

THÈSE de DOCTORAT

de l'UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE

Présentée et soutenue par

Monsieur Nicolas Bouyer

Le 4 juillet 2024

TITRE : Le fait religieux et l'égalité en droit public français

**École doctorale Droit et Science Politique - Spécialité Droit public
Unité de recherche : Institut Maurice Hauriou**

*Thèse dirigée par M. Mathieu CARPENTIER
Professeur, Université Toulouse Capitole*

Composition du jury

Rapporteuse : Mme Olivia BUI-XUAN – Professeure, Université d'Évry

*Rapporteuse : Mme Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ – Professeure, Université
Paris Nanterre*

Examinatrice : Mme Gwénaële CALVÈS – Professeure, Université Cergy Paris

Examineur : M. David KOUSSENS – Professeur, Université de Sherbrooke

Examineur : M. Nicolas SILD – Professeur, Université Toulouse Capitole

*Directeur de thèse : M. Mathieu CARPENTIER – Professeur, Université Toulouse
Capitole*



*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

À tous mes plus proches.

À mes parents.

À Célia.

À mes grands-pères, là-haut.

REMERCIEMENTS

Je tiens en tout premier lieu à remercier mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Mathieu CARPENTIER. Je le remercie d'abord pour ses conseils et sa grande disponibilité. Mais je le remercie plus particulièrement pour sa patience, son écoute et son empathie. Je n'aurais pu espérer mieux pour produire ce travail dans la sérénité.

Mes remerciements s'adressent également aux Professeures et Professeurs Olivia BUI-XUAN, Gwénaële CALVES, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, David KOUSSENS et Nicolas SILD pour m'avoir fait l'honneur de s'être déplacés – parfois même de bien loin – et de participer à mon jury de soutenance.

Un grand merci à tous mes amis et collègues qui ont pris de leur précieux temps pour me relire, me conseiller et m'aider : Arnaud BONFORT, Clothilde COMBES, Marc COTTEREAU, Thomas DUBOURG, Pierre JUSTON, Thomas MANRIQUE, Thomas REBIERE et Vincent SEMPASTOUS.

Je remercie tout spécialement Marc et Clothilde pour leur disponibilité constante. Je les remercie d'avoir passé un temps considérable à me sortir de la brume et à me rassurer sans cesse.

Un merci pour Arnaud, qui a accepté de se soumettre à d'importantes relectures et qui m'a permis – certes, non sans douleur – de me réorienter dans mon travail. Merci pour sa disponibilité, ses encouragements et son soutien sans faille. Merci d'avoir toujours cru en moi.

Un merci tout aussi particulier à Riddar, qui a toujours accepté, sans broncher, de lire toutes les parties de ma thèse. Merci aussi pour les sourires qu'il m'a offerts par les blagues vaseuses parsemant ses commentaires.

Mon immense affection et tous mes remerciements pour Cloclo et Thom ; pour avoir partagé, ensemble, les difficultés, les doutes, et les moments de soutien et de joie durant ce doctorat. Merci de m'avoir sans cesse donné confiance en moi et pour ce que vous représentez.

Je tiens globalement à remercier mes amis proches, pour leur soutien constant et infini. Pour leur présence et leur importance. Un grand merci Tutur, sans cesse aux nouvelles et à l'écoute. Un merci à ce dernier et à Manon pour les moments d'échappatoire, à refaire ensemble le monde.

De façon générale, merci à tous ceux qui n'ont cessé de me donner confiance en moi.

Enfin, je tiens tout autant à remercier ma famille, d'un éternel soutien et qui me motive pour tout : Raphaël, Mamie et Granny. Je n'oublie pas non plus ma belle-famille, d'un éternel encouragement.

Merci à mes parents, pour tout. Merci pour leur relecture et leurs conseils. Surtout, merci pour leur écoute, leur compréhension, leur réconfort et leur soutien constant. Merci à eux pour tout ce que je suis et tout ce que j'accomplis aujourd'hui.

« Last but not least », merci à Célia, d'avoir vécu cette éprouvante aventure à mes côtés. Merci à elle pour sa grande patience, son aide et son soutien durant toutes ces années. Rien n'aurait été possible sans elle. Merci d'avoir été mon pilier pour braver les moments les plus difficiles. Merci d'avoir été le rayon de soleil permanent de chacun des jours de ces cinq dernières années. À nos futures aventures.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
<u>PARTIE 1. L'EGALITE RELIGIEUSE PAR LA GENERALITE DE LA NORME.....</u>	<u>67</u>
TITRE 1. LA CONSTRUCTION D'UNE PRISE EN COMPTE DU RELIGIEUX DANS L'UNIVERSALISME GRACE A L'EGALITE GENERALE	69
<u>CHAPITRE 1. L'évolution et la spécificité de la problématique égalitaire dans l'appréhension du religieux.....</u>	<u>73</u>
<u>CHAPITRE 2. L'aboutissement d'une intégration juridique du religieux sans différenciation à travers l'égalité générale</u>	<u>163</u>
<u>Conclusion du titre</u>	<u>209</u>
TITRE 2. LE FAIT RELIGIEUX ET LES LIMITES DE LA GENERALITE COMME OUTIL DE CONCRETISATION DE L'UNIVERSALITE	211
<u>CHAPITRE 1. La mise en lumière par le religieux des limites de l'égalité générale</u>	<u>213</u>
<u>CHAPITRE 2. Une prise en compte du religieux pénétrée par l'égalité réelle : l'exigence de dépassement des limites de la généralité</u>	<u>269</u>
<u>Conclusion du titre</u>	<u>331</u>
TITRE 3. L'INSUFFISANCE DE LA GENERALITE : DES TENSIONS AVEC L'UNIVERSALISME INHERENTES AU REGIME DES CULTES	335
<u>CHAPITRE 1. Une appréhension du religieux perpétuellement communautaire</u>	<u>337</u>
<u>CHAPITRE 2. Une prise en compte perpétuellement particularisée de la conviction religieuse</u>	<u>379</u>
<u>Conclusion de titre.....</u>	<u>447</u>
CONCLUSION DE LA PARTIE.....	449
<u>PARTIE 2. L'EGALITE RELIGIEUSE PAR LA DIFFERENCIATION.....</u>	<u>453</u>
TITRE 1. ANALYSE ET MISE EN LUMIERE D'UNE INEXORABLE PROXIMITE ENTRE SAISIE DU RELIGIEUX ET DIFFERENTIALISME.....	455
<u>CHAPITRE 1. Une appréhension du religieux imprégnée du différencialisme : une question conceptuelle d'égalité et de liberté.....</u>	<u>457</u>
<u>CHAPITRE 2. Des débats aux implications concrètes : l'exemple de l'insertion irrémédiable de la différenciation en droit européen.....</u>	<u>535</u>
<u>Conclusion du titre</u>	<u>583</u>
TITRE 2. UNE PENETRATION INEVITABLE DU DIFFERENTIALISME RELIGIEUX EN DROIT FRANÇAIS.....	585
<u>CHAPITRE 1. Une sensibilité au différencialisme difficilement et insuffisamment dissimulée</u>	<u>589</u>
<u>CHAPITRE 2. Une égalité sans distinction de religion effacée au profit de la liberté de religion</u>	<u>637</u>
<u>Conclusion du titre</u>	<u>677</u>

TITRE 3. LA MISE EN LUMIERE D’UNE AGGRAVATION DES TENSIONS ET DES INCOHERENCES INTRINSEQUES A LA PRISE EN COMPTE FRANÇAISE DU RELIGIEUX	681
<u>CHAPITRE 1. Une logique différencialiste stimulant une prise en compte des groupes minoritaires.....</u>	<u>683</u>
<u>CHAPITRE 2. Une logique différencialiste interpellant l’égalité entre convictions.....</u>	<u>741</u>
<u>Conclusion du titre</u>	<u>789</u>
CONCLUSION DE LA PARTIE.....	791
<u>CONCLUSION FINALE.....</u>	<u>795</u>

LISTE DES ABREVIATIONS

ABRÉVIATION	TERME DÉVELOPPÉ
a.	Autre
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJFP	Actualité juridique fonctions publiques
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière
BEA	Bail emphytéotique administratif
c.	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
C.C.C.	Constitution civile du clergé
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CFCM	Conseil français du culte musulman
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
chron.	Chronique
civ.	Chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaire
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.	Conclusion
Cons.	Considérant
crim.	Chambre criminelle
CSC	Cour Suprême du Canada
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision constitutionnelle
dir.	Direction
Dr. adm.	Revue droit administratif
Dr. fam.	Revue droit de la famille
Éd.	Édition
Et al.	Et <i>alii</i>
Fasc.	Fascicule
FNMF	Fédération nationale des musulmans de France
FORIF	Forum de l'islam de France
Form. plén.	Formation plénière
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gr. Ch.	Grande Chambre
Ibid.	<i>Ibidem</i>
In	Dans
JCP A	La Semaine juridique - Administration et collectivités territoriales
JCP G	La Semaine juridique - Édition générale
JDA	Journal du droit administratif
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes

JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LPA	Les Petites Affiches
MIVILUDES	Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires
n°	Numéro
Obs.	Observation
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
Préc.	Précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses Universitaires de Bordeaux
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PUL	Presses Universitaires de Laval
PUM	Presses Universitaires de Montréal
PUP	Presses Universitaires de Provence
PUR	Presses Universitaires de Rennes
PUS	Presses Universitaires de Strasbourg
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.C.S.	Recueil de la Cour Suprême (Canada)
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État
Rééd.	Réédition
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. belg. de dr. constit.	Revue belge de droit constitutionnel
Rev. hist. dr. fr. et étranger	Revue historique de droit français et étranger
RFDA	Revue française de droit administratif
RRJ	Revue de la Recherche juridique, droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
soc.	Chambre sociale
s.	Suivantes
S.	Sirey
Sect.	Section
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
Trib.	Tribunal
Trib. corr.	Tribunal correction
UE	Union européenne
U.K.S.C.	Supreme Court of the United Kingdom
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UOIF	Union des organisations islamiques de France
U.S.	United States
vol.	Volume
Z.E.P.	Zone d'éducation prioritaire
§	Paragraphe

INTRODUCTION

1. Véritable « serpent de mer sociologique »¹, la religion est intrinsèquement plurielle, difficilement saisissable et d'une profonde complexité, tant pour le droit que pour une multitude d'autres disciplines. Or, pour le juriste, s'impose la recherche nécessaire d'une définition opérationnelle², visant à permettre la saisie du phénomène la plus appropriée, et l'application la plus juste des principes et normes juridiques le concernant. Cette démarche présente ainsi une double complexité : d'abord, celle de la saisie en droit du religieux, puis celle, concomitante, de comprendre et appliquer ces normes et principes.

2. **Intérêt du sujet.** Sur ce point, les discussions doctrinales en droit ne semblent presque jamais s'extraire d'une certaine redite. Le débat est, pour ainsi dire, monopolisé par le principe de laïcité et, concomitamment, par les notions attenantes. Dès l'instant où le fait religieux est en cause dans la sphère politique ou du droit public³, le principe de laïcité est d'emblée invoqué et débattu⁴. Or, le mot « sent [tant] la poudre »⁵ que la querelle se répète entre les tenants d'une laïcité « souple » pour les religions et les défenseurs d'une plus stricte neutralité⁶. Il faut dire que les désaccords sont alimentés par l'absence d'une définition claire du principe ;

¹ C. DUVERT, « Droit et religion(s). Genèse et devenir d'un rapport méconnu », *RRJ*, n° 7, 1996, p. 737-740.

² P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique », p. 600-601.

³ La laïcité est en droit un principe d'organisation de l'État qui ne produit ses effets « que dans la sphère publique » (F. DE LA MORENA, « Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de la laïcité dans l'entreprise », *Droit social*, 2015, p. 699). Tout comme celui d'égalité, elle est un principe objectif (J.-M. WOEHRLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 607), c'est-à-dire qu'elle relève de normes impersonnelles, abstraites et dont la réalisation incombe aux autorités publiques, contrairement aux droits subjectifs qui, quant à eux, sont opposés par les sujets de droits, seuls titulaires, contre l'autorité publique ou un particulier devant le juge (P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 29^e éd., 2017, p. 149).

⁴ Pensons à l'une des dernières polémiques en date : l'annonce de la présence du président de la République Emmanuel Macron à la messe du pape François, qui relança une nouvelle fois les débats sur la laïcité et montra à elle seule la difficulté d'en saisir exactement la substance (voir par exemple, au titre évocateur N. SEGAUNES, « La présence d'Emmanuel Macron à la messe du pape François relance le débat sur la laïcité », *Le Monde*, 22 sept. 2023 ou encore F. JANNIC-CHERBONNEL, « Visite du pape à Marseille : pourquoi la présence d'Emmanuel Macron à la messe est symbolique, mais pas incompatible avec la laïcité », *Franceinfo*, 17 sept. 2023).

⁵ Pour reprendre l'illustre formule de Jean Rivero (« La notion juridique de laïcité », *D.*, chron. 33, 1949, p. 137).

⁶ Opposition qui se traduit généralement par, d'un côté, la défense d'une « laïcité positive » ou « ouverte » et de l'autre d'une « laïcité négative » (voir, par exemple, D. FOYER, « Une notion en débat : la “laïcité positive”, *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 250, 2008, p. 39-61).

« latitudinaire »⁷, véritable « mot-valise »⁸, plurielle⁹, à la fois principe et valeur¹⁰, la laïcité change au gré des commentateurs¹¹. Seules se dégagent deux composantes fréquentes du principe de laïcité, à savoir celui de neutralité des personnes publiques et la garantie de la liberté de religion ou de culte¹². La laïcité évoque avant tout une combinaison de plusieurs éléments récurrents¹³, dont l'équilibre varie selon les approches.

3. En définitive, sa teneur n'est pas bien éclaircie et le débat reste souvent aussi obstrué qu'il peut en devenir infructueux. En effet, dans les développements concernant la laïcité, ou même au sein des rares exposés dissociés de celle-ci, les discussions tournent autour des mêmes thèmes¹⁴ et débouchent sur des observations similaires. Les études portées sur ces sujets sont légion, de telle sorte que tout autre questionnement en devient négligé, si ce n'est oublié. Pourtant, en s'éloignant quelque peu de ces champs classiques de recherche, nous découvrons des thèmes méritant davantage d'approfondissements. L'égalité, principe cardinal de notre droit français et maintes fois disséqué à ce titre, n'a effectivement que trop peu été confrontée, dans sa teneur conceptuelle et concrète, au droit des religions.

4. N'est-il pas surprenant que ce dernier soit tant traité et approfondi, mais trop peu à la lumière du principe d'égalité ? C'est d'autant plus stupéfiant, qu'en sus d'être fondamental, le principe d'égalité est historiquement aux origines de notre système politique et juridique.

⁷ M. TOUZEIL-DIVINA, « Laïcité latitudinaire », *D.*, n° 34, 2011, p. 2375, note sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, n° 309161 ; « Laïcité latitudinaire (suite et non fin) : observations sous CC, 02 juin 2017 ; n° 2017-633 QPC-Collectivité territoriale de la Guyane », *JCP A*, n° 23, 2017, p. 8.

⁸ D. LESCHI, « Problèmes contemporains de la laïcité publique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, 2016, p. 264.

⁹ Jean Baubérot considère, par exemple, qu'il existe en vérité sept laïcités françaises, majoritairement liées aux contextes historiques (J. BAUBÉROT, *Les 7 laïcités françaises*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2016).

¹⁰ P. KAHN, « La laïcité est-elle une valeur ? », *Spirale*, 2007, n° 39, p. 29-3 et H. FULCHIRON et M. PHILIP-GAY, « La laïcité : un principe, des valeurs », *D.*, 2015, p. 274.

¹¹ La laïcité « est en fait ce que chacun veut bien lui donner comme sens pour lui ordonner comme objet et lui supposer comme finalité » (H. MOUANNES, « Le sens de la laïcité et les limites du phénomène religieux à travers la jurisprudence du Conseil d'État », *Politeia*, 2016, n° 29, p. 222).

¹² Jean Rivero l'avait déjà perçu en 1949, la seule conception de la laïcité qui, en dépit des débats, trouva une confirmation textuelle, c'est la neutralité religieuse de l'État (« La notion juridique de laïcité », *art. préc.*). Aujourd'hui, Mathieu Touzeil-Divina fait le même constat et il précise que le principe a pour corollaire la liberté de religion et de culte (M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Dictionnaire de droit public interne*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 278). Certains voient même dans la liberté de religion la source du principe de laïcité (P.-H. PRELOT, « La liberté de religion et sa garantie » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions, op. cit.*, p. 683) ou dans cette dernière la « forme française de la liberté religieuse » (Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, n° 2, 2015, p. 329). Pour le Conseil constitutionnel, dans sa définition non-exhaustive de la laïcité, la neutralité est également la première composante. Dans la suite de la définition, le Conseil cite la garantie du libre exercice des cultes (décision n° 2012-297 QPC, 21 févr. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*). Le Conseil d'État rattache aussi bien la laïcité à la neutralité de l'État (CE, avis n° 309354, 21 sept. 1972, *Laïcité du corps enseignant* ; CE, avis n° 346.893, 27 nov. 1989 ; CE, avis n° 217017, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*) qu'à la liberté de conscience et de manifestation des convictions religieuses (CE, avis n° 346.893, 27 nov. 1989).

¹³ C'est là la vision qui ressort de la thèse de Clément Benelbaz, dans laquelle celui-ci précise y voir un équilibre de divers éléments (*Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 523)).

¹⁴ La neutralité, la séparation des Églises et de l'État, le non financement des cultes, voire la liberté de religion ou de cultes...

Autrement dit, il est plus ancien¹⁵, mieux maîtrisé et compris, que le principe de laïcité ou encore de neutralité. Pour autant, il n'est pas dénué de liens avec ces derniers et le droit des religions. L'acception courante de la neutralité religieuse comprend une dimension égalitaire¹⁶, quand la laïcité est fréquemment renvoyée à l'égalité, tant pour la doctrine¹⁷, que pour le droit¹⁸. Ces deux dernières se distinguent toutefois nettement¹⁹. Et si, pour la neutralité, le lien est plus étroit et la distinction plus opaque, elle ne peut être non plus assimilée à l'égalité²⁰. Neutralité et laïcité découlent toutes deux de l'égalité ; elles en forment les outils de réalisation, non

¹⁵ Certes, l'étymologie du mot *laïque* est très ancienne (voir F. DE LA MORENA, *Recherche sur le principe de laïcité en droit français*, Thèse de doctorat en droit public, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 1999, tome 1, p. 1 et s. ; D. LECOURT, « Grammaire d'un mot : laïcité », *Homme et Migrations*, n° 1146, 1991, p. 38-40), mais le principe de laïcité, proche du sens entendu aujourd'hui, n'émerge qu'à la fin du XIX^e siècle (M. MIAILLE, *La laïcité. Solutions d'hier, problèmes d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2016, p. 1). Le mot « laïcité » apparaîtra le 11 novembre 1871, dans le journal *La Patrie*, et sera développé dans le *Dictionnaire pédagogique et d'instruction primaire* de Ferdinand Buisson (F. BUISSON, *Dictionnaire pédagogique et d'instruction primaire*, partie 1, t. 2, Paris, Hachette, 1888, p. 1469 et s.). La suite est connue : la III^e République consacrera définitivement le principe ou ce que Jean Baubérot appelle la « laïcité intégrale » (« L'évolution de la laïcité en France : entre deux religions civiles », *Diversité urbaine*, 2009, Vol. 9, n° 1, p. 9-25). L'égalité est quant à elle bien antérieure (voir *infra*).

¹⁶ Voir les liens faits dans J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur le principe de neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 101, 1998, p. 31-52 ; M. BARBIER, *La Laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 86 ; D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droit et discours*, Bruxelles, Bruylant, 2015, coll. « Droit et religion », p. 57. Mais aussi dans décision n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 15. Voir aussi p. 176 et s. de notre thèse.

¹⁷ Dès 1900, Maurice Hauriou entendait le régime de liberté de conscience et de la laïcité comme « la création d'un certain nombre de rapports sociaux purement laïques, au sujet desquels tous les religionnaires puissent être sur un pied d'égalité » (nous soulignons) (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Sirey, 4^e éd., 1900, p. 147). De nos jours le lien perdure : Jean-Marie Woehrling définit la laïcité par la neutralité, le respect de toutes les croyances, l'égalité en matière religieuse et le respect de la loi commune (nous soulignons) (« Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 605). En somme, l'égalité serait l'un des piliers inséparables de la laïcité (P. DHARREVILLE, *La laïcité n'est pas ce que vous croyez*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2013, p. 27).

¹⁸ Le Conseil constitutionnel précisait, soit qu'il résulte notamment du principe de laïcité (décision n° 2012-297 *préc.*, cons. 5), soit qu'il impose directement (décision n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane*, cons. 11), « l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion ». D'une manière assez similaire, le Conseil d'État a à son tour fait découler le principe d'égalité sans distinction de religion de celui de laïcité (CE, 27 juin 2018, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, Rec. p. 271 ; *JCP A*, 2018, p. 2331, concl. F. DIEU). Auparavant, il avait également pu rattacher le principe de laïcité au traitement égal des différents cultes (CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. gouvernement de la Polynésie française*, n° 265560).

¹⁹ En premier lieu, car elle est plus large, en ce qu'elle se compose de plusieurs principes. Son objectif est alors différent. Il est limité à la matière religieuse, mais étendu dans ce domaine ; l'égalité ne se limite pas aux croyances religieuses mais, dans ce domaine précis, n'a pas autant d'implications que la laïcité (M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87).

²⁰ La neutralité s'est autonomisée et comprend ses propres exigences. Elle s'étend alors fréquemment à l'apparence des pouvoirs publics et à l'intention derrière les règles ; c'est la « neutralité ontologique », en référence à ce qui constitue la norme et non à ses effets (V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388). Sinon, on parle de « neutralité symbolique » qui vise à éviter que les bâtiments, lieux et agents ne montrent un quelconque favoritisme (*ibid.*), ou encore d'une neutralité d'apparence (C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, op. cit., p. 259). Dans cette perspective, la neutralité dépasse parfois le droit et s'arrime aux faits, aux intentions, à la politique, aux habits des agents. Pour autant, l'égalité déborde le seul cadre de l'interdiction de distinctions religieuses et, doté d'une méthodologie propre, exige un référentiel et une comparaison entre deux objets par rapport au traitement qui leur est accordé. Autrement dit, l'État peut ne pas être neutre et maltraiter ces deux objets, mais respecter l'égalité en les traitant défavorablement de la même façon. Ainsi, elle n'exige pas que le droit se refuse à légiférer (ces points sont complétés plus tard, p. 177 et s.).

l'inverse²¹. Plus encore, certaines conceptions de la laïcité ou de la neutralité découlent directement de débats propres aux conceptions de l'égalité²². C'est d'ailleurs une part du problème : l'égalité en matière religieuse est exagérément assimilée à ces principes, confondue avec eux²³, ou effacée par l'excessive importance qui leur est accordée. Tandis que l'égalité et la religion font chacune de leur côté l'objet de très nombreuses études juridiques, elles n'ont que trop peu été réellement confrontées. Pour toutes ces raisons, ont ici été exposés pratiquement les seuls éléments en rapports avec la laïcité et la neutralité de toute la thèse ; l'égalité en matière religieuse, ou égalité religieuse²⁴, nous semble devoir être étudiée et approfondie en se détachant de principes et débats largement considérés.

5. Dans ce cadre, la recherche des occurrences conjointes « religion » et « égalité » ne mène souvent qu'à des discussions sur l'égalité femmes-hommes face aux convictions religieuses²⁵. Autrement, seuls quelques écrits portent, à notre connaissance, spécifiquement

²¹ La neutralité serait un corollaire du principe d'égalité et une condition de son effectivité (B. CAMGUILHEM, « Ménager l'âne et le bœuf : retour sur la neutralité du service public », *Les Annales de droit*, n° 12, 2018, p. 123-140) et l'égalité la source de la laïcité (T. TUOT, « L'égalité, source de la laïcité ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, p. 57-62 ; J. COSTA-LASCOUX, « Laïcité et service public : la passion de l'égalité » in N. EL-HAGGAR (dir.), *La laïcité. Ce précieux concept*, Paris, L'Harmattan, 2008, coll. « Les Rendez-Vous d'Archimède », p. 66). Finalement, les principes sont toujours liés, « parce que, sur le fond, la laïcité trouve sa justification dans l'idée de non-discrimination à travers le concept de neutralité » (M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *art. préc.*). Et si le juge constitutionnel put déclarer que la laïcité imposait l'égalité, cela ne contredit pas nécessairement l'antériorité de cette dernière. L'égalité sans distinction de religion s'applique d'elle-même, y compris sans la laïcité, confortant au passage l'idée selon laquelle cette dernière ne fait que réitérer des principes déjà existants. S'il s'agit d'un principe à part entière, celui-ci n'est respecté que lorsque les principes le composant le sont spécifiquement. L'égalité sans distinction de religion découle donc de l'article 1^{er} de la Constitution, mais également de la laïcité, comme le signifie le Conseil d'État qui aborde dans un même considérant les deux à la suite (CE, 27 juin 2018, *préc.*). En définitive, la neutralité est probablement davantage un outil de l'égalité que la laïcité, qui, de son côté, est plutôt un principe qui la comprend dans le domaine religieux, sans la remplacer. La laïcité est autant un outil de l'égalité du point de vue de sa réalisation globale (notamment par les autres principes la composant et dans son domaine d'action), mais l'égalité est autant un outil de la laïcité en tant qu'un des principes la façonnant.

²² Comme les discussions sur les conceptions positives ou négatives de la laïcité (Voir p. 275 et s.).

²³ Nombreux sont les auteurs à justement aborder d'importantes thématiques et réflexions à travers le principe de laïcité, alors qu'elles relèvent en réalité du champ d'étude de l'égalité (voir, par exemple, l'article de Ludvine Delsenne qui traite de la laïcité, mais n'aborde en vérité que le jargon de l'égalité (« De la difficile adaptation du principe de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, n° 2, 2005, p. 427).

²⁴ Nous employons tout le long de la thèse cette formulation comme un terme générique qui exprime l'étude de l'égalité confrontée à la prise en compte juridique des religions. Elle englobe toutes les problématiques qui concernent, et l'égalité, et le droit des religions (exemple : la discrimination religieuse). Parfois, par simplicité de langage nous emploierons « égalité religieuse ». Le terme n'est pas tout à fait correct, à l'instar de celui de « liberté religieuse », dans la mesure où ce n'est pas l'égalité qui est qualifiée de religieuse, mais il évite par moments certaines lourdeurs dans les formulations.

²⁵ L'égalité entre hommes et femmes est souvent citée en rapport avec la laïcité, voire découlant de celle-ci (J. MORANGE, *La laïcité de la République : garantie ou menace pour les libertés ?*, Paris, LGDJ, 2023, coll. « Forum », p. 10 et 212 ; M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *art. préc.*). Plus généralement, l'égalité est parfois confrontée à la religion sous ce seul angle (voir L. BAKIR, *Liberté religieuse et valeurs de la République : contribution à l'étude d'une articulation en tension*, Thèse de doctorat en droit public, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2018).

sur l'égalité en matière religieuse²⁶. Le plus fréquemment, la doctrine lie religion et égalité par le seul principe de non-discrimination²⁷. Les recherches sur la discrimination religieuse sont particulièrement intéressantes et forment la part la plus importante des études en la matière, mais elles ne nous semblent généralement aborder qu'une partie du sujet. Selon nous, il est nécessaire que soit posé un questionnement plus global sur le droit des religions sous le prisme de l'égalité brute, de sa conception philosophico-politique et juridique, de son vocabulaire, de ses outils, de ses implications et dimensions, avant même de parler de la notion de « non-discrimination ». En ce sens, l'intérêt d'une recherche sur l'égalité en matière religieuse est aussi de dépasser le seul cadre des considérations principalement portées sur le pluralisme²⁸, sur les minorités²⁹, et surtout sur la laïcité³⁰ ; c'est, conséquemment, de dépasser les confusions

²⁶ L'article le plus connu en la matière est celui de Pierre-Henri Prétot : « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, n° 3, 2001, p. 738-775. Le plus récent nous provient d'Anne-Marie Le Pourhiet (A.-M. LE POURHIET, « La conception française de l'égalité religieuse » in C. ROMAINVILLE *et al.* (dir.), *États et religions*, Limal, Anthémis, 2018, p. 211). Le seul qui aborde comme telle l'égalité des cultes est E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 41 et s. Pour le reste, voir également : J.-D. ROQUE, « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (I) », *Études théologiques et religieuses*, t. 73, 1998/2, p. 203-230 et « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (II) : Le statut social et fiscal des ministres », *Études théologiques et religieuses*, t. 73, 1998/3, p. 403-425 ; C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 2, 2006, p. 239-217 ; F. EDEL, « Quel apport du droit à la non-discrimination au régime français de laïcité dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2011, coll. « Colloques », p. 57 et s. ; A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions », p. 241 et s. ; E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009. Force est de constater qu'il n'existe aucune thèse touchant l'égalité et la religion.

²⁷ Voir G. CALVES, « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » in É. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 22 et s. ; C. PAUTI, « Autorités publiques, laïcité et discriminations religieuses », *Hommes & migrations*, n° 1324, 2019/1, p. 57-64 ; F. AST, « L'apport du droit à la non discrimination à la protection du pluralisme religieux : regards croisés des juridictions et de la HALDE » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 175, ou O. BUI-XUAN, « Conciliation de l'obligation de neutralité religieuse et du principe de non-discrimination en droit de la fonction publique », *Revue du droit des religions*, n° 4, 2017, p. 33-50.

²⁸ L'égalité est souvent assimilée au pluralisme. Par exemple, dans un rapport, le Conseil d'État rattachait la laïcité au pluralisme qu'il renvoyait à l'absence de distinction entre les anciens cultes et les autres, et la prohibition des discriminations (*Rapport public sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 277-278). Anne Fornerod y voyait là un synonyme de l'égalité des cultes et des convictions (A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, op. cit., p. 241). Voir également pour ce lien et une étude sur le pluralisme : B. CHELINI-PONT, « L'émergence normative du pluralisme religieux ? Prospective sur les transformations de la laïcité française » in F. FABERON (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, Aix-Marseille, PUAM, 2015, coll. « Droit et religions », p. 63.

²⁹ L'égalité apparaît parfois mêlée à la religion au détour d'une réflexion sur les minorités (par exemple S. PIERRE-CAPS, « Le droit des minorités » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1996, p. 329).

³⁰ Parfois, les écrits ne sont pas très approfondis sur l'égalité et se bornent à dénoncer les inégalités de faits et discriminations résultant de la laïcité (voir C. AUDARD, « Pluralisme religieux et égalité : une critique de la laïcité » in S. GUERARD DE LATOUR et M.-A. DILHAC (dir.), *Étant donné le pluralisme*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2013, coll. « Philosophie », p. 105-135). Or, bien souvent, égalité et laïcité sont abordées de la même façon que les nombreuses études classiques du droit des religions qui ne mêlent aucunement l'égalité, et sans que cette dernière ne soit conceptualisée ou que ses outils d'analyse ne soient employés (N. EL HAÏTE, *Laïcité et république. Considérations sur la République Française*, Paris, L'Harmattan, 2019, coll. « Questions contemporaines », p. 113 et s., ou V. ZUBER, *La laïcité en débat. Au-delà des idées reçues*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2017, coll. « Idées reçues », p. 119 et s.).

qui touchent l'égalité et l'effacent dans le champ d'étude du droit des religions. Fondamentale en matière religieuse, l'égalité ne doit donc, ni bien sûr être oubliée³¹, ni être reléguée au second plan³². Son étude nous semble être une priorité.

6. En somme, son analyse doit nécessairement impliquer de regrouper, décortiquer et exploiter les travaux, textes et jurisprudences sur le droit des religions, tout en les rattachant aux considérations rapportées à l'égalité. En effet, contrairement aux premières, qui se rejoignent fréquemment dans leurs angles d'approche, les procédés et analyses mobilisés, ainsi que les considérations conceptuelles de l'égalité offrent des perspectives, un vocabulaire et des outils spécifiques qui peuvent renouveler l'étude. C'est ici l'intérêt fondamental d'une analyse sous l'angle de l'égalité.

7. Précisément, cette dernière mobilise avant tout l'analyse des comparaisons, donc des égalités et inégalités, qui peuvent avoir lieu, tant entre individus qu'entre religions elles-mêmes. Cela ouvre la voie à l'étude de l'existence historique de l'égalité en matière religieuse, ou à la détermination exacte et concrète de la notion d'égalité sans distinction de religion ou celle, souvent soutenue, d'égalité des cultes. Ainsi, ledit champ d'étude pousse à logiquement interroger certaines de ces notions à l'aune du droit des religions, telles que « la différence de situation », en l'occurrence religieuse, justifiant une différence de traitement, ou encore la généralité de la norme applicable au fait religieux, voire les catégories juridiques employées dans ce domaine. Ce dernier point permet même de mettre en lumière des inégalités plus insidieuses, tenant à la catégorisation et à la formulation de la norme, en interrogeant notamment les catégories employées, leur inclusivité, ou encore leur prise en compte implicite de certains groupes religieux. Plus encore, l'approche incite à élargir la focale des catégories, pour tendre à l'observation d'une égalité, non plus entre religions, mais plus globalement entre convictions. Tous ces éléments touchent et parcourent les différentes conceptions de l'égalité, dans la mesure où l'appréhension juridique de la religion diffère en fonction de celles-ci. Certaines d'entre elles postulent alors une catégorisation et un modèle qui incluent les particularismes en droit. Cette approche s'accompagne d'une étude concrète de la place réelle des différences religieuses en droit, des modalités de leur inclusion, mais également de questionnements peu soupçonnés portant notamment sur la caractérisation de la religion comme circonstance pesant sur l'individu, ou comme choix personnel, pour justifier la correction d'inégalité, voire sur les places respectives de l'égalité et de la liberté dans la prise en compte des différences religieuses...

³¹ Par exemple, le *Dictionnaire des faits religieux* a pour seule entrée proche « accommodement », vers laquelle l'index renvoie aux mots « égalité citoyenne » et « discrimination » (R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige »).

³² L'égalité est souvent abordée subsidiairement, au sein d'écrits généraux (par exemple S. PIERRE-CAPS, « Les nouveaux cultes et le droit public », *RDP*, 1990, p. 1073-1119 ou dans des ouvrages tels que le *Traité de droit français des religions* (F. MESSNER, J.-M. WOEHRLING et P.-H. PRELOT (dir.), *op. cit.*) et celui de Mathilde Philip-Gay (*Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2016, coll. « Mise au point », p. 65 et s.) qui lui accordent d'importants développements.

8. En vérité, le cœur, l'intérêt et la direction de tous ces développements résident inévitablement dans la conception spécifique de l'égalité, puisque son fondement réside donc dans l'équilibre accordé entre le commun et le particulier. L'interrogation s'impose alors : en France, comment l'égalité conçoit-elle cet équilibre ? C'est précisément la réponse à cette question qui constitue les soubassements de tous ces développements et de la problématique.

9. De longue date, le modèle français est imprégné d'une tradition, d'une philosophie, d'un idéal politique, aujourd'hui qualifié d'universaliste, qui fait par-dessus tout primer la nature commune des hommes (au sens « humanité »³³) et rejette les particularismes. Cet idéal s'affirma sous l'égalité universaliste, mais se concrétisa inévitablement, au contact du réel, par une égalité par la norme générale qui, au nom de cette toute première, rejette certaines distinctions du droit (**SECTION 1**). C'est cette dernière exigence qui fait surgir les questionnements : expression possible d'une différence, la religion semble à bien des égards se ranger parmi les distinctions que le principe d'égalité, irrigué par son idéal universaliste, exclut (**SECTION 2**). Or, le phénomène religieux est un fait social qui n'est jamais absent des systèmes juridiques et le droit français ne fait pas exception. Suivant l'exposé des rapports entre universalisme et différence religieuse, ne peut finalement qu'être interrogée l'articulation entre égalité et fait religieux. Plus encore, comme le suggèrent déjà ces rapports, cette articulation renferme une profonde tension entre la prise en compte de ce dernier et l'égalité universaliste. L'étude de cette articulation ne peut que suivre une certaine méthode mettant, notamment, en avant l'importance de la philosophie politique, qui tranche entre universalisme et différencialisme, et qui guidera l'ordre des développements (**SECTION 3**). S'offrent ainsi à nous toutes les réflexions préalables qui se dégagent de l'articulation entre égalité et saisie juridique du fait religieux, ainsi que toutes les *définitions*³⁴ nécessaires au développement de notre thèse.

SECTION 1. L'égalité universaliste et sa traduction concrète par l'égalité générale

10. L'individu, par essence semblable et en même temps différent des autres³⁵, doit-il être saisi pour ce qui le rend similaire ou pour ce qu'il le rend particulier ? Historiquement en France, c'est assurément la recherche d'essence commune aux hommes qui a primé, traduite par une égalité universaliste (**PARAGRAPHE 1**). L'égalité idéalisée fut rapidement confrontée à la réalité des interprétations historiques et, surtout, au processus de catégorisation juridique, pour devenir une égalité uniquement générale (**PARAGRAPHE 2**). Confronté à cette réalité,

³³ Par simplicité, nous emploierons le mot sans la majuscule sur le « H » pour suivre l'emploi le plus courant, surtout institutionnel (Déclaration des droits de l'homme ; Convention européenne des droits de l'homme, etc.). Il renvoie alors à l'humanité, incluant nécessairement la femme. Nous ne négligeons toutefois pas la défense d'une formulation plus inclusive et en faveur d'une majuscule sur le « H » (par exemple S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN (dir.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2022, coll. « HyperCours », notamment p. 6 et s.).

³⁴ Nous mettrons en *italique* les termes qui feront l'objet d'une définition dans le corps du texte ou en note.

³⁵ O. REY, « Que faire des différences ? », *Recherches de Science Religieuse*, t. 101, 2013/3, p. 329-350.

l'idéal universaliste perdura, mais en se précisant ; l'égalité demeure universaliste par son acceptation en droit des seules distinctions conformes à cet idéal et le rejet de celles qui le menacent (**PARAGRAPHE 3**). C'est ici la conception actuelle de l'égalité à la française sous l'égide de l'universalisme qui s'exprime concrètement en droit français (**PARAGRAPHE 4**).

PARAGRAPHE 1. Les fondements : l'égalité universaliste

11. En France, il est aujourd'hui couramment admis que l'idéal irriguant notre système juridique et politique est universaliste³⁶. Cependant, il n'a pas toujours été nommé de la sorte. Du latin *universus* et signifiant « tout entier », « tous sans exception »³⁷, l'universalisme opère comme un terme générique, en tant que survivance ou résumé d'une pensée, et du passé³⁸. Il est avant tout une idée politique³⁹. Plus encore, cette idée est aujourd'hui devenue une tradition idéologique⁴⁰, regroupant les philosophies et pensées, guidant et fondant notre système politique et juridique, et qui ont historiquement germé depuis l'époque révolutionnaire par la recherche du commun.

12. Les fondements historico-philosophiques de l'universalisme. De toute évidence, l'Ancien Régime se décrit le plus souvent par l'existence des hiérarchies et privilèges⁴¹, ainsi que des différenciations politiques et juridiques concomitantes⁴². Les individus se définissaient alors par leur appartenance aux ordres et « corps »⁴³ qui fondaient leur identité⁴⁴, l'homme

³⁶ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, coll. « Les voies du droit », p. 9 et s.

³⁷ V. CITOT, « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste », *Le Philosophoire*, n° 31, 2009/1, p. 89-112.

³⁸ Leo Strauss fait le lien entre philosophie politique et histoire et fait écho à notre démarche pour l'idéal universaliste : « [L]a plupart de nos idées sont des résumés ou des survivances de la pensée d'autres hommes [...] elles sont des résumés et des survivances de la pensée du passé. Ces pensées ont été un jour explicites et au centre de l'attention et de la discussion. Nous pouvons même présumer qu'elles furent un jour parfaitement claires. [...] En tout cas, ce qui fut un jour assurément des idées explicites passionnément discutées, sans être nécessairement des idées claires, s'est maintenant dégradé en quelque chose de seulement implicite et en présuppositions tacites. Par conséquent, si nous voulons clarifier les idées politiques dont nous avons hérité, il nous faut développer ce qu'elles impliquent, qui dans le passé était explicité, et cela ne peut se faire qu'au moyen de l'histoire des idées politiques » (*Qu'est-ce que la philosophie politique ?* (traduit de l'anglais par O. SEDEYN), Paris, PUF, 1992, coll. « Léviathan », p. 74).

³⁹ Yves-Marie Adeline explique qu'une idée peut être « exprimée explicitement dans une théorie, une doctrine, une thèse ou une hypothèse », mais aussi « implicitement par la pratique, la coutume, l'habitude, les lois. Il est parfaitement possible que les idées ne reposent sur aucun support autre que celui de la pratique » (*Histoire mondiale des idées politiques*, Paris, Ellipses, 2007, p. 10). Selon ces considérations, l'universalisme forme alors avant tout une idée.

⁴⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 11.

⁴¹ « Hiérarchie et privilège sont les maîtres mots de l'ordre ancien, tel qu'il a été théorisé par certains penseurs, et intériorisé par la population » (V. MILLIOT et P. MINARD, *La France d'Ancien Régime. Pouvoirs et société*, Paris, Armand Colin, coll. « Cursus », 2018, p. 17).

⁴² « “[P]rivilèges” odieux ou négatifs des groupes légalement – et, à l'époque, légitimement – doués de droits inférieurs ou même dépourvu de tout droit » (G. STOURZH, *L'isonomie moderne. Protection des droits de l'homme et participation démocratique comme système d'égalité des droits*, Rennes, PUR, coll. « Philosophica », 2018, p. 12).

⁴³ « Si l'ordre est un groupe social large, les corps, plus restreints, forment des communautés fondées sur une commune condition ou activité comme sur l'appartenance à des réalités territoriales » (*ibid.*, p. 398).

⁴⁴ V. MILLIOT et P. MINARD, *La France d'Ancien Régime. Pouvoirs et société*, op. cit., p. 20.

n'ayant d'existence juridique et sociale qu'à travers le groupe et les droits différenciés⁴⁵. En résumé, la culture juridique de l'Ancien Régime était étrangère à l'égalité. Ainsi, l'opposition des Lumières à ces préceptes tint tant de la légitimité des distinctions que de la philosophie fondant leur existence, puisque tous les privilèges établis sous l'ancienne société reposaient sur le postulat de la distinction entre les hommes, quand toute la pensée des Lumières recherchait le « même »⁴⁶. C'est à travers « une définition “interne” de l'homme »⁴⁷ que les philosophes trouvèrent ce qui est commun à tous les hommes, ce qui les rassemble : l'appartenance universelle au genre humain, à *Une humanité commune*⁴⁸. Au demeurant, en dépit du consensus apparent aux yeux de l'histoire, l'opposition du particulier et de l'universel, plus globalement leur place respective, arpentait les débats du siècle⁴⁹. Malgré tout, c'est l'affirmation même d'un « genre humain »⁵⁰ qui a illustré la révolution philosophique des Lumières⁵¹, et ce, à travers la nature et la raison humaine.

13. Il était effectivement avant tout nécessaire d'identifier une « nature humaine »⁵², en opposition à « l'homme artificiel » de l'Ancien Régime⁵³. C'était bien la prise de conscience de la diversité humaine qui allait de pair avec la conviction que tous les hommes participent d'une nature commune⁵⁴. Ainsi, la place de l'homme étant primordiale dans les développements philosophiques de l'époque, l'idée de nature humaine se retrouvera dans tous les textes, généralement aux côtés de la raison humaine, puisque l'homme est un être « dont, à la

⁴⁵ Tout juste est-il nécessaire de rappeler les avantages dont bénéficiaient certains corps de population : « autorité, biens, honneurs, ou, tout au moins, privilèges, exemptions grâce, pensions, préférences et le reste » (H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine* (1986), Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2011, p. 9).

⁴⁶ J. PELABAY, « De la tolérance à la reconnaissance. Une lecture des débats philosophiques sur la diversité », *Toiles @ penser*, Doss. n° 2009 – 010 – 005, 2009, disponible en ligne sur : <https://lapenseeetleshommes.be> (consulté le 29 juill. 2020).

⁴⁷ P.-H. TAVOILLOT, « L'idée d'universalité » in Y. FAUCHOIS, T. GRILLET et T. TODOROV (dir.), *Lumières ! Un héritage pour demain*, Paris, Bibliothèque nationale de France, 2006, disponible en ligne sur : <http://expositions.bnf.fr> (consulté le 29 juill. 2020).

⁴⁸ T. TODOROV, « L'esprit des Lumières » in Y. FAUCHOIS, T. GRILLET et T. TODOROV (dir.), *Lumières ! Un héritage pour demain*, op. cit.

⁴⁹ S. PUJOL, « L'humanisme et les Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, n° 30, 1998, p. 271-279. Et de nombreux auteurs font remarquer la recherche « d'unité » ou « d'unification » qui existe sous l'Ancien Régime, notamment sous l'égide du pouvoir royal (voir N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, op. cit., p. 76).

⁵⁰ C. OBADIA, « Entre le même et l'autre, l'Universel », *Le Philosophoire*, n° 31, 2009, p. 113-120.

⁵¹ Mais cette recherche n'a rien d'innovante en soi. Ses premiers pas peuvent être datés à l'Antiquité, déjà chez Aristote ou Platon, mais davantage dans le stoïcisme, « qui formulera l'idée d'une unité de l'humanité : l'homme est un citoyen du monde, de la *cosmopolis*, la “société universelle du genre humain” [...] » (D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 20). C'est seulement lorsqu'ils ont considéré les hommes au-delà de telle ou telle cité, « mais comme citoyens du monde », que les philosophes grecs ont affirmé « l'unité de l'humanité » (J.-M. MUGLIONI, « La découverte cosmopolitique de l'humanité », *Le Philosophoire*, n° 31, 2009, p. 37-62).

⁵² P.-H. TAVOILLOT, « L'idée d'universalité » in Y. FAUCHOIS, T. GRILLET et T. TODOROV (dir.), *Lumières ! Un héritage pour demain*, op. cit.

⁵³ H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine* (1986), op. cit., p. 174.

⁵⁴ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 24. Voltaire ne disait pas moins que cela dans son *Essai sur les mœurs* lorsqu'il constate avec humanisme que « tout ce qui tient intimement à la nature humaine se ressemble d'un bout de l'univers à l'autre [...] L'empire de la coutume est bien plus vaste que celui de la nature ; il s'étend sur les mœurs, sur tous les usages ; il répand la variété sur la scène de l'univers ; la nature y répand l'unité [...] ainsi le fonds est partout le même, et la culture produit des fruits divers » (VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs. Annales de l'empire* (1757), t. 3 des Œuvres complètes de Voltaire avec notes et une notice historique sur la vie de Voltaire de Jean-Antoine-Nicolas de CARITAT marquis de Condorcet, Fune, 1835, p. 609).

différence des animaux, les actions sont libres, c'est-à-dire déterminées par des causes finales et supposant la considération rationnelle des fins : l'homme des "droits de l'homme" est alors une volonté pourvue de raison »⁵⁵. En outre, la nature commune de l'homme passa par le constat d'une raison humaine, la pure connaissance de l'homme⁵⁶, de tout temps recherchée⁵⁷. Servant à faire table rase des préjugés hérités du passé⁵⁸, nature et raison ont formé les fondations de l'universalisme tel que nous le connaissons aujourd'hui⁵⁹. La DDHC constitua le sacre et la synthèse de cette mentalité⁶⁰.

14. À cette philosophie, s'est joint un « universalisme politique » à travers une conception spécifique de la nation et de la citoyenneté définissant les contours politiques et juridiques français à l'égard des différences. En effet, au lendemain de la Révolution, l'objectif de fédération et d'homogénéisation du corps social passa par le concept de nation⁶¹, qui

⁵⁵ A. RENAUT (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, Paris, Calmann-Lévy, t. 3, 1999, p. 73.

⁵⁶ A. FAGOT-LARFEAULT, « Sur quoi fonder philosophiquement un universalisme juridique ? » in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, p. 87.

⁵⁷ La vision de la *cosmopolis* des stoïciens reposait déjà en partie sur la loi de la raison (*Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 47). À l'époque médiévale, la raison existe, mais sera « le point d'ancrage » du divin, « la servante de la révélation » selon les mots d'Ernst Cassirer (*La philosophie des Lumières* (1932), traduit de l'allemand par P. QUILLET, Paris, Fayard, coll. « L'histoire sans frontières », 1970, p. 72), comme le montre Saint Augustin se référant à la « droite raison » qui viendrait alors de Dieu (J. IMBERT, « L'origine idéologique des "principes de 1789" » in J. IMBERT et al., op. cit., p. 13). On considère généralement que c'est Grotius (ou Hugo de Groot), de l'école du droit naturel, qui est à l'origine de la laïcisation de la pensée naturaliste et qui affirme un droit naturel fondé sur la seule raison (G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2010, p. 293). C'est aussi l'influence des sciences mathématiques et des découvertes scientifiques (H. PALLARD, « Culture et diversité culturelle. Essai préliminaire à une étude sur l'universalité des droits fondamentaux » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 23) et de l'anthropologie (E. CASSIRER, *La philosophie des Lumières* (1932), op. cit., p. 42) que la raison s'imposa au cœur de la philosophie révolutionnaire. La raison est ensuite généralement rattachée à Kant (G. VANNIER, « De l'universalité et de la particularité des droits de l'homme » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, op. cit., p. 122 et s.), à Descartes ou Locke (J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, 1. III, ch. XI, art. 16, trad. par P. COST, Amsterdam, 1723, p. 653 cité dans G. GUSDORF, *Dieu, la Nature, l'homme au Siècle des Lumières*, vol. 5, Paris, Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1972, p. 364), mais aussi à bien d'autres auteurs (voir A. RENAUT (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, op. cit., p. 62).

⁵⁸ J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, Dalloz, coll. « Classic », 9^e éd., 2001, p. 11.

⁵⁹ Par là même, elles ont construit les deux concepts-clés d'une grande partie de la doctrine du droit naturel, se définissant précisément, selon Jean Dabin comme « les premiers principes ou données élémentaires de morale résultant de la nature des choses et que la raison humaine perçoit d'emblée comme vrais, par intuition et en quelque sorte d'instinct » (J. DABIN, « La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine », *Revue néo-scholastique de philosophie*, n° 20, 1928, p. 418-461). Bruno Oppetit n'en dit pas moins quand il explique qu'il s'est agi de situer « l'homme et le droit par rapport à la raison et à la nature et d'en dégager les lois » (B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2017, p. 35). Jean Ladrière explique que la « force singulière du droit naturel, qui est en même temps son aspect essentiel, c'est précisément de faire valoir une exigence d'universalité » (J. LADRIERE, « Droit naturel, droit, éthique », *RIEJ*, vol. 13, 1984/2, p. 90-97). Pour plus de précisions, notamment sur les origines et l'histoire du droit naturel, voir B. TIERNEY, « Origines et persistance de l'idée des droits naturels », *Corpus. Revue de philosophie*, n° 64, 2013, p. 9-30 et B. KRIEGL, *Les Droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1989. Pour des nuances tenant à l'existence, en vérité, d'une autre vision du lien entre droit naturel et universalisme (voir P. KNEE, « Universalisme et pluralisme chez Montesquieu », *Philosophiques*, vol. 18, n° 2, 1991, p. 3-26.)

⁶⁰ Les droits qu'elle consacre étant déduits « d'un homme doué de raison, universel et abstrait » (G. MEDEVIELLE, « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Transversalités*, n° 107, 2008/3, p. 69-91), donc « d'une humanité abstraite, d'une "nature" comme à tous les individus concrets » (D. LOCHAK, « Les droits de l'homme : ambivalences et tensions », *Revue internationale de psychologie*, n° 23, 2004, p. 9-24).

⁶¹ J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Angers, Université d'Angers, 2017, p. 159.

caractérisait alors une forme politique transcendant les particularismes et les appartenances communautaires des individus pour les intégrer autour d'un projet commun⁶². Elle scindait d'un côté l'homme privé et le citoyen⁶³, « dépouillé de ses attaches, éclairé par la Raison et capable de ce fait de concourir librement et également à l'expression de la Volonté générale »⁶⁴ ; donc capable de partager avec les autres – *ipso facto* semblables – un point de vue universel⁶⁵. En ce sens, la citoyenneté – dans sa dimension symbolique⁶⁶ – apparaît comme un « horizon »⁶⁷, ou une idée régulatrice⁶⁸, qui sauvegarde l'idéal d'unification égalitaire et participe de l'idéal universaliste dont elle fait partie⁶⁹. En somme, la nation rejoint et recoupe fondamentalement la citoyenneté⁷⁰, dans son ambition universaliste de transcender les appartenances particulières⁷¹. Dans cette perspective, le citoyen est dorénavant apte à *s'arracher*⁷² à ses déterminismes, sans les nier⁷³, pour former une communauté politique unie et égalitaire. Il n'est

⁶² D. SCHNAPPER, « Intégration des immigrés et intégration nationale », *Migrants-Formation*, n° 95, déc. 1993, p. 17. C'est donc « l'union des volontés qui forme la collectivité nationale et non pas une race commune ou une autorité transcendante (N. M. AZIZA, « Nation et intégration », *Philosophie Politique*, n° 8, 1997, p. 55). Voir aussi pour une approche plus complète de la nation et, notamment, la conception de Sieyès P. PASQUINO, « Citoyenneté, égalité et liberté chez Rousseau et Sieyès », » in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, coll. « Politique d'aujourd'hui », p. 70 ; J. BOULAD-AYOUB, « Vive la Nation ! », *Philosophie Politique*, n° 8, 1997, p. 27

⁶³ S'il se révèle ardu de réellement distinguer l'implication prioritaire entre l'idée de nation et celle de citoyenneté, les deux sont indéniablement et intrinsèquement liés par le projet unificateur de la Révolution. L'abbé Sieyès lui-même explique que la nation « n'est autre que la partie, "la généralité des citoyens" ». Il appréhende la citoyenneté comme le titre d'appartenance à la collectivité politique, comme le « lien qui unit les individus en une nation » (P. MAGNETTE, *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 185 et 187). À noter que, l'article 7 de la Constitution de 1793 – bien qu'il ne fût jamais été appliqué – n'en disait pas moins lorsqu'il précise que « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ».

⁶⁴ J. CHEVALLIER, « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, avr. 1999, p. 3-18.

⁶⁵ J. Y. THERIAULT, « De l'utilité de la distinction moderne privé/public », *Politique*, n° 21, 1992, p. 47-69.

⁶⁶ Car la citoyenneté peut aussi être appréhendée sous une conception technique, davantage mise à mal par la réalité des pratiques révolutionnaires (surtout par les exclusions, notamment financières, du droit de vote (voir O. LE COUR GRANDMAISON, « Citoyenneté, anthropologie et politique pendant la Révolution française (1789-1791) » in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité...*, op. cit., p.38)). À l'époque, Robespierre s'en était au demeurant déjà insurgé (voir ROBESPIERRE, « Le marc d'argent » (25 janv. 1790), disponible en ligne sur : <https://www2.assemblee-nationale.fr> (consulté le 15 août 2020)). D'un point de vue symbolique, elle était évidemment plus que cela (D. LOCHAK, « La citoyenneté : un concept juridique flou » in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité...*, op. cit., p. 180).

⁶⁷ D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 2001, coll. « nrf essais », p. 65-66, p. 87.

⁶⁸ « Puisqu'il s'agit d'une idée, elle ne peut être totalement réalisée. [...] L'idée universaliste proclamée par les tenants de l'intégration à la française – par la pure citoyenneté individuelle – a toujours été un idéal ou une idée, un projet politique, ou une idée régulatrice, jamais la description de la réalité sociale » (D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens...*, op. cit., p. 112).

⁶⁹ Pour la notion de « citoyen », voir P. MURAY, « Citoyen. De la citoyennophilie », *Le Débat*, n° 112, 2000, p. 53-57 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Citoyen », *Droits*, n° 17, 1993, p. 33-42 ou encore M. WALZER, « Communauté, citoyenneté et jouissance des droits », *Esprit*, mars/avr. 1997, disponible en ligne sur : <https://esprit.presse.fr> (consulté le 15 août 2020).

⁷⁰ Il n'est pas étonnant que la citoyenneté soit souvent confondue dans la doctrine avec le concept de nation, compte tenu du fait que l'universalisme émane des deux. Par exemple, Nadir M. Aziza dit que « les philosophes des Lumières avaient avancé une définition de la nation qui mettait toutes les déterminations empiriques – catégories sociales, titres, fonctions, lignées – hors-jeu, y compris les origines ethniques » (N. M. AZIZA, « Nation et intégration », art. préc.).

⁷¹ D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens...*, op. cit., p. 49.

⁷² F. CONSTANT, *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000, coll. « Dominos », p. 33.

⁷³ D. SCHNAPPER, « La Nation et l'universel », *Raison présente*, n° 122, 1997, p. 9-19.

alors pas étonnant de lire chez Cécile Laborde que l'accessibilité égalitaire à la citoyenneté forge le socle de la suspicion républicaine à l'égard de la reconnaissance des différences⁷⁴.

15. L'idéologie universaliste d'aujourd'hui trouva sa source dans toute cette pensée qui parsemait l'époque des Lumières, au point qu'il est même courant de parler aujourd'hui d'« universalisme révolutionnaire »⁷⁵. Tout cet état d'esprit a parcouru les siècles – et s'est parfois trouvé renforcé, notamment sous la III^e République⁷⁶ – jusqu'à aujourd'hui. Cette tradition a indéniablement façonné notre système sur un raisonnement politique et juridique, fondamentalement opposé à la différenciation, ayant finalement rendu les individus égaux⁷⁷.

16. L'égalité universaliste. Principe fondamental de notre droit, l'égalité s'est rigoureusement imposée dans les débats doctrinaux, les auteurs s'interrogeant de longue date pour saisir la substance exacte d'un principe considéré comme « hybride »⁷⁸ ou « gigogne »⁷⁹. S'agissant de son origine, celle-ci est généralement interprétée comme un principe de philosophie politique, traduisant l'idéal universaliste précédemment exposé.

17. Selon des auteurs, l'article 1^{er} de la DDHC⁸⁰ offre la première traduction concrète de l'universalisme en posant l'exigence d'une détention égale des droits entre les individus, « quelles que puissent être leurs caractéristiques distinctives »⁸¹. Précisément, si tous les hommes ne naissent pas égaux en force, en richesse, en intelligence, en adresse, en talent, – et malgré l'absence de l'égalité aux côtés des droits naturels cités par le texte⁸² – la DDHC fait disparaître ces inégalités devant la loi⁸³. Dans le postulat initial⁸⁴, les hommes sont égaux à

⁷⁴ C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains*, Paris, Seuil, 2010, p. 103.

⁷⁵ P. QUINTILI, « Éthique universaliste, politique révolutionnaire » in O. BLOCH (dir.), *L'idée de révolution : quelle place lui faire au XXI^e siècle ?*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Philosophie », 2009, p. 75-90. Rappelons cependant que le terme n'était pas employé à l'époque. Il relève surtout d'une caractérisation plutôt récente.

⁷⁶ « Ce que la Révolution ne serait pas parvenue à faire, la République s'en serait chargée » (E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris Nanterre, 2018, p. 57), quitte à frôler un universalisme prescriptif excessif et hégémonique.

⁷⁷ A. FENET, « Présentation générale » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 9.

⁷⁸ S. BARLES, « Complexité et mutabilité du concept d'égalité », *Hommes et migrations*, n° 1232, 2001, p. 83-89.

⁷⁹ F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, p.115-135.

⁸⁰ « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

⁸¹ A. RENAUT et S. MESURE, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, p. 18.

⁸² Art 2 de la Déclaration : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁸³ Il a pourtant pu être soutenu que l'égalité occupait une place secondaire dans la DDHC. Relativisant d'autant plus l'importance de cette dernière, il est même allégué que les cahiers de doléances n'ont comporté que peu de revendications égalitaires (R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Felix Alcan, 1910, p. 49). Cependant, les dénonciations des régimes antérieurs étaient en grande partie dirigées contre les privilèges ; les nouvelles bases du régime devaient non moins reposer sur l'égalité que sur la liberté. En réalité, l'absence du mot ne retire, ni son implication dans les contestations de l'Ancien Régime, ni son rôle d'« idée maîtresse de la Révolution » (*ibid.*, p. 55), puisque lorsque sont dénoncés des privilèges, notamment fiscaux, n'est déplorée rien d'autre que l'absence d'égalité en droit (S. CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Aix-Marseille, PUAM, Economica, 1995, coll. « Droit public positif », p. 26). Cette dernière n'est peut-être pas concrétisée par le terme-même, mais irrigue constamment les mentalités et les besoins de l'époque, « comme s'il existait une logique sous-jacente reposant sur le désir de toujours plus d'égalité » (*ibid.*, p. 23).

⁸⁴ Notons que, selon Georges Gusdorf, cette approche peut être déjà trouvée au XIV^e siècle avant notre ère, sous

l'état de nature, mais la société les a rendus inégaux⁸⁵. C'est au droit, plus précisément à la loi, de les ramener à égalité en droit, mais non en moyens⁸⁶. Cette distinction des égalités, établie par Sieyès et suivie par de nombreux parlementaires de l'époque⁸⁷, poursuit toujours la réflexion naturaliste, et, partant, l'idée d'une identité de nature commune à la base de l'égalité des droits⁸⁸.

18. Du reste, si l'article 1^{er} faisait quelque peu office d'énoncé philosophique, l'égalité rencontra une traduction plus concrète au sein de la même déclaration, dans son article 6⁸⁹. Cela étant, rappela Célestin Bouglé, « déclarer les hommes égaux c'est édicter une façon de les traiter », c'est, en outre, un jugement de droit, une prescription⁹⁰. En effet, en s'attardant sur le vocabulaire employé⁹¹, Olivier Jouanjan tire deux conséquences de la formulation de l'article 6 : d'abord, que la loi se trouvait imposée par l'article 6 de la déclaration, en ce qu'elle devait considérer les individus également – l'égalité devait donc contraindre le législateur⁹² – ; surtout,

Aménophis IV Akhénoton : « [t]ous les hommes sont égaux par nature et en droit devant le suprême dieu Soleil, dont les bienfaits sont répartis sans distinction de race ou de rang social » (G. GUSDORF, « La France, pays des droits de l'homme... », *Droits*, n° 8, 1988, p.23-31).

⁸⁵ Cette conception est retranscrite quasiment au mot près dans l'Encyclopédie : « Dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité, mais ils n'y sauraient rester. La Société leur fait perdre et ils ne redeviennent égaux que par les lois » (Encyclopédie, Égalité, t. V, p. 415 cité dans G. JOUET, *L'évolution de l'idée d'égalité dans le droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit de Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 106-107).

⁸⁶ « [É]galement aptes à jouir des droits, – ils n'en ont pas tous un exercice égal » (R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, op. cit., p. 8).

⁸⁷ Sieyès a en premier formulé cette distinction dans son premier projet de déclaration (20-21 juillet 1789), article XVI (S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, coll. « Pluriel », p. 593). Target opère la même distinction dans son projet de fin juillet 1789 à l'article XXII (*ibid.*, p. 608). Le projet du Sixième bureau de la même période dégage bien l'existence d'inégalités dans les faits, mais se préoccupe d'une égalité des droits aux articles V et VI (*ibid.*, p. 621). Ensuite, les projets de Gallot (3 août 1789), Sinety (4 août 1789), Bouche (première moitié d'août 1789), Pison du Galland (mi-août 1789) ou encore Gouges-Cartou reprennent peu ou prou cette distinction (mi-août 1789) (*ibid.*, respectivement p. 646, p. 653, p. 686, p. 703, p. 717). Nous avons noté que Marat est l'un des rares à laisser paraître une égalité de moyens dans son projet (mi-août 1789) en dénonçant les inégalités et en relativisant l'égalité absolue par l'idée qu'il n'y a, non absolument, mais « à-peu-près », aucune distinction en droit (S. CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité...*, op. cit., p. 733).

⁸⁸ C. BOUGLE, *Les idées égalitaires. Étude sociologique*, Paris, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1899, p. 24.

⁸⁹ La loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (nous soulignons).

⁹⁰ C. BOUGLE, *Les idées égalitaires...*, op. cit., p. 23.

⁹¹ Jouanjan observe que dans la formulation souvent tenue par la doctrine « d'égalité devant la loi », « égal est un qualificatif, et non un substantif – une égalité. En traduisant cette phrase par “égalité devant la loi”, on hypostasie ce qui n'est en fait qu'une qualité. Ce faisant, c'est l'égalité comme substantif qu'on place “devant” – et donc en dehors de – la loi » (O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1993, p. 131-139). Force est pourtant de constater que la Déclaration considère les Citoyens égaux aux yeux de la loi, devant elle, et qu'en ce sens l'adjectif « égal » qualifie les individus, ce que confirme, par exemple, la formulation du projet de déclaration de Gallot du 3 août 1789, §. IV. 7° : « [t]ous les Citoyens sont soumis aux Loix parce que les Loix protègent également tous les Citoyens sans distinction de rang, de fortune & de naissance, car aux yeux de la Loi, tous les hommes sont égaux » (S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 643). Voir également le projet de Bouche (première moitié d'août 1789) (*ibid.*, p. 686).

⁹² F. EDEL, *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Contribution à une théorie générale du principe d'égalité*, Thèse pour l'obtention du doctorat, Université de Strasbourg, 2003, p. 42, note 85 et O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. préc.

et en conséquence, que l'égalité concernait l'universalité des individus⁹³. L'auteur décèle, par ces dispositions, l'origine du principe d'égalité dans ses fondements universalistes, étant entendu qu'il visait uniquement l'universalité des citoyens, au-delà de toute catégorisation ou de tout sous-ensemble dessiné par la loi⁹⁴. Cette conception n'avait pas échappé à Adhémar Esmein : « [l']égalité devant la loi, laquelle consiste en ce que tous les citoyens ne forment qu'une classe unique de sujets à l'égard desquels la loi statue uniformément et indistinctement, sans exception de personnes »⁹⁵. D'ailleurs, « tous les citoyens » relève d'une formulation caractéristique d'un système normatif universaliste qui opère par désignation générale et indifférenciée des sujets de droit⁹⁶. En conséquence de tout cela, le principe d'égalité ne pouvait qu'être produit par « abstraction méthodique des différences »⁹⁷. Autrement dit, les individus devenaient des « identiques », des « clones »⁹⁸, sans différenciation, donc théoriquement interchangeables ; « en quelque sorte parfaitement substituables »⁹⁹. Dès lors, l'égalité ne pouvait qu'être aussi individualiste.

19. Une égalité aussi individualiste¹⁰⁰. Passant de Locke à Rousseau¹⁰¹, face à un Ancien Régime pluraliste caractérisé par les hiérarchies de corps¹⁰², le sacre de l'individu fut affirmé par la Révolution. Une fois de plus, c'est très certainement la DDHC qui a sacralisé et gravé dans le marbre cette philosophie. Elle instituait un « individualisme citoyen »¹⁰³ qui exclut que puissent s'interposer entre l'individu et la communauté nationale des groupements

⁹³ « Dans l'énoncé “tous les X sont égaux devant (aux yeux de) la loi”, “tous les X” forme ce que l'on peut appeler, au sens logique, la classe universelle de référence de l'égalité dite générale. Par ailleurs, ces X ne se différencient d'aucune manière en fonction de quelque critère que ce soit (d'activité, de fonctions, d'appartenance, de sexe, de race, etc.). C'est pourquoi l'on a dit que l'égalité s'appliquait *indifféremment* à tous ces X, à cette classe universelle de référence » (O. JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 4, avr. 2020).

⁹⁴ O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *art. préc.*

⁹⁵ Il la rattachait d'ailleurs à l'article 6 de la DDHC (A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1914), rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, 2001, coll. « Droit public », p. 545).

⁹⁶ Les « sujets de droit sont le plus souvent désignés au moyen de pronoms indéfinis tels que “chacun”, “tous”, “quiconque”... et, corrélativement, “nul”, “personne” [...] » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, « De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations » in T. GRÜNDLER et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, juin 2016, p. 44).

⁹⁷ A. RENAUT, *Égalité et discriminations. Un essai de philosophie politique appliquée*, Paris, Seuil, 2007, p. 15.

⁹⁸ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 49, 2009/1, p. 213-242.

⁹⁹ R. HERNU, « Égalité et non-discrimination » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.*, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2012, p. 358.

¹⁰⁰ Nous parlerons plus d'égalité « individualiste » que d'égalité « individuelle » par parallélisme avec l'égalité universaliste. Il s'agit avant tout d'une égalité philosophique et politique, qui connaît ensuite des procédés de concrétisation. L'égalité individuelle évoque trop le concept, existant en droit, de droit individuel. Le terme « individualiste », signifiant davantage l'essence philosophique de l'égalité, nous semble plus adéquat.

¹⁰¹ Voir M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, 2007, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 42. Pour des origines même plus anciennes, voir F.-X. TESTU, « Individu » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p. 821.

¹⁰² Cette période – et celles antérieures – fait ainsi la part belle au pluralisme juridique, puisque coexistent plusieurs systèmes juridiques comprenant des distinctions qui tiennent à l'origine et à la fonction des individus (N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1998, p. 551). Si d'un point de vue sociologique les privilèges sous l'Ancien Régime sont « les signes d'une réalité structurelle du royaume évidente », l'auteur nuance qu'ils sont néanmoins par la voie des exceptions un des moyens d'adaptation du droit au fait (N. ROULAND, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995, p. 240).

¹⁰³ G. MARCOU, « Introduction » in G. BRAIBANT et G. MARCOU (dir.), *Les droits de l'homme : universalité et renouveau (1789-1989)*, Paris, L'Harmattan, 1990, coll. « Logiques juridiques », p. 15.

intermédiaires venant fausser l'élaboration de la volonté générale¹⁰⁴. De la sorte, la DDHC permet l'arrachement à tout déterminisme et l'exercice des droits, individuels, selon la propre autonomie individuelle, donc protège des contraintes pouvant résulter de l'appartenance communautaire¹⁰⁵. La fameuse locution de Clermont-Tonnerre tenue en 1789 devant l'Assemblée au sujet des juifs exprimait très justement le caractère émancipateur de cet axiome¹⁰⁶. Par la suite, tous les Codes et les normes qui suivront adopteront le langage individualiste¹⁰⁷, quand d'autres textes participeront même de sa sacralisation¹⁰⁸.

20. De cette manière, l'universalisme ne peut qu'impliquer l'individualisme, et ce second ne peut que parachever le premier¹⁰⁹. Décrite par Olivier Jouanjan¹¹⁰ et Frédéric Edel¹¹¹ comme corollaire de son caractère universaliste, l'égalité est donc individualiste, c'est-à-dire qu'elle se situe au sein des rapports entre individus ; « les titulaires de l'égalité sont les individus, tous les individus ; l'égalité entre chacun est aussi une égalité entre tous »¹¹². En d'autres termes, « c'est d'abord de situer l'égalité au niveau des individus (l'égalité qualifie les rapports entre individus) ; c'est ensuite d'établir l'égalité entre tous les individus (l'égalité entre chacun est aussi une égalité entre tous) »¹¹³.

21. Finalement, nous nous représentons la philosophie sous-jacente à l'égalité selon un diptyque clair : avant tout universaliste, forcément individualiste¹¹⁴. Si l'universalisme, et sa dimension individualiste, forment un idéal aux fondements de notre système politique et juridique, la concrétisation de son égalité ne pouvait qu'être bousculée par la réalité sociale et le cours de l'histoire.

¹⁰⁴ I. KABOGLU, « L'individualisme dans la Déclaration des droits de 1789 et la "conception individualiste" dans la Turquie contemporaine », *CEMOTI*, n° 12, 1991, p. 99-115.

¹⁰⁵ A. LE PORS, *La citoyenneté*, Paris, PUF, 2011, 4^e éd., coll. « Que sais-je ? », p. 35.

¹⁰⁶ « Il faut refuser aux Juifs comme nation et accorder tout aux Juifs comme individus... ; il faut qu'ils ne fassent dans l'État ni un corps politique, ni un Ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens » (*Opinion de M. le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre*, député de Paris, le 23 décembre 1789, Paris, 1789, p. 13 cité dans P. GIRARD, *Les Juifs de France de 1789 à 1860. De l'émancipation à l'égalité*, Calmann-Lévy, 1976, coll. « Diaspora », p. 51).

¹⁰⁷ R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, op. cit., p. 154.

¹⁰⁸ Tels sont les cas du décret d'Allarde du 15 février 1791 et de la fameuse loi Le Chapelier du 14 et 17 juin qui prohibent l'existence des corporations, ou encore de la Constitution du 3 septembre 1791 qui, dans son préambule, proclame la disparition de toute distinction d'ordres et de corporations.

¹⁰⁹ « [S]i l'individu comme tel est la valeur suprême, il ne peut être soumis à nul autre que lui-même, tout principe de hiérarchie se trouvant par-là exclu au profit du principe d'égalité » (A. RENAUT, *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989, p. 72).

¹¹⁰ Notamment *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 123 ou 180.

¹¹¹ Notamment *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit. p. 37 et s.

¹¹² *Ibid.*, p. 39.

¹¹³ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », art. préc.

¹¹⁴ Si l'on veut être conforme à la réalité historique, en débordant le cadre de la thèse, nous concevrions davantage l'égalité révolutionnaire par un triptyque impliquant en plus le légalisme.

PARAGRAPHE 2. La concrétisation de l'égalité universaliste : l'égalité générale et ses catégories juridiques

22. Olivier Jouanjan et Frédéric Edel exposent le détournement des fondements universalistes de l'égalité¹¹⁵. Tous deux expliquent la conception qui va s'installer en raison de la consécration du légicentrisme et de son lien intrinsèque au critère matériel devant définir la loi : la généralité (A). À partir du moment où la loi générale s'inscrit comme *la* règle de droit – alors générale – l'égalité épouse sa substance pour passer d'une égalité par l'universalité à une égalité par la généralité. En réalité, le caractère général de cette égalité devait s'avérer être la traduction concrète et inévitable de l'égalité universaliste au contact du processus distinctif propre au droit (B).

A) La généralité : définition et distinction

23. Le glissement vers la généralité par la loi. La « nomophilie »¹¹⁶ révolutionnaire avait ceci de paradoxal que la DDHC, tout en sacralisant le législateur, ne pouvait s'imposer positivement à lui¹¹⁷, donc effectivement le soumettre. La loi était alors illimitée. Cause ou conséquence de cela, elle devint assimilée à *la* règle de droit¹¹⁸, pour se définir dès lors au sens matériel comme « toute disposition de caractère général¹¹⁹, abstrait et permanent »¹²⁰. Ces traits caractéristiques se profileront tout le long du XIX^e siècle et surtout sous la III^e République,

¹¹⁵ Nous suivrons généralement leurs développements sur ce « premier moment de l'égalité » abordés surtout dans leurs thèses puis quelque peu dans les articles (O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit. ; O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. préc. ; O. JOUANJAN, « Conclusions » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.) *Actualité politique et juridique de l'égalité*, op. cit., p. 245-256 ; O. JOUANJAN, « Kelsen et l'égalité devant la loi : une critique » in *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pédone, 2015 ; O. JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », art. préc. ; F. EDEL, *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Contribution à une théorie générale du principe d'égalité*, op. cit. ; F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », art. préc. ; F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, 2015/1, n° 61, p. 117-142).

¹¹⁶ « Les Nomophiles, qu'était-ce à dire ? Les amis, les amants, les passionnés des Lois » (J. CARBONNIER, « La passion des lois au siècle des Lumières », *Bulletin de l'Académie Royale de Belgique*, n° 62, 1976, p. 549-554).

¹¹⁷ Georges Vedel précise tout en nuances qu'il est complexe d'établir la valeur visée de la Déclaration, mais une partie de la pensée de l'époque voyait tout de même celle-ci comme « un code de règles positives » (« La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989, p. 645). À la lecture de l'ouvrage de Stéphane Rials ressort aussi la volonté de poser un texte voué à être bien plus qu'un simple énoncé déclaratoire et dénué de conséquences (*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit.).

¹¹⁸ La règle de droit s'appréhende traditionnellement comme « une règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par l'autorité publique » (R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2019, coll. « Cours », p. 7). Assurément, cette définition n'est que primitive et, en réalité, « l'habituelle définition de la règle juridique comme règle à portée “générale” ne paraît plus devoir s'imposer » (L. ROBERT-WANG, « Règle de droit » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1326).

¹¹⁹ Sur ce point, Olivier Jouanjan notait : « il est fort probable qu'ils [les “déclarateurs”] ont compris la “volonté générale” conformément au “jeu de mot” rousseauiste, c'est-à-dire dans son double sens » (O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 73), autrement dit la loi « étant l'expression de la volonté générale, doit être générale dans son objet » (déclaration du comité des Cinq citée par Olivier Jouanjan à l'appui de sa démonstration (in S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 748)).

¹²⁰ G. CORNU, « Loi » in *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 13^e éd., 2020. Au demeurant, l'auteur renvoyait justement pour synonyme à la règle de droit.

période cruciale du légicentrisme et sous laquelle les auteurs appuyèrent la définition de la loi par la généralité¹²¹. Le caractère minoritaire de la conception formelle de Carré de Malberg témoignait de ce que la nature générale de la loi était profondément imprégnée¹²². Même si cela déborde notre étude, notons au passage que les excès du légicentrisme et de la place donnée à la généralité, poussèrent à assimiler l'égalité au simple légalisme¹²³.

24. Les approches de la généralité. Duez et Barthélemy spécifièrent : « généralité ne signifie pas universalité »¹²⁴. À quoi renvoie-t-elle dans ce cas ? Henri Dupeyroux est l'un des rares à avoir identifié les conceptions de la généralité qui ont parcouru les époques. Il établissait une conception absolue : « [o]n dira dans ce sens que la loi est générale si elle est susceptible de s'appliquer uniformément, sans distinction, à tous les membres d'une communauté donnée ; c'est dans ce sens que l'on dit que la loi est la même pour tous »¹²⁵. À côté, il posait une conception relative qui aurait atténué, voire supplanté l'absolue : « celle qui statue sans considération de personne, même si elle vise expressément (pourvu que non nommément) une petite catégorie de gens ou de faits »¹²⁶. À notre sens, en définissant ces deux approches,

¹²¹ Chez Maurice Hauriou (voir *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1893, p. 12 ; *Principes de droit public* (1910), Paris, Dalloz, rééd., 2010, p. 617 et *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, p. 183) ; assez proche, chez Léon Duguit (voir *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 1, 3^e éd., 1927, p. 308, à la fois contestée, mais présente aussi dans *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 2, 3^e éd., 1928, p. 164 à 167) ; chez Gaston Jèze (*Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français* (1925), Paris, Dalloz, t. 1, rééd., 2005, p. 23) et chez Joseph Barthélemy et Paul Duez (*Traité de droit constitutionnel* (1933), rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, 2004, coll. « Les introuvables », p. 724 et s.). Cette conception résistera d'ailleurs jusque tard sous la plume des auteurs (voir les caractéristiques données à la fonction législative par Roger Bonnard encore en 1943 (*Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1943, p. 59), ou par Georges Ripert en 1955 (*Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955 p. 312-313)).

¹²² Il s'évertuera à expliquer qu'en droit positif la définition par la généralité n'a pas de valeur et qu'est législative la seule norme votée par le Parlement selon la procédure constitutionnelle prévue (voir surtout *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, notamment p. 14 et s. mais également disséminé dans ses autres écrits : R. CARRE de MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit pas degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, notamment p. 35 et s., surtout R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. 1 et 2 (1920 et 1922), rééd. présentée par Éric MAULIN, Paris, Dalloz, 2004, p. 326 et s.).

¹²³ La loi ne pouvant être contrainte, l'égalité devant être générale, et la généralité étant le critère de la loi, l'égalité n'a plus d'effet en amont de la loi. De cela, découlait le passage d'une égalité *dans* la loi à une égalité *devant* la loi, alors souvent assimilée à une simple subordination de la décision particulière à la règle générale (J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 349). Pour ces discussions, voir avant tout la conception doctrinale diffusant cette approche : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, rééd. tr. par C. EISENMANN, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1999, p. 146 et s. Pour les commentaires de cet écrit : O. JOUANJAN, « Kelsen et l'égalité devant la loi : une critique » in *Droit international et culture juridique...*, *op. cit.*, p. 468 et C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295-353. Pour une reprise malheureuse, non moins fréquente, de l'approche de Kelsen, voir par exemple H. PETZOLD PERNIA, « Égalité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, coll. « Anthologie du droit ». Pour un exposé général de cette conception, voir P. GIRO, « Égalité devant la loi » in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 354 ; F. EDEL, *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 47-48 ; O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 76 s. ; G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 25 et s. et C. STARCK, « l'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité » in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 182.

¹²⁴ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel* (1933), *op. cit.*, p. 725.

¹²⁵ H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 143.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 151.

l'auteur différenciait en définitive universalité et généralité. Comme il le précisa lui-même, la généralité absolue caractérise une norme qui se veut universelle et qui se rapporte à la conception révolutionnaire initiale¹²⁷ : la loi est utopiquement applicable à tous les individus de la même manière. Évitant une confusion souvent opérée¹²⁸, nous emploierons donc le mot de généralité sans qualificatif pour décrire celle que Henri Dupeyroux nomme « relative », puisque l'absolue peut être décrite par l'universalisme idéalisé de l'égalité originelle. Cette généralité « relative » est, nous le verrons ci-après, la généralité obligatoire d'un droit qui distingue en catégories et ne peut donc s'appliquer, en même temps, universellement à tous.

25. Sur cette distinction nous pouvons être encore plus précis avec la question de Gérard Teboul : « [f]aut-il considérer qu'une loi présente un caractère de généralité si et seulement si le corps social dans son entier constitue le destinataire de la norme qu'elle véhicule (cas, par exemple, de l'article 1382 du Code civil) ou doit-on estimer qu'une disposition législative est "générale" alors même qu'elle s'adresse à une fraction du corps social (cas, par exemple, d'un texte régissant un secteur professionnel) ? »¹²⁹. Par ces termes, l'auteur interroge, ici aussi, la distinction, entre – respectivement – l'universalité et la généralité, mais cette fois-ci à travers l'idée de la catégorisation. En vérité, l'acte législatif établit et régit des catégories d'individus¹³⁰ ; la généralité de la loi se concrétise à travers des catégories juridiques, ce dont témoignent d'ailleurs les définitions doctrinales de celle-ci¹³¹. L'idée de catégorisation peut même être décelée chez des auteurs des Lumières¹³². Cette généralité dans la catégorisation comprend toutefois une certaine façon d'opérer.

26. Les caractères de la généralité. La généralité reste profondément imprégnée de l'universalité. Elle puise dans celle-ci son détachement de tout fondement dans le concret, voire son occultation du réel¹³³. Cet héritage, souvent souligné par la doctrine pour caractériser la généralité, est l'abstraction¹³⁴. Par celle-ci, la norme prend une « forme indéterminée »¹³⁵ et « le législateur ne sait plus à l'avance quels sont ceux auxquels la loi s'appliquera »¹³⁶. En somme,

¹²⁷ *Ibid.*, p. 144.

¹²⁸ Pour une assimilation confuse entre le caractère général de l'égalité révolutionnaire et l'égalité universaliste, voir G. TEBOUL, « Commentaire de l'article 6 » in M. DEBENE, G. TEBOUL et G. CONAC (dir.) *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 149 et A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 9.

¹²⁹ G. TEBOUL, « Commentaire de l'article 6 » in G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL (dir.), *op. cit.*, p. 149.

¹³⁰ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel* (1933), *op. cit.*, p. 725.

¹³¹ Lorsqu'il est renvoyé à « tous les cas de même nature » ou encore « à tous les individus qui se trouveront dans les conditions prévues par le texte », le législateur semble opérer un choix, les distinctions apparaissent en droit (R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 289).

¹³² Rousseau y faisait allusion : « [q]uand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), *op. cit.*, p. 65). De même, une analyse proche serait perceptible chez Montesquieu (P. FORIERS, « L'égalité et sa dialectique démocratique chez Montesquieu » in H. BUCH, P. FORIERS et C. PERELMAN (dir.), *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 256).

¹³³ D. LOCHAK, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387-392.

¹³⁴ « La généralité se reconnaît au caractère abstrait de la règle, qui est nécessaire pour son application dans l'avenir » (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 312).

¹³⁵ H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 151.

¹³⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 312.

proche du rôle imaginé par Rousseau¹³⁷, par son haut degré d'abstraction, la loi doit se détourner de tout élément situationnel ou personnel précis¹³⁸.

27. En ce sens, l'élément « personnel » renvoie plus traditionnellement dans ces discussions à l'impersonnalité¹³⁹. Ce caractère fonde un rempart important contre l'arbitraire puisqu'il exige que la règle vise des catégories d'individus, des personnes juridiques, mais exclut toute désignation nommée d'un individu dans la norme¹⁴⁰. Élise Untermaier distingue dans sa thèse la généralité personnelle, qui réfère à l'impersonnalité des catégories, et celle matérielle, applicable aux biens, actions, fonctions, etc., pour laquelle nous pourrions user du mot « abstraction »¹⁴¹. Cependant, qu'il s'agisse d'actes, d'objets ou de sujets, la généralité les appréhende tous par une forme d'élévation qui ne peut en termes courants que se traduire par l'idée d'abstraction¹⁴². Autrement dit, une certaine virtualité définit la loi¹⁴³, une déconnexion avec le concret permet à chaque individu de s'identifier à elle, d'être concerné par elle, sans exception, et nonobstant sa différence.

28. Jacques Chevallier explique le lien entre catégorisation et tous ces éléments précités pour définir la généralité : « la réalité sociale est appréhendée par le droit à travers le prisme de concepts abstraits, regroupés en catégories de plus en plus larges et compréhensives [...] »¹⁴⁴. La loi générale pose indubitablement des critères en vue de délimiter son champ d'application. En procédant de la sorte, l'abstraction rattachée au caractère général de la norme n'est pas bafouée ; elle s'exprime à ce moment-là justement par des catégories juridiques, évitant toute

¹³⁷ Rousseau précisait : « [q]uand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière ». Il poursuivait : « la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs classes de citoyen, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis ; elle peut établir un gouvernement royal et une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi, ni nommer une famille royale [...] » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), livre II, chap. VI, Paris, F. Alcan, rééd., 1896, p. 64, 65 et 66).

¹³⁸ « La volonté a une portée générale et ne consiste pas en une volonté relative à une affaire déterminée » (L. M. DIEZ-PICAZO, « Le concept de loi », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 19-2003, 2004, p. 450-471).

¹³⁹ Par exemple : « [l]e mot "loi" [...] recouvre toutes les dispositions émanant de l'autorité publique qui présentent un caractère général, impersonnel et obligatoire [...] » (J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, coll. « Université », 18^e éd., 2020, p. 79).

¹⁴⁰ J.-L. HALPERIN, *Introduction au droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019, coll. « Séquences », p. 2-3.

¹⁴¹ É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 100 et s.

¹⁴² C'est aussi la vision de Dupeyroux : « est générale toute règle qui ne s'applique pas à un cas particulier, qui ne prétend pas traiter un cas d'espèce » et qui « se définit par l'absence, dans les termes de la loi, d'une détermination de l'espèce ou de l'individu à qui elle doit s'appliquer ; ce qui fait alors le caractère général d'une loi, c'est la forme indéterminée, impersonnelle, qu'elle présente au point de vue de sa rédaction ; c'est le caractère abstrait de sa formule » (« Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 151).

¹⁴³ J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN, *La loi*, Dalloz, 2^e éd., 2010, coll. « Méthodes du droit », p. 35.

¹⁴⁴ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n° 3, 1998, p. 659-714.

désignation personnelle d'un individu¹⁴⁵, d'un objet, d'une situation¹⁴⁶, ou organisation spécifique¹⁴⁷. Ce glissement, d'une loi conçue comme ayant une portée universelle vers une portée seulement générale¹⁴⁸, entraîna dans un même mouvement inévitable l'égalité.

B) L'égalité par la généralité comme conséquence de l'histoire et de la réalité juridique

29. L'égalité par la généralité (ou égalité générale). La signification de la généralité renferme en elle-même une substance égalitaire, ce qui ressort nettement des définitions doctrinales qui sont empreintes du champ lexical de l'égalité¹⁴⁹. En outre, il semble indéniable que par la généralité, l'abstraction, le caractère impersonnel de la loi, les individus ne se trouvent *a priori* pas distingués¹⁵⁰. La formulation de la norme est telle qu'elle ne concerne pas directement un individu ou un groupe en vertu des différences concrètes, mais qu'elle désigne, par les catégories, des entités juridiques communes, des « situations juridiques itérables »¹⁵¹. Ces éléments se trouvent alors traduits de manière absolument générale dans l'abstraction juridique¹⁵². La loi ne prévoit donc théoriquement plus de façon arbitraire et *intuitu personae* ; « elle est ainsi édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes rentrant dans ses prévisions abstraites »¹⁵³. Par conséquent, la loi peut concerner qu'un nombre réduit

¹⁴⁵ Tel peut être le cas d'une loi visant les fonctionnaires (O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 108 ; Jean-Louis Halperin mentionne une loi de 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires (*Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 2-3) ; Carré de Malberg parlait de « catégories spéciales de personnes » en parlant des classes de fonctionnaires (R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 289).

¹⁴⁶ M. SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 80.

¹⁴⁷ « [...] elle [la loi] est obligée de laisser subsister bien des particularités différentielles. Il ne serait pas difficile de citer des lois qui consacrent des organisations spéciales ou des séparations et il ne faut pas oublier qu'à l'intérieur du droit légal il y a un droit commun, mais aussi des droits spéciaux ou exceptionnels » (M. HAURIOU, *Principes de droit public* (1910), *op. cit.*, p. 618).

¹⁴⁸ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Université René Descartes Paris, 2003, p. 188.

¹⁴⁹ La définition donnée dans le *Vocabulaire juridique* à l'entrée « (règle) Générale » traite d'un acte « s'appliquant à toute une série de cas semblables » Cette acception met en avant une appréhension globale de faits, sans exclusion (« toute une série »), et évoque l'uniformité (« cas semblables ») (souligné par nous) (G. CORNU, « Général » in *Vocabulaire juridique...*, *op. cit.*). Parmi des auteurs classiques, Léon Duguit n'en dira pas moins (la loi générale « s'appliquera, tant qu'elle ne sera pas abrogée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prévoit » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. 2, 3^e éd., 1928, p. 166)), mais c'est Gaston Jèze le plus explicite lorsqu'il affirme que la situation juridique générale « impersonnelle est la même pour tous les individus qui se trouvent dans les mêmes conditions de fait » (G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif...*, *op. cit.*, t. 1, 3^e éd., rééd., 2005, p. 13).

¹⁵⁰ D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique » in J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris/Laval, PUL, 1996, p. 20.

¹⁵¹ O. JOUANJAN, « Conclusions » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, *op. cit.*, p. 253.

¹⁵² « S'il y a égalité devant la loi, c'est que la loi est, par définition, une règle égale pour tous et elle est une règle égale pour tous parce qu'elle est puisée dans les similitudes, parce qu'elle exprime les relations d'individus très assimilées » (M. HAURIOU, *Principes de droit public* (1910), *op. cit.*, p. 617).

¹⁵³ P. SERRAND, « La loi » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 665.

de personnes, voire une seule personne¹⁵⁴, ou même personne, puisque, par là même, elle est susceptible d'être applicable à tous¹⁵⁵. Dans tous les cas, perdure l'universalité à travers la susceptible applicabilité de la norme à tous.

30. Une égalité seulement intra-catégorielle. L'égalité n'empêche pas les distinctions nombreuses entre les personnes soumises à la loi¹⁵⁶, cette dernière scindant nécessairement au sein de la « classe universelle et indifférenciée des égaux »¹⁵⁷. Désormais, le principe d'égalité est, non pas inter-catégoriel, mais qu'intra-catégoriel¹⁵⁸. Il ne s'impose plus que comme « principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon »¹⁵⁹. Formulé autrement, « l'égalité réduit le principe révolutionnaire de l'identité universelle de traitement (la loi est la même pour tous sujets de droit de l'ordre juridique) à un principe d'identité de traitement à l'intérieur de la loi générale (la loi est la même pour les seuls sujets de droit membres de la catégorie générale établie par la loi) »¹⁶⁰. Ce résultat, d'une égalité pensée comme universaliste, mais concrétisée comme générale, est avant tout l'œuvre historique d'une application erronée du principe. Mais pas uniquement. Toutes ces dernières observations découlent également de l'œuvre irrémédiable du processus juridique, qui distingue et catégorise forcément.

31. Les distinctions inévitables du droit¹⁶¹. Comme le disait de Jean Carbonnier : « distinguer est un procédé familier aux juriste »¹⁶². C'est effectivement le propre de ces derniers, mais plus globalement du droit – procédant par taxinomie (ou taxonomie) –, que de « qualifier, classer, déterminer la nature d'une chose ou d'une institution, afin de lui appliquer un régime spécifique »¹⁶³.

32. Par l'élaboration de textes normatifs est créé un corpus juridique composé de règles diverses. Cette nébuleuse, ce domaine de réglementation, s'apparente à une véritable sphère juridique aux contours flous¹⁶⁴, construite progressivement de différentes normes qui

¹⁵⁴ Des auteurs de la III^e République concèdent que le législateur « peut faire des lois tout à fait générales qui au fond, visent un citoyen déterminé, comme la loi sur les candidatures multiples, du 17 juillet 1889, laquelle, en réalité, était une contre le général Boulanger [...] » (É. ARTHUR, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », *RDP*, n° 13, 1900, p. 214 et s.).

¹⁵⁵ É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 67.

¹⁵⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 338.

¹⁵⁷ O. JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », art. préc.

¹⁵⁸ O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. préc.

¹⁵⁹ C. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, p. 26.

¹⁶⁰ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », art. préc.

¹⁶¹ Pour tous ces éléments, nous aborderont souvent des exemples en notes, afin d'éclaircir les questions sans pour autant perdre le lecteur. Au début de ces notes, nous préciserons « Exemple concret ».

¹⁶² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, coll. « Quadrige manuels », p. 228.

¹⁶³ C. DUVERT, « L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006, p. 26.

¹⁶⁴ Cela s'identifie à ce qu'on appellerait plus communément, par exemple, « droit du travail » en tant que *sphère juridique* composée de règles et catégories éparses, et formant un tout normatif à peu près cohérent, pour autant difficile à réellement délimiter.

s'appliqueront en fonction des faits¹⁶⁵. Ces règles ne peuvent que régir les espèces en les réunissant dans des catégories juridiques abstraites¹⁶⁶. Par ce procédé, les différenciations touchent de près ou de loin la personne en elle-même et, le plus souvent, elle est « découpée, fragmentée, démembrée selon l'activité qu'elle entretient à un moment donné »¹⁶⁷. Les éléments choisis correspondent peu ou prou – ils ne sont généralement que la simplification de la complexité du réel¹⁶⁸ – à la réalité de faits, mais permettent la réglementation de ceux-ci. Compte tenu de l'immensité des distinctions dans les faits, un tri intervient en amont pour établir ce qui est inclus dans le régime, plus globalement dans la sphère juridique, en fonction « d'une caractéristique fondamentale commune »¹⁶⁹. Tout ce processus, inhérent à la formation d'un régime juridique, induit donc la généralité, soit le caractère catégoriel de la norme, non son universalité¹⁷⁰.

33. Il faut bien mesurer l'étendue de cette catégorisation. D'abord, toute sphère juridique aujourd'hui évidente – telle que celle du droit du travail – part de distinctions initiales, existantes encore, mais oubliées¹⁷¹. Ensuite, la sélection des caractéristiques et catégories s'est largement accrue avec le temps, au point qu'il n'est pas un élément de la vie sociale qui ne soit pas appréhendé par le droit¹⁷². Et, d'un autre côté, aucun régime ne peut se contenter d'établir des règles sans le moindre détail. En conséquence, le droit ne se divise pas seulement par « domaines, mais aussi par couches »¹⁷³. La sphère juridique se découpe ainsi, à travers d'autres règles, d'autres subdivisions et *in fine* d'autres catégories juridiques. Dès lors, « une même

¹⁶⁵ Il s'agit ici de la tradition civiliste du syllogisme, « permettant, selon ses promoteurs, de déduire logiquement la solution juridique pertinente en appliquant la règle de droit (majeure) à un champ d'application délimité à partir d'une qualification juridique des faits qui permet de les faire entrer dans des catégories juridiques prédéfinies (mineure) » (É. LEPINARD, « La prise en compte de la subjectivité minoritaire dans l'exercice du jugement au Canada et en France » in A. BARRAS, F. DERMANGE et S. NICOLET (dir.), *Réguler le religieux dans les sociétés libérales. Les nouveaux défis*, Genève, Labor et Fides, 2015, coll. « Religions et modernités », p. 69). Ainsi, « [c]e n'est donc pas une attention à toutes les dimensions du contexte qui est requise, mais plutôt l'identification et la sélection de certains aspects de ce contexte pouvant le ramener à des catégories juridiques préétablies et ainsi permettre de juger le cas » (*ibid.*, p. 76).

¹⁶⁶ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255-272.

¹⁶⁷ B. EDELMAN, *La personne en danger*, Paris, PUF, 1999, p. 39.

¹⁶⁸ O. JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », *art. préc.*

¹⁶⁹ S. BARBOU DES PLACES, « Les étrangers "saisis" par le droit : Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *Migrations Société*, n° 128, 2010/2, p. 33-49.

¹⁷⁰ **Exemple concret** : en créant un régime juridique de condamnation pour meurtre, nous appliquons celui-ci à un individu qui rentre dans une certaine situation de fait, en l'occurrence la commission d'un homicide. Il n'échappe à personne que celui qui n'a pas commis de meurtre ne sera pas soumis à ce régime. Comme le dit Élise Untermaier, la formulation de la norme même lui fait perdre son universalité en lui conférant un champ d'application : « [t]oute norme, une fois formulée, est nécessairement non universelle », mais catégorielle (É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, *op. cit.*, p. 349). C'est ce qui amène Raymond Bouyssou à réduire l'universalité à la possible application d'une norme à tout individu à un moment donné. Il prend l'exemple du mariage et explique qu'il existe des gens qui ne veulent pas se marier ou ne le sont pas encore, mais que cela ne retire en rien la généralité de la règle, puisque, quand ils le voudront, le régime leur sera ouvert et applicable (R. BOUYSSOU, *Le principe de la généralité de la loi*, Thèse (dactylographiée), Paris, 1956, p. 244 et s. cité dans *ibid.*, p. 69).

¹⁷¹ **Exemple concret** : nul ne contesterait que « les chômeurs ne doivent pas être traités de la même façon que ceux qui travaillent » (M. VANQUICKENBORNE, « La structure de la notion d'égalité en droit » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *op. cit.*, p. 178-179), alors qu'il s'agit ni plus ni moins que d'une première division aux fondements du droit du travail, suivie par la suite d'une multitude d'autres, comme, par exemple, « les délais de préavis [qui] sont différents pour les ouvriers et pour les employés [...] » (*ibid.*).

¹⁷² D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation » in J. CHEVALIER (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, CURAPP, p. 57.

¹⁷³ F. GRUA, « Les divisions en droit », *RTD civ.*, 1993, p. 50.

personne, un même bien, un même acte, un même fait... se rattache non seulement à une même catégorie générale, mais aussi à une ou plusieurs de ses sous-catégories [...]»¹⁷⁴. Si les catégorisations se subdivisent, celles applicables à un individu s'entrecroisent également dans différentes sphères juridiques¹⁷⁶. En substance, si les distinctions sont infinies dans la nature, elles n'en restent pas moins indénombrables en droit. Tout cela complexifie l'approche de l'égalité, mais constitue le processus indéniable de formation du droit.

34. Un phénomène inévitable. Au-delà des raisons précitées tenant au légicentrisme, ce processus juridique ne pouvait être totalement évité. Pour preuve, dès la Révolution, l'intervention de la loi, loin de la garantie d'une généralité absolue¹⁷⁷, ne faisait effectivement que postuler des distinctions, voire des discriminations¹⁷⁸. Si l'intervention législative restait moindre à cette époque¹⁷⁹, et qu'elle fut généralement considérée comme s'étant accrue par la suite¹⁸⁰, en vérité, « [c]ombien de lois ont-elles d'ailleurs jamais été applicables à l'ensemble des sujets de droit dans des conditions rigoureusement identiques ? ». À sa juste question, Pierre Albertini répondait « [l]a complexité et la diversité des situations et des relations sociales ont conduit à l'adoption de règles différentes [...] »¹⁸¹. Autrement dit, les textes ont toujours distingué et n'ont jamais cessé d'être multipliés, et ce, avant même l'avènement de

¹⁷⁴ Exemples concrets : René Brunet illustre cela par la liberté d'association lorsqu'il explique la création d'un régime global au titre de la protection de celle-ci. Il affirme que dans un souci de logique juridique on distinguera par des précisions supplémentaires les types d'associations pour mieux appréhender chaque situation spécifique, pour les syndicats ou pour les fonctionnaires, par exemple. Une interdiction peut alors s'appliquer à toute association ou seulement à une de ses subdivisions, comme les fonctionnaires (R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, op. cit., p. 173). De la même manière, le statut des fonctionnaires est distinct de celui des salariés du secteur privé mais, en son sein, les magistrats de l'ordre judiciaire y occupent un statut dérogatoire (J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN (dir.), *La loi*, op. cit., p. 239).

¹⁷⁵ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 240.

¹⁷⁶ Exemples concrets : Amélie Gogos-Gintrand développe par exemple que l'on a différencié les nationaux et étrangers pour former le droit de la citoyenneté. Seulement, la distinction opérée joue aujourd'hui dans d'autres domaines, ne serait-ce qu'en droit du travail ou en droit social, en fonction de la régularité du titre de séjour (A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 100-101). De même, la création du mariage a séparé pendant longtemps entre les sexes ; la distinction venait de « la matière elle-même » (C. RUET, « Liberté matrimoniale et différenciation des personnes » in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, op. cit. p. 72). On a ensuite ajouté des différences d'âges (âge de la puberté, âge de majorité matrimoniale, âge des actes respectueux) (*ibid.*). Or, au-delà de cette sphère juridique, on divise nécessairement les personnes mariées et non mariées sur le plan fiscal ou, fût un temps, sur la condition de l'enfant par exemple (A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes...*, op. cit., p. 293).

¹⁷⁷ Michel Verpeaux constate dès la Révolution des atteintes à l'abstraction de la loi tenant à sa confrontation à la réalité, à son caractère incomplet, et ses problèmes d'application concrète (*La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991, p. 104). En sus, cette difficulté présageait également tout le paradoxe du pouvoir discrétionnaire laissé aux administrations et aux juges, c'est-à-dire celle du risque que ces organes d'application distinguent plus que la loi – alors trop générale – ne le prévoyait.

¹⁷⁸ Nombreux sont les auteurs qui ont montré l'existence de lois encore discriminatoires malgré l'intervention de la Révolution française (voir par exemple : Y. DELBREL, « Les discriminations légales au XIX^e siècle » in *Huitièmes Journées René Savatier. Communautés, discriminations et identité*, Poitiers, Université de Poitiers, 2009, coll. « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales », p. 34).

¹⁷⁹ M. MIAILLE, « Observations » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence...*, op. cit., p. 116.

¹⁸⁰ F. TERRE, « La "crise de la loi" », *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, p. 17-28.

¹⁸¹ P. ALBERTINI, *La crise de la loi. Déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, 2015, coll. « Essais », p. 104.

l'État-providence¹⁸². Même le Code civil, symbole d'une conformité certaine aux idéaux révolutionnaires et universaliste, était assurément plus pragmatique qu'il ne l'est traditionnellement admis¹⁸³. La mutation de l'égalité vers la généralité n'était finalement pas qu'une question de légicentrisme, mais elle était inévitable et nécessaire, que ce soit au nom d'une pure logique gestionnaire¹⁸⁴, de l'exercice d'une prérogative¹⁸⁵ ou d'une liberté¹⁸⁶, de la protection individuelle¹⁸⁷, de la garantie d'un droit subjectif¹⁸⁸, voire de la justice ou de l'efficacité¹⁸⁹, etc. L'équation universaliste de départ – bien qu'irréalisable et irréalisée *ab initio* – ne pouvait qu'être concrétisée par l'égalité générale.

35. Contrôle d'une égalité inter- et intra-catégorielle. Tous ces éléments relativisent la substance d'un principe d'égalité perdu au sein de toutes les catégories. Assurément, le choix des catégories applicables est difficilement saisissable. Cela s'illustre lors du contrôle juridictionnel du principe, alors tout aussi relatif, car dépendant de la comparaison des catégories invoquées par le requérant¹⁹⁰, des normes applicables, des situations en cause¹⁹¹, si ce n'est de la volonté du juge¹⁹². Heureusement, ce dernier s'équipe d'une méthodologie

¹⁸² Même si cette période a profondément accentué ce phénomène, comme le décrit très fidèlement Louis Josserand dans son célèbre article, dénonçant le retour d'un droit de classe, dans un mouvement contre-révolutionnaire et contre l'unité du droit commun (« Sur la constitution d'un droit de classe », *Dalloz*, 1937, Chr. 1 à 4).

¹⁸³ J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN (dir.), *La loi*, op. cit., p. 43. Allant plus loin encore, Marie-Laure Izorche décrit les distinctions opérées au sein du Code civil qui constituent l'état des personnes (nationalité, sexe, âge, statut matrimonial...) comme des vestiges d'un droit inégal (« Réflexions sur la distinction » in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 65).

¹⁸⁴ O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus », p. 8.

¹⁸⁵ « Si la généralité de la règle a tôt été affirmée comme corollaire de l'exigence d'égalité, il s'avère néanmoins que la production normative, comme l'exercice de prérogatives juridiques, ne peut se passer de la catégorisation » (nous soulignons) (M. SWEENEY, *L'égalité en droit social...*, op. cit., p. 391).

¹⁸⁶ « [...] [u]ne même loi garantit, en même temps qu'elle réglemente, l'exercice de ces libertés. Mais les besoins qui ont poussé les individus à user de ces libertés sont divers ; les aptitudes qu'ils ont mises au service de leur activité sont différentes : il peut se faire que quelqu'une de ces manifestations, particulière par son origine ou son but, appelle une réglementation, non point peut-être plus étroite, mais différente » (nous soulignons) (R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, op. cit., p. 173).

¹⁸⁷ « L'article 313-4 du Code pénal, qui est relatif aux abus de faiblesse ou d'ignorance commis à l'encontre de certaines personnes particulièrement vulnérables, notamment en raison d'une maladie, d'une infirmité... distingue parmi les victimes potentielles afin de mieux les protéger. Ici, la distinction n'est qu'un moyen de protection individuelle » (nous soulignons) (M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction » in *Mélanges Christian Mouly*, op. cit., p. 65).

¹⁸⁸ « Mais le droit en vigueur ne peut considérer l'homme *in abstracto* lorsqu'il s'agit de déterminer sa participation à titre personnel, et la reconnaissance de l'existence de droits subjectifs opposable par les individus n'est donc, elle, ni générale, ni absolue, car elle suppose la prise en considération de la diversité des situations sociales » (nous soulignons) (S. CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité...*, op. cit., p. 34).

¹⁸⁹ N. ROULAND, « Être amérindien en Guyane française : de quel droit ? », *RFDC*, 1996, p. 501).

¹⁹⁰ Toute norme peut créer une distinction susceptible d'un recours (par exemple la contestation d'une mesure visant à établir des conditions particulières de communication des ouvrages publics le samedi au sein d'une bibliothèque ; celle-ci défavoriserait les lecteurs du samedi selon le requérant (CE, 26 juill. 1985, *L'association « Défense des intérêts des lecteurs de la bibliothèque nationale »*, n° 50132, Rec. p. 544)). La question se posera alors : quelle distinction est contestée et par rapport à qui ou à quoi ?

¹⁹¹ Il n'existe jamais « deux situation identiques en tout point » (G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, op. cit., p. 42).

¹⁹² Il arrive que le juge s'écarte de la requête et/ou choisisse étrangement quelles catégories comparer (par exemple décision n° 82-141 DC, 27 juill. 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*).

spécifique au contrôle, qui apprécie alors les différences de traitement contestées au regard des différences de situations ou de l'intérêt général, en rapport avec l'objet de la norme¹⁹³.

36. En considération de tout cela, il paraît difficile d'affirmer une quelconque absoluité de l'égalité, même au sein d'une catégorie, et les analyses sont généralement trop simplificatrices¹⁹⁴. Pour être tout à fait exact, le principe d'égalité joue alors tant dans l'inter-catégoriel que dans l'intra-catégoriel, car les catégories se subdivisent, se croisent, s'entremêlent de toute part et que toute distinction peut être contestée par rapport à toute autre. C'est à ce titre que le contrôle s'apparente en vérité à une interrogation « sur les choix qui guident le champ d'application des normes »¹⁹⁵. Il n'est qu'une conciliation entre l'égalité et la catégorisation infinie du droit¹⁹⁶. En résumé, le principe d'égalité sert donc avant tout comme outil légistique ; il sert de guide¹⁹⁷, de régulateur¹⁹⁸. Suivant l'idéal sous-jacent au modèle en cause, il dessine les contours des catégories et modère la sur- et sous-catégorisation permanente, ainsi que sa substance, intrinsèque au phénomène juridique.

37. En somme, la réalité juridique et historique manifeste l'obligatoire traduction et concrétisation de l'égalité universaliste par l'égalité générale. Bien que le droit distingue, rendant utopique cette première, la culture juridico-politique française a eu à cœur de traduire et maintenir l'universalité par la généralité, c'est-à-dire l'abstraction et l'impersonnalité. Plus clairement encore, ces catégories générales, impersonnelles et abstraites, gardent l'imprégnation universaliste en ne ciblant jamais certaines distinctions contraires à cet idéal.

PARAGRAPHE 3. La persistance de l'universalisme par le rejet de certaines distinctions en droit

38. Indéniablement, « l'égalité implique un acte de choix, grâce auquel certaines différences sont minimisées ou ignorées, alors que d'autres sont maximisées et autorisées à se développer »¹⁹⁹. Ce choix dépend de la tradition idéologique de gestion des différences. C'est précisément ici que l'égalité universaliste exprimera sa survivance au sein de l'égalité générale qui la concrétisera.

¹⁹³ « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (décision n° 1996-375 DC, 9 avr. 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*).

¹⁹⁴ Par exemple : « il décompose en ce sens le principe d'égalité en catégories objectives : usagers du service public, utilisateurs du domaine public, fonctionnaires appartenant à un même corps, etc. En principe, sur cette base, la différence de traitement pour chaque catégorie ne peut être justifiée que par la différence de situation » (M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, p. 168).

¹⁹⁵ A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, Lille, ANRT, 1993, p. 444.

¹⁹⁶ A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes...*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁹⁷ O. JOUANJAN, « Égalité » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 586.

¹⁹⁸ P. GOYARD, « Les diverses prérogatives juridiques et les notions d'égalité et de discrimination » in L. INGBER (dir.), *L'égalité*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁹⁹ R. R. PALMER, « Equality » in P. P. WIENER (ed.), *Dictionary of the History of Ideas*, New-York, Scribner, 1973-1974 p. 139 cité dans Joan SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du genre*, n° 33, 2002/2, p. 17-41.

39. Des catégories conformes à l'idéal universaliste²⁰⁰. Dès la formulation des principes modernes du système français, les textes ont admis l'égalité des individus, mais, avec, que des différenciations ne seraient permises que du fait de « leurs vertus et leurs talents »²⁰¹. Tous les hommes ayant l'aptitude ou la capacité égale pour participer à la société²⁰², le droit ne différenciera qu'en fonction de la qualité du mouvement²⁰³, et non de la nature, de l'individu²⁰⁴. Cette distinction connut un écho dans la tradition universaliste. L'image du mouvement de l'individu révèle son importance puisqu'elle met en lumière ce que les personnes « font » (métiers, situations, agissements, etc.) plutôt que ce qu'ils « sont »²⁰⁵. Le droit français privilégie une approche des faits et comportements réputés objectifs pour viser les individus sans les désigner ouvertement²⁰⁶. Carole Younes décrit que la catégorie vise alors des positions, des fonctions, qu'elle cible l'évènement plutôt que la personne, ou, selon ses termes, des « masques essentiellement fonctionnels »²⁰⁷. En outre, la différenciation s'apprécie en tenant compte de la situation dans laquelle l'individu se trouve, situation dont le fondement est avant tout social²⁰⁸, non directement dans l'individu et sa nature²⁰⁹.

40. Par ces éléments, nous retrouvons en filigrane l'approche des différences de situation prônée par les juridictions²¹⁰. La notion de « situation » concorde avec l'appréciation juridiques des actes humains²¹¹ : l'individu est appréhendé en tant qu'acteur de la vie sociale, par son rôle,

²⁰⁰ Bien qu'un peu sommaire, la classification opérée par Olivier Bui-Xuan dans sa thèse est en partie reprise. Nous aurions d'un côté des catégories « compatibles avec la logique universaliste » et, de l'autre, des catégories « *a priori* incompatibles » avec celle-ci (O. BUI-XUAN, *Le droit public français...*, *op. cit.*, p. 8-12).

²⁰¹ Les mots de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

²⁰² D. SCHNAPPER, « Peut-on encore être universaliste ? » in S. TRIGANO (dir.), *L'universel et la politique des identités*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2010, p. 26.

²⁰³ C'est ce qui amène Célestin Bouglé dans son étude de la Révolution à parler d'une « égalité proportionnelle » qui tient compte seulement « des mérites ou démérites personnels » (*Les idées égalitaires...*, *op. cit.*, p. 41).

²⁰⁴ Pierre Rosanvallon observe pourtant que l'exclusion en fonction de l'âge ou du sexe était fondée sur la « nature des choses » (P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, coll. « Bibliothèque des histoires », p. 83). Cela pousse même des auteurs à estimer que les distinctions proscrites se limitaient surtout à celles fondées sur la naissance, caractéristique certaine du système de l'Ancien Régime (E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation...*, *op. cit.*, p. 63).

²⁰⁵ Pour reprendre la formule de Guy Carcassonne (G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, Paris, Éditions du Seuil, 12^e éd., 2014, p. 47).

²⁰⁶ L'auteur cite l'exemple d'une prise en compte des « sans domicile fixe » et précise qu'« on mesure ici la subtilité de la logique juridique qui, ne pouvant ouvertement désigner les personnes, les signale clairement au travers d'actes qui sont des comportements réputés "objectifs" » (M. MIAILLE, « Le droit public, instrument de définition de groupes identifiés » in A. GOTMAN (dir.), *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 11).

²⁰⁷ Celle-ci parle de « masques », pour l'individu, de « masques de droits différents en fonction des rôles, et des relations dans lesquelles il se trouve tantôt consommateur, tantôt producteur, tantôt salarié, tantôt propriétaire » (C. YOUNES, *Le droit et la différence*, Lille, ANRT, 2004, p. 178).

²⁰⁸ A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2006, coll. « Collection des Thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand », p. 373

²⁰⁹ Michel Foessel cite l'exemple de la victime en droit pénal, qui n'est jamais une identité victimaire. L'individu ne sera « victime » qu'en « qualité seconde » qui « ne préjuge pas de la nature d'un être, mais du rapport entre cet être et une série d'actes qui l'ont affecté et dont il n'a pas eu l'initiative » (« Être reconnu : droit ou fantasme ? », *Esprit*, juill. 2008, p. 61-75).

²¹⁰ Voir *infra*.

²¹¹ Le Conseil constitutionnel déclare « conformes à la Constitution des différences de traitement fondées, par exemple, sur la situation particulière de certains usagers d'un service public – notamment leur domicile ou leur lieu de travail –, sur la continuité du service public ou l'incitation fiscale au développement de certaines activités » (A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 55-71).

son mouvement, ses actions extérieures et matérielles, mais aussi toujours par ses mérites²¹². Ce postulat donne donc de l'importance à l'idée de « situations contingentes »²¹³, tels qu'« enfant, vieillard, travailleur, salarié ou chômeur »²¹⁴. L'état et les situations par lesquels les individus passent ne sont que temporaires et restent communes à tous. En conséquence, ils peuvent *sortir*²¹⁵ de ces critères et sont interchangeables.

41. De tels critères transparaissent dans certaines politiques de corrections des inégalités de fait²¹⁶, comme le ciblage de population selon des « situations sociales »²¹⁷, de la « zone géographique » ou encore des « ressources familiales »²¹⁸. Ces critères, visant des individus « démunis », s'accompagnent de conditions objectives qui découlent de leur situation économique et sociale, par nature destinée à évoluer²¹⁹. L'on parle alors de « critères «républicains objectifs» »²²⁰, de « marqueurs «objectifs» » d'inégalités²²¹, voire de distinctions, issues de critères socio-économiques, dites « universalistes »²²². En tout état de cause, considère Olivia Bui-Xuan, cette prise en compte est compatible avec l'universalisme et l'individualisme en ce qu'elle ne met pas à mal l'unité du corps social et reste fidèle au principe d'égalité²²³. À l'évidence, la généralité – sous influence universaliste – marque, par ses caractéristiques, la

²¹² Encore aujourd'hui les mérites se rattachent facilement à ces types de distinctions objectives et situationnelles : « [...] les distinctions, individuelles dans l'espace social, ne peuvent être fondées que sur les vertus, talents, qualités, aptitudes, compétences voire les mérites. Il ne s'agit pas là d'opposer, à propos de la notion de "mérite", égalité juste et égalité injuste (ex. : ne relève pas du mérite la transmission des biens par héritage). La notion de "mérite", aussi floue soit-elle, renvoie à une notion d'impartialité de la part des institutions publiques ou privées [...] » (G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, Paris, Odile Jacob, 2003, coll. « Université de tous les savoirs », p. 135). Jimmy Charruau fait également remarquer que les juges privilégient souvent la notion de mérite, rassurante, puisque fondée sur la matérialité des considérations et sur une certaine idée d'objectivité (*La notion de non-discrimination en droit public français*, op. cit., p. 265).

²¹³ Voir D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, op. cit., p. 121. Voir également D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 91.

²¹⁴ H. MOUTOUH, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *RDP*, n° 2, 2007, p. 479-488.

²¹⁵ A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes...*, op. cit., p. 258

²¹⁶ À l'instar des discriminations positives à la française (voir *infra*).

²¹⁷ V. DE RUDDER et C. POIRET, « Affirmative action et "discrimination justifiée" : vers un universalisme en acte » in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1999, coll. « Textes à l'appui », p. 401.

²¹⁸ B. TOULEMONDE, « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Science Po », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 87-99.

²¹⁹ « Les éléments retenus peuvent être les conditions d'existence à partir de standards tels un logement décent ou des moyens convenables d'existence ; ils renvoient à la pauvreté, au niveau des revenus et ressources financières – effleurant la question capitale d'un droit d'obtenir un emploi – et s'ils concernent le manque d'hygiène et la salubrité, à la notion d'habitat dégradé comme à la lutte contre le saturnisme » (G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, op. cit., p. 126-127).

²²⁰ Avec par exemple les catégories socio-professionnelles (S. BARLES, S. BARLES, *Les mesures positives, actions et discriminations positives, en droit français ou l'insertion de politiques publiques différenciées et différencialistes au sein de l'universalisme républicain*, Thèse de doctorat en droit public, Lille, 2004, p. 120).

²²¹ A. PHILLIPS, « La politique identitaire : faut-il tourner la page ? », *Cahiers du Genre*, n° 33, 2002/2, p. 43-61.

²²² D. SCHNAPPER, *De la démocratie en France. République, nation, laïcité*, Paris, Odile Jacob, 2017, p. 285.

²²³ « [T]ous les individus peuvent par exemple être hospitalisés ou incarcérés et possèdent en principe des droits et des obligations identiques lorsqu'ils se trouvent dans de telles situations » (O. BUI-XUAN, *Le droit public français...*, op. cit., p. 9).

préférence pour ces types de distinctions²²⁴. À leur tour, ces derniers permettent la généralité. À l'inverse, certains particularismes, « non-objectivables »²²⁵, ne constituent pas des différences de situation²²⁶. Plus encore, ce qui dérange, ce n'est pas tant le particularisme en lui-même que la valeur qu'il exprime²²⁷. La philosophie irriguant le système en vigueur hiérarchise alors et, à ce titre, rejette certaines valeurs qui la contredisent. L'égalité universaliste est alors frileuse à l'endroit de certains particularismes.

42. Le rejet des différences substantielles. La dichotomie qui scinde entre catégories rejetées et acceptées par l'universalisme peut en premier lieu renvoyer à la séparation abordée plus haut, qu'opère Guy Carcassonne entre ce que l'individu *fait* et ce que l'individu *est*²²⁸. En effet, « [t]raits innés et indélébiles »²²⁹, altérité « essentielle » ou « innée »²³⁰, « caractéristiques propres »²³¹, choix « essentiels à sa nature humaine »²³², critères ou différences « ontologiques »²³³, « marqueurs sociaux ascriptifs »²³⁴, les termes employés par la doctrine sont nombreux, mais renvoient essentiellement au même fond. Le vocable désigne la définition *a priori* de l'être ; il accentue la substance de l'individu et la caractérisation d'une particularité inhérente à sa nature. Précisément, ces termes expriment, pour Rainer Knopff, les propriétés passant naturellement d'une génération à une autre et qui sont liés à l'origine des membres d'un groupe donné plutôt qu'à leur comportement²³⁵. Dans la même perspective, Geneviève Koubi parle de traits d'une personne qu'elle n'a pas pu choisir librement ou

²²⁴ Le lien entre généralité et cette appréhension des distinctions au profit de l'égalité est édifiante dans ces propos : « [u]ne loi qui s'étendrait à un groupe nombreux de destinataires, mais si ce groupe était une caste à jamais composée, serait une loi particulière [...]. Ce qui importe, c'est que chacun, un jour ou l'autre, à la suite de circonstances plus ou moins imprévisibles, puisse se voir appliquer le texte général » (R. BOUYSSOU, *Le principe de la généralité de la loi*, Thèse (dactylographiée), Paris, 1956, p. 244 et s. cité dans É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 69).

²²⁵ J.-P. SCHREIBER, *La crise de l'égalité. Essai sur la diversité multiculturelle*, Bruxelles, Espace de libertés, 2012, coll. « Liberté j'écris ton nom », p. 133.

²²⁶ G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, op. cit., p. 143.

²²⁷ « La reconnaissance d'une différence commence toujours par aller de pair avec une référence à la valeur. Et qui dit valeurs, dit hiérarchie par rapport à ces valeurs » (L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Paris, Seuil, 1991, coll. « Points essais », p. 297 cité dans O. REY, « Que faire des différences ? », art. préc.).

²²⁸ G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, op. cit., p. 47.

²²⁹ J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et États-providence » in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, coll. « Recherches », p. 47. C'est aussi le terme qu'emploie Mathieu Maisonneuve pour désigner les discriminations positives menées selon la logique canadienne ou américaine, dont les bénéficiaires seraient choisis, non pas « à raison d'une situation socio-économique défavorable mais à raison de traits innés » (M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 561).

²³⁰ G. M. FREDRICKSON, « Identité nationale et codes d'altérité » in R. KASTORYANO (dir.), *Les codes de la différence. Race, Origine, Religion, France, Allemagne, États-Unis*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, coll. « Mondes », p. 45.

²³¹ T. GRÜNDLER et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, Paris, 2016, p. 81.

²³² D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 388. L'auteur rejoint aussi la première approche en traitant d'éléments innés.

²³³ J.-M. WOEHRLING, « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 140.

²³⁴ D. SABBAGH, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, n° 29, 1999, p. 177-194.

²³⁵ R. KNOPFF (dir.), *Human Rights & Social Technology*, Ottawa, Carleton University Press, 1990 cité dans H. MOUTOUH, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », art. préc.

délibérément, voire de distinctions renvoyant à la personnalité propre de l'individu²³⁶. Ainsi que l'affirme Dominique Schnapper, si l'on échappe à sa condition économique, l'on « n'échappe pas à son origine ou à son sexe »²³⁷. Tout cela amène Danièle Lochak à utiliser la formule, que nous emploierons, de « *différences substantielles* », par opposition à celles contingentes, circonstancielle²³⁸.

43. En somme, précise Carole Younes dans le cadre de sa théorie des « masques », « [c]ertaines différences appréhendées comme ressortant de l'ontologique sont trop liées à l'«être» pour pouvoir se transformer en masques, le droit choisit donc de les taire »²³⁹, en d'autres termes de ne pas les catégoriser, au risque de remettre en cause l'essence commune des individus²⁴⁰, donc l'idéal d'unité et d'homogénéité. D'ailleurs, caractéristiques de tels critères ou subdivision de ceux-ci, il arrive que l'on parle aujourd'hui souvent de différences identitaires²⁴¹.

44. **Le rejet des différences identitaires.** La notion d'identité est polysémique et fait l'objet de nombreux débats en sociologie. À ce titre, il est complexe d'en établir une définition nette. Les conceptions affluent²⁴² et là n'est pas l'objet de notre étude. Notons seulement que la notion d'identité personnelle figure souvent la nature profonde de l'individu, sa définition et son essence²⁴³. Plus encore, elle caractérise un ensemble d'appartenances de l'individu, elle lui permet de se repérer dans le système social, mais surtout d'être lui-même repéré socialement

²³⁶ G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, op. cit., p. 121.

²³⁷ D. SCHNAPPER, *De la démocratie en France...*, op. cit., p. 291. Pour le sexe, la question est assurément, de nos jours, plus complexe.

²³⁸ D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 179.

²³⁹ Les masques de droit ont alors pour vocation, à travers le principe d'égalité, « de purifier le sous-jacent de ses déterminations » (C. YOUNES, *Le droit et la différence*, op. cit., p. 147).

²⁴⁰ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'Homme et catégories d'individus*, op. cit., p. 86.

²⁴¹ Employé notamment dans A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes...*, op. cit., notamment p. 250.

²⁴² Claude Dubard, spécialiste du thème, explique la polysémie du terme (*La crise des identités. L'interprétation d'une mutation*, Paris, PUF, 4^e éd., 2010, coll. « Le lien social »). Il oppose une conception essentialiste, qui renvoie à « la croyance en des “essences”, des réalités essentielles, des substances à la fois immuables et originelles » (p. 2), à celle nominaliste, qui exprime une identification contingente, des modes d'identification historiquement variables (p. 3), au cours de l'histoire collective et de la vie personnelle, des affectations à des catégories diverses qui dépendent du contexte (p. 4). Bien que l'auteur se range dans cette dernière approche, on constate dans les deux cas une référence à la définition de l'individu. La première est plus explicite lorsqu'elle renvoie à l'essence mais la seconde – si elle peut renvoyer à des « identifications attribuées par les autres » (p. 4) – ne se départit pas de ce constat lorsque l'individu affirme et revendique son identité. Vincent Descombes voit dans l'identité un nouveau sens désignant « le sentiment qui fait la valeur d'un individu aux yeux de cet individu, ou d'un groupe humain aux yeux de ce groupe ». Ce sens « met en scène l'individu dans le sentiment qu'il a de lui-même » mais, déclarer son identité, c'est aussi « permettre à mon interlocuteur de m'identifier – de savoir qui je suis –, mais aussi de m'apprécier en me situant au regard de mes origines, de mon éducation, de ma profession, de mon adresse, de mes alliances » (V. DESCOMBES, « Les embarras de l'identité », *L'information psychiatrique*, vol. 91, 2015/1, p. 61-65. Voir aussi son ouvrage *Les embarras de l'identité*, Paris, Gallimard, 2013, coll. « NRF Essais »). À son propos, Cécile Lavergne notifie cependant la sous-estimation de l'identité comme paradigme de la construction, comme poids qui s'impose aux individus et que nous ne pouvons retirer « aussi facilement qu'un vêtement » (« Vincent Descombes, *Les embarras de l'identité*, NRF Gallimard, « Les Essais », Paris, 2013, 282 p., *Terrains/Théories*, n° 3, 2015)). L'identité joue définitivement un rôle en rapport avec l'être, sa construction et sa représentation, tant pour l'individu lui-même, qu'à l'égard des autres.

²⁴³ S. CHAUVIER, « La question philosophique de l'identité personnelle » in C. HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Auxerre, Sciences Humaines, 2016, p. 20.

afin d'établir la distinction « nous/eux », fondée sur la différence²⁴⁴. Dans cette perspective, identité et universalisme n'entretiennent pas moins un rapport étroit, mais conflictuel.

45. Précisément, ce phénomène identitaire découle d'une « multiculturalisation » de la société dans les années 70, caractérisée par des groupes et minorités ethniques, culturels, religieux, linguistiques, souvent issus de l'immigration, « qui ont profondément bouleversé l'identité culturelle nationale et les structures sociales des pays d'accueil »²⁴⁵. L'universalisme fait alors face au dilemme du passage d'une modernité égalitaire reposant sur l'ignorance des différences à celle où « des différences se recomposent autour de revendications identitaires »²⁴⁶, dans un monde où toutes les sociétés n'ont pas toutes été chapeautées par la philosophie des Lumières et où l'ouverture internationale a témoigné de l'incroyable diversité humaine. Cette diversité, la norme prétendument universelle l'aurait excessivement omise²⁴⁷. Autrement dit, en ignorant certains particularismes, le postulat universaliste, paradoxalement, les construit et renforce leur essentialisation²⁴⁸ ; essentialisation qu'il craint et rejette. Se dessine un cercle vicieux : l'identité devient alors marqueur d'opposition et une menace de désunion pour l'universalisme qui en dénoncerait, tout en le confortant, le tribalisme²⁴⁹. En toute hypothèse, la conception universaliste, abstraite, individualiste et égalitaire du citoyen exclut toute différence susceptible de reposer sur un référent identitaire et communautaire pour se mouvoir dans la sphère publique²⁵⁰, c'est-à-dire de l'État, du citoyen, du droit. Nous disons bien également « communautaire », car ces différences sont pour la plupart rattachées à un sentiment d'appartenance et s'expriment par cette dernière²⁵¹.

46. Le rejet des différences communautaires. Substantiellement individualiste, nous avons vu combien l'universalisme exclut toute existence dans la sphère publique aux *communautés, minorités et groupes d'appartenance*²⁵². Le droit français rejette toutes « forces

²⁴⁴ Denys Cuche expose différentes approches de l'identité qui rejoignent peu ou prou celles de Claude Dubard dans le chapitre VI « Culture et identité » de son ouvrage (*La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2016, coll. « Repères », p. 87-115). Ce chapitre permet surtout de percevoir toutes les problématiques entourant la notion d'identité et à quel point celle-ci entretient un rapport étroit avec l'appartenance (p. 99 et s.), l'être, l'altérité (p. 101), l'affirmation et définition des minorités (p. 107), si ce n'est l'« exaltation de la différence » (p. 97).

²⁴⁵ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?...*, op. cit., p. 551.

²⁴⁶ R. SENAC, « Des dilemmes de la pensée républicaine de l'égalité » in R. SENAC, *L'égalité sous conditions. Genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, coll. « Académique », p. 38.

²⁴⁷ Pour plus d'éléments sur ce point, voir p. 211 et s.

²⁴⁸ C. YOUNES, *Le droit et la différence*, op. cit., p. 182.

²⁴⁹ N. ROULAND, « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTD civ.*, 1994, p. 287.

²⁵⁰ J.-P. WORMS, « Modèle républicain et protection des minorités nationales », *Hommes et Migrations*, n° 1197, 1996, p. 27-36.

²⁵¹ C. HALPERN, « L'identité. Histoire d'un succès » in C. HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, op. cit., p. 12.

²⁵² Nous le voyons, les termes pour désigner les groupes différentiels sont multiples. Dans notre étude nous emploierons les mots groupe et la communauté comme similaires. Le terme de minorité est plus spécifique, nous le verrons (notamment p. 715 et s.), mais assorti de certains critères d'appartenance il rejoint les autres terminologies auxquelles l'universalisme s'oppose. Nous regroupons pour l'heure dans les notions utilisées l'idée d'un ensemble d'individus unis par une appartenance et identité commune, par des normes généralement propres au groupe, dont la finalité est communautaire (Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'Homme et catégories d'individus*, op. cit., p. 19). Bien entendu, les nuances parcourent profondément ces thèmes et les crispations du modèle universaliste varient en fonction l'exclusivité du groupe ou dans la profondeur du lien d'appartenance entre l'identité de l'individu et sa communauté (G. FERREOL, « Diversité culturelle, dynamiques identitaires et rapport

centrifuges » qui menaceraient l'unité de la Nation²⁵³, qui la scinderaient et la fragmenteraient en une multitude d'ordres juridiques différenciateurs. C'est ce postulat qui innervait aujourd'hui les débats autour de la notion de *communautarisme*²⁵⁴. Parce qu'égalité et individualisme sont indissociables, dans la mesure où « reconnaître des droits qu'à des groupes pourrait rompre l'égalité entre citoyens selon qu'ils appartiennent ou non à un tel groupe »²⁵⁵, les particularismes exprimant une appartenance groupale sont exclus. Nous percevons également mieux la crainte concomitante des différences et replis identitaires, bien souvent rattachés à une notion d'appartenance et entretenant une frontière poreuse avec le regroupement communautaire²⁵⁶. Tout cela explique la démarche de catégorisation abstraite et générale, qui s'oppose à une quelconque intégration d'un groupe tel quel en droit français.

47. Catégorie juridique et groupe. En étant « conjoncturelle, transitoire ou contingente »²⁵⁷, la catégorie juridique générale se démarque de la notion de groupe. Visant le plus souvent ce que « font » les individus, les catégories restent « lâches et perméables »²⁵⁸, de nature « fluide » ; « elles évoluent »²⁵⁹. Elles répondent à l'éventuelle interchangeabilité, car le passage d'une catégorie à l'autre demeure possible. À l'inverse, les groupes ont « une essence,

à autrui », *Hermès, La Revue*, n° 71, 2015/1, p. 109-115). Mais de manière générale, le postulat universaliste exige que les droits soient posés et les individus abordés abstraction faite « de leurs affiliations, de leurs appartenances, de tout ce qui les rattache à un groupe identitaire particulier » (D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 117.).

²⁵³ B. PERREAU, « L'invention républicaine. Éléments d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 41-53.

²⁵⁴ Christophe Jaffrelot définit de prime abord le communautarisme comme « des groupes culturels partageant la même langue, la même religion et/ou les mêmes traits raciaux ». Par la suite, il met en avant la dimension du phénomène qui peut rentrer en tension avec un système universaliste : « [l]e communautarisme se caractérise d'abord par sa prétention à opposer à la relation citoyenne une autre allégeance qui se veut prioritaire. Il remet, par-là, en cause la construction d'un espace public et le principe même d'une société politique transcendant les spécificités culturelles » (« L'État face aux communautés », *Cultures et Conflits*, n° 15/16, 1994, p. 3-6). Pareillement, Rémy Libchaber exprime l'opposition au modèle universaliste lorsque, par communautarisme, « on entend l'affaiblissement de la prise en compte abstraite de l'individu au profit de la surévaluation de certains traits physiques, ethniques, religieux ou sexuels – l'essentiel étant qu'ils soient considérés comme débouchant sur une vision du monde particulière, commune à ceux qui les ont en partage » (« Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 575). Au surplus, la définition que donne le dictionnaire Larousse du communautarisme est révélatrice : « [t]oute conception faisant prévaloir l'organisation de la société en communautés sur l'exigence d'assimilation des individus selon des règles et un modèle équivalents pour tous » (disponible en ligne sur : <https://www.larousse.fr> (consulté le 9 févr. 2021)). En d'autres termes, le communautarisme est ici défini en opposition au principe d'égalité. À l'aune de ces définitions et à notre sens, le communautarisme renvoie, socialement, aux demandes de prise en compte des groupes, de leur particularité et de leur inclusion dans la sphère politique et juridique au nom, et en tenant compte, de cette spécificité. Juridiquement, il s'agirait de la consécration claire de cette prise en compte, c'est-à-dire de ces groupes et de leurs différences, non au détour de catégories de substitution. À l'instar du différencialisme qui exprime la prise en compte, ou les revendications de prise en compte, de particularismes substantiels en contradiction avec l'universalisme, le communautarisme manifeste la même chose, mais pour la prise en compte de groupes d'appartenances. Les deux se recoupent alors indéniablement.

²⁵⁵ G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, *op. cit.*, p. 47.

²⁵⁶ C. LANTERO, « L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination », *RDP*, n° 3, 2009, p. 817.

²⁵⁷ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Discriminations et droits de l'homme*, Rapport 1999, Paris, La Documentation Française, 2000, p. 147 cité dans A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 357.

²⁵⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français...*, *op. cit.*, p. 214.

²⁵⁹ C. YOUNES, *Le droit et la différence*, *op. cit.*, p. 154.

une substance concrète, une permanence »²⁶⁰. Ils se prêtent difficilement à l'abstraction et rendent impossible le fait de « penser une catégorie générale et abstraite correspondante »²⁶¹. Plus encore, contrairement à la différence communautaire ou minoritaire, la distinction catégorielle respecterait l'appréhension individuelle des personnes²⁶². Or, l'égalité « tolère que la catégorisation s'applique en faveur d'individus, mais non au profit de groupe de personne »²⁶³. En lien, la catégorie reçoit généralement une définition extérieure, en l'occurrence juridique. Elle renvoie à un « construit », tandis que le groupe se détermine *a priori* à travers une définition interne²⁶⁴ ; elle découle d'un « donné ». La catégorie fabrique donc la distinction et s'impose d'en haut pour s'appliquer à des éléments matériels, mais elle n'entérine pas une préexistence spécifique et différenciatrice propre à un groupe²⁶⁵.

48. Enfin, sur le plan social, l'intensité du sentiment d'appartenance distingue aussi le groupe de la catégorie juridique. C'est d'ailleurs en quoi joue l'aspect identitaire du groupe puisque les individus en viennent à se définir en partie par l'appartenance, au point d'en créer une identité commune. L'attachement à la communauté devient un critère substantiel de l'individu *ab initio*. De la sorte, la catégorie exprimerait finalement une différence objective, tandis que pour les communautés, elle demeurerait subjective²⁶⁶, alors marquée par la notion d'appartenance, tout aussi subjective et personnelle, qui ne peut être avalisée par une règle de droit²⁶⁷.

49. Tout cela témoigne probablement nettement des exigences et de l'importance du caractère abstrait et impersonnel de la norme, car caractériser précisément une différence substantielle d'un individu ou d'une communauté revient à rompre avec l'exigence d'impersonnalité de la règle. Qu'elle soit matériellement abstraite importe, mais que la règle ne désigne pas nommément un individu ou un groupe contribue plus que tout au maintien du projet universaliste²⁶⁸. La classification ici opérée reste certes schématique – nous en verrons les

²⁶⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 91.

²⁶¹ G. SOULIER, « Minorité, État et société » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, op. cit., p. 43.

²⁶² Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'Homme et catégories d'individus*, op. cit., p. 16-17.

²⁶³ *Ibid.*, p. 85.

²⁶⁴ M. LAMONT et C. A. BAIL, « Sur les frontières de la reconnaissance », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 21, n° 2, 2005, p. 4.

²⁶⁵ La catégorie peut bien entériner des éléments de différenciations qu'un groupe partage ou que des individus le composent arborescent, mais les critères ne seront pas ceux, substantiels, propre à la communauté. Pour le dire autrement, « [c]e sont les autorités publiques qui déterminent le lien d'appartenance à une catégorie, elles ne tiennent pas compte de la volonté d'appartenance de l'individu » (A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 388).

²⁶⁶ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'Homme et catégories d'individus*, op. cit., p. 17.

²⁶⁷ G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, op. cit., p. 132.

²⁶⁸ Cette observation semble sous-jacente dans les propos de Dany Cohen lorsqu'il souligne la difficulté que pose la catégorisation des personnes au regard de l'universalisme : « [c]e n'est d'ailleurs pas l'idée d'instituer de catégories distinctes induisant des régimes juridiques différents qui peut engendrer le trouble, puisque les catégories juridiques ne méritent en elles-mêmes aucune méfiance (meubles/immeubles, actes juridiques/faits juridiques, tiers/parties au contrat, etc.), mais bien le fait d'appliquer ce classement à des personnes physiques, le cas échéant indépendamment de leur volonté » (« Catégories de personnes, égalité et différenciation » in P. BLOCH, C. DUVERT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, op. cit., 3-9).

nuances tout au long de la thèse –, mais elle dessine finalement assez bien la situation du système français.

PARAGRAPHE 4. La traduction en droit de l'égalité universaliste et du rejet des différenciations substantielles et communautaires

50. Nous aurons l'occasion d'y revenir à plusieurs reprises le long de la thèse, mais le droit positif français témoigne de l'influence universaliste qui imprègne sa formation, avant tout au travers d'autres principes liés à l'égalité.

51. Des principes opposés aux différences groupales. Issus de la tradition individualiste et jacobine²⁶⁹, les principes d'indivisibilité et d'unicité forment un rempart clair contre les revendications communautaires²⁷⁰, nécessairement aux côtés de l'égalité²⁷¹. Alors que montaient dans les années 80 les volontés engageant à la prise en compte du pluralisme et des discriminations factuelles dans la société, les juges ont ainsi cherché à couper court à toute ambiguïté en la matière²⁷². C'est à propos de conventions pour la protection des minorités nationales que les juges opposèrent à plusieurs reprises, au nom de l'indivisibilité, de l'unicité et de l'égalité, le refus d'octroi de « droits spécifiques à des “groupes” de locuteurs de langues

²⁶⁹ L'indivisibilité apparaît dès le décret du 25 sept. 1792, *Déclarant l'unité et l'indivisibilité de la République française*.

²⁷⁰ L'indivisibilité dépeint une représentation de la société spécifique, caractérisée par une homogénéité qui se doit d'être préservée (A. MABILEAU, « L'État, la société civile et les minorités en France » in P. GUILLAUME *et al.* (dir.), *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986, p. 24). Il est alors l'expression d'une recherche d'unité que l'on souhaite parfaire ; dans une acception large, il implique l'unité de l'État, de la souveraineté, du territoire et du peuple.

²⁷¹ L'indivisibilité s'assemble avec le principe d'égalité dans cet agencement unificateur (A. FENET, « Le droit français des différences à l'épreuve de la langue » in D. LACORNE et T. JUDT (dir.), *La politique de Babel. Du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2009, coll. « Recherches internationales », p. 36), ce dont témoignent les dimensions précitées, qui entretiennent toutes un lien indéniable avec l'égalité, surtout celle du peuple (S. LAVOREL, *Des manifestations du pluralisme juridique en France*, Thèse de doctorat en droit, Grenoble, Université Pierre Mendès-France Grenoble II, 2007, p. 39-40). Et l'unicité du peuple français a expressément été consacrée comme découlant d'une union de l'indivisibilité et de l'égalité, la Constitution de 1958 ne connaissant « que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine de race ou de religion » (décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 12 et 13). L'égalité apparaît fondamentale dans l'équation (voir A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, coll. « Droit public fondamental », p. 101 et S. PIERRES-CAPS, « Le droit des minorités » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 264).

²⁷² Pour la doctrine, c'est généralement la décision sur les Quotas par sexe I de 1982 qui ouvrirait la voie des jurisprudences « anti-communautarisme » (voir P.-H. PRELOT, « Communautés et communautarisme – les aspects juridiques » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING, *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion », p. 220, et notamment les propos rapportés par l'auteur de Georges Vedel à ce sujet), par l'exclusion de toute division par catégories des électeurs ou des éligibles, comme le prévoyait la loi en l'espèce, entre homme et femme dans un objectif paritaire (décision n° 82-146 DC, 18 nov. 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*). Pour notre part, il nous semble hasardeux de considérer la différence de sexe comme un particularisme identitaire ou les femmes comme des « minorités » au sens entendu dans les débats sur le communautarisme (D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 407). Voir, pour de plus amples précisions sur ce point E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation...*, *op. cit.*, p. 14

régionales ou minoritaires »²⁷³. Du côté du Conseil d'État comme du Conseil constitutionnel, cette imprégnation universaliste est fréquemment et strictement rappelée²⁷⁴. Le principe d'égalité est au cœur de tous ces raisonnements car, comme l'a dit le Conseil d'état, pour protéger contre l'arbitraire individuel, « la contrepartie nécessaire de l'unité du peuple est l'universalité du citoyen, laquelle s'exprime par l'égalité devant la loi »²⁷⁵.

52. Égalité et critères prohibés. Aujourd'hui, l'article 1^{er} de la Constitution exprime concrètement pour la doctrine, les politiques, comme les juges, l'expression positive de la conception républicaine et universaliste de l'égalité²⁷⁶. Précisément, cette disposition – comprenant ce que l'on nomme des « critères prohibés »²⁷⁷ – traduit généralement « la réprobation de la République envers toute tentative de désignation des uns et des autres suivant des stigmates incertains ou comme appartenant à des groupes dont les spécificités relèveraient de notions incompatibles avec le projet républicain : origine, croyance, race [...] »²⁷⁸. Une décision de 2007 confirme cela en excluant des statistiques fondées sur l'ethnie ou l'origine au nom de l'article 1^{er}²⁷⁹. Elle s'impose, pour les commentateurs, comme veillant « au respect des principes annoncées dans la Déclaration de 1789 qui interdisent tout communautarisme »²⁸⁰ ou, plus généralement à l'interdiction « de différencier les individus en fonction de critères tenant aux origines (ethniques), à la race et à la religion »²⁸¹. Le rejet de telles distinctions trouve même un exemple concret à travers la crainte des discriminations positives.

²⁷³ Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, cons. 10, puis rappelée dans la décision n° 2004-505 DC, 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 16. En 1995, le Conseil d'État s'était déjà opposé à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CE, sect. des finances, avis n° 357.466, 6 juill. 1995). Pour les étapes de la « saga de la Charte » et ses enjeux, voir (J.-E. GICQUEL, « Charte des langues régionales : le long chemin vers la ratification », *Fondation Jean Jaurès*, note n° 15, 18 sept. 2015, disponible en ligne sur : jean-jaures.org (consulté le 5 janv. 2020)).

²⁷⁴ Voir décision n° 2011-130 QPC, 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et a.*, cons. 3 ; CE, avis n° 359.461, 24 sept. 1996 ; CE, avis n° 387.425, 7 mars 2013 ; CE, avis n° 390.268, 30 juill. 2015.

²⁷⁵ Conseil d'État, *Rapport public sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation Française, 1996, p. 63-64.

²⁷⁶ A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction public*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 621.

²⁷⁷ « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens *sans distinction d'origine, de race ou de religion* » (nous soulignons).

²⁷⁸ G. KOUBI, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, coll. « Organisation international et Relations internationales », p. 305.

²⁷⁹ Décision n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*. Pour certains de telles statistiques reviendrait à prendre en compte des revendications minoritaires (M. MERON, « Statistiques ethniques : tabous et boutades », *Travail, genre et société*, n° 29, 2009/1, p. 62) ; pour d'autres, l'utilisation est envisageable et le rejet jurisprudentiel contesté (É. MAULIN, « Les statistiques ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité », *L'observation des politiques économiques en Europe*, été 2009). Voir également sur ces statistiques et leur origine : D. SCHNAPPER, « Les enjeux démocratiques de la statistique ethnique », *Revue française de sociologie*, vol. 49, 2008/1, p. 133-139.

²⁸⁰ « Commentaire de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2007.

²⁸¹ O. LECUCQ, « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *AJDA*, n° 4, 2008, p. 141-149.

53. L'exemple du rejet des discriminations positives. La discrimination positive, l'action positive ou l'*affirmative action*²⁸², connaît de multiples définitions doctrinales²⁸³. Sans rentrer dans un débat conceptuel, aussi profond qu'intensément abordé²⁸⁴, retenons de ces politiques qu'elles ont indéniablement pour but de corriger certaines inégalités de fait à travers des mesures préférentielles. Dans l'idée, le Conseil constitutionnel n'a pas rejeté la possibilité d'établir des « mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes rencontrant des difficultés particulières »²⁸⁵, voire « défavorisées »²⁸⁶, dès lors qu'elles répondent à une « finalité d'intérêt général »²⁸⁷. Seulement, une certaine conception américaine de telles politiques bousculait le postulat universaliste par la mise en place d'« une différenciation plus ou moins marquée et plus ou moins explicite des modalités de sélection en vigueur en fonction du statut ethno-racial des postulants »²⁸⁸. Cette conception avait tout pour inquiéter²⁸⁹.

54. En réalité, c'est n'est pas la discrimination positive en soi qui pose un problème, mais l'emploi de certains critères de distinction que l'égalité universaliste rejette²⁹⁰. Si, par la suite, le discours de ce type de politique a bien pénétré le droit français dans les années 80, c'est toutefois agrémenté des appareils universalistes ; appareils par lesquels s'est concrètement

²⁸² Nous opterons pour le terme en italique pour désigner l'outil employé aux États-Unis et celui de discrimination positive pour parler des politiques françaises.

²⁸³ Nous pouvons reprendre celle d'Aurélia de Tonnac dans sa thèse : « l'action positive désigne un ensemble de mesures qui peuvent prendre la forme de différences de traitement, au sens de traitements préférentiels, dérogeant au principe de l'égalité de traitement et dont le but est de réaliser l'égalité des chances. Elles visent certaines catégories d'individus, en fonction de leur sexe, leur âge, leur religion ou convictions, race ou origine ethnique, leur orientation sexuelle ou handicap » (*L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2019, p. 10-11).

²⁸⁴ Voir notamment les nombreux écrits de Gwénaële Calvès (une partie de ses travaux est citée ici), dont sa thèse (*L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, LGDJ, 1998, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique »), et ceux de Daniel Sabbagh, dont sa thèse également (*L'Affirmative action aux États-Unis : constructions juridiques et enjeux politiques des dispositifs de lutte contre l'inégalité et la discrimination raciale*, Thèse de doctorat en science politique, Paris, Institut d'études politiques de Paris, 2000). Pour une analyse plus conceptuelle, voir D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*) et pour une analyse plus récente au niveau européen, voir A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement...*, *op. cit.*

²⁸⁵ Décision n° 2005-521 DC, 22 juill. 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, cons. 13.

²⁸⁶ Décision n°2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 17.

²⁸⁷ *Ibid.* Nous pouvons voir un écho à cette interprétation au sein de l'article 1^{er} de la DDHC : « distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

²⁸⁸ D. SABBAGH, « Les mutations contemporaines de l'*affirmative action* », *Politique américaine*, n° 16, 2010/1, p. 11-24. Dans ce cas, « le facteur en question est pris en compte à toutes les étapes du processus de recrutement, y compris la dernière ». L'auteur parle ici de « discrimination positive » (*ibid.*).

²⁸⁹ Sans parler de l'emploi des quotas, dont le modèle français est « allergique » en raison d'un renvoi « à des différences plus substantielles, irréductiblement liées à l'appartenance à un groupe qui ne se fond pas (ne parvient pas à se fondre) dans le reste de la société » (D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, *op. cit.*, p. 122).

²⁹⁰ A. HARLE, « Panser les discriminations et non penser l'égalité » in A. MOUCHTOURIS et D. SISTACH (dir.), *Discrimination et modernité. Actes de colloque*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, 2007, coll. « Études », p. 36. Voir A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, n° 3, 1998, p. 519 et « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, 2001/2, p. 166-177. Réputée pour sa réticence aux discriminations positives, l'autrice fait l'objet d'une (vive) réponse à ce dernier article par Gwénaële Calvès (« Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001/5, p. 163-174). Anne-Marie LE Pourhiet clôt la discussion par une dernière réponse publiée dans le même numéro (« Deux conceptions du droit », *Le Débat*, n° 117, 2001/5, p. 175-178).

exprimé le choix des catégories juridiques qui caractérise sa conception des discriminations positives. Il faut dire que les objectifs de ces politiques en France et aux États-Unis sont peu comparables²⁹¹. Il en fut donc de même pour les distinctions visées : alors que l'*affirmative action* vise et définit ses destinataires par la « race » ou l'ethnie, « la discrimination positive à la française les vise à travers le territoire »²⁹². Les zones d'éducation prioritaires (Z.E.P.) illustrèrent ce procédé²⁹³. Par leur emploi, seuls les critères socio-économiques du territoire, sur lequel des populations issues de l'immigration visées résidaient, permettait à celles-ci de jouir d'avantages spécifiques à la zone²⁹⁴. Le Conseil constitutionnel s'assura que les distinctions opérées en rapport avec ces zones restèrent objectives et conformes au principe d'égalité²⁹⁵. Il s'agit donc ici d'un exemple du choix, précité, des catégories juridiques employées au nom de l'égalité universaliste, en lieu et place d'une saisie groupale²⁹⁶. La France évita conséquemment les effets pervers d'une ségrégation, communautarisation ou stigmatisation que l'on reprocha au système étatsunien²⁹⁷, et qui valut à ce dernier un rapprochement perceptible du système de catégorisation français²⁹⁸. Cela, grâce à la persistance de l'idéal universaliste qui s'illustra par le principe d'égalité français et la grande prudence, tant des juges que du législateur²⁹⁹. Il fallait à tout prix éviter la consécration d'un quelconque droit à la différence.

²⁹¹ François Stasse explique qu'aux États-Unis les difficultés sont nées de l'esclavage ou de l'exploitation de minorités définies ethniquement. En France, le problème est avant tout économique et sociale ; il n'est que la conséquence d'une crise de l'État-providence en tant que producteur d'égalité. À propos du traitement spécifique des populations d'outre-mer, l'auteur soutient que la « France a peut-être une dette à l'égard de ses ex-colonies mais elle n'en a pas à l'égard des personnes d'origine étrangère qui vivent sur son territoire » (« Pour les discriminations positives », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 119-132).

²⁹² J. DONZALOT et C. MEVEL, « La politique de la ville. Une comparaison entre les USA et la France. Mixité sociale et développement communautaire », *Veille internationale*, n° 56, mai 2001.

²⁹³ Circulaire n° 81-238, 1^{er} juill. 1981 ; circulaire n° 81-536, 28 déc. 1981 ; circulaire n° 82-128, 19 mars 1982 ; circulaire n° 82-589, 15 déc. 1982. À noter que depuis 2015 l'on parle de R.E.P. (réseaux d'éducation prioritaire).

²⁹⁴ G. CALVES, « Fin d'une hypocrisie ? Quelques remarques sur la discrimination positive "à la française" » in M. WIEVIORKA et J. OHANA (dir.), *La différence culturelle. Une reformulation des débats. Colloque de Cerisy*, Paris, Balland, 2001, coll. « Voix et regards », p. 462.

²⁹⁵ À propos des conventions conclues entre l'I.E.P. de Paris et certains lycées situées dans des Z.E.P., permettant à ce premier de fixer des conditions spécifiques d'admission d'élèves issus de ces zones (comme le permettait l'article L. 621-3 du Code de l'éducation), le Conseil se prononça sur les modalités d'admission (décision n° 2001-450 DC, 11 juill. 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. 33). Le juge constitutionnel valida des critères comme l'âge ou des caractéristiques sociales particulières, voire des distinctions tenant à une exposition plus importante aux conséquences de l'évolution économique ou technologique (décision n° 89-257 DC, 25 juill. 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, con. 12).

²⁹⁶ G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 29-40.

²⁹⁷ J. CHEVALLIER, « réflexions sur la notion de discrimination positive » in *Libertés, Justice, Tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 2004, p. 428.

²⁹⁸ Est apparue une « évolution vers un système de préférences accordées en fonction du statut socio-économique » afin d'éviter la stigmatisation par le maintien d'un « color-blindness », au demeurant qu'apparent (D. SABBAGH, « L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de présentation » in G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, op. cit., p. 169 et s.). Daniel Sabbagh s'interrogeait alors : « la situation française [...] reflète-t-elle ou non une semblable stratégie de substitution – dont les ressorts seraient néanmoins distincts des deux côtés de l'Atlantique ? » (« Discrimination positive et déségrégation. Les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, p. 85-99).

²⁹⁹ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, op. cit., p. 120-121.

55. Définition du droit à la différence et de la reconnaissance d'une différence. Le droit à la différence est fréquemment conçu de manière passive³⁰⁰. Quelque part conforme à la philosophie de la DDHC, ce « droit de » cultiver son identité et sa différence dans la sphère privée exprime davantage un droit à l'indifférence³⁰¹, que le principe d'égalité, dans sa forme la plus primaire, garantit *ab initio*. Prônant une inscription *de jure* des particularismes, un autre pan du droit à la différence caractérise alors des demandes plus actives, exigeant, plus qu'un « droit de », un véritable « doit à »³⁰², ne manquant pas d'entraîner une contradiction frontale avec l'affirmation d'un droit à l'indifférence³⁰³. Philippe Blachère donne une définition de ce droit à la différence : « il convient d'entendre toutes revendications politiques visant à obtenir un régime juridique particulier justifié par une situation sociale, économique, raciale ou religieuse particulière »³⁰⁴. Cette définition nous semble pertinente, au détail près qu'elle inclut à tort les différences économiques et sociales. À notre sens, le droit à la différence ne renvoie pas au processus de catégorisation classique³⁰⁵, ni à la prise en compte des différences contingentes et de situations³⁰⁶, ces dernières ne suscitant pas « la constitution d'un ensemble de droits "différenciés" »³⁰⁷.

56. En vérité, le droit à la différence résulte globalement d'une critique de l'universalisme ethnocentrique de l'État, c'est-à-dire de l'incapacité idéologique à penser l'altérité et de l'acculturation qui apparaît imposée au nom de valeurs prétendument universelles³⁰⁸. Il s'explique par un changement de paradigme touchant les sociétés modernes qui ne se fonde plus sur ce qui est communs aux êtres humains, mais sur ce qui les différencie³⁰⁹. Dès lors, le droit à la différence ne peut qu'être conçu en contradiction avec l'idéal universaliste. Il vise donc l'ouverture du droit aux différences substantielles, à la pluralité des identités³¹⁰, pour la

³⁰⁰ C'est le cas dans l'approche d'Alain Renaut qui décrit qu'il s'agit « seulement d'affirmer le droit, pour un groupe, de cultiver librement ses coutumes et d'exprimer librement ses particularités » (« Un humanisme de la diversité est-il possible ? » in S. TRIGANO (dir.), *L'universel et la politique des identités*, op. cit., p. 58).

³⁰¹ G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France... », *RTHD*, n°14, 1993, p. 243-262.

³⁰² A.-M. LE POURHIET, « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme » in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, p. 259.

³⁰³ C'est paradoxal : « les partisans du droit à la différence souhaitent à la fois que soit conservé à leur égard le principe de non-discrimination mais aussi que leur soit reconnu un droit à l'identité comme fondement d'une prise en compte de leur diversité » (B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, op. cit., p. 63).

³⁰⁴ P. BLACHER, « Droit constitutionnel et identité féminine », *La Revue administrative*, n° 289, 1996, p. 38-44.

³⁰⁵ Contrairement à ce qu'évoque Sébastien Barles, qui voit l'apparition d'un droit à la différence à travers la catégorisation, ce que nous réfutons (*Les mesures positives, actions et discriminations positives...*, op. cit., p. 94).

³⁰⁶ Contrairement à ce que semble affirmer étrangement Alexandre Nanchi qui remarque que l'égalité implique « une obligation positive, celle de différencier les droits des citoyens en fonction de leur situation personnelle : le droit à la différence » (*Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 327).

³⁰⁷ G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Yves MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, op. cit., p. 128-129.

³⁰⁸ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, op. cit., p. 8.

³⁰⁹ Constat un brin pessimiste, pour le moins révélateur, porté par Raymond Martin : « [à] nouveau l'Homme est dispersé entre différentes espèces d'hommes » (R. MARTIN, « L'Homme des droits », *RTD civ.*, 2000, p. 283-287).

³¹⁰ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 446.

plupart communautaires ou minoritaires³¹¹. Complétant celle de Blachère, la définition de Bertrand Dubujadoux nous semble alors synthétiser ces éléments : « le droit à la différence recouvre le droit reconnu aux individus ou à une communauté d'individus de jouir d'une identité spécifique, et éventuellement de bénéficier, du fait de cette identité propre, d'un statut juridique spécifique (apparaissant parfois comme préférentiel) »³¹².

57. Le droit à la différence implique une reconnaissance de cette différence, c'est-à-dire la distinction des individus ou d'un groupe d'individus dans l'édiction et l'exécution d'un acte normatif ou matériel. C'est catégoriser un particularisme substantiel. Toute la difficulté tient de l'existence même de la distinction. Ici, nous nous retrouvons indéniablement à la croisée des mondes, juridique et sociologique, voire psychologique, puisque l'insertion de la distinction en droit revient à consacrer une différence spécifiquement caractérisée et/ou revendiquée dans la sphère sociale. Il n'est donc pas toujours certain que le droit n'intègre pas juridiquement une distinction qui, en vérité, demeure socialement indéniable.

58. Sur ce point, la question de cette reconnaissance fait montre d'une ambiguïté omniprésente dans la thèse. En vérité, la reconnaissance de la différence sous-entend l'inverse de la généralité. Forcément, nous le verrons, la véritable réponse à la question ne peut qu'être approximative et la reconnaissance d'une différence ne peut que s'apprécier, à l'instar de la généralité³¹³, par degrés. En ce sens, plus l'on se rapproche, dans les termes et dans les critères de la distinction, de la différence substantielle qui caractérise l'individu, plus le risque de reconnaître, donc d'inclure, cette différenciation en droit est fort. Seulement, ce risque est complexe à apprécier : si les critères peuvent être dissimulés ou visés en général, ils connaîtront toujours une appréciation concrète à un moment donné. Préciser dans une loi que les individus seront recrutés selon leur origine revient à inclure un critère général puis, dans l'exécution de la règle, à différencier encore plus concrètement en établissant l'origine de l'individu. L'exemple est simple, mais la thèse montrera toute la complexité de cette remarque. C'est en cela que nous ne pouvons qu'établir *a priori* que la reconnaissance d'une différence est l'inclusion expresse d'une différence substantielle, identitaire ou communautaire, dans l'édiction ou l'exécution d'un acte normatif ou matériel ; et que nous ne pourrions, *a posteriori*, n'arrêter qu'une échelle de degrés de reconnaissance des différences.

59. Définition d'aménagement et accommodement. Il ressort de ces développements que tout aménagement juridique pour satisfaire une différence particulière n'induit pas

³¹¹ Droit à la différence et minorités sont intrinsèquement liés : la reconnaissance de l'identité spécifique d'une minorité exprime un « droit à la différence minoritaire » (S. PIERRE-CAPS, « Le droit des minorités », in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, op. cit., p. 265). Plus encore, le terme de droit à la différence est l'un des maîtres mots de la revendication minoritaire déclare, Geneviève Koubi, qui poursuit qu'à ce titre les groupes « sollicitent en outre, de la part de l'État, la sauvegarde de la cohésion sociale de la minorité par l'attribution de droits spécifiques répondant aux traits caractéristiques du groupe » (« Penser la minorité en droit » in A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, op. cit., p. 274).

³¹² B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, op. cit., p. 14.

³¹³ B. DUPRET, « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 34/2018, p. 123-142.

nécessairement la reconnaissance, l'inclusion, d'une différence dans la norme. Nous emploierons donc le terme d'aménagement pour traiter des formes d'assouplissements ou d'adaptations dans le droit satisfaisant des situations distinctes ou différences. Comme ces aménagements, selon nos développements, pourront prendre plusieurs formes, il est nécessaire d'employer un terme couvrant un spectre suffisamment large. Celui d'accommodement, bien qu'ambigu par sa proximité à celle des accommodements raisonnables³¹⁴, ne sera que synonymique de la notion d'aménagement. Qu'il s'agisse d'aménagement ou d'accommodement, ces procédés pourront être conformes à l'égalité universaliste ou témoigner d'une insertion claire d'un particularisme substantiel en droit ; nous parlerons alors d'aménagement différencialiste. C'est d'ailleurs pourquoi les discriminations positives purent se montrer ambiguës, surtout sous l'acception américaine : si elles visaient l'égalité des chances et à éradiquer les inégalités, non à valoriser les différences et la diversité comme le droit à la différence³¹⁵, la distinction des objectifs n'exclut pas la similarité possible des conséquences, voire des procédés différenciateurs. En tout état de cause, l'approche française de l'égalité rejette autant que possible de tels moyens.

60. Définition des égalités en France. Faisons un point sur cette égalité. D'abord, nous avons un *idéal universaliste* exprimant cette construction historique, issu des Lumières et de la Révolution (nature, raison, citoyenneté), qui se tourne constamment vers le commun. L'*égalité universaliste*, peut-être plus philosophico-politique que juridique – mais marquant toutefois constamment sa manifestation en droit –, exprime la principale traduction de cet idéal par le traitement uniforme de tous les individus et, par-dessus tout, par le rejet des différences substantielles, identitaires ou communautaires, qui menacent cet idéal. L'idéal universaliste est certainement plus large et abstrait que l'égalité universaliste qui, quant à elle, évoque une conception spécifique et première de l'égalité. Quasiment synonymiques, les deux se recouperont largement dans nos développements pour exprimer les exigences universalistes.

61. L'égalité générale forme la concrétisation inévitable de l'égalité universaliste au contact de l'histoire et du réel. Mélangée avec la généralité, l'égalité devient une méthode légistique ou de formation des normes visant, si ce n'est permettant, l'égalité catégorielle entre les individus. Par ce biais, elle préserve son substrat universaliste, ce qui se traduit par l'emploi de catégories générales, abstraites et impersonnelles. Ces exigences se sont progressivement approfondies et exprimées par la distinction entre les différences acceptées en droit et celles qui demeurent rejetées. La généralité, l'abstraction et l'impersonnalité suggèrent des distinctions

³¹⁴ Nous y reviendrons, mais l'accommodement raisonnable est une notion juridique qui opère dans certains États. Elle est donc accompagnée de certaines conditions et d'une définition juridique claire. Nous parlerons bien « d'accommodement raisonnable » pour faire référence à la notion juridique, mais d'accommodement, comme aménagement, pour aborder les différentes prises en compte par le droit des différences de situations ou particularismes.

³¹⁵ Comme le soutient Aurélia de Tonnac, qui prône la nécessaire distinction entre discrimination positive et droit à la différence en fonction des objectifs (*L'action positive face au principe de l'égalité de traitement...*, op. cit., p. 452). D'ailleurs, des auteurs considèrent la discrimination positive comme composante éventuelle du droit à la différence (N. ROULAND, « Droit des minorités et peuples autochtones » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUmarede (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, op. cit., p. 454-455 ou C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*..., op. cit., p. 567).

non substantielles. Dès lors, l'égalité générale, guidée en fond par l'égalité universaliste, et pour la respecter, refuse donc de catégoriser les groupes ou les différences substantielles. Lorsque ces exigences sont remplies, l'égalité générale s'aligne, *a priori*, avec l'égalité universaliste.

62. Cette méthode de formation des normes sera ensuite concrétisée en droit français, au travers des critères prohibés ou le refus de reconnaître des droits groupaux, et elle sera contrôlée par les juges qui appliqueront le *principe d'égalité* dans sa forme juridique la plus concrète. En somme, l'égalité se définit comme un régulateur de la catégorisation et des distinctions en droit qui, spécifiquement dans le modèle français, opère, dans sa forme et son contrôle, sous l'idéal universaliste. Elle est donc avant toute chose une exigence que l'on s'impose lors du traitement juridique des individus. En France, cette exigence passe par le poids axiologique de la notion d'identique, de commun, qui demeure donc toujours supérieur à celui de la notion de différence³¹⁶. Nous parlerons dans ce cadre (de principe) d'*égalité formelle*, celle-ci s'exprimant lors de l'examen juridictionnel de l'égalité à travers deux exigences : qu'à des situations similaires soit appliqué un traitement analogue³¹⁷, qu'un traitement identique de situations distinctes ne soit jamais sanctionné³¹⁸. Le contrôle du principe d'égalité débute donc toujours par le constat d'un traitement différent.

63. Bien qu'il y ait eu quelques écarts parmi toutes les décisions rendues³¹⁹, cela ne change en rien la ligne directrice d'une jurisprudence aussi constante, expression de l'exigence indéfectible d'une philosophie toujours tournée vers « l'identique » plutôt que le « différent ». Ainsi, elle évite d'imposer aux autorités que soient constamment prises en compte les situations particulières³²⁰ et perpétue la possibilité de faire abstraction des différences entre les individus³²¹. Véritable « économie conceptuelle »³²², cette approche participe du rejet strict du droit à la différence, mais également de la limitation du phénomène de catégorisation en

³¹⁶ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *art. préc.*

³¹⁷ Le juge précise souvent que le principe d'égalité « interdit qu'à des situations semblables soient appliquées des règles différentes » (décision n° 85-200 DC, 16 janv. 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*) ou plus explicitement « impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles » (décision n° 80-128 DC, 21 janv. 1981, *Loi relative au travail à temps partiel*).

³¹⁸ CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter*, Rec. p. 115. Aussi, décision n° 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management* : « [...] si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes » (cons. 12)

³¹⁹ Nous retrouvons quelques décisions qui suggèrent l'obligation d'un traitement différent face à des situations différentes, pour le Conseil d'État (notamment CE, 10 juill. 1995, *Contremoulin*), comme pour le Conseil constitutionnel (notamment décision n° 83-165 DC, 20 janv. 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur* ; décision n° 93-329 DC, 13 janv. 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités territoriales* ; décision n° 98-404 DC, 18 déc. 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999* ; décision n° 2012-266 QPC, 20 juill. 2012, *M. Georges R.*).

³²⁰ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, *op. cit.*, p. 292.

³²¹ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, *op. cit.*, p. 120.

³²² Car, en soumettant deux situations de fait différentes à un même régime « l'élaboration des catégories supplémentaires devient inutile [...]. En effet, une nature juridique unique permet de rendre compte de la diversité des situations factuelles au lieu de prévoir autant de natures différentes qu'il y aurait de situations factuelles différentes » (F. ROUVIERE, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, coll. « Penser le droit », p. 437.

permanence stimulé³²³. C'est donc toute cette conception de l'égalité à la française, imprégnée d'universalisme, qui interroge par la suite au contact du fait religieux.

SECTION 2. Prémices d'une problématique : la caractérisation de la religion comme différence

64. Parmi tous les particularismes, il en existe un qui a une place toute particulière, tant en droit qu'en société, notamment du fait de toutes les dimensions qu'il peut revêtir. Il s'agit de la religion. Si le principe d'égalité français rejette certains particularismes, mais en catégorise d'autres, la question se pose : où situer la religion ? À la lecture des nombreux écrits mêlant la question de l'universalisme, du différencialisme et de la religion, la doctrine s'accorde généralement pour dire que la religion peut être « intrinsèquement différencialiste »³²⁴ (**PARAGRAPHE 1**). Preuve supplémentaire de cette dimension particulariste du religieux, certains modèles politiques, à rebours de l'universalisme, la valorisent comme telle (**PARAGRAPHE 2**). Témoignant de l'actualité et de l'intérêt du sujet, cette caractérisation de la religion comme différence substantielle, donc sa tension avec l'universalisme, jaillit de certains débats politico-juridiques français (**PARAGRAPHE 3**). Finalement, toute cette tension s'accompagne – voire découle – d'une complexité supplémentaire que présente la religion tenant à son caractère intrinsèquement subjectif, insaisissable, car pluriel ; ce qui ne peut que rendre complexe ses rapports avec un modèle recherchant l'unité et amorce notre problématique (**PARAGRAPHE 4**).

PARAGRAPHE 1. La religion comme différence substantielle

65. La découverte de cette problématique vient avant tout simplement du constat suivant lequel les discours doctrinaux, qui traitent de l'égalité et de l'universalisme, lui opposent constamment la différence religieuse, et ce, tant dans le champ de la philosophie politique que du droit.

66. La religion, différence substantielle. Pour la discipline juridique, c'est ainsi que Frédéric Edel rappelle combien l'universalisme postule l'existence d'une nature commune « par-delà les *caractéristiques distinctes* de sexe, d'ethnie, de *religion* etc. »³²⁵. De la même manière, quand est interprétée la distinction entre ce que les individus *font* et *sont*, il est souvent fait allusion, comme exemple de la seconde catégorie, à la religion³²⁶. D'autres auteurs, lors des

³²³ L'égalité sous-tend toujours en fond la généralité et une catégorisation maîtrisée. En exigeant de justifier le traitement différent, mais jamais le traitement identique ce substrat est pour partie maintenu.

³²⁴ C. LABORDE, « Republicanisme critique et religion », *Mouvements*, n° 89, 2017/1, p. 62-68.

³²⁵ F. EDEL, *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 139 (nous soulignons).

³²⁶ « Le contrôle du juge distingue ce qui détermine la situation sociale du citoyen de ce qui détermine son existence individuelle comme sa *religion*, sa culture ou son origine » (A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 387 (nous soulignons)).

développements concernant les discriminations positives mentionnent la préférence française pour des critères « socio-économiques sans tenir compte de l'origine, du sexe, de la *religion*, des bénéficiaires [...] »³²⁷. S'agissant du droit à la différence, Philippe Blachère définit bien une revendication au titre, notamment, de la religion³²⁸. Également, Rémy Libchaber, dans son acception du communautarisme, oppose l'abstraction de l'individu à la surévaluation de traits, entre autres, religieux³²⁹.

67. Le constat est encore plus édifiant dans la doctrine philosophico-politique ou sociologique. Les écrits qui traitent du multiculturalisme et des critiques de l'universalisme accordent souvent une partie sur la religion, voire abordent ces débats sous le seul angle de la gestion des différences religieuses³³⁰. Les lapsus de la doctrine en ce sens sont multiples³³¹. Plus encore, le fait que Blandine Kriegel oppose à l'universalisme le particulier, désigné par « une partie de la totalité, un individu, un peuple, un système religieux » n'étonne donc pas³³². Une telle opposition transparaît dans les propos de Yves Déloye qui la fait même remonter à la rupture opérée lors de la Révolution, transférant la religion de la sphère de l'universel à celle du particularisme ne définissant plus le citoyen³³³.

68. La religion est ainsi accolée à des notions évoquant les tensions entre des particularismes et l'égalité, tels que la « diversité » et le « pluralisme »³³⁴, les communautés et minorités³³⁵, ou l'identité³³⁶. De manière encore plus explicite, n'est-il pas révélateur qu'une thèse consacrée à l'universalisme et au différencialisme destine une partie de ses

³²⁷ S. BARLES, *Les mesures positives, actions et discriminations positives...*, op. cit., p. 375.

³²⁸ « Il convient d'entendre toutes revendications politiques visant à obtenir un régime juridique particulier justifié par une situation sociale, économique, raciale ou *religieuse* particulière » (nous soulignons) (P. BLACHER, « Droit constitutionnel et identité féminine », art. préc.).

³²⁹ R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 575.

³³⁰ Par exemple : *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat* (M. WIEVIORKA (dir.), Paris, La Découverte, 1997, coll. « Essais »), qui aborde de nombreuses fois la question religieuse, notamment la contribution de Farhad Khosrokhavar, « L'universel abstrait, le politique et la construction de l'islamisme comme forme d'altérité », dont le titre est révélateur, et dans lequel nous pouvons, entre autres, lire : « [l']un des présupposés de base de l'universel abstrait est que l'espace public, ce lieu du politique par excellence, est censé être homogène, à l'exclusion de tout particularisme (*religieux*, ethnique, culturel...) » (p. 129) (nous soulignons)).

³³¹ Il n'y a qu'à citer Norbert Rouland qui, en abordant la gestion des différences en France de manière générale dans l'un de ses articles, ne cite en exemple que ceux opérés au profit des religion (« La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et société*, n° 27, 1994, p. 381-419).

³³² B. KRIEGL, « Peut-on concilier l'universel et le particulier » in S. TRIGANO (dir.), *L'universel et la politique des identités*, op. cit., p. 72.

³³³ Y. DELOYE, « Deux figures singulières de l'universel : la république et le sacré » in M. SADOUN (dir.), *La démocratie française*, Paris, Gallimard, 2000, p. 145.

³³⁴ Voir par exemple I. BECCI, C. MONNOT et O. VOIROL (dir.), *Pluralisme et reconnaissance. Face à la diversité religieuse*, Rennes, PUR, 2018 coll. « Sciences des Religions » ou M. MILOT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *Pluralisme religieux et citoyenneté*, Rennes, PUR, 2010, coll. « Sciences des Religions ».

³³⁵ Voir par exemple L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, op. cit. et *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion ».

³³⁶ Voir par exemple, pour une perspective historique, F. BRIZAY (dir.), *Identité religieuse et minorités. De l'Antiquité au XVIII^e siècle*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire », et pour une revue qui consacre un dossier entier sur le sujet et qui témoigne, par là même, de son actualité, voir le n° 10, de novembre 2020, de la *Revue du droit des religions* consacré aux « Heurts et malheurs de l'identité religieuse ».

développements sur la reconnaissance progressive des différences à la religion³³⁷ ? D'autant plus révélateur est aujourd'hui l'emploi courant du terme de « différence religieuse »³³⁸.

69. En substance, comprenons bien l'opposition patente entre l'égalité universaliste et la reconnaissance de la différence religieuse. Tel que l'affirme Christelle Landheer-Cieslak, le sens formel de l'égalité c'est l'exigence d'une application uniforme de la loi, « indifféremment des caractéristiques particulières de l'individu et notamment de sa religion »³³⁹. Cette opposition tant soulignée réside aussi dans la dimension parfois fortement identitaire du religieux.

70. **La religion, « véhicule d'affirmation identitaire »**³⁴⁰. Il arrive que « le socle solide de l'individu que constitue son identité personnelle s'enracine dans une religion [...] »³⁴¹. D'aucuns considèrent même que « [l]a religion constitue de nos jours un des marqueurs les plus couramment utilisés pour affirmer les différences identitaires et pallier la perte des repères d'appartenance engendrés par la modernité et la mondialisation »³⁴². En effet, suivant une logique et perspective de plus en plus structurante et holiste³⁴³, de nos jours « les croyances se muent en *identités* », signifiant une autre manière de « les habiter intérieurement et une autre manière de les revendiquer extérieurement »³⁴⁴. Cet aspect, la religion l'a toujours porté en elle, dans la mesure où la profondeur de l'expérience spirituelle peut sans cesse tendre à se confondre avec l'expérience substantielle ; l'individu peut faire du « je suis » derrière le « je pense »³⁴⁵. Seulement, la sécularisation a entraîné une redéfinition de l'identité religieuse, à présent davantage tournée vers des approches ethniques, multiculturelles ou culturelles³⁴⁶. Ce phénomène découle du contexte sociétal favorable à l'expansion des identités décrit ci-avant. En effet, la religion offre aujourd'hui un élément de compréhension du monde environnant, une réelle « grille de lecture conférant balises et repères dans la conduite individuelle comme dans

³³⁷ O. BUI-XUAN, *Le droit public français*, op. cit., p. 479 et s.

³³⁸ L. ROUSSEAU, « Le vivre ensemble et la recomposition des différences religieuses », Conférence destinée au congrès annuel de la SCÉR, Ottawa, 2009 ; M. KOENIG, « Contentieux religieux, politique judiciaire et gouvernance de la diversité religieuse » in I. BECCI, C. MONNOT et O. VOIROL (dir.), *Pluralisme et reconnaissance...*, op. cit. ; M. MILOT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *Pluralisme religieux et citoyenneté*, op. cit., p. 109. D'ailleurs, l'ouvrage intitulé *Les codes de la différence* consacre une étude à la « race », l'« origine » et, bien entendu, à la « religion » (R. KASTORYANO (dir.), *Les codes de la différence...*, op. cit.).

³³⁹ C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses... », art. préc.

³⁴⁰ Pour reprendre le terme employé par Sébastien Lebel-Grenier : « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009, p. 123.

³⁴¹ « [...] c'est-à-dire une représentation métaphysique de l'humanité et du monde selon laquelle il entretient des liens étroits avec "un au-delà de la réalité sensible" qui détermine son salut et les perspectives eschatologiques de son existence » (C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses... », art. préc.).

³⁴² C. GELINAS, « Pluralisme religieux et radicalisme en milieu autochtone au Canada », *Histoire, monde et cultures religieuses*, n° 27, 2013/3, p. 43-59.

³⁴³ L.-L. CHRISTIANS, « Vers une typologie ouverte des dérives religieuses en droit contemporain » in D. KOUSSENS et al. (dir.), *La religion hors la loi. L'État libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, coll. « Droit et religion », p. 34

³⁴⁴ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, Parlis, Gallimard, 1998, coll. « Folio essais », p. 121.

³⁴⁵ P. GAST, « Religions, sectes et discriminations », *CRDF*, n° 2, 2003, p. 49-62. Nous dirions davantage le « je crois ».

³⁴⁶ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., p. 131.

les interactions sociales »³⁴⁷. Elle transcrit alors bel et bien un mode d'identification de l'individu dans la société ; plus précisément, une identification construite en rejet du majoritaire véhiculé de longue date par l'universalisme³⁴⁸, mais aussi une identification que l'individu souhaite aussi imposer aux normes générales et indifférenciées issues de cet universalisme³⁴⁹. Conséquemment, cette expression de la croyance à travers l'identité « amplifie les difficultés d'application d'une égalité entendue comme règle générale applicable à tous »³⁵⁰. Ce n'est toutefois pas la seule difficulté à laquelle l'égalité doit faire face en la matière.

71. La religion, différence communautaire. Si de nouvelles formes d'identités s'expriment à travers une religiosité de plus en plus déconnectée des normes et traditions issues de l'institution religieuse³⁵¹, cette individualisation de l'identité n'éclipse cependant pas à quel point la religion peut également exprimer une différence communautaire. Ici aussi, lorsque la doctrine développe le rejet d'une quelconque consécration politique ou juridique des communautés, elle renvoie habituellement à certains critères dont la religion fait partie³⁵².

72. Pour comprendre cela, nous notons une récurrence dans les acceptions doctrinales courantes de la religion tenant au renvoi constant à sa dimension communautaire³⁵³. Yves Lambert avait dégagé, dans un fameux article, « les trois éléments qui sont le plus souvent évoqués pour définir la religion ». L'un d'eux renvoyait à « l'existence de formes de communalisation (organisation, église, secte, etc.) »³⁵⁴. Même lorsqu'il s'agit d'établir un « faisceau de critères », s'impose « l'existence d'une communauté partageant de manière active et organisée la croyance »³⁵⁵. Pour conclure avec les mots de Durkheim, l'idée de religion, pour être inséparable de celle d'Église, « doit être une chose éminemment collective »³⁵⁶.

73. En ces termes, la religion prend très souvent la forme d'un groupe soudé qui cherchera la consécration de sa particularité et l'application d'un régime attenant. Les oppositions au modèle universaliste s'entrecroisent alors. La tension avec l'identité religieuse en ressort

³⁴⁷ J. CESARI, « De l'islam en France à l'islam de France » in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration...*, op. cit., p. 230.

³⁴⁸ J. AMAR, *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'Homme. Contribution à une sociologie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat en sociologie, Paris, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, p. 328.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 8.

³⁵⁰ N. BOUTOUBA, *La liberté de religion : perspectives comparées France-Canada*, Thèse de doctorat en droit, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 158-159.

³⁵¹ « [L]e croyant n'obéit plus aux normes transmises par l'institution ou la tradition, mais choisit les biens du salut en fonction de son individualité » (J. CESARI, « De l'islam en France à l'islam de France » in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration...*, op. cit., p. 230).

³⁵² Par exemple : « [L]a logique d'égalité s'oppose à ce que l'installation durable sur notre sol de personnes étrangères ou d'origine étrangère soit recherchée et vécue sous le mode de regroupements communautaires, constitués sur une base ethnique ou confessionnelle et négociant leurs espaces propres et des droits spécifiques » (N. ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », art. préc. (nous soulignons)).

³⁵³ Par exemple, Léon Duguit notifie l'importance de la réunion communautaire pour compléter sa définition (*Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 458 et s.).

³⁵⁴ Y. LAMBERT, « La "Tour de Babel" des définitions de la religion », *Social Compass*, n° 38, 1991, p. 73-85.

³⁵⁵ J.-M. WOEHRLING, « Définition juridique de la religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 55.

³⁵⁶ É. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse* (1912), Paris, PUF, 4^e éd., 1998, coll. « Quadrige », p. 65.

d'autant plus forte que cette dernière est apte à s'exprimer « par un sentiment d'appartenance pour une communauté particulière s'organisant autour de règles et de pratiques singulières et se structurant ou non sous la forme d'une église »³⁵⁷. Qui plus est, par l'identité, ce sentiment d'appartenance peut transcender toute autre appartenance concurrente, comme celle de la nation³⁵⁸, et ce, à toute époque³⁵⁹.

74. En toute hypothèse s'impose une caractéristique supplémentaire propres à l'objet religieux qui le met en conflit avec le principe d'égalité, ce qu'accroît indéniablement de nos jours son inclusion sous la notion de droits culturels, construits en opposition à l'idéal universaliste.

75. Droits culturels et différences. Les contempteurs du modèle universaliste français opposent communément à celui-ci l'exigence de reconnaissance des cultures minoritaires ou distinctes de celles occidentales ou dominantes, et ce, à travers l'idée des droits culturels³⁶⁰. Ce type de droits a progressivement été consacré en droit international³⁶¹, mais les garanties restèrent, par le passé, globalement trop vagues et passives³⁶². Plus récemment, ces droits s'orientèrent vers la promotion concomitante de l'expression culturelle des minorités³⁶³, dans laquelle s'inscrit la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle³⁶⁴. Le texte mit davantage l'accent sur les communautés et exprima surtout l'aspect « particulariste »

³⁵⁷ C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses... », *art. préc.*

³⁵⁸ D. BARIL, « Les accommodements religieux pavent la voie de l'intégrisme », *Éthique publique*, vol. 9, n°1, 2007.

³⁵⁹ L'opposition à l'égalité en ressort d'autant plus marquée qu'elle s'exprimait déjà lors de la Révolution, concernant la communauté juive, par la célèbre formulation de Clermont-Tonnerre qui rappelait bien de ne plus considérer les juifs comme un groupe mais comme des individus. L'enjeu était aussi de rompre les privilèges communautaires dont certains groupes israélites pouvaient bénéficier (Voir Partie 1, p. 83 et s.). Évidemment, de nos jours, les revendications diffèrent certainement par leur substance davantage identitaire et contestataire. Au demeurant, peu importe les époques, la logique sous-jacente à l'exclusion de l'appartenance communautaire résulte également d'une lutte de pouvoir et de capacité d'inclusion des individus entre l'État et l'organisation religieuse (J. ZYLBERBERG, « La régulation étatique des minorités religieuses » in P. GUILLAUME *et al.* (dir.), *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986, p. 119).

³⁶⁰ E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, p. 215.

³⁶¹ L'article 27 de la Déclaration universelle de 1948 (résolution 217 A (III)) garantit que toute personne bénéficie du « droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer aux progrès scientifiques et aux bienfaits qui en résultent ». Cette disposition se retrouve à l'identique dans l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (résolution 2200 A (XXI)).

³⁶² Il est davantage question de « respect » que de véritables droits subjectifs. Même la définition donnée des droits culturels par le « Groupe de Fribourg » (groupe international de travail composé à la suite d'un colloque sur « les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme » en 1991, tenu à Fribourg, et réunissant différents chercheurs au sujet de la reconnaissance des droits culturels) rejoignait l'idée d'une protection passive de ceux-ci. La définition donnée lors de la consultation de ce groupe par le Conseil de l'Europe était la suivante : « [t]oute personne a le droit, aussi bien seule qu'en commun, au respect et à l'expression de ses valeurs et traditions culturelles dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux exigences de la dignité humaine, aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales » (art. 1^{er} de l'avant-projet de protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concernant la reconnaissance des droits culturels, 19 août 1994).

³⁶³ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 130.

³⁶⁴ Adoptée dans le cadre de l'UNESCO (Nations Unies) le 2 novembre 2001. Sera également établie une autre convention qui réaffirmera l'importance des principes prônant la diversité culturelle (Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée dans le cadre de l'UNESCO (Nations Unies) le 20 octobre 2005).

véhiculé par le droit culturel³⁶⁵. De son côté, le Rapport sur *la liberté culturelle dans un monde diversifié* dans le cadre du Programme des Nations Unies pour le Développement tendit vers une affirmation plus active des droits culturels et mêla à maintes reprises la liberté culturelle au vocabulaire propre à la gestion des différences³⁶⁶.

76. En substance, l'idée de droits culturels promeut donc les appartenances et le pluralisme³⁶⁷. Plus encore, nous prévient Danièle Lochak, aujourd'hui « le concept de culture s'est alors élargi pour englober celui d'«identité» »³⁶⁸. Ainsi, fondamentalement proche de l'identitaire et du communautaire, ces droits rebutent la conception universaliste de l'égalité ; la différence culturelle ne saurait justifier une différence de traitement juridique³⁶⁹. S'impose alors une question de Carmen Bernand : « peut-on séparer la différence religieuse de la différence culturelle ? »³⁷⁰.

77. **Culture, ethnie et religion.** Comme nous l'avons déjà suggéré, est aujourd'hui constaté le prolongement de la diversité religieuse à travers une diversité culturelle qui remplace les difficultés traditionnelles d'appréhension du religieux par l'État par celles de la gestion de la différence³⁷¹. De toute évidence, les textes internationaux confortent ce rapprochement³⁷². En outre, la définition des droits culturels comprend constamment les rites et coutumes religieuses, y compris pour la doctrine³⁷³. Les mots de Boucher et Maclure résument cette réalité : « plusieurs phénomènes que l'on tend à appréhender exclusivement à travers le prisme de la religion peuvent tout aussi bien être décrits comme des pratiques enracinées dans une culture particulière et adoptées par fidélité à une tradition ou par loyauté et identification à un

³⁶⁵ Lorsqu'il définit la culture, le texte traite de « l'ensemble des *traits distinctifs* spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un *groupe social* » (Préambule de la Déclaration de 2001).

³⁶⁶ Il est question de sociétés multiculturelles, de reconnaissance, d'identité (un titre entier est consacré à l'exigence de la reconnaissance des différences d'identité pour promouvoir la liberté culturelle (PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2004. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, 2004, Paris, Economica, p. 36)), de minorités et plus largement de communautés (voir notamment la première partie du rapport). En somme, le texte prône expressément des politiques multiculturelles et la reconnaissance des différences culturelles, et ce, en émettant même une critique sous-jacente du modèle français (p. 7).

³⁶⁷ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critique du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, Thèse de doctorat en droit public, Bordeaux/Montréal, Université de Bordeaux et Université de Montréal, 2014, p. 303.

³⁶⁸ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 130. Norbert Rouland assimile les droits culturels à des droits à l'identité (« Le droit des peuples autochtones » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, op. cit., p. 461).

³⁶⁹ G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, op. cit., p. 137.

³⁷⁰ C. BERNAND, « Les identités religieuses et ethniques à l'aune de l'universalisme républicain », *Champ psychosomatique*, 2001/1, n° 21, p. 133-150.

³⁷¹ J.-M. WOEHLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 89.

³⁷² À titre d'exemple, la déclaration de Fribourg pour l'UNESCO précise que « le terme "culture" recouvre les valeurs, les *croyances*, les *convictions*, les langues, les savoirs et les arts [...] » (art. 2 de Déclaration de Fribourg sur les droits culturels, adoptée le 7 mai 2007 (nous soulignons)). Aussi, le Préambule de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle renvoie aux traits distinctifs « spirituels » qui peuvent caractériser un groupe social. Enfin, le rapport du PNUD de 2004 précité sur la diversité culturelle aborde à plusieurs reprises la religion comme cœur de la liberté culturelle et souligne la protection des minorités religieuses (voir notamment p. 54).

³⁷³ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 132

groupe ethnoculturel »³⁷⁴. Ce recoupement ne peut qu'accentuer l'aspect substantiel et inné du religieux, partant, la tension patente entre la religion et le principe d'égalité. En outre, les auteurs précédents parlent bien d'« ethnoculturel ».

78. En effet, le critère ethnique peut aussi largement regrouper dans ses traditions celles relevant de la pratique religieuse³⁷⁵. Étienne Balibar, par exemple, en commentant les critères prohibés de la Constitution, put dire que le religieux se mélange avec l'origine ou encore la désignation ethnique³⁷⁶. Pour sa part, Louis Rousseau fait le lien entre l'appartenance religieuse, son aspect identitaire et l'ethnie³⁷⁷. D'autres qualifient alors ce phénomène « d'ethnisation du religieux »³⁷⁸ ou d'une manifestation de l'« ethnico-religieux »³⁷⁹. Pour le moins significatif, cet emploi résulte « de l'impossible distinction entre la vie religieuse et l'affiliation ethnique » et s'inscrit particulièrement dans le mouvement de recherche d'authenticité ou d'identité³⁸⁰. Or, l'approche de l'ethnicité, à l'exemple de la culture, s'est fortement trouvée rejetée en France dans le même mouvement de dénonciation des particularismes³⁸¹. Ce rejet constant de telles distinctions n'est pas l'approche retenue par tout modèle philosophique et politique.

PARAGRAPHE 2. Un caractère particulariste pris en compte et valorisé : appréhension du différencialisme

79. Approche de courants différencialistes. Il existe de nombreuses branches de remises en question du modèle libéral classique – modèle précisément fondé sur l'universalité et l'individualisme³⁸². Provenant en majorité d'auteurs canadiens ou anglo-saxons, l'on parle

³⁷⁴ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Berne, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 355.

³⁷⁵ Abordant la discrimination positive, Gwénaële Calvès ne dit pas moins que cela en qualifiant le critère ethnique de « sorte de composition mouvante qui combine identifications *religieuses*, nationales et phénotypiques » (« Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 29-40).

³⁷⁶ Il critiquait la promiscuité des critères prohibés, par exemple s'agissant d'une discrimination envers des « Juifs » (É. BALIBAR, « Le mot *race* n'est pas “de trop” dans la Constitution française », *Mots*, n° 33, 1992, p. 241-256).

³⁷⁷ Selon l'auteur, du moment que l'appartenance religieuse fait partie de l'identité de l'individu, « il est assez normal que les marqueurs religieux s'activent au sein d'aussi vaste processus de recomposition des identités ethniques » (L. ROUSSEAU, « Le vivre ensemble et la recomposition des différences religieuses », *art. préc.*).

³⁷⁸ A.-S. LAMINE, *La cohabitation des dieux*, Paris, PUF, 2004, coll. « Le lien social », p. 247. Dans cette analyse, l'autrice cite l'exemple du judaïsme, comme appartenance à une communauté historique qui peut donner sens à l'existence, sans forcément faire référence à une transcendance.

³⁷⁹ D. SCHNAPPER, *De la démocratie en France...*, *op. cit.*, p. 62.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 63.

³⁸¹ « Pour des raisons historiques et politiques, le concept a longtemps été boudé voire rejeté. Sans revenir sur le contexte qui permet de comprendre ces raisons, rappelons simplement comment, au cours des années 1990, beaucoup d'intellectuels, de chercheurs, de journalistes et, sur le terrain, de travailleurs sociaux, ont été convaincus qu'il fallait résister à la fragmentation, à “l'américanisation” ou à la “balkanisation” de la société française et qu'il fallait dénoncer la montée des particularismes : l'ethnicité fut directement prise dans cette tourmente politique très liée à la question nationale, comme si rejeter le concept participait directement au soutien de la pensée républicaniste et universaliste menacée » (H. BERTHELEU, « Sens et usages de “l'ethnisation”. Le regard majoritaire sur les rapports sociaux ethniques », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 23, n° 2, 2007, p. 7-28).

³⁸² Des éléments compléterons ces approches dans le corps de la thèse.

avant tout du courant multiculturalisme ou communautarien³⁸³. Principal mouvement en faveur des différences, le multiculturalisme est traversé par d'importantes conceptions qui se différencient sur de nombreux points³⁸⁴. Il se révèle toutefois doté d'une substance qui trouve ses fondements dans une « prise de conscience *positive* de la différence et de l'identité, de l'ethnicité surtout, qui, après des siècles de non-visibilité, a accrédité l'idée de plus en plus dominante que l'égalité des droits et l'intégration sociale passent par l'acceptation des différences, pas par un traitement impartial et anonyme ou *colour-blind* des personnes », relate Catherine Audard³⁸⁵. Dès lors, le cœur de l'approche repose sur la valeur accordée à la reconnaissance des différences substantielles. L'on parle alors depuis les années 1980 du développement du « paradigme de la reconnaissance »³⁸⁶, maître mot des discours et revendications rattachés au multiculturalisme³⁸⁷. Concrètement, cette politique passe par l'expression des différences et identités dans la sphère publique et les institutions publiques, mais aussi par l'assurance de droits minoritaires particuliers, dérogeant au droit commun³⁸⁸.

80. Définition du différencialisme et de la différenciation. Nous parlerons alors de *différencialisme*³⁸⁹, notamment pour décrire de telles politiques ou courants de pensée en faveur d'une prise en compte de ce type de particularismes. Le terme sera entendu en opposition avec des modalités de saisie juridique par la généralité. En effet, il est souvent défendu que les courants philosophico-politiques précités arborent également un idéal universaliste originel,

³⁸³ Nous y reviendrons (p. 461 et s. ; p. 486 et s.), mais le courant communautarien se fonde sur un rappel initial : « aucune identité n'est simplement le résultat d'un choix individuel, mais est liée à l'identification à une communauté de valeurs, de sens, historique, religieuse, etc. » (C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?...*, op. cit., p. 598). Pour ce courant, l'appartenance communautaire forme donc un élément indissociable de l'épanouissement et du façonnement de l'identité ; elle n'est pas reniée (P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, Paris, Presses de Sciences po, 2016, coll. « Références », p. 38-39).

³⁸⁴ Certaines approches sont plus poussées que d'autres, allant même jusqu'à déroger à des règles fondamentales du libéralisme au titre de revendications religieuses – comme l'excision. C'est notamment la conception de celle de Parekh. Pour un exposé cette dernière et de celles de Tully, Taylor et Kymlicka, voir l'ouvrage P. MAY, *Philosophie du multiculturalisme*, op. cit.

³⁸⁵ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?...*, op. cit., p. 564.

³⁸⁶ E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?...*, op. cit., p. 168. La théorie de la reconnaissance a été développée par de nombreux auteurs que certains font remonter jusqu'à Hegel et Mead (c'est le cas d'Axel Honneth, qui expose leurs approches). Parmi la doctrine contemporaine, nous retrouvons principalement l'ouvrage d'Axel Honneth (*La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2000, coll. « Folio essais » ; voir aussi le numéro 78 de la revue *Droit et société* dédié à Axel Honneth et le droit (2011/2)), ou encore de Paul Ricoeur (*Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2005, coll. « Folio essais »). Pour une synthèse connue nous retrouvons également l'article de Charles Taylor « La politique de reconnaissance » (in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), Paris, Flammarion, 2009, coll. « Champs essais »). La plupart du temps la politique de reconnaissance n'est pas présentée indépendamment des autres courants, auxquels elle est habituellement rattachée.

³⁸⁷ J. PELABAY, « De la tolérance à la reconnaissance... », art. préc. C'est Charles Taylor qui fut l'un des premiers à inclure l'importance de la reconnaissance au cœur de la conception multiculturaliste qu'il développa (J.-L. GIGNAC, « Sur le multiculturalisme et la politique de la différence identitaire : Taylor, Walzer, Kymlicka », *Politique et Sociétés*, vol. 16, n° 2, 1997, p. 31-65).

³⁸⁸ F. CONSTANT, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 16.

³⁸⁹ Si de nombreux auteurs cités utiliseront le terme « différentialisme », nous l'emploierons orthographié « différencialisme ». Nous reprenons ici le choix d'Olivia Bui-Xuan dans sa thèse qui exclut la première orthographe, car susceptible de renvoyer à une doctrine à connotation naturaliste ou essentialiste. Elle définit donc le terme de « différencialisme » comme « la simple prise en considération des différences de fait » (*Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 5). Notre acception se veut plus spécifique.

mais qui, pour être réalisé, exige l'appréhension des différences substantielles³⁹⁰, notamment religieuses. Par conséquent, quand nous traiterons de l'universalisme, nous l'entendrons comme l'universalisme « à la française » caractérisé par l'emploi de catégorie générales, abstraites et impersonnelles, ne distinguant pas selon des particularismes substantiels, identitaires et/ou communautaires. À l'inverse, le différencialisme au sens strict – indépendamment des discussions sur une éventuelle origine universaliste – caractérise l'intégration de telles différences en droit.

81. L'intégration de ces différences en droit au nom du différencialisme sera qualifiée de *différenciation*, qui désigne tout régime juridique dont la norme et/ou l'application de celle-ci distingue en fonction d'un critère rejeté par l'universalisme. Nous parlerons aussi parfois de reconnaissance en droit d'une différence, qui ne renvoie alors qu'à la différenciation. À ce titre, « *différencialiste* » accompagnera certains vocables en tant qu'adjectif évoquant cette reconnaissance³⁹¹, alors en opposition à l'universalisme, qui rejette la reconnaissance de telles distinctions. Pour résumer, retenons simplement que la prise en compte par la différenciation forme une modalité de formation des normes et de leur application qui s'oppose à celle par la généralité. Ainsi, le différencialisme exprime une prise en compte du religieux par la différenciation, quand l'universalisme exprime cette prise en compte par la généralité. Dans l'histoire, en contradiction avec l'universalisme, la différenciation put être employé pour exclure et persécuter³⁹². Elle peut être aujourd'hui utilisé, à côté de la généralité, dans un sens tout à fait positif, afin de satisfaire des croyances ou minorités³⁹³. En effet, certains États ont adopté un tel modèle, témoignant par là même de ce que la différence religieuse a potentiellement de substantielle ou d'identitaire.

82. Une valorisation de la différence religieuse au Canada. Le Canada est la parfaite illustration d'un régime ayant expressément adopté le multiculturalisme³⁹⁴. Il y est reconnu « la diversité des Canadiens en termes de race, d'origine nationale ou ethnique et de religion [...] »³⁹⁵. La dynamique du religieux est alors considérée comme « une partie centrale de l'identité personnelle » et s'appréhende « dans l'objectif politique de promouvoir les valeurs du multiculturalisme », donc dans la gestion d'une différence³⁹⁶. Est réellement louée

³⁹⁰ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), *op. cit.*, p. 58.

³⁹¹ Ainsi, des demandes *différencialistes* visent à faire reconnaître une différence en droit par la différenciation ; des aménagements ou accommodements *différencialistes* expriment des aménagements et accommodements qui impliquant une différenciation, etc.

³⁹² Voir Partie 1, Titre 1.

³⁹³ Voir Partie 2, Titre 1.

³⁹⁴ Le 8 octobre 1971, devant la Chambre des communes du Canada, le Premier ministre déclarait officiellement le multiculturalisme comme politique gouvernementale. La charte constitutionnelle des droits et libertés canadienne de 1982 précise clairement dans son article 27 le maintien et la valorisation « du patrimoine multiculturel » ; principes ensuite appuyés par le « Multiculturalism Act » de 1988. Pour une synthèse du contexte historique, de la mise en place juridico-politique du multiculturalisme au Canada, voir D. HELLY, « Le multiculturalisme canadien », *Hommes et Migrations*, n° 1200, 1996, p. 25-34.

³⁹⁵ D. HELLY, « Le traitement de l'islam au Canada. Tendances actuelles », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 20, n° 1, 2004, p. 47-73.

³⁹⁶ B. LAVOIE, « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *Réguler le religieux*, vol. 4, 2015, p. 1-20.

l'expression de la religion comme une différence dont l'individu peut se prévaloir pour composer son identité dans la sphère publique et qui doit être protégée en tant que telle³⁹⁷, et ce, au nom de l'égalité³⁹⁸.

83. Définition de l'égalité réelle. En effet, au Canada, la Cour suprême considère que « la reconnaissance des différences est l'essence même de la vraie égalité »³⁹⁹. Y est prônée en vérité une forme d'égalité réelle, substantielle ou matérielle qui opère sous forme de droit subjectif et oblige à tenir compte des différences⁴⁰⁰. Pour être plus précis, à notre sens, l'*égalité réelle* opère comme une mise en lumière et une correction des excès de l'égalité formelle et universaliste, cela, à travers deux étapes distinctes⁴⁰¹ : la première vise à observer et révéler les effets pernicioeux d'un droit excessivement formel, la seconde vise à corriger ces effets. C'est au sein de cette seconde étape que les politiques et outils mis en place peuvent respecter la généralité de la règle⁴⁰² ou entreprendre une reconnaissance des différences substantielles⁴⁰³. Dans ce second cas, il s'agit d'*égalité réelle différencialiste*, ou simplement *égalité différencialiste*, parfois de façon synonymique d'*égalité matérielle*, ou *substantielle*, en référence au droit canadien.

84. L'existence même de ce modèle, qui s'affirme en opposition à l'idéal universaliste français en valorisant les distinctions religieuses au nom de l'égalité, conforte conséquemment l'idée d'une tension effective, en France, entre notre conception de l'égalité et la religion. Ce point surgit spécifiquement des divergences perceptibles au Québec entre une inspiration

³⁹⁷ Les juges McLachlin et Bastarache de la Cour suprême du Canada ont précisé que la religion s'inscrivait – au même titre que la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, le sexe, l'âge, et les déficiences mentales ou physiques – comme une « caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle » (Cour Suprême du Canada, 20 mai 1999, *Corbière c. Canada*, 2 RCS 203, §13).

³⁹⁸ La liberté de religion a également sa part à jouer dans l'équation, mais elle ne se départit pas entièrement d'une certaine proximité avec la consécration des particularismes (voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

³⁹⁹ Cour Suprême du Canada, 2 févr. 1989, *Andrew v. Law Society of British Columbia*, 1 RCS 143.

⁴⁰⁰ Ce droit subjectif « permet de prendre en considération une identité religieuse particulière pour s'assurer qu'elle n'est pas entravée et que la partie qui l'exprime jouit pleinement de ses libertés et droits fondamentaux, même si son identité religieuse est minoritaire sur le territoire national » (C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses... », *art. préc.*).

⁴⁰¹ D. THARAUD, « Égalité réelle » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 168.

⁴⁰² Voir p. 290 et s.

⁴⁰³ Voir Partie 2, Titre 1.

rampante du modèle laïque français et l'influence canadienne d'acceptation des différences⁴⁰⁴. Cette tension ressort concrètement surtout en France.

PARAGRAPHE 3. Des tensions saillantes et actuelles

85. Quelques illustrations font ressortir les crispations autour du phénomène religieux confronté à l'égalité universaliste. Elles révèlent par là même la dimension particulariste qui compose la religion. Sans tomber dans la généralisation, c'est la religion musulmane qui exprime principalement ces crispations en France⁴⁰⁵. D'abord, parce qu'elle évoque la tendance identitaire décrite plus haut⁴⁰⁶. Les études sociologiques constatent effectivement une nouvelle génération de croyants de confession musulmane qui fait davantage part de revendications identitaires⁴⁰⁷. Forcément, dans le contexte national français imprégné de culture chrétienne, l'islam, autant religion que « matrice culturelle »⁴⁰⁸, rend la distinction entre culture, religion, et ethnie⁴⁰⁹, plus ténue dans la gestion du phénomène, ce dont témoignent les auteurs qui

⁴⁰⁴ À propos des débats sur le voile et sur la reconnaissance de tribunaux islamiques au Québec, la doctrine ne manque alors pas de relever la confusion émanant de certains députés tournés vers une conception plutôt franco-française de la laïcité et de l'égalité : « [p]lus étonnante encore est l'affirmation selon laquelle la loi fondamentale canadienne s'applique indistinctement aux identités et appartenances religieuses ». Ils rajoutent ensuite : « [...] il est curieux que les tenants de la motion aient recours à une conception des droits qui ne tient pas compte des différences, et qui rappelle à plus d'un titre le cas français », « en porte-à-faux avec le droit canadien et les politiques canadiennes sur le multiculturalisme » (K. COTE-BOUCHER et R. HADJ-MOUSSA, « Malaise identitaire : islam, laïcité et logique préventive en France et au Québec », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 46, 2008. Sur la laïcité au Québec, notamment par rapport au principe français, voir D. KOUSSENS, « Ce que la laïcité a de nouveau, ou pas. Regards croisés France-Québec », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 14, 2018 et X. DELGRANGE et D. KOUSSENS, « La fabrique de la laïcité par le juge. Éléments de comparaison Belgique-France-Québec », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 85, 2020/2, p. 93-127). Au demeurant, en consacrant par exemple ces tribunaux religieux, le modèle canadien n'est pas forcément plus qu'en France à l'abri des problématiques tenant aux risques de surdétermination du caractère identitaire et de communautarismes (Voir P. MAY, « La controverse sur les tribunaux d'arbitrage religieux ontariens : un non-dit identitaire ? », *Revue canadienne de science politique*, vol. 47, n° 2, 2014, p. 327-347).

⁴⁰⁵ À ce titre, si la France se différencie des États-Unis par la quasi-absence de minorités ethniques historiques nécessitant des politiques d'*affirmative action*, en vérité, la problématique entourant les différences et les minorités se cristallise particulièrement en France dans le religieux, plus spécifiquement dans le cas de l'islam.

⁴⁰⁶ Si ce constat est porté par Laurent Bouvet, ce dernier le nuance toutefois rapidement en expliquant que les tentations communautaristes « restent toutefois encore marginales si l'on se fie à leur impact sur l'ensemble des musulmans comme l'a montré la très récente étude de l'Institut Montaigne (« La République au défi de la représentation des différences identitaires », *Politique*, n° 1080, oct. 2016).

⁴⁰⁷ Farhad Khosrokhavar décrit ce phénomène par lequel l'individu se crée une individualité propre, spécifiquement contre la majorité intégrée et qui passe par « une islamisation pure et simple, exprimant la volonté de se doter d'une identité » (« L'universel abstrait, le politique et la construction de l'islamisme comme forme d'altérité » in M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ?...*, op. cit., p. 121). Ce phénomène identitaire n'est pas indépendant d'une forme de rejet de la religion musulmane en France au tournant des années 1980 selon Raphaël Liogier (« La distinction sociocognitive et normative entre bonne et mauvaise religion en contexte européen : le cas de l'islam et du bouddhisme » in M. MILOT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *Pluralisme religieux et citoyenneté*, op. cit., p. 104 (texte à consulter également pour voir les étapes de l'intégration de l'islam et des populations immigrées).

⁴⁰⁸ J. ROMAN, « Un multiculturalisme à la française ? », *Esprit*, juin 1995.

⁴⁰⁹ Anne-Sophie Lamine dit bien que le groupe musulman, dans ses relations « islamo-chrétiennes » est à la fois religieux et ethnique, mais elle y range également, dans les relations judéo-chrétiennes, le groupe juif (*La cohabitation des dieux*, op. cit., p. 245). Le cas des juifs pendant la Révolution conforte cette assertion.

qualifient la pratique du « foulard islamique » sous l'angle purement culturel⁴¹⁰. En France, la crainte de toutes ces caractérisations, et de leurs revendications, s'exprime par la dénonciation de tout communautarisme.

86. La crainte constante du « communautarisme »⁴¹¹. Ainsi, « lorsque l'identité religieuse cherche un prolongement dans l'identité juridique, la menace ou la crainte du communautarisme » point et menace l'égalité⁴¹². La crainte des différenciations religieuses vecteurs de fragmentation du corps social est forte et largement partagée par les chercheurs et décideurs politiques⁴¹³. Certains textes révèlent même cet aspect, ne serait-ce que par leur titre⁴¹⁴, voire leurs motifs⁴¹⁵. Aussi, les décisions précédentes du Conseil constitutionnel témoignent franchement de cet « anti-communautarisme »⁴¹⁶. À l'aune de tous ces éléments, nous comprenons pourquoi cette dénonciation est particulièrement rapportée à la religion, mais plus spécifiquement en France au cas de l'islam⁴¹⁷. C'est d'ailleurs toute cette conception qui suscita de vives réticences à l'égard du voile islamique.

87. Des tensions autour du voile islamique. Au tournant des années 70, le *hijab* orthopraxie extérieure et particulièrement visible⁴¹⁸, devint pour les individus un « véritable repère (repaire) de leur identité » et l'indicateur d'une culture (spécifique) » face à

⁴¹⁰ Nicolas Blanc, par exemple, n'hésite pas à affirmer que le voile n'est pas une norme religieuse, mais uniquement culturelle (*Constitutionnalisme et exclusion...*, op. cit., p. 335). Voir aussi B. CHARLOT, « Droit à la différence, droit à l'universel, droit au sens », *Hommes et Migrations*, n° 1129-1130, 1990, p. 47-50.

⁴¹¹ Pour sa définition voir note 254.

⁴¹² V. FORTIER, « Un singulier pluriel : réflexions autour de l'appréhension juridique de l'identité religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 10, 2020, p. 55-70.

⁴¹³ M. SCHAIN, « La politique du multiculturalisme en France et aux États-Unis » in M. WIEVIORKA et J. OHANA (dir.), *La différence culturelle. Une reformulation des débats. Colloque de Cerisy*, Paris, Balland, 2001, coll. « Voix et regards », p. 403.

⁴¹⁴ Circulaire du ministre de la Justice, 10 janv. 2020, *relative à la protection de la laïcité et à la lutte contre la radicalisation et le communautarisme*, NOR. n° JUSD2000897 C. La circulaire évoque elle-même « une forme de repli identitaire et le développement du communautarisme » qui menacent la cohésion sociale.

⁴¹⁵ L'exposé des motifs de la récente loi du 24 août 2021 (*confortant le respect des principes de la République*, JORF n° 0197, 25 août 2021) rappelle indéniablement les principes universalistes : « la République demande une adhésion de tous les citoyens qui en composent le corps ». Il dénonce ensuite la crainte d'une dimension de l'islam comme exprimant « la manifestation d'un projet politique conscient, théorisé, politico-religieux, dont l'ambition est de faire prévaloir des normes religieuses sur la loi commune que nous nous sommes librement donnée ».

⁴¹⁶ Anne-Marie Le Pourhiet rappelle que le modèle français rejette, dans son « ADN philosophique et juridique », « le communautarisme et toute forme de reconnaissance des minorités ethniques ou religieuses » (nous soulignons) et justifie la décision de 1999 du Conseil constitutionnel à ce titre (« De l'incohérence constitutionnelle... », *LPA*, n° 11, 2016, p. 9). Nous pensons aussi surtout à la décision de 2004 qui précisa les critères concernés par l'interdiction de droits collectifs, dont la religion fait alors partie (n° 2004-505 DC, *préc.*, cons. 16), et qui interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers » (cons. 18).

⁴¹⁷ Pour une analyse détaillée du rapport entre communautarisme et islam voir H. SENIGUER, « “communautarisme” et islam en France : y a-t-il un “communautarisme” musulman ? », *Droit social*, 2015, p. 664.

⁴¹⁸ Pour Marcel Gauchet cette manifestation résulte du phénomène identitaire, qui met davantage l'accent sur l'aspect extérieur au nom d'une affirmation de la différenciation par rapport à l'autre, que sur la pratique d'une croyance forte. Il poursuit qu'évidemment l'implication personnelle n'est pas absente, « elle est forte au contraire – nous ne sommes pas devant un formalisme sans âme. Mais elle n'est pas prioritairement tournée vers l'au-delà. Son ressort primordial est l'identification de soi ici-bas » (M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., p. 121 et s.).

l'universalisme abstrait, assimilationniste et monopole de sens⁴¹⁹. Bien que l'importance de cette dimension identitaire soit à nuancer⁴²⁰, cette potentialité ne peut être ignorée. Inévitablement, aux yeux du postulat français, le voile est apparu comme le reflet d'une revendication à un droit à la différence religieuse⁴²¹, ce qui explique d'ailleurs que les discours traitant de cette dernière en France se fondent essentiellement sur cet exemple⁴²². La gestion du voile a alors totalement (excessivement ?) cristallisé les tensions, notamment à travers le terme communautarisme qui exprime pour beaucoup ni plus ni moins qu'un imbroglio d'éléments en contradiction avec l'égalité universaliste⁴²³. L'inquiétude face à ces phénomènes, et plus précisément la crainte d'un droit à la différence identitaire, a évidemment atteint son paroxysme dans le cadre scolaire⁴²⁴.

88. Partant, c'est la crainte, ici exacerbée, du différencialisme religieux qui jaillit au sein d'un modèle bercé d'un idéal universaliste. Par tous ces propos, et à travers l'islam, c'est aussi toute la diversité intrinsèque au fait religieux qui ressort et entre en tension avec cet idéal.

PARAGRAPHE 4. Le problème de la diversité religieuse : le choix d'une définition du fait religieux

89. Définition de la *religion* : le problème de la diversité. Susceptible d'exprimer une différence, la religion ne peut qu'être un phénomène profondément pluriel, subjectif, car dépendant des cultures, du modèle majoritaire, de la croyance ou encore du mode de vie de l'individu. L'essor de l'islam en France, après des siècles d'une quasi-uniformité religieuse,

⁴¹⁹ A. DIALMY, « Les antinomies du port du voile », *Social Compass*, n° 55, 2008, p. 561-580. L'écrit est également judicieux pour comprendre synthétiquement l'évolution des significations de ce signe religieux. Au demeurant, la dimension identitaire se retrouve très fréquemment dans la doctrine en la matière (par exemple E. JOVELIN, « Sociologie de la femme voilée. Du voile hérité au voile révélé », *Pensée plurielle*, n° 21, 2009/2, p. 113-125).

⁴²⁰ Abdessamad Dialmy accompagne ses propos précédents de remarques évitant en revanche toute généralisation ; il décrit un mouvement vers les années 1990 moins tourné sur le prisme identitaire et faisant part d'une expression plus individualiste de la différence religieuse. Et de toute évidence « le voile n'a pas de *signification unitaire* [...] Les cinq antinomies identifiées et décrites ci-dessus résumant, à notre sens, les principales dénnotations et fonctions que le voile a prises dans l'histoire de l'islam. Elles sont le signe de l'ambivalence du religieux » (*ibid.*).

⁴²¹ L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *art. préc.* L'autrice poursuit d'ailleurs en mêlant volontiers divers termes propres aux débats que nous évoquons : « [e]n outre, la présence musulmane est aujourd'hui une réalité française et [...] il est aussi important d'éviter que le *droit à la différence* ne devienne, en fait, une possibilité d'institution légale de *communautarismes* culturel et *culturel* » (nous soulignons).

⁴²² Par exemple B. CHARLOT, « Droit à la différence, droit à l'universel, droit au sens », *art. préc.*, écrit dans lequel l'étude du droit à la différence et de l'universalisme passe en grande partie par l'angle du port du foulard religieux.

⁴²³ C'est ce qui ressort de la partie vouée au « thème anti-communautariste en France » d'Annamaria Rivera dans *Les dérives de l'universalisme. Ethnocentrisme et islamophobie en France et en Italie* (traduit de l'italien par M. GASPERONI, revue par L. LEVY), Paris, La Découverte, 2010, p. 28 et s.). Et l'autrice traite en l'occurrence du voile islamique, dont, selon elle, les affaires ont renforcé la polémique anti-communautariste.

⁴²⁴ Pour rappel, la polémique débuta à l'automne 1989 quand le principal d'un collège souhaita exclure trois filles qui refusèrent de retirer leur *hijab*. À propos du voile islamique à l'école, Anne-Sophie Lamine décrit alors qu'« une analyse de presse, ainsi que de discours intellectuels et politiques, montre que son usage n'était auparavant ni négatif, ni associé à un groupe ou une époque particulière. C'est à ce moment [1989] qu'il devient péjoratif et prend le sens d'une "menace de désintégration sous l'effet des revendications des différentes communautés ethniques ou religieuses", en France » (A.-S. LAMINE, « Identités religieuses, appartenance communautaire et participation sociale », *Revue du droit des religions*, n° 10, 2020, p. 105-121).

manifeste toute la confrontation à ce que la religion a de plus divers, et conséquemment d'insaisissable. Pourtant, nombreux sont les auteurs à tenter de définir la religion et divers sont les critères employés. La plupart du temps, en premier lieu, la religion est renvoyée à un univers « surnaturel » ou « supra-humain » qui s'oppose au monde empirique ; ensuite, à l'existence d'une communication « entre les hommes et ce monde par des moyens symboliques » ; enfin, à « l'existence de formes de communalisation »⁴²⁵. En somme, ce sont les croyances, pratiques et structures, dimensions que reprend peu ou prou une autre acception, plus fameuse et souvent usitée en droit, distinguant un pan objectif d'un pan subjectif⁴²⁶. Mais coupons court au débat : il n'existe assurément pas d'accord au sein de la doctrine⁴²⁷. Chaque approche comporte une limite dans sa capacité à saisir un phénomène aussi variant, selon les lieux et les époques, que la religion. Nous rejoignons alors le constat de Cécile Laborde : « [i]l n'existe aucune caractéristique, ou ensemble de caractéristiques, que toutes les religions auraient en partage »⁴²⁸. Tout au plus pouvons-nous soutenir que la religion est au moins affaire de conscience. C'est bien pour cela qu'elle demeure insaisissable et, nous le verrons, qu'elle pose un problème. Ce sont ici des difficultés et tensions supplémentaires pour une égalité universaliste qui se refuse *a priori* à prendre en compte les différences religieuses et qui recherche par-dessus tout l'unité. À l'inverse, la religion exprime socialement tout ce qu'il y a de plus multiple⁴²⁹.

90. Au regard de ces éléments, nous ne prescrivons pas une définition initiale et spécifique de la religion. Nous rejoignons l'idée que comme « il n'y a pas en fait une chose, une essence,

⁴²⁵ D'après Yves Lambert, ce sont les trois critères les plus partagés dans les diverses définitions de la religion (« La "Tour de Babel" des définitions de la religion », *Social Compass*, vol. 38, n°1, 1991, p. 73-85). Voir également ledit article, extrêmement célèbre en la matière, pour un exposé de certaines définitions de la religion. Voir aussi en ce sens l'article D. HERVIEU-LEGER, « Faut-il définir la religion ? Questions préalables à la construction d'une sociologie de la modernité religieuse », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 63, 1987, p. 11-30. Plus récent, consulter également l'ouvrage N. MEYLAN, *Qu'est-ce que la religion ? Onze auteurs. Onze définitions*, Genève, Labor et Fides, 2019, coll. « Histoire des religions ».

⁴²⁶ C'est la conception employée par Léon Duguit qui considère l'existence d'une croyance en une force surnaturelle et invisible « qui exerce une action sur la vie de l'Homme, sur le monde visible », qu'il joint à l'existence d'un rite, du culte, permettant la communication avec cette force invisible et ce surnaturel (*Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 5, 2^e éd., 1925, p. 455). Sa renommée lui vaudra d'être empruntée en droit (J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations cultuelles ? », *RFDA*, 1998, p. 61, note sous l'avis CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997). Cette définition est inspirée de celle, peut-être tout aussi connue, d'Émile Durkheim, pour qui la religion « est un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale, appelée Église, tous ceux qui y adhèrent » (*Les formes élémentaires de la vie religieuse* (1912), *op. cit.*, p. 49).

⁴²⁷ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, coll. « Du centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain », p. 7.

⁴²⁸ « Le christianisme, l'islam, le judaïsme, le bouddhisme et le shintoïsme n'ont rien en commun, aucune caractéristique qui nous permettrait de les distinguer des idéologies non religieuses » et – nous rajoutons – d'autres religions moins connues (C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), Paris, Raison publique/Hermann, 2023, p. 39-40). La même autrice rajoute : « [c]ertaines religions n'ont pas de divinité ; d'autres sont fondées sur la communauté plutôt que la croyance [...] » (*ibid.*, p. 40).

⁴²⁹ Bien entendu, la religion exprime parfois dans ses croyances l'universel. De surcroît, une communauté religieuse à part entière présente une forme d'unité. Cependant, nous faisons ici référence à la diversité possible de telles communautés, des croyances, de la façon de les vivre, de les exprimer, de les conceptualiser, etc.

appelée Religion ; il n'y a que des *phénomènes religieux* »⁴³⁰. C'est ce terme, ou celui de « *faits religieux* », que nous emploierons. Nous parlerons aussi de « religieux » dans un sens synonymique, qui permet de déborder le cadre du substantif de « religion »⁴³¹, ce dernier renvoyant trop fréquemment, tel que nous l'emploierons dans nos propos, aux institutions et courants religieux⁴³². En effet, « parler de faits religieux, ce n'est donc pas risquer une définition [...], c'est baliser des modes d'approches dans une perspective pluridisciplinaire et dans un souci d'objectivation et de désidéologisation [...] Le fait religieux dans tous ses états, peut-on dire, soit tout un programme qui consiste à parler de façon non religieuse du religieux tout en reconnaissant la consistance de son objet » et sa diversité⁴³³. En somme, « la notion de fait religieux, si elle n'accepte pas de définition simple et équivoque, s'avère féconde pour la recherche et l'enseignement », en ce qu'elle permet de saisir l'intelligibilité du phénomène et d'être attentif à toutes ses dimensions et interprétations, d'un point de vue tant diachronique que synchronique⁴³⁴.

91. Conséquemment, sera religieux, à un moment et dans un but précis, ce que le droit, un acteur (le juge ou un préfet, par exemple) ou, surtout, le croyant, entend comme tel. Les premiers visent généralement à saisir le « fait (ou phénomène) religieux » dans son ensemble ou en partie, parfois justement en contradiction avec les seconds qui, socialement, se réclament de cette nébuleuse religieuse. Se confronteront toujours, sous la loupe de l'égalité, ce que *doit* être la religion pour les uns, et ce qu'elle *est* pour les autres. En résumé, les critères de définition s'établiront et se déferont au fil de l'analyse. Il importe surtout qu'il soit chaque fois question, pour le droit, pour les juges, pour l'État, pour la doctrine, puis pour nous, de viser et appréhender le fait religieux dans sa globalité, par les unes ou les autres de ses caractéristiques. Cette définition établie, la problématique peut être exposée.

SECTION 3. Problématique, méthodologie et présentation du plan : l'étude d'une articulation entre égalité et prise en compte du fait religieux

92. Un fait religieux jamais ignoré par le droit. Toute cette tension révélée par une confrontation et articulation entre religion et égalité, conduit à envisager que le droit français ne reconnaît pas la différence religieuse. Or, de fait, l'État français n'ignore aucunement les

⁴³⁰ Remarque faite par Marcel Mauss (J.-P. WILLAIME, « Faits religieux » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, op. cit., p. 392).

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² Nous emploierons également le terme de « culte » comme synonyme, mais précisément lorsqu'il sera question d'une religion ou d'un culte de façon isolée, ou lorsqu'il est clairement fait référence à un courant ou groupement religieux (islam, protestantisme, judaïsme, etc.) dans nos propos, dans un texte abordé ou autre écrit. En effet, il convient de ne pas confondre cet emploi de « culte » avec celui désignant l'exercice et la manifestation religieux.

⁴³³ Car privilégier « le pluriel, c'est aussi bien souligner l'extrême variété phénoménale du religieux que la multiplicité des dimensions impliquées » (J.-P. WILLAIME, « Faits religieux » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, op. cit., p. 396).

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 397.

cultes⁴³⁵. Nul n'ignore aujourd'hui que le droit vise, concerne, et saisit le fait religieux. Pour autant, cela n'a rien de propre au cas français, puisque partout dans le monde, la vie religieuse, à l'image d'autres phénomènes sociaux d'ampleur, « apparaît comme une donnée de la vie sociale que ni le politique, ni le législateur, ni le juge ne peuvent ignorer »⁴³⁶. Désamorçons d'ores et déjà certains débats, principalement sur le principe de non-reconnaissance des cultes, en affirmant qu'il est indéniable que le droit saisit, d'une façon ou d'une autre, le fait religieux⁴³⁷. Tel que l'affirme Émile Poulat, si, *a priori*, l'État ne reconnaît pas les religions, il reconnaît nécessairement le fait religieux⁴³⁸. En effet, « pour avoir cessé d'être un fait public, le phénomène religieux n'en est pas moins un fait social »⁴³⁹. Certains diront communément que l'État ne *reconnaît* pas les religions, mais les *connaît*⁴⁴⁰. Nous le voyons ici, il n'est pas question d'une ou des religions, mais du fait religieux tel que nous l'avons entendu. Dans ses rapports avec le monde qui l'entoure, ce fait crée des implications juridiques de toute sortes, aujourd'hui indéniables⁴⁴¹. Les racines de ces interactions avec le droit seront pour partie abordées et la première qui nous vienne à l'esprit est la garantie de la liberté de religion, c'est-à-dire la liberté applicable à la matière religieuse, principalement par la liberté de conscience et la liberté de culte, et, concomitamment, la régulation aux fins d'ordre public⁴⁴². Cependant, d'innombrables justifications débordent le cadre de notre thèse et touchent à d'autres sciences sociales. En tout état de cause, qu'importe les modalités de saisie et les dimensions appréhendées, il ne s'agit pour l'instant pas de dire si le droit peut, doit, ou ne peut et ne doit pas saisir le fait religieux, ni pourquoi. Le constat s'impose simplement, le droit appréhende ce fait.

93. Définition de la « prise en compte » du fait religieux. C'est le fait que ce religieux soit « saisi » par le droit, et comment, qui nous intéresse⁴⁴³. Nous emploierons donc les termes de « prise en compte », d'« appréhension », d'« inclusion », d'« intégration », de « saisie »⁴⁴⁴,

⁴³⁵ X. DELSOL, A. GARAY et E. TAWIL, *Droit des Cultes. Personnes, activités, biens et structures*, Paris, Juris associations, Dalloz, 2005, coll. « Référence », p. 22.

⁴³⁶ J. GAUDEMET, « Conclusions de l'historien des institutions » in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER (dir.), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Paris, PUF, 1999, coll. « Histoire », p. 235.

⁴³⁷ Nous reviendrons un peu plus avant sur le lien entre non-reconnaissance, sa conceptualisation et l'égalité.

⁴³⁸ É. POULAT, *Scruter la loi de 1905. La République française et la Religion*, Paris, Fayard, 2010, coll. « Les quarante piliers », p. 27.

⁴³⁹ P. SEGUR, « Le principe constitutionnel de laïcité », *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, vol. 44, 1996, p. 117-134.

⁴⁴⁰ J. ROBERT, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris, PUF, 1977, coll. « Le juriste », p. 51. Cette dichotomie entre connaissance et reconnaissance est souvent employée dans la doctrine (voir aussi, par exemple : A. BOYER, « Comment l'État laïque connaît-il les religions ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 37-49).

⁴⁴¹ Voir notamment le numéro 129, janvier-mars 2005, de la revue *Archives de sciences sociales des religions : La République ne reconnaît aucun culte*.

⁴⁴² C'est ce que Jean-Michel Ducomte souligne : « le fait religieux et la pratique cultuelle constituent des réalités sociales qui imposent leur existence à l'État, fusse sous le seul aspect de l'ordre public » (*Laïcité, Laïcité(s) ?*, Paris, Privat, 2012, coll. « Le comptoir des idées », p. 242).

⁴⁴³ Pour reprendre David Koussens, « La religion "saisie" par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France ? », *Recherches sociographiques*, vol. 52, n° 3, 2011, p. 811-832.

⁴⁴⁴ Le terme ne se confond évidemment pas avec son sens juridique. Nous le comprenons simplement comme l'action de saisir quelque chose ou de l'appréhender.

voire d'« *incorporation* », par le droit (ou juridique), du fait religieux. En ce sens, nous entendons très globalement les moments qui manifestent la volonté d'inclusion dans le domaine normatif du fait religieux. Nous rejoignons alors notre acception du fait religieux car, par cette prise en compte, les dimensions saisies du fait religieux varieront selon la norme juridique que nous approcherons. C'est dans le but de garder cette perspective très globale que nous ne parlons pas ici spécifiquement, par exemple, de « liberté de religion », mais plutôt de prise en compte du fait religieux. À notre sens, ce dernier est saisi par le droit sur des fondements multiples, et d'une multitude de façons, qui ne peuvent probablement pas toutes être mesurées. En résumé, il nous fallait opter, à l'instar du vocable « fait religieux », pour un terme d'analyse global, neutre et descriptif, qui révélerait ensuite, au gré de l'analyse, les composantes de cette prise en compte, ses modalités, ses raisons, les difficultés et avantages qu'elle pose au regard de l'égalité, etc. Car, parfois, la norme pourra ne pas renvoyer directement ou expressément à une dimension du fait religieux, mais en viser une en particulier par sa construction descendante des catégories juridiques⁴⁴⁵. Aussi, la prise en compte du fait religieux pourra être implicite et finalement ne pas apparaître expressément dans la norme. D'autre fois même, la prise en compte présentera une certaine ambiguïté par sa forme symbolique ou politique, plus que juridique. Dans ce cadre, la liberté de religion est trop restreinte et n'est souvent qu'un vecteur de prise en compte. En somme, nous ne serons pas nécessairement exhaustifs, mais nous montrerons diverses modalités de prise en compte, avant tout selon les dimensions énoncées de l'égalité.

94. Problématique et thèse soutenue. À partir du moment où l'égalité universaliste rejette la différence religieuse et postule l'unité, mais que le religieux, exprimant la diversité, est pourtant pris en compte par le droit français, des questions s'imposent : comment le droit français saisit-il justement le phénomène religieux ? Selon quelles modalités ? En somme, comment se confrontent concrètement cette prise en compte et l'égalité universaliste ? Surtout, à l'aune des éléments exposés, cette saisie juridique du fait religieux, n'entre-t-elle pas en tension avec l'égalité universaliste ?

95. L'étude sous le prisme de l'égalité sous-entend le développement de cette introduction et, en l'occurrence, suppose le rejet de la différence religieuse par l'égalité universaliste. C'est donc tout aussi bien l'articulation entre cette prise en compte du phénomène religieux et l'égalité qui permettra de répondre à ces questionnements. Précisément, notre *étude interroge l'articulation entre l'égalité, dans ses diverses implications philosophico-politiques et surtout juridiques, et l'appréhension du fait religieux en droit*. Schématiquement, elle vise à décortiquer les rapports entre égalité et religieux en droit français.

96. À ce titre, nous mettons particulièrement en avant toute la substance, les modalités, les questionnements inhérents à ces rapports, et, en cela, toute leur complexité, qui tient en grande partie à la spécificité intrinsèque du religieux. Nous noterons ici tout l'apport spécifique dans le champ des études portant sur l'égalité : le religieux nous semble à ce point être un objet

⁴⁴⁵ Nous y reviendrons mais, par exemple, la catégorie « association cultuelle » ne reflète pas une réalité religieuse à part entière, mais vise à s'appliquer à certaines dimensions du fait religieux (voir p. 240 et s.).

tout à fait particulier, qu'il n'est que peu égalé dans sa capacité à interroger la teneur, la complexité et les limites de l'égalité, dans ses implications, sa conceptualisation et sa concrétisation juridique. Par cette étude, nous soulignons également tout l'intérêt d'une analyse de l'articulation entre égalité et religieux, par trop délaissée par la doctrine française – si ce n'est s'agissant des études portées sur la discrimination religieuse. Toutefois, la nouveauté réside dans l'angle d'approche adopté⁴⁴⁶, car nous employons le prisme d'analyse de l'égalité, c'est-à-dire ses outils, son vocabulaire (généralité, différence de situation, abstraction, etc.) pour étudier le droit français des religions. Par ailleurs, toute cette articulation entre égalité et prise en compte du fait religieux s'opère en gardant constamment à l'esprit l'idéal universaliste qui parcourt le droit et la conception française de l'égalité. Autrement dit, il n'est pas ici question de rechercher quel modèle est le plus compatible en France, ou une comparaison des modèles – universaliste et différencialiste – mais d'observer les rapports entre égalité et prise en compte des religions en droit français, dans le cadre d'un système se voulant *a priori* universaliste. Or, notifiât Joan Scott, si égalité et différence ne sont pas forcément opposées mais sont indépendantes ; toutes deux sont « nécessairement en *tension* »⁴⁴⁷.

97. C'est en ce sens que l'étude de cette articulation nous permet alors *de mettre en lumière et de défendre combien la prise en compte du fait religieux en droit français entre en tension avec l'égalité universaliste qui le parcourt*. Cette prise en compte malmène en quelque sorte l'égalité universaliste pour des raisons qui sont tout aussi inhérentes à cette première qu'à cette dernière.

98. En effet, les tensions ressortent, d'une part, du fait même de cette prise en compte, pour tout ce qu'elle implique, notamment dans ses modalités historiques ou dans tous les principes qui l'accompagnent, au premier rang desquels se trouve la liberté de religion ; d'autre part, du fait religieux en lui-même, pour tout ce qu'il entraîne également, principalement par l'expression possible d'une différence substantielle, d'une identité, d'un groupe, mais aussi par son incommensurable diversité et son éternelle insaisissabilité. Que d'éléments propres à la prise en compte du fait religieux qui poussent à la remise en cause, si ce n'est au dépassement, de l'égalité universaliste. Cependant, ces tensions découlent aussi des limites même de cette égalité universaliste et son articulation avec le phénomène religieux les fait particulièrement ressurgir. En effet, cette dernière fait apparaître les limites conceptuelles et pratiques des modalités de concrétisation de l'universalisme, c'est-à-dire la généralité de la norme. Plus largement, ces limites sont inhérentes à la difficile concrétisation de ce qui ne reste à la fin qu'un idéal – l'universalisme – qui peine à saisir le réel et qui, pour certains, en partie pour ces raisons, doit être dépassé – par le différencialisme. Enfin, et en lien, ces limites et les tensions s'expriment inexorablement par la concrétisation insuffisante, mais probablement inévitable au contact du religieux et de toutes ces remarques, de cette égalité universaliste en droit français. De tout cela, résulte l'observation d'un droit positif français qui, illustrant ces réflexions et

⁴⁴⁶ Voir *infra* pour la méthodologie.

⁴⁴⁷ J. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du genre*, n° 33, 2002/2, p. 17-41 (nous soulignons).

témoignant de ces obstacles, peine à rester conforme à son égalité universaliste lorsqu'il saisit le fait religieux.

99. Toujours est-il que notre thèse s'accompagnera de l'observation de points d'atténuation de ces tensions que nous nous évertuerons à révéler. En effet, la mise en lumière des rapports entre religieux et égalité, ainsi que les tensions abordées, s'accompagnent forcément *de l'analyse de moments, de procédés, de modalités, d'hypothèses, manifestant une prise en compte du fait religieux en conformité, ou du moins en plus grande conformité, à l'égalité universaliste*. Ainsi, ces éléments parcourront la thèse et découleront parfois directement du droit français, qui manifeste nécessairement une conformité à son idéal en excluant la reconnaissance des différences religieuses. Par moments, nous nous situerons sur un plan plus conceptuel pour mettre en garde, soulever des éléments devant davantage être pris en considération, ou exposer des conciliations insuffisamment abordées.

100. En définitive, d'une certaine façon, nous pouvons dégager de la complexité des analyses de cette thèse une forme de triptyque. Tout le déroulement de nos développements met en exergue, parfois en filigrane et parfois plus expressément, des réflexions à propos de l'égalité universaliste française et de la généralité de la norme ; à propos de l'égalité dans sa conceptualisation et son examen concret en droit ; enfin, à propos des modalités de prise en compte du fait religieux en droit français

101. De l'élaboration de cette problématisation et de sa réponse découlent notre méthodologie. Autrement dit, cette dernière est intimement liée à la construction progressive de la recherche, mais plus généralement de l'objet de la thèse. Elle s'est d'ores et déjà en partie illustrée dans le développement de cette introduction par les disciplines mobilisées.

102. L'emploi de plusieurs champs disciplinaires. Avant toute chose, comme ce travail a pour finalité une compréhension globale du système français, l'étude porte en grande majorité, spécifiquement, sur le droit public français. Cela ne se fera toutefois pas sans détours par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne, qui ne peut être aujourd'hui ignoré dans le domaine des droits fondamentaux et du principe d'égalité. De même, bien qu'à la marge, le droit privé apportera par moments des réflexions bien différentes sur notre problématique, mais qui étaient indéniablement l'analyse portée en général sur le système français.

103. Surtout, l'introduction put illustrer l'étendue du champ de la recherche concernant la doctrine employée. Assurément, l'origine des réflexions de notre travail se trouve principalement dans la doctrine philosophique ou philosophico-politique⁴⁴⁸. Celle-ci offre des réflexions remontant aux soubassements idéologiques, philosophiques et éthiques du système

⁴⁴⁸ La philosophie politique consisterait le plus simplement « en une réflexion systématique sur la nature et les fins de la vie politique » (C. LARMORE, « Qu'est-ce que la philosophie politique ? » (traduction de l'anglais par D. CLICHE), *Revue Phares*, n° 10, 2010, p. 9-36). Voir aussi R. ARON, *Introduction à la philosophie politique. Démocratie et révolution*, Paris, Le Livre de Poche, 1997, coll. « Références ».

juridique et de la gestion du commun et du pluriel⁴⁴⁹. D'ailleurs, les débats sur l'égalité occupent une place première dans la réflexion philosophico-politique⁴⁵⁰. Cette dernière vise donc une étude méta- ou pré-juridique et, dans tous les cas, suffisamment globale en ce qu'elle porte son regard sur le « régime » dans son intégralité⁴⁵¹. Pour autant, ces écrits ne sont pas indépendants des implications juridiques⁴⁵². En ce sens, la philosophie politique s'intéresse nécessairement à la cohérence du droit au regard des idéaux, valeurs et principes qu'elle étudie⁴⁵³, comme l'illustre le principe d'égalité qui ne se départit pas d'une analyse constante de sa tradition universaliste. Si nous voulions être encore plus précis, nous nous situerions probablement même dans l'approche de la philosophie politique appliquée, celle-ci permettant selon Alain Renaut de comprendre un objet de philosophie politique, certes, mais aussi de le transformer ou réfléchir à ce qui permettrait de le transformer, voire de déterminer comment sauvegarder ce qui peut paraître menacé⁴⁵⁴. La démarche de notre thèse s'inscrit certainement dans cette approche, compte tenu du fait que nous étudions les rapports tant pratiques que théoriques entre l'égalité et la prise en compte du fait religieux, les bousculements de l'égalité universaliste, tout en envisageant des hypothèses de son maintien. Ici, le caractère « appliqué » de la philosophie politique est alors l'ancrage juridique. Par ce lien, la philosophie politique

⁴⁴⁹ Nicolas Tenzer place cette question au centre de la philosophie politique (*Philosophie politique*, Paris, PUF, 1994, coll. « Premier Cycle », p. 18).

⁴⁵⁰ C'est d'ailleurs, pour Will Kymlicka, le fil conducteur de la doctrine philosophico-politique anglo-saxonne (*Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, Clarendon Press/Oxford University Press, 1990).

⁴⁵¹ « [L]e thème principal de la philosophie politique est plutôt le régime que les lois. [...] Le régime est l'ordre, la forme, qui donne à la société son caractère. Le régime est par conséquent une manière de vivre spécifique. Le régime est la forme de la vie commune, la manière de vivre de la société et dans la société, dans la mesure où cette manière dépend de façon décisive de la prédominance d'êtres humains d'un certain type, de la domination manifeste de la société par des êtres humains d'un certain type. Le régime signifie le tout, que nous avons l'habitude aujourd'hui de voir sous forme fragmentaire : le régime signifie simultanément la forme de vie d'une société, son style de vie, son goût moral, la forme de cette société, la forme de l'État, la forme du gouvernement, l'esprit de ses lois » (L. STRAUSS, *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, op. cit., p. 38).

⁴⁵² Selon Leo Strauss, la philosophie politique est « globale » : « elle est à la fois une théorie politique et un savoir-faire politique ; elle s'intéresse aussi bien aux aspects juridiques et institutionnels de la vie politique qu'à ce qui dépasse le légal et l'institutionnel [...] » (*Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, op. cit., p. 33). On parle alors même dans ce domaine du développement de théorie du droit politique (M. GAUCHET, « Les tâches de la philosophie politique », *Revue Mauss*, n° 19, 2002/1, p. 275-303).

⁴⁵³ Christian Nadeau explique qu'il s'agit d'abord « de comprendre comment une norme offre, sur le plan méthodologique, la meilleure stratégie possible pour une société, en vue d'une finalité quelconque ». Ensuite, il s'agit « d'évaluer ces finalités elles-mêmes, à l'aune d'une norme ou d'une valeur ». Comme l'exprime avec pédagogie l'auteur, dans le premier cas « la norme est présentée comme tout à fait indépendante de considérations morales » ; par exemple, « œuvre à une meilleure distribution des ressources qui en principe appartiennent à tous ». Dans la seconde étape, « la norme motive un jugement sur la valeur propre à la fin visée » (*Justice et démocratie. Une introduction à la philosophie politique*, Montréal, PUM, 2007, coll. « Paramètres », p. 23, 24 et 25).

⁴⁵⁴ A. RENAUT, « Qu'est-ce qu'une politique juste ? Essai de philosophie politique appliquée », *Politique et Sociétés*, vol. 22, n° 3, 2003, p. 155-178. L'auteur décrit même cette relation entre philosophie politique appliquée et le droit à travers l'exemple des droits linguistiques en Corse. De manière parlante pour nos propos, il en conclut : « [e]n somme, le philosophe politique peut, sur cette question des modalités de mise en œuvre des droits individuels à l'identité culturelle et linguistique, aller jusqu'à éclairer les termes d'un débat qui, ici, répète au niveau le plus extrême de l'application (ou de la particularisation) l'option principielle qui doit intervenir entre deux versions ou deux inflexions de la modernité politique. Il peut par conséquent contribuer, mieux que quiconque, à éclairer les choix de valeurs ultimes qui s'expriment dans la logique de ces deux versions ou de ces deux inflexions – à les éclairer aussi bien dans leurs principes le plus généraux (dont l'application est partie, en l'occurrence les principes du libéralisme politique) que dans les modalités les plus particulières de leurs mises en œuvre » (nous soulignons).

offre indéniablement des réflexions inédites ou peu communes sur certains points juridiques français.

104. De même, tout cela ne se fait pas sans un axe historique indéniable. En effet, la thèse mobilise des écrits du domaine de l'histoire de la philosophie, de la pensée ou surtout des idées politiques. Mieux percevoir la pensée et les idéaux qui irriguent notre système juridique présent exige de retracer les modèles prégnants durant certaines périodes⁴⁵⁵ – comme nous l'avons vu pour l'idéal universaliste⁴⁵⁶. À l'image de la philosophie politique, ces approches historiques entretiennent un lien indéniable avec l'histoire du droit, tout aussi employée dans notre étude⁴⁵⁷.

105. Enfin, ces débats impliquent, dans une moindre mesure, ceux de la sociologie, sociologie juridique, politique, ou de l'anthropologie politique⁴⁵⁸. Il n'est effectivement pas étonnant que des ouvrages mêlent l'étude philosophico-politique et sociologique⁴⁵⁹. L'établissement, par exemple, du caractère identitaire ou différencialiste du religieux, est largement abordé en philosophie politique, mais relève avant tout d'une recherche sociologique, voire psychologique. Ce champ disciplinaire ne doit pas être écarté, pas plus que la doctrine étrangère.

⁴⁵⁵ Comme le disait François Burdeau, l'histoire des idées politiques « ouvre à l'intelligence du présent, en révélant la genèse et l'évolution de nos modes de concevoir la politique. Elle enrichit notre culture de tout ce qu'ont produit les aventures de la pensée et du récit des expériences auxquelles les idées ont, à des titres divers participé. Elle aiguise le regard que l'on porte sur le monde contemporain » (« Histoire des idées politiques », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 1, 1995, p. 3-7).

⁴⁵⁶ Voir notre note 38. L'auteur complétait : « [s]i nous voulons clarifier les idées politiques dont nous avons hérité, il nous faut développer ce qu'elles impliquent, qui dans le passé était explicité, et cela ne peut se faire qu'au moyen de l'histoire des idées politiques. Ainsi, la clarification de nos idées politiques se transforme insensiblement en histoire des idées politiques et en devient indiscernable. En ce sens, la recherche philosophie et la recherche historique en sont venues à fusionner entièrement » (L. STRAUSS, *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, op. cit., p. 74). Voir aussi notre note 39.

⁴⁵⁷ « L'histoire des idées politiques est une matière qui se situe à la frontière entre droit public et science politique » (A. COUTANT, *Histoire des idées politiques en 50 fiches. De l'Antiquité à nos jours*, Paris, Ellipses, 2017, p. 3)

⁴⁵⁸ Par exemple lorsqu'est recherché la signification du religieux ou, plus encore, la recherche de la nature de l'homme ; la philosophie politique côtoie donc l'anthropologie politique (F. HEIDENRIECH et G. SCHAAL, *Introduction à la philosophie politique* (traduit de l'allemand par C. SAILLOUR), Paris, CNRS Éditions, 2012, coll. « Biblis », p. 16).

⁴⁵⁹ Par exemple, Michel Wieviorka est sociologue, mais aborde souvent les questions de multiculturalisme, d'universalisme et une bonne partie de ce que nous avons exposé (voir par exemple l'ouvrage collectif M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, op. cit.). Pour la mise en perspective du mélange et des distinctions entre la sociologie et d'autres matières comme la science politique ou la philosophie, voir J. CARBONNIER, *Sociologie juridique* (1978), Paris, PUF, 2016, coll. « Quadrige manuels », p. 14 et s. Leo Strauss dit bien, quant à lui, que « de larges segments de ce qui appartenait auparavant à la philosophie politique ou à la science politique se sont émancipées sous les noms d'économie, de sociologie et psychologie sociale » (*Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, op. cit., p. 23). Voir également pour tout cela : P. CHANIAL, *La sociologie comme philosophie politique. Et réciproquement*, Paris, La Découverte, 2011, coll. « Bibliothèque du Mauss » et M. CERVERA-MARZAL, « Sociologie et philosophie politique : nouvelle(s) articulation(s) », *Raisons politiques*, n° 62, 2016/2, p. 143-149.

106. En somme, il s'agira d'un jeu d'aller-retour entre les réflexions plus générales, tenant notamment à la philosophie, parfois à la sociologie, ou aux idées politiques, et, surtout, l'étude concrète du droit français et de son application⁴⁶⁰, sous l'angle de l'égalité.

107. L'emploi de doctrines étrangères. L'apport de réflexions originales à propos du droit français réside aussi dans la lecture de la doctrine étrangère. En résumé, le renouvellement de la réflexion s'opéra, d'abord par la lecture philosophico-politique, ensuite par celle, dans ce domaine et en droit, d'auteurs anglo-saxons⁴⁶¹. Les écrits canadiens, américains ou encore anglais, par l'observation d'un droit dans un contexte culturel diamétralement différent du système français, apportent des analyses pertinentes pour le droit de ce dernier et notre sujet⁴⁶². En revanche, l'étude des régimes étrangers, quant à elle, ne reste que minime et il ne s'agit effectivement pas d'un travail de droit comparé. Nous nous cantonnerons à une analyse macro, donc une comparaison de « système »⁴⁶³, c'est-à-dire non par la seule discipline purement juridique, mais aussi par les éléments extra-juridiques qui la nourrissent, comme sa philosophie politique et/ou sa culture⁴⁶⁴. Cela, dans le seul but d'enrichir le débat et la réflexion portés sur le modèle français⁴⁶⁵, mais également de prendre la distance nécessaire pour mettre par exemple en lumière des décalages entre principes et réalité⁴⁶⁶. Ce n'est pas tant la manière dont les systèmes résolvent les problèmes qui nous intéressent que le fait même qu'ils en soulèvent, et la façon avec laquelle ils en soulèvent, des peu connus en France.

108. Limitation territoriale du sujet. En visant le seul droit français, la recherche se limite également au droit commun de l'espace métropolitain. Les systèmes de l'outre-mer représentent en eux-mêmes une importante disparité de régimes appliqués aux religions. Nous excluons tout autant le régime spécial d'Alsace-Moselle, qui conserve le système du Concordat⁴⁶⁷. En effet, l'étude du seul droit français général et métropolitain se montre déjà volumineuse et essentielle avant toute autre. Les régimes spéciaux ci-dessus pourraient chacun faire l'objet d'une thèse à part entière consacrée à l'égalité en leur sein, mais, plus encore, d'une étude sur le principe d'égalité en matière religieuse spécifiquement tournée vers leur

⁴⁶⁰ La plupart du temps, nous poserons des réflexions philosophico-politiques ou générales sur certains aspects des rapports entre égalité et religion, puis nous en étudierons l'expression et la concrétisation en droit. Plus rarement, mais à l'inverse, il s'agira d'observer le droit positif pour tirer des conséquences et analyser plus abstraitement au regard des réflexions sur le principe d'égalité. C'est par exemple davantage le cas du premier Titre de la thèse, qui pose les jalons historiques des rapports entre égalité et religion et qui, en conséquence, analyse en premier lieu le droit positif.

⁴⁶¹ Notons, par exemple, que Christelle Landheer-Cieslak, de l'Université de Laval, dans son article « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », compare seulement les principes d'égalité en rapport au religieux, sans aborder une seule fois la laïcité (*art. préc.*).

⁴⁶² À titre d'illustration, la plupart du temps, ces études abordent bien davantage la dimension particulariste de la religion et sa confrontation avec l'égalité.

⁴⁶³ A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL (dir.), *Traité de droit comparé. Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, p. 16-17.

⁴⁶⁴ C'est la vision de Pierre Legrand, qui prône l'interdisciplinarité et la prise en compte du non-droit pour mieux renouveler la lecture du droit étudié (*Le droit comparé*, Paris, PUF, 5^e éd., 2015, coll. « Que sais-je ? », p. 46-47).

⁴⁶⁵ La comparaison pour l'élaboration, l'amélioration et l'enrichissement du droit interne est un objectif possible du droit comparé (C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 2018, coll. « Séquences », p. 5).

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁶⁷ Pour une synthèse de ces régimes dérogatoires, voir par exemple G. FELLOUS, *La laïcité pour tous : les exceptions au droit commun*, Paris, L'Harmattan, t. 4, 2016.

confrontation avec le régime métropolitain ou général. La limitation de l'étude n'est pas uniquement territoriale, mais aussi matérielle.

109. Limitation matérielle du sujet. Les points de contacts entre l'État ou le droit et la religion sont si nombreux et divers que des régimes ou problématiques qui nous semblent bien spécifiques ne seront pas abordés. Nous pensons principalement à la question scolaire⁴⁶⁸, qui ne sera évoquée qu'à la marge et ne fera pas l'objet d'une étude spécifique ou d'ampleur. Cette thématique doit probablement être le sujet d'une analyse propre eu égard à sa spécificité⁴⁶⁹. Elle entraine difficilement dans l'objet de la thèse, qui n'a pas pour première vocation l'absolue exhaustivité, la recherche étant avant tout centrée sur une analyse générale et systémique du droit⁴⁷⁰.

110. Concrètement, cela passe par une étude du régime de droit public applicable aux religions et du droit commun, en rapport avec les distinctions religieuses, dans leur globalité. Cependant, cette étude du régime inclut différents niveaux de discours. Sont nécessairement concernés les divers textes applicables, mais les rôles et comportements des différents acteurs formateurs (le juge, le pouvoir réglementaire ou encore le législateur) et applicateurs (l'État et ses administrations, les collectivités, etc.) du droit. De son côté, la doctrine permet d'éclairer l'observation de ces points. Elle joue aussi parfois un rôle central, en elle-même, en tant qu'expression d'une tendance globale à l'égard du droit et/ou du religieux.

111. Une analyse sous le prisme de l'égalité. L'intérêt de l'étude ressurgit à travers l'ambition d'analyser différemment le droit des religions dans ses rapports avec l'égalité. C'est ici que nous souhaitons nous démarquer des travaux habituels en la matière. Comme cette introduction en témoigne, il est primordial d'interroger substantiellement l'égalité dans sa dimension philosophique, politique, voire légistique, la plus pure, pour la confronter à différentes dimensions du religieux. Autrement dit, sera employé tout le prisme de l'égalité, c'est-à-dire son vocabulaire, ses méthodes, ses modalités d'analyse, ses conceptions et dimensions. Globalement, toute cette substance de l'égalité ressort de notre introduction au travers de notions qui lui sont propres. Toutes les définitions et conceptions forment le vocabulaire et les outils de cette méthodologie (la généralité, la différence de situation, le contrôle d'égalité, l'universalité, la catégorisation, etc.). L'analyse de ces notions sortira même parfois approfondie au contact de la spécificité du fait religieux. L'emploi de ce prisme permet donc de renouveler l'étude de l'égalité, mais surtout celle de la prise en compte du fait religieux, en portant sur des aspects pourtant maintes fois décortiqués, sous d'autres angles par la doctrine. Il permettra aussi d'ignorer l'implication de certains biais, tels que d'autres principes

⁴⁶⁸ Notamment, principalement, la question des régimes des écoles privées confessionnelles et celle de l'expression de la religion et du principe d'égalité à l'école.

⁴⁶⁹ L'école fait l'objet de nombreuses ambiguïtés dans les relations avec la religion qui soulèvent des questionnements propres et dont l'étude mériterait probablement une thèse à part entière. Pour un aperçu des tensions et paradoxes intrinsèques au système des écoles privées religieuses, voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, *L'École et la République : la nouvelle laïcité scolaire*, Paris, Dalloz, 2023.

⁴⁷⁰ C. SAMPER, « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, p. 327-348.

juridiques⁴⁷¹. Par là même, ce prisme permet de se prémunir contre tout biais idéologique ou politique, fréquent en matière religieuse, puisque nous nous positionnerons toujours du point de vue de la cohérence à l'égalité, sous ses diverses dimensions et conceptions, mais surtout universaliste.

112. L'intérêt d'une ouverture des réflexions. Suivant cette logique, l'objectif premier de notre travail sera d'ouvrir des pistes de réflexions à propos de la prise en compte du fait religieux en France et de ses rapports avec l'égalité, nous l'espérons, originales. La volonté de porter une première étude d'ampleur confrontant ces thématiques si importantes et si massives, ne peut que constituer une invitation à davantage les questionner et à poursuivre les multiples discussions que nous aborderons dans notre travail, y compris au sein d'autres disciplines. C'est parce que nous cherchons avant tout à ouvrir la réflexion et le débat que l'étude privilégie une approche globale. Établir cette première étude sur les rapports entre égalité, religieux et universalisme exigeait avant tout de poser les fondements de son analyse, donc d'ouvrir la voie aux réflexions afférentes.

113. Plan de l'étude. Inévitablement, la révélation, au sein de cette introduction, d'une égalité universaliste qui se confronte à la différence religieuse et la rejette guide l'ordre logique des développements de notre étude. Partant, nous ne pouvons aborder les rapports entre égalité et saisie juridique du fait religieux en droit français sans débiter par évoquer leur construction dans le cadre du fondement initial universaliste. Assurément, ainsi que le dépeignent nos propos précédents, le rapport égalité et fait religieux sous-tend une appréhension différencialiste de ce dernier. Dès lors, en gardant à l'esprit que le modèle français se réclame d'idéal universaliste, il convient d'étudier les deux dimensions de l'égalité et de cette prise en compte du religieux : par la généralité de la norme, par la différenciation.

114. Nous l'avons dit, l'étude se plaçant sous le prisme de l'égalité universaliste, le point de départ de l'égalité en matière religieuse porte ainsi sur la conceptualisation, la construction, l'observation et, surtout, les limites de la prise en compte du fait religieux dans le cadre concret de cet idéal, à savoir dans la généralité la norme (**PARTIE 1**). La construction et l'affirmation de cette généralité en matière religieuse est loin d'être simple. Elle révèle de constantes tensions. L'universalisme s'est imposé par la généralité après une longue marche historique qui ne concevait le fait religieux que dans la différenciation (**TITRE 1**). Cependant, la saisie juridique du fait religieux bouscule aujourd'hui cette généralité et met clairement en lumière ses limites en tant que traduction concrète de l'« universalité » (**TITRE 2**). Plus encore, cette généralité n'empêche pas le régime spécifique au fait religieux français de contredire intrinsèquement l'idéal universaliste en portant atteinte à l'égalité individualiste et des convictions (**TITRE 3**).

115. Là ne réside pas la totalité des frictions entre la saisie du fait religieux et l'égalité universaliste, car bien que le modèle français se veuille *a priori* conforme à cette dernière, la

⁴⁷¹ Nous pensons principalement au principe de laïcité, de neutralité ou encore de non financement, qui ne rentreront qu'en ligne de compte à travers l'étude de l'égalité.

prise en compte du fait religieux et l'égalité religieuse peuvent adopter les modalités du différencialisme, par la différenciation, ouvertement à rebours de l'universalisme (**PARTIE 2**). En effet, le phénomène religieux, donc son appréhension juridique, tend irrémédiablement vers une approche différencialiste de sa prise en compte, ce dont témoigne d'ailleurs la liberté de religion (**TITRE 1**). Et, par là même, ce dépassement de la généralité et de l'universalisme – en même temps que l'atteinte à ceux-ci – s'observe au sein d'un droit français qui, bien que tentant d'afficher un universalisme de principe, le contredit, voire l'efface, pour reconnaître les différences religieuses (**TITRE 2**). Cette atteinte réelle à l'égalité universaliste par le différencialisme s'accompagne d'un accroissement des contradictions déjà provoquées sous la généralité de la règle à l'endroit de l'égalité individualiste et des convictions (**TITRE 3**).

PARTIE 1.

L'ÉGALITÉ RELIGIEUSE PAR LA GÉNÉRALITÉ DE LA NORME

116. L'égalité générale opère comme concrétisation historique et inévitable de l'égalité universaliste en France. Pour rappel, cette dernière est avant tout une exigence que l'on s'impose, un principe de philosophie politique qui guide la formation des normes. Elle autorise des catégories générales, abstraites, impersonnelles et, surtout, qui ne distinguent pas selon certaines différences. Aujourd'hui, s'impose, par exemple, l'exclusion absolue de distinctions reposant sur l'ethnie ou sur l'origine. En ce sens, l'égalité générale montre toute son utilité, mais également, au fil du temps, toutes ses limites à l'égard du critère religieux qui nous occupe, en tant que traduction de l'égalité universaliste.

117. Car si le critère religieux doit être évincé du droit en tant que distinction, le fait religieux, dans sa globalité ou sous certaines de ses dimensions, n'est pas ignoré par le droit. Cette prise en compte est en réalité le fruit de l'histoire et nous en trouvons des traces dès le Moyen Âge, puis sous l'Ancien Régime, dans la mesure où une communauté bien précise a, depuis des époques largement antérieures, entretenu des relations intenses avec le pouvoir. En ces temps reculés, le roi était régent de l'Église de France⁴⁷² et permit le plein développement du gallicanisme, c'est-à-dire l'autorité – mais concomitamment la protection – du roi sur l'organisation temporelle de l'Église française⁴⁷³. En ces termes, le groupe dominant jouissait de nombreux privilèges fiscaux⁴⁷⁴, de juridiction⁴⁷⁵, mais également de toutes sortes⁴⁷⁶, en contrepartie toutefois de certaines incapacités qui les privaient de nombreux bénéfices du droit

⁴⁷² C'est effectivement en 1438 que Charles VII, profitant de l'affaiblissement de la papauté à la suite du Grand Schisme d'Occident, décida de régir l'organisation temporelle de l'Église de France et le statut de ses ministres par l'importante pragmatique sanction de Bourges (B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Évolutions historiques et présentation des grandes religions en France au troisième millénaire » in F. MESSNER, P. HENRI-PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 198).

⁴⁷³ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Évolutions historiques et présentation des grandes religions en France au troisième millénaire » in F. MESSNER, P. HENRI-PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Droit français des religions*, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁷⁴ Tout d'abord, la communauté majoritaire jouissait naturellement de privilèges, notamment de très contestées, à l'époque révolutionnaire, exemptions fiscales. Si l'Église n'était pas touchée par le droit commun de la fiscalité (les clercs étaient par exemple exemptés de la gabelle), elle devait simplement s'acquitter des décimes, plus tard du « don gratuit », fiscalité exorbitante qui ne représentait d'ailleurs pas des sommes négligeables. Voir en ce sens deux articles de Paul Gagnol qui détaillent la mise en place de ce système fiscal et soulignent le poids pécuniaire des décimes, qui tiraient cette appellation de leur système de contribution fondé sur le dixième du revenu des églises et monastères (« Les décimes et les dons gratuits », *Revue d'histoire de l'Église de France*, n° 2, 1910, p. 167-173 ; « Les décimes et les dons gratuits », *Revue d'histoire de l'Église de France*, n° 10, 1911, p. 465-481).

⁴⁷⁵ Qui exemptaient les clercs des juridictions séculières.

⁴⁷⁶ Par exemple, « le droit d'assemblée », issu de l'institution durable et formelle au XVI^e siècle des Assemblées du clergé de France, qui permettait aux autorités ecclésiastiques de consentir aux charges (décimes et don gratuit), mais plus globalement de défendre tous leurs droits (P. BLET, « L'ordre du clergé au XVII^e siècle », *Revue d'histoire de l'Église de France*, n° 152, 1968, p. 5-26).

commun⁴⁷⁷. Il jouissait, en sus, du libre exercice du culte quand le droit en vigueur excluait très majoritairement l'expression extérieure de toute autre croyance, sous l'influence d'une Église catholique qui chassait et dénonçait les hétérodoxes (protestants ou jansénistes, par exemple) avec un certain zèle et la coopération de ce pouvoir royal⁴⁷⁸. Certes, de manière tout à fait discriminatoire, nous le verrons ci-après, le fait religieux était bel et bien pris en compte.

118. Or, la Révolution française n'a pas entièrement fait table-rase du passé. Et jusqu'à nos jours, le fait religieux n'a jamais été ignoré ; le droit a continué de le saisir de bien des manières, ce qui ne manqua pas de créer la source de nombreux problèmes. C'est précisément une première approche historique qui met en lumière le développement de cette prise en compte, et des implications égalitaires qu'elle dut avoir. En effet, à l'aune des rapports entre égalité et fait religieux au cours de l'histoire, nous observons que l'incorporation juridique de ce dernier aboutit, certes difficilement, à percevoir l'égalité universaliste. Cela ne s'est pas fait sans tensions, car les distinctions religieuses marquèrent l'histoire de France. Put toutefois, à la fin, aboutir la formation d'un régime spécifique au phénomène religieux, à travers le prisme de l'égalité générale (**TITRE 1**). Cette dernière était souhaitée et put remplir *a priori* l'exigence d'appréhension du religieux sans différencier selon la religion de chacun. Ce postulat forme le point de départ des rapports entre l'égalité et cette appréhension du fait religieux dans le cadre de l'universalisme. Il constitue également le point de départ de tous les maux et de toutes les tensions, car la généralité n'empêche pas d'importantes tensions découlant d'un régime spécifique au religieux. En effet, le religieux s'est aujourd'hui diversifié et ses exigences ont évolué. Par le régime qui lui est spécifique, le phénomène religieux révèle alors toutes les limites de l'égalité générale dans sa capacité à concrétiser l'universalisme, ce dernier peinant, au contact du réel, à dépasser son statut utopiste d'« idéal » (**TITRE 2**). Plus encore, si l'égalité générale parvient en apparence à éviter la différenciation religieuse, elle ne saurait finalement empêcher des contradictions avec l'égalité universaliste, impensées, cette fois intrinsèques à cette prise en compte continue du fait religieux en France (**TITRE 3**).

⁴⁷⁷ Les clercs ne pouvaient, par exemple, pas faire de commerce ou exercer un art mécanique, ils ne pouvaient pas non plus se marier ou sortir du royaume sans l'autorisation du roi (M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé (de 1789 à 1804). La Révolution et l'égalité civile*, Paris, Sirey, 1953, p. 53-54).

⁴⁷⁸ M. PERONNET, « Les Assemblées du clergé et les protestants », *Dix-Huitième Siècle*, n° 17, 1985, p. 141-50.

TITRE 1. LA CONSTRUCTION D'UNE PRISE EN COMPTE DU RELIGIEUX DANS L'UNIVERSALISME GRACE A L'EGALITE GENERALE

119. La recherche d'une égalité universaliste dans la prise en compte du fait religieux nécessite une étude historique des rapports entre cette prise en compte et l'égalité. En effet, la compréhension et la conceptualisation de cette première ne peut être construite qu'à l'aune des rapports historiques entre l'État et le fait religieux en France. L'étude nous sert à exposer et décrire l'historique de l'articulation entre égalité et fait religieux, qui n'est que trop peu abordée comme tel, mais également à observer comment peut s'entendre l'égalité universaliste en la matière, et si elle a abouti.

120. Dans de tels développements, il est bon de rappeler que l'égalité est avant tout un outil de formation et de formulation des normes. En effet, « l'égalité implique un acte de choix, grâce auquel certaines différences sont minimisées ou ignorées, alors que d'autres sont maximisées et autorisées à se développer »⁴⁷⁹. L'égalité, traduisant ces choix, n'est autre qu'un guide du champ d'application des normes⁴⁸⁰. L'étude historique portera donc majoritairement sur la formation et la formulation des normes, qui traduiront certaines conceptions de l'égalité. Notre objectif est justement d'observer les normes, leurs formulations et la réglementation en vigueur à propos du fait religieux pour en tirer certaines analyses au regard de l'égalité. Tout cela, avec en toile de fond la recherche de l'égalité universaliste.

121. Cependant, nous l'avons effectivement évoqué, l'Ancien Régime était complètement éloigné d'une telle égalité : il se caractérisait par un droit profondément discriminatoire, c'est-à-dire marqué de distinctions religieuses forcément injustifiées. Nous avons expliqué que le fait religieux avait une dimension différencialiste. Ainsi, le fait religieux était ici précisément saisi à travers les différences religieuses pour discriminer dans le droit commun. La différenciation était discriminatoire. D'un côté, une communauté religieuse entière était mêlée au pouvoir politique et juridique de l'État ; le fait religieux n'était considéré qu'à travers le prisme d'une religion. Seule une différence était prise en compte favorablement. De l'autre, à cette époque, d'autres communautés – issues de l'immigration et de diasporas – revendiquaient déjà leur religion dans les faits, comme le judaïsme, dont les croyants furent longtemps assimilés à des étrangers⁴⁸¹. De ces minorités religieuses découlèrent également des

⁴⁷⁹ R. R. PALMER, « Equality » in P. P. WIENER (ed.), *Dictionary of the History of Ideas*, New-York, Scribner, 1973-1974 p. 139 cité dans Joan SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du genre*, n° 33, 2002/2, p. 17-41.

⁴⁸⁰ A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, Lille, ANRT, 1993, p. 444 ; O. JOUANJAN, « Égalité » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p. 586.

⁴⁸¹ Il semble difficile d'établir un traitement spécifique pour la communauté musulmane. Sa population étant quasiment inexistante en France, tout au plus faisait-elle l'objet d'un certain intérêt pour les intellectuels et penseurs, mais trop peu pour les autorités de l'époque (F. BILICI, « L'Islam en France sous l'Ancien Régime et la Révolution : attraction et répulsion », *Rives méditerranéennes*, n° 14, 2003, p. 17-37).

schismes au sein de l'Église⁴⁸², comme le protestantisme, pendant longtemps rabaissé au rang de différence religieuse à rejeter⁴⁸³. Ainsi, tandis que certains individus, du seul fait de leur appartenance religieuse, jouissaient de privilèges, d'autres *a contrario*, également du fait de leur différence religieuse, étaient discriminés, voire persécutés, tant dans le bénéfice des droits communs que dans l'exercice de leur culte. Suivant ce constat, la Révolution française formera notre point de départ pour examiner et comprendre l'évolution de l'articulation entre égalité et prise en compte de ce fait religieux, mais également les tensions qui l'accompagneront.

122. Assurément, la question de la différence substantielle religieuse abordée sous l'angle de l'identitarisme ou même de l'universalisme fut historiquement, souvent, inexistante. Les problématiques politiques et philosophiques différaient : il s'agissait avant tout d'un rapport de pouvoirs entre deux autorités politiques. Et, ci-dessous, la différence religieuse sera aussi par moment évincée du droit pour d'autres raisons qu'une question d'universalisme, notamment pour des luttes de pouvoir. Ces autres motifs ne retirent cependant rien à l'importance de déceler les rapports perceptibles entre l'égalité et ce religieux, bien au contraire. Si l'égalité n'est pas directement toujours évoquée, cela ne signifie pas qu'elle n'est pas concernée, en témoignent les éléments ci-dessus exposés ; un traitement privilégié est accordé à certains individus en fonction d'un particularisme communautaire (les catholiques) quand des discriminations directes sont appliquées envers d'autres (protestants ou juifs, par exemple). De plus, nous le verrons, l'égalité est en vérité loin d'être absente historiquement sur toutes ces questions et lorsqu'elle s'exprime en faveur d'une indifférenciation religieuse elle tend vers l'universalisme. L'analyse passe donc par l'observation des normes et leur application au regard de l'égalité, mais aussi des discours portant sur celle-ci en matière religieuse.

123. Il reste cependant que cette articulation s'avère loin d'être simple. Nous constatons, à travers nos propos sur l'Ancien Régime, que les distinctions rentrent certes en jeu dans l'obtention de droits civils, à l'image du droit d'exercer une profession, ou encore de droits civiques, comme le recensement des individus, mais elles distinguent également les expressions et manifestations interdites ou autorisées des différentes croyances. Nous parlons en ces termes d'exercice du « culte », ou de l'adjectif « cultuel », au sens large, en tant qu'expression ou manifestation souhaitée d'une croyance religieuse et de ses exigences. Cela peut couvrir tous les actes rendant hommage à un être supérieur, les gestes qui l'accompagnent, les pratiques de processions, d'extases, des signes, habits ou édifices spécifiques (« cultuels »), etc.⁴⁸⁴. La

⁴⁸² I. RIVOAL, « Minorité religieuse » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige », p. 789.

⁴⁸³ R. ALILI, « Différence religieuse et puissance publique dans l'histoire de France », *Hommes et Migrations*, n° 1220, 1999, p. 5-13.

⁴⁸⁴ Nous reviendrons plus avant sur cette notion dans nos développements. Pour l'heure, nous rejoignons la définition, notamment par les exemples donnés qui y sont issus, de Francesca Prescendi, celle-ci rajoutant d'ailleurs que la notion de culte se différencie de celle de rite en ce qu'elle implique un « espace sémantique plus vaste » (« Culte » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, op. cit., p. 218 et s.).

protection de la croyance religieuse renvoie liberté de conscience⁴⁸⁵. Elle permet donc à chacun la liberté de croire selon ses vœux, que ce soit en termes de religion ou non (liberté de conviction et croyance), ou de n'être pas croyant⁴⁸⁶. Elle s'érige comme le fondement des droits fondamentaux en matière confessionnelle⁴⁸⁷. En revanche, pour ce qui a précisément trait aux manifestations religieuses et cultuelles, nous parlons de liberté de culte ou du libre exercice du culte⁴⁸⁸.

124. C'est ici que nous retrouvons l'enjeu de nos développements sur l'égalité et la prise en compte du fait religieux dès la Révolution française. En effet, si les différenciations religieuses affluent sous l'Ancien Régime en tant qu'appréhension d'une dimension du fait religieux, en 1789 l'égalité est, au moins théoriquement et dans les débats, nouvellement interrogée en la matière. Or, suivant la distinction tenue ci-dessus, nous observons que deux questionnements bien distincts s'imposent progressivement à compter de la Révolution, précisément selon qu'il s'agisse de distinctions œuvrant au sein de droits civils, politiques ou autres, ou œuvrant dans la réglementation des manifestations et expressions religieuses. Dans la mesure où cette réglementation, au-delà des particularismes, vise le maintien d'une prise en compte juridique spécifique du fait religieux qui se développe le long des régimes, la question de son égalité ne pouvait qu'être particulière (**CHAPITRE 1**). En dépit de longues tensions historiques, les différenciations religieuses s'effacèrent progressivement et la loi de 1905 de séparation des Églises et de l'État s'imposa pour y mettre entièrement fin. La séparation devait induire l'exclusion de tout élément se rapportant au fait religieux de la sphère du droit. Elle promettait alors une solution simple qui garantirait une égalité universaliste globale sans distinction de religion. Pourtant, la séparation ne mit pas fin à la l'inclusion du phénomène religieux ; c'est là toute la complexité et la particularité de l'égalité dans ce cadre. Nous

⁴⁸⁵ Elle se distingue du droit d'opinion en défendant notamment celui de conviction ou de croyance pour chacun. Comme le dit Danièle Lochak « les opinions, les idées sont – ou du moins peuvent être – plus superficielles, plus conjoncturelles ; elles ont une consonance plus intellectuelle que morale. Alors que la conscience reste liée à un jugement moral, toutes les opinions ne mettent pas en jeu des appréciations morales et n'ont pas cette même dimension normative » (D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP », p. 183). D'autres, en revanche, donnent préséance à la liberté d'opinion et caractérisent la liberté de conscience comme une composante de cette première, conformément à l'article 10 de la Déclaration de 1789 (J.-M. WOEHLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING, *op. cit.*, p. 59). La DDCH parle effectivement d'« opinions, mêmes religieuses » (art. 10). Le Préambule de la Constitution de 1946 et la Constitution de 1958 emploient tous deux le terme de « croyances ». Les déclarations sont larges et ne renvoient pas directement à la liberté. C'est la loi de 1905 qui renvoie directement à la liberté de conscience proprement dite. Par la suite, le Conseil constitutionnel consacré de manière autonome, comme découlant de l'article 10, la liberté de conscience en tant que PFRLR (décision n° 77-87 DC, 23 nov. 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement* ; *Gaz. Pal.*, 9-10 et 11-13 juin, 1978, p. 293-300, note J.-F. FLAUSS).

⁴⁸⁶ J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 5^e éd., 2000, coll. « Droit fondamental », p. 204.

⁴⁸⁷ Cette approche est tout de même débattue ; les places de la liberté d'opinion, de conscience ou de conviction varient en fonction des auteurs. De notre côté, nous rejoignons les propos de Danièle Lochak, qui voit la liberté de conscience comme distincte de celle d'opinion et indépendante de celle de religion, mais l'incluant comme une de ses composantes spécifiques (D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, *op. cit.*, p. 180-205). La liberté de conscience existe indépendamment de la religion, mais la liberté de cette dernière trouve sa source dans le versant « croyances » de la liberté de conscience.

⁴⁸⁸ J.-M. WOEHLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, *op. cit.*, p. 654.

montrons précisément que ne put aboutir la consécration d'un régime spécifique au fait religieux conforme à l'égalité universaliste, que grâce aux procédés de l'égalité générale (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1. L'évolution et la spécificité de la problématique égalitaire dans l'appréhension du religieux

125. John Locke, dans sa célèbre *Lettre sur la tolérance* défendait déjà la nécessité d'établir une égalité et concluait « que tout consiste à accorder les mêmes droits à tous les citoyens d'un État »⁴⁸⁹. Il a fallu attendre plus de deux siècles pour qu'enfin ses souhaits soient exaucés. En réaction à la situation décrite ci-dessus sous l'Ancien Régime, la Révolution française consacra d'importants principes modernes, au premier rang desquels trône l'égalité. Nous l'avons vu, l'égalité révolutionnaire postulait avant tout – pour rompre profondément avec ce qui caractérisait l'Ancien Régime – la fin des privilèges. Un individu ne devait donc plus bénéficier de davantage en raison d'une distinction ou appartenance spécifique⁴⁹⁰. Par là même, l'égalité exigeait la fin des exclusions, discriminations, du droit commun ; un individu ne saurait jouir de moins compte tenu de sa différence. Pour autant, la religion occupait une place particulière en droit depuis déjà fort longtemps au moment de la Révolution. S'il était un domaine dans lequel l'égalité se devait d'intervenir c'était bien celui-là, mais l'Ancien Régime augurait déjà les tensions que la prise en compte du fait religieux entraînait.

126. En effet, l'héritage ancien des relations entre l'État et les religions laissa de profondes marques qui ne purent permettre la réalisation totale de l'égalité. Il reste que même si la concrétisation de l'égalité, nouvellement posée par la Révolution, resta timide, le mouvement global en sa faveur qui parcourut les époques était enclenché. Celui-ci pénétra nécessairement la question du religieux, puisqu'au lendemain de la prise de la Bastille, l'inclusion du religieux en droit demeura, tout comme les inégalités. Ainsi, par la description historique des rapports entre égalité et fait religieux, nous remarquons, de la continuité de ces inégalités, en même temps que du développement de leurs contestations, que deux réflexions distinctes se dégagent. Toutes deux sont traversées par une tension constante entre l'idée d'égalité universaliste que nous recherchons à travers l'absence de distinctions religieuses, et qui se développa lentement mais progressivement, et l'incorporation juridique de ce fait religieux, qui se fit par la différenciation entre individus selon leur appartenance. D'abord, pendant la période révolutionnaire, nous constatons que si les distinctions religieuses pullulaient, mais étaient contestées, la réflexion égalitaire se posa d'un côté à propos du bénéfice des droits civils ou politiques, mais aussi, de l'autre, à propos du libre exercice des

⁴⁸⁹ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance* (1686) (traduit de l'anglais par J. LECLERC (1710)), Paris, Garnier-Flammarion, 1992, p. 30, version numérique par J.-M. TREMBLAY, coll. « Les classiques des sciences sociales », disponible en ligne sur : <http://classiques.uqac.ca> (consulté le 17 sept. 2021).

⁴⁹⁰ Pour faire un parallèle avec nos développements ultérieurs et avec la société actuelle, Jimmy Charruau disait, en parlant de la Révolution, qu'« [à] l'époque, on refusait d'accorder plus ; aujourd'hui, on sanctionne le fait d'accorder moins » (J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Angers, Université d'Angers, 2017, p. 56). En réalité, comme nous allons le voir, on va aussi bien refuser d'accorder moins ; la Révolution marque également une partie de la fin des discriminations. L'auteur fait davantage référence aux problématiques relatives aux discriminations indirectes et aux aménagements du droit commun au regard d'une différence.

cultes (SECTION 1). Ensuite, si les deux évoluèrent vers le rejet des différenciations religieuses, le fossé entre ces deux enjeux s'approfondit au fur et à mesure des époques. La période des cultes reconnus interrogea avec plus d'acuité et de complexité la teneur d'une égalité conçue dans le cadre d'une réglementation spécifique aux cultes (SECTION 2).

SECTION 1. L'émergence de deux problématiques égalitaires distinctes : entre égalité civile et égalité des cultes

127. Sous l'Ancien Régime, le problème était flagrant : certains statuts et droits applicables à tous les individus, par exemple en matière d'emploi, de justice, d'impôts, etc., comprenaient par moments l'immixtion d'une différence religieuse. À titre d'exemple, les juifs ou les protestants n'étaient pas autorisés à exercer certaines professions. Avec une Révolution qui visa profondément à mettre fin aux distinctions injustes et artificielles, celles qui reposaient sur un critère religieux devaient faire l'objet d'une attention certaine. Dans ce cadre, l'étude historique est claire, puisqu'elle montre à quel point la Révolution française, si elle souleva d'importantes réflexions à propos d'une forme d'égalité universaliste en matière religieuse, ne parvint pas à évincer les différenciations religieuses de tous ces droits (PARAGRAPHE 1). Pour plus de clarté, nous traiterons ici de l'insertion de différences religieuses au sein de ce que nous nommons le droit commun, c'est-à-dire les régimes juridiques applicables à tous les individus, qui ne visent initialement pas à réglementer le fait religieux. Nous comprendrons plus amplement la teneur de ce droit commun et constaterons combien la présence en son sein de critères religieux distinctifs parut illégitime.

128. Le constat d'une défense de la suppression de ces distinctions au sein du droit commun, mais concomitamment de la difficulté concrète de les supprimer, est un élément plutôt explicite de l'étude des relations entre égalité et fait religieux. Cependant, la Révolution, en continuité par ailleurs de l'Ancien Régime, apporta d'autres réflexions égalitaires qui tinrent finalement aux fondations, puis à la construction, à côté du droit commun, d'un régime spécifique au fait religieux, et plus précisément aux manifestations et expressions cultuelles (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. La Révolution et la question première de l'égalité : une consécration théorique pour une concrétisation fragile

129. Par son majestueux discours lors de la séance du 23 août 1789⁴⁹¹, Rabaut Saint-Étienne décrivait finalement ce qu'aurait dû être le régime post-Révolution, à l'aune de cette égalité et de la Déclaration des droits nouvellement acquise. Précisant en tout premier lieu intervenir au nom de ses commettants pour partie non catholiques, le député rappelait ce qu'a

⁴⁹¹ Il s'agit de l'importante discussion des articles 16, 17, et 18 du projet de déclaration, qui deviendront le seul article 10 présent dans le texte final.

permis l'édit de 1787 aux protestants, à savoir « de jouir des effets civils et d'exercer leurs professions », « c'est-à-dire de vivre » et « c'est tout »⁴⁹². Il bannit ensuite l'idée de tolérance et prononça sa tirade : « [j]e demande donc, Messieurs, pour les protestants français, pour tous les non-catholiques du royaume, ce que vous demandez pour vous : la liberté, l'égalité des droits [...]. Je demande, Messieurs, tout ce que vous demandez pour vous : que tous les non-catholiques français soient assimilés en tout et sans réserve aucune à tous les autres citoyens, et que la loi, et que la liberté, toujours impartiales, ne distribuent point inégalement les actes rigoureux de leur exacte justice »⁴⁹³. Conformément à l'idéal universaliste, Rabaut Saint-Étienne rappelait qu'en définitive « [l]es droits de tous les Français sont les mêmes, tous les Français sont égaux en droits ». S'affirmait une égalité universaliste confrontée aux contradictions d'une intégration, actée de longue date, de la différence religieuse en droit. Contradictions que les régimes risquaient de préserver⁴⁹⁴.

130. Le député conclut sa tirade en précisant attendre que l'Assemblée statue « sur l'abolition des lois concernant les non-catholiques » et les assimile « en tout aux autres français »⁴⁹⁵. Belle défense, en tout point, de ce que visait l'égalité en matière religieuse. Qu'en sera-t-il des espoirs de Rabaut Saint-Étienne ? Nous constatons indéniablement, pour ce qui concerne l'Église catholique (A), les protestants (B), ou les juifs (C), – principales religions de l'époque – qu'une défense généralisée de la suppression des distinctions religieuses était, certes, perceptible, mais qu'elle resterait très insuffisante.

A) Le maintien de la place spécifique de l'Église catholique

131. À la Révolution, l'égalité consacrait enfin ce que l'Église redoutait : la fin des privilèges (1). La question du devenir d'une religion, de longue date intégrée à l'État, allait cependant rapidement, dans la pratique, mettre à mal cette consécration de principe (2).

1) Un pas en avant pour l'égalité : la fin des privilèges catholiques

132. La première phase de consécration de l'égalité, ce qui est considéré comme une des premières étapes de la Révolution française, s'illustra par la nuit du 4 août 1789. L'Assemblée nationale abolit alors une grande partie des fondations de l'Ancien Régime, ce qui n'épargna

⁴⁹² Séance du 23 août 1789, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 8, Paris, P. Dupont, 1875, p. 478.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 479.

⁴⁹⁴ Et préservation que Rabaut Saint-Étienne pressentait largement : « [v]ous ne vous exposerez donc pas, Messieurs, au reproche de vous être contredits dès les premiers moments de votre législature sacrée ; d'avoir déclaré, il y a quelques jours, que les hommes sont égaux en droits, et de déclarer aujourd'hui qu'ils sont inégaux en droits [...] » (*ibid.*, p. 480).

⁴⁹⁵ *Ibid.*

en rien certaines communautés⁴⁹⁶, au premier rang desquelles l'Église catholique. Réponse de circonstance – non moins enthousiaste⁴⁹⁷ – aux révoltes paysannes, le décret mettait formellement, définitivement, fin aux restes du système féodal et, surtout, aux privilèges. Qu'elle fût expressément visée par des articles ou indirectement concernée par certaines dispositions, l'Église s'avérait rigoureusement touchée par le décret, comme le précise Michel Vovelle⁴⁹⁸. Celui-ci explique, en effet, que « l'abolition des redevances féodales amput[ait] chapitres et abbayes d'un revenu important » et – soulignant par là même que le texte *était au service de l'égalité* – « l'abolition des privilèges faisant de tous les Français des citoyens *égaux devant la loi* et le fisc sanctionn[ait] l'abolition de l'ordre du clergé, avec ses assemblées et ses privilèges fiscaux »⁴⁹⁹. Plus directement, le décret supprimait les annates⁵⁰⁰ – mais, cela, au seul détriment du pape –, le casuel⁵⁰¹ et, surtout, la dîme « dont la vocation était de subvenir aux besoins du culte et de ses desservants »⁵⁰². En somme, « [l]a nuit du 4 août 1789 fai[sait] perdre au clergé sa suprématie ordinale, avec les privilèges, protocolaires, juridictionnels, fiscaux qui l'accompagnaient »⁵⁰³. Par là même, la suppression des privilèges entraînait celle des incapacités qui frappaient les clercs sous l'Ancien Régime⁵⁰⁴.

133. Pour que l'égalité soit complète, il fallait que, dans un même mouvement, les membres du clergé perdent leurs avantages, mais également que les membres des religions

⁴⁹⁶ Comme nous le verrons pour la situation des juifs, les privilèges n'étaient en vérité pas tous abolis. Pour autant, la nuit du 4 août touchait tout de même des communautés minoritaires. Les juifs de l'Est demandaient une exonération totale d'impôts qui pesaient sur une maison achetée pour servir d'hôpital et un terrain qui devait devenir un cimetière. Ils s'appuyaient pour cela sur des lettres patentes du Roi accordées en novembre 1787. Or, de tels privilèges financiers furent justement balayés par les décrets suivant la nuit du 4 août (J. GODECHOT, « Les Juifs de Nancy de 1789 à 1795 », *Revue des études juives*, t. 86, n° 171, 1928, p. 1-35).

⁴⁹⁷ Non préméditée, cette fameuse séance de nuit relevait d'une réponse aux révoltes paysannes dans les zones rurales. Dans tous les cas, la doctrine qui analyse cette séance remarque l'effervescence partagée d'un enthousiasme qui surgit au parfum des principes révolutionnaires. Jules Simon qualifiait la prise de conscience de « commotion électrique » et cet élan d'enthousiasme de véritable « délire » (*La liberté de conscience*, Paris, Librairie de L. Hachette et C^{ie}, 4^e éd., 1867, p. 148). Rodolphe Reuss nous donne même le témoignage d'un curé alsacien, alors député – discret et peu inspiré « par des sentiments de grande tolérance » –, qui s'est épris « presque malgré lui, [de] l'enthousiasme des générations d'alors pour les grandes idées de 1789 » (R. REUSS, « La séance de nuit de l'Assemblée nationale du 4 août 1789 racontée par un curé alsacien », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, Annuaire 1923, 1923-1924, p. 7-19).

⁴⁹⁸ M. VOVELLE, « La politique religieuse de la Révolution française » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, t. 3, 1991, coll. « L'Univers historique », p. 77.

⁴⁹⁹ *Ibid* (nous soulignons).

⁵⁰⁰ Impôt mis en place au profit du pape dès le XII^e siècle qui s'appliquait à une année du revenu net d'un bénéfice. Bien que le concile de Bâle ait formellement supprimé cet impôt en 1435, le pape l'a maintenu dans les faits (P. GENEQUAND, « Des florins et des bénéfices : l'appareil fiscal pontifical au temps de la première modernisation des États (XIII^e-XV^e siècle) », *Memini. Travaux et documents*, n° 24, 2018, Varia).

⁵⁰¹ Si la définition semble sujette à débats, Philippe Loupès synthétise le casuel comme consistant « essentiellement dans les honoraires qui se paient au curé pour l'administration des sacrements, dans les "rétributions des messes, des baptêmes, des enterrements" [GUYOT, *Répertoire universel raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Panckoucke, 1776, VIII, article "casuel", p. 4], mais aussi dans les oblations qui se partagent desservants et fabriques ; sa nature est donc double et tout permet de distinguer un casuel de curé et un casuel de fabrique, dont les origines sont fort anciennes » (P. LOUPES, « Le casuel dans le diocèse de Bordeaux aux XVII^e et XVIII^e siècle », *Revue d'histoire de l'Église de France*, n° 160, 1972, p. 19-52).

⁵⁰² Michel Vovelle rattache à cette suppression la lourde conséquence tenant à l'intervention obligatoire de l'État pour subvenir à l'entretien du clergé (« La politique religieuse de la Révolution française » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, op. cit., p. 77).

⁵⁰³ P. PORTIER, *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, PUR, 2016, coll. « Histoire », p. 34.

⁵⁰⁴ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé (de 1789 à 1804)...*, op. cit., p. 59.

minoritaires récupèrent ce qu'ils avaient en moins. Il fallait, en outre, un mouvement tendant à replacer tous les individus sur une même ligne : celle du droit commun. Toutefois, le processus n'était pas aisé et en dépit de la bonne volonté apparente des révolutionnaires, la concrétisation des idéaux s'est parfois bien laissé attendre, y compris pour la religion majoritaire. En effet, la nuit du 4 août n'a tout d'abord connu qu'une application partielle. Plus encore, elle a été adoucie dans sa véritable version du 11 août 1789⁵⁰⁵. De surcroît, pour certains auteurs, ce décret, pas plus que le texte définitif du 11 août, n'abolissait pas les corporations, ordres ou encore congrégations⁵⁰⁶. C'est un décret du 13 février 1790 qui – après de houleuses discussions⁵⁰⁷ – supprima expressément les ordres et les congrégations religieux. Certaines institutions, qui survivaient au texte⁵⁰⁸, n'ont à leur tour été supprimées qu'en 1792, par un décret du 18 août, qui déclarait « éteintes et supprimées toutes les corporations religieuses et congrégations séculières d'hommes et de femmes ». Les premiers pas de l'égalité étaient bien réels mais laborieux.

134. D'autant que, après lui avoir retiré quasiment tous ses privilèges, l'égalité allait se confronter à la question du devenir de l'Église. La réalité du poids de l'histoire et de l'imprégnation culturelle ne pouvait laisser le principe indemne.

2) Trois pas en arrière pour l'égalité : la gestion du cas de l'Église par la Constitution civile du clergé

135. La Révolution posa une des questions les plus épineuses pour l'époque : celle du devenir de l'Église catholique en France. Sur cette question, en 1790, deux courants s'opposaient concrètement. Le premier, davantage tourné vers le pluralisme et la diversité des croyances, s'accompagnait de mesures de sécularisation⁵⁰⁹, tandis que le second se démarquait par la volonté de soumettre « les religions à l'État et de faire de l'Église, ou des cultes, un service public »⁵¹⁰. Cette querelle, entre libéraux et jacobins, n'avait au moins pas empêché le

⁵⁰⁵ En vérité, il fallut attendre le 11 août pour que soit véritablement adopté le décret de la nuit du 4, alors remodelé, et en conséquence intitulé : « décrets de l'Assemblée nationale des 4, 6, 7, 8 et 11 août 1789 » (M. BERTOZZO, « Le 11 août 1789 : la société féodale, une fin en dents de scie », *Revue générale du droit*, n° 29045, 2017).

⁵⁰⁶ Voir en ce sens A. COLIN, « Les corporations ont-elles été supprimées en principe dans la nuit du 4 août 1789 ? », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 45, 1931, p. 252-257.

⁵⁰⁷ Voir la longueur des débats et les nombreux incidents : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 11, Paris, P. Dupont, 1885, p. 153 et s., p. 543-547, surtout p. 574-583, enfin 585-592.

⁵⁰⁸ « Les compagnies de prêtres, les congrégations enseignantes telles que les oratoriens, doctrinaires, Frères des écoles chrétiennes avaient été épargnées même si d'autres mesures les ont touchées, on le verra (la confiscation des biens du clergé » (M. VOVELLE, « La politique religieuse de la Révolution française » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse, op. cit.*, p. 82).

⁵⁰⁹ Pour le moment, retenons qu'il s'agit de mesures d'éviction des considérations et implications religieuses de certaines institutions politiques et juridiques (donc des normes également). Pour des développements ultérieurs, voir p. 132 et s.

⁵¹⁰ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Le régime général de la France » in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER (dir.), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union européenne*, Paris, PUF, 1999, coll. « Histoire », p. 61.

refus « au catholicisme [de] la mention constitutionnelle de religion dominante “au nom du principe d’égalité qui est à la base de [la] constitution »⁵¹¹.

136. Pourtant, cela n’a pas privé la politique jacobine de prévaloir en optant pour la réglementation intégrale de l’Église. Si l’égalité pouvait, en théorie, être conçue sans imbrication entre le droit commun et le religieux, le poids social de l’Église et de l’histoire ne permettait pas encore d’entrevoir, concrètement, l’éviction absolue du religieux du droit.

137. L’Assemblée élaborait à cet effet, de façon tout à fait unilatérale, la Constitution civile du clergé le 12 juillet 1790. Le texte réglementait l’organisation territoriale des offices ecclésiastiques (Titre I), les systèmes de nominations pour chacun d’eux (Titre II), le statut des ministres du culte et le traitement des ministres du culte (Titre III)⁵¹².

138. La première conséquence de la C.C.C. au regard de l’égalité fut celle de l’essor des discriminations et exactions, pour la première fois, adressées aux croyants de la religion majoritaire. Du moins à une partie d’entre eux, car l’instauration de cette constitution créa très rapidement un schisme au sein de l’Église catholique qui justifia pour les députés de tels traitements. Pour être plus précis, les députés exigèrent rapidement un serment sur la C.C.C. pour une partie des ecclésiastiques nouvellement en fonctions⁵¹³. Ce serment ne revenait ni plus ni moins qu’à confirmer son adhésion à la C.C.C. En cas de refus l’on procédait au remplacement du titulaire de la fonction concernée. Si sa décision se fit attendre, le pape Pie VI demanda d’abord au roi de ne pas avaliser l’élaboration du texte. Il s’opposa par la suite à celle-ci par le bref *Quod aliquantum* le 10 mars 1791, puis par un autre plus autoritaire, *Caritas*, le 13 avril 1791. Il demanda enfin aux religionnaires de rejeter le texte en ne prêtant pas serment. Inévitablement, le clergé se scinda en deux Églises catholiques opposées, chacune composée, d’un côté, de prêtres assermentés, dits « constitutionnels », de l’autre, de prêtres insermentés, alors réfractaires à la Constitution et fidèles au pape.

139. Face à la résistance d’ecclésiastiques, les persécutions se développèrent alors. Dès l’automne 1791 les réfractaires étaient d’office « suspects de sédition » et en mai 1792 une dénonciation suffisait pour qu’ils soient déportés⁵¹⁴, et ce, en l’absence de tout procès⁵¹⁵. Plus encore, le texte de novembre 1791 étendait l’obligation de serment en dehors de toute fonction publique⁵¹⁶. La spécificité du traitement des réfractaires trouvait des illustrations dans des textes

⁵¹¹ I. RIVOAL, « Minorité religieuse » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, op. cit., p. 723.

⁵¹² Le dernier titre du texte imposait une restriction de résidence (« loi de la résidence ») à tous les clercs (Titre IV).

⁵¹³ Par un décret du 27 novembre 1790, sanctionné par le roi seulement le 26 décembre – en signe d’opposition. Le décret du 29 novembre 1791 a étendu par la suite l’obligation à tous ceux restants (*sur le serment exigé des prêtres*).

⁵¹⁴ Respectivement les décrets du 29 novembre 1791 et du 26-27 mai 1792.

⁵¹⁵ P. PORTIER, *L’État et les religions en France...*, op. cit., p. 39.

⁵¹⁶ B. PLONGERON, « Regards sur l’historiographie religieuse de la Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 188, 1967, p. 145-198.

leur étant expressément dédiés, mais aussi dans l'emploi de procédure pénale⁵¹⁷. Comme le résumait en d'autres termes Jules Simon dans son passage sur la persécution des réfractaires, « de simples citoyens, n'exerçant aucune fonction dans l'État, puisque les prêtres réfractaires n'étaient plus fonctionnaires publics, étaient contraints à prêter serment, ou à perdre leurs biens et leur liberté »⁵¹⁸.

140. Pourtant, en réaction, des esprits éclairés s'étaient osés à des propositions d'une grande modernité et très égalitaires. Ainsi en est-il du député Ducos, qui, le 26 octobre 1791, déduisait de la diversité des opinions la nécessité d'exclure toute religion des lois, car elles n'auraient jamais « ni stabilité, ni l'universalité »⁵¹⁹. Il concluait que « la loi s'adresse toujours au citoyen et jamais au sectateur d'une religion quelconque ; enfin, *que l'existence civile et politique soit absolument indépendante de l'existence religieuse* »⁵²⁰. L'évêque de Langres, le libéral La Luzerne, défenseur des insermentés, engageait quant à lui les réfractaires à user de l'édit de tolérance de 1787, ce dernier ayant posé « que la diversité des croyances n'empêchât pas de jouir des droits civils »⁵²¹. Ces députés percevaient la nécessité d'établir un droit commun sans religieux, donc sans distinction de religion. Malgré tout, les années qui suivirent

⁵¹⁷ Par exemple, Éric de Mari expose la pratique de la mise « hors de la loi » des prêtres réfractaires consistant à exclure les individus des règles ordinaires de la procédure pénale, notamment celle du recours au jugement par jurés. Il constate une tolérance dans certains traitements de la part des juges : « l'alliance entre nombre de municipalités manifestement attachées à leurs prêtres et les juges des tribunaux criminels » conduisait à épargner certains réfractaires. Malgré tout, ceux-ci cherchaient avant tout à « constater l'état de réfractaire » ; qu'elle soit plus souple ou rigoureuse, « l'approche spécifique de la répression des prêtres réfractaire persist[ait] » (É. DE MARI, « La répression des prêtres réfractaires conduites hors de la loi sous la Révolution française (1793 – an VIII) », *Cahiers d'Études du Religieux*, 2007).

⁵¹⁸ J. SIMON, *La liberté de conscience*, op. cit., p. 186.

⁵¹⁹ Nous soulignons.

⁵²⁰ Nous soulignons. Le député poursuivait en anticipant qu'on lui rétorquerait que les manifestations des opinions religieuses peuvent troubler l'ordre public : « [e]h bien ! n'avez-vous pas alors vos lois de police et votre code pénal ? », et citait quelques dispositions générales. Le député concluait en tout logique à l'inutilité de lois particulières et la nécessité de punir les réfractaires comme tout citoyen (Séance du 26 oct. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale législative*, t. 34, Paris. P. Dupont, 1890, p. 417-418). Dans le même registre, le député Genzoné, par exemple, plaidait en faveur de l'indifférence religieuse pour calmer les foules : « [f]aites une loi contre l'intolérance de toutes les sectes [...] ». Il défendait une sorte de séparation du civil et du religieux dans la norme répressive : « [d]onnez-nous une loi purement civile, également protectrice de toutes les opinions, également sévère contre tout esprit de parti. Occupez-vous à détacher des fonctions ecclésiastiques, de l'exercice de toute espèce de culte religieux, tout ce qui peut intéresser l'ordre civil et politique de l'État ». Par-dessus tout, cela devait mener à l'application d'une loi, certes rigoureuse, mais applicable « quelle que soit l'opinion religieuse de l'individu qui s'en sera rendu coupable » (Séance du 3 nov. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, op. cit., p. 616).

⁵²¹ Y. FAUCHOIS, « La difficulté d'être libre : les droits de l'homme, l'Église catholique et l'Assemblée constituante, 1789-1791 », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2001/1, n° 48-1, p. 71-101. L'auteur fait référence à l'instruction donnée par de La Luzerne aux réfractaires (C.-G. DE LA LUZERNE, *Instruction donnée par M. l'évêque de Langres aux curés, vicaires et autres ecclésiastiques de son diocèse, qui n'ont pas prêté le serment ordonné par l'Assemblée nationale*, 15 mars 1791).

aggravèrent et confortèrent les discriminations et persécutions⁵²², en les étendant même aux prêtres constitutionnels⁵²³.

141. Abstraction faite des persécutions accompagnant l'exigence du serment, la C.C.C. ne posait de problème pour l'égalité outre mesure. En vérité, la constitution n'avait de « civile » que le nom. Avec la Révolution elle réglementait, à présent et avant tout, des éléments proprement religieux⁵²⁴. Dès lors, toute l'ambiguïté tenait dans une forme d'intégration de ce religieux dans le civil. La gestion privée d'une religion était « publicisée » pour s'intégrer dans la gestion et la régulation étatique.

142. *A priori*, comme l'expose Lucien Jaume, l'Église se trouvait dissoute et transformée en autant d'individus ecclésiastiques que nécessaires ; pour les fonctions ecclésiastiques, seuls demeuraient des individus fonctionnaires, dorénavant élus⁵²⁵. Celui-ci explique qu'aux yeux de la loi il n'y avait plus de corps ecclésial spécifique et cela s'exprimait notamment par la suppression des anciens diocèses au profit d'un remodelage purement légiféré et « de contenu administratif ». D'ailleurs, « l'évêque [était] élu dans les formes prescrites par le règlement de l'élection des administrateurs de département, de même pour les curés » signale l'auteur. Il en conclut que, « du point de vue administratif, le soin des âmes du diocèse et de la paroisse ne saurait jouir d'un cachet de *particularité* ». À lire l'auteur, tout individu pouvait théoriquement se présenter aux fonctions ecclésiastiques sans la moindre investiture issue d'une communauté privée. Par conséquent, la seule autorité était celle de la nation, puisque tous les citoyens actifs pouvaient voter, sans distinction de religion. Finalement, le législateur aurait seulement calqué l'organisation privée de l'Église depuis longtemps connue de tous pour l'incorporer dans son

⁵²² Si la situation s'était déjà aggravée avec le décret de mai 1792, poussant fortement les réfractaires à quitter le pays, le 26 août un pas fut franchi dans la persécution lorsqu'un décret exigea clairement la déportation de la majorité des réfractaires sous un délai de quinze jours. Le 23 avril 1793 le peu de conditions qui exemptaient quelques prêtres de la déportation fut levée. Il faut dire que « [p]our les "patriotes", le serment, toujours chargé de promouvoir l'unité du pays, montre son efficacité en poussant les adversaires de la Révolution à se démasquer » (J.-C. MARTIN, *Nouvelle histoire de la Révolution française*, Paris, Perrin, 2012, coll. « Pour l'histoire », p. 227).

⁵²³ Sous la Terreur, avec l'exécution de nombreux prêtres insermentés, les persécutions à l'égard de ces derniers perdurèrent et s'étendirent même à ceux qui avaient prêté le serment (voir P. FLAMENT, « Deux mille Prêtres dans la tourmente », *Annales de Normandie*, n° 39-2, 1989, p. 177-189). Les prêtres constitutionnels avaient tout perdu de leur fidélité au modèle révolutionnaire qui avait été imposé (L. HAMON, « La Révolution française et la question religieuse », *Droits*, n° 18, 1993, p. 43-54).

⁵²⁴ L'historien Ludovic Sciout s'interrogeait dans son ouvrage de 1887 sur l'*Histoire de la constitution civile du clergé et de la persécution révolutionnaire (1790-1801)* (Paris, Firmin-Didot, 1887, p. 47-48) : « [q]u'y a-t-il de civil dans toutes ces dispositions, ou plutôt, si cela est civil, qu'y a-t-il donc de religion dans l'Église ? ». Il poursuivait : « [c]e titre est absurde, car dans l'état politique créé par la Constituante, le clergé ne pouvait avoir une constitution vraiment civile. Sous l'ancien régime, il l'aurait pu, car il possédait des biens considérables et sa situation était privilégiée dans certains cas, distincte dans d'autres, de la condition du reste des citoyens. Avant la révolution il y avait donc matière à une constitution vraiment civile du clergé, parce que cette constitution ne pouvait être que la réglementation de ses droits spéciaux et de ses privilèges politiques et financiers. Elle aurait fixé certaines règles relatives à la représentation de l'ordre du clergé dans les états généraux ou provinciaux, déterminé ses immunités, et sa manière de contribuer aux charges de l'État ». Rappelant la rupture postérieure individualiste de la Révolution, il justifiait : « [c]ar le clergé en France ne constituait pas seulement la corporation religieuse, qu'il forme naturellement dans tout pays, aussi bien à Rome qu'en Irlande, et aux États-Unis, mais encore une corporation politique reconnue par l'État, qui élisait un tiers de la représentation nationale, possédait d'immenses richesses territoriales, des privilèges, des justices particulières aussi bien que la noblesse. Il y avait certainement dans cette situation un élément civil que la nation pouvait réglementer ou modifier ».

⁵²⁵ L. JAUME, « La Constitution civile du clergé : l'Église n'a ni corps ni territoire », *L'Année canonique*, t. LIX, 2018/1, p. 65-73.

système normatif propre. Les normes universelles n'étaient alors qu'une copie remodelée des règles d'une communauté privée, mais ces premières découlaient des seules autorités séculières, civiles et communes à tous, sans l'institution de l'Église⁵²⁶. En toute logique, les fonctions ecclésiastiques – exercées par des « élus de la nation, “magistrats” de la morale »⁵²⁷ – s'avéraient donc accessibles à tous et les électeurs pouvaient être catholiques comme non catholiques ; le système de l'élection faisait en conséquence preuve, selon cette logique, d'une certaine cohérence avec l'égalité⁵²⁸.

143. Cependant, ces remarques imposent certaines nuances. Notamment, la C.C.C. exigeait une certaine ancienneté ecclésiastique pour briguer de telles fonctions publiques⁵²⁹. À bien y réfléchir, cette condition ne pouvait que s'appuyer sur des titres antérieurement octroyés par l'Église. Il s'agissait, en outre, de consacrer une norme d'un autre ordre juridique en comptant sur un titre qui découlait de lui seul. Celui de curé ou de vicaire était propre à l'Église catholique, propre à ses normes et émanait de sa communauté. Par conséquent, le « corps » de l'Église n'avait pas totalement disparu. Par là même, une telle exigence compromettait l'égalité en restreignant l'accès aux seuls croyants de ladite religion. Une distinction était dès lors instaurée *ab initio* en fonction de la religion pour pouvoir envisager la fonction ecclésiastique. Transparaissait ici l'ambiguïté profonde que la mise en place de la C.C.C. instaurait par rapport au principe d'égalité. Dans le même sens, si les normes séculières voulaient s'affirmer indépendamment de tout autre ordre juridique, elles restaient particulièrement proches d'une communauté d'appartenance. Indéniablement, les noms ou encore certaines règles, étaient identiques à ceux et celles de l'Église. Une religion précise était peu ou prou nommément incorporée dans la norme, formant ainsi un « curieux mélange du civil et du religieux »⁵³⁰. Un

⁵²⁶ Au plus grand malheur de certains députés. Voir en ce sens l'*Exposition des principes sur la constitution du clergé, par les évêques députés* qui met particulièrement en avant cette appropriation du pouvoir étatique en l'absence de toute intervention de l'Église (Séance du 30 oct. 1790, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale*, t. 20, Paris, P. Dupont, 1885, p. 153 et s.).

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ D'ailleurs Robespierre souligna cet aspect lorsqu'il répondit au député d'Angers, l'abbé Jacquemart, qui proposait que l'élection des évêques se fasse par le clergé du département convoqué en synode : « [l]a seconde partie de la motion, qui confère le droit d'élire aux ecclésiastiques, comme ecclésiastiques, par un privilège attaché à cette qualité, avec une influence particulière, est une attaque encore plus révoltante à la Constitution, puisque la nomination des évêques est l'exercice du droit politique ; appeler les ecclésiastiques, par préférence aux autres citoyens, à cette nomination, c'est rompre l'égalité des droits politiques [...] c'est reconstituer un corps isolé [...] » (Séance du 9 juin 1790, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale*, t. 16, Paris, P. Dupont, 1883, p. 155-156).

⁵²⁹ Pour l'évêque, par exemple, le texte disposait : « art. 7. Pour être éligible à un évêché, il sera nécessaire d'avoir rempli, au moins pendant quinze ans, les fonctions du ministère ecclésiastique dans le diocèse, en qualité de curé, de desservant ou de vicaire, ou comme vicaire supérieur, ou comme vicaire directeur du séminaire ».

⁵³⁰ Expression qu'emploie dans son ouvrage Lucien Jaume pour désigner toute l'organisation électorale exposée. Preuve, s'il en faut, de l'ambiguïté de la situation, il expose la règle qui exige que l'élection de l'évêque se fasse « un jour de dimanche, dans l'église principale du chef-lieu de département, à l'issue de la messe paroissiale, à laquelle sont tenus d'assister tous les électeurs » (titre II, art. 6) (*Le religieux et le politique dans la Révolution française*, Paris, PUF, 2015, coll. « Léviathan », p. 67).

mélange qui, sans même parler des atteintes à la liberté de conscience⁵³¹, faisait d'ailleurs écho à certaines interrogations sur l'égalité traitées ultérieurement⁵³².

144. Plus ouvertement, la C.C.C. s'accompagnait, à l'inverse, de certaines exclusions du droit commun pour les clercs. Par exemple, bien que la DDHC ait pu poser par principe l'égalité admissibilité des individus, y compris, donc, des clercs, « il fallut pourtant tenir compte de l'incompatibilité de certaines fonctions avec le sacerdoce et limiter à leur égard cette prérogative »⁵³³. C'est ce que visèrent deux décrets qui leur interdirent d'être élus aux places de juges et de devenir membres du ministère public⁵³⁴.

145. Indéniablement, nulle égalité individualiste et universaliste n'existait à l'égard de l'Église catholique : les normes s'entremêlaient, la communauté et ses normes restaient reconnues, et les distinctions religieuses, la plupart discriminatoires, perduraient. Le fait religieux, par le biais d'une communauté spécifique, était ainsi mélangé au politique et au droit. Cette prise en compte du religieux dans le droit commun se faisait donc qu'au travers de la différenciation. Elle rentrait en totale opposition avec l'égalité universaliste, qui existait alors seulement dans les esprits des Lumières, non dans le droit applicable au religieux. Cette inclusion des particularismes concerna également les cultes minoritaires.

B) La situation des protestants : une égalité tardivement, mais entièrement acquise

146. La situation antérieure à la Révolution française est importante pour les protestants puisqu'ils furent pendant longtemps victimes de persécutions incitées par l'Église qui dénonçait l'hérésie d'une « nouvelle religion ». Ainsi, furent pendant longtemps privés d'inscription à l'état civil, alors géré par l'Église⁵³⁵, et des droits communs les plus basiques. Après quelques

⁵³¹ En effet, adopter l'organisation d'un groupe religieux spécifique peut porter atteinte à la conscience des individus lorsqu'au nom de la norme, soi-disant neutre, mais en réalité issue d'une communauté particulière, une obligation est imposée à un religionnaire d'un autre groupe. De la même façon, cette immixtion bafouait pour les individus la liberté de reconnaître une autorité religieuse catholique autre que celle consacrée par l'État. À titre d'exemple, l'article 4 du premier titre de la C.C.C. défendait à tout citoyen de reconnaître « l'autorité d'un évêque ordinaire ou métropolitain dont le siège serait établi sous la dénomination d'une puissance étrangère [...] ». Autrement dit, « on n'était libre d'être catholique qu'à la manière de l'Assemblée, et le catholique réfractaire à sa théologie n'avait pas sa place au soleil de la liberté » (L. SCIOUT, *Histoire de la constitution civile du clergé...*, *op. cit.*, p. 66).

⁵³² En effet, ce mélange interroge : comment différencier ce qui relevait de la norme, neutre et universelle, de ce qui relevait de la prise en compte d'une particularité communautaire ? Se posent ici toutes les questions en rapport avec les discriminations indirectes qui peuvent forcément résulter d'une telle incorporation des normes d'une communauté spécifique. L'intégration, surtout aussi flagrante, d'une vision du monde, d'une norme, ou d'une différence particulière, au rang de la règle universelle fonde l'une des critiques de notre modèle universaliste (voir Titre II). Dans notre cas, la neutralité de la règle universelle est quasiment indéfendable.

⁵³³ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé (de 1789 à 1804)...*, *op. cit.*, p. 59.

⁵³⁴ Art. 1 du décret des 25 août et 2 septembre 1790 et art. 1 du décret du 29 octobre 1791 (*in ibid.*). Marcel Garaud relevait également que sous la C.C.C., la loi des 2-17 mars 1791 levait les exclusions professionnelles, notamment des clercs pour les professions commerciales ou des arts mécaniques (*ibid.*).

⁵³⁵ B. FAUCHER, « Les registres de l'état civil protestant en France depuis le XVI^e siècle jusqu'à nos jours », *Bibliothèque de l'École des chartes*, n° 84, 1923, p. 306-346.

timides évolutions⁵³⁶, c'est l'édit de Nantes qui réintégra les protestants dans l'état civil et plusieurs droits communs⁵³⁷. Cependant, plus qu'à l'égalité, l'édit renvoyait véritablement à une simple tolérance des protestants⁵³⁸, position qui exige un premier niveau caractérisé par le rejet de la différence, puis un second qui exprime le fait supporter, de « souffrir » cette différence⁵³⁹. L'acception suggère un rapport de domination qui caractérise la tolérance⁵⁴⁰. La remise en cause rapide de l'édit de Nantes et la réinstauration concomitante des inégalités par l'édit de Fontainebleau de 1685 illustra toute la fragilité d'une maigre tolérance⁵⁴¹.

147. C'est à la veille de la Révolution, que les choses se précipitèrent. En 1787, le ministre Malesherbes, en avance sur son temps dans le combat pour l'égalité, défendit la création d'une seule catégorie englobant les non catholiques⁵⁴², « compris dans l'énonciation générale, sans que le roi ait à statuer particulièrement sur les luthériens, les anabaptistes, les Juifs, etc. »⁵⁴³. Malesherbes prônait ici divers éléments de l'égalité et se rapprochait, sur ces aspects de son raisonnement, d'un universalisme sans distinction de différence religieuse. Cette influence pénétrait l'édit de Tolérance établi le 19 novembre 1787⁵⁴⁴. Empreint du vocabulaire de l'égalité tel que nous le connaissons aujourd'hui, l'acte accordait aux non catholiques le droit de propriété et de toute profession « *sans que, sous prétexte de leur religion, ils puissent y être*

⁵³⁶ L'édit d'Amboise tenta de calmer les persécutions contre les protestants, mais échoua à consacrer leur inscription à l'état civil et il fallut l'intervention implicite du roi pour permettre aux ministres réformés de tenir registre authentique des actes de baptêmes (*ibid.*).

⁵³⁷ Comme la possibilité réaffirmée d'exercer tout état, dignité, office ou charges publiques, voire de se faire enterrer dans des cimetières (M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2016, coll. « Mise au point », p. 40-41).

⁵³⁸ « Ceux-là seulement qui adhèrent à l'Église officielle, qui partagent la religion de l'État, sont des sujets à part entière ; les autres restent frappés de certaines incapacités. Ils ne jouissent pas de la plénitude des droits civils et moins encore politiques ; ils restent des minorités, tout au plus tolérées » (R. REMOND, « La laïcité et ses contraires », *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 9). À la veille du massacre de la Saint-Barthélemy, ils obtenaient même le droit à l'enseignement, à l'assistance et le libre accès aux charges publiques, tandis que l'édit de Boulogne en 1573 leur octroyait les droits civils, ce qu'ont réitéré d'autres textes en suivant, surtout l'édit de Beaulieu en 1576 (B. COTTRET, *L'édit de Nantes*, Paris, Perrin, 2016, coll. « Tempus », p. 542-543). L'on s'étonnera même à constater l'existence de ce que Bernard Cottret n'hésite pas à qualifier d'« affirmative action » à travers la possibilité pour les justiciables protestants de récuser certains juges avant leurs procès, dans le but d'éviter toute partialité due aux haines et fureurs religieuses de l'époque (*ibid.*, p. 538). Voir aussi le tableau des différents édits et de leurs apports (p. 550).

⁵³⁹ Comme le relèvera très justement Ramond de Carbonnières en 1791, la tolérance « consiste à *souffrir* que d'autres cultes s'élèvent à côté du culte dominante [...] » (L. RAMOND DE CARBONNIERES, *Encore un mot sur l'égalité des droits en matière de culte considérée comme moyen unique de prévenir les troubles religieux*, Paris, L'imprimerie nationale, 12 nov. 1791, coll. « Les archives de la Révolution française », p. 3).

⁵⁴⁰ « Une telle situation est précaire et assortie d'une sorte de qui-vive, car elle dépend du bon vouloir de celui qui domine, de l'arbitraire du prince » (H. PENA-RUIZ, « Tolérance » in *Dictionnaire amoureux de la laïcité*, Paris, Plon, 2014).

⁵⁴¹ À noter cependant que l'édit de Nantes est souvent décrit comme un acte de tolérance uniquement dans l'attente de la conversion des protestants au catholicisme (M. MIAILLE, *La laïcité. Solutions d'hier, problèmes d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2016, p. 31). Ce sera en outre l'absence de résultat qui fera office de justification pour Louis XIV lors de l'élaboration de l'édit de Fontainebleau (voir les motifs du texte).

⁵⁴² P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, Paris, Robert Laffont, 1989, p. 93-94.

⁵⁴³ C.-G. DE LAMOIGNON DE MALESHERBES, *Second mémoire sur le mariage des protestants*, 1787 cit. dans P. CABANEL, *Histoire des protestants en France (XVI^e-XXI^e siècle)*, Paris, Fayard, 2012, p. 906.

⁵⁴⁴ En revanche, les autres dispositions freinaient toutefois l'élan égalitaire de l'acte. Surtout, nonobstant les intentions de Malesherbes et la formulation générale de l'édit, les juifs, brisés dans leurs espoirs, ne furent pas concernés par les dispositions (P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, *op. cit.*, p. 95).

troublés ni inquiétés »⁵⁴⁵. Pour les protestants, la route à parcourir vers l'égalité avait donc largement été entamée par l'édit de 1787⁵⁴⁶.

148. Voilà la situation de l'égalité à la veille de la Révolution. Force est de constater que son essor entretenait un lien étroit avec l'indifférenciation religieuse rampante : « l'égalité des droits civiques a bien souvent été acquise contre les limitations et des exclusions définies par des appartenances religieuses [...] »⁵⁴⁷. Tel était d'ailleurs l'aboutissement que la Révolution souhaitait pour partie consacrer⁵⁴⁸.

149. La concrétisation de cette disposition fut l'enjeu d'un texte intervenu en décembre 1790 dans un contexte bien particulier. C'est le député Brunet de Latuque, qui, au détour d'un débat autour du renouvellement des municipalités par les élections, demanda une intervention législative au profit des non catholiques⁵⁴⁹. Le député prit le temps de rappeler à l'hémicycle les principes révolutionnaires posés, et notamment l'égalité : « vous avez déclaré que tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ; vous avez déclaré que nul ne pourrait être inquiété pour ses opinions religieuses, vous avez décrété que tous les citoyens, sans distinction de rang et de naissance, pourraient parvenir aux charges et aux emplois [...] et vous n'avez certainement pas voulu, Messieurs, que les opinions religieuses fussent un titre d'exclusion pour quelques citoyens et un titre d'admission pour d'autres »⁵⁵⁰. Brunet de Latuque proposait en conséquence l'admission dans l'administration et pour tous les emplois civils et militaires des non catholiques, « comme les autres citoyens »⁵⁵¹. L'enjeu était bien la soumission égale au droit commun pour tout individu. La discussion avait ensuite été reportée au 24 décembre et suscita de vifs débats, puisque qu'elle vint, au nom de la lutte contre les

⁵⁴⁵ Article I de l'édit (nous soulignons). Notons que le même article excluait néanmoins les charges de judicature, les municipalités érigées en titre d'office et ayant fonction de judicature, et toute fonction d'enseignement public.

⁵⁴⁶ Philippe Joutard considère même que la Révolution n'a pas eu d'influence décisive sur le sort des protestants ; « les continuités l'emportent sur les ruptures » (« La réintégration officielle des réformés » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, op. cit., p. 359).

⁵⁴⁷ R. HERMON-BELOT, « État » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, op. cit., p. 352.

⁵⁴⁸ Notamment en assurant enfin l'égal accès aux fonctions publiques, que la DDHC, avec son article 6, consacrait.

⁵⁴⁹ Celui-ci s'inquiétait effectivement du sort des protestants dans sa province, puisque des adversaires des protestants à l'époque « y affirm[ai]ent que la révocation de l'édit de Nantes en 1685 rest[ait] en vigueur tant qu'il n'y a[vait] pas été expressément dérogé » (R. HERMON-BELOT, *Aux sources de l'idée laïque : Révolution et pluralité religieuse*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 53).

⁵⁵⁰ Séance du 21 déc. 1789, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale*, t. 10, Paris, P. Dupont, 1885, p. 694. Ces propos témoignaient d'une dénonciation, tant contre les exclusions, qu'à l'encontre des privilèges, qui seraient établis au titre de la différence religieuse.

⁵⁵¹ Au demeurant, le terme de « non catholique » reste imparfait, car sa caractérisation *a contrario* impliquait malgré tout de tenir compte de la différence religieuse. Pour répondre à Brunet, le compte de Virieu lui rappela d'ailleurs que les lois générales jusqu'à présent ne comprenaient « point d'exceptions contraires aux non catholiques ». Excluant alors toute nécessité d'interprétation, il concluait selon une logique imparable au regard de l'égalité : « [o]n pourrait dire tout au plus "que tous ceux qui auront rempli les conditions d'éligibilité seront admis" » (*ibid.*, p. 694). Pour autant, l'emploi de « non catholique » s'avère toujours englobant, donc égalitaire, que la désignation nommée du groupe religieux. En tout état de cause, les propos Brunet laissaient entendre que le silence de l'Assemblée en la matière valait, pour les persécuteurs de sa province, rejet implicite des protestants. Autrement dit, employer un terme plus général et englobant aurait été insuffisant pour remédier à ce que dénonçait le député. Même si l'on peut reconnaître la justesse de la formulation du comte de Virieu, nous pouvons tout de même certainement saluer le vocabulaire utilisé par Brunet.

discriminations religieuses, à impliquer logiquement celle des juifs⁵⁵². La proposition faite par de Latuque ne fut acceptée pour les protestants qu'en reportant la discussion sur les juifs. Pour les premiers, seule demeurerait une dernière restriction concernant l'accès aux fonctions judiciaires. Le 2 septembre 1790, sans débat, remarque ni observation à ce sujet⁵⁵³, cette restriction fut levée⁵⁵⁴. Suivant cet élan de générosité pour la communauté protestante, diverses mesures s'enchaînèrent dans une démarche de réparation des persécutions subies sous l'Ancien Régime⁵⁵⁵, et ce, tant sur le plan législatif que constitutionnel⁵⁵⁶. L'égalité pénétrait indéniablement les mentalités. À côté du traitement spécifique de la religion catholique, la différenciation protestante reculait. La situation fut plus complexe pour les juifs.

C) Une évolution lente et freinée pour l'égalité des juifs

150. Si le Moyen Âge rime pour les juifs avec discriminations⁵⁵⁷, à la veille de la Révolution ceux-ci disposaient parfois de certains privilèges. Du moins, leur différence était appréhendée de manière à concevoir des règles dérogatoires, héritage des conquêtes des territoires qui abritaient les diverses communautés juives. L'absence d'unité de la communauté juive et du droit qui lui était applicable permettait, par lettres patentes, l'existence de statuts, certes précaires et révocables, mais moins désavantageux pour certaines minorités juives que pour d'autres⁵⁵⁸. En définitive, jusqu'en 1787, les juifs s'avéraient mieux lotis que les protestants, eu égard au bénéfice de cette autonomie juridique⁵⁵⁹, finalement exorbitante, de droit commun. Toujours était-il que le système avait conforté l'autonomie propre à chaque communauté juive. Toutes avaient leurs droits et des considérations locales ou nationales

⁵⁵² O. DEVAUX, « Citoyenneté et Révolution française : naturalisation et ostracisme » in H. ROUSSILLON (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 165.

⁵⁵³ Séance du 2 sept. 1790, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 18, Paris, P. Dupont, 1884, p. 492.

⁵⁵⁴ À noter que l'article concerné traite expressément de la « religion protestante » (article 5).

⁵⁵⁵ R. HERMON-BELOT, *Aux sources de l'idée laïque...*, op. cit., p. 55.

⁵⁵⁶ Cela se traduit principalement par la loi du 15 décembre 1790 restituant les biens aux religionnaires dépouillés par l'édit de Nantes et offrant aux descendants de réfugiés protestants le droit imprescriptible de réclamer la nationalité française (voir P. CABANEL, « Une loi du retour (15 décembre 1790) : réparation nationale et crispations nationalistes sur le thème du retour des huguenots », *Diasporas. Histoire et sociétés*, n° 8, 2006, p. 49-77). La Constitution de 1791 réaffirma même par la suite le principe (article 2 du Titre II).

⁵⁵⁷ À titre d'exemple, une ordonnance de 1269 imposait aux juifs le port d'une marque distinctive de leurs habits (la rouelle), procédé qui n'est pas sans rappeler une époque malheureusement bien plus récente (D. SANSY, « Marquer la différence : l'imposition de la rouelle aux XIII^e et XIV^e siècles », *Médiévales*, n° 41, 2001, p. 15-36).

⁵⁵⁸ P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 72. Par exemple, les juifs d'Alsace se virent tout de même accordés quelques droits par les lettres patentes du 10 juillet 1784. Elles leur permirent de louer des terres et de prendre des fermes à bail avec toutefois la condition qu'ils les exploitent eux-mêmes (alors qu'ils n'avaient aucune connaissance agricole) ; d'acquérir des biens-fonds et les maisons nécessaires à leur habitation personnelle ; d'accéder à des professions manuelles et d'établir des manufactures et fabriques d'étoffes ou autres ouvrages. Elles confirmaient en sus les privilèges et l'autonomie des communautés. En revanche, les dispositions préservaient certaines discriminations, comme l'obligation d'une permission du roi pour pouvoir contracter un mariage sous peine d'expulsion (E. SRAER, *Les juifs de France et l'égalité des droits civiques*, Thèse de doctorat en sciences politiques et économiques, Paris, Université de Paris, 1933, p. 36-37).

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 40.

propres⁵⁶⁰. Cependant, cela n'empêcha pas une certaine mobilisation globale pour ladite religion, compte tenu des discriminations persistantes et, globalement, de plus en plus contestées.

151. À la veille de la Révolution, alors que la question des juifs n'était jusqu'ici qu'abordée sous l'angle de leur dénonciation, de nouvelles littératures ouvraient la voie à des réflexions engageantes. À Paris, « les idées nouvelles se répandaient », par l'écho du mémoire de Dohm en faveur des juifs, dont les idées furent reprises et partagées en masse par le fameux ouvrage de Mirabeau⁵⁶¹, mais également par les trois mémoires de l'Académie de Metz qui offraient à la question juive une perspective émancipatoire⁵⁶². La promulgation de la DDHC le 26 août 1789 devait libérer les juifs dans leur globalité, mais la hauteur et l'abstraction des principes en retardait l'application concrète, qui exigea bien des étapes supplémentaires⁵⁶³.

152. Il faut dire que si les défenseurs de l'émancipation juives s'accordaient « à demander pour tous les Juifs de France tous les droits civils »⁵⁶⁴, sans distinction de communautés, l'absence des mêmes conditions sociales et légales entre celles-ci entraînait logiquement des demandes distinctes et retardait l'égalité attendue⁵⁶⁵. L'on résume traditionnellement leur répartition en trois groupes confessionnels distincts, avec des analyses au regard de l'égalité

⁵⁶⁰ D'un côté, expliquait Eugène Sraer, s'imposait la prise de conscience globale de l'opinion publique en faveur de la communauté juive (puissamment illustrée par trois mémoires gagnant d'un concours de l'Académie de Metz sur la situation des Juifs concluant à l'abolition de toute loi d'exception) (*ibid.*, p. 38). De l'autre, persistaient les désaccords entre les communautés juives qui rendirent impossible une enquête menée par Malesherbes sur la situation des juifs à la suite des protestations : « [L]e problème était très difficile à résoudre. Il se compliquait encore du fait que les Juifs du Midi et ceux d'Alsace n'étaient pas eux-mêmes d'accord entre eux. Ces discussions n'aboutirent à aucun résultat. L'œuvre fut remise en question, les événements s'étant précipités et la convocation des États généraux ayant été ordonnée » (*ibid.*).

⁵⁶¹ H.-G. R. MIRABEAU, *Sur Moïse Mendelssohn, sur la réforme politique des Juifs et en particulier sur la révolution tentée en leur faveur en 1753 dans la Grande-Bretagne*, Paris, 1788.

⁵⁶² M. LIBER, « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) », *Revue des études juives*, t. 63, n° 126, 1912, p. 185-210.

⁵⁶³ Seulement implicite à travers la Déclaration, l'émancipation des juifs n'exigea, aux yeux de David Feuerwerker, pas moins de sept étapes, du 26 août 1789 au 27 septembre 1791 (D. FEUERWERKER, *L'Émancipation des Juifs en France : de l'Ancien Régime à la fin du Second Empire*, Paris, Albin Michel, 1976, p. 294 et s.).

⁵⁶⁴ P. SAGNAC, « Les Juifs et la Révolution française (1789-1791) (Suite et fin) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 1, n° 3, 1899, p. 209-234.

⁵⁶⁵ Les juifs du Midi bénéficiaient de la meilleure situation et de conditions tendant à l'assimilation aux populations locales. À Bordeaux, là où demeurait la communauté juive la plus privilégiée, ils disposaient d'importants droits et jouissaient d'une certaine considération, ce qui leur évitait des mesures locales de restriction. Dans le Comtat de Venaissin, les juifs tiraient parti d'une forte tolérance, ce qui fit de la localité un lieu d'asile pour les juifs persécutés. Ils bénéficiaient de certains droits, mais surtout, à Avignon, celui d'exercer publiquement leur religion, ce qui était suffisamment rare à l'époque pour le notifier. La situation de la communauté de l'Est était bien plus fragile, caractérisée par une simple tolérance et une forte précarité. La population était fortement restreinte et de lourdes charges pesaient sur eux. Certes, en Alsace, les rabbins exerçaient certaines fonctions comme celle de notaire et jugeaient notamment les contestations civiles entre juifs mais, jusqu'en 1784 ils étaient tous fortement limités dans l'accès aux professions. En définitive, contrairement aux juifs du Midi, ceux d'Alsace et Lorraine entretenaient une certaine séparation avec les usages locaux et par leurs pratiques. Enfin, la communauté des juifs de Paris, plus petite, plus récente, et issue des communautés de l'Est et du Midi, n'était qu'à peine tolérée, ne jouissait d'aucuns droits et se voyait même privée de certains commerces (pour plus de détails voir P. SAGNAC, « Les Juifs et la Révolution française (1789-1791) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 1, n° 1, 1899, p. 5-23. Pour des précisions les considérations sociales, juridiques, politiques, des juifs dans les différentes régions voir M. LIBER, « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) », *art. préc.* et « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) (Suite) », *Revue des études juives*, t. 64, n° 127, 1912, p. 89-108).

bien distinctes : les juifs – issus de l’immigration ibérique – du Sud-Ouest (ou du Midi) (1), les juifs d’Alsace et de Lorraine (ou de l’Est) et ceux de Paris (2)⁵⁶⁶.

1) La situation des juifs du Midi : des revendications universalistes pour une égalité aisément acquise

153. Pour la communauté la mieux intégrée⁵⁶⁷, celle du Sud-Ouest, les revendications s’avéraient assez simples. Leur situation était telle qu’ils demandaient juste que leurs droits ne soient pas altérés. En revanche, se considérant comme supérieurs aux juifs des autres communautés, ceux-ci refusaient d’y être assimilés⁵⁶⁸. Particulièrement inquiets que l’on dégrade leur condition, dès le 14 août ils adressèrent à l’abbé Grégoire une lettre dénonçant tout règlement que l’Assemblée nationale serait tentée de prendre au regard du « sort malheureux de quelques Juifs de l’Alsace et des Trois-Évêchés » et qui traiterait communément tous les juifs de France. De telles mesures leur seraient apparues « comme une injustice aussi gratuite qu’elle serait cruelle »⁵⁶⁹.

154. Précisément, les juifs de Bordeaux et ses alentours bénéficiaient déjà de tous les droits communs. Pour eux, « l’égalité est devenue un fait acquis du moment où ils ont participé sans discrimination à l’élection des députés aux États Généraux »⁵⁷⁰. Tout devait être fait pour que cet acquis ne soit pas remis en cause. Il ne s’agissait pas de privilèges spécifiques, mais seulement d’une assimilation progressive au sein de la généralité des individus. Craignant pour leurs droits acquis par lettres patentes, ils faisaient front à tout traitement spécifique demandé par, et accordé à, la communauté de l’Est. Ils prônaient avant tout des lois générales, « qui serviront à la régénération du royaume entier »⁵⁷¹. Néanmoins, la démarche des juifs du Midi s’opposait également à celle des Parisiens sur la forme⁵⁷² ; ces premiers plaidant davantage pour un vocabulaire universaliste traduit par la seule soumission aux lois générales, sans évocation quelconque du sort des juifs⁵⁷³.

⁵⁶⁶ On distingue parfois une communauté supplémentaire issue du Comtat Venaissin, alors soumise à la juridiction du pape et rattachée à la France en 1791 (J.-M. CHOURAQUI, « Les communautés juives face au processus de l’Émancipation », *Rives méditerranéennes*, n° 14, 2003, p. 39-48).

⁵⁶⁷ En majorité issue d’Espagne et du Portugal, et participant davantage à la vie de la société, cette communauté avait largement bénéficié de lettres patentes avantageuses ; des familles installées à Bordeaux accédèrent par exemple à tous les métiers (F. RAPHAEL, « Les juifs de l’Ancien Régime » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, op. cit., p. 65). Ils devaient probablement cela à leur apparente conversion au catholicisme, ce qui leur évita les expulsions réitérées et définitives exigées, déjà en 1394, mais renouvelées en 1615. La communauté suivit les préceptes du culte majoritaire en public, mais respectait son culte dans la sphère privée et clandestinement. D’après Patrick Girard toutefois, « les autorités et l’opinion n’étaient guère dupes de l’appartenance religieuse réelle des intéressés » (*La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 22).

⁵⁶⁸ P. SAGNAC, « Les Juifs et la Révolution française (1789-1791) (Suite et fin) », art préc.

⁵⁶⁹ A. FURTADO et al., *Lettre adressée à M. Grégoire, curé d’Emberménil, député de Nancy, par les députés de la nation juive portugaise, de Bordeaux*, 1789, Versailles, Baudouin, p. 3.

⁵⁷⁰ J.-M. CHOURAQUI, « Les communautés juives face au processus de l’Émancipation », art. préc.

⁵⁷¹ A. FURTADO et al., *Lettre adressée à M. Grégoire...*, op. cit., p. 2.

⁵⁷² Voir *infra*.

⁵⁷³ Pour reprendre les mots de Maurice Liber : « [i]ls auraient bien voulu qu’on ne s’occupât point d’eux » (M. LIBER, « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) (Suite) », art. préc.).

155. Cela dit, le maintien du statut *quo ante* leur permettait, à côté de l'égalité, de préserver l'autonomie communautaire et les statuts personnels dont ils disposaient⁵⁷⁴. Il semble toutefois que leur tactique égalitaire impliquait de ne pas ébruiter l'existence de ces privilèges.

156. L'échec de leur inclusion parmi les « non catholiques » du décret du 24 décembre 1789 les conforta dans l'idée que tout traitement spécifique de leur cas tournait à leur désavantage. Pour les juifs du Sud-Ouest, cette non-inclusion dans le champ d'application du décret était une défaite particulièrement amère. Ceux-ci disposaient en réalité déjà des droits que le décret, par l'ajournement de la question juive, venait indirectement de supprimer⁵⁷⁵. En réaction, ils se réunirent pour adopter une adresse le 31 décembre, ensuite soumise à l'Assemblée nationale, par laquelle ils désignaient comme seuls responsables les juifs de l'Est de l'erreur qu'avaient commis les députés par le décret du 24 décembre⁵⁷⁶.

157. Il a fallu attendre le 9 février 1790 pour que l'Assemblée vote ce qui est traditionnellement considéré par la doctrine comme l'acte d'émancipation des juifs du Midi. En réalité, comme le souligne Patrick Girard, ce texte n'était ni plus ni moins qu'une correction d'une erreur passée des députés⁵⁷⁷. Par ce texte, les juifs du Midi récupéraient les droits communs qu'ils avaient perdus. Une fois de plus, s'il est souvent question de privilèges, c'est probablement au seul regard des autres communautés juives⁵⁷⁸. Pour ceux du Midi, il ne s'agissait que d'une remise à égalité par l'évincement de leur différence religieuse dans le droit commun⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 121.

⁵⁷⁵ Alors que la situation ne changeait pas pour les juifs de l'Est qui, quant à eux, ne bénéficiaient pas de ces droits d'accès aux fonctions publiques que le décret consacrait (*ibid.*, p. 128).

⁵⁷⁶ P. DIAS et al., *Adresse à l'Assemblée nationale des Juifs de Bordeaux*, 1789, Paris, Baudouin.

⁵⁷⁷ P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 133 et s. Le décret se contentait de restaurer ce que celui du 24 décembre 1789 leur avait retiré et qu'ils avaient acquis avant la Révolution. D'ailleurs, la formulation du décret des députés est limpide : « [l']Assemblée nationale décrète que les Juifs portugais, espagnols et avignonnais continueront de jouir des droits dont ils ont joui jusqu'à présent, et qui sont consacrés en leur faveur par des lettres patentes ; et en conséquence, ils jouiront des droits des citoyens actifs, lorsqu'ils réuniront par ailleurs les conditions requises par les décrets de l'Assemblée ».

⁵⁷⁸ Peu avant le vote final dudit décret, les députés débattaient sur le caractère provisoire ou perpétuel des droits (ré)accordés aux juifs du Midi. L'Abbé Maury proposait à ce titre des droits temporaires, en rappelant que l'octroi ancien de ceux-ci s'était opéré par des Lettres patentes, ce qui excluait qu'elles fussent considérées comme des lois perpétuelles du Royaume. À la suite de l'intervention du député, le *Journal de Paris* publia le lendemain un article citant et commentant celle-ci, dont certaines réflexions méritent d'être soulignées : « si les droits accordés aux Juifs de Bordeaux sont appelés *privilèges*, ce n'est point pour caractériser ces droits, mais pour distinguer les Juifs de Bordeaux de tous les autres Juifs, qui en sont exclus [...] [s]i les Lettres-Patentes accordées aux Juifs étaient renouvelées de règne en règne, et au moment de l'inauguration de chaque Roi, c'est parce qu'à ce moment le contrat de la Nation avec le trône se renouvelait en quelque sorte ; que les Rois le renouvelaient avec les Catholiques dans leurs sacres, et avec les Juifs par des Lettres-Patentes ». Surtout, « [e]st-il permis de dire qu'en montant sur le trône, un Roi pouvait retirer aux Juifs les prérogatives dont ils jouissaient, et qui n'étaient autre chose que les droits de l'homme et du Citoyen ? ». L'article concluait joliment : « [q]u'importe qu'on ait donné le titre de *Privilège* aux droits des Juifs ? Il y a quelques temps, tout était *Privilège* et rien n'était *droit*. Si c'était un *Privilège*, l'Assemblée Nationale ne devrait pas le confirmer, et c'est pour être conforme à ses principes qu'elle doit transformer ces *Privilèges* en *droits* » (« Assemblée nationale. Séance de Jeudi 28 janvier », *Journal de Paris*, 29 janv. 1790, p. 113-116).

⁵⁷⁹ Dans leur Adresse du 31 décembre 1789, les juifs du Sud-Ouest mettaient en avant le traitement similaire aux citoyens non juifs dont ils bénéficiaient. Ils soulignaient en ce sens qu'ils ne demandaient ni plus ni moins que l'égalité civile : « [n]ous n'avons ni Lois ni Tribunaux, ni Officiers particuliers [...] Nous supportons toutes les impositions royales sur le même pied que les autres Français [...] » (P. DIAS et al., *Adresse à l'Assemblée nationale des Juifs de Bordeaux*, op. cit.).

158. Du moins, qu'en partie ; le décret maintenait implicitement et discrètement le droit spécifique de l'autonomie de la communauté. À l'instar de la communauté catholique, le fait religieux était donc ici aussi saisi par un groupe particulier, distinguant alors les individus sur l'appartenance dans le droit commun. Toutefois, s'il pêchait sur cet aspect de l'égalité, alors que rien ne les obligeait, dans les faits, les communautés du Midi se conformèrent d'elles-mêmes à la logique individualiste du principe par la prononciation de leurs dissolutions⁵⁸⁰. Patrick Girard notifie l'absence d'archives justifiant cette décision, mais suppose la volonté des juifs de se conformer à leurs déclarations – « selon lesquelles ils n'avaient ni tribunaux, ni officiers particuliers » – et de se démarquer encore davantage des juifs de l'Est⁵⁸¹.

2) La situation des juifs de l'Est et de Paris : la route sinueuse pour l'égalité

159. Preuve des contradictions révolutionnaires, la communauté juive n'était pas traitée dans sa généralité. Les députés confortaient l'hétérogénéité de la communauté juive en ciblant spécifiquement certains groupes. Il faut dire que les communautés de l'Est et de Paris différaient, tant dans leur revendication que dans leur situation (**a**). À leur égard, le chemin vers l'égalité fut long et sinueux (**b**).

a) Les communautés de l'Est et de Paris : des revendications maladroites et opposées à l'égard de l'égalité

160. Les juifs de l'Est – comme ce territoire de manière générale d'ailleurs – ont toujours bénéficié d'un statut particulier, jonché de droits spécifiques, souvent discriminatoires⁵⁸². Ils voyaient dans l'espoir révolutionnaire la possibilité d'en finir avec les exclusions qu'ils subissaient⁵⁸³. Les juifs de la région envoyèrent une série d'adresses à l'Assemblée nationale, afin que leur situation soit traitée, dont la plus importante fut celle du 31 août 1789. Le texte soulignait habilement la consécration de la Déclaration et la nécessité s'y rattachant de réaliser

⁵⁸⁰ P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 138.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 139.

⁵⁸² La communauté juive à Metz témoignait de la tolérance disparate qui illustra l'ancienne époque ; en 1564 le gouverneur autorisa à titre provisoire la résidence de trois familles, autorisation qu'Henri III et Louis XIV étendront et renouvelleront (P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 31). En revanche, une taxe fut instaurée en 1715 pour les ménages juifs en échange d'une certaine protection, notamment contre les tentatives d'expulsion, preuve de la frivolité des droits et avantages octroyés.

⁵⁸³ À l'est, la majorité des habitants – sous l'influence d'un certain zèle du Clergé en la matière – était hostile à la communauté religieuse. Les cahiers de doléances assortis de demandes contre les juifs, les premiers députés avaient défendu au nom de leurs commettants l'exclusion préservée des juifs. Cependant, après l'établissement de la Déclaration, la Révolution en marche, la cause put être défendue dans sa généralité sans que la référence aux doléances locales ne puissent davantage valoir (M. LIBER, « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) », art. préc. et « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) (Suite) », art. préc.).

l'égalité à leur égard⁵⁸⁴. Cependant, en contradiction, les rédacteurs rajoutaient ensuite : « il n'y a qu'une distinction qui doit nous être laissée, à raison de notre Religion »⁵⁸⁵, à savoir les privilèges et l'autonomie dont ils bénéficiaient. Ainsi, dans un élan schizophrène, les juifs d'Alsace demandaient, par exemple, la suppression des taxes arbitraires mais, par là même, le maintien de leurs lois religieuses, de leurs synagogues, rabbins et syndics⁵⁸⁶. D'autant qu'en fonction du lieu, les demandes se subdivisaient et se spécifiaient davantage, même si l'on y trouvait beaucoup de revendications qui s'inscrivaient dans la simple logique de l'égalité⁵⁸⁷.

161. En tout état de cause, si nous pouvons percevoir une contradiction entre le maintien des privilèges communautaires et la cessation individualiste des discriminations, eux considéraient – non sans contradictions supplémentaires – la préservation de leurs droits spécifiques comme une nécessité pour être de meilleurs citoyens⁵⁸⁸. Comme le résume finalement Eugène Sraer, ils souhaitaient « cumuler les droits des citoyens français avec les privilèges des Juifs »⁵⁸⁹, ce qui allait, au moins pour partie, à l'encontre des principes révolutionnaires.

162. Le combat des juifs d'Alsace pour leurs droits fut long et tourmenté. Ils multipliaient adresses et pétitions pour faire valoir leurs revendications, souvent sous la plume affûtée d'Isaac Berr-Bing, membre et grand défenseur de ladite communauté⁵⁹⁰. Voyant la victoire des juifs de Bordeaux en février 1790, et subissant les ajournements, ils ne perdaient pas espoir de voir leur situation changer. Cette dernière fut d'ailleurs, à la fin, traitée avec celle des Parisiens qui, de leur côté, n'ont pas formulé les mêmes revendications, même si leur combat fut au moins aussi hardi.

163. Ceux-ci envoyèrent également une adresse le 26 août 1789 faisant part de leurs demandes. Contrairement à ceux d'Alsace et Lorraine, les juifs de Paris ne demandaient que l'égalité la plus complète au titre d'une logique universaliste chère aux Lumières : « le titre

⁵⁸⁴ Après avoir rappelé les principes de la DDHC, l'adresse exprimait : « [m]ais jusqu'à présent, isolés sur la terre, et rangés toujours dans d'avalissantes exceptions, ne viendra-t-on pas nous y rejeter de nouveau, et prétendre que la justice, qui est la première dette de la société, peut encore se distribuer inégalement à des hommes qui y ont tous des droits égaux ? » (L. WOLFF *et al.*, *Adresse présentée à l'Assemblée nationale, le 31 août 1789, par les députés réunis des juifs établis à Metz, dans les Trois Évêchés, en Alsace et en Lorraine*, 1789, p. 3). Dans le même sens, après avoir dénoncé les taxes exorbitantes dont étaient victimes les juifs, l'adresse rappelait que « dans une nation civilisée, il ne doit y avoir que des citoyens ; qu'un seul genre d'impôts ; qu'un seul et même rôle, sur lequel les citoyens imposés soient également et indistinctement placés. Bientôt, [...] il n'y aura plus un rôle d'impositions pour les Français, et un autre pour les Juifs [...] » (*ibid.*, p. 8).

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁸⁶ E. SRAER, *Les juifs de France et l'égalité des droits civiques*, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁸⁷ Par exemple, les juifs de Metz demandaient à participer à la jouissance des biens communaux et ceux de Lorraine souhaitaient être admis dans les collèges et les universités (P. SAGNAC, « Les Juifs et la Révolution française (1789-1791) (Suite et fin) », *art. préc.*).

⁵⁸⁸ D. FEUERWERKER, *L'Émancipation des Juifs en France...*, *op. cit.*, p. 300.

⁵⁸⁹ E. SRAER, *Les juifs de France et l'égalité des droits civiques*, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁹⁰ Qui n'hésitait pas à prôner l'idéal égalitaire universaliste : « [n]ous supplions qu'on nous accorder le retour au droit naturel, commun à tous les hommes qui ne s'en sont pas rendus indignes par des crimes ». C'est à ce titre qu'ils demandaient la possibilité d'exercer tous les arts et métiers, ou encore de posséder des fonds (I. BERR-BING, *Mémoire particulier pour la communauté des juifs établis à Metz*, Annexe à la séance de l'Assemblée nationale du 14 octobre 1789, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 9, Paris, P. Dupont, 1877, p. 448-449).

d'homme nous garantit celui de Citoyen ; le titre de Citoyen nous donnera tous les droits de Cité, toutes les facultés civiles, dont nous voyons jouir, à côté de nous, les Membres d'une Société dont nous faisons partie »⁵⁹¹. Très expressément, les rédacteurs de l'adresse précisaient refuser tout privilège particulariste⁵⁹². Cette communauté se ralliait d'autant plus rapidement à l'idéal égalitaire qu'ils n'avaient jamais réellement bénéficié de privilèges. La balance entre ce qu'ils gagneraient et ce qu'ils perdraient ne laissait que peu de choix⁵⁹³. De surcroît, leur raisonnement universaliste montrait ses limites lorsque, comme le dénonçaient les juifs de Bordeaux, ils demandaient paradoxalement la reconnaissance de la Nation juive à côté de celle de leur citoyenneté⁵⁹⁴.

164. C'est par la suite grâce à l'alliance avec l'avocat Jacques Godard, dont nous savons l'implication dans le processus émancipatoire des juifs Parisiens⁵⁹⁵, que ces derniers appuyèrent leurs demandes localement, auprès de la commune. Plus encore, ils s'allièrent avec les juifs d'Alsace et de Lorraine dans une pétition du 28 janvier 1790 concernant l'ajournement décidé de le 24 décembre de l'année précédente⁵⁹⁶. Malgré tous leurs efforts, les ajournements successifs réduisirent les demandes à néant devant l'Assemblée⁵⁹⁷. Cependant, la mobilisation se voyait de plus en plus massive et le soutien apporté aux juifs grandissait. L'idée d'émancipation faisait son chemin et ce n'était qu'une question de temps avant qu'elle s'introduise suffisamment dans l'Assemblée pour qu'un texte la consacre.

b) Une égalisation tardive et incomplète

165. Une étape importante fut franchie au milieu de l'année 1790 ; importante avant tout pour les juifs de Metz, importante néanmoins pour la cause juive dans sa globalité. Ces premiers subissaient particulièrement une taxation exorbitante au profit du duc de Brancas. Relativement

⁵⁹¹ J. GOLDFCHMIT *et al.*, *Adresse présentée à l'Assemblée nationale, le 26 août 1789, par les juifs résidant à Paris*, 1789, p. 1.

⁵⁹² « [N]ous sommes tellement convaincus de la nécessité, où sont tous les habitants d'un grand Empire, de se soumettre à un plan uniforme de police et de jurisprudence, que nous demandons à être soumis, comme tous les Français, à la même jurisprudence, à la même police, aux mêmes tribunaux ; et que nous renonçons, en conséquence, pour la chose publique, et pour notre propre avantage, toujours subordonné à l'intérêt général, au privilège qui nous avait été accordé d'avoir des chefs particuliers tirés de notre sein, et nommés par le gouvernement » (*ibid.*).

⁵⁹³ Comme le fait finalement remarquer Rita Hermon-Belot, le privilège est « sans doute plus facile à abandonner pour des communautés qui n'en ont en fait jamais vraiment bénéficié » (*Aux sources de l'idée laïque : Révolution et pluralité religieuse*, *op. cit.*, p. 65). À l'inverse, pour des communautés bien intégrées comme celles du Midi, porter certaines revendications était un risque à pertes. Dénonçant en effet les demandes des juifs de l'Est, ceux du Midi concluaient : « car à notre égard il s'agit moins d'acquiescer que de ne pas perdre » (P. DIAS *et al.*, *Adresse à l'Assemblée nationale des Juifs de Bordeaux*, *op. cit.*).

⁵⁹⁴ « Nous venons supplier, messeigneurs, de faire, dans vos décrets, une mention particulière de la Nation juive et consacrer ainsi notre titre et nos droits de citoyens » (J. GOLDFCHMIT *et al.*, *Adresse présentée à l'Assemblée nationale...*, *op. cit.*, 1789). Mais une telle demande était-elle totalement illégitime ? On a déjà observé à quel point il est difficile de restaurer l'égalité sans désigner ceux qui ont jusqu'ici subi maintes exclusions et discriminations. L'universalisme se confronte alors d'ores et déjà aux impasses de la réalité sociale ; l'égalité sans distinctions, ni désignation, n'entraîne pas nécessairement une modification des mœurs, donc une égalité réelle.

⁵⁹⁵ Voir David FEUERWERKER, *L'Émancipation des Juifs en France...*, *op. cit.*, p. 332 s.

⁵⁹⁶ J. GODARD, *Pétition des juifs établis en France, adressée à l'Assemblée nationale le 28 janvier 1790, sur l'ajournement du 24 décembre 1789*, Paris, Prault, 1790.

⁵⁹⁷ D. LOCHAK, *Le droit et les juifs*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2019, coll. « À savoir », p. 11.

ancienne, mais sans cesse renouvelée sous l'Ancien Régime⁵⁹⁸, elle était justifiée par un « droit de protection » des juifs de Metz, qui, à la vérité, ne les protégeait guère beaucoup⁵⁹⁹. À l'aube de la Révolution, le maintien de ce système local interrogeait l'égalité : « [a]près la Déclaration des Droits de l'Homme, peut-on faire payer, par un groupe d'hommes, des droits particuliers de protection, d'habitation et de tolérance ? »⁶⁰⁰. La réponse relève du bon sens. Pourtant, l'Assemblée ne mit fin à ce vestige de l'Ancien Régime qu'en juillet 1790, au nom d'une égale soumission à la protection de la force publique, « indistinctement sans autre condition que celle d'en acquitter les contributions » – comprenons, « sans distinction de religion ». Bien qu'une page de cette époque se tournait⁶⁰¹, il restait tout de même à la Révolution d'en écrire une nouvelle au titre de l'égalité.

166. Tandis que la situation des juifs du Midi avait été tranchée en février 1790, ce n'est que le 27 septembre 1791, sur une initiative – au raisonnement universaliste – du député Adrien du Port⁶⁰², qu'un décret prévint l'accès aux droits politiques en abrogeant réserves, exceptions et ajournements que les textes précédents avaient consacrés à propos des juifs. Le lendemain, Victor de Broglie, député de longue date opposé aux juifs, rajouta un amendement visant à ce que l'exigence de prestation du serment civique entraîne la renonciation des lois civiles et politiques auxquelles les juifs avaient été soumis jusqu'ici⁶⁰³. C'était sans compter l'intervention de Prugnon, qui put habilement faire voter l'amendement en substituant à la formulation du député de Broglie celle entraînant plutôt « une renonciation à leurs privilèges »⁶⁰⁴. Grâce à cette intervention, étaient supprimées les particularités communautaires conformément à la logique individualiste et égalitaire⁶⁰⁵.

167. Cependant, cet élan émancipateur fut de courte durée : à l'initiative d'un des députés les plus opposés à l'assimilation des juifs, Reubell, l'Assemblée vota le lendemain un décret applicable aux seuls juifs alsaciens, exigeant un état détaillé des créances qu'ils détenaient sur des non juifs, suivi d'un mode de liquidation décidé par les directoires du Haut et du Bas-Rhin.

⁵⁹⁸ Établie en 1715, elle fut renouvelée en 1742 puis en 1750 pour une durée prévue jusqu'en 1805.

⁵⁹⁹ David FEUERWERKER, *L'Émancipation des Juifs en France...*, op. cit., p. 317.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 377.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 379.

⁶⁰² Le député fit remarquer que la nouvelle Constitution prévoyait des « droits généraux » relatifs à la citoyenneté auxquels les décrets d'ajournements et réserves relatives aux juifs portaient atteinte. Il poursuivit : « [a]insi, si vous n'aviez pas rendu un décret d'ajournement sur la question des juifs, il n'y aurait rien à faire du tout ; car, ayant déclaré par votre Constitution comment tous les peuples de la terre peuvent devenir citoyens français et comment tous les citoyens français peuvent devenir citoyens actifs, il n'y aurait aucune difficulté sur cet objet ». Du Port termina justement par des termes qui s'inscrivaient dans la lignée universaliste : « [j]e crois que la liberté des cultes [et, nous rajouterions, surtout l'égalité] ne permet plus qu'aucune distinction soit mise entre les droits politiques des citoyens à raison de leurs croyances et je crois également que les juifs ne peuvent pas seuls être exceptés de la jouissance de ces droits, alors que les païens, les Turcs, les musulmans, les Chinois même, les hommes de toutes les sectes en un mot, y sont admis » (Séance du 27 sept. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale*, t. 31, Paris, P. Dupont, 1888, p. 372).

⁶⁰³ Soi-disant dans le but de remédier aux troubles qui pourraient résulter en Alsace d'une mauvaise interprétation du texte (*Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, op. cit., p. 441). Plus honnêtement, la disposition visait à rendre inapplicable l'évolution que l'article voulait consacrer.

⁶⁰⁴ « [C]ar les lois civiles des Juifs sont identifiées à leurs lois religieuses, et il n'est pas dans notre intention d'exiger qu'ils abjurent leur religion » poursuivait-il (*Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, op. cit., p. 441).

⁶⁰⁵ Alors que ces particularités communautaires avaient été maintenues, implicitement, pour les juifs du Midi.

Contrairement au décret émancipateur, celui-ci désignait spécifiquement une communauté juive pour lui appliquer un traitement particulier et discriminatoire. La contradiction avec l'esprit du texte antérieur, mais plus globalement avec celui de la Révolution, était flagrante. En dépit de l'établissement de la DDHC, après tant de difficultés à consacrer la seule égalité civile et civique pour les juifs, les députés montraient une fois encore à quel point entre les principes, les idéaux, et leur application concrète, tout restait à faire.

168. Immanquablement, la Terreur confirma bien vite cette analyse. Elle conforta d'ailleurs la difficulté pour la communauté juive à s'intégrer à la nation française et entraîna, en conséquence, le maintien d'inégalité juridiques⁶⁰⁶.

169. Mais les incohérences normatives et principielles ne cessèrent pas forcément avec le temps, ce dont témoigna clairement le traitement de la nationalisation des dettes des corporations dissoutes. En théorie, rien ne devait s'opposer à ce que cette mesure concerne les communautés juives. Toutefois, certains esprits envisageaient de faire payer individuellement des juifs au titre des dettes que la communauté à laquelle ils appartenaient auparavant détenait⁶⁰⁷. Les juifs d'Avignon ont alors adressé à la Convention deux pétitions (le 24 septembre et le 14 novembre 1794) la confrontant à ses propres contradictions. Reprenant la logique individualiste révolutionnaire sans cesse prônée, ils rappelaient que nulle distinction communautaire ne devait perdurer : « [l]a Convention nationale ne peut reconnaître des Juifs. Il n'y a plus de Juifs en France. Il n'y a plus en France de Catholiques, de Protestants [...] il n'y a que des Français. Mais, s'il n'y a plus que des Français, il ne faut donc dans le sein de la Nation aucune espèce de distinction. Il ne faut pas envisager les Juifs d'Avignon d'un autre œil qu'on n'envisage tous les Citoyens Français. Il ne faut pas reconnaître leur Corporation particulière comme existante, lorsque cette Corporation a été anéantie avec toutes les autres [...] »⁶⁰⁸. Une nouvelle fois, la défense était implacable au regard des principes nouvellement consacrés.

170. Pourtant, ce n'est que le 6 décembre 1797, et contre l'avis cohérent du député Saladin prônant la nationalisation des dettes⁶⁰⁹, que le Conseil des Cinq-Cents décréta que les communautés juives n'étaient pas comprises dans le décret portant dissolution des corporations et que leurs dettes ne seraient pas nationalisées. Patrick Girard conclut deux choses à propos de cette décision : d'une part, que la porte n'était pas fermée à la reconstitution des communautés, d'autre part, « que les droits civiques obtenus par les Juifs ne signifiaient pas pour autant une égalité pleine et entière »⁶¹⁰. En d'autres termes, les principes révolutionnaires et universalistes

⁶⁰⁶ P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 66.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 246.

⁶⁰⁸ A. RAVEL et al., *Observations pour les Juifs d'Avignon, à la Convention nationale*, Paris, EDHIS, 24 sept. 1794, p. 16-19.

⁶⁰⁹ Une nouvelle fois appuyé sur le respect d'un idéal égalitaire et individualiste par-delà les distinctions de religion : « [e]lle [la République] doit traiter, dans ses transactions avec eux, comme elle a traité avec tous les autres citoyens [...] Les juifs n'existent plus qu'en individus séparés » (*Rapport fait par Saladin, au nom d'une commission spéciale, composée des représentants Grégoire, Chappuy, Louvot, Beyts et Saladin, sur les pétitions des juifs de Metz et d'Avignon*, Paris, L'imprimerie nationale, 1796 (an V), p. 13).

⁶¹⁰ P. GIRARD, *La Révolution française et les juifs*, op. cit., p. 248.

s'avéraient loin d'être définitivement acquis. La différenciation religieuse peina à quitter la jouissance des droits civils et civiques, théoriquement communs aux hommes. Tel que le résume David Feuerwerker « l'émancipation n'est pas encore l'égalité », mais vraisemblablement qu'une étape vers celle-ci ; « plus de cinquante années de luttes seront nécessaires pour que l'émancipation aboutisse à l'égalité, sans aucune discrimination »⁶¹¹.

171. D'un côté, l'égalité universaliste était perceptible dans les mentalités. Elle postulait l'exclusion des différences religieuses de l'application de la loi commune. De l'autre, le régime peinait profondément à ne plus prendre en compte le fait religieux à travers la différence religieuse. Le fait religieux, intégré dans le droit par la différence, contredisait l'émergence théorique de l'égalité universaliste. D'autant que cette émancipation, donc l'égalité, allait aussi se poser au cœur des discussions sur le libre exercice du culte.

PARAGRAPHE 2. Les débuts du régime des cultes moderne et l'émergence de la question spécifique de l'égalité des cultes

172. Les développements précédents montrent toute la difficulté que présentait la consécration d'une véritable égalité au sein du droit commun qui se conçoit encore fortement dans la reconnaissance de la différence religieuse. Pour que l'étude des relations entre l'égalité et le fait religieux soit complète, il nous semble qu'un autre pan de réflexions émerge de l'histoire et doit être analysé. Celui-ci se dégage des propos de Paul Chopelin qui se demande si la Révolution française est aux origines de la neutralité. En réponse, il affirme que l'histoire démontre l'impossibilité de cette neutralité : « le religieux peut être source de trouble à l'ordre public et alimenter la contestation politique, obligeant l'État à intervenir », expliquant alors l'intervention normative des régimes suivants la Révolution⁶¹². En ces termes, l'auteur montre que le fait religieux dut être spécifiquement réglementé. En effet, et tel était le cas sous l'Ancien Régime, certaines dimensions du fait religieux ne purent être ignorées, en partie pour les raisons évoquées par l'auteur, mais pas exclusivement.

173. En ce sens, la période révolutionnaire se caractérisa par les réflexions menées sur le sujet des soubassements du régime des cultes nouvellement établi. Elle marqua alors les débuts du régime spécifique au fait religieux post-Révolution mais, avec elle et intrinsèquement, de la question d'une égalité particulière au sein de ce régime (A). Les périodes suivantes précisèrent l'exigence et la potentielle substance de cette égalité. En effet, ce régime s'est trouvé concrétisé par la C.C.C., qui afficha l'existence concrète d'inégalités. Pour autant, il marqua aussi la défense de l'égalité et un travail d'approfondissement de ses exigences en la matière (B). Les périodes de la Convention et du Directoire suivirent la même voie, allant néanmoins plus loin

⁶¹¹ D. FEUERWERKER, *L'Émancipation des Juifs en France*, op. cit., p. 399.

⁶¹² P. CHOPELIN, « La tolérance des Lumières à l'épreuve de la Révolution française », *Histoire, monde et cultures religieuses*, n° 43, 2017/3, p. 51-64.

encore : certes les inégalités s'aggravèrent en droit, mais l'égalité en la matière se précisa et se concrétisa plus que jamais (C).

A) L'émergence d'un régime et d'une égalité des cultes

174. La DDHC posa les soubassements du droit français moderne, y compris à l'égard de la religion. La Déclaration toucha précisément cette dernière, avant tout à travers la question de sa liberté, c'est-à-dire la possibilité de laisser s'exprimer à divers degrés les manifestations cultuelles, suivant certaines exigences ou contraintes. Dans les termes de la Déclaration, le devenir du régime résida tout particulièrement dans la place donnée au culte national ou à la liberté (1). Comme pour nos propos précédents, la religion catholique était difficilement conçue à l'écart. Pourtant, la question du degré de restriction ou de liberté en matière d'exercice du culte, lorsqu'est débattue la place privilégiée du culte national, entraîne indéniablement une comparaison du traitement entre les religions, donc une réflexion fondamentalement égalitaire (2). En somme, naissait une question différente de celle de l'égalité dans le droit commun ; celle de l'égalité des cultes (3).

1) Une naissance du régime des cultes en tension entre la liberté et le culte national

175. Le premier pas du régime contemporain des cultes fut posé, lors de la Révolution, par la DDHC. Le développement d'un tel régime découlait de multiples raisons et ne pouvait alors se réduire à la liberté de religion, même si la plupart de ses éléments tendaient à la rejoindre. La Déclaration illustra bien ce phénomène, dans le sens où l'élaboration de son article 10 (ou X)⁶¹³, visant en partie la liberté, a impliqué dans son processus bien d'autres considérations. Les discussions sur l'article s'avèrent difficiles à véritablement reconstituer, tant les sources sont incomplètes, parfois partiales, désordonnées, mais surtout brouillées par la cacophonie ambiante des débats⁶¹⁴. Toujours est-il, qu'ils illustrent la nécessité de réglementer les manifestations religieuses et d'établir un nouveau régime qui leur est spécifique.

⁶¹³ « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

⁶¹⁴ Ces sources en question – citées ci-après – sont les archives parlementaires, le Journal des États généraux, le courrier de Provence et le moniteur universel.

176. Lorsqu'il fut décidé d'établir une déclaration, c'est le texte du 6^e bureau qui dut être choisi, débattu et, en vérité, totalement modifié – mais tel en avait été le but⁶¹⁵. L'article X que l'on connaît aujourd'hui était initialement formé des articles 16, 17 et 18 du projet du 6^e bureau. Le premier posait : « la loi ne pouvant atteindre les délits secrets, c'est à la religion et à la morale à la suppléer. Il est donc essentiel, pour le bon ordre de la société, que l'une et l'autre soient respectées ». À travers le premier, « les législateurs souhaitaient nettement séparer la loi des mœurs et donc exclure du domaine législatif ce qui concerne les obligations morales et religieuses »⁶¹⁶. L'article 17, quant à lui disposait : « [l]e maintien de la religion exige un Culte public. Le respect pour le Culte public est donc indispensable », quand le 18 affirmait : « [t]out Citoyen, qui ne trouble pas le Culte établi, ne doit point être inquiété ». Le député Castellane constata la dangerosité et le potentiel autoritaire de l'article 18 qui interdisait de troubler le culte établi et le contesta avec une habileté qui évita la colère des députés catholiques. Il proposa en conséquence la substitution d'un seul article aux trois qui disposerait que « [n]ul homme ne doit être inquiété pour ses opinions religieuses, ni troublé dans l'exercice de sa religion »⁶¹⁷. Le cœur de la question portait sur le degré de liberté des expressions de la croyance religieuse, objet du régime applicable en la matière.

177. Dans le vacarme général⁶¹⁸, la discussion glissa alors sur le fait de savoir si l'on débattrait d'un seul article ou des trois. La séance du dimanche 23 août commença sur la question de la place des articles 16 et 17 : dans la Déclaration ou au sein de la Constitution postérieure ? Après quelques débats, le président la mit aux voix et l'assemblée décida que l'article 18 deviendrait l'unique objet des discussions, notamment grâce au député Talleyrand,

⁶¹⁵ Contrairement au Comité des Cinq qui pouvait se targuer de la présence d'un Mirabeau – au manque toutefois vraisemblable d'inspiration pour ce texte –, ce 6^e bureau ne se démarquait pas réellement par ses membres (pour la composition, voir P. DAWSON, « Le 6^e bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme. Juillet 1789 », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 232, 1978, p. 161-179). En effet, Stéphane Rials suppose cette composition – en majorité libérale – expliqua que son texte ait été choisi comme modèle pour la Déclaration : « le bureau n'avait accueilli aucune personnalité intellectuelle de premier plan ; la tonalité politique générale semble avoir été assez modérée mais non conservatrice ». Selon lui, les débats au sein du bureau ont dû être dominés « par l'esprit de conciliation sous le signe d'un libéralisme prudent » (S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, coll. Pluriel, p. 213-214). Antoine de Baecque rejoint pour partie ces observations, mais porte un jugement plus dur sur le projet du 6^e bureau qu'il qualifie de « sans prestige et dépourvu d'inspirateur officiel ». En outre, « il fallait choisir un texte offert à toutes les modifications possibles, un texte sans "susceptibilité d'auteur" », ce qui explique le remplacement progressif et constant des termes du projet par d'autres propositions et amendements (A. DE BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, 1988, p. 29-30).

⁶¹⁶ C. LANGLOIS, « Religion, culte ou opinion religieuse... », *art. préc.* Pour reprendre les mots de l'abbé Eymar : « il renferme un droit sublime, en ce qu'il proclame un tribunal supérieur, le seul qui puisse agir sur les pensées secrètes, le tribunal de la conscience et de la religion ». D'ailleurs le député proposa plus tard le même article en supprimant purement et simplement la référence à la morale (A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, op. cit., p. 169).

⁶¹⁷ A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, op. cit., p. 165.

⁶¹⁸ Précision absente dans les archives parlementaires, le Journal des États généraux faisait tout de même mention d'importants troubles. Lorsque l'abbé d'Eymar propose de diviser les articles, le Journal rapportait alors qu'à ce moment-là « l'ordre est troublé [...] ». Dans ces conférences, où chacun échauffé du feu de la discussion, raisonnait sans entendre son adversaire ; il a fallu savoir si on diviserait les articles, ou si on ne les diviserait pas ; il a fallu savoir s'il y avait lieu à délibérer ou non. Enfin, la discussion principale a été perdue de vue pour savoir s'il y avait lieu à délibérer, d'après l'opinion de plusieurs membres qui soutenaient qu'on ne devait parler de la religion que dans la constitution » (*Journal des États généraux convoqués par Louis XVI*, 22 août 1789, t. 3, n° 4, p. 59).

connu pour sa défense immodérée de la liberté de religion⁶¹⁹. À la suite du vote en faveur d'un unique article dans la Déclaration, le député de Castellane réitéra sa proposition initiale⁶²⁰. Le vicomte de Mirabeau – frère cadet du comte – contesta la seconde partie de la motion : « [v]oudriez-vous donc, en permettant les cultes, faire une religion de circonstance ? »⁶²¹. Par ces mots, le député contestait la liberté d'exercice du culte. À l'opposé, le comte Mirabeau s'élança dans un grand discours au profit de ce droit⁶²². Celui-ci défendit une certaine approche du culte, initiatrice d'une conception que l'on retrouve pour le moins aujourd'hui⁶²³. Dans son approche, le but de la police devait seulement être d'empêcher tout trouble à l'ordre public, comme pour tout autre rassemblement⁶²⁴. La discussion de la liberté de ces manifestations entraînait toujours celle de la préservation de l'ordre public, autre motivation d'une réglementation en la matière. Au passage, s'immisçant sur le terrain de l'égalité, Mirabeau contestait vigoureusement la conception réitérée dans ces débats d'un culte « dominant »⁶²⁵.

178. Il est ensuite ardu d'établir le véritable ordre des interventions. Les différentes sources ne se rejoignent pas toujours et, à la suite de la motion de Castellane, de vives discussions tournèrent autour de la deuxième partie de la disposition proposée par le député. Le *Journal des États généraux* dépeignait ensuite tout le chaos qui parcourut l'hémicycle et le semblant de discussions qui restait⁶²⁶. Selon toute vraisemblance, après l'intervention de Mirabeau, s'ensuivit celle de Castellane⁶²⁷, qui défendit une nouvelle fois le libre exercice du culte. Il était pour le moment celui qui s'appliquait le plus expressément à promouvoir cette liberté, sûrement parce qu'elle était en l'occurrence l'objet des plus vives contestations. La liberté « d'opinion » était en majorité approuvée, mais la liberté de son expression, notamment par l'exercice du culte, provoquait d'importants émois. *Le Courrier de Provence* relatait les nombreuses interruptions pendant l'intervention de Castellane, partagées « entre ceux qui voulaient adopter la motion entière et ceux qui voulaient la rejeter en tout ou en partie »⁶²⁸. Face

⁶¹⁹ Son discours semble incomplet dans les archives parlementaires (*Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 8, Paris, P. Dupont, 1885, p. 476) et dans le *Journal des États généraux* (*Journal des États généraux convoqués par Louis XVI*, 23 août 1789, t. 3, n° 5, p. 73-74), puisque le *Courrier de Provence* en citait une version bien plus agrémentée (*Courrier de Provence. Lettres du comte de Mirabeau à ses commettants*, vol. 2, n° XII, des 22 et 23 août 1789, p. 265-268).

⁶²⁰ « Nul homme ne doit être inquiété pour ses opinions religieuses, ni troublé dans l'exercice de son culte ».

⁶²¹ *Journal des États généraux convoqués par Louis XVI*, 23 août 1789, t. 3, n° 5, p. 70.

⁶²² *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 476-477.

⁶²³ « Le culte consiste en prière, en hymnes, en discours, en divers actes d'adoration rendus à Dieu par des hommes qui s'assemblent en commun ».

⁶²⁴ « [d]es assemblées, des cercles, des clubs, des loges de francs-maçons, des sociétés de toute espèce » (*Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 477).

⁶²⁵ « C'est un mot tyrannique qui doit être banni de notre législation ; car si vous l'y mettez dans un cas, vous pouvez l'y mettre dans tous : vous aurez donc un culte dominant, une philosophie dominante, des systèmes dominants. Rien ne doit dominer que la justice, il n'y a de dominant que le droit de chacun, tout le reste y est soumis » (*ibid.*, p. 477).

⁶²⁶ « Il est impossible de suivre exactement les opérations d'une séance où le désordre le plus marqué dominait, où la partialité commandait, où le cri de la nature, la voix de la raison, les droits de l'homme ont méprisés, où le Président, ne pouvant plus résister davantage aux crises de sa conscience, a demandé deux fois sa démission [...] » (*Journal des États généraux convoqués par Louis XVI*, 23 août 1789, t. 3, n° 5, p. 79)).

⁶²⁷ *Le Courrier de Provence. Lettres du comte de Mirabeau à ses commettants*, vol. 2, n° XII, des 22 et 23 août 1789, p. 272 ; A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 179-180.

⁶²⁸ *Le Courrier de Provence...*, *op. cit.*, p. 273-274.

au désordre, l'orateur, persuadé « que le premier membre de l'article renfermait implicitement le second », céda et réduisit l'article à « [n]ul ne doit être inquiété pour ses opinions religieuses »⁶²⁹.

179. De ce moment à la rédaction finale, les événements se montrèrent encore plus flous. La longueur et l'usure des débats semblent avoir démotivé les témoins à relever la fin exacte des discussions. De nombreux amendements et sous-amendements s'enchaînèrent alors, dont les auteurs demeurent difficiles à déterminer. L'ordre communément décrit est le suivant : le rajout de « même » après opinions, puis de « pourvu qu'elles ne troublent pas l'ordre public », sous-amendée en « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public », suivi de « établi par la loi »⁶³⁰. Ce n'est toutefois pas l'ordre donné par *Le Courrier de Provence* qui relatait par ailleurs le plus précisément les interventions. Selon sa version des faits, un curé aurait proposé un amendement tendant à rajouter les mots « pourvu qu'il ne trouble point l'ordre public ». Le député Dillon, curé du vieux Pouzauges soutint l'initiative de cette motion au motif que la société, « qui n'avait point de droits sur les opinions, en avait sur leur exercice, pour le maintien de la paix »⁶³¹. Pour Nathanaël Weiss, le mystérieux auteur de cette formulation serait en vérité ce Monsieur Dillon lui-même⁶³². Vint ensuite l'intervention du député de Virieu qui rejoignait au départ la réflexion précédente et qui refusa en sus que chacun soit autorisé à manifester sa pensée⁶³³, c'est-à-dire l'égalité dans l'exercice du culte. Il défendit la nécessité de réprimer les sectes et de « les contenir dans la subordination légale » avant de conclure par l'ajout de la formulation « pourvu que leur manifestation ne trouble point l'ordre public établi par la loi »⁶³⁴. C'est en réponse à ce député que Rabaut de Saint-Étienne put tenir le discours le plus anthologique des débats entourant l'article X de la DDHC. Dénonçant le penchant despotique des propos du député de Virieu, Rabaut de Saint-Étienne s'attaqua à l'intolérance d'une possible inquisition, écho d'un régime passé, qui se cache derrière un « ordre public établi par la loi »⁶³⁵. Une ovation générale semble avoir suivi le discours de Rabaut de Saint-Étienne et le député Dillon retira en conséquence sa motion. La proposition très libérale⁶³⁶ de ce premier aurait pu être adoptée à ce stade si le parti conservateur ne s'était pas battu corps et âme pour convaincre son auditoire⁶³⁷.

⁶²⁹ A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, op. cit., p. 181.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 181.

⁶³¹ *Le Courrier de Provence...*, op. cit., p. 274.

⁶³² N. WEISS, « Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », *Bulletin historique et littéraire / Société de l'histoire du protestantisme français*, Paris, t. 38, n° 11, 1889, p. 561-575.

⁶³³ « Il ne s'ensuit pas qu'on puisse autoriser *chacun* à manifester ses pensées [...] les sectes religieuses ont troublé la terre, parce que les sectaires ont manifesté leurs opinions, parce qu'ils ont publié leurs doctrines, et se sont fait des partisans » (*Courrier de Provence...*, op. cit., p. 275).

⁶³⁴ *Ibid.* Formulation qui, d'après les archives parlementaires, reviendrait plutôt à Gobel (*Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, op. cit., p. 479). Au vu de la réponse de Rabaut de Saint-Étienne juste en suivant, il semble toutefois que la formulation revenait bien à Virieu.

⁶³⁵ « [M]ais que cette manifestation pouvant troubler l'ordre public, la loi doit la surveiller avec une attention scrupuleuse ; et à la faveur de ces principes, les intolérants se sont fait accorder cette puissance d'inspection, qui, durant tant de siècles, a soumis et enchaîné la pensée » (A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, op. cit., p. 174).

⁶³⁶ « Tout homme est libre dans ses opinions ; tout citoyen a le droit de professer librement son culte, et nul ne peut être inquiété à cause de sa religion ».

⁶³⁷ N. WEISS, « Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », art. préc.

180. Pour le *Courrier de Provence*, c'est l'évêque de Lydda, le député Gobel, qui monta au créneau et qui, tout reconnaissant la qualité du discours de Rabaut de Saint-Étienne, s'opposa vivement au libre exercice public du culte des minoritaires⁶³⁸. Sa proposition d'amendement réinstaura la formulation de Dillon en rajoutant l'ordre public « établi par les lois »⁶³⁹. L'évêque de Langres demanda la même rédaction en retranchant « religieuses », quand un autre membre, « voisin de M. d'Eprémèsnil », proposa « dans les opinions même religieuses »⁶⁴⁰. D'autres interventions suivirent très certainement, mais le président – exténué – décida de mettre aux voix chaque partie de la rédaction⁶⁴¹. Dans le vacarme persistant, l'article X fut finalement voté en ces termes : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

181. En somme, la question première du régime des cultes s'est portée sur l'appréhension juridique des manifestations religieuses. Il fallait s'assurer d'une liberté d'opinion religieuse tout en formant et anticipant un régime juridique spécifique à l'expression de celle-ci. La problématique principale avait été plus justement celle de l'exercice public du culte, liberté concomitante à celle d'opinion et à étendre à tous les cultes pour les libéraux, signe d'un privilège devant rester au culte dominant pour les catholiques. Pour illustrer la pensée de ces derniers, il suffit de lire la proposition d'un membre du clergé après la résignation de Castellane sur la seconde partie de sa motion : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions religieuses, ni troublé dans l'exercice *privé* de sa religion »⁶⁴². Évidemment, ce député se rétracta rapidement, mais cela laissait toutefois entendre que la crainte des conservateurs fut bel et bien celle d'un exercice public du culte. Belle liberté que celle laissée dans les esprits et dont l'expression reste cloîtrée dans les quatre murs des maisons ! Déploraient les libéraux.

182. En tout état de cause, naissait expressément la spécialisation du droit dans le domaine religieux. D'un côté, l'on cherchait à rendre libres les manifestations cultuelles publiques. De l'autre, il convenait de les soumettre à l'ordre public – suivant la conception prônée de cet ordre public. Ces deux pans formaient les préoccupations simultanées d'une réglementation des expressions religieuses. Cette question, formant l'un des piliers du régime des cultes, suivra et agrémentera celui-ci au fil des époques. Telle était la situation des jalons, sur la liberté, posés pour le régime des cultes en devenir. À bien y regarder, la liberté n'avait finalement pas été le cœur des discussions. L'opposition entre libéraux et conservateurs était même probablement par-dessus tout rapportée à l'égalité.

⁶³⁸ *Courrier de Provence...*, *op. cit.*, p. 287. Nathanaël Weiss rapportait des propos encore plus virulents de la part du député Gobel, qui aurait soutenu alors qu'en consacrant le culte public pour les dissidents, on détruirait la prééminence de la religion dominante (« Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », *art. préc.*). Les archives parlementaires (t. 8, Paris, P. Dupont, 1885, p. 480) et le *moniteur universel* (n° 46, du 23 au 26 août 1789, p. 189) montrent un discours totalement différent de la part du député dans lequel celui-ci accepterait la manifestation des cultes dans le respect néanmoins de l'ordre public... Que de déroutantes dissonances.

⁶³⁹ N. WEISS, « Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », *art. préc.*

⁶⁴⁰ *Courrier de Provence...*, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁴¹ Avec un mélange de la proposition de Castellane, Rabaut Saint-Étienne avec la restriction de Dillon (N. WEISS, « Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », *art. préc.*).

⁶⁴² *Le Courrier de Provence...*, *op. cit.*, p. 274.

2) Un débat en réalité porté sur l'égalité des manifestations religieuses

183. Nous l'avons sous-entendu à propos de la remarque de Mirabeau sur le terme fréquemment relevé de « culte dominant », la question de l'égalité était fondamentale à ces discussions. Nécessairement, la place longtemps privilégiée de l'Église catholique lui avait permis de bénéficier d'un monopole dans la manifestation des croyances, les autres devant la plupart du temps rester cachées. Dès lors, interroger la mise en place d'une réglementation de ces manifestations questionnait à présent son égalisation au profit des religions naguère délaissées. Il n'était donc plus seulement question de permettre aux coreligionnaires de celles-ci de bénéficier de droits identiques aux catholiques sans avoir à faire référence à leurs croyances ; il fallait leur garantir des droits identiques d'exprimer leur religion.

184. D'ailleurs, tout l'enjeu autour de la notion d'ordre public tenait à cela. La rédaction définitivement votée apparaissait comme une victoire pour les catholiques, puisque la notion laissait encore planer l'ombre du « culte public » dont les premières propositions de rédaction avaient fait référence. Cette crainte était notamment partagée par Dumont, proche collaborateur de Mirabeau, dans un article au sein duquel il se fit passer pour un descendant du Père Lachaise⁶⁴³. Ce premier, non sans ironie, qualifiait le texte de « déclaration des droits pour les catholiques Français » et considérait que sous le terme d'ordre public toute manifestation d'opinions dissidentes à la majorité pourrait être réprimée⁶⁴⁴. Selon Dumont, l'article, combiné avec une disposition future imposant la religion catholique comme celle de l'État, donnerait des armes d'absolue répression aux inquisiteurs⁶⁴⁵. Et, en effet, les dispositions préservaient bel et bien une ambiguïté qui ne manquerait pas d'être exploitée par la suite. Finalement, les députés conservateurs avaient réussi à drastiquement limiter une liberté de culte qui aurait pu se trouver consacrée avec plus d'assurance par la DDHC, et la notion d'ordre public semble en avoir été l'instrument⁶⁴⁶. Nous le verrons ci-après, la DDHC portait en elle le potentiel d'une inégalité des cultes.

185. Plus généralement, les trois premiers articles ouvrant les débats sur l'article X étaient déjà bien préoccupants pour l'égalité. Dès le départ, Nathanaël Weiss voyait à travers l'article 16 la volonté « de demander le respect que pour *une* religion, *une* morale, celles de la majorité »,

⁶⁴³ C'est en tout cas l'affirmation de François Quastana (« “un tombeau qui se cache sous la forme d'un autel” ordre public et liberté religieuse chez Dumont et Bentham : de la critique de l'article X de la Déclaration de 1789 à celle de “la religion des droits de l'homme” » in M. GANZIN (dir.), *Pensée politique et Religion*, Aix-Marseille, PUAM, 2017, p. 244).

⁶⁴⁴ *Confidence d'un arrière-neveu du Père de la Chaise, à un religieux, Docteur en Sorbonne sur l'article dixième de la Déclaration des droits de l'homme, par l'Assemblée nationale, portant : nul ne peut être inquiété pour ses opinions religieuses ; pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public établi par la loi* in *Courrier de Provence*, n° XXXIX, 9 au 10 sept. 1789, 12-24.

⁶⁴⁵ « Tout homme qui osera manifester des *opinions* différentes de la *Religion de l'État*, pourra être regardé comme *troublant l'ordre public établi par la loi* ; et il sera légalement *inquiété*, c'est-à-dire, persécuté en conséquent » (*ibid.*).

⁶⁴⁶ Rita Hermon-Belot explique que le rajout de « l'ordre public » apparut comme une manœuvre désespérée pour la droite dans les débats sur l'article X et considère que la notion « penche cependant clairement ici du côté conservateur » (*Aux sources de l'idée laïque..., op. cit.*, p. 46). Ce n'est pas moins ce que décrit Nathanaël Weiss qui voyait dans ce rajout une vengeance du parti conservateur (« Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », *art. préc.*).

initiative indigne, disait-il, pour une assemblée réunie au « nom de l'égalité et de la liberté de tous »⁶⁴⁷. Il faut admettre que la formulation était ambiguë et la volonté d'instaurer l'Église catholique en religion de l'État patente. Le comte de Castellane devait sentir le danger puisqu'en se prononçant sur les articles il rappela rapidement que « [l]a France, à la vérité, est catholique », mais que « tous les Français ne le sont pas », et qu'à ce titre ces derniers « n'en ont pas moins tous les droits qui appartiennent aux autres hommes », notamment celui de se conformer à « leur culte et leur croyance »⁶⁴⁸. Dans ses propos, la problématique de l'égalité inspire celle de la liberté. Il s'agissait de garantir à tous les mêmes droits, la même liberté, contre l'établissement d'un culte dominant. Lorsque Mirabeau intervint pour défendre la « liberté illimitée de religion », ici aussi, les propos furent pétris d'égalité ; en témoignaient les expressions « culte quelconque » ou « droit de chacun ». Il était vivement question d'inclure toute communauté « quelconque » dans le régime dédié. Le rejet de la tolérance par le comte exprimait cet aspect, étant entendu que l'égalité s'affirmait pour ainsi dire comme l'étape supérieure à la tolérance. De la même manière, dans son intervention à la suite de son frère cadet (le vicomte)⁶⁴⁹, Mirabeau contestait à l'inverse qu'il puisse être question d'un culte dominant. En filigrane apparaissait la nécessité de mettre tous les individus, donc toutes les philosophies et religions, au même niveau.

186. Le discours rejoignait dans les grandes lignes celui de Talleyrand. Dans sa version du *Courrier de Provence*⁶⁵⁰, celui-ci défendait clairement l'égalité. Après avoir expressément révélé la volonté des conservateurs, qui ne pouvait jusqu'ici être avouée dans une assemblée à la majorité – de peu – libérale, il rappela l'esprit d'égalité devant animer la déclaration. En effet, celui-ci remarqua : « dans les articles XVI et XVII, on se sert du mot générique de religion, sans spécifier la religion catholique, que cependant on voulait indiquer⁶⁵¹ ; pourquoi ne l'a-t-on pas spécifiée ? c'est que cela ne se pouvait pas dans une déclaration de droits faite pour tous les hommes indistinctement ; de-là est résulté du louche, du vague, et un extrême embarras, qui prouve complètement que ces deux articles sont déplacés »⁶⁵². Ces propos s'avéraient d'une justesse redoutable. Ils rappelaient l'objectif de la Déclaration et le rempart de l'égalité qui se tenait devant les députés de droite. Plus encore, ils montraient que l'indistinction entre les hommes ne pouvait que s'accompagner de l'absence d'une différenciation religieuse. Il ne serait pas étonnant que cette criante vérité ait particulièrement résonné dans les esprits les plus conservateurs. Néanmoins, le fait religieux devait être réglementé dans cette indifférenciation.

⁶⁴⁷ N. WEISS, « Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », *art. préc.*

⁶⁴⁸ A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 165.

⁶⁴⁹ *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 477.

⁶⁵⁰ La méfiance reste de mise quant à la véracité du discours lorsque l'on a connaissance des dirigeants et le bord patriote du journal. Les propos rapportés ne sont pas à l'abri de quelques rajouts des rédacteurs.

⁶⁵¹ Talleyrand révélait la volonté des députés conservateurs qui se terraient derrière la rédaction des articles.

⁶⁵² *Le Courrier de Provence. Lettres du comte de Mirabeau à ses commettants*, vol. 2, n° XII, des 22 et 23 août 1789, p. 267.

187. À ce titre, pour Castellane, nulle liberté de conscience n'existait sans l'expression du culte⁶⁵³ et, en filigrane, nulle liberté de culte sans égalité⁶⁵⁴. Dans ce qui semblait être une autre version de son discours⁶⁵⁵, Castellane soutint clairement l'égalité des religions en défendant « que chacun adoptera celle qui est analogue à ses passions »⁶⁵⁶. C'est justement cette égalité que les conservateurs contestaient, comme en avait attesté de Virieu⁶⁵⁷.

188. La réponse de Rabaut Saint-Étienne au député marqua peut-être, car elle portait justement en elle un profond amour de l'égalité. S'inscrivant dans la lignée d'un raisonnement égalitaire entre les religions, il défendit que la liberté devait « appartenir à tous les Français également de la même manière »⁶⁵⁸. Faisant référence à ses commettants protestants et à leur interdiction de professer leur culte, il demandait en outre « pour tous les non-catholiques ce que vous demandez pour vous : l'égalité des droits, la liberté ; la liberté de leur religion, la liberté de leur culte, la liberté de célébrer dans des maisons consacrées à cet objet, la certitude de n'être pas plus troublé dans leur religion que vous ne l'êtes dans la vôtre, et l'assurance parfaite d'être protégés comme vous, autant que vous, et de la même manière que vous, par la commune loi »⁶⁵⁹. Rabaut Saint-Étienne ne cessa de souligner la consécration tout juste acquise de l'égalité des droits. Celle-ci formait le cœur de son discours. Il était bel et bien question d'une extension des droits, au départ au bénéfice des seuls catholiques, au profit de tous les cultes.

189. En plus de l'égalité dans le droit commun⁶⁶⁰, il défendait ainsi un régime des cultes égalitaire dans lequel serait permise la libre expression de tous les cultes, ici aussi, sans distinction d'une quelconque différence religieuse. D'ailleurs sa proposition d'article exprima pleinement les fondements plus égalitaires qu'aurait pu connaître le régime des cultes français dans l'hypothèse où elle aurait été adoptée.

⁶⁵³ « En vain, dira-t-on, que la seconde partie de ma motion n'appartient pas à la déclaration de droits, elle n'est qu'un développement, une suite nécessaire de la première, et si vous admettez qu'il est vrai que les hommes ont le droit de n'être pas inquiétés pour leurs opinions religieuses, vous convenez par là même, qu'ils ont celui de rendre à Dieu le culte qu'ils croient lui devoir » (A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, op. cit., p.180).

⁶⁵⁴ « Prétendrait-on encore se prévaloir contre nous des troubles qui ont été la suite du fanatisme religieux ? Ah ! ce n'était pas sans doute la connaissance du respect qui est dû aux opinions différentes qui donnait à des chefs ambitieux le moyen d'abuser de l'ignorance d'une partie de la nation, pour l'armer contre l'autre partie ! S'il n'eût pas été méconnu ce droit que je vous propose de sanctionner, chacun aurait librement servi Dieu selon sa conscience, et l'on n'eût pas vu catholiques et protestants, Français contre Français se massacrer réciproquement et désoler si longtemps la terre que nous habitons » (*ibid.*).

⁶⁵⁵ L'ouvrage collectif *L'An I des droits de l'homme* (op. cit.) n'en fait pas mention, le courrier de Provence non plus. À l'inverse, les archives parlementaires (t. 8, Paris, P. Dupont, 1885, p. 477), le moniteur universel (n° 46, du 23 au 26 août 1789, p. 189) et le journal des États généraux (23 août 1789, t. 3, n° 5, p. 77) disposent de cette intervention, mais omettent celle que nous venons d'aborder juste avant. Pourtant, les deux versions se rejoignent sur de nombreux points ; l'une (celle des archives parlementaires) paraît en vérité plus synthétique que l'autre. Dans le bénéfice du doute, il est intéressant d'aborder les deux.

⁶⁵⁶ *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, op. cit., p. 477 ; *Le Moniteur universel*, op. cit., p. 189 ; *Le Journal des États généraux*, op. cit., p. 77.

⁶⁵⁷ Voir p. 95-96.

⁶⁵⁸ A. de BAECQUE, W. SCHMALE et M. VOVELLE (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, op. cit., p. 175.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 177.

⁶⁶⁰ Voir chapitre précédent.

190. Dans tous ces débats, comprenons bien que l'affrontement était celui de l'égalité⁶⁶¹. La liberté de conscience était acceptée pour tous, mais elle n'avait pas grand sens sans l'expression concrète de la conviction, sujet des principales tensions. Les conservateurs rejetaient la consécration de la liberté de culte pour les cultes dissidents, partant du principe que le culte majoritaire bénéficiait *ab initio* de ces droits. Ils s'opposaient à l'extension du libre exercice du culte, qui n'était donc, en toute logique, à aucun moment demandée pour les catholiques. À l'inverse, quand les libéraux défendaient la liberté de culte, ils militaient en vérité pour une considération égale avec le culte catholique. C'est ce que résumaient parfaitement les propos d'Alexis Bertrand, qui tirait deux conséquences de la séance du 23 août : « la religion dominante n'a pas plus de droits que les autres cultes, et Mirabeau le démontra avec infiniment d'esprit et d'éloquence ; la tolérance proclamée par le XVIII^e siècle ne suffit plus aux temps nouveaux, c'est l'égalité de tous les cultes devant la conscience et devant la loi qu'il faut désormais revendiquer et faire passer dans les mœurs, car le mot même de tolérance est intolérant »⁶⁶². Le terme d'égalité des cultes a ici une saveur particulière en ce que la réflexion égalitaire se porte clairement au sein du régime applicable aux cultes⁶⁶³. Le débat ne se situe pas sur le même champ que pour le droit commun. Toujours est-il que les conservateurs parvinrent à limiter cette extension, en évitant notamment la proposition de Rabaut Saint-Étienne ou en divisant celle de Castellane, qui déplora d'ailleurs que la rédaction finale ne soit pas conforme aux principes qu'il voulut édicter⁶⁶⁴.

191. La discussion sur la place de l'égalité ne s'arrêta pourtant pas là. Quelques temps après le vote de la Déclaration, lors d'une discussion sur le devenir des biens du clergé, le député Dom Gerle provoqua un tumulte à l'assemblée par le dépôt d'une motion visant à reconnaître la religion catholique comme celle de l'État. Quelques mois plus tôt, l'évêque de Nancy, le député La Fare, s'était déjà tenté à une telle proposition⁶⁶⁵. Nonobstant la mobilisation de certains catholiques, la motion avait été rejetée. Mais voilà que, seulement deux mois plus tard, la question se posa à nouveau, avec la précision supplémentaire que le culte catholique « sera le seul public et autorisé »⁶⁶⁶. Comme lors des débats d'août 1789, la question de l'exercice public – dans le sens « visible »⁶⁶⁷ – du culte restait au cœur de la problématique. Toute aussi grave était la justification précédant la motion : « pour fermer la bouche à ceux qui calomnient

⁶⁶¹ Claude Langlois souligne dans son article que la problématique de ces débats était la constatation indéniable du pluralisme religieux, en d'autres termes celle de l'égalité (« Religion, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *R. franç. sociol.*, n° 30-3-4, 1989, p. 471-496).

⁶⁶² A. BERTRAND, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : introduction à l'enseignement civique*, Paris, C. Delagrave, 1900, p. 109

⁶⁶³ Voir ci-après.

⁶⁶⁴ Pour le député, les amendements à sa proposition initiale contrevinrent à l'idée – qu'il se fit pour accepter la suppression de la deuxième partie de sa proposition – que la liberté de conscience, consacrée par la première partie de la disposition, impliquait nécessairement sa manifestation extérieure (*Opinion de M. le comte de Castellane, du 23, sur sa Motion de la veille*, Versailles, Baudouin, 1789, p. 7).

⁶⁶⁵ Séance du 13 févr. 1790, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 11, Paris, P. Dupont, 1880, p. 589.

⁶⁶⁶ Séance du 12 avr. 1790, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 12, Paris, P. Dupont, 1881, p. 702.

⁶⁶⁷ Même si, dans le cadre de la motion de Dom Gerle, il était fort à parier que l'idée de « public » renvoyait davantage à celle de culte publiquement consacré, reconnu et financé.

l'Assemblée, en disant qu'elle ne veut pas de religion, et pour tranquilliser *ceux qui craignent qu'elle n'admette toutes les religions en France* ». Autrement dit, les dispositions défendues visaient à éviter l'égalité.

192. C'est d'abord Charles de Lameth, déjà opposé à la motion de La Fare auparavant, qui supplia tant bien que mal que l'on rejette la nouvelle. Il ne percevait que trop bien les risques d'intolérance pouvant accompagner de telles dispositions⁶⁶⁸. Une fois la discussion remise au lendemain face aux tumultes des débats, c'est surtout la défense du baron de Menou qui marqua les esprits⁶⁶⁹. Celui-ci rappela les principes de la Déclaration tout juste consacrés et notamment « l'égalité civile, politique et religieuse ». Faisant écho à certains propos de Mirabeau lors des discussions qui eurent lieu en août, il interrogea l'assemblée : « [e]t pourquoi voudrais-je donc faire de cette religion que je respecte, la religion dominante de mon pays ? Si les opinions et les consciences ne peuvent être soumises à aucune loi ; si tous les hommes sont égaux en droits, puis-je m'arroger celui de faire prévaloir ou mes usages, ou mes opinions, ou mes pratiques religieuses ? un autre homme ne pourrait-il pas me dire : ce sont les miennes qui doivent avoir la préférence ? »⁶⁷⁰. En d'autres termes, « le mot *dominante* n'entraîne-t-il pas l'idée d'une supériorité contraire aux principes de l'égalité, qui fait la base de notre Constitution ? ». La réponse était évidente : si la religion catholique était majoritaire dans les faits, « n'y eût-il qu'un seul individu qui en professât une différente, il a le *même droit à l'exercer* [...] »⁶⁷¹. Ces mots révélaient à quel point l'égal exercice du culte était tout l'enjeu de l'article 10 de la DDHC.

193. Ce fabuleux prêche de l'égalité fut applaudi et Dom Gerle retira sa motion⁶⁷². Le parti catholique ne manqua toutefois pas l'occasion de s'approprier et de défendre la proposition trop alléchante du député. C'est le duc de La Rochefoucauld qui réussit à clore le débat en proposant l'ajournement de la question, considérant, malgré « l'attachement de l'Assemblée nationale au culte catholique, apostolique et romaine », qu'en l'absence de pouvoir à exercer sur les consciences et opinions religieuses, elle n'avait pas à délibérer sur la question⁶⁷³. Il s'en fallut donc de peu. Il faut dire que les tentations étaient très fortes de faire reculer constamment

⁶⁶⁸ « On nous apprend qu'à Lille les soldats sont armés contre les citoyens ; que dans quelques provinces on veut armer les citoyens contre les protestants. Vous savez combien on a abusé de vos décrets, en les altérant ; et vous ne craindriez pas que dans les provinces, que dans le Languedoc notamment, où on a tenté une guerre de religion, l'on ne renouvelât cet abus funeste ? N'est-il donc pas dangereux de décréter quelque chose sur cette motion ? » (*ibid.*, p. 702-703).

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 715 et s.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 715.

⁶⁷¹ *Ibid.* (nous soulignons).

⁶⁷² Au demeurant, cette proposition avait pu surprendre venant du patriote, futur prêtre constitutionnel et membre de la gauche qu'était Dom Gerle.

⁶⁷³ Séance du 13 avr. 1790, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 716.

reculer l'égalité⁶⁷⁴ ; égalité qui était, en ces termes, devenue l'objet d'un questionnement singulier.

3) La naissance d'un questionnement sur une « égalité des cultes »

194. À travers ces débuts révolutionnaires, une exigence d'égalité connut le jour en même temps que l'établissement des fondations de la réglementation des manifestations religieuses. Cette exigence d'égalité entraîne des enjeux et des problématiques différents de l'égalité abordée jusqu'à présent. Pour désigner cette égalité, il est courant, pour la doctrine d'aujourd'hui, mais aussi – nous le verrons – des différentes époques, de parler d'*égalité des cultes*.

195. En effet, dans l'important *Traité du droit des religions*, Jean-Marie Woehrling explique qu'il convient de distinguer l'égalité applicables aux droits civils et politiques de « la question plus particulière de “l'égalité entre les cultes”, c'est-à-dire l'égalité entre les convictions et les institutions religieuses », qui « présente des difficultés propres au droit des religions »⁶⁷⁵. De son côté, Rita Hermon-Belot perçoit cette distinction naissant de la Révolution, suivant laquelle, historiquement, l'égalité a fait l'objet d'un découplage « entre accès aux droits politiques et civils et accès à la libre pratique du culte pour les non-catholiques »⁶⁷⁶. Elle suggère aussi cette distinction dans un de ses articles ; traitant des mesures en faveur des juifs en guise de « rattrapage », elle précise que ce dernier « concernait à la fois, mais non de façon continue, l'égalité civile des fidèles des différents cultes et l'égalité des cultes entre eux », à la manière de Jean Baubérot qui parle de « l'égalité juridique des cultes (et pas seulement des individus) »⁶⁷⁷. Nous caractérisons donc la notion d'égalité des cultes⁶⁷⁸, « impliquant que chaque culte religieux [soit] traité de façon égalitaire, l'État ne faisant aucune différence entre les cultes religieux »⁶⁷⁹. Ce sera du moins l'objectif historique. En ce sens, l'égalité des cultes apparaît avant tout comme un principe de légistique, un guide normatif, qui impose progressivement une conduite à l'État par rapport à la réglementation religieuse.

⁶⁷⁴ Pour Ludovic Sciout, certes la motion portait clairement atteinte à l'égalité religieuse, mais « elle pouvait empêcher un violent attentat contre la liberté religieuse, qui était depuis longtemps préparé par la gauche ». Il poursuivait qu'une « Église peut être privilégiée, comme l'Église anglicane l'est actuellement, sans que les autres cultes soient opprimés » (L. SCIOUT, *Histoire de la constitution civile du clergé et de la persécution révolutionnaire (1790-1801)*, op. cit., p. 31). On voit ici un exemple de la disjonction possible entre l'égalité et la liberté des cultes : des religions peuvent se retrouver traitées à égalité... Dans la répression (J. BAUBÉROT, « 1905-2005 : la laïcité française et les minorités religieuses », *Études théologiques et religieuses*, t. 82, 2007, p. 67-80).

⁶⁷⁵ J.-M. WOEHRLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 631.

⁶⁷⁶ R. HERMON-BELOT, *Aux sources de l'idée laïque...*, op. cit., p. 51.

⁶⁷⁷ J. BAUBÉROT, « 1905-2005 : la laïcité française et les minorités religieuses », art. préc.

⁶⁷⁸ Nous trouvons même aujourd'hui un article qui dédie son titre et l'étude à ce principe : E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 41 et s.

⁶⁷⁹ M. COHU, C. MAISONNEUVE et B. TESTE, « Construction et validation à l'échelle de mesure de croyances relatives à la laïcité », *Psychologie française*, n° 63, 2018, p. 337-356.

196. Nous la distinguons de l'autre égalité, que nous venons d'exposer dans le paragraphe précédent et que nous qualifierons dorénavant, reprenant le terme d'auteurs précités⁶⁸⁰, d'*égalité civile*. En ce qui la concerne, les ensembles normatifs concernés, qui créent un régime juridique spécifique, n'ont aucun rapport avec la réglementation religieuse. Tel que cela a été exposé, la comparaison vaut ici dans le bénéfice du droit commun, dans l'octroi de droits civils ou civiques, comme l'accès à une fonction publique ou au droit de vote. Il s'agit de la majorité des catégories juridiques formant différentes sphères juridiques communes applicables aux individus, mais dans des rapports purement séculiers. Aucune catégorie en référence au phénomène religieux n'a logiquement sa place dans ces sphères juridiques. Le terme d'égalité « civile » englobe tout ce qui est du domaine du droit commun, *a contrario* de ce qui est du domaine religieux, comme l'on oppose souvent ce dernier au domaine civil. Il ne se comprend que comme cela ; l'égalité civile joue uniquement dans les rapports purement civils quand l'égalité des cultes joue dans les rapports purement religieux. Par conséquent, l'égalité civile suggère que « tous les habitants du sol français doivent avoir les mêmes droits civils et politiques, quelle que soit la religion qu'ils professent »⁶⁸¹. Dans ce cadre, la saisie des faits religieux pour distinguer les individus selon leur appartenance religieuse revient à intégrer les particularismes religieux et à compromettre l'égalité universaliste. Le fait même que le religieux ait pendant longtemps été mélangé au politique et juridique brouille la frontière entre la dimension intrinsèquement religieuse ou séculière du droit commun. Nous mesurerons justement avec l'histoire le sentiment d'injustice qui découlera d'un droit commun indûment imprégné de religieux.

197. L'égalité des cultes opère, quant à elle, dans les rapports purement religieux. Ces rapports exigent bien sûr des règles civiles, mais ces dernières réglementent le domaine spirituel des individus qui s'exprime dans le monde civil. Nous parlons alors de *régime des cultes*⁶⁸², compris comme un « système de règles, considéré comme un tout », car regroupant l'ensemble des règles relatives à la matière religieuse et/ou ayant pour finalité la prise en compte du fait religieux⁶⁸³. Ainsi, lorsqu'il est question de l'inclusion juridique d'éléments propres au domaine et à l'expression religieuse, rentre en ligne de compte l'égalité des cultes, c'est-à-dire la soumission égale des religionnaires aux mêmes règles applicables au domaine spirituel⁶⁸⁴. À titre d'exemple, l'édit de tolérance de 1787, ou même celui de Nantes déjà auparavant, ne consacrait qu'une égalité civile. Rejoignant notre distinction, Franck Zarlenga précise qu'il était alors question de « tolérance civile », c'est-à-dire octroyant des droits civils, mais non d'une

⁶⁸⁰ C'est le terme employé par Rita Hermon-Belot ci-dessus, mais c'est aussi un vocabulaire qui ressort de certains discours précédemment exposés, notamment du baron de Menou qui distingue égalité civile, politique et religieuse (Séance du 12 avr. 1790, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 12, Paris, P. Dupont, 1881, p. 702). Nous regrouperons civile et politique de notre côté.

⁶⁸¹ P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, Hachette, 1898, p. 257.

⁶⁸² Nous emploierons des termes proches par moments, comme « normes applicables aux cultes », par exemple.

⁶⁸³ « Régime » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 13^e éd., 2020.

⁶⁸⁴ Bien entendu, cette dichotomie rencontre des limites qui parcourront la thèse à plusieurs reprises, ne serait-ce que par l'inclusion des différences dans le droit commun au nom de la liberté de religion, donc d'une forme d'extension du régime des cultes somme toute.

tolérance octroyant la liberté de culte aux minorités⁶⁸⁵. Pour reprendre aussi les mots de Philippe Joutard, cet édit « aménage[ait] l'existence civile des protestants tout en leur refusant l'existence religieuse »⁶⁸⁶. Ou, plus expressément encore, avec Claude Langlois, l'édit a réintroduit les protestants « dans leurs droits, civils mais non religieux »⁶⁸⁷. Les religionnaires n'étaient pas soumis aux mêmes droits applicables à l'Église catholique puisqu'ils demeuraient interdits de manifestations, réunions, expressions culturelles⁶⁸⁸. L'existence des protestants en tant qu'individus était permise, donc sans leur distinction de religion, mais l'on ne laissait pas d'existence aux protestants en tant que religieux. Ici aussi il y a un particularisme comme prise en compte du fait religieux, mais celui-ci forme une sorte de subdivision d'une volonté de prise en compte plus globale de la dimension du religieux. Autrement dit, le particularisme n'est pas inséré dans le droit réglementant une profession, mais dans le droit d'exprimer son culte dans la rue, par exemple. La différence se fait au niveau du domaine de réglementation, au regard de l'incorporation juridique du phénomène religieux, considérant qu'un culte spécifique ne jouit pas du même droit – l'exercice de son culte – que la religion majoritaire au sein de la réglementation applicable au phénomène religieux.

198. De toute évidence, cela a d'ores et déjà été constaté. Le régime des cultes découla et découle fréquemment d'une question de liberté de conscience comme d'exercer le culte. Cette liberté participe alors très majoritairement à la création du régime des cultes. Elle est souvent à l'origine de ses normes, comme l'illustrèrent toutes les discussions autour de l'article 10 de la DDHC. Ces débats montrèrent justement tout le lien entre égalité et liberté, donc entre égalité des cultes et régime des cultes. Assurément, il est encore peu évident de percevoir toutes les implications d'une telle égalité, dans la mesure où la DDHC se contente d'établir en une formulation englobante une règle principielle très générale. D'un côté, la DDHC optait pour une disposition qui ne distinguait pas les religions. Il est effectivement indéniable que les penseurs de l'époque contestaient que des différenciations religieuses soient, à l'exemple du droit commun, prises en considération pour le libre exercice du culte. Cependant, de l'autre côté, pour beaucoup, l'intolérance glissée dans l'article à travers la notion d'ordre public constituait un véritable risque d'interdiction du culte public pour les religions minoritaires⁶⁸⁹. Autrement dit, tandis qu'elle consacrait le principe d'égalité en général, la DDHC s'accompagna d'une disposition susceptible de nuire à toute égalité des cultes. Les enjeux différaient alors. Par conséquent, hormis le rejet des distinctions religieuses, il est pour l'instant ardu d'établir nettement ce que signifie la défense de cette égalité puisqu'il s'agissait de reconnaître un régime spécifique aux religions, tout en assurant son égalisation. Il est cependant

⁶⁸⁵ F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Paris-Est, vol. 1 et 2, 2018, p. 26-27.

⁶⁸⁶ P. JOUTARD, « Pour les protestants, gérer la longue durée de la clandestinité » in J. LE GOFF et R. REMOND, *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, t. 3, 1991, coll. « L'Univers historique », p. 59.

⁶⁸⁷ C. LANGLOIS, « Religion, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *art. préc.*

⁶⁸⁸ Le régime des cultes, comme son égalité, peuvent donc s'exprimer par l'interdiction, par le laisser-faire, comme par l'octroi d'avantages.

⁶⁸⁹ Reprenant l'argument que les conservateurs purent avancer : « [n]ous ne voulons défendre que le culte public ; mais si la religion de vos frères leur enjoint ce culte public ; en leur défendant de l'exercer, vous attentez à leurs droits les plus saints ; vous blessez leur conscience » (*Courrier de Provence...*, *op. cit.*, p. 291-292).

possible d'établir que la reconnaissance de ce régime s'est finalement clairement faite dans les inégalités. Les régimes suivants en précisèrent cependant la teneur.

B) Sous la C.C.C. : entre inégalités juridiques et approfondissement de l'exigence d'égalité

199. Le régime des cultes se développa concomitamment à la question de son égalité. Seulement, les tensions naquirent également de ce cette prise en compte du fait religieux dans un contexte imprégné par les différenciations religieuses. Ces deux points se retrouvent dans le régime sous la C.C.C.

200. En effet, la période marquant sa mise en place annonça les premières règles concrètes et juridiques établies en matière de cultes. Cependant, le principe même de ce texte était la réglementation de l'Église catholique, ce qui induisait que la formation du régime la concernait prioritairement. Son fondement était inégalitaire (1). Malgré tout, quand les débats sur la DDHC avaient déjà soulevé la nécessité de garantir une égalité dans ce régime, ceux qui ont eu cours sous la C.C.C. purent approfondir sa substance au contact de réglementations concrètes (2).

1) La formation d'un régime aux fondements inégalitaires

201. De la même manière qu'elle avait porté atteinte à l'égalité dans le droit commun, l'élaboration de la C.C.C. n'arrangea rien pour l'égalité des cultes. Les observations peuvent être répétées : la désignation nommée d'une religion, de ses normes, de ses autorités, ne pouvait que contredire l'égalité en matière de cultes. La norme désignait concrètement le culte qu'elle entendait. En conséquence, il était évident qu'une réglementation spécifique à ce seul culte, qui plus est majoritaire et jusqu'ici privilégié, ne faisait qu'accentuer la disparité du régime spécifique religieux.

202. Cette disparité pouvait conduire, tant à des privilèges constatables pour l'Église catholique, qu'à des désavantages manifestes pour les autres. Comparée à la situation de l'église réformée, par exemple, certains avantages étaient indéniables pour le catholicisme : la C.C.C. « lui a accordé des églises, des presbytères, un budget considérable, la qualité, pour ses ministres, de fonctionnaires publics et d'officiers de l'état civil »⁶⁹⁰. Les avantages s'imbriquaient avec les droits civils et civiques, mais le financement et l'octroi d'édifices spécifiques concernaient avant tout l'exercice du culte. D'un autre côté, l'organisation de la religion catholique était drastiquement encadrée et limitée au bon vouloir du pouvoir étatique, telles que pouvaient l'illustrer les immixtions dans les communications du Saint-Siège, dans le remaniement des circonscriptions diocésaines ou dans les modes de nominations des clercs⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ J. SIMON, *La liberté de conscience, op. cit.*, p. 173.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 185.

Au passage, les députés étaient tellement empêtrés dans la problématique de la place de la religion catholique que la question de la liberté de conscience ne s'était même posée pas lors des débats concernant le texte⁶⁹².

203. Conséquence la plus évidente de ce statut, et objet de luttes incessantes, la religion catholique était la seule à bénéficier par principe de l'exercice public du culte, dans le cadre, une fois encore, des restrictions posées par l'État. L'article 10 de la DDHC n'avait donc pas empêché, dans la formation concrète du régime, ce contre quoi les libéraux avaient lutté. Pourtant, la question restait au départ en suspend dans la mesure où aucun texte n'avait été établi à ce titre, du moins pas expressément. La Constitution de 1791 s'était pourtant intéressée à la liberté de culte, en garantissant la liberté à tout homme « d'exercer le culte religieux auquel il est attaché »⁶⁹³. Pour une fois, une liberté d'expression des manifestations religieuses, c'est-à-dire une liberté de culte, était expressément traitée. Seulement, nous savons à l'époque la piètre force des proclamations solennelles face au poids des pratiques et des mœurs. Rita Hermon-Belot émet justement une première réserve sur cette disposition constitutionnelle en remarquant que, à l'instar de la DDHC, « elle n'affirmait pas non plus le caractère public de l'exercice »⁶⁹⁴. En suivant, l'autrice dépeint la situation de la pratique publique du culte. Elle remarque en premier lieu la discrétion des sources à ce sujet et la difficulté d'établir la situation réelle de l'époque. Pour autant, elle décrit une progression générale de la visibilité des religions minoritaires aux débuts de la Révolution ; l'exercice du culte sortait progressivement du secret, notamment par l'acquisition et la construction des lieux de cultes. L'autrice constate même l'aide parfois des autorités locales au profit du culte réformé⁶⁹⁵.

204. Il reste que la description faite par Rita Hermon-Belot dépeint plus une tolérance qu'une véritable liberté et l'égalité. Tout reposait peu ou prou sur le bon vouloir des autorités locales. La visibilité des cultes minoritaires se faisait à tâtons, demande par demande, essai après essai, en guettant les réactions des autorités qui, en sus, variaient d'un territoire à un autre. Les autorités n'ignoraient pas les installations dans des édifices et ne les laissaient pas libres par principe. Bien souvent les directoires se prononçaient en faveur ou défaveur de tel ou tel culte ; ils interdisaient ou autorisaient.

205. La mise en place de la C.C.C. révéla la difficulté d'imaginer les religions entièrement libres, que ce soit celle catholique, qui demeurerait tant avantagée que strictement encadrée, comme celle des autres cultes, qui restèrent en dehors des préoccupations et réglementations centrées sur la seule religion majoritaire. Rita Hermon-Belot concluait elle-même : « [o]n jugera ici combien, dans une Révolution déjà bien avancée et après tant de réformes radicales, l'idée d'une pratique religieuse plurielle au vu et au su de tous reste difficile à concevoir à admettre, même pour les esprits les plus ouverts aux réformes »⁶⁹⁶.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 161.

⁶⁹³ Titre Premier : dispositions fondamentales garanties par la Constitution.

⁶⁹⁴ R. HERMON-BELOT, *Aux sources de l'idée laïque*, op. cit., p. 85.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 89.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 114.

206. Il fallut attendre un décret de mai 1791, concernant les prêtres réfractaires, pour avoir de plus amples précisions au sujet de la liberté de culte et une évolution la concernant, car le cas de ces premiers pouvait bien recouper celui des autres cultes, à mesure que les insermentés formaient progressivement une communauté dissidente, distincte de celle des assermentés. Pour le dire autrement, les persécutions rampantes envers les réfractaires mirent en péril leur exercice du culte, comme il pouvait déjà l'être pour d'autres cultes minoritaires. Les choses changèrent quelque peu après l'affaire du directoire du département de Paris qui répondit aux désordres causés à l'encontre des prêtres réfractaires souhaitant se réunir pour célébrer leur culte⁶⁹⁷. En l'espèce, épris d'un sentiment égalitaire et soucieux de respecter la liberté de culte prévue par la Constitution⁶⁹⁸, ce directoire avait rendu un arrêté autorisant les particuliers à louer des bâtiments pour y exercer leur culte, en exigeant toutefois une inscription à l'extérieur qui indiquerait la destination de l'édifice⁶⁹⁹. L'affaire arriva jusqu'à l'Assemblée que l'on pressa de se prononcer, soit contre ce qui pouvait apparaître comme un empiétement sur le pouvoir législatif, soit en faveur de ce qui pouvait participer de la liberté de culte. Elle opta pour le second choix et adopta alors le décret du 7 mai confirmant la règle prévue par l'arrêté du directoire de Paris.

207. Malgré l'avancée de principe du texte, le député et membre du comité ecclésiastique de l'Assemblée nationale, Durand de Maillane, percevait bien les limites du décret et, plus précisément, l'écart immense qui pouvait se creuser entre la philosophie d'un texte et la réalité de son application⁷⁰⁰. Il expliqua en outre que « tout serait bientôt tranquille, si chacun voyait les choses comme ceux qui l'ont fait rendre, et qui n'y ont vu que la conséquence même de nos principes sur la liberté d'opinions religieuses ; mais on a pu juger, de ce qu'il en serait de son exécution dans le royaume, par les obstacles qu'elle a déjà rencontrés dans Paris même [...] »⁷⁰¹. Reprenant Solon parlant aux athéniens, il précisait : « je ne vous donne pas les meilleures lois, mais celles que vous êtes en ce moment capables de suivre »⁷⁰².

208. Le député était clairvoyant : le texte n'avait pas suffi à calmer les tensions qui empoisonnaient le pays entre les constitutionnels et les réfractaires. Pour ces derniers, sa portée fut limitée et rapidement remise en cause par les dispositions répressives postérieures. La crainte et les troubles entraînèrent la victoire des persécutions par la promulgation de la loi du 29 novembre 1791 et notamment son article 4 qui évinçait les prêtres refusant le serment de

⁶⁹⁷ Séance du 18 avr. 1791, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale*, t. 25, Paris, P. Dupont, 1886, p. 179.

⁶⁹⁸ Le directoire du département de Paris comprenait des libéraux de renom ; Talleyrand, La Rochefoucauld et Sieyès notamment. Ce n'est donc pas étonnant que le préambule de l'arrêté rappela « [q]ue la liberté du citoyen, dans ses opinions religieuses et dans tout ce qui ne blesse pas l'ordre public, doit lui être garantie contre toute espèce d'atteinte ». Rendu le 11 avril 1791, il est consultable dans les débats parlementaires le concernant (*ibid.*).

⁶⁹⁹ L'article garantissant le droit « se réunir tranquillement dans un lieu commun pour l'exercice du culte », à la condition que soit ainsi indiqué la destination de l'édifice, donc forcément le culte qui y est pratiqué.

⁷⁰⁰ Cet écart sera d'ailleurs constaté à l'égard du régime des cultes tout le long de notre exposé. Les législations et les applications changeaient souvent, mais la concordance des deux n'était jamais continue.

⁷⁰¹ P.-T. DURAND DE MAILLANE, *Histoire apologétique du comité ecclésiastique de l'Assemblée nationale*, Paris, F. Buisson, 1791, p. 188.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 189.

tout traitement public pour leur culte⁷⁰³. Cela dit, ceux-ci ne faisaient en partie que rejoindre le droit commun à tous les autres cultes, donc l'inégalité qu'ils subissaient déjà. Une autre contrainte pour les réfractaires apparaissait aussi comme une évolution générale pour l'égalité des cultes : les édifices, en principe réservés au culte constitutionnel, mais inutilisés par celui-ci, pouvaient être loués ou vendus à « un culte quelconque, pour y exercer publiquement ce culte sous la surveillance de la police et de l'administration »⁷⁰⁴. Élément rarement souligné, cette disposition – issue de la proposition du député Albitte⁷⁰⁵ – allait ainsi en faveur des cultes minoritaires et il y était question, ouvertement, d'exercice public du culte. En revanche, les réfractaires en étaient strictement exclus⁷⁰⁶. En somme, si le régime s'uniformisait progressivement en faveur des cultes minoritaires, il reculait pour les insermentés, comme le confortèrent d'autres dispositions répressives qui rendirent leur exercice du culte de plus en plus compliqué⁷⁰⁷. Cette réduction de liberté s'accroîtra d'autant plus qu'elle sera précisément la cible de mesures coercitives dès novembre 1791 et jusqu'en 1793⁷⁰⁸.

209. En résumé, les constitutionnels bénéficiaient au départ du crédit de l'État et des ressources matérielles pour exercer. À côté, ils subissaient certains contrôles et restrictions liés à leur statut officiel. En somme, ils bénéficiaient d'un régime des cultes étendu, permettant l'exercice du culte, mais sous contrôle. Les réfractaires, quant à eux, enduraient les aléas des décisions locales puis la répression de l'Assemblée. Leur liberté de culte se consumait à petit feu. Les autres cultes minoritaires connaissaient indéniablement une extension dans leurs libertés, mais le phénomène restait variable en pratique. Ce résumé de la situation témoigne de la fragilité d'une progression de l'égalité des cultes, car si la liberté de culte s'étendait pour certains, à la fin dominait un inégal traitement juridique des manifestations religieuses. Ces inégalités étaient cependant vivement contestées.

⁷⁰³ « Quant aux autres ecclésiastiques [ceux n'ayant pas prêté serment], aucun d'eux ne pourra désormais toucher, réclamer ni obtenir de pension ou de traitement sur le Trésor public, qu'en représentant la preuve de la prestation du serment civique, conformément à l'article 1^{er} ci-dessus. Les trésoriers, receveurs ou payeurs qui auront fait des paiements contre la teneur du présent décret, seront condamnés à en restituer le montant, et privés de leur état ».

⁷⁰⁴ Art. 12 de la loi du 29 novembre 1791.

⁷⁰⁵ Voir *infra*.

⁷⁰⁶ « [...] mais cette faculté ne pourra s'étendre aux ecclésiastiques qui se seront refusés au serment civique exigé par l'article 1^{er} du présent décret (ou qui l'auront rétracté) et qui, par ce refus ou cette rétractation, sont déclarés, suivant l'article 6, suspects de révolte contre la loi, et de mauvaises intentions contre la patrie » (art. 12).

⁷⁰⁷ L'article 6 précisait que « les ecclésiastiques qui auront refusé de prêter le serment civique [...] seront par ce refus ou cette rétractation même, réputés suspects de révolte contre la loi, et de mauvaises intentions contre la patrie, et, comme tels, plus particulièrement soumis et recommandés à la surveillance de toutes les autorités constituées ». Dans le même sens et surtout, le 7 disposait que tout réfractaire « qui se trouvera dans une commune où il surviendra des troubles dont les opinions religieuses seront la cause ou le prétexte, pourra, en vertu d'un arrêté du directoire du département, sur l'avis de celui du district, être éloigné provisoirement du lieu de son domicile ordinaire, sans préjudice de la dénonciation aux tribunaux, suivant la gravité des circonstances ».

⁷⁰⁸ Voir P. PORTIER, *L'État et les religions en France...*, *op. cit.*, p. 39.

2) L'accroissement et la précision de l'exigence d'égalité des cultes

210. En dépit des constatations précédentes, les conceptions les plus étendues et abouties de l'égalité et de la liberté des cultes se multipliaient et pullulaient⁷⁰⁹. En effet, comme pour l'égalité dans le droit commun qui fut de plus en plus franchement défendue, l'égalité au sein du régime des cultes, même durant cette période, avait des appuis de plus en plus solides. Ses exigences semblaient se préciser.

211. Déjà lors des débats sur le décret du 7 mai 1791, la défense de l'égalité battait son plein. Au début des discussions, le député de Jessé commença honorablement en considérant l'arrêté du directoire de Paris conforme à l'article X de la DDHC⁷¹⁰. Treilhard, quant à lui, défendit la liberté de culte, mais soutint que l'arrêté renfermait le risque de consacrer le schisme au sein de l'Église catholique en démarquant concrètement les réfractaires et les constitutionnels. Cette justification révèle bien l'impossibilité pour l'époque de consacrer une véritable liberté de culte tout en reconnaissant une Église catholique officielle. C'était là une problématique qui interrogera l'égalité jusqu'en 1905. En effet, le régime en place impliquait nécessairement de garantir la liberté de culte aux minoritaires sous la seule forme de tolérance et, *a fortiori*, de les distinguer comme « autres » dont les réfractaires faisaient à présent partie.

212. C'est l'intervention de Talleyrand, au nom du comité de Constitution devant qui la discussion fut envoyée, qui défendit profondément la liberté de culte⁷¹¹. Le député écarta à plusieurs reprises la notion de tolérance, alors comprise comme l'acceptation de la diversité des opinions, mais le rejet de leur manifestation extérieure. Selon lui, la liberté d'avoir une opinion religieuse différente de celle des autres entraînait nécessairement la liberté des cultes⁷¹². Talleyrand précisa bien à quel point cette liberté ne pouvait que s'accompagner d'une complète égalité : « [e]n prononçant cette liberté religieuse dans toute son étendue, nous n'exceptons aucune croyance » ; elle « comprend indistinctement toutes les opinions sans distinction de secte : que, si celle des juifs, des protestants doit être respectée, celle des catholiques non conformistes doit l'être également »⁷¹³. Suivant cette logique, il défendit pour les schismatiques « que le culte qu'ils désireront célébrer à part, soit que d'ailleurs il diffère ou non du nôtre, soit aussi libre que tout autre culte ». Pour cela, il proposa un décret qui confirmait que la liberté religieuse de l'arrêté du directoire était celle proclamée dans la Déclaration et affirmait la liberté

⁷⁰⁹ Rita Hermon-Belot relève que « [d]ans ces longs débats s'exprime pour la première fois avec une telle intensité l'essentiel des conceptions en jeu sur une liberté des cultes décidément placée au centre des attentions. Tous les aspects en ont été examinés, soupesés, discutés, comme cela est très peu de fois arrivé dans l'histoire française : non seulement au regard des principes, mais à celui des applications concrètes et des problèmes qu'elles posent ». Si la loi put aboutir qu'un mois après le début des débats (29 novembre), c'est justement parce qu'elle se heurta aux limites que construisait petit à petit la liberté de culte (*Aux sources de l'idée laïque...*, *op. cit.*, p. 143).

⁷¹⁰ Le député dénonça toutefois la restriction imposée tenant à inscrire la destination du lieu pour cet exercice (*ibid.*, p. 181).

⁷¹¹ Séance du 7 mai 1791, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 179, p. 643 et s.

⁷¹² Selon lui, c'était absolument, et seulement, ce que prévoyait la DDHC (*ibid.*, p. 644).

⁷¹³ *Ibid.*

de culte aux prêtres réfractaires⁷¹⁴. Sieyès, qui intervint à son tour par un grand discours, rejoignit dans les grandes lignes Talleyrand à travers la défense ferme d'une liberté de culte sans conditions⁷¹⁵. En dépit des contestations de quelques députés⁷¹⁶, ces prêches pour l'égalité permirent l'adoption du décret du 7 mai 1791.

213. Ce texte était une victoire pour l'égalité, qui avait été fermement défendue pour établir les dispositions, et sa consécration permettait d'entrevoir ce que le principe en la matière pouvait exiger. En effet, le décret, certes, visait avant tout les catholiques réfractaires, mais il laissait entendre, par sa formulation, que la liberté d'exercice public était étendue aux autres cultes⁷¹⁷. Le fait religieux était saisi par le droit, pourtant sans véritable distinction religieuse. Une nouvelle fois, égalité et liberté étaient intimement liées. En revanche, le décret confortait la distinction entre le culte constitutionnel et les autres, seuls soumis à l'obligation d'inscription sur l'édifice. Si un indice sur la teneur de l'égalité était ainsi donné à travers la formulation de la règle, dans un même temps la reconnaissance d'une religion majoritaire comme base du régime des cultes rendait complexe une telle égalité. Par ailleurs, l'article 12 de la loi du 29 novembre 1791, bien que discriminatoire envers les réfractaires, avait aussi eu le mérite de permettre le bénéfice des édifices non utilisés par les constitutionnels par tous les autres cultes – à l'exception des insermentés – par sa formulation. En effet, le renvoi au « culte quelconque » permettait cette ouverture.

214. Au-delà de ces textes, d'autres discours marquèrent, comme celui du député Ducos tenu le 26 octobre 1791, précédemment cité⁷¹⁸, qui défendit fermement la consécration d'une liberté d'exercice du culte au nom de la DDHC⁷¹⁹. À ce titre, il refusa toute préférence pour un culte, « car ce qui m'est démontré à moi catholique, ne l'est pas pour un protestant »⁷²⁰. Peu connu, tout le discours n'en était pas moins d'une redoutable justesse. Le député semblait postuler l'application du droit commun à tout ce qui avait trait au religieux pour garantir

⁷¹⁴ L'article 1^{er} du décret qui sera adopté précisait : « l'Assemblée nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de Constitution sur l'arrêté du 11 avril, du directoire du département de Paris, déclare que les principes de liberté religieuse qui l'ont dicté, sont les mêmes que ceux qu'elle a reconnus et proclamés dans sa déclaration des droits; et en conséquence décrète que le défaut de prestation du serment, prescrit par le décret du 28 novembre, ne pourra être opposé à aucun prêtre se présentant dans une église paroissiale, succursale et oratoire national, seulement pour y dire la messe » (*ibid.*, p. 646).

⁷¹⁵ Sieyès contournait le problème de la compétence du directoire de Paris par rapport au législateur en affirmant justement qu'il n'aurait fait que respecter les principes posés. Pour lui, « [c]e n'est pas le législateur, c'est le citoyen qui tient la clef de sa propre liberté, avec la seule obligation de ne jamais désobéir à la loi » qui, quant à elle, est seulement chargée de ce qui nuirait à autrui (*ibid.*, p. 648). Telle est finalement l'acception du droit-liberté.

⁷¹⁶ Au premier rang desquels Lanjuinais et Couturier.

⁷¹⁷ Article 2 du décret : « [l]es édifices consacrés à un culte religieux par des sociétés particulières, et portant l'inscription qui leur sera donnée, seront fermés aussitôt qu'il y aura été fait quelque discours contenant des provocations directes contre la Constitution, et en particulier contre la constitution civile du clergé. L'auteur du discours sera, à la requête de l'accusateur public, poursuivi criminellement dans le tribunal, comme perturbateur du repos public ». La disposition suggérait, par la négative, que des édifices pouvaient être consacrés à tout culte religieux par « des sociétés particulières » dès lors que l'inscription exigée était affichée.

⁷¹⁸ Voir p. 77.

⁷¹⁹ « Elles étaient libres, parce qu'elles avaient la conscience pour asile, et le silence pour sauvegarde [...] ce n'est donc plus aujourd'hui de la liberté des opinions, mais de la liberté de leur manifestation qu'il s'agit, c'est de leur manifestation seule que peut vouloir parler la Déclaration des droits » (Séance du 26 oct. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale législative*, t. 34, Paris. P. Dupont, 1890, p. 416).

⁷²⁰ *Ibid.*

l'égalité⁷²¹. Sa conception de cette dernière n'était cependant pas compatible avec le choix porté, au lendemain de la Révolution, sur la mise en forme d'une réglementation spécifique au fait religieux. D'autres députés conceptualisaient justement l'égalité dans ce régime.

215. Le 29 octobre, le député Ramond osa suggérer : « il ne faut payer aucun culte ou il les faut payer tous » et opter pour cette seconde option⁷²². Cette réflexion, il la développa plus amplement dans son écrit *Encore un mot sur l'égalité des droits en matière de culte considérée comme moyen unique de prévenir les troubles religieux*. Le titre est révélateur des préoccupations entourant une égalité précisément adossée à la matière religieuse. Pour lui, deux solutions étaient envisageables pour remédier aux troubles religieux : « ou bien environner exclusivement un seul culte de toute la force et de toutes les faveurs publiques, ou bien les confier indistinctement tous à l'impartiale protection des lois »⁷²³. L'un est rapporté aux despotes, concluait Ramond, quand l'autre est « le seul qui convienne aux peuples chez qui l'égalité des droits est le principe de l'organisation sociale »⁷²⁴. Une telle approche paraissait en avance sur son temps – en témoignaient d'ailleurs les interruptions incessantes des députés conservateurs les plus outrés – et attestait d'une réelle considération de la diversité des cultes. Pour autant, sa philosophie n'était en outre pas isolée, les préceptes de l'égalité agrémentèrent tous les échanges.

216. En effet, dans le même esprit, en novembre 1791, le député Castel proposait de façon surprenante de remplacer « tous les ecclésiastiques » par « tout prêtre et ministre supérieur et inférieur d'un culte quelconque » dans l'exigence du serment civique, car la loi « doit être générale » et que l'on « ne pourra plus faire croire au peuple qu'on n'en veut qu'à la religion catholique », enfin parce qu'« aucun sectateur de ces prêtres ne pourra croire que ce serment est lié à des idées religieuses, lorsqu'il verra que vous l'exigez d'un juif, d'un musulman... »⁷²⁵. Ces remarques sont peut-être davantage tournées vers l'égalité dans le droit commun, mais se révèlent particulièrement pertinentes au regard de la place accordée à la généralité de la norme. Nous le verrons, cette conception est prometteuse. Elle donne déjà un indice sur ce que peut être la garantie d'une égalité, en l'occurrence générale, dans un régime du culte car, une nouvelle fois, le fait religieux est saisi, mais la différence ne l'est pas. Adopter des termes généraux et impersonnels évite un traitement discriminatoire envers un culte expressément désigné à travers des terminologies qui lui sont propres. Castel semblait déjà l'avoir bien

⁷²¹ « [s]i la manifestation de toute opinion doit être libre, il suit de là que les cultes ne peuvent être l'objet d'une loi, parce qu'elle n'aurait ni la stabilité, ni l'universalité, ni la justice qui forment le caractère de la loi. Dès lors, Messieurs, je crois avoir résolu le problème [...] assimilez la manifestation des opinions religieuses à la manifestation de toutes les autres ; assimilez les assemblées religieuses à toutes les autres réunions de citoyens ; que toutes les sectes aient la liberté de choisir un évêque ou un imam, un ministre ou un rabbin, comme les sociétés populaires [...] que la loi s'adresse toujours au citoyen et jamais au sectateur d'une religion quelconque ; enfin, que l'existence civile et politique soit absolument indépendante de l'existence religieuse » (*ibid.*, p. 417).

⁷²² Séance du 29 oct. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 510.

⁷²³ L. RAMOND DE CARBONNIERE, *Encore un mot sur l'égalité des droits en matière de culte considérée comme moyen unique de prévenir les troubles religieux* : 12 novembre 1791, Paris, L'imprimerie nationale, 12 nov. 1791, p. 3.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ Séance du 16 nov. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale législative*, t. 35, Paris. P. Dupont, 1890, p. 99. L'amendement ne fut pas suivi, mais un député relança la substitution des termes « les ministres de tout culte » à « tous les ecclésiastiques » le lendemain. Sans succès (*ibid.*, p. 105).

compris et ces propos sont à mettre aux côtés des termes employés par le décret du 7 mai 1791 et de l'article 12 de la loi du 29 novembre de la même année qui permirent précisément d'inclure davantage de religions par leur formulation.

217. Quelques jours plus tard, l'abbé constitutionnel Torné prêchait la liberté de culte dans toute la latitude au profit des insermentés, pour anéantir le prétexte le plus dangereux des troubles et enfin garantir la paix⁷²⁶. Le 25 novembre, lors d'une discussion sur des articles additionnels à la future loi du 29, le député Albitte fit une proposition qui impliqua assez clairement la liberté de culte au sujet de l'utilisation des édifices cultuels non utilisés par l'Église constitutionnelle⁷²⁷. Le député Fressenel appuya le sens de cette motion en soulignant la nécessité « de donner toute l'extension possible à la liberté des cultes » et « de protéger le culte quelconque » qui s'exercera dans les édifices choisis⁷²⁸. Ducos félicita à son tour les principes prônés, mais suggéra une formulation encore plus générale et inclusive⁷²⁹. Guadet déplora la disparité des applications de la liberté de culte, bien qu'il reconnût également que certains troubles demeuraient mais, pour lui, la loi devait planer sur « tous les cultes possibles pour les protéger d'une manière égale et uniforme ». Il poursuivait que le citoyen, « quelles que soient ses opinions religieuses », devait être protégé par la loi et seulement saisi dans le cas d'une atteinte à la tranquillité publique. Et celui-ci de conclure : « c'est en vous accoutumant à dominer sur tous les cultes, pour les protéger tous, mais aucun exclusivement aux autres, que vous écarterez toutes ces misérables querelles théologiques qui, dans ce moment désolent l'Empire français »⁷³⁰. Par ces mots avant-gardistes, le député défendait une totale liberté de culte, caractérisée par le laisser-faire dans les limites de l'ordre public, et conçue dans une totale égalité, c'est-à-dire en garantissant ce laisser-faire et ces limitations identiquement à toute religion. D'ailleurs, il est possible d'affirmer une nouvelle fois qu'il est en tout premier lieu affaire d'égalité, puisque la défense est celle d'une extension de la jouissance de certains droits. En toute hypothèse, la disparité et l'instabilité du régime des cultes avaient le mérite de perpétuellement stimuler le principe d'égalité et sa substance. Uniformité, généralité, « culte quelconque », « tous les cultes », etc : uniquement des formulations et outils qui présageaient ce que pourra impliquer l'égalité des cultes, c'est-à-dire une prise en compte du religieux sans distinction de religion. La route était encore longue pour concrétiser cet idéal.

⁷²⁶ 17 nov. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 124.

⁷²⁷ « Les églises ou édifices nationaux ne pourront être employés à l'usage gratuit d'aucun autre culte, que celui qui est entretenu aux frais de la nation. Pourra néanmoins toute association religieuse acheter celles desdites églises non employées audit culte, pour y exercer publiquement le sien, sous la surveillance des autorités constituées, en se conformant aux lois de police et d'ordre public » (*Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, p. 365).

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 366.

⁷²⁹ « Toute association religieuse quelconque pourra acheter ou prendre à loyer tous ceux des édifices nationaux non employés au culte salarié par la nation, pour y exercer publiquement le sien et sous la surveillance, etc... » (*ibid.*, p. 367).

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 367-368.

C) De la Convention au Directoire : une évolution instable, mais continue vers une concrétisation des exigences égalitaires

218. Ce mouvement, entre tensions et recherche progressive de conciliation, constaté sous la C.C.C. se poursuivit. À l'image du régime sous cette dernière, l'évolution de la réglementation cultuelle, de la Convention au Directoire, sombra profondément dans l'aggravation des inégalités (1). Cependant, par la suite, certaines règles et conceptions défendues favorisèrent une défense encore plus rigoureuse et concrète de l'égalité et, surtout, des exigences induites (2).

1) Une instabilité du régime des cultes au service des inégalités

219. Par la multiplication des pratiques incessantes non respectueuses des normes en vigueur, l'instabilité fut encore plus préoccupante pour le régime des cultes sous la Convention. *A priori*, la Constitution du 24 juin 1793 suggérait un élan libéral⁷³¹. La nouvelle Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'elle inséra dans sa Constitution consacrait à l'article 7 : « le droit de manifester sa pensée et ses opinions, soit par la voie de la presse, soit de toute autre manière, le droit de s'assembler paisiblement, le libre exercice des cultes, ne peuvent être interdits. – La nécessité d'énoncer ces droits suppose ou la présence ou le souvenir récent du despotisme ». Ces dispositions laissaient peu d'ambiguïté, si ce n'est sur l'aspect privé ou public de l'exercice du culte, et la référence aux périodes récentes du despotisme en confortait l'objectif libéral, mais aussi égalitaire. Il était question du libre exercice « des cultes ». Les termes étaient généraux, sans désignation nommée d'un culte particulier, et la liberté se comprenait pour tous. Cela rejoignait les souhaits des députés précédemment mentionnés. Seulement, nous ne connaissons que trop bien la portée, dans les faits, des principes posés à l'époque.

220. Dans la foulée, la Convention rejeta toute idée de suppression du salaire des ministres catholiques et réaffirma son attachement – de courte durée – à la C.C.C. De surcroît, les persécutions demeuraient et s'accroissaient sans cesse, surtout avec l'arrivée de la Terreur ; l'exercice du culte n'allait qu'en pâtir. Cela s'illustra notamment à travers l'envoi par la Convention de ses représentants dans les provinces afin de rétablir l'ordre. Ceux-ci disposaient d'importantes prérogatives et n'hésitaient pas à prendre des mesures liberticides en interdisant toute manifestation extérieure du culte ou en fermant purement et simplement tous les édifices religieux⁷³². Ce fut le cas à Paris, la capitale révolutionnaire ayant été quelques temps à

⁷³¹ Dans nos développements, et surtout ceux rapportés à l'histoire, l'emploi de l'adjectif « libéral » ou du nom « libéralisme » renverront simplement à la tendance à consacrer et favoriser les libertés, à réduire les barrières de leurs restrictions.

⁷³² Arthur Prevost décrit par exemple la tyrannie de Rousselin à Troyes qui ferma dès novembre 1793 toutes les églises de la ville (A. PREVOST, « Le régime de la séparation de l'Église et de l'État dans la ville de Troyes en 1794 », *Revue d'histoire de l'Église de France*, t. 3, n° 15, 1912, p. 249-275).

l'initiative des mesures les plus contestables⁷³³. Paradoxalement, certaines d'entre elles étaient même motivées par la recherche d'une forme d'égalisation réelle autoritaire, cherchant à lutter contre la domination de fait du culte catholique⁷³⁴. Ces décisions étaient impulsées par la progression d'un véritable culte patriotique – ensuite devenu celui « de la Raison » – conjugué à une déchristianisation rampante. Cela favorisa considérablement la coercition contre tous les cultes, au premier rang desquels celui des constitutionnels⁷³⁵.

221. À la suite de l'échec du culte de la Raison, la Convention proclama par un décret du 6 décembre 1793 la défense de « toutes violences et mesures contraires à la liberté des cultes ». Ce texte n'entendait en revanche pas déroger aux lois et précautions antérieures discriminatoires prises à l'encontre des « prêtres réfractaires ou turbulents ». Le décret faisait toutefois preuve d'ambiguïté à l'égard de l'égalité. Comme le remarque Bernard Plongeron, le texte visait « nommément les prêtres catholiques aussi bien réfractaires que constitutionnels quand ils seront réputés “turbulents” » ce qui n'allait pas dans le sens de l'égalité. D'un autre côté, il entendait protéger également toutes les autres religions, ce qui n'était pas indépendant du souhait d'extirper les individus du fanatisme religieux en encourageant les cultes révolutionnaires⁷³⁶. En d'autres termes, l'anticléricalisme, empreint d'une politique de déchristianisation⁷³⁷, favorisait peu ou prou – certes à mauvaise escient – l'égalité en permettant l'expression de nouveaux cultes peu conventionnels. Il n'empêche que par son imprégnation locale de plus en plus affirmée, l'anticléricalisme encourageait par là même les villes à ne pas respecter les préceptes nouvellement posés⁷³⁸.

222. Alors que nous savons les persécutions en cours sous la Terreur, il est étonnant de constater tout de même le maintien textuel, par la suite, de la liberté des cultes, au sein du décret du 7 mai 1794 déclarant l'existence de l'« Être suprême »⁷³⁹. En vérité, Robespierre, qui condamnait le culte de la Raison au profit de celui de l'Être suprême, ne voyait pas, comme beaucoup d'autres, de société sans religion⁷⁴⁰. Cela ne retenait en rien les exactions à l'encontre

⁷³³ Chaumette, procureur-syndic de la Commune de Paris, était à l'initiative le 26 novembre 1793 d'un arrêté de la capitale prescrivant la fermeture de tous les édifices cultuels et la responsabilité de tous les prêtres ou ministres des cultes des troubles dont la source viendrait d'opinions religieuses. En l'occurrence, exceptée la mention de « prêtres », les mesures étaient liberticides mais textuellement égalitaires.

⁷³⁴ Après l'arrêté précité, la commune de Paris entreprit de raser les clochers, justement au nom du principe d'égalité, du fait qu'ils dominaient les autres édifices.

⁷³⁵ Jacques Godechot décrit que les ultra-révolutionnaires engageaient des mesures rigoureuses contre tous les cultes, mais que le gouvernement, par manœuvre politique servant ses intérêts (« lutter contre le fédéralisme, pour faire appliquer le “maximum”, pour organiser la levée en masse »), laissait faire. L'auteur explique qu'une concurrence s'était créée entre le culte révolutionnaire et patriote, et l'Église catholique consacrée par la C.C.C., entraînant une persécution qui ne ciblait plus uniquement les réfractaires (J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 2^e éd., 1968, p. 423).

⁷³⁶ B. PLONGERON, « La première séparation de l'Église et de l'État sous la Révolution a-t-elle eu lieu ? », *Revue d'histoire de l'Église de France*, XCI, 2005, p. 239-263.

⁷³⁷ Voir M. VOVELLE, *Religion et Révolution : la déchristianisation de l'an II*, Paris, Hachette, 1976.

⁷³⁸ J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, op. cit., p. 428.

⁷³⁹ L'article 11 prévoyait cependant que la liberté des cultes était maintenue, mais que tout rassemblement contraire à l'ordre public serait réprimé (article 12).

⁷⁴⁰ Une mentalité persistante qui traversa largement les pensées antérieures et postérieures à Robespierre (N. SILD, « La construction de l'État, processus de sécularisation : retour sur une équation inadaptée au cas français », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 50, 2019/2, p. 197-229).

des insermentés et l'exercice du culte était généralement dénoncé dans les villes⁷⁴¹, motivation d'un patriotisme revanchard à l'appui.

223. En vérité, ces descriptions manifestent un changement d'état d'esprit sous la Terreur, pour le régime des cultes, qui rôdait déjà au début de la Convention. C'est Jean-Jacques Chevallier qui remarque que la question s'était alors davantage portée « sur le *fond* même des croyances et non plus seulement sur *l'organisation* intérieure de l'Église de France »⁷⁴². La volonté d'imposer un culte de « remplacement » avait guidé le régime des cultes. Or, une telle finalité ne se faisait qu'au détriment du culte catholique – culte majoritaire, donc culte concurrent – ce dont avaient déjà attesté les mesures de fermetures des églises. Cela dit, la finalité s'était avérée plus grave, tant l'on avait considéré la liberté – au moins – d'opinion acquise depuis la Révolution. Si pendant longtemps les religions minoritaires avaient craint les discriminations à leur égard, durant cette période c'était à la religion catholique de connaître cette situation. Ce sera ensuite pour la perte de ses privilèges que celle-là s'alarmera, car l'égalité des cultes connut une importante étape par la suite.

2) L'émergence de propositions égalitaires profondes : une concrétisation par les prémices d'une quasi-séparation

224. Une fois la sombre période de la Terreur passée, la Convention affirma progressivement certains principes qui bousculèrent le régime des cultes. Jusqu'à présent, malgré les évolutions décrites ci-dessus, celui-ci ne se comprenait qu'à travers une reconnaissance spécifique d'un culte, son financement et la tolérance des autres religions. Il reste que la vague de déchristianisation en cours depuis quelques années engendrait des modifications profondes du régime, du moins dans les principes.

225. C'est d'abord le décret du deuxième jour des sans-culottides an II (18 septembre 1794) qui enclencha le changement : « la République française ne paie plus les frais ni les salaires d'aucun culte ». Une telle disposition formait une première véritable rupture dans les rapports de l'État avec la religion, tant la question du financement était au centre du régime des cultes et surtout, nous le verrons, de l'égalité. Cela transparaissait déjà dans la conception défendue par Ramond⁷⁴³. De même, pour Cambon, rapporteur du comité des Finances, qui impulsa ce texte, les lois précédentes tendant vers la réduction et la suppression progressives du financement du culte étaient « plus conformes aux principes de l'égalité »⁷⁴⁴. C'était-là une solution nouvelle et fondamentale pour davantage garantir l'égal exercice du culte : la religion

⁷⁴¹ J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, op. cit., p. 428.

⁷⁴² J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2001, p. 134.

⁷⁴³ Voir p. 111.

⁷⁴⁴ *Rapport de Cambon, au nom du comité des Finances, concernant le salaire des membres d'un culte* in Séance du 18 sept. 1794, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Convention nationale*, t. 97, Paris, CNRS éditions, 1993, p. 265.

catholique ne serait plus financée, de sorte qu'aucun culte ne serait avantagé et différencié dans la réglementation.

226. C'est dans ce contexte, peu de temps après, que cette époque connut l'un des plus grands prêches pour le non financement des cultes certes, mais surtout pour l'égalité et la liberté des cultes à travers le discours, conspué puis interrompu, que tint Grégoire devant la Convention le 24 décembre 1794 et qu'il publia ensuite dans son intégralité⁷⁴⁵. À la manière d'un Ramond cité plus haut, Grégoire sembla justifier l'absence de salaire pour un culte par la reconnaissance pour chaque individu du droit d'avoir le sien⁷⁴⁶. Dans ce cadre, l'État devait adopter une position très libérale, en laissant une totale liberté à ceux qui ne troublaient point l'ordre public, et ce, même s'il avait été question « d'adorer un légume et lui ériger un autel » en guise d'exercice du culte⁷⁴⁷. La non-immixtion de l'État garantissait une importante liberté de culte et, en s'appliquant pareillement à tout culte, permettait l'égalité. Tout culte pourrait être exercé librement et en public dans les édifices consacrés, défendait Grégoire en raillant et rayant l'hypothèse d'un exercice purement privé du culte⁷⁴⁸. L'absence totale de priorisation pour une religion, dans le financement comme dans l'exercice public du culte, entraînait l'indistinction du régime en fonction de la religion de chacun. L'approche est profondément égalitaire.

227. Une partie de ces souhaits et des principes du texte de 1794 furent consacrés par le décret du 3 ventôse an III (21 février 1795) – l'abbé ne manqua pas de s'en vanter⁷⁴⁹. En effet, ce texte marqua encore davantage en posant d'importants principes qui seront par la suite dans la loi de 1905, notamment – à l'exemple du décret de septembre 1794 – qu'aucun culte ne serait dorénavant salarié⁷⁵⁰, mais aussi qu'aucun culte ne verrait son ministre reconnu⁷⁵¹. Au demeurant, si la suppression du budget des cultes en 1794, puis surtout en 1795, put paraître comme une atteinte à la liberté du culte majoritaire, elle s'imposa comme un élément de concrétisation de l'égalité formelle. Par ailleurs, c'est ici que les exigences de cette dernière se distinguent de celle de la liberté de culte : l'égalité peut être complète dans la répression. Autrement dit, le régime des cultes peut être quasiment inexistant et s'exprimer par l'interdiction de tout exercice du culte. En ces termes, la liberté du culte est bafouée. En revanche, du moment que de telles restrictions s'imposent pareillement à chaque religion, alors l'égalité des cultes formelle est intacte⁷⁵². Le principe peut par conséquent s'affirmer par

⁷⁴⁵ H. GREGOIRE, *Discours sur la liberté des cultes*, Paris, Maradan, 1795.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 11-12.

⁷⁴⁷ Preuve de tout le progressisme de cette pensée, ce renvoi à la liberté de culte de pratiques peu orthodoxes est une leçon pour les opposants, trop hâtifs, à la liberté de culte des mouvements sectaires durant les années 2000.

⁷⁴⁸ « [M]ais, dit-on, il est permis à chaque citoyen de pratiquer son culte dans sa maison. Quoi ! la déclaration des droits, la constitution et des lois publiées avec appareil, auraient uniquement pour but de statuer que dans ma chambre je puis faire ce que je veux ? S'il est permis de déraisonner, qu'au moins ce ne soit pas d'une manière si grossière » (H. GREGOIRE, *Discours sur la liberté des cultes*, op. cit., p. 20).

⁷⁴⁹ Dans son rapport précité, qui est l'édition augmentée dudit décret, Grégoire put clamer : « [l]e 1^{er} nivôse et les jours suivants, on me gratifia de beaucoup d'injures, pour avoir demandé la liberté religieuse. Les mêmes hommes qui m'outragèrent ont concouru au décret du 3 ventôse [21 février], cela prouve que si les principes sont invariables, les hommes ne le sont pas » (*ibid.*, p. 37).

⁷⁵⁰ Art. 2.

⁷⁵¹ Art. 5.

⁷⁵² A.-M. LE POURHIET, « La conception française de l'égalité religieuse » in C. ROMAINVILLE et al. (dir.), *États et religions*, Limal, Anthémis, 2018, p. 216.

l'extension des privilèges d'une religion aux autres cultes comme par la suppression des avantages dont un seul culte bénéficiait⁷⁵³.

228. Concomitamment, le décret de 1795 assurait que « l'exercice d'aucun culte ne [pouvait] être troublé »⁷⁵⁴, condamnait les troubles des « cérémonies d'un culte quelconque »⁷⁵⁵ et énonçait que leur surveillance se « renferm[ait] dans des mesures de police et de sûreté publique »⁷⁵⁶. Le texte demeurait cependant timide à l'égard de la liberté d'exercice public du culte : les processions sur la voie publiques, les sonneries de cloches et les vêtements ecclésiastiques restaient proscrits. Surtout, ni les communes, ni l'État ne devaient fournir de locaux aux cultes, ce qui réduisait drastiquement la possibilité d'exercice du culte. Néanmoins, face à une pratique une nouvelle fois à contresens du texte de la part des communes, qui durent rouvrir les églises sous la pression des populations locales, la Convention corrigea le texte en ce sens⁷⁵⁷.

229. De façon générale, ce texte avait été adopté après le rapport de Boissy d'Anglas sur la liberté des cultes qui avait justement prôné une généralisation de la norme et l'absence de désignation spécifique du culte catholique, en abandonnant notamment son financement⁷⁵⁸. Indéniablement, le décret empruntait un vocabulaire égalitariste par l'emploi de normes générales et non discriminatoires : « aucun culte », « culte quelconque ». De la même manière, si les références à la liberté se multipliaient, il était constamment question d'une liberté « des cultes »⁷⁵⁹, c'est-à-dire des diverses communautés religieuses. La liberté intégrait ainsi toujours plus une dimension égalitaire dans la mesure où elle ne se comprenait qu'à travers le pluralisme. Cette égalité s'approfondissait. Ses exigences devenaient concrètes pour les penseurs et députés : il convenait de ne plus financer, de ne plus désigner nommément, et d'employer des catégories générales. En somme, se dessinait une prise en compte du fait religieux sans prise en compte des différences religieuses, donc sans tensions.

230. En suivant, la nouvelle Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) réitéra également l'absence de salaire des cultes et que « [n]ul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi »⁷⁶⁰. Du fait de l'éparpillement des textes que la Convention multipliait, le décret du 7 vendémiaire an IV (29 septembre 1795) sur l'exercice et la police extérieure des cultes dut intervenir pour codifier toute la législation en la matière.

⁷⁵³ Jean Baubérot parle d'une égalité de traitement des cultes possible, mais dans la répression (J. BAUBÉROT, « 1905-2005 : la laïcité française et les minorités religieuses », *Études théologiques et religieuses*, t. 82, 2007, p. 67- 80).

⁷⁵⁴ Art. 1^{er}.

⁷⁵⁵ Art. 10.

⁷⁵⁶ Art. 6.

⁷⁵⁷ Grâce au décret du 30 mai 1795 qui autorisa le libre usage des églises non aliénées (J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, op. cit., p. 431).

⁷⁵⁸ « Qu'il n'y ait aucun prêtre avoué parmi vous, aucun édifice destiné au culte, aucun temple, aucune dotation, aucun revenu public ; en un mot, en respectant toutes les opinions, ne laissez renaître aucune secte » (F.-A. DE BOISSY D'ANGLAS, *Rapport de Boissy d'Anglas au nom des comités de salut public, de sûreté générale et de législation réunis sur la liberté des cultes*, Paris, Du Pont, 1795, p. 17).

⁷⁵⁹ Telle est par exemple la formule utilisée par Boissy d'Anglas pour son rapport, et ce, dès son titre.

⁷⁶⁰ Art. 354.

Comme le notifie Bernard Plonger, la ligne directrice des textes établis jusqu'ici restait la police⁷⁶¹, ce dont témoignaient le décret et son préambule⁷⁶². Le régime des cultes se développait alors toujours avec pour principale préoccupation la préservation de l'ordre public, donc la gestion efficace d'une police des cultes, qui se montra en l'espèce très restrictive⁷⁶³. Il faut bien prendre conscience que ces mesures se montraient constamment en fond animées par l'idée de culte révolutionnaire et de déchristianisation jointe. Cette mentalité passait parfois par une volonté proche de l'égalité, puisqu'en l'occurrence le préambule du texte du 29 septembre spécifiait vouloir lutter contre tout culte exclusif et dominant⁷⁶⁴. De surcroît, dans la continuité de nos remarques précédentes, certaines terminologies s'avéraient fortement égalitaires, par exemple quand il était question de « culte *quelconque* »⁷⁶⁵. Surtout, le décret prévoyait lui aussi de nombreux mécanismes proches d'une séparation entre l'État et la religion.

231. L'État, en prenant une nette distance avec le religieux, diminuait celle qu'il avait pu marquer avec l'égalité⁷⁶⁶. En revanche, du point de vue de la liberté, le texte soumettait l'exercice du culte à une déclaration préalable du ministre du culte officiant⁷⁶⁷. Cette avancée considérable était toutefois à nuancer avec les conditions de cette déclaration et de toutes les autres mesures restrictives du texte⁷⁶⁸.

232. Pour le culte catholique, la nouvelle législation permit un temps d'accalmie. Celle-ci resta cependant de très courte durée : la Convention reprit avec vigueur sa politique de

⁷⁶¹ B. PLONGERON, « La première séparation de l'Église et de l'État a-t-elle eu lieu ? », *art. préc.*

⁷⁶² Le décret rappela notamment que les lois ne statuaient pas sur le domaine de la pensée certes, mais justement qu'elles ne pouvaient qu'avoir pour but la surveillance renfermée dans des mesures de police et de sûreté publique.

⁷⁶³ Voir en ce sens les exemples des décisions rendues en application des textes en vigueur dans A. DALLOZ et D. DALLOZ, *Législation et traité des cultes, fabriques d'églises et sépultures*, Paris, 1853, p. 79 (point 72).

⁷⁶⁴ C. PEYRARD, « De la liberté cultuelle à la police des cultes : la première Séparation des Églises et de l'État en France » in C. PEYRARD (dir.), *Politique, religion et laïcité*, Aix-en-Provence, PUP, 2009, coll. « Le temps de l'histoire », p. 95.

⁷⁶⁵ Nous soulignons (article 1^{er} : « [t]out rassemblement de citoyens pour l'exercice d'un culte quelconque, est soumis à la surveillance des autorités constituées »).

⁷⁶⁶ La majeure partie de la doctrine considère que la Convention consacra à ce moment précis le principe de la séparation des églises et de l'État, voire la neutralité religieuse. Comme le dit Romuald Szramkiewicz, l'appréciation de cette séparation diverge notamment entre la vision d'une politique momentanée et d'une façade dissimulant la réalité des persécutions (R. SZRAMKIEWICZ et J. BOUINEAU, *Histoire des institutions (1750-1914)*, Paris, Litec, 4^e éd., 1998, p. 185). Eu égard à l'inefficacité des principes pourtant constamment posés, la dernière interprétation est tentante. Il semble pourtant que l'histoire impose comme toujours la nuance. Il est certain que les textes posèrent à ce moment-là des principes qui participaient d'un raisonnement séparatiste par rapport au religieux. Cependant, la chose n'était pas nouvelle ; de nombreux principes, l'égalité des cultes – nous le verrons – comprise, allaient en ce sens depuis les débuts de la Révolution. Arrivé au Directoire, ce mouvement se dirigeaient indéniablement vers un éloignement avec le pouvoir religieux, surtout si l'on compare aux régimes antérieurs. Pourtant, les persécutions répétées, la volonté d'imposer une église, puis un culte de la Raison ou de l'Être suprême, montrèrent peut-être que l'idée de séparation est arrivée bien trop prématurément. Le lien entre l'État et la religion était encore trop intense et, à l'instar de Robespierre puis Napoléon, nombreux s'imposaient ceux ne pouvant se figurer une société sans religion consacrée, alors garante indétrônable de l'ordre social. On peut en somme considérer que les idées libérales d'une séparation faisaient leur chemin, progressivement, sinueusement, mais avant tout discrètement. Ce long voyage allait prendre encore plus d'un siècle.

⁷⁶⁷ Art. 5.

⁷⁶⁸ Par exemple l'interdiction d'apposer des signes cultuels « en quelque lieu que ce soit », et non seulement pour les établissements étatiques, participant d'une conception d'un libre exercice du culte encore entièrement privé.

répression en réponse aux émeutes de vendémiaire⁷⁶⁹. Ainsi, le traitement des prêtres réfractaires, voire constitutionnels, qui perdurait, ramenait rapidement l'État dans une politique de répression, à rebours des libertés et de l'égalité tant proclamées⁷⁷⁰. Durant ces périodes, même quand le texte proclamait un principe aussi précieux que l'égalité ou la liberté de culte, la réalité des applications des décrets et lois « de “circonstance” » en remettait directement en cause les postulats⁷⁷¹. L'instabilité des régimes postérieurs à l'égard du religieux entraîna toujours plus de soubresauts pour l'égalité.

233. Au début du directoire, avant le coup d'État, le contexte s'apaisa⁷⁷². Jacques Godechot décrit la situation globale des cultes du moment : les gallicans (anciens constitutionnels) étaient à peu près libres ; « le culte romain était desservi soit par des prêtres “soumissionnaires”, c'est-à-dire ayant prêté le serment prévu par la loi du 11 prairial an III (30 mai 1795), soit par des “insoumissionnaires” » plus ou moins traqués ; les protestants et les juifs, enfin, profitant « silencieusement de la demi-liberté des cultes »⁷⁷³. Cette description illustre la fragilité de l'égalité, qui semblait davantage tenir du contexte sociale et politique, donc de la pratique en résultant, que des principes la garantissant. Malgré tout, ce tableau décrit par là même que les religions minoritaires, au-delà du catholicisme, se trouvaient globalement à égalité. Encore une fois, une telle observation est à placer sous la réserve de la diversité des applications locales, mais la disparité des traitements s'opérait toujours davantage par rapport aux insermentés.

234. En tout état de cause, le principe d'égalité ne manquait toujours pas d'inspirer les mentalités, notamment celles qui s'engageaient vers la séparation. L'illustra le rapport de Camille Jordan, membre de la commission des cultes, rendu au Conseil des Cinq-Cents peu de temps avant le coup d'État. Celui-ci rappela une nouvelle fois que « [t]ous les cultes sont libres en France ». Il poursuivit surtout : la Constitution « a voulu que tous fussent égaux devant la loi » et, comme mesures remplissant ce rôle, il déclara qu'« elle n'en salarie aucun, et ne permet pas qu'aucun citoyen soit forcé de contribuer aux dépenses d'un culte ; elle ne reconnaît point

⁷⁶⁹ Émeutes engendrées par les royalistes bourgeois et contre-révolutionnaires entre le 4 et 6 octobre 1795 (voir à ce sujet G. RUDE, « Les sans-culottes parisiens et les journées vendémiaire an IV », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 158, 1959, p. 332-346).

⁷⁷⁰ Après avoir exposé l'application ordonnée des lois de 1792 et 1793 sur la répression des insermentés par la Convention le 26 octobre 1795, Bernard Plongeron conclut tristement : « [p]lus que jamais la liberté des cultes, officiellement garantie par la Constitution de l'an III, avait tout d'une tromperie... douloureuse » (B. PLONGERON, « La première séparation de l'Église et de l'État sous la Révolution a-t-elle eu lieu ? », *art. préc.*).

⁷⁷¹ Bernard Plongeron rappelle que l'on doit toujours garder à l'esprit « que, plus encore que dans d'autres domaines, les “cultes” sont objet de lois de “circonstance” c'est-à-dire foisonnantes, rétroactives et contradictoires, révélatrices d'une période crise » (*ibid.*). Jules Simon put dire très justement que « [l]e malheur de la Convention est d'avoir eu une philosophie très-libérale et une politique trop souvent oppressive » (*La liberté de conscience, op. cit.*, p. 189).

⁷⁷² La loi du 4 décembre 1796, par exemple, abrogea les mesures répressives de 1792 et 1793.

⁷⁷³ J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire, op. cit.*, p. 526.

le titre de ministre des cultes, et ne les distingue pas des autres citoyens »⁷⁷⁴. Se ressentait toujours davantage la nécessité de ne plus désigner une religion spécifique, mais de toutes les englober dans des terminologies générales. L'absence de reconnaissance et de financement d'un culte particulier allait indéniablement dans ce sens. Il faut dire que depuis la Révolution, la défense d'une égalité au sein du régime des cultes s'était constamment intensifiée. Ses exigences restaient toutefois floues du moment qu'une religion demeurerait reconnue. Du fait de cette reconnaissance, l'idée progressivement développée d'une égalité aux penchants universalistes se heurtait toujours à l'incorporation juridique du fait religieux.

235. À la veille du coup d'État, l'égalité dans le régime des cultes et ses exigences étaient enfin devenues, plus que jamais, concrètes. Pour autant, une fois encore, l'apaisement fut bref, puisque l'élan libéral du directoire fut rompu par le coup d'État⁷⁷⁵. Il est regrettable que la politique du Directoire après le coup d'État s'illustrât par la persécution et le retour des discriminations, et ce, globalement jusqu'à la prise de pouvoir de Napoléon, qui marqua une rupture dans le régime des cultes.

SECTION 2. L'approfondissement de deux problématiques distinctes dans un régime des cultes reconnus

236. Sous la période napoléonienne, l'empereur réussit là où la Constitution civile du clergé avait échoué, en incorporant l'autorité du pape dans la procédure, tout en instaurant un contrôle important de l'État sur la religion. Cela passa par la ratification du Concordat le 8 septembre 1801, après les longues négociations avec Rome, puis la validation par les assemblées du projet avec la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802)⁷⁷⁶. Le Concordat, accompagné des Articles organiques issus de cette loi, fut la marque d'une réussite mitigée. En effet, en établissant un régime des cultes reconnus, le modèle prenait en partie acte de la diversité religieuse et consacrait le pluralisme.

237. Pour autant, le parcours de notre étude historique sur les rapports entre l'égalité et le fait religieux nous montre que cette reconnaissance, en maintenant un lien étroit entre le pouvoir

⁷⁷⁴ C. JORDAN, *Rapport sur la police des cultes au Conseil des Cinq-cents. Séances du 29 prairial an V (17 juin 1797)*, Paris, L'imprimerie nationale, 1797, p. 8. Le rapport est parcouru du principe égalité. Le rapporteur donnait même l'impression de devoir se justifier le plus souvent possible d'une éventuelle atteinte à l'égalité. Ainsi, lorsqu'il défendait les sonneries de cloches (ce qui lui vaudra le surnom de Jordan-les-cloches) il distinguait clairement l'égalité dans les faits de celle dans le droit en prônant la logique, avant tout, de cette dernière : « [m]ais est-il donc possible de proscrire tous les signes extérieurs ? Mais faut-il donc qu'une religion, parce qu'elle ne domine pas, ne puisse plus frapper ni les yeux ni les oreilles ? Mais l'égalité des religions suppose-t-elle leur invisibilité ? Mais ne restera-t-il pas toujours des signes, très sensibles, des temples qui s'offriront aux regards, des voix qui retentiront dans ces temples ? [...] La prépondérance qu'elles peuvent assurer à un culte. Mais la permission ne sera-t-elle pas égale pour tous ? tous ne pourront-ils pas ériger des clochers et sonner leurs cloches ? » (*ibid.*, p. 24-25).

⁷⁷⁵ Voir J.-R. SURATTEAU, « Le Directoire avait-il une politique religieuse ? », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 283, 1990, p. 79-92.

⁷⁷⁶ J.-O. BOUDON, *Napoléon et les cultes*, Paris, Fayard, 2002, p. 64-65. Ladite loi modifiait assez largement l'accord convenu avec le pape et réduisait les droits de l'Église.

politique, donc juridique, et le pouvoir religieux, entraîna nécessairement la préservation de distinctions religieuses au sein du droit commun (**PARAGRAPHE 1**). Sans surprise, cette reconnaissance allait évidemment avoir un impact sur le régime des cultes qu'elle modifiait profondément. Égalité civile et égalité des cultes sont indéniablement liées, surtout lorsque, nous le verrons, la norme désigne aussi clairement certaines communautés religieuses. Toute la période concordataire révèle la teneur de ce régime nouveau, mais, surtout, de l'égalité et de ses exigences au sein d'un système conçu dans la reconnaissance des religions (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. Une atteinte à l'égalité civile immanquablement approfondie

238. Inévitablement, le système de reconnaissance instaurait une forme de confusion entre groupes et normes religieux d'une part, et pouvoir et normes juridiques d'autre part. Autrement dit, le fait religieux était une nouvelle fois intégré au politique et au juridique à travers la désignation de certains groupes et particularismes. En conséquence de cela, les distinctions religieuses parcouraient le droit commun (**A**). Ce processus, en partie employé comme un moyen de contrôle de l'Empereur, ne pouvait que menacer l'égalité. Précisément, le traitement des juifs sous ce régime montre à quel point l'idée d'une égalité sans distinction de religion faisait son chemin mais restait concrètement et continuellement fragilisée (**B**). Une réflexion davantage conceptuelle nous amène, à la fin, à réaliser combien c'est l'évincement de toute référence religieuse au sein du pouvoir politique et juridique, c'est-à-dire la sécularisation, qui conforta l'égalité dans le droit commun (**C**).

A) Une progression de l'imbrication entre État et religieux aux dépens de l'égalité

239. De manière générale, la reconnaissance des cultes touchait en majeure partie la problématique de l'égalité dans l'exercice du culte⁷⁷⁷. Pour autant, la place que Napoléon a octroyée aux quatre communautés⁷⁷⁸ était parfois signe de privilège et se répercuta nécessairement sur le droit commun.

240. Ainsi, pour diverses raisons, tenant la plupart du temps aux obligations religieuses et aux règles propres aux communautés, les ministres du culte se voyaient parfois exemptés du droit commun. Tel était l'exemple du service militaire, dont les articles organiques prévoyaient l'exonération pour les ministres du culte et des séminaristes de chaque culte. Cette dérogation

⁷⁷⁷ Voir *infra*.

⁷⁷⁸ L'Église catholique fut reconnue par le Concordat et les Articles organiques du 18 germinal an X. Le même texte reconnaissait le culte protestant luthérien et réformé.

au droit commun, forme d'objection de conscience⁷⁷⁹, fut seulement réduite en 1889 mais perdura. Plus encore, les inégalités ne se limitaient pas à la comparaison entre cultes reconnus et non reconnus ; même au sein de la première catégorie le catholicisme pouvait bénéficier de privilèges particuliers. Finalement, selon les mots de Marcel Garaud : « [l]e principe de l'égalité civile ne gouvernait pas absolument, néanmoins, sous le Concordat, le statut des clercs »⁷⁸⁰.

241. Cette situation trouvait une illustration parlante à travers le privilège octroyé aux cardinaux leur permettant d'occuper d'office une place dans la chambre haute du Parlement sous la Seconde République et le Second Empire. Comme le notifiait Jules Simon, cette règle ne découlait pas du Gouvernement, mais de la loi. Partant, il ne s'agissait pas d'une nomination *intuitu personae* d'un ministre ou du chef de l'État, mais d'un principe général et applicable d'office⁷⁸¹. L'auteur soulignait la contradiction avec l'égalité par rapport aux cultes qui ne bénéficiaient pas d'un traitement de faveur au Sénat. C'est pourtant plus généralement par rapport aux autres citoyens, au titre de l'égalité politique, que la règle posait un problème.

242. C'était là une conséquence classique du mélange entre la norme étatique et la règle religieuse. Paradoxalement, pendant que la sécularisation se développait⁷⁸², la nécessité de réglementer les cultes passait par un étrange mélange des genres. La spécificité du traitement religieux et l'immixtion de ce dernier dans la sphère publique et politique, notamment avec la question du fonctionariat pour le service public des cultes, ne pouvait qu'accroître une contradiction déjà constante avec l'égalité. L'inclusion de la différence religieuse n'était pas anodine.

243. *A contrario*, mais témoin encore plus flagrant de cette ambiguïté, les ministres des cultes reconnus pouvaient se voir refuser la jouissance d'un droit civil commun en raison de leur religion. Nonobstant sa sécularisation, le mariage illustra dans ce cas parfaitement le phénomène, puisque Portalis, pourtant conscient de la contradiction à la séparation entre le Code civil et le religieux⁷⁸³, céda à l'interdiction du mariage civil des anciens prêtres au nom des exigences « de la morale », que Napoléon idéalisait, et que les mesures de police se devaient de préserver en partie à travers le respect de certaines règles religieuses fondamentales⁷⁸⁴. Cela

⁷⁷⁹ Parallèle fait avec Brigitte Basdevant-Gaudemet (« Le statut des ministres du culte en France au XIX^e siècle », *Revue du droit des religions*, n° 8, 2019, p. 19-41).

⁷⁸⁰ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé (de 1789 à 1804)...*, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁸¹ J. SIMON, *La liberté de conscience*, *op. cit.*, p. 281.

⁷⁸² Voir *infra*.

⁷⁸³ Dans une lettre adressée à Napoléon du 28 prairial an XIII (17 juin 1805), Portalis soulignait lui-même à ce moment que « dans les principes du nouveau Code civil, la prêtrise n'[était] plus un empêchement dirimant du mariage » et rappela ce qui a été dit plus haut au sujet de la séparation qu'opérait le Code civil avec le religieux : « en abdiquant le sacerdoce, on peut renoncer au célibat. Une telle conduite [était] condamnée par l'Église, mais elle n'[avait] rien de contraire à la loi de l'État » (J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapport et travaux inédits sur le concordat de 1801*, commentaires et introduction de F. PORTALIS, Paris, Joubert, 1845, p. 569 et s.).

⁷⁸⁴ Comme le synthétise Yves Bruley : « [c]onsidérées par Napoléon comme utiles à la société, les religions sont appelées à exercer une forme d'encadrement moral » (Y. BRULEY, « Mariage et familles sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoléonica. La Revue*, n° 14, 2012/2, p. 111-126).

passait en conséquence par l'interdiction à tout officier d'état civil de recevoir l'acte de mariage d'un ancien prêtre⁷⁸⁵.

244. La « règle » persista sous la Restauration et la monarchie de Juillet. Les tribunaux maintenaient toujours en 1828 et les années suivantes l'interdiction en justifiant notamment des dispositions de la Charte de 1814 qui spécifiaient que le catholicisme était la religion de l'État⁷⁸⁶. Le juge n'hésita pas à justifier l'interdiction par le silence du Code civil à cet égard⁷⁸⁷. Pourtant, en appel, l'avocat d'un prêtre contestant l'interdiction prêcha justement l'égalité pour reconnaître l'acceptation du mariage, « parce que l'article 6 de la Charte ne peut dénaturer les droits d'égalité devant la loi que l'article 1^{er} confère à tous les Français, quels que soient leurs titres »⁷⁸⁸. En théorie, la Révolution avait balayé toute distinction de particularisme religieux tenant, par exemple, à un ancien titre ecclésiastique. Pourtant, la Cour lui rétorqua en tout premier lieu un argument symptomatique des risques que représente pour l'égalité la consécration d'une religion de l'État : « [c]onsidérant que si, aux termes de la Charte, chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte une égale protection, il ne s'ensuit pas qu'un Français puisse se présenter comme n'appartenant à aucune religion, et comme étranger à tout culte »⁷⁸⁹. Aussi surprenant que cela puisse paraître pour l'époque, le juge donna une caractérisation identitaire au religieux en précisant que « chacun est réputé professer la religion dans laquelle il est né » et donna tort au prêtre⁷⁹⁰. Suivant ces formulations, les individus ne pouvaient être civilement conçus que comme croyants de certaines religions. La distinction religieuse parcourait le droit selon le juge.

245. L'affaire se poursuivit pendant de longues années, pour qu'en définitive la Cour tranche aussi en défaveur du prêtre⁷⁹¹, et ce, malgré le régime de la nouvelle Charte de 1830⁷⁹². Les décisions ont par la suite varié en fonction des juges, mais le principe de l'interdiction demeura en majorité⁷⁹³.

⁷⁸⁵ La décision fut actée par une circulaire de Portalis sous forme de lettre à l'adresse de l'Archevêque le 12 janvier 1806 (J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapport et travaux inédits sur le concordat de 1801*, op. cit., p. 571).

⁷⁸⁶ Art. 6.

⁷⁸⁷ Trib. de la Seine, Dumonteil, 19 juin 1828 in *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, Sirey, t. 29, part. 2, 1829, p. 34.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁷⁸⁹ CA de Paris, 27 déc. 1828, in *ibid.*

⁷⁹⁰ En passant, le juge excluait toute liberté pour les athées (*ibid.*).

⁷⁹¹ Voir pour ces affaires : F. SAINT-BONNET, « La restauration de la religion de l'État et la liberté des cultes », *Jus Politicum*, n° 13, disponible sur en ligne sur : <http://juspoliticum.com> (consulté le 10 juin 2021).

⁷⁹² Le changement des dispositions était pourtant majeur. En effet, la Charte de 1814 disposait à son article 6 : « la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État ». La Charte de 1830, quant à elle, précisait seulement que la religion catholique, apostolique et romaine était « professée par la majorité des Français ». Le changement ne suffit toutefois pas à convaincre les juges de la légalité des mariages d'anciens prêtres.

⁷⁹³ « Ainsi, en 1846, l'abbé Guicheteau, prêtre du diocèse de Luçon, avait-il abandonné le sacerdoce et avait-il souhaité se marier, mais le tribunal de Fontenay avait interdit à l'officier d'état civil de célébrer son union et l'ex-abbé Guicheteau était allé à Jersey, où le consul de France avait consenti à le marier » (J. LALOUETTE, « La politique religieuse de la Seconde République », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 28, 2004, p. 79-94).

246. La fin de cette règle ne fut consacrée qu'en 1888 par un arrêt de la Cour de cassation⁷⁹⁴. Les arguments des parties, tournant grandement autour du mélange entre la loi civile et canonique, et l'importance que le Concordat voulut donner à cette dernière, manifestaient une fois de plus les débordements que la reconnaissance d'une religion impliquait dans le domaine du droit civil⁷⁹⁵. Pourtant, la Cour de cassation suivit finalement les longs raisonnements du procureur général Ronjat qui concluait : « [v]ous proclamerez hautement que la loi civile est une, et la même pour tous les Français, sans exception [...] qu'elle ignore les engagements, pris en tout liberté, envers la conscience ; qu'à ses yeux nul ne peut abdiquer les droits qu'il tient de sa qualité d'homme et de citoyen »⁷⁹⁶. L'approche était nettement plus égalitaire. Le droit commun devait primer, sans distinction de religion.

247. De façon générale, cette longue affaire attesta des ambiguïtés que la reconnaissance concrète des religions impliquait au regard des droits civils. Que ce soit pour les cultes minoritaires, reconnus ou non, ou pour la religion catholique, persistaient des confusions qui entachaient l'égalité. Assurément, les distinctions s'exerçaient avant tout au profit ou au détriment des ministres des cultes reconnus, plus qu'aux fidèles en tant que tels. Le fait qu'ils exerçaient une fonction publique donnait de la légitimité à de telles différences de traitement, mais cela ne retirait en rien le fondement véritablement religieux de la distinction. Le titre dont bénéficiait le ministre du culte était en majeure partie tiré d'un autre ordre juridique, d'une communauté religieuse. Par exemple, un prêtre n'était pas exempté du service militaire pour un fait spécifique, mais parce qu'il appartenait à une communauté religieuse lui offrant le titre qu'ensuite l'État acceptait. En ce sens, il n'était pas « citoyen », mais « religionnaire spécifique ».

248. De plus, le système concordataire permettait, voire exigeait, un recensement religieux des individus. Comme le décrit Claude Langlois, la reconnaissance des cultes s'accompagnait de « l'obligation pour chaque individu de se compter comme fidèle de l'une ou de l'autre religion, sinon de fait lors des recensements quinquennaux entre 1841 et 1873 »⁷⁹⁷. Ce procédé était exigé par le régime juridique des cultes établis afin de pourvoir à leur financement, ce dernier se trouvant conditionné à un effectif minimal de fidèles⁷⁹⁸. Pour l'approche de l'époque, cela ne choquait guère, puisque la sphère étatique et juridique composait déjà avec une compartimentation religieuse claire, excluant facilement les éventuelles religions extérieures aux catégories des cultes reconnus. Pour autant, l'interdiction de telles statistiques aujourd'hui témoigne d'une contradiction profonde, à l'époque, d'un tel procédé avec l'égalité civile.

⁷⁹⁴ Cass., civ., 25 janv. 1888, *Consorts Houpin c. consorts Sterlin in Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle : ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Paris, Dalloz, t. 1, 1888, p. 97 et s.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ C. LANGLOIS, « Incertaine actualité du système concordataire en France », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n° 66, 2000, p. 107-117.

⁷⁹⁸ C. DARGENT, « L'État et la difficile saisie statistique de la religion : l'exemple des protestants dans les recensements en France au XIX^e siècle », *Population*, vol. 64, 2009/1, p. 215-232.

249. À tout cela, s'ajoutaient deux derniers points manifestes. D'abord, certes le particularisme religieux persistait dans l'appréciation de la qualité de l'individu, donc du droit qui lui était applicable, mais, en sus, la différence religieuse était prise en compte précisément par rapport à une autre. En effet, seules certaines communautés jouissaient d'un traitement spécifique. Il y avait une forme de différenciation dans la différence. Ensuite, la reconnaissance d'un autre ordre juridique mettait dans tous les cas à mal l'égalité. L'individualisme qui en est l'émanation s'avérait entaché, ce qu'illustrait déjà la réintégration progressive sous l'ère napoléonienne des congrégations supprimées en 1792⁷⁹⁹.

250. Le religieux, était intégré au pouvoir étatique et juridique. Nous mesurons combien cette imbrication rendait difficile l'approche des individus indépendamment de leur appartenance religieuse. Les inégalités pullulaient, même si l'égalité civile faisait parfois surface dans certains discours. L'égalité restait, de toute évidence, fragile ce qu'illustrait d'autant plus le traitement des juifs sous le régime de reconnaissance.

B) Le traitement des juifs : l'illustration claire d'une inégalité sous-jacente au processus de reconnaissance

251. La reconnaissance des religions avait par-dessus tout pour but, pour l'empereur, d'avoir la mainmise en priorité sur l'Église catholique, puis sur les autres cultes les plus pratiqués. Cette organisation servait les intérêts de l'État, non la liberté⁸⁰⁰. Il n'est donc pas surprenant qu'elle fût employée de façon tout à fait discriminatoire envers les juifs. En effet, ces derniers furent victimes d'une remise en cause des acquis de 1791 au titre d'une politique de réintégration forcée et inégalitaire (1). Les discriminations perdurèrent au fil de l'histoire, ce qu'illustra la longue persistance du serment *more judaico* exigé des juifs (2). Le cas des protestants ne sera pas abordé, dans la mesure où, au-delà des précisions précédentes, ils furent relativement bien intégrés et ne virent généralement pas leur égalité civile remise en question⁸⁰¹.

1) Une politique de « régénération »⁸⁰² des juifs par la discrimination

252. Sous l'Empire de Napoléon I^{er} la question du devenir des juifs retentissait fortement. Albert Lemoine expliquait que l'empereur s'interrogea sur le maintien de l'égalité civile pour les juifs, notamment sur l'éventualité de mesures ciblant l'usure pratiquée par les juifs et d'une

⁷⁹⁹ Jean-Pierre Machelon explique que c'est non sans réticences que Napoléon a prévu un régime d'autorisation des congrégations par un décret du 3 messidor an XII (J.-P. MACHELON, « L'État et les congrégations » in J. GAUDEMET et al. (dir.), *Administration et Église. Du concordat à la séparation de l'Église et de l'État*, Genève, Droz, 1987, p. 111).

⁸⁰⁰ L.-A. PREVOST-PARADOL, « De la liberté des cultes en France », *Revue des Deux Mondes*, vol. 17, n° 2, 1858, p. 342-366.

⁸⁰¹ A. ENCREVE, « Protestantisme et bonapartisme », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 28, 2004, p. 111-131.

⁸⁰² Ce terme est employé pour désigner l'entreprise menée par Napoléon à l'égard des juifs et tient son origine du fameux écrit de l'abbé Grégoire, *Essai sur la régénération physique, morale et politique des Juifs* (voir, pour une analyse du terme et de son emploi, A. GOLDSTEIN SEPINWAL, « Les paradoxes de la régénération révolutionnaire. Le cas de l'abbé Grégoire », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 321, 2000, p. 69-90).

remise en cause de leur droits politiques⁸⁰³. La question de l'usure⁸⁰⁴ était particulièrement brûlante. Elle ravivait chaque fois les débats sur la situation des juifs⁸⁰⁵.

253. À ce sujet, Napoléon I^{er} put se targuer d'être empreint de la philosophie des Lumières. Pourtant, il ne suivit pas l'avis des conseillers d'État consultés sur ce projet, qui, quant à eux, témoignaient plus véritablement d'une loyauté aux principes que la Révolution avait consacrés, selon la description de François Guizot : « [p]our ces hommes politiques et ces légistes, il ne semblait pas qu'il y eût difficulté, ni matière à un doute ; aucune disposition légale n'autorisait à établir la moindre différence entre les citoyens professant une religion quelconque. S'enquérir de la croyance d'un créancier pour savoir s'il avait le droit d'être payé, c'était une étrange idée aussi contraire aux opinions générales et aux mœurs actuelles qu'aux textes légaux »⁸⁰⁶. À l'exception du jeune Mole, rapporteur du premier avis rendu sur les juifs et fervent opposant à leur cause, les membres du Conseil d'État partageaient la même position : conformité à l'égalité et opposition à toute loi d'exception⁸⁰⁷. Nonobstant la défense valeureuse des conseillers Regnaut de Saint-Jean d'Angély⁸⁰⁸, le marquis de Ségur ou encore Beugnot, d'autres opposants réussirent davantage à convaincre Napoléon⁸⁰⁹. Rapidement devenu virulent à l'égard des juifs⁸¹⁰, ce dernier rejeta le texte égalitaire de 1791 et prôna en définitive une loi d'exception, non pour une « secte », mais pour ce qu'il considérait comme « la nation juive »⁸¹¹.

254. Au demeurant, la remise en cause de l'acte d'émancipation durement consacré en 1791 revenait sans cesse à l'ordre du jour. Beaucoup voyaient dans ce texte une erreur de naïveté. D'ailleurs, ce ne fut pas moins l'interprétation de Portalis qui, dans un rapport rendu à

⁸⁰³ Dans une note adressée à Regner il demanda s'il n'est pas envisageable de déclarer toutes les hypothèques prises par les juifs comme nulles et sans effets, que d'ici dix ans ces derniers soient inhabiles à prendre des hypothèques et « qu'à dater du 1^{er} janvier 1807, les Juifs qui ne posséderont pas une propriété, [soient] soumis à une patente et ne jouiront pas du droit de citoyen » (*Correspondance de Napoléon*, t. XII, p. 190 cité dans A. LEMOINE, *Napoléon I^{er} et les Juifs*, Paris, Fayard frères, 1900, p. 53).

⁸⁰⁴ Forme de crédit avec intérêt, cette pratique avait plus ou moins été imposée sous le Moyen Âge aux juifs, notamment car l'usure était mal vue, donc laissée aux mal considérés, et parce que peu d'autres métiers leur étaient autorisés (L. LANDAU, « Aspects et problèmes spécifiques de l'histoire des Juifs en France », *Revue d'histoire de l'Église de France*, t. 59, n° 173, 1973, p. 229-249).

⁸⁰⁵ M. LIBER, « Napoléon I^{er} et les Juifs. – La question juive devant le Conseil d'État », *Revue des études juives*, t. 71, n° 142, 1920, p. 127-147.

⁸⁰⁶ F. GUIZOT, « M. de Barante, ses souvenirs de famille, sa vie et ses œuvres », *Revue des Deux-Mondes*, 1867, t. LXX, p. 18-20.

⁸⁰⁷ M. LIBER, « Napoléon I^{er} et les Juifs – La question juive devant le Conseil d'État en 1806 (suite) », *Revue des études juives*, t. 72, n° 143, p. 1-23.

⁸⁰⁸ Voir notamment M. LIBER, « Napoléon I^{er} et les Juifs. – La question juive devant le Conseil d'État en 1806 (suite et fin) », *Revue des études juives*, t. 72, n° 144, 1921, p. 135-162.

⁸⁰⁹ Philippe Sagnac explique que les adversaires des juifs, comme Bonald ou Poujol, exigeaient jusqu'à l'abrogation pure et simple de la loi de 1791 sur l'émancipation des juifs. À ceux-ci s'opposait en première ligne l'Abbé Grégoire, fidèle à ses principes et à ceux de la Révolution. Quand le premier camp défendait l'attente de la régénération sociale des juifs avant de leur octroyer les mêmes droits qu'aux autres, le second, à l'inverse, plaidait l'égalité civile la plus totale pour permettre leur régénération (P. SAGNAC, « Les Juifs et Napoléon (1806-1808) (À suivre) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 2, n° 5, 1900, p. 461-484).

⁸¹⁰ Pour l'influence des opposants aux juifs, et notamment Bonald, sur l'approche, très rapidement préconçue, de Napoléon envers cette communauté, voir M. LIBER, « Napoléon I^{er} et les Juifs... », *art. préc.*

⁸¹¹ P. GIRARD, *Les Juifs de France de 1789 à 1860*, *op. cit.*, p. 58-59 et p. 64-65.

l'empereur un peu plus tard⁸¹², remit à son tour expressément en question le travail fait par l'Assemblée constituante en 1791 en dénonçant notamment la politique d'intégration égalitaire et d'indistinction, sans conditions, des juifs dans les droits de tous les citoyens⁸¹³.

255. Napoléon mit alors en place un décret le 30 mai 1806, qui initiait la réunion des juifs en grand Sanhédrin, pour composer l'organisation de la communauté en France⁸¹⁴. Le texte introduisait par là même les discriminations à l'encontre de ses religionnaires. La première partie du décret privait, en résumé, les juifs des jugements et contrats contre les cultivateurs de certains départements tandis qu'ils restaient en revanche sujets à toute poursuite des créanciers à leur encontre⁸¹⁵. Pour Albert Lemoine, cette « loi d'exception » – certes transitoire, en réponse à la situation désastreuse des débiteurs dans l'Est – faisait clairement renaître pour les juifs les inégalités civiles et politiques⁸¹⁶. Comme il l'affirme, elle atteignait d'incapacité non certains faits, mais l'appartenance pure et simple à une religion spécifique⁸¹⁷. Pis encore, le décret introduisait une discrimination dans la discrimination en distinguant spécifiquement la communauté de l'Est. Pourtant, Napoléon ne s'arrêta pas à cette mesure. Il réglementa le sort des juifs en 1808 par trois décrets en date du 17 mars. Ceux-ci établissaient un régime d'exception à destination de la communauté.

256. Comme l'observe Philippe Sagnac les textes du 17 mars englobaient l'organisation, certes, religieuse des juifs, mais également civile⁸¹⁸. Ainsi, s'ils étaient enfin reconnus, parfois dans les privilèges, parfois dans la discrimination, ce fut dans tous les cas au détriment de l'égalité civile qu'avait souhaité consacrer la Révolution. Le plus opposé aux principes révolutionnaires était le décret « infâme », qui réglementait précisément la pratique des prêts et

⁸¹² Le rapport intervint peu de temps après le texte que Napoléon promulgua le 30 mai, mais les réflexions de Portalis étaient bien celles que partageaient les contempteurs du texte de 1791 et que l'empereur embrasserait bientôt pour justifier l'élaboration du décret du 30 mai.

⁸¹³ Portalis brandit d'ailleurs de nouveau le mot tant réprouvé de tolérance : « [l]'erreur vient de ce qu'on a voulu voir qu'une question de tolérance religieuse dans le problème à résoudre sur l'état civil des Juifs en France » (*Rapport de M. PORTALIS à NAPOLEON Ier*, 8 juill. 1806, Arch. Nat. S. Serc. A . F. IV. 300. Dr 2151 cité dans A. LEMOINE, *Napoléon I^{er} et les Juifs*, op. cit., p. 34).

⁸¹⁴ Les juifs n'ont pas été reconnus par les Articles organiques mais, un peu plus tard, par décrets en 1808. Le dispositif intervint à la suite d'une procédure très spécifique à la communauté. Napoléon décida de réunir une assemblée de notables juifs, sous la présidence d'Abraham Furtado, le 26 juillet 1806. Celle-ci fut chargée de répondre à douze questions visant à évaluer peu ou prou le niveau d'intégration et de citoyenneté de la communauté. Napoléon réunit dès le 9 février 1807 une nouvelle assemblée, qu'il nomma le grand sanhédrin en référence à une institution Antique du judaïsme. Ce dernier fut chargé d'acter l'acceptation des réponses données et, plus clairement, la supériorité des lois civiles sur celles religieuses (on invoqua d'ailleurs la formule talmudique : « la loi du pays est la loi »). Une fois les autorités et normes religieuses soumises à la loi civile de l'État, furent établis les deux décrets précités du 17 mars 1808 (accompagnés du troisième, le fameux « décret infâme ») qui réglementèrent, à la manière des deux autres grands cultes, l'organisation de la religion, des institutions, de ses autorités, etc.

⁸¹⁵ Plus précisément, le texte prévoyait un sursis pendant un an à toutes exécutions de jugements ou contrats autrement que par simples actes conservatoires, contre les cultivateurs non-négociants des départements de l'Est lorsque les titres contre ces cultivateurs auront été consentis par eux en faveur des Juifs.

⁸¹⁶ A. LEMOINE, *Napoléon I^{er} et les Juifs*, op. cit., p. 88.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 89.

⁸¹⁸ P. SAGNAC, « Les Juifs et Napoléon (1806-1808) (Suite et fin) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 3, n° 5, 1901, p. 461-492.

la domiciliation pour les seuls juifs de l'Est nommément ciblés⁸¹⁹, et ce, pour une période de dix ans. Les droits civils des juifs restaient globalement ceux des citoyens français avec toutefois et justement des restrictions spécifiques qu'imposait le décret⁸²⁰. Précisément, tout homme pouvait s'adonner à tout commerce quand les juifs se trouvaient privés de commerce, négoce ou trafic, en l'absence d'une patente du préfet du département et sous conditions⁸²¹. De même, tout homme pouvait prêter sans conditions quand le juif était frappé d'une incapacité spéciale⁸²². Ces restrictions faisaient dangereusement écho aux pratiques de l'Ancien Régime.

257. Ce n'était pourtant pas faute pour l'empereur d'avoir consulté des personnalités encore attachées aux idéaux révolutionnaires. Nous avons rapporté la philosophie libérale et égalitaire des conseillers d'État ; en dépit de la crainte de l'autorité impériale, ceux-ci restèrent conformes à leurs idéaux en s'opposant, certes timidement, mais quasiment constamment, aux mesures d'exception mises en place⁸²³. Également, le ministre de l'Intérieur n'hésitait pas non plus à signaler l'iniquité d'un tel texte, car toute punition devait s'appliquer équitablement à l'usurier, qu'il soit chrétien comme juif⁸²⁴. Fort heureusement, le décret « infâme » ne fut pas reconduit en 1818, quand le délai des dix ans fut écoulé, bien qu'il eût déjà pleinement participé d'un traitement très clairement discriminatoire au titre d'un critère religieux⁸²⁵. Ce n'était pourtant pas tout : dans le projet de l'empereur, cette mesure devait s'accompagner d'une régularisation de l'état civil des juifs, ce qui ne fut pas sans poser de problèmes. En effet, un décret du 20 juillet 1808 imposa aux juifs français d'adopter un nom patronymique pris en

⁸¹⁹ Ceux du Midi en étaient expressément exemptés, mais persistait un doute pour les juifs de la capitale. Le ministre de l'Intérieur fit entendre que ces derniers n'étaient pas concernés par le décret du 17 mars, mais il fallut attendre un décret impérial du 26 décembre 1813 pour que le doute soit totalement levé. Au demeurant, des juifs d'autres territoires furent aussi l'objet d'une exemption spécifique du décret (les juifs des Alpes-Maritimes, de l'Aude ou encore de l'Hérault, pour ne citer qu'eux).

⁸²⁰ P. SAGNAC, « Les Juifs et Napoléon (1806-1808) (Suite et fin) », *art. préc.*

⁸²¹ Exigence d'informations précises du commerce et d'un certificat, d'une part du conseil municipal constatant que l'individu ne s'est livré ni à l'usure ni à un trafic illicite, d'autre part du consistoire de la synagogue dans la circonscription de laquelle il habite attestant de sa bonne conduite et de sa probité (Art. 7 à 9, titre II, décret du 17 mars 1808).

⁸²² Le prêt était strictement interdit envers un mineur, une femme mariée, un militaire, sans l'autorisation respective du tuteur, du mari ou du chef désigné, et il ne pouvait prêter sur gage à des domestiques (art. 3 et 14 du décret du 17 mars 1808).

⁸²³ « Dans les délibérations sur la question juive, le Conseil d'État sut tenir tête plus d'une fois à l'Empereur. Si Napoléon suivit son idée, le Conseil d'État fut fidèle à ses principes. Quand, après l'Assemblée des notables et le Grand Sanhedrin, le ministre de l'Intérieur lui soumit plusieurs projets de décrets sur les Juifs, il les discuta pied à pied, les remania quatre fois, gagna du temps et des concessions, et finalement les mesures les plus rigoureuses du décret du 17 mars 1808 furent promulguées sans son approbation » (M. LIBER, « Napoléon I^{er} et les Juifs. – La question juive devant le Conseil d'État en 1806 (suite et fin) », *art. préc.*). Pour autant, quand on lit notamment le rapport de Beugnot au Conseil d'État sur les juifs, on constate qu'était prônée une législation, certes bien moins virulente que d'autres l'envisageaient, mais qui ne manquait pas de viser et désigner spécifiquement les juifs. En revanche, l'avis postérieur du Conseil d'État rendu le 30 avril 1806, en présence cette fois-ci de l'empereur, sur la question de l'usure pratiquée par les juifs trancha : « le remède à ce mal ne peut être ni dans une mesure applicable à une partie du territoire, ni dans une mesure applicable à une partie des citoyens de l'Empire ; Que cette mesure doit être pour l'État entier et pour tous ceux qui l'habitent [...] ».

⁸²⁴ A. LEMOINE, *Napoléon I^{er} et les Juifs*, *op. cit.*, p. 319. L'auteur explique que de telles vues ne plurent pas à Napoléon et le ministre, dans un rapport postérieur, rendit un avis plus en phase avec l'approche particulariste que se faisait l'empereur des juifs.

⁸²⁵ Y. DELBREL, « Les discriminations légales au XIX^e siècle » in *Huitièmes Journées René Savatier. Communautés, discriminations et identité*, Poitiers, Université de Poitiers, 2009, coll. « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales », p. 42.

dehors des noms de villes ou des noms de l'Ancien Testament, comme le voulait leur usage jusqu'à présent, et de faire le choix d'un prénom. La justification de cette mesure s'avérait plus pragmatique et audible. Encore qu'il reste possible d'en douter⁸²⁶. Pour autant, elle n'exonérait pas le texte, comme tous les autres, d'une contradiction avec l'égalité par la désignation expresse des individus du culte juif. Une nouvelle fois, l'imbrication entre l'État et le religieux permettait un contrôle excessif et discriminatoire de ce premier sur le second. Les juifs en pâtirent plus que tout autre, et ce, tout le long du XIX^e siècle, comme l'illustra le serment religieux.

2) Le serment *more judaïco* : témoin d'un traitement discriminatoire persistant des juifs

258. Une autre obligation spécifique aux juifs déchaînait les passions sous le Concordat et remettait vivement en question l'égalité civile : le serment *more judaïco*. Héritage de lettres patentes du 10 juillet 1784, il s'agissait d'un serment imposé au début des procédures judiciaires aux seuls individus de confession juive⁸²⁷. Les juifs soutinrent – à raison, car elle avait justement supprimé ce serment⁸²⁸ – que la loi du 27 septembre 1791, leur octroyant les droits de citoyen, « ils devaient, comme les autres Français, être égaux devant la loi » et qu'en conséquence, « il devaient être autorisés à prêter le serment judiciaire de la même manière que s'ils professaient la religion chrétienne »⁸²⁹. En effet, la loi « ne reconnaissait qu'une seule manière de jurer pour tous les Français ; elle consistait à affirmer étant debout, la main droite nue et levée, en prenant Dieu à témoin que telle chose était vraie »⁸³⁰. D'un point de vue de la liberté de conscience, la prestation d'un tel serment pouvait indéniablement porter préjudice, notamment pour des athées⁸³¹. D'un point de vue strictement égalitaire, la prestation exigeait donc au préalable le dévoilement de la religion, pour savoir quel traitement juridique, précisément quel serment imposer⁸³².

259. Par la suite, l'évolution juridique de cette obligation fut avant tout jurisprudentielle. Dès le 22 février 1809, la Cour de Turin établit que la loi civile était uniforme pour tous, et qu'à

⁸²⁶ Les juifs portaient le nom d'un personnage biblique, selon leur convenance, auquel ils joignaient celui de leur résidence (donc changeante). La possibilité de modifier leur nom suivant leurs intérêts posait donc des difficultés pratiques. Pour autant, Albert Lemoine n'exclut pas la volonté néfaste de l'empereur d'« enlever aux Juifs tout ce qui [était] susceptible de leur donner un caractère spécial » (*Napoléon I^{er} et les Juifs*, op. cit., p. 353 et 355).

⁸²⁷ Toute une cérémonie était prévue et exigeait un serment prononcé sur la thora, dans une synagogue, et accompagné d'un magistrat.

⁸²⁸ J. LALOUETTE, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, n° 162, 2013/4, p. 45-57.

⁸²⁹ A. LEMOINE, *Napoléon I^{er} et les Juifs*, op. cit., p. 293.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 294.

⁸³¹ D'autant que le serment s'accompagnait d'un fort aspect communautaire : il se vérifiait au regard des seuls rites, autorités et textes considérés comme officiels. Nulle place n'était laissée aux convictions individuelles, y compris areligieuses (J.-Y. PIBOUBES, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle. Études pour Alain Corbin*, Paris, Créaphis, 2005, p.161).

⁸³² D'ailleurs, Regnaud s'était évertué à rappeler dans son projet de décret sur la convocation d'une assemblée d'individus professant la religion juive que la justice « ne [devait] faire aucune distinction entre les habitants de [l']Empire, quels que soient leur culte et leurs principes religieux ».

ce titre la différence d'opinion religieuse ne suffisait plus « pour rendre les hommes inégaux dans le temple de la justice », donc que le serment judiciaire était identique pour tous les Français⁸³³, et ce, contrairement à ce qu'avait précisé plus tôt la Cour de Nancy⁸³⁴. La Cour de cassation dû à son tour s'y confronter. En premier lieu, elle prêcha la tolérance pour une autre religion (quakerisme), qui interdisait de jurer au nom de dieu, en lui imposant seulement un serment sur son âme et conscience⁸³⁵. Pour les juifs, le 12 juillet 1810 la Cour de cassation trancha encore en faveur du serment *more judaico* en confirmant un arrêt de la Cour de Colmar du 8 juillet 1809 qui l'avait imposé⁸³⁶. Par une justification des plus lapidaire le juge de cassation considéra que chaque culte devait prêter serment suivant le rite propre à chacun. D'apparence égalitaire, cette mesure maintenait en réalité l'obligation de révéler la différence religieuse, donc la particularisation du serment imposé aux juifs, que ceux-ci subissaient plus que tout autre⁸³⁷. Une fois encore, la prise en compte du fait religieux sous cet angle différenciateur rentrait en tension avec l'aboutissement d'une égalité civile universaliste.

260. L'obligation de ce serment perdura après Napoléon I^{er} mais la question de sa suppression s'intensifia à l'approche de la monarchie de Juillet. Le célèbre défenseur de la cause juive, Adolphe Crémieux, écrivit en 1827 un plaidoyer s'opposant fermement au serment par le brandissement résolu de l'égalité : « [n]on, il n'y a pas devant la loi des classes d'individus divisés par cultes ; non, la différence de religion n'établit pas, entre les habitants d'une même patrie, une différence de droits ou de devoirs ; il n'existe aux yeux de la loi que des citoyens, QUE DES CITOYENS ÉGAUX »⁸³⁸. D'un progressisme prodigieux pour l'époque, il réaffirma très clairement, en s'appuyant même sur la DDHC, ce que devait impliquer l'égalité : « [i]l suit de là qu'il n'y a devant la loi que des Français : la loi ne connaît pas de distinctions de classes, de cultes, de sectes ; quand elle parle, elle parle aux Français, à tous les Français ; [...] il n'y a pas une disposition de loi générale qui ne doive s'appliquer également à tous sans exception. [...] tous les sophismes tomberont devant ce principe : *l'égalité est l'absence de toute différence quelconque entre les individus* »⁸³⁹. À ceux qui oseraient lui rétorquer que par le serment l'on ne faisait que proclamer ce qui était, que l'on pouvait être à la fois français et juif, il anticipait

⁸³³ CA de Turin, 22 févr. 1809 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1809, p. 87.

⁸³⁴ Le juge considéra que le serment résultait de la loi elle-même et n'était pas contraire au principe d'égalité car, se contenta d'expliquer le juge, l'appelant et l'intimé étaient tous deux juifs, donc soumis au même serment. Il put également rapporter que « c'est en vain que l'appelant invoque sa qualité de citoyen français, qui ne lui est point contestée, non plus que ses droits politiques ; qu'un Juif peut être citoyen français, et jouir de tous les avantages que ce titre procure, sans avoir pour cela le privilège de tromper ses concitoyens [...] » (CA de Nancy, 15 juill. 1808 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1809, p. 6).

⁸³⁵ La Cour rechercha bien la religion concernée, mais accommoda la règle général (le serment sur dieu) pour une religion interdisant de jurer sur dieu (Cass., Section des requêtes, 28 mars 1810 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1810, p. 235).

⁸³⁶ Cass., Section des requêtes, 12 juill. 1810 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1810, p. 371.

⁸³⁷ Au passage, il s'agissait aussi insidieusement de faire primer la règle religieuse plutôt que la norme civile (ce que sembla confirmer la Cour de cassation qui expliqua que le serment était « un acte religieux »).

⁸³⁸ A. CREMIEUX, *Plaidoyer sur cette question : « Le juif français doit-il être soumis à prêter le serment more judaico ? »*, Nîmes, P. DURAND-BELLE, 1827, p. 2.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 6.

contre cet argument « spécieux » : « que, dans la société, l'on soit catholique, protestant, juif, anabaptiste, à la bonne heure ; mais que l'on soit *devant la loi*, c'est ce que personne ne saurait sérieusement soutenir »⁸⁴⁰. L'orateur exposait très précisément ce que devait être une totale égalité civile. Le discours était imprégné de la philosophie universaliste.

261. À la suite de cette plaidoirie, la cour judiciaire de Nîmes eut enfin le courage d'abolir le serment *more judaïco*, suivie par celle d'Aix en 1828⁸⁴¹. Dans les territoires les plus virulents – à l'Est – les tribunaux arguèrent que les décisions des cours précitées ne s'appliquaient qu'aux juifs du Midi, ce qui fit jurisprudence⁸⁴². Comme déjà dans le passé, la marche vers l'égalité s'avéra plus longue pour les juifs d'Alsace qui subissaient bien davantage les véhémences locales. C'est par la lutte toujours plus marquée des juifs que le serment fut définitivement aboli, bien tardivement, en 1846, par la Cour de cassation qui rappela, dès son premier attendu, que « tous les Français sont égaux devant la loi et jouissent des mêmes droits quelle que soit leur religion »⁸⁴³. Toute cette évolution à propos du serment montra à quel point l'égalité était au cœur de l'évincement de tout renvoi à la religion devant les normes civiles.

262. Il reste que, au vu de ces éléments, la politique napoléonienne à l'égard des juifs fut clairement « contre-révolutionnaire », déclara Albert Lemoine, avant de poursuivre : « [p]ar ses lois d'exception, il a fait revivre pour eux l'ancien droit, et *supprimé à leur égard cette égalité civile* qu'il proclamait être la “passion du siècle” »⁸⁴⁴. Les juifs auront juste eu la chance de voir le texte de 1791 de peu totalement renié mais, finalement, qu'en partie contredit.

263. Il est alors certain qu'il fallut attendre la Restauration, puis la monarchie de Juillet, pour que les barrières à l'égalité pour les juifs ne soient levées⁸⁴⁵. Toutefois, la lutte pour l'égalité civile resta vive mais, même après Napoléon, la surdétermination de la différence juive persista. La Révolution française n'avait probablement pas consacré en un instant la flamme de l'égalité, mais elle en avait allumé l'étincelle. Il faudra qu'elle soit lentement nourrie, tout au long du XIX^e siècle, pour définitivement, mais tardivement, s'embraser. Cela, non sans l'accompagnement immanquable d'un recul général des règles religieuses dans la sphère civile.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ P. GIRARD, *Les Juifs de France de 1789 à 1860*, op. cit., p. 91.

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ Les motifs suivants étaient tout aussi intéressants ; ils empruntaient réellement à la philosophie universaliste. Le juge rappela que par l'instauration du serment par lettres patentes de 1784 « ils étaient placés hors du droit commun et obtenaient à peine quelque tolérance pour la jouissance des droits que tous les hommes tiennent du droit naturel et du droit des gens ». La Cour rappela ensuite « que cet état des choses a été complètement changé », notamment et avant tout par la loi de septembre 1791 « qui a fait jouir les juifs de tous les droits civils, civiques et politiques accordés au Français ». Au demeurant, le texte ne visait que les droits civiques, mais la Cour de cassation sembla lui octroyer une aura bien supérieure, marque de l'émancipation des juifs, pourtant tant reniée jusqu'ici. Rappelant la fin du décret du 17 mars 1808 depuis 1818, la Cour conclut à l'absence d'obligation du serment *more judaïco* (Cass., civ., 3 mars 1846 in *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile*, Paris, 1846, p. 59 et s.).

⁸⁴⁴ A. LEMOINE, *Napoléon I^{er} et les Juifs*, op. cit., p. 381 (nous soulignons).

⁸⁴⁵ P. GIRARD, *Les Juifs de France de 1789 à 1860*, op. cit., p. 93. Par exemple, même sous le Second Empire non libéral, une circulaire témoignait du caractère acquis de l'égalité sans distinction de religion pour l'obtention des droits civils et politiques, et ce, notamment au titre de la liberté de conscience (*Circulaire confidentielle du ministre de l'Instruction Publique et des Cultes*, 10 octobre 1854, citée dans F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit., p. 508).

C) Un détour conceptuel : l'importance de la sécularisation dans le processus historique d'égalisation

264. Un phénomène important au regard de l'égalité commença à prendre forme à la Révolution : le processus de sécularisation. Le terme a fait l'objet d'âpres débats conceptuels⁸⁴⁶, mais il est de prime abord considéré comme une diminution de la place englobante du religieux dans la société⁸⁴⁷, ce dont aurait témoigné l'histoire des États européens, à l'image de la France.

265. Une acception plus politique et juridique se dégage de la doctrine, mais elle peut parfois être appréhendée sous le terme de « laïcisation » plutôt que sécularisation. Jean Baubérot rapporte la laïcisation à la « dissociation du champ politique comme instance de pouvoir (avec son aspect d'obligation et de coercition) et du champ religieux comme une instance d'autorité parmi d'autres »⁸⁴⁸. De notre côté, nous préférons, pour ce renvoi à la perte d'espace du religieux dans la sphère étatique, le terme de sécularisation, que Martine Cerf définit alors synthétiquement comme « le transfert de fonctions assumées par les autorités religieuses à des autorités profanes »⁸⁴⁹. Henri Pena-Ruiz, au sein de son dictionnaire, renvoie également la sécularisation à un « transfert de responsabilités et de pouvoir exercés par des autorités religieuses à des autorités civiles ». Au demeurant, il prend soin de la distinguer du processus de laïcisation qui, selon lui, s'avère plus large et évoque « une dimension d'émancipation, et pas seulement de transfert à des autorités civiles »⁸⁵⁰. Le terme de sécularisation sera préféré à celui de laïcisation pour désigner ce mouvement tendant à exclure toute référence religieuse et ecclésiastique de la sphère publique, c'est-à-dire de l'autorité publique et de ses normes. Il n'est en aucun cas question de la sécularisation de la société. Dans la plus grande partie des illustrations, il s'agit de la gestion du service public qui se débarrasse de toute autorité religieuse. Pour autant, il ne restait pas rare, surtout pour discuter de la III^e République⁸⁵¹, de parler de lois de laïcisation du service public. Le vocable peut fort bien renvoyer à la conception que nous privilégions ici. Il était avant tout question de faire un choix, par souci de clarté et, en tout état de cause, la laïcisation participe, ni plus ni moins, de notre conception de la sécularisation de l'État.

266. En toute hypothèse, l'objet de notre thèse n'est pas de débattre de cette définition conceptuelle, mais seulement de montrer un processus diachronique qui sert l'égalité, et que Gwénaële Calvès décèle parfaitement. Elle le date logiquement de la Révolution : « [l]a *neutralisation du critère confessionnel* pour délimiter la sphère de l'exercice des droits civils et

⁸⁴⁶ Voir J.-C. MONOD, « La sécularisation. Histoire et actualité d'un concept controversé », *Droits*, n° 58, 2013/2, p. 3-30.

⁸⁴⁷ « “[L]e passage d’une culture religieuse”, plus ou moins socialement englobante, à “une croyance religieuse”, où la religion s’est transformée en un sous-système culturel livré au choix privé et existentiel » (J. BAUBÉROT, « Sécularisation, laïcité, laïcisation », *Empan*, n° 90, 2013/2, p. 31-38).

⁸⁴⁸ *Ibid.* Il est d'ailleurs paradoxal de lire Cornu justement définir en partie la « sécularisation » comme la « laïcisation d'une institution [...] » (G. CORNU, « Sécularisation » in *Vocabulaire juridique*, op. cit.).

⁸⁴⁹ M. CERF, « Sécularisation » in M. CERF et M. HORWITZ (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 293.

⁸⁵⁰ H. PENA-RUIZ, « Sécularisation » in *Dictionnaire amoureux de la laïcité*, op. cit.

⁸⁵¹ Voir *infra*.

civiques remonte à la Révolution, qui a posé – geste inouï dans l'Europe de la fin du XVIII^e siècle – que la définition du citoyen, comme celle du sujet de droit, s'entendait désormais « sans distinction de religion »⁸⁵². Ce processus a connu une première étape à travers la question de l'état civil. Depuis les ordonnances de Villers-Cotterêts en 1539 et de Blois en 1579, les registres d'état civil – naissance (baptêmes) mariages et décès – étaient tenus par le clergé, toutes les procédures étant rendues sous la coupelle de l'Église. Or, le potentiel discriminatoire de cette gestion aux mains de l'Église est connu, comme en témoignèrent les protestants.

267. La Révolution a justement enclenché le processus de sécularisation de ces fonctions⁸⁵³. Dès le 20 septembre 1792 la tenue de l'état civil se voyait transférée aux officiers municipaux : « l'existence légale fut désormais fondée non sur la religion, mais sur la citoyenneté »⁸⁵⁴. Suivant ces mots de Jacqueline Lalouette, il est clair que cette séparation favorisa une égalité sans distinction de religion. D'ailleurs, l'autrice explique à la suite que le divorce devint envisageable et que la gestion des cimetières fut également attribuée aux municipalités en 1793⁸⁵⁵, et ce, au service de l'égalité : « tous les citoyens purent dès lors y être enterrés indistinctement, sans qu'il fût tenu compte de leurs croyances religieuses »⁸⁵⁶.

268. Finalement, la séparation progressive du politique et du religieux favorisait *ipso facto* l'égalité. Le domaine du politique, séculier, civil, se portait en dehors de toute considération confessionnelle. Plus encore, la sécularisation mettait en lumière l'incohérence de tenir compte du fait religieux dans le droit commun, car c'était le lien étroit entre le pouvoir religieux et le pouvoir politique, mais aussi ses implications parfois morales, qui justifiait des distinctions religieuses. La sécularisation exclut très clairement ces arguments en ne mettant en avant que les intérêts séculiers. En conséquence, le fait religieux, qui n'avait plus lieu d'être dans le droit commun, devait être totalement exclu. Comme le fait religieux était mêlé au droit commun, il impliquait une différenciation fondée sur la religion. La différence religieuse était extraite de toutes considérations qui relèvent du domaine civil, des rapports entre individus dépourvus de tout lien avec la religion. La sécularisation ne pouvait qu'y mettre fin.

269. Cette jonction entre sécularisme et égalité fut par la suite historiquement confortée, surtout à travers l'œuvre du Code civil de 1804. Celui-ci s'imposa en code des égaux, fondé sur les bases posées par la Révolution et confortant son héritage⁸⁵⁷. Il établissait concrètement un droit commun en matière civile, par des règles générales, applicables à tous et nulle considération n'était tenue de la religion⁸⁵⁸. C'est d'ailleurs à ce titre que Jean Carbonnier considéra le Code civil comme une étape, plus fondamentale encore que la loi de 1905, de

⁸⁵² G. CALVES, *La laïcité*, Paris, La Découverte, 2022, coll. « Repères », p. 65 (nous soulignons).

⁸⁵³ Martine Cerf, suivant sa définition de la sécularisation, cite justement comme exemple l'état civil (« Sécularisation » in M. CERF et M. HORWITZ (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, op. cit., p. 293).

⁸⁵⁴ J. LALOUETTE, *Histoire de l'anticléricalisme en France*, Paris, PUF, 2020, coll. « Que sais-je ? », p. 51.

⁸⁵⁵ Décret du 12 frimaire an II (2 décembre 1793).

⁸⁵⁶ J. LALOUETTE, *Histoire de l'anticléricalisme en France*, op. cit., p. 51.

⁸⁵⁷ S. SAFATIAN, « La rédaction du Code civil », *Napoléonica. La Revue*, n° 16, 2013/1, p. 49-63.

⁸⁵⁸ J.-O. BOUDON, *Napoléon et les cultes*, op. cit., p. 68.

laïcisation⁸⁵⁹. En effet, le recueil était vide de toute référence religieuse⁸⁶⁰ et si Portalis était largement empreint d'une philosophie religieuse⁸⁶¹, dans son célèbre discours préliminaire du premier projet de Code civil, il ne se souciait des problèmes spirituels que lorsqu'il était question du divorce et y défendait, à ce moment-là, une vision sécularisée des textes⁸⁶². La consécration du mariage civil a réellement marqué une victoire du Code civil, « code laïque destiné à être appliqué à tous les citoyens indépendamment de leur appartenance religieuse »⁸⁶³. À première vue, l'élaboration du Code civil semblait alors s'inscrire dans un mouvement inverse à celui du Concordat. En vérité, s'impose à l'époque la véritable difficulté de concilier certains idéaux et principes avec les mœurs et la culture religieuse encore largement prégnante de l'époque. Précisément, Portalis voyait le Code civil comme un instrument de répression des crimes et délits mais la religion devait jouer, à côté, un rôle moral préventif. Cette argumentation était « la plus importante justification du régime des cultes reconnus »⁸⁶⁴. Cela explique donc le développement de deux éléments juridiques contraires dans le mouvement progressif de l'égalité⁸⁶⁵.

270. Il reste indéniable que la sécularisation du domaine civil, en l'occurrence de l'état civil, conforta le principe d'égalité. Certains soutiennent même que cette première est la conséquence de ce second⁸⁶⁶. Ce qui est sûr c'est qu'elle s'inscrit dans sa logique et sembla davantage permettre sa réalisation. Cette confortation de l'effacement de la différence religieuse par l'exclusion progressive de la religion des domaines civils et civiques s'illustra sous les régimes postérieurs. En premier lieu, le passage de la religion de l'État dans la Charte de 1814 à la seule « religion de la majorité des Français » joua en la faveur d'un traitement plus égalitaire. Dans les affaires sur les prêtres mariés, l'on ne manqua pas de relever la différence de formulation pour soutenir un traitement plus égalitaire. Le juge dut même se reporter au Concordat afin d'appuyer son refus, preuve, par ailleurs, d'une contradiction flagrante entre ce texte et l'égalité affirmée par la Charte. Dès le Premier Empire la religion n'avait plus été celle de l'État ; elle avait été limitée à celle de la majorité des Français dans le Concordat,

⁸⁵⁹ J. CARBONNIER, « Le Code civil » in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, t. 2, 1986, coll. « Bibliothèque illustrée des histoires », p. 311.

⁸⁶⁰ Le doyen Carbonnier ne comptait qu'un « clin d'œil » aux confessions dans l'article 909 (*ibid.*).

⁸⁶¹ J.-F. NIORT, « Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle », *Droits*, n° 42, 2005/2, p. 93-118.

⁸⁶² Portalis ne justifiait malheureusement pas directement l'absence de référence religieuse au nom de l'égalité et resta évasif sur certains points qui témoignaient d'une proximité encore forte avec la différence religieuse, mais il confirma que la séparation du spirituel et du civil irriguait le Code civil. Rappelant le passé d'une union entre la religion catholique et les institutions et lois civiles, il souligna que dorénavant : « les citoyens peuvent professer diverses religions ; mais il faut des lois pour tous », comme le Code civil (PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, éd. 2004, Bordeaux, Éditions Confluences, coll. « Voix de la Cité », p. 38-39).

⁸⁶³ « [...] [m]ais permettant à la liberté religieuse d'être satisfaite en ce domaine », puisque les communautés préservaient le droit de ne pas consacrer le mariage religieux pour un individu qui avait pourtant procédé à celui civil, ou de ne pas considérer le mariage civil comme suffisant. En définitive, le mariage civil ne valait que dans le domaine civil, mais il était fait fi de celui spirituel, du moment qu'il était précédé par le premier (Y. BRULEY, « Mariage et familles sous Napoléon... », *art. préc.*).

⁸⁶⁴ J. BAUBEROT, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, Que sais-je ?, 7^e éd., 2021, p. 24.

⁸⁶⁵ Comme l'énonce Jean Imbert, « le concordat de 1801 [...] s'est efforcé de concilier la tradition de l'Ancien Régime avec les soubresauts révolutionnaires » (J. IMBERT, « Introduction » in J. GAUDEMET *et al.* (dir.), *Administration et Église...*, *op. cit.*, p. 1).

⁸⁶⁶ Selon Yves Bruley : « [l]a laïcisation de l'état civil est la conséquence logique de l'égalité de tous les citoyens au point de vue des droits civils et politiques » (« Mariage et famille sous Napoléon... », *art. préc.*).

encourageant alors d'autres minorités, voire les incroyants, à s'épanouir⁸⁶⁷. Sous la Seconde République, aucune trace d'une religion désignée ne demeura, pas même catholique, ce qui attestait bel et bien d'une innovation majeure⁸⁶⁸.

271. Indéniablement, l'importance du marqueur religieux variait au gré des gouvernements et des politiques religieuses. Ainsi, la Restauration fut initialement empreinte par une forte rechristianisation du politique, à travers la tentative de réinstauration du Concordat de Boulogne⁸⁶⁹ et informellement de la dîme⁸⁷⁰, ou par l'établissement de la loi sur le sacrilège en 1825, quand la monarchie de Juillet s'avéra au départ davantage marquée d'un certain anticléricalisme, notamment traduit par l'abrogation de ladite loi⁸⁷¹. En passant d'une période à une autre le traitement, et de la religion majoritaire, et des cultes minoritaires, variait constamment, tant au niveau social⁸⁷², jurisprudentiel, qu'administratif. D'un côté, de manière générale, l'évolution libérale ne fit pas de doute et conforta progressivement l'égalité⁸⁷³. De l'autre, cependant, si le système de reconnaissance avait, par exemple, conforté l'égalité civile des protestants reconnus⁸⁷⁴, il n'en demeurait pas moins un vecteur, *a contrario*, de discriminations pour les cultes qui en étaient exclus. Dans les consciences populaires et administratives l'officialité dont pouvaient jouir certaines communautés facilitait l'égalité civile à leur profit. Tel n'était pas les cas des groupes encore « sectaires » qui pouvaient être parfois victimes de discriminations⁸⁷⁵. En somme, l'insertion du fait religieux dans le droit commun n'était que discriminatoire et retardait alors la consécration d'une égalité civile

⁸⁶⁷ J.-O. BOUDON, *Napoléon et les cultes*, op. cit., p. 67.

⁸⁶⁸ J. LALOUETTE, « La politique religieuse de la Seconde République », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 28, 2004, p. 79-94.

⁸⁶⁹ Qui, marqué par de très nombreux soubresauts, ne fut quasiment pas appliqué (voir les trois articles de Philippe Sagnac à cet égard : « Le Concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821) », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, n° 3, 1905, p. 189-210 ; « Le Concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821). (Suite) », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, n° 4, 1905, p. 269-288 ; « Le Concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821). (Suite et fin) », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, n° 6, 1905, p. 433-453).

⁸⁷⁰ Marcel Garaud observe que, durant la Restauration, des évêques ont tenté de réinstaurer la dîme pour les fidèles. Si l'auteur constate qu'il s'agissait par-là d'« entrer en conflit avec les lois révolutionnaires toujours en vigueur », le gouvernement – empreint d'un idéal de rechristianisation – « n'était guère soucieux de les faire observer ». Les partisans de la dîme firent toutefois face aux limites que la Révolution avait probablement imposées lorsqu'ils cherchèrent, en vain, à faire consacrer au niveau législative la réinstauration de la taxe (M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé (de 1789 à 1804)...*, op. cit., p. 250-251).

⁸⁷¹ J. LALOUETTE, *Histoire de l'anticléricalisme*, op. cit., p. 62.

⁸⁷² À titre d'exemple, sous la Charte de 1814 des jalousies de la part de notables catholiques contre les protestants purent se faire sentir. La bonne intégration de ces derniers dans des localités leur offrait des places de choix que certains religionnaires du culte dominant supportaient mal, entraînant parfois des persécutions (G. CHOLVY et Y.-M. HILAIRE, *Histoire religieuse de la France contemporaine. 1800/1880*, Toulouse, Privat, 2d éd., 1990, p. 33).

⁸⁷³ Pour reprendre les justes propos de Rita Hermon-Belot, en effet, « la trajectoire des cultes reconnus est également le témoin de l'action d'une tendance libérale à l'œuvre de façon quasi continue depuis la Révolution jusqu'au sein des régimes politiques qui ont voulu afficher le plus hautement leur distance avec l'héritage révolutionnaire » (« La genèse du système des cultes reconnus : aux origines de la notion française de reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 17-35).

⁸⁷⁴ A. ENCREVE, « Protestantisme et bonapartisme », art. préc.

⁸⁷⁵ Même s'il est davantage question d'égalité des cultes, les propos restent révélateurs des risques de discriminations, voir : S. FATH, « La politique religieuse de la Monarchie de Juillet et du Second Empire : L'exemple des baptistes de l'Aisne », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, n° 147/3, 2001, p. 475-501.

universaliste. Partant, la sécularisation ne pouvait qu'aller dans le sens de l'égalité en évinçant toute officialité religieuse. Le droit, en se détachant de références à une ou plusieurs religions spécifiques, ouvrait la voie au seul droit commun qui pouvait quant à lui englober tout individu, peu importe sa religion, puisqu'il n'en tenait pas compte. À n'en point douter, les réformes de sécularisation n'étaient souvent pas dénuées d'une nécessité de restaurer une égalité longtemps restée bafouée⁸⁷⁶. En revanche, la question se posa différemment pour la réglementation qui devait, précisément, tenir encore compte du fait religieux.

PARAGRAPHE 2. L'approfondissement sinueux mais constant de l'égalité des cultes et de ses exigences

272. Bien que les années 1790 montrèrent, comme nous l'avons vu, à quel point l'exigence d'égalité put se préciser dans le régime des cultes, l'arrivée de l'Empire modifia profondément les termes du débat. En effet, à présent le régime était conçu à travers un système de reconnaissance expresse des religions, qui ne se limita plus à la religion catholique. Ce système modifia les réflexions portées sur l'égalité en créant plusieurs niveaux de comparaison de traitement entre les cultes (A). Du reste, les questionnements ne s'épuisèrent pas avec les régimes postérieurs au Premier Empire, loin de là. Préservant globalement le système mis en place à l'égard des cultes, la période des Chartes constitutionnelles permit un certain approfondissement de l'égalité, malgré quelques déceptions (B). En revanche, la Seconde République marqua quasiment le paroxysme de sa consécration avant que le Second Empire ne vienne rapidement en nuancer les conséquences (C). À la fin, ces développements historiques firent ressortir différentes exigences applicables de l'égalité dans le cadre de ce régime des cultes, mais une solution drastique s'était progressivement dégagée et fut la seule envisageable (D).

A) La naissance du régime des cultes reconnus ou l'apparence d'une nouvelle égalité des cultes

273. De nos jours, les auteurs attribuent couramment à la période napoléonienne le mérite de l'instauration d'une véritable égalité des cultes. Jean Baubérot, par exemple, explique d'abord que tous les cultes reconnus étaient juridiquement égaux et traite ensuite clairement d'une « égalité juridique des cultes reconnus »⁸⁷⁷. Il est effectivement possible d'y voir la reconnaissance juridique, enfin acquise, d'un certain pluralisme⁸⁷⁸ et une première proximité dans la réglementation des cultes avec celle applicable à l'Église catholique. Précisément, l'assimilation d'un même processus de reconnaissance entre toutes les communautés, et non la

⁸⁷⁶ Voir les lois de sécularisation sous la III^e République (*infra*).

⁸⁷⁷ J. BAUBÉROT, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Paris, Seuil, 1990, p. 42 et 46.

⁸⁷⁸ Jean Baubérot parle de la transformation de la « pluralité des cultes en pluralisme de "cultes reconnus" » (J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, *op. cit.*, p. 21).

seule catholique, était signe d'une considération à peu près égale des cultes, donc d'un régime peu ou prou similaire. Cela s'exprima avant tout par le financement mis en place au profit du culte protestant. En effet, le refus de financement du culte protestant aurait *de facto* placé celui-ci dans une situation inférieure aux catholiques⁸⁷⁹, tandis qu'*a contrario* rétribuer ses ministres revenait à accorder, pour la première fois, à d'autres ce dont jouissait depuis bien longtemps l'Église dominante. C'est par conséquent à travers l'établissement d'un financement des ministres pour les deux que l'égalité des cultes naquit véritablement aux yeux de la doctrine. Pourtant, la réflexion diffère profondément de ce que des penseurs avaient pu défendre à la fin du XVIII^e siècle. En effet, l'égalité des cultes avait enfin été conçue par la suppression des financements octroyés à l'Église catholique. La mise en place du système de reconnaissance modifiait les termes du débat, dans la mesure où le financement était rétabli mais où il n'était plus seulement réservé qu'à une seule religion.

274. Plus généralement, et contrairement aux constatations présentées ci-dessus, il est difficile de situer l'égalité des cultes dans la réglementation des cultes établis. En effet, cette dernière prenait en compte l'organisation et la tradition spécifique à chaque culte. Il n'y avait, de prime abord, pas réellement de modèle commun ou d'uniformité⁸⁸⁰. Il apparaît donc complexe d'établir qualitativement si une réglementation était égale à une autre, en d'autres termes si les communautés firent l'objet de traitements similaires. Cependant, nous relevons une indication dans la dénonciation courante de la doctrine à l'égard de l'insuffisance des Articles organiques touchant les protestants. Jacques-Olivier Boudon dit, qu'inspirée du modèle de l'Église catholique, « cette reconstruction de la structure presbytéro-synodale [était] très incomplète, d'abord parce qu'elle ignor[ait] l'église locale, ensuite parce qu'elle introdui[sait] une hiérarchie à l'intérieur de l'église consistoriale en donnant une primauté au pasteur de l'église principale, désigné par le nom de “pasteur-président”, enfin parce qu'elle rend[ait] improbable la réunion d'un synode régional, soumis à une autorisation du gouvernement [...] »⁸⁸¹. Avant tout, ces observations confirment la difficulté d'établir la teneur de l'égalité des cultes. Toutefois, elles nous permettent de constater la défaveur que subit un groupe, au regard de la conformité de la réglementation aux normes internes à celui-ci. En somme, les dispositions applicables aux cultes reconnus « tent[aient] de tenir compte de leur spécificité mais, par certains côtés, les align[aient] sur l'organisation du culte majoritaire »⁸⁸². C'est tout le problème d'une réglementation qui fondait une partie du régime des cultes sur la reconnaissance de communautés religieuses. Apparaît ici, puis par la suite, une forme d'égalité des cultes dans la différenciation qui ne saurait satisfaire l'idée d'égalité progressivement soutenue avant le Concordat. À présent, le fondement du régime des cultes passait par la reconnaissance de certaines différences religieuses.

⁸⁷⁹ G. BONET-MAURY, *Histoire de la liberté de conscience en France*, Paris, Felix Alcan, 1900, p. 120 et s.

⁸⁸⁰ On trouve parfois un semblant d'uniformité, par exemple dans l'article 8 des articles organiques du culte protestant : « [l]es dispositions portées par les articles organiques du culte catholique, sur la liberté des fondations, et sur la nature des biens qui peuvent en être l'objet, seront communes aux églises protestante ». Encore que, la norme renvoie nommément à certaines religions.

⁸⁸¹ J.-O. BOUDON, *Napoléon et les cultes*, Paris, Fayard, 2002, p. 66-67.

⁸⁸² J. BAUBEROT, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, *op. cit.*, p. 45.

275. Par conséquent, le régime, en prévoyant des désignations nommées de certaines religions, montrait toute la complexité du lien entre égalité civile et égalité des cultes ; les deux égalités sont atteintes et la frontière entre celles-ci devient opaque. Il est complexe de discerner quel domaine est réglementé dans ce cas puisqu'une communauté entière est incluse dans le droit, dans la norme et le fonctionnement étatique. C'est d'ailleurs peut-être en cela que cette approche concordataire, nous le verrons ultérieurement, contredit l'égalité universaliste dans sa globalité ; elle entraîne des distinctions de toute part.

276. Suivant ce système, il est indéniable que le Concordat accorda une situation privilégiée au culte majoritaire⁸⁸³. D'ailleurs, Elsa Forey relève que les contraintes imposées par la réglementation des cultes reconnus étaient plus fortes pour les cultes protestants et israélites. En effet, la relation avec l'Église catholique découlait d'une convention internationale et ce dernier disposait à sa tête d'une autorité extérieure, tandis que le régime des autres cultes provenait d'une édicition unilatérale de l'État⁸⁸⁴. Ainsi, pour ouvrir des lieux de cultes, les protestants reconnus devaient demander autorisation à l'autorité préfectorale, bien plus sujette aux contingences politiques et territoriales, et les israélites devaient demander une autorisation au Gouvernement, rendue par décret en Conseil d'État après rapport du ministre des Cultes et consultation de multiples acteurs⁸⁸⁵. De son côté, l'Église catholique bénéficiait simplement d'une autorisation donnée par décret rendu en Conseil d'État. La réglementation n'était pas absolument uniforme.

277. Le mérite traditionnellement décerné au régime est d'autant plus à nuancer que la communauté juive, malgré sa reconnaissance – certes plus tardive –, ne recevait pas de traitement de ses ministres. L'on put soutenir, à l'appui de ce refus, une comparaison avec le fonctionnement de la religion dominante⁸⁸⁶, témoin d'une domination persistante du culte « modèle ». Si l'on rattache en grande partie l'égalité des cultes à l'octroi pour les communautés de financements, dans ce cas l'exclusion des juifs de ce bénéfice remettait grandement en question le principe. En plus de modalités d'organisation et de reconnaissance quelque peu différentes, si ce n'est discriminatoires⁸⁸⁷, ils se trouvaient privés d'un des principaux avantages qu'offrait ce statut, illustration supplémentaire de l'inégalité régnante entre les cultes reconnus.

278. Nous soulignons « entre les cultes reconnus », car l'égalité décrite par Jean Baubérot, d'ores et déjà relativisée, procède précisément qu'« entre les cultes ». Le que l'on

⁸⁸³ J.-P. SCOT, « Liberté-égalité-laïcité. Genèse, caractère et enjeux de la loi de 1905 », *Cahiers d'Histoire*, n° 100, 2007, p. 161-183.

⁸⁸⁴ E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « URS », p. 54.

⁸⁸⁵ L'article 2 du décret du 17 mars 1808 précisait que l'autorisation devait être donnée « sur le vu ; 1. de l'avis de la synagogue consistoriale ; 2. de l'avis du consistoire central ; 3. de l'avis du préfet du département, 4. de l'état de la population israélite que comprendra la synagogue nouvelle ».

⁸⁸⁶ Philippe Sagnac explique que l'on soutint que les rabbins n'avaient pas le monopole sacerdotal, qu'ils n'étaient en conséquence pas des prêtres assimilés aux ministres des communautés chrétiennes et que leur rémunération devait être assurée par les seuls fidèles de la religion. Comme le conclut l'auteur à cet égard : « système d'exception encore, sorte de compromis bizarre que celui qui reconnaît le culte juif et ne le salarie point » (« Les Juifs et Napoléon (1806-1808) (Suite et fin) », *art. préc.*).

⁸⁸⁷ Voir p. 125 et s.

reconnaisse spécifiquement certaines communautés pour établir le régime des cultes laisse forcément en dehors de celui-ci les différences qui ne sont pas reconnues par la norme. Le saisisse du particularisme en droit cible précisément et exclut les autres. Conséquemment, l'inégalité la plus flagrante était celle procédant entre les cultes établis et ceux non reconnus. Ces derniers se trouvaient en partie tolérés mais ils ne bénéficiaient pas de toute l'évolution et de l'acceptation que connaissait la liberté de culte durant cette période, qui ne fut globalement accordée qu'aux religions reconnues. Du reste, cette situation révélait un constat singulier : s'imposait, de principe, une désignation nommée de certaines communautés, tandis que les normes générales n'étaient que subsidiaires, secondes, voire exceptionnelles et à destination des cultes restants. Cette modalité allait être tout l'enjeu égalitaire de ce régime.

279. Pour la réglementation cultuelle, le Code pénal exigeait pour les associations de plus de vingt personnes ayant pour but les réunions fréquentes⁸⁸⁸ – y compris « pour s'occuper d'objets religieux » – une autorisation du gouvernement (article 291)⁸⁸⁹. Pour le propriétaire d'une maison ou appartement consentis pour une réunion servant l'exercice du culte, était exigée une approbation du maire (article 294)⁸⁹⁰. Pour autant, les cultes reconnus bénéficiaient d'une « autorisation générale d'exercice public du culte »⁸⁹¹, temporaire⁸⁹², et se trouvaient exemptés de ces dispositions pénales, à condition que les réunions soient présidées par un ministre officiellement reconnu par l'État, qu'elles aient lieu dans l'édifice public consacré au culte et, enfin, qu'elles aient l'agrément de l'autorité ecclésiastique supérieure⁸⁹³. Ces dispositions suivirent tout le siècle mais étaient très complexes, car elles furent sujettes aux multiples interprétations⁸⁹⁴. En plus de tout cela, l'application de l'exemption des articles du Code pénal pour les cultes reconnus n'allait pas de soi pour tout le monde et variait au gré des juges et autorités locales⁸⁹⁵. En pâtirent notamment les protestants.

⁸⁸⁸ « [T]ous les jours ou à certains jours marqués ».

⁸⁸⁹ Cet article ne s'appliquait donc pas aux pratiques familiales, c'est-à-dire privées, d'un culte.

⁸⁹⁰ Ce qui excluait le caractère privé des réunions cultuelles, alors toujours surveillées et devant être autorisées même dans un domicile privé où des fidèles se réunissaient.

⁸⁹¹ F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit., p. 183.

⁸⁹² Frank Zarlenga distingue l'exercice permanent du culte, caractérisé par l'implantation de nouveaux lieux de cultes, de l'exercice temporaire, renvoyant la plupart du temps au cas « où la population d'une localité, n'ayant pas encore obtenu l'autorisation d'exercice public et permanent du culte, aurait désiré une autorisation d'exercice temporaire, c'est-à-dire à certains jours marqués et au moyen de ministres envoyés par le consistoire ou l'évêque dans son diocèse » (*ibid.*, p. 187). Si l'implantation de nouveaux lieux de cultes était réglementée comme vu plus haut, les simples réunions temporaires des cultes reconnus bénéficiaient donc d'un privilège.

⁸⁹³ J.-M. LENIAUD, *L'Administration des Cultes pendant la période concordataire*, Paris, NEL, 1988, p. 28. L'article 1^{er} du Concordat avait précisé le libre exercice de la religion catholique, qui ne put que s'étendre aux religions bénéficiant d'une reconnaissance peu ou prou identique.

⁸⁹⁴ Nous tenterons donc d'en synthétiser la teneur globale au regard de l'égalité bien que notre thèse ne nous permette pas d'en appréhender tous les rouages (pour plus de précisions sur ces articles jusqu'à la séparation voir F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit.).

⁸⁹⁵ Les tribunaux ou autorités locales n'étaient pas toujours certaines de la non-application des articles du Code pénal, menant parfois à des abus fondés sur ces articles, même à l'encontre de protestants reconnus. En effet, ces derniers ne bénéficiaient pas d'autant d'édifices cultuels que l'Église catholique. En l'absence de lieux de cultes agréés par les autorités, ils se réunissaient parfois dans des locaux non encore approuvés par le Gouvernement et faisaient l'objet de poursuites (voir *ibid.*, p. 184 et s.).

280. Pour le reste, le régime innovait sur ce point qu'il consacrait globalement la possibilité pour les cultes reconnus d'organiser leurs cérémonies à leur gré⁸⁹⁶. Les cultes non reconnus, quant à eux, se trouvaient soumis au bon vouloir du gouvernement et des municipalités qui, dans la plupart des cas, refusaient tout agrément à des cultes considérés comme « dissidents ». En vérité, pour Franck Zarlenga ces dispositions ont été instaurées spécifiquement contre les religions minoritaires et anticoncordataires⁸⁹⁷. De manière générale, les cultes non reconnus faisaient, tout le long du XIX^e siècle, l'objet d'une surveillance accrue au titre de la protection de l'ordre public et se trouvaient fréquemment interdits de tout exercice du culte⁸⁹⁸. S'impose d'ailleurs la dernière appréciation de l'égalité, par la comparaison entre les cultes non reconnus. Force est de constater que ceux-ci se trouvaient bien plus sujets aux aléas des pratiques administratives et locales, bien que, dans la norme, ils fussent sur un pied d'égalité⁸⁹⁹.

281. Finalement, le bilan était complexe pour l'égalité et loin d'être positif. « Complexe », car à présent l'égalité devait s'apprécier selon trois niveaux de comparaison : entre les cultes inclus dans le régime de reconnaissance ; entre tous les autres cultes non reconnus ; enfin, entre ces derniers et les cultes reconnus. Conséquemment, « loin d'être positif », car le régime spécifique aux cultes était empreint d'une importante inégalité. Qu'il soit question des réunions cultuelles, de la préservation de l'ordre public ou plus globalement de la police des cultes⁹⁰⁰, des distinctions étaient opérées entre les religions. Nous voyons poindre la complexité d'une garantie de l'égalité dans un système qui désignait spécifiquement certaines communautés. D'autant plus lorsque ces communautés, parce que religieuses, ont leurs traditions et leurs propres normes. Certainement, cette inégalité était accentuée par l'absence de procédure juridique d'ouverture de la reconnaissance d'autres religions. Le système ne semblait guère prêt à s'étendre.

282. De toute évidence, Napoléon n'était que peu soucieux de l'égalité. Comme chaque régime des cultes jusqu'ici, celui en vigueur découlait d'intentions politiques bien particulières. Le régime des cultes avait en majeure partie pour finalité le contrôle, donc l'organisation stricte, des religions. C'était une logique de police avant tout. Il marquait ainsi la persévérance d'une immixtion étatique protubérante dans la liberté des religions. Il reste que le régime n'en était encore qu'à ses balbutiements.

⁸⁹⁶ « C'est une nouveauté par rapport à l'Ancien Régime, dans lequel seul le catholicisme avait droit de cité. C'est une nouveauté aussi au regard de la période révolutionnaire qui a vu les gouvernements, malgré leurs principes, limiter la liberté de culte, dès 1791 » (P. PORTIER, *L'État et les religions en France...*, op. cit., p. 60).

⁸⁹⁷ C'est ce qu'il explique très précisément dans un paragraphe dédié de sa thèse (F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, p. 307 et s.).

⁸⁹⁸ Voir P.-O. CHAUMET, « L'administration des cultes non reconnus par l'État au XIX^e siècle », *Rev. hist. dr. fr. et étranger*, vol. 84, 2006, p. 19-43.

⁸⁹⁹ Voir en suivant.

⁹⁰⁰ D'un côté, la réglementation des cultes reconnus offrait une protection privilégiée à ceux-ci par rapport aux minoritaires. De l'autre, la police des cultes, contrepartie de cette protection, étendait la surveillance et la transformait en véritable immixtion dans l'organisation des cultes reconnus, intrusion qu'évitaient ceux dépourvus de toute reconnaissance – du moins, ils la subissaient autrement...

B) Les Chartes constitutionnelles : une consécration textuelle de l'égalité des cultes pour un impact restreint

283. À la chute de Napoléon, la monarchie fut réinstaurée, mais elle ne rompit pas entièrement avec le régime de ce premier, surtout concernant les cultes. La nouveauté vint de ce que la Charte de 1814 consacra pour la première fois un principe d'égalité des cultes, toutefois difficile à concrétiser dans un régime de cultes reconnus comprenant à présent une religion d'État (1). Celle de 1830 corrigea en partie les limites de la Charte précédente et permit une étape importante dans l'égalité entre les cultes reconnus. Pour tous les autres cultes, le changement restait insuffisant (2).

1) La Charte de 1814 : une consécration difficile de l'égalité sous un régime de cultes reconnus et d'une religion d'État

284. La notion d'égalité des cultes refit encore plus concrètement surface en 1814, lors de l'établissement de la Charte constitutionnelle du 4 juin. Pour la première fois, un texte officiel mêla dans une même disposition la religion et l'égalité, puisque l'article 5 déclarait : « [c]hacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection ». L'égalité imprégnait entièrement cette disposition. Néanmoins, le retour des Bourbons au pouvoir ne pouvait que s'accompagner d'une place privilégiée offerte à l'Église catholique, ce que la Charte concrétisa en précisant à l'article 6 : « [c]ependant, la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État ». Une différence religieuse, en plus d'être clairement désignée, s'avérait constitutionnellement priorisée ; elle créait une forme de nouvelle subdivision, déjà implicite depuis le Premier Empire, au sein du régime des cultes reconnus. L'on n'omit pas de relever la contradiction entre les articles 5 et 6, d'autant que le second s'inscrivait clairement comme une atténuation de l'égalité des cultes par la présence de l'adverbe « cependant »⁹⁰¹. De surcroît, l'article 7 du texte restreignait expressément le financement des ministres du culte aux seules religions chrétiennes, à l'exclusion persistante de la communauté juive⁹⁰².

285. En dépit des articles 6 et 7, la Charte avait eu le mérite d'affirmer, pour une première fois, expressément l'égalité des cultes. Beugnot, alors membre de la commission chargé

⁹⁰¹ Beugnot, présent au sein de la commission chargée d'établir la Charte, précisait qu'à l'origine « [l']article 6, qui déclare que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État, était passé sous le numéro 5, et précédait, comme l'exigeait l'ordre logique, celui qui garantit *cependant* aux cultes la même protection » (nous soulignons). Boissy-d'Anglas contesta cette rédaction, mais M. de Fontanes qui lui répondit que, suivant cet ordre, « il n'y a pas d'expression plus propre et de moins dangereuse dans ses conséquences que de déclarer la religion catholique la *religion de l'État*, surtout lorsque par l'article suivant on ferme la porte à tout ce qu'il serait possible d'en induire contre les autres cultes ». Pourtant, après de nombreuses discussions, l'ordre fut définitivement inversé (J.-C. BEUGNOT, *Mémoire du compte Beugnot*, Paris, t. 2, 1866, p. 152 et s.). L'interversion de l'ordre visait à « bien indiquer que l'égalité était le principe fondamental et que la distinction accordée au culte catholique n'était qu'une situation exceptionnelle » (G. LE CADRE, *La liberté de conscience. Son évolution et son Application dans notre droit moderne*, Thèse de doctorat en droit, Rennes, Eugène Prost, 1909, p. 35).

⁹⁰² « Les ministres de la religion catholique, apostolique et romaine, et ceux des autres cultes chrétiens, reçoivent seuls des traitements du Trésor royal ».

d'établir au nom du roi la Charte, décrivait explicitement l'article 5 comme celui qui fondait la liberté et « l'égalité des cultes »⁹⁰³. À travers cette notion, les membres de la commission ne virent pas le concept de tolérance, qu'ils bannissaient ouvertement. Ils prônèrent préférablement celui d'une vraie égalité de droits, « d'une position exactement parallèle »⁹⁰⁴. C'était une forme de retour aux défenses perçues après la Révolution.

286. Dans cet élan, par ces dispositions, s'instaura l'écho d'une égalité des cultes enfin consacrée, qui se substituerait progressivement au régime de distinction entre les cultes reconnus et non reconnus. Au titre de l'article 5, même le jurisconsulte Joseph-François-Claude Carnot, commentant le Code pénal, voyait, non plus un régime de tolérance comme ce fut le cas auparavant, mais réellement une protection égale accordée à tous les cultes et impliquant une application commune de certaines dispositions pénales⁹⁰⁵. La réflexion autour de l'article 5 nous semble un peu trop optimiste lorsque l'auteur ne se figurait, à travers la précision du catholicisme comme religion de l'État, qu'une simple référence au traitement des ministres, ne dérogeant en rien « au principe, que tous les cultes doivent être également protégés »⁹⁰⁶. De toute évidence, le régime s'affirmait sous une influence cléricale prégnante et le roi souhaitait redorer le blason de l'union du trône et de l'autel⁹⁰⁷. Cette approche ne manquerait pas d'inférioriser – plus qu'ils ne l'étaient déjà – les autres cultes, d'abord reconnus, mais surtout ceux qui ne l'étaient pas. Pour les premiers, Rita Hermon-Belot observe malgré tout que, dès la Restauration, l'on cessa progressivement les « mesures *ad hoc* adoptées successivement au bénéfice de tel ou tel culte spécifique, pour prendre la forme d'une extension aux cultes socialement minoritaires de mesures prévues au premier chef pour la religion catholique majoritaire »⁹⁰⁸. C'était là une perspective fondamentale du futur de l'égalité. Même si l'article 7 de la Charte n'avait rien présagé d'engageant à ce sujet, le reste du régime s'égalisait pour ce qui était des cultes reconnus.

287. Pour les autres cultes, le régime ne changeait pas et reprenait la réglementation déjà en vigueur, mais l'interprétation variait toujours. C'est donc à tort que le préfet de la Manche crut bon d'entrevoir dans les dispositions de la Charte – à l'instar de Carnot précédemment – une liberté accordée à tous les cultes et prohibant toute mesure contre le ministre d'un culte méthodiste « tant qu'il ne ferait rien de contraire au bon ordre et à la tranquillité publique ». Le ministère de l'Intérieur, en réponse, lui rappela l'inégalité des cultes qui devait régner entre

⁹⁰³ J.-C. BEUGNOT, *Mémoire du compte Beugnot, op. cit.*, p. 154.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 153.

⁹⁰⁵ J.-F.-C. CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, Paris, B. Warée, 1823, t. 1, p. 620

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 620-621.

⁹⁰⁷ J. LALOUETTE, *Histoire de l'anticléricalisme en France, op. cit.*, p. 55.

⁹⁰⁸ Pour illustrer ses propos elle cite la loi du 25 mars 1822 *relative à la répression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication*, qui visait tous les cultes « légalement reconnus » ; la très contestée loi du sacrilège du 20 avril 1825 qui étendait la répression des vols et délits commis dans les églises ou sur les objets consacrés à la religion pour tous les cultes légalement établis en France ; ou encore la loi du 22 mars 1831 qui ouvrait les exemptions de service militaire aux jeunes voués au ministère d'un culte salarié par l'État (R. HERMON-BELOT, « La genèse du système des cultes reconnus... », *art. préc.*).

ceux reconnus et ceux « non établis »⁹⁰⁹. Les autorités locales appliquaient généralement un principe général d'interdiction des réunions de plus de vingt personnes au titre de l'article 291.

288. Sous le règne de Charles X, des cultes non reconnus cherchèrent à faire progresser l'égalité en opposant les articles 291 et suivants du Code pénal et la Charte de 1814. Lors de l'affaire des piétistes de Bischwiller en 1826⁹¹⁰, l'avocat Isambert plaida en faveur de l'égalité des cultes reconnue par la Charte. Il soutenait que l'article 5 consacrait à tous la même protection et la même liberté, y compris aux cultes dissidents⁹¹¹. Une fois encore, le juge ne se rangea pas du côté de cette interprétation. Il endigua tout au plus l'idée d'interdiction absolue de réunion de plus de vingt personnes de religions non reconnues qui avait cours à cette époque pour les autorités locales⁹¹². Cela ne changea pour autant rien à l'inégalité des cultes qui régnait. Le régime était bien trop empreint du cléricalisme véhiculé par le roi. Nous remarquons alors que l'égalité évolue entre les cultes reconnus mais que ceux dénués d'une telle reconnaissance se voyaient constamment désavantagés. La Charte de 1814 avait néanmoins initié un mouvement qui connut une étape supplémentaire lors de sa révision.

2) La Charte de 1830 : une égalité enfin acquise entre les cultes reconnus, mais un statut inchangé pour les non reconnus

289. La Charte du 14 août 1830 reprenait peu ou prou les dispositions de la précédente concernant les cultes, à une différence près – et non des moindres : la religion catholique apostolique et romaine redevint seulement celle de la majorité des Français, et non plus celle de l'État⁹¹³. Le député Bérard avait courageusement proposé la suppression pure et simple de l'ancien article 6 de la Charte de 1814⁹¹⁴. Après quelques débats, Dupin dut rendre un rapport au nom d'une commission spéciale chargée d'étudier les propositions de Bérard. Il prôna effectivement la suppression de l'article 6 mais suggéra, pour calmer les ardeurs, qu'au sein de l'article 7 l'on précisa que la religion catholique était celle de la majorité des Français⁹¹⁵. Dupin

⁹⁰⁹ *Lettre du préfet de la Manche au ministre de l'Intérieur*, 23 janvier 1818 et *Lettre du ministre de l'Intérieur au préfet de la Manche*, 31 janvier 1818, AN F¹⁹ 10931 cité dans F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit., p. 427-428. Comme le dit avec cynisme Lucien-Anatole Prévost-Paradol, qui décrit l'hypothèse d'un refus d'autorisation préalable pour une réunion cultuelle, imposée par l'article 291 du Code pénal, « [v]ous paierez donc l'amende, et vous irez méditer en prison sur les moyens de concilier l'article 5 de la charte, qui vous accorde la liberté d'exercer votre culte et de le répandre, avec l'article 291 du code pénal, qui ajoute nettement : Pourvu qu'au préalable l'administration ait jugé à propos d'y consentir » (« De la liberté des cultes en France », art. préc.).

⁹¹⁰ Bischwiller abritait une communauté chrétienne séparée depuis longtemps de l'Église catholique et des deux communautés protestantes. On reprocha dans les années 1820 à cette communauté un zèle religieux excessif appelant l'intervention de l'autorité et, surtout, la tenue d'une réunion religieuse de plus de vingt personnes.

⁹¹¹ Cass., crim., 3 août 1826 in *Plaidoyers de Me Isambert pour les piétistes de Bischwiller*, Paris, J. Tastu, 1826, p. 33.

⁹¹² Quand les services administratifs avaient développé une règle d'interdiction générale des réunions cultuelles de plus de vingt personnes, la Cour de cassation rappela celle de l'autorisation gouvernementale pour ces cas, donc de l'autorisation préalable, et non de l'interdiction absolue (F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit., p. 433).

⁹¹³ Art. 6 de la Charte de 1830 : « [I]es ministres de la religion catholique, apostolique et romaine, professée par la majorité des Français, et ceux des autres cultes chrétiens, reçoivent des traitements du Trésor public ».

⁹¹⁴ *Le Moniteur universel*, n° 219, 7 août 1830, p. 860.

⁹¹⁵ *Le Moniteur universel*, n° 220, 8 août 1830, p. 865 et 868.

jugea effectivement qu'établir noir sur blanc la religion de l'État avait permis de nombreux abus contraires à la liberté de culte⁹¹⁶ – et non moins à l'égalité –, témoins de ce que la simple tolérance en découlant pour les autres avait de plus néfaste.

290. Vint ensuite le député Viennet, qui demanda, dans l'optique du financement du culte israélite, que toutes les religions reconnues soient rétribuées. D'autres députés firent diverses propositions et les résistances montrèrent une fois de plus la difficulté d'assurer une égalité des cultes, ne serait-ce qu'entre ceux reconnus. Finalement, le député de Rambuteau proposa ingénieusement de supprimer le mot « seuls » de la Charte de 1814 pour permettre l'éventualité du financement d'un nouveau culte sous celle de 1830 ; rédaction que Viennet approuva et que l'assemblée adopta⁹¹⁷. Ce changement n'avait assurément rien d'anodin. Il permit aux israélites d'enfin obtenir le financement des ministres de leur culte sous l'impulsion de Mérilhou⁹¹⁸, qui souligna la contradiction entre l'égalité des cultes, proclamée à l'article 5, et l'interprétation de l'article 6 qui excluait les israélites du financement⁹¹⁹. C'est à la suite d'importants débats, et d'oppositions encore persistantes, que la loi du 8 février 1831 permit la rétribution des ministres du culte israélite dès le 1^{er} janvier 1831. À cela, s'ajoutait au demeurant pour ce culte une révision de sa réglementation, avec certains assouplissements, notamment pour l'ouverture des lieux de cultes⁹²⁰. L'extension du financement au culte israélite est une étape particulièrement significative pour l'égalité. Il n'est pas surprenant de l'apercevoir dans des écrits comme un exemple de l'égalité des cultes⁹²¹. Ce sujet du financement est aussi l'illustration d'une distinction d'enjeux, justement débattue à l'époque, entre l'égalité civile et l'égalité des cultes⁹²².

291. Par ailleurs, alors qu'étaient traditionnellement distingués les cultes reconnus d'un côté et ceux non reconnus de l'autre, durant ces débats, la distinction ne semblait paradoxalement que peu opérer pour les juifs. Hormis le comte Portalis dans son rapport sur la

⁹¹⁶ L'article 7 de la Charte de 1814 remplaça donc le 6 au sein de celle de 1830 avec la précision précitée.

⁹¹⁷ *Le Moniteur universel*, n° 220, 8 août 1830, p. 868.

⁹¹⁸ Ministre de l'Instruction publique et des Cultes.

⁹¹⁹ J. LALOUETTE, *La Séparation des Églises et de l'État. Genèse et développement d'une idée (1789-1905)*, Paris, Seuil, 2005, coll. « L'univers historique », p. 136.

⁹²⁰ L'article 63 de l'ordonnance du 24 mai 1844, *portant règlement pour l'organisation du culte israélite* offrait la possibilité d'ouverture d'un oratoire par tout chef de famille après rapport du ministre des Cultes et avis favorable du Consistoire départemental.

⁹²¹ R. HERMON-BELOT, « La genèse du système des cultes reconnus... », *art. préc.* ; D. LOCHAK, *Le droit et les juifs en France depuis la Révolution*, *op. cit.*, p. 40.

⁹²² Par exemple, pendant la séance du 2 février 1831, l'amiral Verhuell sembla faire assez clairement la distinction des deux égalités en acceptant celle civile, mais en refusant qu'elle s'étende à la religion. En effet, pour s'opposer au financement du culte israélite il tint les propos suivants : « [i]l est juste de donner aux israélites français tous les avantages civils comme citoyens [...] mais nous ne nous occupons pas de leur religion et de leur culte qui, depuis 1800 ans, est en défaut et y restera jusqu'à ce que leurs yeux soient dessillés et qu'ils reconnaissent le Messie, et apprennent à mieux entendre les saintes Écritures » (*Le Moniteur universel*, n° 33, 2 févr. 1831, p. 219).

loi⁹²³, ou encore le député Salverte lors d'une intervention⁹²⁴, l'on ne souligna qu'à peine le fait que le culte israélite était en théorie soumis peu ou prou au même régime de reconnaissance que les cultes protestants et catholiques. L'octroi du financement pouvait apparaître comme une simple uniformisation, donc une égalisation du régime des cultes reconnus. Malgré tout, la communauté juive restait à la malheureuse place qu'elle avait toujours occupée : celle d'un sujet soumis à un traitement politique, social et juridique d'exception. Il n'empêche que le résultat était là. En continuité d'un mouvement ressenti sous l'ancienne Charte, l'égalité des cultes, réaffirmée sous le texte de 1830, apparaissait clairement comme exigeant un traitement uniforme entre les religions reconnues. Autrement dit, les privilèges dont l'Église catholique avait pu bénéficier s'étendaient progressivement aux autres religions, et ce, depuis le Premier Empire. Sous ce régime, l'exigence d'égalité prenait donc la voie de cette extension.

292. Enfin, si l'exemption de l'application des articles 291 et 294 aux cultes reconnus était restée erratique jusqu'ici, notamment pour les protestants, son égalisation s'affirma globalement. La Cour de cassation, d'abord, confirma que les réunions de plus de vingt personnes pour les cultes autorisés n'étaient pas « dans la catégorie de celles pour lesquelles l'article 291 du Code pénal exig[ea]it l'agrément du gouvernement »⁹²⁵. Le Conseil d'État conforta à son tour cette décision en autorisant très clairement par principe les réunions cultuelles de plus de vingt personnes tenues par un ministre d'un culte reconnu lorsqu'il était autorisé par l'autorité ecclésiastique supérieure sans soumission à l'article 291⁹²⁶. Restait toutefois l'application possible de l'article 294, qui connaissait toujours la faveur des tendances discriminatoires envers les protestants⁹²⁷. En ces termes, l'égalité entre cultes reconnus était encore une fois davantage garantie. L'égalité passait par une uniformisation du régime de reconnaissance. En revanche, celle entre ces premiers et ceux non reconnus en ressortait plus creusée.

293. Pour ces derniers, nous étions pourtant en droit de penser que les nouvelles dispositions augureraient également un meilleur traitement et fragiliseraient les distinctions

⁹²³ Celui-ci soutint en effet que depuis le décret impérial du 17 mars 1808 « le culte Israélite, organisé à l'instar des cultes chrétiens, qui reçoivent pour leurs ministres un salaire de l'État, ne diffère de ceux-ci que parce qu'il est privé de cet avantage. Au fond il n'est donc nullement question d'établir, par une honoration, une assimilation qui existe déjà » (*Rapport de la commission chargée de l'examen du projet de loi relatif au traitement attribué aux ministres du culte israélite in Le Moniteur universel*, n° 30, 30 janv. 1831, p. 199 et s.).

⁹²⁴ Répondant à ceux qui s'inquièteraient d'ouvrir la porte au financement de toutes les religions, il répondait : « ce n'est pas parce qu'une religion existe ni parce qu'elle a des ministres, qu'elle a le droit de réclamer la faveur que le Gouvernement propose d'accorder aux israélites ; c'est parce que son sacerdoce est organisé sous l'inspection et la direction de l'État. Or, vous le savez, c'est le Gouvernement qui a la haute main sur l'organisation du sacerdoce israélite comme sur l'organisation des divers cultes chrétiens. Quand une religion nouvelle aura également obtenu que le Gouvernement dirige son organisation, alors elle aura les mêmes droits, elle entrera dans la même ligne. Jusque-là, vous n'avez pas à craindre de voir le budget s'accroître par les réclamations soit des Saint-Simoniens (On rit.), soit des autres sectes » (*Le Moniteur universel*, n° 340, 6 déc. 1830, p. 1631).

⁹²⁵ Cass, crim., 23 avr. 1830, *Lefèvre et Poisot* ; S., 1830, t. 30, vol. 1, p. 301.

⁹²⁶ CE, 30 mars 1846, *Pertuzon* ; S., 1846, vol. 2, p. 411. Il était ici question des réunions cultuelles temporaires, et non de l'implantation d'un lieu de culte pour des réunions donc permanentes (soumises aux dispositions expliquées p. 139 et s.).

⁹²⁷ L.-A. PREVOST-PARADOL, « De la liberté des cultes en France », *art. préc.* ; F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, *op. cit.*, p. 188.

préservées avec les cultes reconnus⁹²⁸. Pourtant, l'étude menée par Sébastien Fath sur la situation des baptistes sous la monarchie de Juillet et le Second Empire met en avant que les choses changèrent peu. C'est la description du zèle dont les préfets faisaient preuve pour empêcher tout exercice de leur culte qui dévoile clairement la situation de l'époque⁹²⁹. Ce n'était pourtant pas faute, pour les baptistes, d'avoir brandi la protection qu'ils étaient censés recevoir de l'article 5 de la Charte de 1830. En vain⁹³⁰. En réalité, les articles 291 et 294 du Code pénal éclipsaient les principes de la Charte pour les non reconnus⁹³¹. D'autant que fut en plus promulguée la loi du 10 avril 1834 qui aggrava l'article 291 en étendant son application aux associations de plus de vingt personnes « partagées en sections d'un nombre moindre » afin d'empêcher tout contournement des dispositions pénales. Si la non-application de cette disposition aux réunions cultuelles fut assurée lors des débats, sa simple portée déclaratoire permit à des tribunaux de rapidement contredire cette affirmation⁹³².

294. À la fin, persistait le constat porté par Jacqueline Lalouette, selon lequel le statut des cultes issu de la Charte, comme du Concordat, « introduisait bien des inégalités entre Français catholiques et Français se réclamant d'autres cultes, reconnus ou non reconnus »⁹³³. Nonobstant les évolutions, cela restait en somme le socle de ce régime des cultes. Pour autant, notre exposé révèle quelques nuances en fonction des comparaisons. En effet, l'égalité des cultes s'imposa progressivement entre les cultes reconnus. Elle prit la forme d'une extension des droits initialement uniquement octroyés à l'Église catholique. En revanche, elle peina à s'imposer pour les religions non reconnues qui, entre elles, ne jouissaient pas du même traitement selon les localités, et, par rapport aux cultes reconnus, disposaient d'une liberté de culte relativement réduite. La Restauration avait malgré tout eu le mérite de poursuivre une tendance à la libéralisation – et à l'égalisation concomitante – des cultes minoritaires, surtout reconnus. La Seconde République, aussi courte fut elle, allait drastiquement en conforter l'évolution.

C) De la Seconde République au Second Empire : l'ébauche d'une pleine mais courte égalité des cultes

295. La Seconde République fut proclamée sous les auspices du libéralisme. Très rapidement, la question religieuse préoccupa les nouveaux gouvernants. L'égalité des cultes

⁹²⁸ Pour Dupin, procureur général lors d'une affaire : « le gouvernement doit égale protection à chaque culte ; c'est pour lui un devoir absolu : ce droit et ce devoir sont *incompatibles avec l'autorisation préalable exigée par l'article 291* » (L.-A. PREVOST-PARADOL, « De la liberté des cultes en France », *art. préc.*).

⁹²⁹ L'auteur explique que des arrangements pouvaient être trouvés au niveau local pour que les baptistes bénéficient du libre exercice de leur culte, mais que certains n'hésitaient pas à les dénoncer – souvent des représentants du clergé catholique – auprès du préfet. Ce dernier coupait généralement court à tout arrangement (S. FATH, « La politique religieuse de la Monarchie de Juillet et du Second Empire : l'exemple des baptistes de l'Aisne », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, n° 147/3, 2001, p. 475-501).

⁹³⁰ V. LEPOIDS, *Lettre au ministre de la Justice et des Cultes*, 4 févr. 1847, Archives Nationales, F1910926 *in ibid.*

⁹³¹ L.-A. PREVOST-PARADOL, « De la liberté des cultes en France », *art. préc.*

⁹³² Des députés proposèrent, lors des débats, d'exciper les réunions religieuses, mais les amendements furent refusés. Le ministre de la Justice déclara formellement le texte inapplicable à ces réunions, ce qu'un tribunal, puis la Cour de cassation, contredirent (L.-A. PREVOST-PARADOL, « De la liberté des cultes en France », *art. préc.*).

⁹³³ J. LALOUETTE, « La politique religieuse de la Seconde République », *art. préc.*

connut son plus grande triomphe et une conceptualisation de ses exigences poussée aux limites de ce que permettait le régime (1). Nous connaissons toutefois le sort bien bref de la Seconde République. Le Second Empire rompit initialement avec toute cette logique pour renouer avec le Premier Empire ; il ne put toutefois freiner l'élan égalitaire qui avait parcouru le siècle (2).

1) La Seconde République : l'affirmation des exigences d'égalité des cultes les plus poussées

296. Pour commencer, la nouvelle Constitution du 4 novembre 1848 ne comprenait aucune mention de la religion catholique. Innovation majeure, ce changement avait un réel impact sur l'approche de l'égalité des cultes. D'autant plus lorsqu'il était conjugué avec l'article 7 qui établissait une « égale protection » pour l'exercice de chaque culte⁹³⁴. De surcroît, ledit article suggérait la possibilité de reconnaissances futures de nouveaux cultes. C'était un pas supplémentaire qu'aucun régime n'avait osé franchir jusqu'ici. L'égalité des cultes, dans le cadre d'un régime des cultes reconnus, se paraît d'une nouvelle exigence : l'éventuelle ouverture de la reconnaissance à d'autres religions.

297. Nous remarquons cependant, sans surprise, que l'article 7, tout en prônant l'égalité des cultes, confortait l'avantage financier dont jouissaient uniquement les cultes reconnus, ce qui ne manqua pas d'être souligné et critiqué lors des discussions sur le texte⁹³⁵. Toujours est-il que l'égalité des cultes fut loin d'être absente de ces discussions sur la Constitution et nous retrouvons divers échos aux conceptions de l'égalité tenues antérieurement au Concordat.

298. Le député Pierre Leroux, par exemple, proposait purement et simplement la suppression du financement des cultes et une réduction drastique de l'article 7⁹³⁶, au profit et au titre de l'égalité des cultes⁹³⁷. Après le vote de la première partie de l'article 7, le député Lavallée souligna, quant à lui, la contradiction avec l'affirmation préalable de la liberté et de l'égalité des cultes d'admettre que les ministres des cultes reconnus par la loi aient, seuls, droit à recevoir un traitement⁹³⁸. Ces conceptions expriment la prise de conscience progressive des

⁹³⁴ « Chacun professe librement sa religion, et reçoit de l'État, pour l'exercice de son culte, une égale protection. Les ministres, soit des cultes actuellement reconnus par la loi, soit de ceux qui seraient reconnus à l'avenir, ont le droit de recevoir un traitement de l'État ».

⁹³⁵ J. LALOUETTE, « Les vains débats de la Seconde République en matière de religion », *L'année canonique*, t. LIX, p. 109-118.

⁹³⁶ « Chacun professe librement sa religion ».

⁹³⁷ « Ne salariez aucun culte et, par là, mettez la vérité au concours. Vous avez en France des catholiques, des protestants, des juifs ; parmi les protestants, plusieurs communions qui n'appartiennent ni à la confession d'Augsbourg, ni à l'église réformée de Calvin. Vous avez de plus des sectes nouvelles, issues de la philosophie ! Que toutes ces sectes, régies par les mêmes lois de liberté, soient soumises aux mêmes chances matérielles d'existence et de durée, n'aient d'autre appui moral et intellectuel que celui qu'elles puiseront en elles-mêmes et dans leur degré de vérité. Car voyez ce qui arrivera si vous en décidez autrement. Nous retomberons, à cet égard, dans l'état où nous étions sous la monarchie ; nous verrons se renouveler les proscriptions contre les sectes religieuses, nous serons de nouveau soumis à cette jurisprudence qui proscrivait des communions protestantes en se fondant sur ce qu'elles n'étaient pas reconnues par la loi » (*Le Moniteur universel*, n° 263, 19 sept. 1848, p. 2495).

⁹³⁸ « Cette première partie de l'article promet la liberté religieuse, en plaçant toutes les religions sous le même niveau, et le deuxième paragraphe retire cette promesse et détruit les dispositions égalitaires du premier » (*ibid.*).

limites d'un système de financement pour les cultes reconnus au regard de l'égalité des cultes. Plus tard, dans une lettre, Alfred de Falloux, alors ministre de l'Instruction publique et des cultes, vit à travers l'article 7 de la Constitution de 1848 « à tous les cultes égale liberté et une égale protection », ce qui se traduisait, selon lui, par l'absence de toute distinction entre les cultes reconnus et ceux qui ne l'étaient pas, en dehors du financement des ministres⁹³⁹. C'était, du reste, une conception assez partagée par les députés lors des débats sur les dispositions concernées⁹⁴⁰. Par conséquent, l'égalité des cultes devait à nouveau s'imposer à travers l'exigence de suppression du financement des cultes.

299. Avec les nouvelles dispositions constitutionnelles, tous ces propos laissaient entrevoir la progression de l'égalité des cultes qui se posa peut-être plus vivement que jamais entre les cultes reconnus et non reconnus. D'ailleurs, le même ministre donna de l'espoir à certains cultes minoritaires, en l'occurrence les baptistes, en précisant la marche à adopter à l'égard de l'exercice de leur culte et en affirmant la rupture avec son prédécesseur⁹⁴¹.

300. En ce sens, attaché à la liberté de religion, le gouvernement provisoire entreprit de libérer « les citoyens détenus par suite de condamnations prononcées contre eux pour des faits relatifs au libre exercice du culte » et d'annuler toutes poursuites initiées et amendes prononcées à ce titre⁹⁴². L'article 8 de la Constitution semblait de toute évidence contraire à l'article 291 du Code pénal⁹⁴³. Ce dernier, avec la loi du 10 avril 1834⁹⁴⁴, devint inapplicable aux religions le 28 juillet 1848 lorsque le gouvernement instaura une loi pour réglementer strictement la tenue des clubs qui excipait les réunions cultuelles de son application⁹⁴⁵. Il semblait que, pour une fois, le régime se souciait véritablement de garantir une liberté à part entière. Quand, auparavant, il était au premier chef question d'ordre public, de police, de manœuvre politique, en 1848 l'heure était à la liberté. Or, étant donné les avantages dont les cultes reconnus avaient bénéficié jusque-là, la liberté de religion ne se comprenait qu'à travers l'égalité des cultes.

301. Concernant le texte du 28 juillet, Jules Simon fit d'ailleurs remarquer la formulation des dispositions : « ayant pour objet l'exercice d'un culte *quelconque* »⁹⁴⁶. S'opérait un retour

⁹³⁹ Lettre à M. PILATTE, pasteur, 27 févr. 1848 cité dans G. BONET-MAURY, *Histoire de la liberté de conscience en France, op. cit.*, p. 207.

⁹⁴⁰ Voir les débats du 19 septembre 1848 et, notamment, l'approche de Dufaure, exactement identique à celle tenue par de Falloux : « le mot *reconnus* est un mot consacré qui veut dire uniquement que l'État admet le culte dans son sein pour recevoir un salaire, qu'il le consacre à ce point de vue seulement ; mais en aucune manière on n'a voulu dire que ce serait un culte officiel de l'État, qui serait reconnu par la loi » (*Le Moniteur universel*, n° 263, 19 sept. 1848, p. 2497).

⁹⁴¹ Le nouveau ministre de l'Instruction publique et des Cultes, répondant au préfet de l'Aisne, prêchait la levée des obstacles pour l'exercice du culte (S. FATH, « La politique religieuse de la Monarchie de Juillet et du Second Empire... », *art. préc.*).

⁹⁴² Décret du 10 mars 1848.

⁹⁴³ « Les citoyens ont le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes, de pétitionner, de manifester leurs pensées par la voie de la presse ou autrement [...] ».

⁹⁴⁴ « [l']article 291 du code pénal, privé de son alliée la loi de 1834, était réduit à se cacher dans un coin de la loi sur les clubs, et n'avait plus de force que contre les femmes et les mineurs » (L.-A. PREVOST-PARADOL, « De la liberté des cultes en France », *art. préc.*).

⁹⁴⁵ « Les dispositions du présent décret ne sont pas applicables aux réunions ayant pour objet exclusif l'exercice d'un culte quelconque, ni aux réunions électorales préparatoires » (art. 19).

⁹⁴⁶ J. SIMON, *La liberté de conscience, op. cit.*, p. 276-277.

aux formulations générales auparavant défendues. La loi ne distinguait pas entre cultes reconnus et les autres, ce qui, pour l'auteur, révoquait implicitement l'autorisation préalable des réunions cultuelles. La généralité des dispositions devait permettre l'égalité. Si le doute était possible, il ne dut subsister que peu de temps. En effet, le 19 juin 1849, face à l'expansion non maîtrisée des clubs, fut promulguée une loi qui permit au gouvernement de suspendre le droit de réunion, à l'exception toutefois, spécifia le ministre de l'Intérieur dans une circulaire du 24 juin, des assemblées religieuses⁹⁴⁷. Malheureusement, précisait Gaston Bonet-Maury, « telle était la ténacité de la jurisprudence, que le nouveau principe ne fut pas appliqué en province sans de nombreuses résistances »⁹⁴⁸. Il en fut de même de la loi de 1848, contre laquelle la Cour de cassation fit de la résistance, au détriment de certains cultes non reconnus. Plus encore, celle-ci ne manqua pas de contredire les propos égalitaires et libéraux précités de Falloux, adressés justement à un protestant évangéliste⁹⁴⁹. Même durant une période marquée d'un certain libéralisme de principe, des réticences pratiques persistaient au sujet de l'égalité de traitement de ceux non reconnus⁹⁵⁰.

302. En conclusion, le premier tenant de cette égalité était évidemment le principe de non financement des religions. Jules Simon analysait bien la situation de l'égalité des cultes lorsqu'il contestait que la reconnaissance se limitait, dans les esprits, au financement des cultes. Il ne lui échappait pas qu'au regard de la réglementation sur les réunions et associations, en vérité, « dans la pratique, un culte a besoin d'être autorisé par l'État, reconnu par l'État, pour pouvoir subsister »⁹⁵¹. Dès lors, le financement était un des rares leviers d'égalité modulable au sein d'un régime ayant pour fondement la reconnaissance. En outre, la Seconde République avait aussi réussi, au nom de cette égalité, à permettre un exercice public à peu près égal des cultes, réduisant constamment la distinction juridique entre cultes reconnus et non reconnus. Surtout, elle avait ouvert la voie à une extension possible de la reconnaissance à d'autres religions. À ce titre, la reconnaissance semblait s'éloigner d'un lien intrinsèque à certaines religions nommément désignées. Progressivement le régime de reconnaissance s'uniformisait et se généralisait.

303. S'imposaient ici très certainement les exigences jusqu'à ce jour les plus cohérentes et poussées d'une égalité des cultes conçue dans un régime de reconnaissance. L'égalité avait franchi une étape décisive et se rapprochait des conceptions séparatistes des années 1790, mais aussi des futures approches menant à la loi de 1905. Le Second Empire retarda d'abord ce mouvement, pour ensuite le réaffirmer vivement.

⁹⁴⁷ G. BONET-MAURY, *Histoire de la liberté de conscience en France*, op. cit., p. 207.

⁹⁴⁸ *Ibid.* Par ailleurs c'est aussi ce que constate Sébastien Fath à propos des autorités préfectorales malgré les ordres donnés par Falloux, effectivement « lentes à admettre le virage pris en matière de politique des cultes » (« La politique religieuse de la Monarchie de Juillet et du Second Empire... », art. préc.).

⁹⁴⁹ Voir l'affaire Pilatte, évangéliste condamné pour des réunions déclarées illicites in F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit., p. 650 et s.

⁹⁵⁰ Franck Zarlenga ne manque pas de voir dans l'affaire Pilatte, malgré des réflexions portées sur la définition de l'exercice du culte, une réticence à diminuer les restrictions entourant les cultes non reconnus (*ibid.*, p. 656).

⁹⁵¹ J. SIMON, *La liberté de conscience*, op. cit., p. 276.

2) Le court retour en arrière du Second Empire : la persistance d'une évolution égalitaire du régime des cultes

304. En 1852, les choses ne débutaient pas si mal. Malgré le ton autoritaire du début de l'Empire, la Constitution du 14 janvier 1852 s'inscrivait bel et bien en digne héritière des principes révolutionnaires acquis jusqu'ici⁹⁵². En effet, elle réitérait l'absence de référence à un quelconque culte, tout en affirmant beaucoup plus indirectement la liberté de culte⁹⁵³. Frédéric Monod avait l'enthousiasme de dégager de ces dispositions une liberté des cultes, sans « la distinction entre la religion de l'État et les autres religions, ni par celle entre la religion de la majorité des Français et les religions des minorités, ni par celle non plus entre les cultes reconnus et salariés par l'État et les cultes non reconnus et non salariés par l'État » admis par les textes constitutionnels antérieurs⁹⁵⁴. Dès à présent, poursuivait-il, « la *liberté des cultes* est proclamée dans sa généralité, et sans consacrer constitutionnellement diverses catégories de cultes. Il n'y aura donc pour les tribunaux aucune raison de faire des distinctions que la Constitution elle-même ne fait pas »⁹⁵⁵. En passant, l'auteur souligne bien l'absence de distinction, donc l'égalité, découlant d'un droit consacré dans sa généralité, sans distinctions entre catégories, en l'occurrence religieuses. L'argument, non récent, est particulièrement intéressant et largement défendu au titre de l'égalité.

305. Seulement, et l'auteur ne manquait pas de le relever toutefois, le Concordat était maintenu⁹⁵⁶, la reconnaissance avec, et les dispositions des articles 291 et suivants du Code pénal demeuraient. La généralité de la règle ne pouvait qu'être partielle. À cela, s'ajoutèrent le tournant autoritaire et clérical que prenait le début du régime et le souhait que gardait Napoléon III de s'inspirer du Premier Empire de son oncle. L'Église catholique bénéficia alors de nombreux traitements privilégiés ou d'un accroissement de ceux dont il jouissait déjà⁹⁵⁷. Cependant, Philippe Portier explique que les cultes protestants et judaïques profitèrent également de cette place centrale redonnée au religieux, notamment par l'augmentation de leurs financements⁹⁵⁸. Gaston Bonet-Maury était de son côté plus nuancé s'agissant de cette époque et voyait davantage la phase libérale du régime comme celle prospère pour les autres cultes⁹⁵⁹.

306. Pour les cultes non reconnus, 1852 marqua un retour en arrière. Le suivi des baptistes par Sébastien Fath permet de rendre compte de ce changement : l'Empire n'était même pas encore proclamé que le préfet de l'Aisne interdisait les réunions des baptistes et scellait des lieux de cultes⁹⁶⁰. Surtout, pour compléter le tableau, un décret du 25 mars 1852 disposa que

⁹⁵² Ce que d'ailleurs l'empereur s'évertuait à rappeler à plusieurs reprises dans le préambule de la Constitution.

⁹⁵³ En réalité, la Constitution plaçait le Sénat en protecteur de la religion. Celui-ci devait s'opposer à la promulgation de toute loi contraire à la religion et à la liberté des cultes (art. 26).

⁹⁵⁴ F. MONOD, « La liberté religieuse selon la nouvelle Constitution », *Archives du christianisme au Dix-neuvième Siècle*, t. XX, n° 3, p. 17-18.

⁹⁵⁵ *Ibid.*

⁹⁵⁶ Mais pour l'auteur le Concordat « redevient un simple traité » modifiable selon le texte constitutionnel (*ibid.*).

⁹⁵⁷ Notamment le traitement des clercs (P. PORTIER, *L'État et les religions en France...*, *op. cit.*, p. 83)

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ G. BONET-MAURY, *Histoire de la liberté de conscience en France*, *op. cit.*, p. 239.

⁹⁶⁰ S. FATH, « La politique religieuse de la Monarchie de Juillet et du Second Empire... », *art. préc.*

les articles 291 à 294 du Code pénal et les trois premiers articles de la loi du 10 avril 1834 s'appliquaient à toutes les réunions, peu importe leur nature. Cela permit à la Cour de cassation de réintroduire avec force toutes ces dispositions à l'égard des réunions religieuses dans l'arrêt *Porchat*⁹⁶¹. Dès lors, la Cour maintenait le refus de voir les réunions cultuelles dans des propriétés privées ouvertes à des fidèles comme des réunions privées⁹⁶².

307. Cependant, la décision *Porchat* fait également ressortir à quel point le régime n'empêcha pas vraiment les idées libérales et égalitaires de se développer. Jules Delaborde, avocat de la défense et défenseur de la cause des cultes non reconnus de l'époque, était profondément imprégné de cette mentalité égalitariste. Dans cette affaire, il soutint qu'« il ne peut y avoir ni religion dominante ou religion de l'État, ni religions simplement tolérées ; ni privilèges, d'un côté, ni restrictions, de l'autre ; mais que la liberté est le patrimoine commun de toutes les religions, et que toutes doivent être accueillies sur le pied d'une égalité et d'une protection complètes ». L'avocat en tirait la conclusion suivante : « [d]e ces notions élémentaires sur le principe de liberté religieuse, je suis autorisé à conclure que déjà, au simple point de vue du droit général, ce principe résiste à toute classification des religions en *reconnus* et *non reconnus*, en *autorisés* et *non autorisés* »⁹⁶³. L'avocat avait poussé l'argument égalitaire à son paroxysme, présageant sa consécration future : l'égalité supposait la remise en question du système de reconnaissance des cultes. Dans le fond, le juriste confortait une certaine tendance qui ne résumait la reconnaissance qu'à travers le financement. Au-delà, aucune distinction ne devait perdurer entre les cultes. Il témoignait de l'assise progressive de l'égalité des cultes qui imprégnait de plus en plus celle de la séparation. La réalité des inégalités ne pouvait que justifier, comme solutions aux problèmes, une séparation du religieux et du politique. C'était le chemin que prendrait par la suite la III^e République.

308. À l'aube du tournant libéral pour le régime, en 1859, la situation s'améliora par l'entrée en vigueur du décret du 19 mars qui permettait à l'empereur, en séance du Conseil d'État, et après audition des ministres de l'Intérieur et des Cultes, d'autoriser l'exercice public régulier d'un culte non reconnu⁹⁶⁴. Le texte actait la première reconnaissance de la catégorie « culte non reconnu » qu'il rapprochait alors, une fois le culte autorisé, de la liberté, si ce n'est de la protection⁹⁶⁵, des cultes reconnus. S'imposaient alors trois strates différentes du régime des cultes : reconnus, non reconnus mais autorisés sous le décret de 1859, non reconnus et encore soumis aux articles 291 et 294. Peu de temps après, le nouveau libéralisme du système

⁹⁶¹ Cass., crim., 9 déc. 1853, *Porchat* ; S., 1854, vol. 1, p. 284.

⁹⁶² Ces réunions exigeaient donc encore des autorisations municipales au titre de l'article 294 (voir F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit., p. 527 et s.).

⁹⁶³ J. DELABORDE, *Liberté religieuse : mémoires et plaidoyers*, Paris, Ch. Meyrueis et Compagnie, 1854, p. 288.

⁹⁶⁴ Article 3. Pour les réunions « accidentelles » de ces cultes, le préfet restait compétent.

⁹⁶⁵ Ne trouvant qu'un intérêt historique aux anciens textes égalitaires, des auteurs considéraient à présent que « la protection légale ne s'applique pas seulement aux cultes reconnus, mais qu'elle s'étend aussi aux cultes autorisés » au titre du décret du 19 mars 1859 (« Cultes » in L. BEQUET et P. DUPRE (dir.), *Répertoire du droit administratif*, Paris, Paul Dupont, t. 8, 1891, p. 520).

porta son influence jusqu'au sein du régime des cultes, mais toujours avec prudence⁹⁶⁶. D'une manière générale, le traitement privilégié du catholicisme s'amointrit et parallèlement la rigueur à l'égard des cultes dissidents diminua. Le Second Empire n'avait pas résisté au mouvement libéral et égalitaire qui imprégnait progressivement les esprits du siècle.

309. Les périodes postérieures au Second Empire ont bien sûr été marquées par un certain anticléricalisme et un éloignement toujours plus prononcé de la prise en compte religieuse en droit. À la manière de la Convention et du Directoire, dans les principes, cette distanciation allait dans le sens d'une égalité des cultes accrue. L'idée se concrétisa d'ailleurs très tôt, puisque durant les événements de la Commune de Paris, un décret du 3 avril 1871 supprima le budget des cultes. Par cette proclamation, l'élément, qui mettait, avant tout autre, en péril l'égalité des cultes, fut rompu. Toutes les religions se situaient sur un pied d'égalité, du moins concernant leur financement. Le texte ne se contenta pas que de cela. Il décrétait, pour la toute première fois expressément, que « l'Église est séparée de l'État » dès son premier article. Certes, le régime fut rapidement anéanti mais il avait posé ce qui imprégnait progressivement l'esprit du siècle.

D) Les exigences propres de l'égalité des cultes : la solution par la fin du système de reconnaissance

310. Si les dénonciations étaient diverses et variées envers le Concordat, Jacqueline Lalouette remarque que tout le long du XIX^e siècle, jusqu'à la séparation, furent avancés certains arguments tenant notamment à la « nécessité d'établir la liberté religieuse et l'égalité des cultes [...] »⁹⁶⁷. Nous avons montré tout le long de ce chapitre cette égalité des cultes qui germait en opposition au régime en place, ainsi que ses exigences : suppression du financement des cultes, non désignation des cultes, extension possible de la reconnaissance, égale liberté d'exercice public du culte, etc. Seulement, ces exigences se heurtaient en définitive fondamentalement au système même du régime des cultes, qui reposait sur la reconnaissance de certaines religions. Il est donc cohérent de penser, comme le dit Jacqueline Lalouette, que, plus qu'à la liberté, le régime apparut aux yeux des libres penseurs et anticléricaux avant tout contraire à l'égalité⁹⁶⁸.

311. Lorsque nous consultons les écrits de penseurs séparatistes, certains faisaient part de ce constat. Jules Simon était bien sûr de ceux-là, mais il n'était pas le seul. Le député Jules Barni soutenait la séparation car, à ses yeux, l'État n'était pas compétent pour choisir une

⁹⁶⁶ Par exemple, la loi du 6 juin 1868 qui libéralisa le régime des réunions publiques en excluant toute autorisation préalable ne s'appliqua pas pour les réunions politiques et religieuses (art. 1er). En vérité, la disposition ne visait que des mouvements controversés qui se développaient à l'époque, non les cultes reconnus en général, toujours soumis à l'article 291 du Code pénal (F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, op. cit., p. 520-521).

⁹⁶⁷ J. LALOUETTE, *L'État et les cultes. 1789-1905-2005*, Paris, La Découverte, 2005, coll. « Repères », p. 20.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 18.

religion dominante : « il admettra donc *indistinctement*, en tant qu'État, tous les cultes »⁹⁶⁹. Le futur préfet Ernest Hendlé, quant à lui, soutenait, qu'en vertu de la liberté religieuse, il ne pouvait y avoir aucun appui, aucun privilège au profit d'une croyance majoritaire⁹⁷⁰. Un peu auparavant, un autre auteur, connu pour ses écrits à l'égard des rapports entre l'État et la religion, du nom de Vinet, avait emboîté cette conception. Dans son ouvrage sur la liberté des cultes, il considérait qu'il était difficile « de concevoir la protection d'un culte sans l'exclusion ou du moins l'abaissement de tous les autres »⁹⁷¹. L'histoire lui avait donné raison. Enfin, Édouard Laboulaye, qui ne semblait au départ que peu percevoir l'importance de l'égalité des cultes⁹⁷², soutint ensuite celle-ci dans son ouvrage sur le parti libéral : « [i]l ne peut pas y avoir trois religions privilégiées, et cinq ou six églises autorisées à l'exclusion des autres. [...] il ne suffit pas de proclamer dans une charte la liberté de conscience, il faut inscrire dans nos lois la liberté des Églises et l'égalité des cultes »⁹⁷³.

312. Face à ce constat, les solutions égalitaires se scindaient synthétiquement en deux. Plutôt rare, néanmoins existante, était la solution envisageant l'extension de la reconnaissance pour tous les cultes. Ce n'est pas moins la vision de Victor de Broglie, qui « préconisait non pas la suppression de la reconnaissance dont bénéficiait un nombre limité de cultes, mais son extension à tous »⁹⁷⁴. Nous l'avons dit, cette approche fut notamment partagée lors de l'ouverture des financements au culte israélite, lors de la discussion sur la suppression du mot « seul » de l'article 6 de la Charte de 1830 ou plus ferment sous la Constitution de 1848. D'ailleurs, c'est à travers cette vision que nous pouvons considérer la reconnaissance instaurée sous Napoléon du culte protestant et israélite, puis la réduction progressive des distinctions entre cultes reconnus, comme consacrant le pluralisme et confortant l'égalité des cultes. L'égalité défendue était perçue à travers l'extension du système de reconnaissance. Après tout, les libertés ne sont ni plus ni moins que d'anciens privilèges étendus à tous, soutenait Hauriou⁹⁷⁵.

313. Néanmoins, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, se multipliaient les auteurs et hommes politiques favorables à une séparation entre l'État et les cultes. L'égalité avait largement rencontré les limites du régime des cultes. Jules Simon, qui avait très pertinemment abordé la question, constatait l'impossible extension du régime de reconnaissance des cultes. D'abord, il établissait l'inégalité d'un tel régime, découlant d'une distribution des budgets et des édifices religieux tout à fait partielle, et s'interrogeait à ce titre : « peut-on compter sur une répartition strictement proportionnelle et sur une justice toujours égale ? [...] Même en

⁹⁶⁹ J. BARNI, *La morale dans la démocratie*, Paris, Germer Baillière, 1868, p. 155.

⁹⁷⁰ E. HENDLE, *La séparation de l'église et de l'État*, Paris, Armand Le Chevalier, 1869, p. 18

⁹⁷¹ A. VINET, *La liberté des cultes*, Paris, Chez les éditeurs, 2^e éd., 1852, p. 244.

⁹⁷² Dans *L'État et ses limites* Laboulaye ne s'attarde pas réellement sur l'égalité de traitement entre les religions. Il semble même considérer qu'elle était acquise lorsqu'il affirmait : « [a]ujourd'hui l'État protège également les catholiques, les protestants, les juifs, et au besoin les musulmans. L'esprit du gouvernement est un esprit laïque, la loi est indifférente » (Paris, Charpentier, 1863, p. 83).

⁹⁷³ É. LABOULAYE, *Le parti libéral. Son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 1863, p. 45-46.

⁹⁷⁴ À ses yeux, tout groupe devait être reconnu par l'État et recevoir des subventions et des établissements (J. LALOUETTE, *L'État et les cultes. 1789-1905-2005*, op. cit., p. 22-23).

⁹⁷⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 2^e éd., 1916, p. 515.

supposant les chefs de l'État toujours impartiaux et intègres, comment pourront-ils tenir la balance égale entre une majorité et des minorités ? entre des Églises dont les besoins et les exigences sont considérables, et d'autres qui ne demandent, pour ainsi dire, que la permission de vivre ? »⁹⁷⁶. L'inégalité entre cultes reconnus tout le long du XIX^e siècle illustre les propos de l'auteur. Au sujet du budget des cultes, il se questionnait ensuite à nouveau : « nous ne parlons jusqu'ici que des cultes déjà existants ; mais le législateur peut-il poser en principe qu'il ne se fondera pas de culte nouveau ? Ce serait attenter à la liberté. Peut-il vouloir que les cultes anciens aient seuls des droits, et que les cultes qui pourraient se fonder à l'avenir n'en aient point ? Ce serait constituer en faveur de certaines religions un droit d'aînesse [...] »⁹⁷⁷. Dans le même sens, Jules Simon affirmait ailleurs que « [d]es cultes salariés et des cultes non-salariés, dans un même État, cela ne se peut ; car ce serait, au fond, la constitution d'un privilège »⁹⁷⁸. Il soulignait finalement l'impasse d'un régime scindé entre cultes reconnus et non reconnus au regard de l'égalité. Il ne voyait alors que deux solutions possibles : « il faut qu'aucun culte n'ait de budget, ou qu'ils aient tous un budget »⁹⁷⁹.

314. Il supposa comme solution l'extension de tous les privilèges aux nouvelles religions, mais la considéra très rapidement comme créant « une difficulté presque inextricable, car il ne peut dépendre du premier prophète venu de s'ériger en ministre d'un culte et de se donner ainsi de sa propre autorité, des droits sur le trésor public qui constitueraient une véritable oppression du budget »⁹⁸⁰. Cela nécessiterait en outre un contrôle et un tri de l'État entre les cultes revendiqués comme tels, donc sa transformation en « théologien tout-puissant ». D'une façon ou d'une autre l'égalité serait mise en difficulté. À l'inverse, n'en financer aucun complexifie pour certaines religions plus modestes l'exercice du culte mais met, par simple abstention, tous les groupes formellement à égalité, en plus d'apaiser les finances de l'État⁹⁸¹. Il est possible de penser que la suppression d'un avantage dont un seul bénéficiait, plutôt que son extension à tous, est la solution la plus simple pour faciliter l'égalité. Selon ce raisonnement, la distance que l'État prit avec le culte majoritaire tendait vers l'égalité des cultes formelle. En ce sens, face aux constats précédents, pour partie éprouvés par des régimes antérieurs, Jules Simon conclut inévitablement à « la suppression des budgets et la séparation absolue de l'État et des Églises »⁹⁸². Le cours que prit l'histoire depuis 1789 avait très certainement rendu tant politiquement et que socialement, uniquement envisageable la solution de l'auteur. Ce fut aussi

⁹⁷⁶ J. SIMON, *La liberté de conscience*, op. cit., p. 329.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 330.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 195.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ D'un point de vue purement pratique et budgétaire, étendre le financement aurait engendré une dépense inenvisageable pour les pouvoirs publics, quand la suppression de tout budget des cultes soulageait ses finances.

⁹⁸² Notamment, disait-il, pour assurer l'égalité des cultes (J. SIMON, *La liberté de conscience*, op. cit., p. 331).

le point de vue que partageait notamment Louis Méjan⁹⁸³, l'un des collaborateurs du rapporteur de la loi de séparation, mais plus généralement la conception dominante en 1905. Devait finalement s'imposer une prise en compte du fait religieux dans un régime séparé des religions.

Conclusion du chapitre

315. Le développement historique des rapports entre égalité et fait religieux nous montre à quel point nous étions loin d'une égalité universaliste, mais aussi à quel point tendre vers celle-ci restait un objectif sous-jacent aux différents régimes, parfois dans la réglementation elle-même, mais le plus souvent dans les mentalités. Certes, n'était pas ouvertement affirmée une « égalité universaliste ». Néanmoins, sa recherche s'avérait véritablement perceptible lorsqu'étaient dénoncées les différenciations religieuses.

316. Le mouvement se fit inévitablement contre les distinctions religieuses qui pullulaient déjà sous l'Ancien Régime. Le plus simplement, et le plus évidemment, étaient dénoncées les différenciations religieuses existantes au sein des normes juridiques du droit commun, que ce soit par exemple, pour accéder à une profession, comme pour être recensé auprès de l'état civil. L'appartenance religieuse d'un individu était relevée, désignée selon sa spécificité, dans les rapports juridiques entre les individus. Pour le dire autrement, le fait religieux imprégnait encore la loi commune au travers d'une prise en considération des particularismes religieux des individus, auxquels l'on attachait alors des effets. Cette forme de différenciation « négative » n'avait pas de réelle légitimité. Il favorisait et défavorisait injustement. La plupart des religionnaires le subissait plus qu'autre chose.

317. Pourtant, de telles différenciations persistèrent tout le long du XIX^e siècle. Nous avons décrit à quel point le régime concordataire n'arrangea pas les choses lorsqu'il mélangea encore davantage le religieux et le pouvoir politique, maintenant en conséquence d'inévitables inégalités fondées sur un critère religieux. Henri Pena-Ruiz percevait bien à quel point le régime concordataire était composé de « dispositions discriminatoires » et marqué par les privilèges dont jouissaient certains cultes⁹⁸⁴. En outre, peu notent, comme l'auteur, que Napoléon esquissait ici « une démarche communautariste, en appelant les citoyens à se définir par une appartenance religieuse, et en suscitant l'émergence de groupements associatifs religieux dotés du pouvoir de représenter leurs membres, de parler en leur nom et de disposer d'emprises

⁹⁸³ Pour celui-ci l'égalité des cultes ne pouvait qu'être atteinte par la séparation. Il pensait que « l'indépendance absolue des Églises, leur complète égalité au regard de la loi, la neutralité scrupuleuse et bienveillante des pouvoirs publics » étaient « le seul régime légal susceptible d'assurer pour tous la liberté de conscience et de culte, de garantir à toutes les Églises – s'agissant de la France, en toute certitude à l'Église catholique romaine – dans le respect de leurs doctrines, de leurs organisations particulières, de leurs disciplines, l'exercice permanent de leurs droits » (L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959, p. 523).

⁹⁸⁴ H. PENA-RUIZ, « Permanence de la loi de 1905 » in Y.-C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique », p. 139.

publiques non négligeables »⁹⁸⁵, et ce, « au mépris de l'égalité »⁹⁸⁶. Si nous ne pouvons rejoindre la généralité qu'il porte sur le rapport entre tous les régimes concordataires et l'égalité, son constat s'applique en tout cas pour celui pratiqué en France au XIX^e siècle : « il est clair de ce point de vue que tout système concordataire atteste la survivance simultanée de l'inégalité des citoyens [...] » et des religions⁹⁸⁷. Autrement dit, d'une tension historique entre la saisie juridique du religieux et l'aboutissement d'une égalité universaliste.

318. Ce n'est qu'avec une sécularisation progressive que le droit pouvait se retirer de toute référence religieuse, ce qui expliqua le lien entre la séparation et l'égalité civile. Plus encore, la sécularisation mit en avant tout l'intérêt de l'égalité civile et l'incohérence de l'appréhension du fait religieux dans le droit commun. Seul l'intérêt séculier prônait à présent. Concomitamment, une dénonciation constante de ces différenciations parcourut le siècle. Certes, il n'existait pas à l'époque de critères prohibés à proprement parler, mais, comme l'illustrèrent certaines pensées libérales, les distinctions religieuses parsemaient les règles de droit civil sans aucune justification. Beaucoup de penseurs avaient perçu la contradiction flagrante entre l'affirmation des droits de l'homme égalitaires et le maintien des distinctions religieuses. Nous disons bien « flagrante », car l'étude de l'égalité en matière religieuse révèle précisément en tout premier lieu l'existence de telles distinctions dans le droit commun. Ce sont les inégalités les plus explicites et contestables.

319. Cependant, nous avons découvert qu'à côté de la question du droit commun, se concevaient des normes, un régime, une réglementation, spécifique au fait religieux, et plus précisément aux manifestations et expressions cultuelles. Il nous semble indéniable qu'une branche du droit, ou un réseau non organisé, ni hiérarchisé, parcourant le droit⁹⁸⁸, est consacrée au domaine religieux, que ce soit pour encadrer les convictions religieuses, pour maintenir l'ordre public par la police des cultes, pour permettre et/ou restreindre l'expression de celles-ci ou encore, souvent en fond, pour garantir les libertés spécifiquement attenantes. Autrement dit, le fait religieux fut juridiquement appréhendé sous diverses dimensions. Seulement, ici aussi la différenciation pénétra très rapidement le régime. Le particularisme ne distinguait alors pas les individus mais les religieux et religions, puisque c'était au sein de la sphère juridique applicable au fait religieux que les particularismes étaient insérés. Conséquemment, la formation de ce régime s'accompagna également d'une défense de l'égalité. Plus encore elle était intrinsèque à la question égalitaire. Comprendons alors qu'égalité civile et égalité des cultes manifestaient un lien profond lorsqu'une différence religieuse était incluse dans le droit. Pour autant, l'égalité des cultes devait connaître son parcours et ses exigences propres. En effet, comment concevoir une réglementation spécifiquement applicable au fait religieux sans distinguer les religions ? L'évolution du régime des cultes montra que la réponse n'était pas aisée, car son évolution

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 140.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 141.

⁹⁸⁸ Selon l'approche du droit des religions de Françoise Curtit (« Le droit français des religions au miroir des textes » in P. AUVERGNON *et al.* (dir.), *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion », p. 65).

fluctuait considérablement au gré des régimes et contextes socio-politiques qui s'enchaînaient. Sa progression n'était pas linéaire – ce qui explique aussi son caractère inégalitaire – et offrait difficilement une vue d'ensemble⁹⁸⁹. Il reste que, d'un point de vue égalitaire, une chose ne changeait pas : ces régimes favorisaient constamment la religion catholique au détriment des autres.

320. Une partie de la réponse sembla toutefois être donnée peu après la Terreur, lorsque de nombreux penseurs, voire des textes, rapportèrent l'égalité des cultes à la suppression des financements publics, ou à la généralité de la règle par l'emploi, notamment, de termes comme « cultes quelconques », voire à la séparation entre les religions et l'État. À travers ces exemples ou d'autres déjà évoqués, divers moments et procédés mettaient en lumière la possibilité d'entrevoir une saisie juridique du fait religieux sans tenir compte des particularismes religieux. Toutefois, l'instauration d'un régime des cultes reconnus impliqua de nouvelles réflexions, puisque la réglementation différait selon qu'elle concernait des cultes reconnus ou ceux qui ne l'étaient pas. Dès le départ, malgré l'apparent pluralisme manifesté par le régime politique, il révélait en réalité son caractère intrinsèquement inégalitaire dans la mesure où il distinguait entre les cultes reconnus, entre ceux-là et les religions non reconnues et entre ces dernières. Il n'est alors étonnant de constater que le régime politique contribua à stimuler constamment la défense de l'égalité des cultes et ses implications. Or, comment garantir une égalité dans la prise en compte du fait religieux ? Sans distinction entre les religions ? L'on prôna l'égalisation de traitement juridique entre les cultes reconnus, notamment par l'extension des financements, mais également entre ces cultes et les non reconnus en permettant à ces derniers d'exercer publiquement et librement leur culte. Néanmoins, les penseurs réalisèrent très certainement les limites intrinsèques au système de reconnaissance dans l'optique de garantir l'égalité des cultes. Cette dernière exigea alors progressivement que l'on ne finance plus aucun culte et que le système de reconnaissance puisse être étendu à d'autres religions. En somme, l'évolution de l'égalité se fit par un mouvement global d'extension des droits déjà acquis par l'Église catholique aux autres cultes d'abord reconnus, puis non reconnus. Toujours est-il que l'égalité des cultes imposait de plus hautes exigences et ses défenseurs réalisèrent qu'en définitive sa consécration intégrale devait passer par l'absence totale de reconnaissance, donc par l'extension globale du régime finalement applicable aux cultes non reconnus. Au passage, s'illustre ici le lien indéniable entre la sécularisation du droit qui, en plus de servir l'égalité civile, confortait progressivement et nécessairement l'égalité des cultes. Pour cette dernière, à plusieurs reprises avaient été défendues certaines catégories juridiques qui ne distinguaient pas entre les cultes.

⁹⁸⁹ Comme le dit très justement Brigitte Basdevant-Gaudemet : « pour caractériser un régime juridique applicable aux confessions religieuses, les textes fondateurs ne suffisent pas. Le régime concordataire ne se résume pas à la loi de 1802, pas plus que celui de séparation ne peut être réduit à la loi de 1905. Un siècle de régime de cultes reconnus, tout comme un siècle de régime de séparation, doivent s'analyser en tenant compte de deux faits essentiels touchant l'évolution du climat d'application de la loi : d'une part les mutations du paysage religieux, encore plus sensibles au XX^e siècle qu'au XIX^e ; d'autre part, les options idéologiques des gouvernements et des hommes chargés, au quotidien d'appliquer le droit ». Et celle-ci de conclure : « [u]n régime juridique des cultes correspond à une philosophie, une idéologie, une conception générale des relations entre confessions religieuses et autorités publiques » (« Un siècle de régime de cultes reconnus, un siècle de séparation », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 82, n° 1, 2004, p. 45-69).

Le régime des cultes non reconnus employait une telle approche et, en dépit des inégalités d'application, la norme ne faisait pas de distinction pas entre eux. C'était ici l'égalité générale qui permettait la formation d'un régime des cultes conforme à l'égalité universaliste.

CHAPITRE 2. L'aboutissement d'une intégration juridique du religieux sans différenciation à travers l'égalité générale

321. À partir de la III^e République, le pouvoir étatique s'éloigna considérablement et constamment du pouvoir religieux. Ce régime devait constituer l'aboutissement de tout le processus historique des relations entre égalité et fait religieux. Accolée à bien d'autres justifications, nous avons vu que l'égalité poussait à la séparation. Dès la fin du XIX^e siècle il y eut une tentative de séparation sous la Commune mais réitérée, à plusieurs reprises, jusqu'à la fin du siècle⁹⁹⁰. Bien que la III^e République entretenait progressivement l'idée de celle-ci, ces textes n'aboutirent pas. Il fallut attendre le début du XX^e siècle pour que les initiatives se multiplient et que les discussions à ce sujet prennent davantage d'ampleur. Il faut dire qu'un concours de circonstances avait accéléré les mouvements séparatistes, surtout anticléricaux⁹⁹¹. Plusieurs propositions de lois ont été déposées entre 1902 et la date de séparation officielle⁹⁹². En juin 1903, la Chambre des députés élit une commission chargée d'étudier les propositions de lois visant la séparation des Églises et de l'État, avec à sa tête Ferdinand Buisson et comme

⁹⁹⁰ Comme l'expose Jean-Paul Scot, les séparatistes avaient souvent proposé des lois tendant à la séparation qui n'aboutissaient pas faute de majorité (voir quelques exemples de proposition dans « *L'État chez lui, l'Église chez elle* ». *Comprendre la loi de 1905*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, coll. « Points Histoire », p. 179, note 4 (renvoi p. 370). Pour plus précisions, et pour rendre compte de la multitude de propositions tendant à la séparation avant 1905, voir l'article J. LALOUETTE, « La Séparation avant la Séparation. "Projets" et propositions de loi (1866-1891) », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 87, 2005/3, p. 41-55.

⁹⁹¹ Au-delà de toutes les contingences historiques, que nous avons pour partie abordées, une première crispation fut engendrée par le Syllabus de Pie IX, rendu en 1864, qui condamnait « les quatre-vingts principales erreurs de notre temps », au premier rang desquelles la liberté de conscience. Pourtant, l'arrivée de Léon XIII signa un certain apaisement et l'acceptation par l'Église de la République proclamée. C'est l'affaire Dreyfus qui relança l'hostilité à l'égard de l'Église, conséquence du ralliement majoritaire des catholiques aux antidreyfusards qui conforta un amalgame solide entre cléricaux et antisémites. S'ensuivit, en 1900, dans le cadre de la lutte constante contre les congrégations, la loi de 1901, initiée par Waldeck-Rousseau, qui visait tout particulièrement à les restreindre drastiquement. L'autorisation imposée aux congrégations subit la politique de Combes, tout juste nommé président du Conseil en 1902, qui mena une chasse à celles-ci. En suivant, la crise s'intensifia en prenant une tournure diplomatique. Le président Émile Loubet se rendit en voyage officiel en Italie, ce que le pape Pie X considéra comme un affront. Ce dernier transmit une note secrète, assassine, révélée malgré tout au grand jour, qui offensa la France, la poussant à rappeler son ambassadeur au Saint-Siège. Dans un même temps, deux évêques, accusés de relation avec les francs-maçons, furent sommés de venir à Rome, ce que Combes leur interdit en vertu du Concordat. La désobéissance des deux évêques signa la transgression du Concordat par l'Église. L'anticléricalisme, ou la simple saturation populaire à l'égard de l'Église catholique, s'intensifièrent à travers ces événements qui rendirent centrale la question de la séparation (F.-G. LORRAIN, « La séparation de l'Église et de l'État (1905) » in P. GUENIFFEY F.-G. LORRAIN (dir.), *Les grandes décisions de l'histoire de France*, Paris, Perrin, 2018, coll. « Hors collection », p. 291-308).

⁹⁹² Notamment le 27 juin 1902 par le député socialiste Victor Dejante ; le 20 octobre 1902 par le député nationaliste Ernest Roche ; le 7 avril 1903 par le député socialiste Francis de Pressensé ; le 26 mai 1903 par le député radical-socialiste Gustave Hubbard ; le 9 juin 1903 par le député modéré Émile Flourens ; le 25 juin 1903 par le député de gauche radicale Eugène Réveillaud ; le 29 juin par les députés catholique Georges Grosjean et Georges Berthoulad. Au Sénat également, le 11 juin 1903, François Boissy d'Anglas et Georges Clemenceau déposèrent à leur tour une proposition de loi visant la réinstauration du texte de 1795 communément considéré comme la première séparation (voir, pour la chronologie, J.-P. CHANTIN et D. MOULINET (dir.), *La séparation de 1905 : les hommes et les lieux*, Paris, Les Éditions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, 2005, coll. « Patrimoine », p. 260 et s.). Au demeurant, il semble que certaines dates ne concordent cependant pas avec celles inscrites dans l'ouvrage d'Émile Poulat, *Scruter la loi de 1905* (Paris, Fayard, 2010, coll. « Les quarante piliers », p. 36 et s.). De plus, certaines dates des deux ouvrages ne correspondent pas non plus à celles du rapport d'Aristide Briand, comme celle de la proposition du député Sénac, datée en 1903 dans le rapport et en 1905 dans les deux ouvrages.

rapporteur le très fameux Aristide Briand. La commission rejeta toutes les propositions et chargea ce dernier d'établir un avant-projet qu'il présenta à la rentrée parlementaire de 1903 et qui s'inspira des propositions de Réveillaud et Pressensé⁹⁹³. Après quelques modifications de la commission, la Chambre adopta le projet le 6 juillet 1904 et le rapporteur – jusqu'ici provisoire – fut définitivement reconduit au sein de la commission. Le travail de la commission s'avéra toutefois contrarié par l'initiative du président du Conseil, Émile Combes, qui déposa en novembre un contre-projet de loi de séparation bien plus anticléricale que celui de Briand, moins libéral, et considéré pour beaucoup – en l'occurrence par Clemenceau – comme une « fausse séparation », un « concordat unilatéral »⁹⁹⁴, « un régime concordataire sans le Concordat »⁹⁹⁵. Toutefois, l'affaire des fiches poussa le ministère Combes à la démission et le nouveau président du Conseil, Maurice Rouvier, avec son nouveau ministre l'Instruction publique, des Beaux-Arts et des Cultes, Bienvenu-Martin, préférèrent coopérer avec la commission. Le ministre déposa le 9 février 1905 un projet de loi de séparation très proche de celui de la commission, qu'elle modifia toutefois assez substantiellement pour reprendre les dispositions antérieures à l'intervention de Combes. Avec l'aide des juristes Paul Grunebaum-Ballin et Louis Méjan⁹⁹⁶, Briand rédigea son rapport. Il le déposa le 5 mars et le projet de loi fut adopté par la commission la veille. Les débats commencèrent le 21 mars 1905 et se clôturèrent le 6 décembre, par l'adoption définitive au Sénat, la promulgation par le président Loubet le 9 décembre et la publication définitive, le 11, de la loi *concernant la séparation des Églises et de l'État*⁹⁹⁷.

322. Tout cet historique des rapports entre égalité et fait religieux afficha l'inclusion de distinctions religieuses au sein des rapports purement séculiers, de droit commun. L'idée d'un droit commun devant être dénué de tout critère religieux prend tout son sens à la lumière de ce texte, qui mit fin à la différenciation religieuse. Avec la séparation, il était évident que le

⁹⁹³ Briand s'inspira davantage de celle de Pressensé, n'utilisant celle de Réveillaud qu'en guise de « boîte de pièces de rechange libérales » pour corriger quelques éléments controversés du texte de Pressensé (M. LARKIN, *L'Église et l'État en France. 1905 : la crise de la Séparation*, Toulouse, Privat, 2004, p. 116).

⁹⁹⁴ *L'Aurore*, 30 nov. 1904, n° 2599, p. 1.

⁹⁹⁵ *L'Aurore*, 31 oct. 1904, n° 2569, p. 1.

⁹⁹⁶ On considère généralement ces deux personnes comme grandement impliquées dans le processus d'élaboration de la loi. Grunebaum-Ballin aurait rédigé la partie du rapport de Briand sur les législations étrangères et Méjan raconta qu'il fût chargé de rédiger en une seule semaine la partie sur l'étude des différentes propositions et sur chaque article du projet en étude à la commission. Ce dernier aurait toutefois été le plus impliqué et un proche collaborateur, voire inspirateur, de Briand durant cette période (voir pour ce dernier l'indispensable thèse de sa fille L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*). Pour une synthèse des débats concernant l'implication de Méjan, Grunebaum-Ballin ou encore Léon Parsons – qui aurait pour partie été chargé de la partie historique –, voir V. BEDIN, « Briand et la séparation des Églises et de l'État : la commission des Trente-trois », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 24, n° 3, 1977, p. 364-390.

⁹⁹⁷ Les ouvrages abordant la loi de 1905 et sa formation ne manquent pas. La bibliographie exposée dans les prochains développements comporte généralement de tels éléments. Pour ceux-ci, nous nous sommes surtout appuyés sur J.-P. SCOT, « L'État chez lui, l'Église chez elle »..., *op. cit.*, p. 175 et s., P. PORTIER, *L'État et les religions en France...*, *op. cit.*, p. 121 et s., et surtout C. BELLON, « Aristide Briand et la séparation des Églises et de l'État. Du travail en commission au vote de la loi (1903-1905) », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 87, 2005/3, p. 57-72. D'autres ouvrages classiques en la matière sont cités dans cette partie, mais pour les différentes étapes de discussions voir spécifiquement R. FABRE, « L'élaboration de la loi de 1905 » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007, coll. « Hors collection », p. 45-75. Pour ce qui est de la commission V. BEDIN : « Briand et la séparation des Églises et de l'État : la commission des Trente-trois », *Revue d'histoire art. préc.*

religieux ne devait pas être mêlé au pouvoir politico-juridique ; il était conséquemment évident que les différences religieuses n'avaient pas à distinguer les individus au sein du droit commun. Finalement, il était clair que la séparation marquait la consécration fondamentale d'une égalité sans distinction de religion (**SECTION 1**). La consécration de cette égalité civile était prévisible et sa teneur, au regard des discriminations historiques, n'interrogeait pas outre mesure. En revanche, l'égalité des cultes et ses exigences questionnaient davantage. La loi de 1905 trouva la réponse de ces décennies d'interrogation sur l'aboutissement d'un régime spécifique aux cultes égalitaire. Il semble que le texte permit l'affirmation d'un tel régime en conformité à l'égalité universaliste, à travers la mise en œuvre d'une égalité par la généralité (**SECTION 2**).

SECTION 1. La consécration du rejet des distinctions dans le droit commun

323. Le fait religieux avait excessivement imprégné le droit commun et entraîné d'importantes discriminations. Si, progressivement, il apparut de plus en plus illégitime que le droit commun se mêle au religieux, il fallait une rupture pour consacrer une véritable égalité civile. À travers la défense et le processus de séparation, les penseurs et acteurs politiques eurent à cœur de définitivement mettre fin au mélange entre le politico-juridique et le religieux, et, conséquemment, d'exclure toute distinction religieuse du droit commun (**PARAGRAPHE 1**). Bien que cette séparation constitue, à la lumière de l'histoire, le cœur de l'indifférenciation religieuse, par la suite cette égalité sera largement confortée et illustrée (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. L'affirmation d'un éloignement du pouvoir religieux ou la consécration enfin possible de l'égalité civile

324. Nous l'avons dit, l'idée d'une séparation avait germé bien avant 1905. Pour preuve, nous en trouvions des traces juste après la Révolution française. Après tant de développements dans les relations entre l'État et les religions, le point final de l'histoire allait être écrit en 1905 (**B**). Cependant, la loi de séparation n'était que l'aboutissement d'un processus de sécularisation qui s'est largement accéléré sous la III^e République, au titre et au profit de l'égalité (**A**).

A) Une poursuite de la sécularisation sous la III^e République profondément liée à l'égalité

325. Le penchant anticlérical qui marqua la III^e République entraîna de nombreuses lois, souvent dites « de laïcisation »⁹⁹⁸ – pour nous de sécularisation – qui purent conforter l'égalité. Nous assistions au quasi-achèvement de l'épuration du droit de tout élément religieux.

326. S'inscrivirent tout d'abord dans ce mouvement les lois de sécularisation des services liés aux défunts. Jusqu'à présent, l'article 15 du décret du 23 prairial an XII avait permis des cimetières, ou portions d'un même cimetière, différents en fonction des cultes. Sous la III^e République, la loi du 14 novembre 1881 vint interdire tout espace distinct dans les cimetières en fonction de la religion, plaçant alors le droit funéraire sous le registre de l'égalité⁹⁹⁹. En suivant, le Conseil d'État, par l'interprétation du texte, interdit aux maires toute distinction ou prescription spécifique à raison des croyances du défunt ou des circonstances accompagnant sa mort¹⁰⁰⁰. Reprenant ces éléments, la loi municipale du 5 avril 1884 prohiba « toute distinction à raison des croyances du défunt ou des circonstances du décès ». Après de très longues discussions et d'importantes péripéties¹⁰⁰¹, le texte du 15 novembre s'accompagna de la loi du 15 novembre 1887 qui laïcisa les funérailles. Beaucoup voyaient dans une telle initiative une marque d'anticléricalisme, mais la justification première du texte portait une nécessité égalitaire. Nous soutenions, en effet, que des citoyens s'étaient à jamais séparés du religieux et qu'ils souhaitaient de plus en plus des enterrements civils¹⁰⁰². Or, les funérailles avaient bien trop fait l'objet de discriminations entretenues par l'Église, celle-ci ayant été durement opposée au droit d'enterrement des « réprouvés », tels que les suicidés ou les non baptisés¹⁰⁰³. Les dispositions consacraient dans tous les cas une « liberté de funérailles » – pour reprendre le titre de la loi – sans distinction de religion. Plus tard, ce dispositif fut complété et clos par la loi du 28 décembre 1904 sur le monopole des pompes funèbres qui visa, pour partie, à conforter la

⁹⁹⁸ Lorsque l'on parle des textes de la III^e République, on traite généralement des lois « de laïcisation » (voir par exemple certains titres d'écrits cités ici) ou de la « laïcisation des services publics » (J.-P. MACHELON, « Combats d'hier, laïcité d'aujourd'hui. Retour sur la loi du 9 décembre 1905 », *Le Débat*, n° 185, 2015/3, p. 83-94). Une fois encore, le processus recoupe totalement celui que nous entendons par sécularisation de l'État. La laïcisation, par exemple, des cimetières, visait en partie une suppression des symboles religieux dans les espaces communs du cimetière afin de les rendre neutres. Pour le service public de l'éducation, cela passe par la mise en place de programmes scolaires dénués d'influence religieuse et à travers le remplacement d'enseignants ecclésiastiques par un personnel « sécularisé », non désigné en fonction de leur appartenance religieuse. On suit le même mouvement : le droit devient plus neutre et se départit du religieux. Il ne sera donc pas rare que l'on préfère le terme de « laïcisation » parfois, pour mieux coller aux textes et écrits doctrinaux qui abordent ces questions.

⁹⁹⁹ P. PORTIER, « L'État, les vivants et les morts », *Critique*, n° 780, 2012/5, p. 411-421.

¹⁰⁰⁰ D. LIGOU, « L'Évolution des cimetières », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 39, 1975, p. 61-77.

¹⁰⁰¹ La proposition fut faite, pour la première fois, le 24 mai 1880, pour n'aboutir qu'en 1887. Les vicissitudes subies sont exposées par Louis Capéran dans son ouvrage *Histoire de la laïcité républicaine. La laïcité en marche*, Paris, Nouvelles éditions latines, 1961, p. 98 et s.

¹⁰⁰² L. CAPERAN, *Histoire de la laïcité républicaine...*, op. cit., 61, p. 98.

¹⁰⁰³ J. LALOUETTE, « Les enterrements civils dans les premières décennies de la Troisième République », *Ethnologie française*, t. 13, n° 2, 1983, p. 111-128.

correction des discriminations subies par certains individus dans les conditions de leur inhumation¹⁰⁰⁴.

327. À son tour, le milieu militaire se sécularisa progressivement dans les années 1880¹⁰⁰⁵. Dans ce mouvement, le Parlement vota la loi du 15 juillet 1889, dite Freycinet, qui réorganisa le recrutement militaire en France. Le texte, en lui-même, tenait moins du processus de sécularisation que les autres éléments traités dans cette partie, mais il abordait très concrètement la problématique de l'égalité civile. Ladite loi supprima quasiment le privilège d'exonération de service dont bénéficiaient certaines catégories d'individus, dont les séminaristes. Le Sénat – fervent défenseur de l'Église – avait seulement réussi à faire réduire à un an le service militaire pour les séminaristes¹⁰⁰⁶, contre trois pour le droit commun. Le député Édouard Thiers, rapporteur de la loi pour la Chambre des députés, témoigna de l'impulsion égalitaire sous-jacente au texte et, par là même, de la déception résultant du texte final : « [j]e croyais, et tous les républicains croyaient comme moi, que les deux principes au point de vue desquels nous nous étions placés étaient, le premier, l'obligation absolue du service pour tous, le second, l'égalité absolue de ce service pour tous »¹⁰⁰⁷. Le rapporteur se plaignit de n'avoir « pu obtenir que ce service obligatoire pour tous¹⁰⁰⁸ fût absolument égal pour tous ». Les séminaristes restaient excipés du droit commun. Pour autant, la rupture opérée par la loi était loin d'être anodine, ce qu'illustra la conclusion finalement enthousiaste du député : « la différence sera moins grande qu'en 1872 et l'égalité aura gagné »¹⁰⁰⁹. Cette victoire, les premières dispositions de la loi s'assuraient de la consacrer¹⁰¹⁰. Il faut dire que la thématique égalitaire prenait considérablement de l'envergure s'agissant de l'armée, ce qu'illustrent certains débats parlementaires¹⁰¹¹. Le journaliste et sénateur John Lemoine fit très bien remarquer cet aspect et l'importance de la loi quand il écrivit dans un édit, à la veille de son vote, que ledit texte actait « l'abolition d'une caste, d'une classe séparée et particulière », qu'il s'agissait du « versement de la société ecclésiastique dans la société commune »¹⁰¹², et d'une véritable révolution que les « sectaires de l'égalité » ne mesuraient d'ailleurs pas réellement¹⁰¹³.

328. De leur côté, les hôpitaux firent aussi l'objet d'un processus de laïcisation du personnel et des établissements. Jusqu'à présent, l'Église avait une mainmise traditionnelle sur

¹⁰⁰⁴ P.-Y. BAUDOT, « La mort en attente de laïcisation (1887-1904) » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, op. cit., p. 406-407. L'auteur explique que la raison était avant tout financière, mais qu'elle s'accompagnait d'autres considérations, comme celle précitée, mais également l'exigence d'une neutralité des services publics et le respect de la volonté du défunt. Voir également la contribution suivante de l'ouvrage : E. BELLANGER, « La mort laïcisée, neutralisée et rationalisée » in *ibid.*, p. 417-439.

¹⁰⁰⁵ Voir L. CAPERAN, *Histoire de la laïcité républicaine...*, op. cit., p. 108.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 296.

¹⁰⁰⁷ Séance du 8 juill. 1889, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1870.

¹⁰⁰⁸ La loi du 15 juillet supprimait effectivement une dérogation totale au profit de religieux.

¹⁰⁰⁹ Séance du 8 juill. 1889, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1870.

¹⁰¹⁰ Art. 1^{er} : « Tout Français doit le service militaire personnel. 2. L'obligation du service militaire est égale pour tous ».

¹⁰¹¹ Voir justement les débats de la séance du 8 juillet, dans laquelle est intervenue le rapporteur (séance du 8 juill. 1889, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1868 et s.).

¹⁰¹² *La Matin*, n° 1967, 11 juill. 1889, p. 1.

¹⁰¹³ Il réaffirmait en réalité en partie les propos de la semaine précédente : « [a]vec la loi militaire, le clergé cesse encore une fois d'être un ordre séparé ; il cesse d'être une caste » (*Le Matin*, n° 1960, 4 juill. 1889, p. 1.).

les fonctions d'assistance et de charité, et nombreux étaient les employés congréganistes. Le système rencontrait néanmoins d'importantes limites¹⁰¹⁴. Le procédé de sécularisation s'avéra lent et distinct en fonction des communes, mais Paris, avec son Assistance publique¹⁰¹⁵, fut l'une des plus grandes instigatrices du mouvement¹⁰¹⁶. L'augmentation d'un personnel laïque et la diminution concomitante de l'influence religieuse permettaient un recrutement progressivement plus qualifié, d'une part, et plus objectif, dénué de toute considération religieuse, d'autre part. Par ce processus, l'évincement de toute distinction au sein du personnel hospitalier conforta l'égalité, tant entre les agents qu'entre les patients, en plus d'un plus grand respect de leur liberté de conscience¹⁰¹⁷.

329. L'égalité devant la justice fut aussi mêlée à ces questions, mais la sécularisation, dans ce domaine, s'avéra étonnamment lente et tardive. Pourtant, dès les années 1880, le serment judiciaire, qui avait jusqu'ici exigé un acte de foi devant Dieu, prêtait à son tour le flanc aux critiques et Jules Roche en proposa la suppression en 1882¹⁰¹⁸. Malgré tout, comme les propositions de suppression qui suivirent, elle fut rejetée. En vérité, la question du serment ne fut définitivement tranchée que très tardivement, en 1972. Comme s'exclame Jacqueline Lalouette : « durant les décennies qui virent la France se laïciser dans pratiquement tous les domaines, il fut impossible d'instituer une justice sans Dieu »¹⁰¹⁹.

330. En revanche, s'ajoutèrent dans les années 1880, par-dessus tout, les lois qui laïcisèrent progressivement l'enseignement¹⁰²⁰. Étant donné l'ancienneté et la profondeur du

¹⁰¹⁴ Les reproches adressés aux sœurs chargées des malades fusaient ; ils étaient avant tout liés à l'hygiène et la santé, mais il pouvait également être question d'une atteinte à la liberté de conscience (J. LALOUETTE, « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prisons », *Mots. Les langages du politique*, n° 27, 1991, p. 23-39 et C. CHEVANDIER, « Laïciser les hôpitaux » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, op. cit., p. 373-389).

¹⁰¹⁵ « La loi de 1849 confère à l'Assistance publique de Paris un statut unique en France. L'administration générale de l'Assistance publique est sous l'autorité du préfet de la Seine et du ministère de l'Intérieur. Elle est confiée à un directeur responsable, sous le patronage d'un conseil de surveillance composé de dix-neuf membres (fonctionnaires et notables nommés par le chef de l'État) au pouvoir consultatif. [...] L'Assistance publique de Paris, grâce à son statut particulier et de concert avec la municipalité, est la première en France à laïciser ses hôpitaux » (voir le chapitre V. « Laïcisation des hôpitaux » in E. DIEBOLT, *La maison de santé protestante de Bordeaux (1863-1934). Vers une conception novatrice des soins et de l'hôpital*, Paris, Érès, 1990, coll. « ETHISS », p. 67).

¹⁰¹⁶ C. CHEVANDIER, « Laïciser les hôpitaux » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, op. cit., p. 373-389.

¹⁰¹⁷ Louis Capéran décrit la suppression des pancartes de signalétique suspendues à chaque lit, mentionnant la religion du malade. « Cette indication marquait un progrès sur le temps où, faute de déclaration contraire, le malade était réputé catholique ; à présent, elle passe pour une indiscretion abusive, donnant prétexte au prosélytisme des religions et à trop d'allées et venues de l'aumôniers » (*Histoire de la laïcité républicaine...*, op. cit., p. 87).

¹⁰¹⁸ « [L]e principe de la liberté de conscience n'est pas seulement violé dans nos institutions par le Concordat le budget des cultes, mais encore par une foule d'obligations, de prescriptions, de privilèges, que la République a pour devoir de supprimer au plus tôt », au premier rang desquels le serment religieux judiciaire (*Débats parlementaires. Chambre des députés*, annexe n° 383, févr. 1882, p. 300-301).

¹⁰¹⁹ J. LALOUETTE, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, n° 162, 2013/4, p. 45-57.

¹⁰²⁰ Loi du 9 août 1879 sur l'établissement des écoles normales primaires ; loi du 21 décembre 1880 pour l'enseignement secondaire des jeunes filles (loi Camille Sée) ; loi du 18 mars 1882 accompagnée du décret du 28 mars sur la laïcisation des programmes dans l'enseignement primaire ; loi du 30 octobre 1886 laïcisant le personnel enseignant dans les écoles primaires publiques (loi Gobert)... Philippe Portier dénombre pas moins de huit lois scolaires entre 1879 et 1886 (*L'État et les religions en France...*, op. cit., p. 104).

lien entretenu entre l'Église et l'école¹⁰²¹, nous savons que le milieu scolaire fut le principal terrain de guerre entre la laïcisation et la religion sous la III^e République. Jusqu'ici, les religions reconnues disposaient de droits spécifiques et pouvaient notamment ouvrir des écoles spéciales¹⁰²². La loi Guizot du 28 juin 1833 établit les écoles primaires publiques, mais exigeait que les comités chargés de contrôler l'enseignement scolaire soient composés pour partie d'autorités des cultes reconnus¹⁰²³. Coexistaient donc des écoles publiques, sous contrôle religieux, dont les enseignants s'avéraient souvent religieux¹⁰²⁴, et des écoles privées (ou libres), la plupart congréganistes¹⁰²⁵. Le contrôle religieux sur le milieu scolaire s'aggrava, pour s'étendre sur l'enseignement secondaire, à travers la célèbre loi Falloux de 1850¹⁰²⁶. L'école était ainsi porteuse de différenciations religieuses. À ce titre, Yves Verneuil fait remarquer que, jusqu'aux lois des années 1880, aucune place n'était accordée aux « sans religion », ni, nous rajoutons, aux religions dissidentes. Il précise même que l'Église catholique se plaignait de la présence conjointe d'élèves des différents cultes reconnus¹⁰²⁷. Le fait religieux était excessivement mêlé au droit et aux institutions scolaires. Dans la continuité des régimes précédents, ce mélange ne permettait pas l'absence de distinctions religieuses et l'égalité ne pouvait se développer.

331. La déconfessionnalisation de l'école s'opéra dès lors tout le long des années 1880¹⁰²⁸. L'émancipation laïque de l'école se cristallisa surtout dans la loi du 30 octobre 1886 (loi Goblet) qui exigea que tout enseignant des écoles publiques soit laïque. L'idée du ministre Ferry était, pour partie, porteuse d'un idéal égalitaire. Dans sa célèbre lettre adressée aux enseignants, il y défendait une séparation du religieux et de l'éducation, au service des connaissances communes et indispensables à tous¹⁰²⁹. Le souci d'une garantie fondamentale de la liberté de conscience des élèves se conjuguaient entièrement avec celui de leur égalité. Plus tard, cette dernière sera d'ailleurs confortée, à l'école, dans la loi Debré de 1959 qui permettait, certes, des établissements scolaires privés sous contrats, mais exigeait strictement qu'aucun refus ne soit fait d'un élève pour un motif religieux¹⁰³⁰. Il s'agissait ici de réaffirmer le souhait

¹⁰²¹ Voir la synthèse faite dans les articles Y. VERNEUIL, « L'école et la laïcité, de l'Ancien Régime à nos jours : enjeux du passé, enjeux dépassés ? », *Revue internationale en sciences de l'éducation et didactique*, n° 37, 2012, p. 130-143 et, du même auteur, dans lequel les éléments sont peu ou prou les mêmes, « École et religion : enjeux du passé, enjeux dépassés, enjeux déplacés ? », *Histoire, monde et cultures religieuses*, n° 32, 2014/4, p. 13-27.

¹⁰²² Ordonnance du 29 février 1816.

¹⁰²³ Titre IV de la loi du 28 juin 1833, *sur l'instruction primaire*.

¹⁰²⁴ Jean-Paul Scot précise qu'en 1876 les enseignants congréganistes sont plus nombreux dans les écoles primaires publiques – qui scolarisent la majorité des élèves – que les instituteurs et institutrices laïques (« *L'État chez lui, l'Église chez elle* », *op. cit.*, p. 98).

¹⁰²⁵ Y. VERNEUIL, « L'école et la laïcité, de l'Ancien Régime à nos jours... », *art. préc.*

¹⁰²⁶ Cette loi du 15 mars 1850 autorisa un enseignement libre hors tutelle de l'État et possiblement financés par l'État, permettant ainsi un accès à l'enseignement plus aisé pour les ecclésiastiques (V. TROGER et J.-C. RUAN-BORBALAN, *Histoire du système éducatif*, Paris, PUF, 2012, coll. « Que sais-je ? », p. 21).

¹⁰²⁷ Y. VERNEUIL, « École et religion... », *art. préc.*

¹⁰²⁸ Notamment par la loi du 28 mars 1882 qui s'attaqua à la loi Falloux de 1850 en abrogeant son article 3 qui avait donné un droit d'inspection des écoles publiques et privées aux ministres des cultes.

¹⁰²⁹ J. FERRY, *La lettre de Jules Ferry aux instituteurs*, 27 nov. 1883, disponible en ligne sur : <https://www.gouvernement.fr> (consulté le 10 sept. 2021).

¹⁰³⁰ L'article 1^{er} disposait ainsi : « Tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinions ou de croyance, y ont accès » (Loi n° 59-1557, 31 déc. 1959, *sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés*).

des républicains de la III^e République, que Jean-Paul Scot résume ainsi : « [l]a majorité républicaine ne remet pas en cause l'enseignement confessionnelle et privé, mais décide que seul l'enseignement public sera financé par l'État. L'école publique doit être ouverte à tous les Français et neutre en matière confessionnelle »¹⁰³¹. En définitive, au-delà des luttes morales, l'école publique avait dû se parer d'une certaine neutralité pour faire d'elle, à l'époque, la démonstration « qu'un service public pouvait être celui de tous les Français »¹⁰³².

332. Pour les instituteurs, l'absence de distinction religieuse dans le recrutement avait connu une avancée. Néanmoins, le zèle anticlérical avait poussé à préciser dans la loi Goblet de 1886 le recrutement des seuls enseignants « laïques » dans l'école publique, excluant par ce biais tout ecclésiastique, donc maintenant une distinction fondée sur la religion. L'évincement progressif du religieux dans l'école laissa l'avancée, toute aussi progressive, de l'égalité civile.

333. Sur de nombreux points, la poursuite de la sécularisation fut souvent opérée au nom de l'égalité et, dans tous les cas, au profit de celle-ci. C'est la loi de 1905 qui acta la fin des dernières niches de distinctions religieuses.

B) La loi de séparation comme tournant fondamental pour l'indifférenciation religieuse

334. Paul Grunebaum-Ballin avait défini la société laïque comme celle qui, prenant conscience des antagonismes tenant aux convictions, devait régler les rapports entre citoyens « en faisant abstraction des croyances religieuses et des convictions philosophiques, ou, en d'autres termes, à établir son droit privé et son droit public sur des bases non-confessionnelles »¹⁰³³. Par ces propos, l'auteur définissait finalement ce mouvement de sécularisation dont nous traitons et les différentes lois abordées rentraient, pour lui, dans ce cadre. La loi de 1905 venait en achever l'objectif égalitaire.

335. En premier lieu, le texte affirmait concrètement la séparation à travers son article 2¹⁰³⁴. Dans le domaine de l'égalité civile cette séparation et ce principe de non-reconnaissance entraînaient d'importantes conséquences. Les principes étaient clairs au regard des lois qui précédaient celle de 1905 ; il s'agissait de débarrasser l'État et le droit de tout élément confessionnel. Pour ainsi dire, l'article 2 tendait parfaitement à répondre aux exigences égalitaires de Paul Grunebaum-Ballin précitées¹⁰³⁵. Aujourd'hui, Pierre-Henri Prélôt soutient

¹⁰³¹ J.-P. SCOT, « L'État chez lui, l'Église chez elle », *op. cit.*, p. 101.

¹⁰³² J.-P. SCOT, « La genèse de la loi de 1905 » in Y.-C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰³³ P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État. Étude juridique sur le Projet Briand et le Projet du Gouvernement*, Paris, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1905, p. 23 et s.

¹⁰³⁴ « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes ».

¹⁰³⁵ P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État*, *op. cit.*, p. 23 et s.

même que la non-reconnaissance doit être comprise « dans le sens de l'égalité devant la loi commune »¹⁰³⁶.

336. L'une des principales conséquences de la disposition tenait conséquemment à la fin du statut spécifique des cultes reconnus, et conséquemment de leurs ministres, jusqu'ici peu ou prou fonctionnaires. En premier lieu, la rupture de ce procédé entraîna avec elle un principe fondamental du droit français, qui dormait au sein de la DDHC, à savoir l'indifférenciation religieuse des fonctionnaires. Dorénavant, les ministres des cultes ne devaient tenir ce titre que des communautés privées et le particularisme religieux n'avait plus lieu d'être dans la fonction publique. En second lieu, comme l'affirmait Briand dans son rapport, conséquence logique de la non-reconnaissance issue de l'article 2, « les ministres des cultes seront, pour tout ce qui concerne leur ministère ou en dérive, légalement ignorés ». Il en concluait alors : « toute la législation d'exception qui leur est actuellement applicable est abrogée implicitement, sous la réserve, toujours, de l'intérêt de l'ordre public ». Enfin soumis au droit commun égalitaire, les ministres des cultes voyaient leur incompatibilités et privilèges disparaître¹⁰³⁷.

337. La loi de séparation préservait toutefois la mention de « ministres du culte » et certaines réglementations qui leur étaient spécifiquement applicables. Tel était le cas des articles 31 et 32¹⁰³⁸, pour lesquels Briand considérait l'impossibilité d'user du droit commun ou de garantir formellement l'égalité¹⁰³⁹. Lorsqu'il est question de références à des normes et autorités religieuses, à l'instar des ministres des cultes, les débats se portent sur la qualification juridique : entraîne-t-elle une reconnaissance de ces normes et autorités ou se contente-t-elle d'enregistrer un fait de la seule sphère privée¹⁰⁴⁰ ? Dans l'absolu, ces articles peuvent s'interpréter en dehors de tout renvoi aux règles religieuses. La référence au ministre du culte peut n'être qu'une catégorie juridique et s'apprécier compte tenu – supposons – du lieu, de la

¹⁰³⁶ P.-H. PRELOT, « Constitution. Droit français » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire. Droit des Religions*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 174.

¹⁰³⁷ A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1905, p. 268. Par exemple, la loi municipale de 1884 avait pu prévoir l'inéligibilité des ministres du culte avec un mandat municipal dans le ressort où ils exerçaient (art. 33 de la loi du 5 avril 1884, sur l'organisation municipale).

¹⁰³⁸ Le 31 condamnant les ministres d'un culte outrageant ou diffamant un agent d'un service public ; le 32 condamnant les provocations, tenues par des ministres du culte dans un lieu de culte, à résister à l'exécution des lois ou à l'autorité publique.

¹⁰³⁹ « De telles dispositions n'ont rien d'antilibéral, elles ne peuvent atteindre les ministres du culte exclusivement soucieux de leur œuvre religieuse. Elles étaient indispensables, car ici le droit commun en restait insuffisant. Il était impossible de traiter sur le pied de l'égalité, quand il s'agit de l'exercice du droit de la parole, le prêtre dans sa chaire et le simple citoyen dans une tribune de réunion publique » (A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 339).

¹⁰⁴⁰ Pour ne citer, dans l'immédiat, que lui ; voir l'article de référence en la matière : P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.*, 1956, p. 1. Voir également pour une étude plus large et pour ces débats la seconde partie de la thèse d'Elsa Forey (*État et institutions religieuses...*, op. cit.). Nous reviendrons sur ces questions entre ordres juridiques (p. 362 et s.).

situation, et de l'existence d'un individu qui dirige une cérémonie ou un prêche¹⁰⁴¹. Autrement dit, des éléments de faits peuvent former la preuve qu'un individu exerce le ministère d'un culte, sans considération religieuse. En vérité, certaines problématiques, et notamment celle de l'affectation et la gestion des lieux de culte, illustraient l'impossible déconnexion des considérations religieuses. Si le principe de non-reconnaissance n'était pas oublié, le statut de ministre du culte se trouva plus ou moins certifié par la seule hiérarchie religieuse¹⁰⁴². Indéniablement, les textes posaient moins de difficultés en l'absence de notions aussi ambiguës et relatives au domaine religieux, mais c'est une nouvelle fois un indice sur les limites d'une loi qui ne pouvait, par une hypothétique totale abstraction, se départir du réel. Nous aurons largement l'occasion d'y revenir. Malgré tout, ces remarques ne retirent pas l'insertion, par principe, du ministre du culte dans le droit commun, c'est-à-dire la fin de sa spécificité. Et, de toute façon, la portée égalitaire du texte dépassait ce simple cadre.

338. Comme le dit effectivement Ferdinand Buisson en 1907, l'État, en posant sa séparation avec la religion et en ne reconnaissant plus un seul culte, « ne connaît que des

¹⁰⁴¹ Face au refus opposé par l'Église catholique de se conformer aux exigences légales de la loi de 1905 afin de bénéficier des édifices du culte, en l'absence donc d'association cultuelle, le lieu de culte devait être affecté au profit des « fidèles et des ministres du culte » (article 5 de la loi du 2 janvier 1907, justement intervenue pour remédier à la situation de l'Église catholique). En 1906 Briand avait expliqué envisager, conformément au principe de non-reconnaissance, une égalité entre le fidèle et le ministre du culte. En cas de litige portant sur la qualification de « ministre du culte » d'un individu, il arguait : « demain, si une difficulté surgit à propos du choix du curé, si un curé qu'on prétend ne pas être catholique s'est emparé de l'édifice, les fidèles, qui sont comme des affectataires, pourront plaider, et on se trouvera dans des conditions de droit commun » (*J. Off.*, 29 décembre 1906, p. 1232 cité dans P. LEROY, *La situation juridique des Églises catholiques depuis la loi du 9 décembre 1905*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 91).

¹⁰⁴² Cass., civ., 6 févr. 1912, *Esdoluc c. Journiac*, D., 1912, 1^{ère} partie, p. 121. Dans un précédent arrêt concernant le pouvoir de police d'un ministre du culte catholique, plusieurs éléments intéressants étaient ressortis. D'abord, le recours, à travers le procureur général, avait été initié par le ministre de la Justice de l'époque : Aristide Briand. Celui-ci avait contesté un arrêt de la Cour d'appel venant consacrer un pouvoir de police à un ministre du culte catholique. Briand avait argué que cette appréciation allait à l'encontre du régime juridique appliqué aux catholiques, qui résultait de leur refus de se soumettre aux statuts prévus par la loi de 1905, et notamment celui des associations cultuelles. Le ministre avait ainsi dénoncé l'attribution de droits tenant à la qualité de ministre du culte : « la qualité de "curé" ou de "desservant" n'est plus présentement qu'un fait duquel ne peuvent découler des facultés légales. Sinon l'on ressusciterait des titres ecclésiastiques qui n'ont plus d'existence depuis la loi du 9 décembre 1905 ». En résumé, « les ministres du culte catholique ne sont plus dans les églises que de simples occupants sans titre juridique, n'ayant pas légalement d'autres droits que les fidèles, et ne jouissant pas par conséquent à l'égard desdits fidèles d'un pouvoir de police qui supposerait une autorité légale ». Les arguments sont d'une logique implacable au regard des principes de séparation et de non-reconnaissance. Pour autant, la Cour de cassation ne remit pas en cause l'existence d'une sorte de pouvoir de police intérieure pour le ministre du culte tenant, en l'espèce, à l'organisation d'un chœur de chanteuses et l'assignation d'une place réservée dans l'Église. Plus encore, elle accepta la qualification de « ministre de culte » donnée par la Cour d'appel, en l'occurrence déduite du titre de curé et de la soumission à l'évêque. *A fortiori*, « les ministres du culte catholique possèdent tous les droits qui leur sont nécessaires pour assurer le libre exercice de ce culte dans les lieux où il est pratiqué ». Seulement, pour les juges de cassation, la reconnaissance du ministre du culte semblait sous-entendue et ne devait pas être déduite du titre détenu par l'individu en question. En effet, pour rester conforme au premier article de la loi de 1905, ils contestèrent la qualification faite par le juge d'appel du ministre du culte catholique de « curé » et le rattachement à ce titre des droits qui appartiennent aux ministres du culte en cette seule qualité (Cass., crim., 1^{er} déc. 1910, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Matière criminelle, n° 12, p. 74). La Cour de cassation se trouvait en réalité tiraillée entre les souhaits du législateur et du Gouvernement, et la réalité pratique. On connaît l'approche que Briand défendait déjà en 1906. Seulement, comme l'explique Pierre Leroy : « [l]e législateur a cru pouvoir maintenir l'affectation sans reconnaître officiellement cette hiérarchie : il n'a pas aperçu l'inconciliabilité de ces deux attitudes ». C'est en cela, remarque-t-il, que la jurisprudence n'a, quant à elle, pas hésité à consacrer la hiérarchie de l'Église (P. LEROY, *La situation juridique des Églises catholiques depuis la loi du 9 décembre 1905*, op. cit., p. 91 et voir plus globalement le chapitre concerné pour ces questions d'affectation).

citoyens. Catholiques ou protestants, croyants ou athées, ils sont tous égaux en droits devant lui. Il n'a plus de faveur pour les uns que de rigueur pour les autres »¹⁰⁴³. Si ce constat entraînait l'ignorance légale des ministres des cultes, elle impliquait plus globalement l'ignorance totale de la différence religieuse, c'est-à-dire une égalité sans distinction de religion, ou un principe – nommé plus tard – de non-discrimination religieuse. Maurice Hauriou faisait un tel constat, en tirant comme conséquence de la non-reconnaissance qu'à présent, « nul n'est obligé de faire connaître à l'Administration sa confession religieuse » et que « les actes de l'état civil intéressant l'état des personnes [...] sont purement laïcs », voire que « le recensement administratif quinquennal ne comporte plus l'indication de la confession religieuse (depuis 1892) »¹⁰⁴⁴. Par ces mots, l'auteur mettait également en lumière l'importance de la sécularisation dans ce processus égalitaire.

339. Tout cela était ni plus ni moins ce que présageait plus d'un siècle auparavant la DDHC, mais l'intrication de l'État avec le religieux en avait retardé drastiquement la consécration. C'est en se débarrassant de toute reconnaissance publique des cultes que les individus pouvaient enfin être considérés sur un pied d'égalité, sans qu'il soit tenu compte du religieux. Nous avons pu entrevoir l'égalité civile par un rapprochement des considérations portées sur les différents cultes, mais le particularisme religieux perdurait et risquait de varier au gré de nouvelles politiques et de nouveaux mouvements religieux. Du moins, l'histoire de France avait mis en lumière de telles limites. À présent, l'égalité ne se concevait qu'abstraction faite du religieux, et non dans une prise en compte identique, pour tous – donc utopique –, de celui-ci.

340. Exceptions faites des principes de séparation et de non-reconnaissance, l'égalité civile était aussi fondamentalement une exigence de la liberté de conscience fièrement affichée au premier article de la loi du 9 décembre 1905. Plus encore, l'article 2 prenait tout son sens à la lecture du premier. Les dispositions opéraient un lien fondamental entre la liberté de conscience et l'égalité. Cette seconde devenait, notamment aux yeux de Briand¹⁰⁴⁵, un fondement de la première, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, la liberté de conscience suggère de ne pas être persécuté¹⁰⁴⁶, de ne pas recevoir de pression sur sa conscience qui différerait de la majorité. C'est un fait aujourd'hui établi qu'un traitement défavorable au regard d'une différence religieuse constitue une ingérence dans la liberté de conscience¹⁰⁴⁷. En ce sens, un individu ne saurait être tenu, ni obligé, de faire part de son appartenance religieuse. Pour reprendre les mots de Jean Duffar : « la meilleure protection de la liberté religieuse tient dans

¹⁰⁴³ F. BUISSON, « La Vraie Séparation », *Le Radical*, n° 50, 19 févr. 1907, p. 1.

¹⁰⁴⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Recueil Sirey, Paris, 2^e éd., 1916, p. 472.

¹⁰⁴⁵ Répondant au député Paul Lerolle, qui craignait pour la liberté de l'Église et demandait à ce titre davantage de précisions dans l'article 1^{er}, Briand assura que par son premier alinéa, « la République assure la liberté de conscience, c'est-à-dire la liberté de toutes les croyances, de toutes les religions, *liberté qui n'existe pas sous le régime privilégiée et exclusif dont jouissent actuellement certains cultes* » (Séance du 12 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1346) (nous soulignons).

¹⁰⁴⁶ Souvenons-nous des politiques persécutrices de conversion forcée, notamment sous Louis XIV.

¹⁰⁴⁷ F. AST, « L'apport du droit à la non discrimination à la protection du pluralisme religieux : regards croisés des juridictions et de la HALDE » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 175.

le droit au silence sur sa religion. Nul n'est tenu de la révéler. Aucune autorité n'est en droit de forcer ce silence, de rechercher quelle est la religion d'une personne »¹⁰⁴⁸. Or, auparavant, la reconnaissance entraînait une simple tolérance des autres convictions, conséquemment, et bien souvent, une intolérance de celles-ci. La fin de la reconnaissance avait pour effet le passage d'une faible tolérance à une égalité absolue. Cette dernière servait dès lors la liberté de conscience. D'ailleurs, la défense de cette liberté avait été très courante chez les auteurs qui dénonçaient le Concordat, tels que Jules Simon¹⁰⁴⁹ ou encore Jules Barni¹⁰⁵⁰.

341. D'autre part, l'atteinte à la liberté de conscience allait souvent de pair avec la consécration publique d'une ou de plusieurs religions spécifiques et l'affirmation de privilèges exclusifs¹⁰⁵¹. Comme l'affirmait déjà pertinemment Duquesnoy : « [i]l n'y aura jamais de liberté chez un peuple où il y aura un culte dominant »¹⁰⁵². Égalité et liberté conscience apparaissent alors liées : « un traitement inégal des différentes convictions religieuses pourrait apparaître comme une atteinte au libre choix d'adhérer à telle ou telle conviction »¹⁰⁵³. Dès lors, l'égalité peut servir la liberté de conscience en mettant fin à la pression sur le for intérieur des individus issue du favoritisme de certaines croyances¹⁰⁵⁴. C'est ainsi qu'est traditionnellement vue la protection négative de la liberté de conscience à travers une indifférence religieuse totale de l'État¹⁰⁵⁵. Indifférence que la loi de 1905 consacra enfin à travers la non-confessionnalité de la sphère publique, mettant définitivement les citoyens sur un pied d'égalité morale rigoureuse en face du pouvoir¹⁰⁵⁶.

342. Finalement, c'est Louis Méjan qui résumait le mieux toutes les implications égalitaires de la loi de 1905, au service d'une véritable liberté de conscience. Il commençait en dénonçant le serment judiciaire qui, ayant un caractère religieux, devait être abrogé

¹⁰⁴⁸ J. DUFFAR, « Religion et travail dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 1993, p. 695-718.

¹⁰⁴⁹ Jules Simon, dans *La politique radicale* (Paris, A. Lacroix, Verboeckhoven et C^{ie}, 1968, p. 69-7), soutint : « il n'est plus question en France de ce genre d'intolérance qui a tant contribué à la Révolution française et qui est vaincu pour jamais. Mais ce qu'on ne peut me nier non plus, c'est qu'il existe encore des difficultés pour enseigner, par le livre et par la parole, quand on a des opinions opposées aux dogmes de l'église catholique. C'est un fait parfaitement incontestable que nous ne jouissons pas, soit pour les livres soit pour la parole, de la pleine et entière liberté nécessaire à l'expansion de la pensée. [...] Nous n'aurons plus rien à demander en faveur de la liberté de conscience le jour où il n'y aura plus dans nos constitutions et dans nos lois une seule gêne, imposée à la pensée, le jour où les religions ne seront plus protégées, comme les dynasties, par des tribunaux correctionnels et des courses d'assises ».

¹⁰⁵⁰ « Une religion d'État n'est autre chose qu'un attentat à la liberté de conscience » (J. BARNI, *La morale dans la démocratie*, Paris, Germer Baillière, 1868, p. 155).

¹⁰⁵¹ Comme l'affirmait Louis Méjan : « [o]n ne peut logiquement concevoir la liberté de conscience et des cultes sans la neutralité absolue de l'État. Il n'y a pas de véritable liberté là où n'existe pas une entière égalité pour tous sous la protection de la loi. L'État qui protège ou qui salarie certains cultes met les autres dans une situation d'infériorité légale et, représentant de l'universalité des citoyens, viole le droit des incroyants » ou – nous rajoutons – des croyants des cultes non établis (L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 168).

¹⁰⁵² R. DE CREVECOEUR, *Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante : 3 mai 1789-3 avril 1790*, t. 1, 1894, Paris, A. Picard, p. 310.

¹⁰⁵³ J.-M. WOEHRLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 630.

¹⁰⁵⁴ Voir notre note 536.

¹⁰⁵⁵ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in CURAPP, *Le for intérieur*, Paris, 1994, p. 180-205.

¹⁰⁵⁶ J. ROBERT, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris, PUF, 1977, coll. « Le juriste », p. 99.

implicitement par la loi¹⁰⁵⁷. Il poursuivait en affirmant le silence religieux des citoyens devant l'administration : « [o]n ne peut désormais, par mesure administrative, demander à un homme la religion qu'il professe ou dans laquelle ses enfants sont élevés ». L'auteur en tirait une conclusion logique : « au point de vue de la liberté de conscience, les fonctionnaires civils et militaires ont les mêmes droits que les simples particuliers ». Autrement dit, le gouvernement « n'a ni le devoir ni le droit de connaître les convictions religieuses » de ceux-ci et des citoyens en général¹⁰⁵⁸. Au regard de tout notre exposé historique, nous ne pouvons alors que voir, dans la rupture opérée par la loi de 1905, une véritable consécration pour l'égalité civile. Le religieux quittait la sphère de l'État et du droit, permettant comme jamais la réalité d'un droit commun sans distinction de religion. Ce principe allait forcément connaître une certaine prospérité.

PARAGRAPHE 2. Conséquences et continuité pour l'indifférenciation religieuse

343. La loi de 1905 n'est évidemment pas l'unique texte venant permettre une égalité sans distinction de religion, et tout particulièrement après la parenthèse discriminatoire de Vichy¹⁰⁵⁹. Cependant, à notre sens, et surtout à la lumière de l'histoire, elle en constitue le fondement. De plus, nous verrons tout au long de la thèse, plus amplement, d'autres textes, principes et précisions qui touchent à l'égalité civile. Il convient cependant d'illustrer la portée de la consécration opérée en 1905 pour l'égalité civile à travers l'égalité de traitement des agents publics dans leur recrutement et leur carrière (A) ; puis, une conséquence de cette loi à travers l'affirmation de la neutralité et de la laïcité comme principes confortant l'égalité (B) ; enfin, une confortation de cette loi à travers l'affirmation postérieure de la non-discrimination (C).

¹⁰⁵⁷ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 162.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ Il y aurait beaucoup à dire d'un point de vue de l'égalité sur ce point, puisque le régime de Vichy réinstaura les distinctions religieuses pour établir les discriminations et persécutions que l'on connaît. Sur ces points, voir les fameux écrits de Danièle Lochak : *Le droit et les juifs*, Paris, Dalloz, 2nd éd., 2019, coll. « À savoir », « La race, le sang, le droit. La place de la filiation et du mariage dans la définition des catégories du droit antisémite », *Revue française de théorie juridique*, n° 73, 2023, p. 39-60 et « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » in CURAPP (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989. Pour l'étude plus spécifique sur le statut discriminatoire des juifs, voir J. ALOUM, « L'appartenance religieuse à l'épreuve des idéologies du III^e Reich et de Vichy » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique » ; D. BROUSSOLLE, « L'élaboration du statut des juifs de 1940 », *Le Genre humain*, n° 30-31, 1991/1, p. 115-139 ; P. FABRE, « L'identité légale des Juifs sous Vichy. La contribution des juges », *Labyrinthe*, n° 7, 2000, p. 23-41 ; J. MARCOU, « La "qualité de juif". L'antisémitisme d'État, de la propagande au droit positif », *Le Genre humain*, n° 30-31, 1996/1, p. 153-171. Sur d'autres discriminations confessionnelles, voir J.-M. VALADE, « La lutte contre les francs-maçons sous le régime de Vichy (1940-1944). L'exemple de la Corrèze », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, n° 197, 2000, p. 117-128. Pour des éléments sur le droit des cultes sous le régime de Vichy, qui présente des éléments particulièrement intéressants, voir C. SINGER, « 1940-1944 : La laïcité en question sous le régime de Vichy », *Raison présente*, n° 149-150, 2004, p. 41-54 ; M. COINTET, « Vichy et la séparation de l'Église et de l'État : une remise en cause limitée (1940-1945) » in R. VANDENBUSSCHE (dir.), *De Georges Clemenceau à Jacques Chirac : l'État et la pratique de la loi de séparation*, Villeneuve d'Ascq, Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008, coll. « Histoire et littérature du Septentrion », p. 107-121. Pour d'autres écrits plus généraux sur le régime, voir aussi M.-O. BARUCH, « À propos de Vichy et de l'État de droit », *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem*, n° 6, 2000, p. 53-67.

A) Un exemple d'indifférenciation enfin acquise : l'égalité dans l'emploi public et l'égalité des usagers de l'Administration

344. Si le principe d'égal accès à l'emploi public est ancien et primordial dans l'évolution du principe formel et général d'égalité¹⁰⁶⁰, la loi de 1905 en conforta le respect à l'égard de la différence religieuse. Elle participa très certainement du mouvement d'indifférenciation religieuse qui s'affirmait sous la III^e République.

345. Quelques années après l'entrée en vigueur de la loi de 1905, le Conseil d'État se prononça sur l'indifférenciation religieuse en matière d'emploi public dans l'arrêt *Abbé Bouteyre* de 1912¹⁰⁶¹. En l'espèce, l'abbé s'était vu refuser, par le ministre de l'instruction publique, l'inscription au concours de l'agrégation de philosophie de l'enseignement secondaire en raison de son « état d'ecclésiastique ». Le requérant arguait justement d'une contradiction avec les principes posés par la loi du 9 décembre 1905¹⁰⁶². De prime abord, nous pouvons voir comme réponse, dans la décision de refus du ministre, une rémanence du postulat pré-loi de 1905. En réalité, l'interprétation est plus fine que cela. Si le ministre disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser l'inscription, Gaston Jèze fit remarquer, que, dorénavant, la loi avait placé les ministres des cultes parmi les citoyens, les dénuant de tout caractère particulier, de toutes incompatibilités spécifiques, et les faisant jouir, comme tous, du principe d'égalité¹⁰⁶³. L'auteur identifiait là précisément l'un des profonds changements accomplis par la loi au service de l'égalité. Toutefois, il considérait qu'il n'était pas contraire à l'égalité de déclarer que certaines fonctions publiques étaient incompatibles avec l'état ecclésiastique. Celles de l'enseignement public – domaine sensible à l'égard du religieux – furent de celles-ci. Le principe de neutralité complique assurément l'équation égalitaire s'agissant des fonctions publiques.

346. C'est pour cette que raison que le commissaire du gouvernement Helbronner distingua ce qui relevait des opinions de ce qui tenait des manifestations extérieures de celles-ci. Pour lui, le ministre aurait été dans l'illégalité s'il en était effectivement venu à discriminer à raison de l'opinion religieuse d'un individu. En revanche, si les convictions s'exprimaient par certains faits et actes qui rentraient en contradiction avec l'exercice des fonctions publiques prévues, la décision de refus d'inscription opposée par le ministre n'était pas entachée d'illégalité. En somme, « c'est donc, non pas telle ou telle catégorie de citoyens qu'il s'agit de frapper de déchéance, mais un individu auquel on pourra refuser l'entrée de certaines fonctions

¹⁰⁶⁰ Voir F. EDEL, « Deux siècle de principe d'égal admissibilité aux emplois publics », *Revue française d'administration publique*, n° 142, 2012/2, p. 339-367 et O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », *Titre VII*, n° 4, avr. 2020, p. 212-225.

¹⁰⁶¹ CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, Rec. p. 561, concl. HELBRONNER ; S., n° 3, 1912, p. 145, note M. HAURIOU ; D., n° 3, 1914, p. 74, concl. J. HELBRONNER ; RDP, 1912, p. 453, note G. JEZE ; GAJA, Paris, Dalloz, 23^e éd., 2021, n° 22.

¹⁰⁶² Contradiction qui, selon Gaston Jèze, découlait de la confrontation entre les faits et la nouvelle loi : « quelle est, dans l'ordre social, dans l'organisation civile, politique et administrative, la situation du ministre du culte, du prêtre ? » (note G. JEZE, RDP, 1912, p. 459).

¹⁰⁶³ « [L]e prêtre est donc aujourd'hui dans notre droit un citoyen comme les autres, jouissant des mêmes droits et pouvant se réclamer, comme tout citoyen, du principe de l'égalité devant la loi » (*ibid.*, 460).

publiques »¹⁰⁶⁴. L'interprétation paraissait, de prime abord, astucieuse. Elle avait le mérite de rapporter le statut d'ecclésiastique à un ensemble de faits, dont la compatibilité avec la fonction d'enseignant s'appréciait *in concreto* et sur le plan individuel. L'interprétation cherchait à éviter toute différenciation fondée *in abstracto* sur une religion. Cependant, elle portait sûrement trop les marques de certains préjugés au regard des autorités ecclésiastiques et témoignait peut-être de la difficulté, à la suite de la loi de séparation, de porter un regard objectif, sans considération religieuse, sur un individu exerçant une telle fonction dans la sphère privée. Pourtant, le Conseil d'État valida le refus du ministre en 1912 et confirma l'interprétation de Helbronner encore plus tard¹⁰⁶⁵.

347. Malgré tout, la jurisprudence administrative n'entraîna pas entièrement en contradiction avec le principe d'égalité. Les juges du Conseil d'État avaient bien pris le soin de rappeler en 1939 le respect de celui-ci, en annulant la décision d'un inspecteur d'académie qui avait voulu refuser une candidature à un emploi d'institutrice au motif que la candidate avait fait ses études dans des établissements d'enseignement confessionnels¹⁰⁶⁶.

348. Surtout, par la suite, la jurisprudence évolua à propos des ecclésiastiques, comme le relèvent les auteurs du *GAJA*, avec un jugement du tribunal administratif de Paris en 1970¹⁰⁶⁷ et, surtout, un avis du Conseil d'État rendu en 1972¹⁰⁶⁸. Dans cet avis, l'Assemblée générale considéra que le principe de neutralité du service public ne s'opposait pas « à ce que des fonctions de ces services soient confiées à des membres du clergé »¹⁰⁶⁹. Cela dit, comme le précise Clément Benelbaz, cette interprétation ne diverge pas réellement avec celle de 1912 ; elle l'actualise et la précise juste¹⁰⁷⁰, en spécifiant bien la nécessité d'étudier chaque cas. Surtout, il ne peut y avoir, par principe, d'exclusion liée au statut d'ecclésiastique, au risque de contrevenir à l'égalité sans distinction religieuse. Dans un arrêt récent, où les requérants soulevaient une QPC, la Haute juridiction administrative réitéra cette interprétation en acceptant qu'un ministre d'un culte puisse être élu aux fonctions de président d'université, tant que le devoir de réserve s'avère par la suite respecté¹⁰⁷¹. Le rapporteur public rappela le constat d'une discrimination religieuse opéré dans l'arrêt *El Haddioui* de 2009¹⁰⁷² et conclut qu'« interdire à une personne, en raison de son état religieux, d'accéder à un emploi public, est bien constitutif d'une telle discrimination »¹⁰⁷³. À son tour, le juge rappela le principe d'égalité et, plus spécifiquement, l'accès aux fonctions publiques « sans distinction de croyance et de religion »¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁴ Concl. J. HELRBONNER, *D.*, n° 3, 1914, p. 74.

¹⁰⁶⁵ CE, 30 juill. 1920, *Abbé Bouteyre*, Rec. p. 794.

¹⁰⁶⁶ CE, 25 juill. 1939, *Beis*.

¹⁰⁶⁷ TA Paris, 7 juill. 1970, *Spagnol*, Rec. p. 851.

¹⁰⁶⁸ M. LONG *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 23^e éd., 2021, p. 143-144.

¹⁰⁶⁹ CE, avis n° 309-354, 21 sept. 1972, *Laïcité du corps enseignant*.

¹⁰⁷⁰ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 274.

¹⁰⁷¹ CE, 27 juin 2018, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, Rec. p. 271, concl. F. DIEU ; *JCP A*, 2018, p. 2331, concl. F. DIEU.

¹⁰⁷² Voir juste ensuite.

¹⁰⁷³ Concl. F. DIEU, *JCP A*, 2018, p. 2331.

¹⁰⁷⁴ Cons. 3 et 4.

349. Du reste, le Conseil d'État s'évertua à strictement rappeler ce principe général dans le fameux avis *Mlle Marteau* de 2000¹⁰⁷⁵. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, reprit à son compte la distinction opérée en 1912 par Helbronner. D'abord, il expliqua qu'à l'époque, si le juge donna raison au ministre, c'est parce qu'il ne contrôlait pas l'appréciation de l'Administration. Par ce biais, il avait « autorisé *de facto* l'institution d'une incompatibilité opposable à tous les membres du clergé ». Une fois un tel contrôle consacré, le revirement jurisprudentiel pouvait être opéré. Rémy Schwartz rappelle l'absence d'incompatibilité en soi avec la fonction publique de l'état ecclésiastique dans de telles affaires : « [i]l faudrait que l'intéressé ait eu un comportement tel qu'il établisse une incapacité individuelle à remplir les fonctions dans le respect du principe de neutralité »¹⁰⁷⁶. Il est donc nécessaire de distinguer la nature religieuse de l'activité, qui ne peut plus être un fondement de distinction, des manifestations et implications concrètes qui témoigneraient de l'incapacité, pour l'individu, de respecter les règles tenant à la fonction. Telle est l'égalité civile sans distinction de religion.

350. De manière générale l'appréciation du principe d'égal accès aux emplois public de s'avère bien plus simple, mais non moins révélatrice de l'importance de la règle, comme ce fut le cas dans l'arrêt *El Haddioui* de 2009¹⁰⁷⁷. En l'espèce le jury d'un concours d'officiers de police avait très expressément posé des questions à une candidate sur ses origines et ses croyances et pratiques religieuses. La haute juridiction administrative constata une claire « méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics », et ce, notamment au titre de la loi du 13 juillet 1983 qui était venue consacrer sur le plan législatif le principe¹⁰⁷⁸. Il faut dire qu'entre temps, le Conseil d'État avait consacré le caractère constitutionnel du principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics¹⁰⁷⁹.

351. Le principe et ces dispositions valent aussi dans le déroulement de la carrière du fonctionnaire. Généralement, au titre de la liberté d'opinion des fonctionnaires¹⁰⁸⁰, ces derniers doivent être protégés de toute atteinte à leurs convictions grâce à une prohibition stricte des discriminations religieuses. À la lumière de ces règles, anciennes, mais réaffirmées de nos jours,

¹⁰⁷⁵ Cet avis est avant tout connu pour l'interdiction spécifiée par le Conseil d'État, pour tout fonctionnaire, de manifester ses croyances religieuses dans l'exercice de ses fonctions, notamment en portant un signe marquant ostensiblement l'appartenance religieuse. Il n'en a pas moins rappelé l'interdiction de « toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur la religion » (CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteau* ; *RFDA*, 2001, p. 146, concl. R. SCHWARTZ).

¹⁰⁷⁶ Concl. R. SCHWARTZ, *RFDA*, 2001, p. 146.

¹⁰⁷⁷ CE, 10 avr. 2009, *El Haddioui*, Rec. p. 158 ; *AJDA*, 2009, p. 1386, note G. CALVES ; *JCP A*, 2009, p. 2108, note D. JEAN-PIERRE.

¹⁰⁷⁸ La disposition prévoit en effet l'interdiction formelle de toute discrimination entre les fonctionnaires à raison, notamment, de leurs croyances religieuses (art. 6 de la loi n° 83-634, 13 juill. 1983, *portant droits et obligations des fonctionnaires*). Le texte a été maintes fois modifié, la plupart du temps pour en multiplier les critères de discriminations prohibés. Celui fondé sur la religion était présent dès la première itération.

¹⁰⁷⁹ En le faisant découler de l'article 6 de la DDHC (CE, Ass., 16 déc. 1988, *Bleton*, n° 77713, Rec. p. 451, concl. C. VIGOUROUX ; *ADJA*, 1989, p. 102, concl. C. VIGOUROUX).

¹⁰⁸⁰ Clément Benelbaz relève que pour le déroulement de carrière les solutions découlent davantage de la liberté d'opinion (*Le principe de laïcité en droit public français, op. cit.*, p. 274). On rejoint la philosophie défendue par la loi de séparation. On retrouve une fois encore le lien entre liberté de conscience ou d'opinion et l'égalité civile.

nous constatons le lien intangible entre liberté d'opinion et non-discrimination¹⁰⁸¹. Le Conseil d'État se prononça plusieurs fois en faveur de cette règle, notamment dans l'arrêt *Époux Z* de 1982 où il refusa toute justification d'une mesure défavorable contre un agent à raison de ses convictions personnelles¹⁰⁸², voire auparavant, en 1938 déjà, concernant une sanction¹⁰⁸³ et en 1948 pour un licenciement¹⁰⁸⁴.

352. En somme, le principe d'égalité civile intègre tous les rapports que l'État peut avoir avec les individus, de son intégration comme fonctionnaire, à toute sa carrière. C'est à ce titre que l'article 18 de la loi de 1983 reprend les propos que Louis Méjan tenait déjà en 1905¹⁰⁸⁵, en prohibant toute mention faite dans le dossier du fonctionnaire ou tout document administratif, des opinions notamment religieuses de l'intéressé. Le Conseil constitutionnel confirma cela en jugeant conforme à l'article 6 de la DDHC l'article 13 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 janvier 1959 en constatant l'absence de mention faisant état, notamment, des opinions religieuses, mention qui « ne peut figurer aux dossiers des fonctionnaires »¹⁰⁸⁶. L'utilisation de la Déclaration à l'appui de sa décision montre parfaitement l'importance, mais surtout l'ancienneté, du principe d'égalité formelle pour les employés publics¹⁰⁸⁷. Il fut réaffirmé depuis par le Préambule de la Constitution de 1946 qui consacra solennellement l'égal accès aux emplois publics¹⁰⁸⁸, puis, de façon plus générale, par la Constitution de 1958 à travers son article 1^{er}¹⁰⁸⁹. Bien que soumise aux aléas de l'histoire, cette application de l'égalité est ainsi au cœur du modèle universaliste. Mais ce dernier exige indéniablement plus.

353. Les pouvoirs publics avaient auparavant trop distingué les individus dans leurs rapports avec eux. Progressivement, l'absence de distinction, en plus de celle à l'égard des fonctionnaires, valait pour les citoyens qui interagissent avec l'administration. Dans ses échanges avec les citoyens, l'administration ne doit voir aucune distinction religieuse. Le traitement égal des individus par l'administration, qui se subdivise à présent en diverses branches¹⁰⁹⁰, est aux origines du principe d'égalité consacré par le Conseil d'État. Or, les

¹⁰⁸¹ O. BUI-XUAN, « Conciliation de l'obligation de neutralité religieuse et du principe de non-discrimination en droit de la fonction publique », *Revue du droit des religions*, n° 4, 2017, p. 33-50.

¹⁰⁸² CE, 16 juin 1982, *Époux Z*.

¹⁰⁸³ CE, 28 avr. 1938, *Demoiselle Weiss*, Rec. p. 379.

¹⁰⁸⁴ CE, 8 déc. 1948, *Demoiselle Pasteau*.

¹⁰⁸⁵ « Le gouvernement qui a le droit et le devoir d'exiger de tous les fonctionnaires civils ou militaires l'attachement aux institutions républicaines et aux principes républicains n'a ni le devoir ni le droit de connaître les convictions religieuses de ses fonctionnaires. La religion qu'ils professent n'est pas un renseignement qui doive figurer à leur dossier. [...] La profession, ou non profession, de telle ou telle religion doit être absolument étrangère à la nomination des fonctionnaires et à leur maintien en fonction » (L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 162).

¹⁰⁸⁶ Décision n° 76-67 DC, 15 juill. 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*, cons. 3.

¹⁰⁸⁷ Voir A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

¹⁰⁸⁸ « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » (alinéa 5).

¹⁰⁸⁹ Indirectement, dans le sens où la référence au principe d'égalité est générale, non sectorisée au milieu du travail : « [e]lle [la République] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

¹⁰⁹⁰ Par exemple, le principe d'égalité devant les charges publiques (CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*) ou encore devant l'impôt (CE, Sect., 4 févr. 1944, *Guieyesse*, Rec. p. 45, concl. CHENOT ; RDP, 1944, p. 158, concl. CHENOT, note G. JEZE).

questions religieuses se posent avec une certaine acuité en ce qui concerne les usagers du service public. Le principe d'égalité en la matière est entériné de longue date¹⁰⁹¹, qui plus est au rang constitutionnel¹⁰⁹². Il postule que l'on ne prenne pas en compte la religion de l'individu, qu'il s'agisse de discriminer ou de répondre à l'une de ses demandes. La Charte de la laïcité dans les services publics, bien que décriée¹⁰⁹³, distinguait les agents des usagers et précisait, pour ces derniers, leur égalité devant le service public, certes, mais également l'interdiction qui leur est faite d'exiger une adaptation du service¹⁰⁹⁴.

354. En définitive, ce que les républicains avaient en partie consacré sous la III^e République se confortait sans cesse jusqu'à aujourd'hui. À la base d'un traitement non différenciateur au regard de la religion se trouve l'action de l'État, lequel ne doit voir que des citoyens communs et qui s'oblige à être neutre et laïque.

B) L'essor de principes confortant l'égalité : le principe de neutralité et de laïcité

355. Le respect du principe d'égalité fut indéniablement alimenté par l'exigence accrue de neutralité souhaitée de longue date, surtout par les républicains sous la III^e République, et qui naquit véritablement avec la loi de séparation. Les principaux acteurs de la loi soulignaient son importance primordiale et son entremêlement indéniable avec l'égalité formelle, en matière cultuelle, comme civile. Ainsi, Aristide Briand expliquait qu'avec le texte aucun culte ne serait plus reconnu : « c'est la neutralité et la laïcité absolue de l'État », disait-il avant d'exposer la soumission des ministres au droit commun¹⁰⁹⁵. Cette phrase semblait être empruntée à Louis Méjan qui avait en outre complété : « [o]n ne peut logiquement concevoir la liberté de conscience et des cultes sans la neutralité absolue de l'État. Il n'y a pas de véritable liberté là où n'existe pas une entière égalité pour tous sous la protection de la loi »¹⁰⁹⁶. L'approche fut également défendue par le ministre de l'Instruction publique en 1905, Bienvenu Martin, qui avait justifié l'emploi de la non-reconnaissance comme une affirmation de la liberté de conscience et une proclamation de la neutralité de l'État en matière confessionnelle¹⁰⁹⁷.

356. Du reste, au sein de la loi elle-même, divers articles affirmaient cette neutralité et, par là même, la jonction entre celle-là et la sécularisation déjà commencée. C'est le cas de l'article 28 qui interdit tout signe ou emblème religieux sur des monuments publics, ce qui

¹⁰⁹¹ CE, Ass., 1^{er} avr. 1938, *Société L'Alcool dénaturé*, Rec. p. 337, concl. R. LATOURNERIE ; RDP, 1938, p. 487, concl. R. LATOURNERIE.

¹⁰⁹² « [...] que ces dispositions concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public » (décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, cons. 15).

¹⁰⁹³ Voir L. MOREAU, « Le fonctionnaire et le fait religieux », *AJCT*, 2012, p. 295.

¹⁰⁹⁴ Disponible en ligne sur : <https://www.gouvernement.fr> (consulté le 13 sept. 2021).

¹⁰⁹⁵ A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 267.

¹⁰⁹⁶ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 167-168.

¹⁰⁹⁷ Séance du 12 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1700.

concerna, par exemple, les cimetières. L'exigence, si elle ne se confond pas avec l'égalité, en conforte toutefois le ressenti par une « neutralisation de l'espace étatique »¹⁰⁹⁸.

357. En outre, pour être distincte de l'égalité, la neutralité n'en reste pas moins un corollaire¹⁰⁹⁹. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé que la neutralité du service public était corollaire du principe d'égalité¹¹⁰⁰. En d'autres termes, « l'obligation de neutralité religieuse et le principe de non-discrimination semblent participer du même mouvement : la neutralité serait garante de la non-discrimination entre les religions »¹¹⁰¹ – mais avant tout entre les individus. En réalité, la neutralité peut être employée en lieux et place de l'égalité, voire plus souvent qu'elle lorsqu'il s'agit de questions religieuses. Il n'est pas rare de voir une confusion entre les deux et de déceler, ce faisant, une définition de la neutralité identique à celle de l'égalité. C'est, par exemple, le cas dans l'ouvrage de Jean-François Lachaume : « le premier aspect de la neutralité du service public consiste à ne faire aucune discrimination entre les usagers des services publics en fonction de leur opinions, politiques, religieuses, philosophiques, de leur race... »¹¹⁰². L'auteur précise ensuite que cette « neutralité indifférente » ou « neutralité par la non-discrimination selon les opinions » n'a, en définitive, pas « d'autonomie par rapport au principe d'égalité puisqu'elle tend à en assurer le respect »¹¹⁰³. Pour d'autres auteurs, il est indéniable que la non-discrimination apparaît « comme un élément constitutif du principe de neutralité »¹¹⁰⁴. Pour les juges, neutralité et égalité sont habituellement distinguées dans la jurisprudence, bien que les deux soient très proches¹¹⁰⁵.

358. En toute hypothèse, tel que le note Frédéric Edel, la logique qui sous-tend les décisions entourant la neutralité « est en effet assez proche de celle qui préside usuellement à l'application du principe d'égalité puisqu'elles tendent à proscrire l'introduction d'une différence de traitement sur le fondement de l'appartenance religieuse »¹¹⁰⁶. Il n'en relève pas moins, à l'appui de ses propos, une formulation du Conseil d'État révélatrice de cette proximité entre les principes lorsque ce dernier affirma que la neutralité « interdit [...] toute discrimination »¹¹⁰⁷. Sous cet angle, la neutralité reflète une approche formelle du principe

¹⁰⁹⁸ Philippe Portier poursuit, après l'emploi de cette expression : « parce qu'il en va de l'égalité, l'État doit régir la société en ne faisant droit qu'aux ressources sémantiques de la raison commune » (*L'État et les religions en France...*, op. cit., p. 145).

¹⁰⁹⁹ O. BUI-XUAN, « Libre propos sur l'arrêt du Conseil d'État du 27 juin 2018, *Syndicat de l'Enseignement Supérieur SNESUP-FSU* » in V. BOUHIER et D. HOUTCIEFF (dir.), *Les transformations du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur François Colly*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021, p. 35.

¹¹⁰⁰ Décision n° 86-217, 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 15.

¹¹⁰¹ O. BUI-XUAN, « Conciliation de l'obligation de neutralité religieuse et du principe de non-discrimination en droit de la fonction publique », art. préc.

¹¹⁰² J.-F. LACHAUME, *Grands services publics*, Paris, Masson, 1989, p. 313.

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 315.

¹¹⁰⁴ C. PAUTI, « Autorités publiques, laïcité et discriminations religieuses », *Hommes & migrations*, n° 1324, 2019/1, p. 57-64.

¹¹⁰⁵ Les deux principes ont indéniablement, chacun, une existence autonome en droit positif, bien qu'ils aient tendance à s'entremêler en matière religieuse.

¹¹⁰⁶ F. EDEL, « Quel apport du droit à la non-discrimination au régime français de laïcité dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2011, coll. « Colloques », p. 69.

¹¹⁰⁷ CE, Avis n° 346.893, 26 nov. 1989, *Demoiselle Marteaux* (cit. dans F. EDEL, art. préc., p. 68).

d'égalité¹¹⁰⁸. En ce sens, la neutralité sert profondément l'égalité ; c'est le seul constat qui nous préoccupe ici. La position de neutralité imposée à l'État rejoint toutes les exigences égalitaires concernant le traitement des fonctionnaires et des usagers. En cette matière, égalité et neutralité se complètent considérablement pour un formalisme absolu.

359. Le principe de neutralité, en revanche, exige davantage que l'égalité dans certains cas. Par exemple, dans le traitement des usagers : l'obligation de neutralité imposée aux fonctionnaires par l'article 25 de la loi de 1983 favorise indirectement l'égalité certes, mais plus concrètement l'apparence de l'égalité. Le Conseil d'État avait bien spécifié l'interdiction de manifester son opinion religieuse, en l'espèce par le port d'un signe religieux¹¹⁰⁹. Imposer que les fonctionnaires n'expriment pas leur religion donne une apparence d'égalité des traitements pour les usagers, bien que cette exigence ne se confonde pas avec cette dernière¹¹¹⁰. Le principe d'égalité ne joue qu'*a posteriori*, dans l'étape du traitement des individus¹¹¹¹. Que le fonctionnaire ait porté, ou non un signe religieux, ne devrait en rien changer le traitement de sa carrière – indépendamment des règles en vigueur qui, justement, prohibent de tels signes – et, pour l'utilisateur, ne devrait pas influencer sur ses demandes. C'est, au demeurant, une certaine confusion entre les deux qui put aboutir à l'arrêt *Abbé Bouteyre* en 1912¹¹¹².

360. Par ailleurs, l'article 25 en question réitère le lien entre les deux principes lorsqu'il exige, après avoir rappelé la neutralité du fonctionnaire, l'égal traitement de toutes les personnes par celui-ci¹¹¹³. Indéniablement, la neutralité approfondit l'égalité, en ce qu'elle exclut que les fonctionnaires distinguent les usagers du service public en fonction de leurs idéologies et opinions¹¹¹⁴. Finalement, ces approches ressortent dans la distinction qu'opère Emmanuel Tawil, qui déduit de la jurisprudence administrative une subdivision de la neutralité en non-confessionnalité et non-discrimination¹¹¹⁵. La première renvoie justement à un champ

¹¹⁰⁸ F. EDEL, « Quel apport du droit à la non-discrimination au régime français de laïcité dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, op. cit., p. 69.

¹¹⁰⁹ CE, 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, préc.

¹¹¹⁰ Olivia Bui-Xuan s'en prend justement à la confusion entre ces deux. Elle rappelle la conception générale : « [o]n considère en effet que les agents publics ne doivent privilégier ni discriminer aucun usager et que le port d'un signe religieux serait source d'une potentielle différence de traitement ». Puis, elle s'interroge « sur le point de savoir si les agents publics d'une certaine religion vont favoriser les usagers pratiquant la même religion et discriminer les autres ». Elle en conclut alors : « [m]ême en admettant ce postulat discutable, on peut se demander en quoi un fonctionnaire portant un signe religieux favoriserait ou discriminerait davantage les usagers en fonction de leur religion qu'un fonctionnaire n'en portant pas. En effet, si on suppose qu'il peut y avoir une connivence entre agents publics et usagers de même religion, en quoi le fait de porter un signe religieux y contribuerait et en quoi le fait de ne pas en porter permettrait de l'éviter ? » (« Conciliation de l'obligation de neutralité religieuse et du principe de non-discrimination en droit de la fonction publique », art. préc. et « Libre propos sur l'arrêt du Conseil d'État du 27 juin 2018, *Syndicat de l'Enseignement Supérieur SNESUP-FSU* » in V. BOUHIER et D. HOUTCIEFF (dir.), *Les transformations du droit...*, op. cit., p. 36).

¹¹¹¹ Encore que cette considération soit à nuancer : le caractère relatif du contrôle du principe d'égalité, ne serait-ce que par la diversité des demandes ou référentiels contestés, permet d'envisager la contestation tout traitement normatif, donc aussi bien d'envisager la contestation du port du signe religieux par un fonctionnaire.

¹¹¹² CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, préc.

¹¹¹³ « Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité » (§4).

¹¹¹⁴ F. DE LA MORENA, *Les frontières de la laïcité*, Paris, LGDJ, 2016, coll. « Système », p. 47.

¹¹¹⁵ E. TAWIL, *Justice et religion. La laïcité à l'épreuve des faits*, Paris, PUF, 2016, coll. « Questions judiciaires », p. 23.

plus large, donc à la conception exposée ci-dessus, par exemple, concernant les signes religieux. La seconde forme bel et bien le principe d'égalité qui peut découler de la neutralité.

361. Suivant ces raisonnements, la laïcité s'inscrit en partie dans cette logique, surtout lorsqu'elle se confond avec la neutralité¹¹¹⁶. Les constituants de 1946, les premiers à avoir intégré dans un texte constitutionnel la laïcité, l'entendaient en tout cas tel quel¹¹¹⁷. De surcroît, le principe est défini par le Conseil constitutionnel de manière très formelle : d'une part en refusant la différence religieuse dans les rapports avec l'administration¹¹¹⁸, d'autre part, en lui attribuant, entre autres composantes, la neutralité et l'égalité sans distinction de religion¹¹¹⁹. Le principe, joint à l'égal respect de toutes les croyances, qu'il doit permettre d'assurer, garantit en sus la non-discrimination entre les croyances¹¹²⁰.

362. De tout évidence, il existe une part universaliste du principe de laïcité et de neutralité qui suggère l'ignorance du religieux¹¹²¹. Cette interprétation formelle du principe de laïcité défendue par une partie de la doctrine est contestée, mais elle renforça l'affirmation de l'égalité civile. La loi de 1905 a très certainement consacré un pan formel de la neutralité qui était rendu nécessaire par l'histoire. La laïcité emprunte à cette approche. Surtout, si l'idée de la laïcité initiale¹¹²², comprise comme une ignorance effective du religieux ou, à l'inverse, comme sa prise en compte, est débattue pour le régime des cultes, en ce qui concerne l'égalité civile peu contestent l'exclusion initiale de la différence religieuse du droit commun¹¹²³. Maurice Barbier parle en l'occurrence d'une notion négative de la laïcité largement décelable dans les textes en droit positif qui postule la non-reconnaissance, le non financement, l'exclusion du religieux de la sphère publique de l'État, et qu'il s'avère difficile de nier¹¹²⁴. Elle postule inévitablement l'égalité civile sans différenciation religieuse.

¹¹¹⁶ Voir Introduction p. 1 et s.

¹¹¹⁷ J.-B. TROTABAS, *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*, Paris, LGDJ, 1961, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 13 et s.

¹¹¹⁸ Décision n°2004-505 DC, 19 nov. 2004, *préc.*

¹¹¹⁹ Décision n° 2012-297 QPC, 21 févr. 2013, *préc.*

¹¹²⁰ M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87.

¹¹²¹ « Finalement, la laïcité implique nécessairement une forme d'ignorance du fait religieux, ce qui conduit à de nombreuses obligations, positives ou négatives, tant de la part de l'État que de la part de tous les citoyens sans exceptions » (C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, *op. cit.*, p. 362 et voir le Titre I de la Seconde Partie, justement dédié à ce pan formel de la laïcité).

¹¹²² D'autres courants, que nous aborderons plus ou moins, prônent une approche plus différencialiste de la laïcité. Ces conceptions développent plutôt une acception nouvelle de la laïcité, mais ne considèrent pas que ce fut celle initialement prévue, surtout en 1905. Néanmoins, sans aller jusqu'au différencialisme, la laïcité initiale est souvent appréhendée d'une manière moins formelle, plus ouverte, de façon à venir à l'appui d'une seconde approche, issue de la première, plus propice à la prise en compte des différences religieuses (voir Partie II).

¹¹²³ Bien que la défense du différencialisme, que nous exposerons (voir Partie 2) soit souvent liée à une certaine approche de la laïcité.

¹¹²⁴ M. BARBIER, « Pour une définition de la laïcité française », *Le Débat*, n° 134, 2005, p. 129-141.

C) La prospérité de l'indifférenciation religieuse : quelques mots sur la non-discrimination

363. Nous avons plusieurs fois abordé la notion de non-discrimination qui se développa progressivement et qui rejoignit ou compléta – c'est selon – le principe d'égalité. Suivant une approche générale et originelle, la doctrine identifia égalité et non-discrimination¹¹²⁵. Néanmoins, son apparition est évoquée par la spécification de critères prohibés de distinction progressivement accolés à l'égalité, qui seraient justement venus préciser celle-ci¹¹²⁶. Pour retenir l'essentiel, revenons-en à la définition que le Cornu apporte de l'occurrence « discrimination » : « différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle [...] »¹¹²⁷. En substance, le principe de non-discrimination contient donc indéniablement un aspect formel rapporté à l'égalité en droit classique¹¹²⁸. Nous savons que cette dernière exige l'absence de traitements négatifs distincts en fonction de certains particularismes, notamment, voire surtout à l'aune de l'histoire, religieux. Cet aspect constitue la cible initiale de la non-discrimination. Du reste, le principe a aujourd'hui évolué pour venir à l'appui de revendications nouvelles qui s'opposent au formalisme initial¹¹²⁹. Traditionnellement, cela traduit une division en deux facettes du principe¹¹³⁰ : le rejet des discriminations directes ainsi que de celles indirectes¹¹³¹. Notre regard se portera pour l'instant sur le rejet des discriminations directes eu égard à l'objectif de l'égalité formelle¹¹³².

364. En matière religieuse, nous pouvons même trouver des traces de l'affirmation du principe et de son lien avec la liberté de conscience dès 1905. Dans les propos de Louis Méjan abordés plus haut, nous percevons déjà la défense d'un principe de non-discrimination, notamment des fonctionnaires, que la séparation devait instaurer¹¹³³. L'auteur la loi de 1905 allait plus loin en laissant présager ce qu'est aujourd'hui le principe de non-discrimination dans toute son ampleur, c'est-à-dire étendue aux relations entre les personnes privées. En effet, comme le disait le juriste, la liberté de conscience est aussi bien assurée et sanctionnée dans les rapports des citoyens entre eux¹¹³⁴. Selon ses dires, la véritable liberté de conscience ne se

¹¹²⁵ A.-M. LE POURHIET, « Égalité et discrimination » in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Cujas, 2012, coll. « Actes & Études », p. 27.

¹¹²⁶ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-Marseille, PUAM/Economica, 1997, coll. « Droit public positif », p. 73.

¹¹²⁷ « Discrimination » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 13^e éd., 2020, coll. « Quadrige ».

¹¹²⁸ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2016, coll. « Cours », p. 425 et s.

¹¹²⁹ Voir en ce sens la thèse de J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français, La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Angers, Université d'Angers, 2017. Voir aussi nos développements p. 506 et s.

¹¹³⁰ Voir parfois plus (sur la polysémie de la notion, y compris l'approche directe et indirecte, voir : R. MEDARD INGHILTERRA, « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *Délibérée*, n° 7, 2019/2, p. 27-33).

¹¹³¹ Voir, par exemple, M. MINE, « Les concepts de discrimination directe et indirecte », *ERA Forum*, n°4, 2003, p. 39-44 (texte révisé de la présentation faite dans le cadre de la conférence « Lutte contre la discrimination : Les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement », 31 mars au 1^{er} avr. 2003, Trèves).

¹¹³² Nous reviendrons à plusieurs reprises sur les discriminations indirectes (voir notamment pour sa définition p. 224 et s.).

¹¹³³ Voir p. 166 et s.

¹¹³⁴ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 163.

comprenait qu'en l'absence de toute pression en rapport aux convictions des individus¹¹³⁵. Le fait que l'État « assure » cette liberté de conscience passait, avant toute chose, par un principe de non-discrimination. Plus tard, le Conseil constitutionnel n'en considéra pas moins lorsqu'il consacra la liberté de conscience comme PFRLR¹¹³⁶, en la rattachant, certes à l'article 10 de la DDHC, mais aussi à l'alinéa 5 du Préambule de 1946 qui prohibe toute discrimination à raison, notamment, des opinions ou des croyances¹¹³⁷. Bien que la référence aux PFRLR ait aujourd'hui disparu, il est arrivé au Conseil de renvoyer encore à la non-discrimination incluse dans le Préambule¹¹³⁸.

365. En ces termes, apparaît ce que seront par la suite les principes de non-discrimination et de neutralité, d'abord face aux pouvoirs publics, mais également, dans le cadre de la lutte contre les discriminations, dans la sphère privée. Ce dispositif se concrétisa alors dans un objectif de lutte contre les persécutions et exclusions à raison de certains particularismes. Si l'on pouvait ainsi en percevoir les prémices dès 1905, c'est logiquement et plus concrètement, la réaction à la Seconde Guerre mondiale qui alla grandement fortifier l'influence du principe. Juste avant la guerre, avait été établi le décret-loi du 21 avril 1939 qui avait modifié la loi 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, pour les injures et diffamations commises à raison, notamment, de la religion¹¹³⁹. Le régime de Vichy avait cependant remis en cause ce texte.

366. La Constitution de 1946¹¹⁴⁰, puis celle de 1958¹¹⁴¹, ont vite pris soin de rappeler l'interdiction de distinctions prohibées, donc un principe de non-discrimination. Si les doutes persistent, pour certains, quant à l'interdiction de différenciations positives imposée par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 et de ses critères prohibés¹¹⁴², nul ne conteste, en revanche, que ceux-ci proscrivent toute discrimination directe entre les individus à raison de ces distinctions¹¹⁴³. Ces dispositions existeraient pour partie en conséquence de la Seconde Guerre mondiale. À l'évidence, l'article acte clairement l'éradication de tout référent religieux en droit et, du point de vue de ces critères, l'uniformité de traitement la plus pure¹¹⁴⁴. Il est l'un des principaux bastions contre « toute forme de prise en considération des origines ou de la

¹¹³⁵ « C'est la raison et l'objet de l'article 31, (...) mais nous devons ici faire observer que cet article fait un délit du (...) fait d'avoir déterminé, par une pression autre que la libre persuasion, une personne à professer ou à ne pas professer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association cultuelle » (*ibid.*).

¹¹³⁶ Décision n° 77-87 DC, 23 nov. 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, cons. 5.

¹¹³⁷ « Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

¹¹³⁸ Voir, par exemple, décision n° 2013-353 QPC, 18 oct. 2013, *M. Franck M. et a.*, cons. 7.

¹¹³⁹ « La poursuite pourra être exercée d'office par le ministère public, lorsque la diffamation ou l'injure, commise envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une race ou à une religion déterminée, aura eu pour but d'exciter à la haine entre les citoyens ou les habitants ».

¹¹⁴⁰ « [L]e peuple français proclame [...] que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » (1^{er} al.). Surtout : « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » (al. 5).

¹¹⁴¹ M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87.

¹¹⁴² Voir Partie 2, Titre 2, surtout Chapitre 2.

¹¹⁴³ M. BORGETTO, « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 8-17.

¹¹⁴⁴ F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, n° 61, 2015/1, p. 1142.

religion »¹¹⁴⁵. De surcroît, l'affirmation de la religion comme critère prohibé apparaît, pour certains auteurs, double : d'une part, effectivement, par le premier article de la Constitution qui vise la religion, d'autre part, sous-entendue par l'article 10 de la DDHC à travers la notion « d'opinions »¹¹⁴⁶.

367. Des textes législatifs sont ensuite venus approfondir la non-discrimination. La loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme vint améliorer le dispositif en créant, au sein de la loi de 1881, un délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence « à raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »¹¹⁴⁷. Surtout, en son article 6, la loi établit une peine pour tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de service public qui aurait, en raison notamment de la religion, refusé à une personne « sciemment le bénéfice d'un droit auquel elle pouvait prétendre »¹¹⁴⁸. Ces dispositions affirmaient une nouvelle fois toute prohibition du refus d'un droit commun en raison de sa religion. Le texte allait plus loin ; il initiait les véritables politiques de lutte contre les discriminations et l'essor du principe juridique de non-discrimination, applicable donc dans les relations privées¹¹⁴⁹.

368. La lutte contre les discriminations fait l'objet de préoccupations constantes et, par conséquent, de réformes répétées et d'ajouts variés, y compris récemment¹¹⁵⁰. De même, les dispositions de lutte contre les discriminations ont été maintes fois modifiées, en grande partie pour y rajouter des critères spécifiques d'interdiction de discrimination, et se trouvent aujourd'hui aux articles 225-1, qui définit ce qu'est une discrimination, 225-2 et 432-7 du nouveau Code pénal. Les dispositions s'appliquent à un médecin, qui ne peut refuser de prendre un patient en raison de sa religion, de même qu'aux autorités publiques, comme un maire, qui ne peut refuser à des personnes non catholiques de se marier le samedi après-midi afin de réserver des créneaux spéciaux pour ceux qui se marieraient à l'église¹¹⁵¹. Le juge administratif se charge généralement de réaffirmer l'interdiction de discrimination aux collectivités qui défavoriseraient des individus en raison de la religion, comme lorsqu'une commune refuse l'accès à un espace de loisirs à des femmes voilées sans justifications neutres et objectives. Le juge déclare alors la décision constitutive « d'une discrimination fondée sur la seule appartenance à une religion »¹¹⁵². Pour la fonction publique, l'article 6 de la loi de 1983 sur les fonctionnaires se rapproche de ces règles à l'égard des personnes privées et, spécifiquement

¹¹⁴⁵ P.-H. PRELOT, « Communautés et communautarismes – les aspects juridiques » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, PUS, 2016, coll. « Société, droit et religion », p. 219.

¹¹⁴⁶ L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2021, coll. « Précis », p. 601

¹¹⁴⁷ Art. 1^{er} de la loi de 1972 n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972, relative à la lutte contre le racisme, modifiant l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881.

¹¹⁴⁸ Article 6, qui insérait ces dispositions dans l'article 187-1 de l'ancien Code pénal.

¹¹⁴⁹ L'article 7 étendait l'interdiction de discrimination à raison, entre autres, de la religion dans le domaine des offres de biens ou services et dans celui du travail (article 416 de l'ancien Code pénal).

¹¹⁵⁰ Comme en témoigne la loi du 18 novembre 2016 qui permet les actions de groupe dans ce domaine (loi n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n° 0269, 19 nov. 2016, Titre V, Chapitre III.

¹¹⁵¹ Cass., crim., 1^{er} mars 2005, *Joël X...*, n° 04-83556.

¹¹⁵² TA Versailles, 12 juill. 2014, n° 1404939 et n° 1404959.

pour le critère religieux, l'arrêt *El Haddioui* exprime parfaitement ce que réprime le principe de non-discrimination directe¹¹⁵³. Ces règles se retrouvent également dans le Code du travail, aux articles L. 1132-1 et suivants¹¹⁵⁴. De la même façon, et exceptionnellement, cette branche juridique du droit admet que des entreprises, dites de tendance, puissent justifier l'engagement d'un salarié, ou son refus, en fonction de sa religion. L'article L. 1132-1 du Code du travail n'est donc « pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultants de son engagement »¹¹⁵⁵. Malgré une atténuation jurisprudentielle¹¹⁵⁶, l'Union européenne a fait sienne ce type d'entreprise¹¹⁵⁷, comme la CEDH déjà auparavant¹¹⁵⁸.

369. Au-delà de cette exception, les dispositions affirmant la non-discrimination relèvent de toute façon de la même logique égalitaire initiale : celle de l'indifférenciation en raison d'un critère précis dans l'octroi d'un droit. La lutte contre les discriminations part en partie de ce cadre¹¹⁵⁹. Ce rejet de la non-discrimination permet la libre construction de l'individu, de son particularisme, sans se soucier de persécutions. À partir du moment où la différence d'un individu peut être subie ou stigmatisée au regard du traitement spécifique qu'il en est fait¹¹⁶⁰, la non-discrimination permet une nécessité de l'universalisme, à savoir un véritable « droit à l'indifférence »¹¹⁶¹. Au regard de l'histoire, nous savons l'importance d'un tel droit pour le critère religieux, qui s'inscrit dans la continuité de la séparation de 1905. Mais justement à l'aune de cette histoire et de ces éléments, c'est surtout l'égalité dans le régime des cultes qui interroge.

¹¹⁵³ Le juge constatait une contradiction à l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et ajoutait une « méconnaissance au principe d'égal accès aux emplois publics » (CE, 10 avr. 2009, *préc.*), car, même sans la législation, le principe d'égalité s'opposait bien avant à une telle distinction dans le cadre d'un recrutement public. Dans tous les cas, différencier de la sorte un individu constitue aujourd'hui une discrimination (D. ANDOLFATTO *et al.* (dir.), *Rapport de recherche : Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Université de Bourgogne, CREDESPO, 2016, p. 134).

¹¹⁵⁴ En droit du travail, les dispositions du Code pénal complètent logiquement celles du Code du travail (exemple de l'article 225-2 3° condamnant les discriminations à l'embauche en raison d'un critère prohibé).

¹¹⁵⁵ Cass., soc., 20 nov. 1986, *Carlier c. Union nationale des associations cultuelles de l'Église réformée de France*, n° 84-43.243.

¹¹⁵⁶ Cass., soc., 17 avr. 1991, *Painsecq*, n° 90-42.636.

¹¹⁵⁷ L'article 4§1 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 autorisa également un traitement différent en raison de la religion pour ce type de structure. Elle ne fut toutefois pas transposée en France.

¹¹⁵⁸ Voir CEDH, 23 sept. 2010, *Obst et Schüth c. Allemagne*, n° 425/03 et CEDH, 3 févr. 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 1620/03.

¹¹⁵⁹ Le haut Conseil à l'Intégration avait d'ailleurs rendu un rapport au Premier ministre intitulé *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité* (Paris, La Documentation française, 1998).

¹¹⁶⁰ G. KOUBI, « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence » in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, coll. « Laboratoire de théorie juridique », p. 280.

¹¹⁶¹ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes, ANRT, 2003, p. 22. Expression reprise de l'article de Geneviève Koubi « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France... », *RTDH*, 1993/14, p. 243-262.

SECTION 2. L'aboutissement d'un régime des cultes égalitaire dans la généralité de la norme

370. La séparation cherchait à évincer tout élément religieux du pouvoir politique et du droit, du moins en partie. En effet, l'égalité civile était consacrée par l'indifférenciation religieuse que l'évolution des mentalités avait exigée. Cependant, se posait toujours la même question du devenir de la prise en compte du fait religieux. *A priori*, nous serions tentés de supposer qu'en affirmant la séparation, la loi de 1905 refusait tout traitement du fait religieux. En vérité, et c'est là toute l'importance de la dichotomie historique entre droit commun et régime des cultes, la loi de séparation entendait tant maintenir une réglementation spécifique au fait religieux qu'assurer, enfin, une égalité des cultes formelle¹¹⁶² (**PARAGRAPHE 1**). Tout l'enjeu de l'histoire du régime et de l'égalité des cultes se posait ici : comment finalement garantir cette égalité dans le maintien de ce régime ? Par la séparation, la loi de 1905 et ses instigateurs formulèrent le nouveau régime des cultes par les procédés normatifs de l'égalité générale. Réglementant le fait religieux, ils n'établissaient pourtant aucune distinction de religion, ce qui en faisait un régime conforme à l'égalité universaliste (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. L'enjeu égalitaire de la séparation : l'affirmation concomitante de l'égalité et du maintien d'un régime des cultes

371. Le texte de 1905 marqua une profonde rupture dans la gestion du fait religieux, ne serait-ce que par son titre suggérant une loi applicable, non pas à une Église, mais à toutes¹¹⁶³. En ce sens, la loi de 1905 est aujourd'hui largement rapportée à l'égalité des cultes : Cécile Laborde, considère que la laïcité postule certes l'égalité, mais c'est, selon elle, la loi de 1905 qui a restauré l'égalité entre les religions¹¹⁶⁴. Pour Elsa Forey, rejoignant l'autrice précédente, c'est avec l'abrogation du régime antérieur que fut instaurée « une véritable égalité entre tous les cultes »¹¹⁶⁵, par la loi de 1905 et ses principes (**A**). L'égalité défendue était clairement universaliste ; les distinctions entre religions ne devaient plus perdurer. L'affirmation de ce principe ne posait pas de problème et s'avérait même prévisible au regard de l'histoire. En revanche, à considérer la réflexion récurrente de la concrétisation d'une telle égalité dans le régime des cultes, se posait la question du maintien de ce dernier (**B**).

¹¹⁶² Cécile Laborde dit en effet que la loi de 1905 a consacré une égalité formelle entre toutes les religions (*Français, encore un effort pour être républicains*, Paris, Seuil, 2010, p. 61). Nous parlerons dans le premier paragraphe d'égalité des cultes formelle comme celle résultant de la loi de 1905, donc celle avant tout défendue par ses auteurs.

¹¹⁶³ Le pluriel dans son titre – « la séparation des Églises » – a toute son importance.

¹¹⁶⁴ C. LABORDE, *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁶⁵ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, *op. cit.* p. 16 et 361.

A) Une loi de séparation imprégnée de l'égalité des cultes

372. Dans les débats qui ont précédé la loi de séparation, de prime abord, il ne semble pas que l'égalité eut été souvent pleinement, surtout explicitement, prônée¹¹⁶⁶. Avant tout pragmatiques, les discussions tournaient surtout autour de l'Église catholique, de sa liberté, du devenir de ses biens et ressources¹¹⁶⁷. L'égalité des cultes n'était toutefois pas totalement omise. Elle apparaissait la plupart du temps en filigrane ou brandie au milieu d'un discours plus général¹¹⁶⁸. Et de toute évidence, la situation privilégiée du culte catholique dans l'exercice de son culte sous le Concordat constituait un reproche entretenu par les républicains¹¹⁶⁹ ; l'égalité des cultes irriguait constamment, en filigrane, le changement de régime mis en place en 1905. Par conséquent, nous rejoignons les propos de Clément Benelbaz, selon lesquels le texte posait, avant tout, un principe d'absence de distinction entre les anciens cultes reconnus et les autres : « la laïcité, pour ses initiateurs, est d'abord la garantie de l'égalité des citoyens, mais aussi des cultes »¹¹⁷⁰. Cette absence de distinction était avant tout nécessairement posée par le principe même de la séparation. En effet, à la lumière de la défense historique de l'égalité des cultes, nous avons constaté à quel point le régime des cultes reconnus instaurait une limite difficilement franchissable pour cette égalité. Tous les plaidoyers pour l'égalité des cultes se dirigeaient finalement vers la dénonciation du système même de la reconnaissance. La séparation et la fin de ce régime opérèrent au nom de l'égalité et en faveur de celle-ci, mais, cela, plus concrètement au travers des deux premiers articles de la loi de 1905.

373. L'article 1^{er} sur la liberté de conscience et des cultes établissait *per se* de nouvelles bases égalitaires pour le régime des cultes, ce qu'exprima pleinement Briand lorsqu'il prit la peine, lors de débats principalement centrés sur l'Église catholique, de préciser qu'il n'entendait pas rendre la liberté uniquement à celle-ci ; « c'est de toutes les Églises qu'il s'agit »¹¹⁷¹. Pour rappel, l'égalité des cultes n'est pas forcément gage de liberté. En revanche, cette assertion

¹¹⁶⁶ C'est notamment ce que remarque Jean Baubérot : « même si on a affirmé ensuite que la séparation permettait l'égalité des cultes par la disparition de la distinction entre “cultes reconnus” et “cultes non reconnus” cela n'a pas du tout constitué une préoccupation importante de la Commission puis de la Chambre des députés. La préoccupation majeure a été la “complète laïcité” (Briand), l'achèvement de la laïcisation par la fin de tout caractère officiel des Églises et (grâce surtout à Briand) la fin des entraves dites “concordataires” à la liberté des cultes, sans nuire à l’“ordre public” » (J. BAUBÉROT, « 1905-2005 : la laïcité française et les minorités religieuses », *art. préc.*). Nos propos qui suivent nuancent grandement ceux tenus par l'auteur. D'ailleurs, l'égalité des cultes se trouve même largement sous-tendue dans tout ce qu'il rapporte ; l'achèvement de la laïcisation, pour reprendre ses mots, recoupait celui de l'égalisation des cultes.

¹¹⁶⁷ La question du culte israélite, par exemple, était en grande partie absente des débats (J. BAUBÉROT, *La loi de 1905 n'aura pas lieu. Histoire politique des séparations des Églises et de l'État (1902-1908)*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, t. 1, 2019, coll. « 54 », p. 123). Au demeurant, comme le précise Baubérot, Combes parlait sciemment d'une séparation de l'Église et de l'État (*ibid.*, p. 122).

¹¹⁶⁸ Voir, par exemple, les motifs de la proposition de loi sur la séparation de Pressensé, du 7 avril 1903, qui exposaient à plusieurs reprises les problèmes liés à l'égalité et la nécessité de créer, d'organiser, une liberté à « substituer au régime du privilège et de l'inégalité » (F. DE PRESSENSE, *Proposition de loi sur la séparation des Églises et de l'État, la dénonciation du Concordat et la suppression du budget des cultes*, du 7 avr. 1903, disponible en ligne sur : <http://www.eglise-etat.org> (consulté le 25 août 2023)). Au demeurant, l'article 6 de sa proposition de loi est plutôt clair au regard de l'égalité des cultes : « [l]a République ne protège, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. Elle n'accorde de privilège ou de dispense à aucun culte [...] » (nous soulignons).

¹¹⁶⁹ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, op. cit., p. 88.

¹¹⁷⁰ C. BENELBAZ, « L'identité a-religieuse de la France », *Revue du droit des religions*, n° 10, 2020, p. 71-88.

¹¹⁷¹ A. BRIAND, *La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, Paris, Eugène Fasquelle, 1908, p. 8.

exige la nuance suggérée par Duquesnoy lors de la Révolution, pour qui il n’y aura jamais de liberté avec un culte dominant, mais la persistance d’une seule division entre deux castes : « l’une opprimant et l’autre opprimée »¹¹⁷². Sous le Second Empire, le républicain André-Saturnin Morin avait aussi bien considéré que la liberté de religion « impliqu[ait] un droit inhérent à la nature humaine, appartenant à tous avec la même plénitude ». En conséquence, « la liberté, exclusive du privilège, suppose l’égalité »¹¹⁷³. Force est de constater que l’inégalité des cultes entraîna effectivement la plupart du temps des restrictions sur les libertés. Cela concerna, certes, initialement les consciences religieuses, mais, surtout et ensuite, leur manifestation. L’article 1^{er} vint garantir cette égale liberté de culte, ne serait-ce que par sa formulation.

374. En effet, il est bel et bien question du libre exercice « des cultes », c’est-à-dire de *tous* les cultes¹¹⁷⁴. Dans sa thèse de doctorat quelques années après la loi de 1905, André Delavesne affirmait effectivement que la liberté proclamée « implique d’abord le libre exercice pour tous les cultes quels qu’ils soient : il n’y a plus de distinction entre les différents cultes ; tous sont permis sans qu’une autorisation spéciale soit nécessaire »¹¹⁷⁵. Lors des débats sur la loi, le rapporteur au Sénat, Maxime Lecomte, parlait plus généralement de « liberté religieuse », qui exigeait tout autant l’égalité des cultes devant la loi¹¹⁷⁶. Comme le résumait Jean-François Amédéo, « la rupture d’égalité est au cœur de la non-compatibilité du système concordataire avec la liberté religieuse »¹¹⁷⁷. C’est une conception aussi reprise aujourd’hui par Stéphane Pierré-Caps, qui fait de l’égalité des cultes une implication logique de la « liberté religieuse », que la loi de 1905 aurait consacré en tirant simplement les conséquences des principes de 1789¹¹⁷⁸.

375. L’article suivant de la loi du 9 décembre 1905 s’avérait aussi primordial. Seulement, si les implications du principe de non-reconnaissance pouvaient probablement être plus explicites à l’égard de l’égalité civile, en l’interprétant par le simple évincement de tout élément religieux de la sphère publique, pour le régime et l’égalité des cultes la question était plus complexe. En vérité, le principe ne marquait pas la fin de tout régime des cultes, mais celle de l’officialité de certains d’entre eux¹¹⁷⁹. La preuve en est que l’on pensa à rajouter « ne reconnaît

¹¹⁷² R. DE CREVECOEUR, *Journal d’Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar-le-Duc, sur l’Assemblée constituante : 3 mai 1789-3 avril 1790*, t. 1, 1894, Paris, A. Picard, p. 309-311.

¹¹⁷³ A.-S. MORIN, *De la séparation du spirituel et du temporel*, Paris, Noiret, 1866, p. 46.

¹¹⁷⁴ Nous soulignons.

¹¹⁷⁵ A. DELAVESNE, *Du culte et de son exercice public d’après la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l’État*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Arthur Rousseau, 1908, p. 52-53.

¹¹⁷⁶ Liberté précisément bafouée, aux yeux des séparatistes, par « l’illogisme du régime concordataire » qui reconnaissait spécifiquement trois cultes (M. LECOMTE, *Séparation des Églises et de l’État, commentaires des articles de la loi du 9 décembre 1905*, Paris, Félix Juven, 1906, p. 210).

¹¹⁷⁷ J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l’État sous la III^e République. Un exemple des interactions entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l’administration*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 159.

¹¹⁷⁸ S. PIERRE-CAPS, « Les “nouveaux cultes” et le “droit public” », *RDP*, n° 4, 1990, p. 1073-1119.

¹¹⁷⁹ Voir le Paragraphe suivant.

officiellement »¹¹⁸⁰. La proposition se perdit dans les discussions, mais Briand entendit la rédaction finale de la sorte¹¹⁸¹.

376. Dans ce cadre, affichant toute l'importance – décrite plus haut – de la séparation au regard de l'égalité, la disposition marqua la naissance d'un régime des cultes qui se voulait complètement contraire à l'ancien modèle et qui doit donc se lire à la lumière de ce dernier : « la non-reconnaissance affirmée en 1905 est l'exact contraire de la reconnaissance telle qu'elle figurait dans le préambule du Concordat de 1801 »¹¹⁸². Autrement dit, il n'y avait plus d'Églises au statut juridique privilégié et toutes se trouvaient « juridiquement égales et libres de s'organiser et d'assurer leur financement au moyen de ressources que leur fournissent leurs fidèles »¹¹⁸³. Jean-Paul Scot se rallie à cette réflexion en considérant le premier alinéa de l'article 2 comme l'antithèse de la formulation que Portalis put prôner en 1803 selon laquelle « l'État s'engage à protéger la doctrine, la discipline et les membres de la "religion dominante" ». Jean-Paul Scot rajoutait : « [t]ant que certains cultes sont reconnus, protégés, salariés, à côté d'autres croyances religieuses et d'autres opinions philosophiques qui ne le sont pas, subsistent de fait des religions privilégiées »¹¹⁸⁴. L'histoire lui donne raison. En ce sens, c'est ce qu'expliquait Louis Méjan lors de l'élaboration de la loi, lequel affirmait à juste titre que la liberté des cultes n'était pas une véritable innovation, contrairement à la neutralité et à l'égalité des cultes qui découlaient de l'article 2 et qui étaient, « dans leurs effets pratiques, en contradiction absolue avec l'état des choses antérieur »¹¹⁸⁵. La place que l'État octroyait à certaines religions, en vertu de leur importance sociale et surtout morale¹¹⁸⁶, n'avait plus lieu d'être. Tel qu'il transparaît à travers tous ces propos, « la non-reconnaissance [avait] pour effet direct de placer tous les cultes sur un même pied »¹¹⁸⁷. En somme, la non-reconnaissance est intimement liée à l'égalité des cultes¹¹⁸⁸. Le développement des régimes antérieurs n'avait pu qu'aboutir à la fin de la reconnaissance. C'est même l'égalité qui a, en grande partie, poussé à la fin du modèle de reconnaissance, intrinsèquement inégalitaire.

377. Au demeurant, pour certains, la non-reconnaissance, arrimée à la liberté de culte, confortait en sus le lien entre égalité et liberté. Forcément, l'affirmation de la liberté de culte se trouvait limitée par la dichotomie opérée entre cultes reconnus et non reconnus, principalement pour ces derniers. Dès lors, l'article 2, en proclamant l'égalité des cultes, apparut comme « une conséquence nécessaire de l'article 1^{er} » – écrivaient Gustave Lhopiteau et Eman Thibaut en

¹¹⁸⁰ Nous soulignons.

¹¹⁸¹ J. BAUBEROT, *La loi de 1905 n'aura pas lieu...*, op. cit., p. 271-272.

¹¹⁸² J.-M. DUCOMTE, *Laïcité, laïcité(s) ?*, Paris, Privat, 2012, coll. « Le comptoir des idées », p. 241

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ J.-P. SCOT, « L'État chez lui, l'Église chez elle »..., op. cit., p. 190.

¹¹⁸⁵ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 168.

¹¹⁸⁶ Comme le dénonçait Paul Grunebaum-Ballin dans son étude sur la loi de séparation en reprenant Portalis : « [l]e système napoléonien – qui dure encore – ne tend pas du tout à accorder aux opinions religieuses, et aux autres cultes qui en sont les manifestations, une autorisation égale pour tous : il s'agit de concéder à chaque culte, suivant son "utilité sociale", "le degré de tolérance et de protection" dont il est digne » (P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 20-21).

¹¹⁸⁷ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, op. cit., p. 259.

¹¹⁸⁸ D. BLANC, « Au Panthéon des principes, la laïcité reconnaissante », *LPA*, n° 65, 2017, p. 9.

1906 – « car sans l'égalité des cultes et la laïcité de l'État, il n'y aurait pas véritablement liberté des cultes et liberté de conscience »¹¹⁸⁹. Aux yeux de Paul Grunebaum-Ballin, l'article 2 actait donc profondément ce changement¹¹⁹⁰.

378. En suivant, l'article réglait l'une des questions les plus vives, y compris pour l'égalité ; celle du financement des cultes. Bien qu'elle pût faire couler beaucoup d'encre lors des débats, elle resta fermement soutenue et préservée par les défenseurs de la loi¹¹⁹¹. Il faut dire que le non financement des cultes était la conséquence immédiate et nécessaire de la non-reconnaissance, affirmèrent Briand¹¹⁹² et Louis Méjan¹¹⁹³. Cette logique tient de l'amalgame construit tout le long du XIX^e siècle entre reconnaissance et financement d'un culte¹¹⁹⁴. La reconnaissance d'une religion signifiait d'abord et avant tout la qualité d'agents publics financés par l'État pour les ministres du culte. Cela explique l'importance octroyée par la loi de 1905, lorsqu'elle acta la séparation, à l'interdiction de financer les cultes¹¹⁹⁵. Ce n'était pourtant pas faute pour certains catholiques d'avoir défendu une séparation sans suppression du budget des cultes, en s'appuyant sur le modèle italien ou belge¹¹⁹⁶. Une nouvelle fois, les tribulations de l'histoire avaient dû rendre l'idée d'une telle séparation inenvisageable ; on leur rétorqua qu'elle n'était que fictive¹¹⁹⁷.

379. En définitive, la loi du 9 décembre actait bien l'aboutissement d'un mouvement continu, tout le long du XIX^e siècle, vers l'égalité des tous cultes. D'une part, pour les juifs et les protestants, « la séparation et la liberté qu'elle induisait parachevaient le long chemin vers l'égalité de droit vis-à-vis du culte catholique qui avait été emprunté à partir de la Révolution de 1789 »¹¹⁹⁸. Ce constat est d'autant plus avéré que le Concordat avait rapproché ces deux de

¹¹⁸⁹ G. LHOPIEAU et E. THIBAUT, *Les Églises et l'État. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905 et des décrets réglementant son exécution*, Paris, 1906, p. 13 cité dans J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la III^e République...*, op. cit., p. 159.

¹¹⁹⁰ Pour lui, l'article 2 consacrait le principe de « laïcité absolue de l'État ; celui de l'égalité des cultes, égalité sans laquelle il n'y a pas véritablement de liberté des cultes et liberté de conscience ».

¹¹⁹¹ Voir, par exemple, la défense de Maxime Lecomte et les discussions au Sénat à ce titre dans son rapport (*Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 347 et s.). Pour la défense de Louis Méjan, voir L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 167.

¹¹⁹² A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1905, p. 267.

¹¹⁹³ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., Paris, PUF, 1959, p. 167.

¹¹⁹⁴ Pierre-Henri Prélôt retrace très clairement ce raisonnement en soulignant, en premier lieu, que l'article 7 de la Constitution de 1848 avait abordé le traitement des ministres du culte et constitutionnalisé, en ce sens, ce seul élément du régime des cultes reconnus (P.-H. PRELOT, « La religion dans les constitutions françaises. De la Constitution civile du clergé à la laïcité constitutionnelle (1789-1958) », in S. AKGÖNUL (dir.), *Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*, Strasbourg, PUS, 2008, coll. « Société, droit et religion », Point 59).

¹¹⁹⁵ Et, celui-ci de conclure par ailleurs : [c]ette confusion reconnaissance-prise en charge pèse aujourd'hui encore très fortement dans la compréhension très restrictive que l'on a souvent du régime de séparation » (*ibid*).

¹¹⁹⁶ C'est la défense du député Jules Delafosse à l'appui de son amendement visant à remplacer l'article 2 par « [l]e budget des cultes est maintenu comme service d'État » (Séance du 12 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1348 et s.).

¹¹⁹⁷ J.-P. SCOT, « *L'État chez lui, l'Église chez elle* »..., op. cit., p. 192. Pour répondre au député Delafosse, Briand expliqua que les exemples étrangers n'étaient pas parlants dans la mesure où ils appliquaient en réalité un régime « mixte » et non une séparation totale, comme ce que visait la loi, ou comme aux États-Unis (Séance du 12 avr. 1905, *Débats parlementaires...*, op. cit., p. 1353).

¹¹⁹⁸ J.-M. DUCOMTE, *Laïcité, laïcité(s) ?*, op. cit., p. 116.

l'Église catholique dans le traitement juridique. D'autre part, comme le suggérait Léon Duguit à l'époque, qui fut un des rares à traiter le cas d'autres religions, les cultes non reconnus avant tout, notamment les bouddhistes et les musulmans, sortaient enfin de l'arbitraire et de la tolérance propre au Concordat¹¹⁹⁹. Comme l'avait pertinemment expliqué André-Saturnin Morin, la tolérance suppose en effet un état d'infériorité de celui qui est toléré et ce dernier « est encore bien loin d'être admis à l'égalité »¹²⁰⁰. Dès lors, pour tous ces cultes, la loi de 1905 amorçait un changement de taille en substituant au terme de tolérance celui d'égalité. Dans son acception de la tolérance, Daniel Morfouace décrit distinctement le passage de la tolérance à l'égalité, et parallèlement celui du Concordat à la séparation en réalité : « [l]à où la tolérance introduisait une permission, révocable à tout moment, la laïcité instaure un droit égal pour tous. Il n'y a plus d'un côté de généreux, et apparemment vertueux, tolérants et de l'autre des tolérés, car la laïcité¹²⁰¹ méconnaît les majorités et les minorités, les anciens et les nouveaux, les dominants et les dominés. Tolérants et tolérés sont confondus et renvoyés aux mêmes exigences devant la loi qui s'impose également aux uns et aux autres. Il n'y a pas de supériorité condescendante en mesure de tolérer une croyance minoritaire »¹²⁰². Par la séparation, tous les cultes furent ainsi soumis aux mêmes règles. Telle était l'affirmation de l'égalité des cultes formelles voulue à travers le texte.

380. Après le vote de la loi, le Conseil d'État participa activement à la consécration d'une telle égalité, notamment en rompant fondamentalement avec l'arbitraire caractérisant l'ancien modèle, notamment à l'égard des mesures de police. Le juge s'évertua à vérifier l'absence de mesures discriminatoires – en l'occurrence, à l'époque, souvent anticléricales – ou la présence de motifs neutres, objectifs et avérés¹²⁰³. Comme pour toute liberté, la mesure des atteintes à l'ordre public était la règle posée dès le premier article de la loi¹²⁰⁴. Le Conseil d'État s'assura de cela de manière totalement égalitaire, notamment à l'égard des autres types de manifestations¹²⁰⁵. En d'autres termes, les appréciations portées étaient dénuées de considérations religieuses. Seules s'appliquaient les restrictions neutres et objectives, faisant fi des religions en cause. Souvenons-nous que la recherche de l'objectivité s'inscrit dans la logique de l'égalité par la généralité : « ce critère objectif traduit un éloignement volontaire des réalités sociales » et s'avère souvent « associée à une conception abstraite du droit en

¹¹⁹⁹ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, organisation politique*, Paris, Albert Fontemoing, 1907, p. 601-602.

¹²⁰⁰ A.-S. MORIN, *De la séparation du spirituel et du temporel*, op. cit., p. 46.

¹²⁰¹ Dans les propos cités, le mot « laïcité » pourrait être remplacé par « la loi de 1905 », car cette dernière acte ce changement tant attendu.

¹²⁰² D. MORFOUACE, « Tolérance » in M. CERF et M. HORWITZ (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 309.

¹²⁰³ J. BARTHELEMY et A. DAMIEN, « Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité », *La Revue administrative*, n° 2, 1999, p. 37-47.

¹²⁰⁴ « Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public » (souligné par nous).

¹²⁰⁵ Le juge pouvait notamment affirmer pour l'arrêté d'un maire, « qu'il s'est fondé exclusivement sur l'intérêt de la circulation et sur les inconvénients qui peuvent résulter ces cortèges pour le passage des voitures, automobiles et autres ; que la police de la circulation ne saurait comporter des mesures restrictives applicables aux seules manifestations religieuses » (CE, 10 juin 1921, *Sieur Poirier*, Rec. Lebon p. 559).

cause »¹²⁰⁶. Il n'y avait plus un culte davantage soumis aux foudres des mesures arbitraires de police. L'égalité des cultes primait alors. Tout cela était en adéquation avec le recul de l'immixtion des pouvoirs publics et la place concomitamment octroyée à un régime davantage répressif.

381. Par la suite, le Conseil d'État consacra enfin l'égalité des cultes en considérant que le principe de laïcité impliquait, certes la neutralité, mais surtout un « traitement égal des différents cultes »¹²⁰⁷. En outre, il n'est pas rare que les juridictions administratives fassent alors usage de ce principe de traitement égal des différents cultes¹²⁰⁸. Le Conseil d'État appuie même cette consécration en traitant par moments de « l'égal respect des croyances et traditions religieuses »¹²⁰⁹, formulation qu'il réitéra à plusieurs reprises par la suite¹²¹⁰.

382. Suivant ces propos, l'égalité des cultes tant espérée semblait enfin consacrer une égalité universaliste en la matière. Cela devait toutefois passer par une formulation précise du régime des cultes qui perdurait.

B) Une séparation non synonyme d'ignorance du fait religieux

383. En 1791, le député Ducos, lorsqu'il défendait l'égalité, postulait déjà une séparation entre l'État et la religion en envisageant l'absence de toute réglementation religieuse : « séparez de ce qui concerne l'État, tout ce qui concerne la religion ; assimilez la manifestation des opinions religieuses à la manifestation de toutes les autres ; assimilez les assemblées religieuses à toutes les autres réunions de citoyens ; que toutes les sectes aient la liberté de choisir un évêque ou un imam, un ministre ou un rabbin, comme les sociétés populaires [...] que la loi s'adresse toujours au citoyen et jamais au sectateur d'une religion quelconque ; enfin, que l'existence civile et politique soit absolument indépendante de l'existence religieuse »¹²¹¹. L'hypothèse n'était pas dénuée de sens. Après tout, se séparer du religieux impliquait, notamment au nom de l'égalité, de totalement l'ignorer. L'égalité était ainsi consacrée en l'absence d'un quelconque renvoi au fait religieux dans toutes les branches du droit ; l'égalité civile et l'égalité des cultes étaient jointes. Pour la loi de 1905, certains proposaient une rupture complète pour la séparation¹²¹². Qu'en était-il ?

¹²⁰⁶ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 80.

¹²⁰⁷ CE, 16 mars 2005, *Ministre Outre-mer c. Gouvernement de Polynésie française*, n° 265560.

¹²⁰⁸ Par exemple CAA de Nancy, 6 mars 2008, *Commune de Sultz*, n° 07NC00083.

¹²⁰⁹ CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441 ; *DA*, déc. 2013, p. 44-48, note G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, n° 29, 2013, note M. TOUZEIL-DIVINA.

¹²¹⁰ Voir CE, 13 mars 2017, *Association de sensibilisation, d'information et de défense de consommateurs musulmans*, n° 391499 et CE, 1^{er} juill. 2022, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 441260.

¹²¹¹ Séance du 26 oct. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale législative*, t. 34, Paris. P. Dupont, 1890, p. 416.

¹²¹² M. GUILBAUD, « La loi de séparation de 1905 ou l'impossible rupture », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 28, 2004, p. 163-173.

384. Le texte instaura en premier lieu une libéralisation du régime, une forme de « laisser-faire », historiquement malmenée en matière religieuse du fait de l'intrusion récurrente de l'État dans le domaine religieux. L'assurance de la liberté de conscience et la garantie du libre exercice des cultes formèrent les prémices de la loi¹²¹³. Toute religion retrouvait, par principe, une liberté – un « droit-liberté »¹²¹⁴ – résultant de l'absence d'intervention de l'État, *a fortiori* de l'absence d'intervention arbitraire et inégalitaire de l'État, surtout dans la sphère privée. Quand, auparavant, l'État faisait pression sur les consciences en favorisant une conviction, dorénavant, le principe était celui de la liberté. Quand, auparavant, tout impliquait l'immixtion de l'État, en partie au titre de ce favoritisme, dorénavant le principe était celui de la liberté. Avec cette loi et celles qui l'ont postérieurement complété dans un sens encore plus libéral, le lien entre l'absence d'immixtion de l'État, la liberté, et l'égalité, qui apparaît ici, n'a eu de cesse de se confirmer. Ce constat transparaît ouvertement dans tableau dépeint par Duguit : « [a]ujourd'hui, toute réunion cultuelle, quel que soit le rite ou le culte, peut être tenue sans autorisation¹²¹⁵. Une église catholique, un temple protestant, une synagogue israélite, une pagode hindoue, une mosquée musulmane, un édifice quelconque consacré à un culte quelconque nouveau ou ancien, peut être ouvert au public pour les cérémonies de ce culte, non seulement sans autorisation préalable, mais encore sans qu'on soit tenu de faire une déclaration quelconque à une autorité quelconque ». La rupture avec les articles 291 et 294 du Code pénal, qui maintenait par là même une forme d'ambiguïté à l'égard du libre exercice du culte privé, était considérable.

385. Cependant, l'histoire montra la difficulté de se séparer d'une réglementation spécifique au fait religieux. La loi de 1905 ne vit pas non plus la séparation comme une totale ignorance du phénomène religieux et, à vrai dire, elle ne le pouvait pas véritablement, ne serait-ce que pour les questions matérielles et pragmatiques à régler¹²¹⁶. La loi de 1905 devait réglementer l'exercice public, extérieur et visible, du culte.

386. Lors des débats sur le texte, Albert de Benoist s'indignait justement que, d'un côté la loi voulut faire table rase de l'ancienne législation et ne voulut plus ni reconnaître, ni connaître les cultes¹²¹⁷, ce qu'elle affirmait solennellement, quand, de l'autre « elle

¹²¹³ La précision de Briand est souvent rappelée à ce titre : « [l]e régime nouveau des cultes, qui vous est proposé, touche à des intérêts si délicats et si divers, il opère de si grands changements dans des coutumes séculaires, qu'il est sage, avant tout, de rassurer la susceptibilité éveillée des "fidèles", en proclament solennellement que, non seulement la République ne saurait opprimer les consciences ou gêner dans ses formes multiples l'expression extérieure des sentiments religieux, mais encore qu'elle entend respecter et faire respecter la liberté de conscience et la liberté des cultes. [...] Le juge saura, grâce à l'article placé en vedette de la réforme, dans quel esprit tous les autres ont été conçus et adoptés. Toutes les fois que l'intérêt de l'ordre public ne pourra être légitimement invoqué, dans le silence des textes ou le doute sur leur exacte application, c'est la solution libérale qui sera la plus conforme à la pensée du législateur. Le libre exercice des cultes tel qu'il est prévu et garanti par le projet réalise un progrès notable dans la voie du libéralisme » (A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 265-266).

¹²¹⁴ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p. 289.

¹²¹⁵ L'article 25 de la loi de 1905 prévoyait cependant une déclaration préalable auprès de l'administration. La loi du 28 mars 1907 vint libérer les réunions cultuelles de toute contrainte administrative.

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ Rappelons que ce n'était pas la vision de Briand, qui voyait davantage la non-reconnaissance comme la fin de « l'officialité » de certains cultes (voir p. 186-187).

s'empres[sait] de créer, pour elles et contre elles [les religions], tout un régime légal nouveau »¹²¹⁸. Toutefois, pour la doctrine en général¹²¹⁹, l'État ne pouvait à l'évidence ignorer le fait religieux¹²²⁰. Le fait religieux, que ce soit pour des raisons d'ordre public ou de liberté, suggérait toujours un minimum d'intervention. Cette exigence découlait d'ailleurs de l'article 1^{er} lui-même, qui nécessitait *a minima* une intervention de l'État puisqu'il exigeait qu'il « assure » la liberté de conscience et qu'il « garantisse » le libre exercice des cultes¹²²¹. La loi coïncidait avec la logique républicaine de l'époque qui, à travers ses diverses lois de libéralisation, prônait une liberté devant nécessairement être organisée par le législateur¹²²². Patrice Rolland affirme, en effet, que « la liberté a besoin d'un statut juridique pour être effective et garantie », ce qui exigeait une fine combinaison entre non-reconnaissance et libre exercice des cultes¹²²³.

387. En outre, en lien avec la liberté, la nécessité d'une réglementation découlait de ce que l'État devait à présent organiser ce qui n'était plus du domaine du privé, mais relevait bien de l'ordre public¹²²⁴, ne serait-ce que du point de vue de la police des cultes. La réglementation en la matière perdurait alors et une police spéciale, celle du culte, pour autant bien ancienne, vint accompagner la loi¹²²⁵. Maxime Lecomte, en conclusion de son rapport au Sénat sur la loi, certifiait que se séparer de l'Église ne revenait pas à la méconnaître ou à l'ignorer, mais qu'elle se trouvait soumise au « droit de haute police de l'État » qui ne devait être « ni trop lâche ni trop rigoureuse », avec « pour limites ce qui est vraiment nécessaire pour atteindre le but poursuivi : [...] maintenir l'ordre public et la paix entre les citoyens »¹²²⁶.

388. En conséquence, la loi de 1905 n'ignorait pas le fait religieux. Elle en changeait totalement le paradigme et établissait, selon les mots de Briand, un « régime nouveau des cultes »¹²²⁷. Pour résumer avec les mots d'Émile Poulat : « ce qu'on appelle la "séparation" »

¹²¹⁸ Séance du 12 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1355.

¹²¹⁹ Jean Gaudemet constate « la nécessité d'une législation culturelle, car dans tous pays et quelles que soient ses options religieuses et politiques, la vie religieuse apparaît comme une donnée de la vie sociale que ni la politique, ni le législateur, ni le juge ne peuvent ignorer » (J. GAUDEMET, « Conclusions de l'historien des institutions » in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER (dir.), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union européenne*, Paris, PUF, 1999, coll. « Histoire », p. 235).

¹²²⁰ Cette assertion fait l'objet d'une analyse plus approfondie au sein du dernier titre de la thèse.

¹²²¹ Pour les implications défendues de ces dispositions, voir p. 273 et s. et p. 492 et s.

¹²²² Il conclut à l'adoption de cette méthode législative par les promoteurs de la loi de séparation et constate à ce titre le rejet des propositions visant seulement l'abrogation du Concordat. L'auteur expose aussi que Briand défendit que le régime spécial de la loi de 1905 serait plus protecteur – donc justifié – pour l'exercice du culte que le droit commun (invoqué par les contempteurs catholiques) de la loi de 1901 (J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la III^e République...*, op. cit., p. 550 et s).

¹²²³ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 51-63.

¹²²⁴ M. MIAILLE, « À propos de citoyenneté et laïcité : débat sur l'universel » in V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, coll. « Droit et Société », p. 78.

¹²²⁵ Christine Peyrard rappelle notamment que « sous la Convention thermidorienne et le Directoire, l'État qui s'est proclamé laïc a défini, argumenté et explicité une police des cultes. Ainsi, au plan constitutionnel comme au plan législatif, la liberté culturelle a impliqué une police des cultes » (« De la liberté culturelle à la police des cultes : la première Séparation des Églises et de l'État en France » in C. PEYRARD (dir.), *Politique, religion et laïcité*, op. cit., p. 90).

¹²²⁶ M. LECOMTE, *Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 461.

¹²²⁷ A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 236.

n'est pas simplement la fin du régime alors inexistant, mais le fondement, l'amorce et l'ébauche d'un nouveau régime substitué au précédent et qui va prendre forme au fil du temps »¹²²⁸, et ce, sous la plume de l'égalité.

389. Dans le fond, aucun régime n'avait jusqu'ici ignoré le religieux sur le plan normatif. L'histoire a montré l'établissement progressif d'un régime des cultes, donc d'une égalité des cultes, en sus de celle civile. La loi de 1905 n'a fait que tirer les conséquences de cela. Il fallait alors trouver un compromis, comme le précisait la commission Briand à l'époque, pour établir « un ensemble de dispositions législatives qui fussent de nature, sans engager l'État, sans violer le principe de neutralité [et en garantissant l'égalité des cultes], à permettre aux cultes de continuer à s'exercer sans interruption »¹²²⁹. En vertu des nouveaux principes, l'expression publique des religions, qui se trouve ainsi réglementée au nom de l'ordre public et des libertés¹²³⁰ est connue et assurée sous l'égalité entre tous les cultes¹²³¹. Ce constat amène souvent la doctrine à affirmer, à la manière d'Alain Boyer qui reprend Jacques Robert¹²³², que « si la République ne reconnaît aucun culte, elle les connaît tous, en droit, sur un pied d'égalité »¹²³³. Dans un rapport dédié au principe de laïcité, le Conseil d'État n'en disait pas moins en faisant découler des deux premiers articles de la loi de 1905 un constat : « [e]lle [la laïcité] ne peut ignorer le fait religieux et implique l'égalité entre tous les cultes »¹²³⁴.

390. D'un côté, l'égalité était affirmée par la séparation ; de l'autre, la séparation n'impliquait pas l'ignorance du fait religieux. La solution égalitaire et claire, mais irréaliste, de Ducos n'était donc pas envisageable. Dans l'absolu, il est donc encore difficile de percevoir comment cette égalité pouvait alors être garantie dans la norme de ce régime, mais les régimes passés avaient donné des pistes de solution que la loi de 1905 concrétisait.

PARAGRAPHE 2. La solution égalitaire : un régime des cultes dans la généralité de la norme

391. L'égalité générale développée en France opéra comme concrétisation de l'idéal d'égalité universaliste. Jusqu'à présent, le régime des cultes n'avait que très peu été composé de normes générales, conformes à l'universalisme. Nous disons « peu », car, par moments, la réglementation traita de « culte quelconque » par exemple, ce qui manifesta chaque fois un élan égalitaire. Progressivement, la généralité s'imposa au sein du régime. En vérité, la solution

¹²²⁸ É. POULAT, *Scruter la loi de 1905...*, op. cit., p. 123.

¹²²⁹ AN, *procès-verbal de la commission de Séparation*, C. 7300, dossier 65, côte 1078, t. I. cité dans V. BEDIN, « Aristide Briand et la séparation des Églises et de l'État. La commission des Trente-Trois », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, janv.-avr. 1977, p. 364-390.

¹²³⁰ Très certainement, pléthore d'autres raisons, principalement politiques, justifient l'existence d'une réglementation applicable à un phénomène social aussi imposant que celui de la religion.

¹²³¹ A. BOYER, « Comment l'État laïque connaît-il les religions ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 37-49.

¹²³² Jacques Robert dit dans son ouvrage que l'État ne « reconnaît » plus les cultes mais elle les « connaît » (J. ROBERT, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris, PUF, 1977, p. 51).

¹²³³ A. BOYER, « Comment l'État laïque connaît-il les religions ? », art. préc.

¹²³⁴ Conseil d'État, *Rapport public : réflexions sur la laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 275.

égalitaire se trouvait là, et plus expressément encore par la suite au sein de la réglementation générale applicable aux cultes non reconnus. En effet, la réglementation, par sa généralité ne les distinguait pas, contrairement au régime de reconnaissance qui distinguait, du moins au début, substantiellement. La loi de 1905 emprunta alors très clairement à l'égalité générale pour réglementer le fait religieux (A). Cette généralité impliquait nécessairement la fin d'un régime « dynamique », fait de statuts spécifiques, propres à certaines religions, et le début d'un modèle « passif », accessible à tous (B). En conséquence de cela, le fait religieux devait concrètement être saisi au travers de nouvelles catégories juridiques correspondant à la généralité (C). L'égalité des cultes qui émanait de ces exigences fut par la suite confortée dans l'application du régime, nous le verrons à travers quelques illustrations (D).

A) Une égalité des cultes dans l'égalité par la généralité

392. Dans la même lignée que les propos précédents de Alain Boyer et Jacques Robert, Philippe Ségur rejette l'ignorance totale du religieux. Il décrit cette non-reconnaissance comme l'interdiction de distinction officielle entre les cultes¹²³⁵, quand Hocine Zeghbib, poursuivant les explications du Professeur, précise qu'elle impose à l'État de se comporter de manière totalement identique face à toutes les religions, qu'il connaît toutes en général sans en reconnaître aucune en particulier »¹²³⁶. L'idée de « général » a tout son sens eu égard à nos propos introductifs sur l'égalité par la généralité. Les mots d'Élise Untermaier sont explicites en la matière : « [l]es règles générales sont d'abord perçues comme une garantie de l'égalité : elles constituent un outil du droit public français permettant d'assurer l'égalité entre les citoyens »¹²³⁷. Cette modalité a indéniablement son importance lors du contrôle du principe d'égalité devant la loi¹²³⁸, mais elle opère avant tout dans un sens légistique, de formation des catégories juridiques. Ainsi, en n'optant pas pour l'extension de la reconnaissance, la loi de 1905 visa la globalisation et la libéralisation du régime applicable aux cultes non reconnus, qui se caractérisait alors précisément par le droit commun et la généralité de la norme.

393. Les auteurs classiques de l'époque se sont beaucoup attardés sur la loi de 1905 et, parmi eux, Esmein portait précisément une analyse très pertinente du lien entre généralité et ledit texte. Il affirmait qu'aucune Église n'était déterminée, pas plus que l'autorité d'une d'entre elles. Selon lui, l'inverse aurait été contraire à l'article 2, mais surtout contraire au « caractère général de la loi, qui est une loi commune, s'appliquant indifféremment à tous les cultes »¹²³⁹. La remarque est à lire avec toutefois en mémoire que la conception de la loi se confondait sous

¹²³⁵ P. SEGUR, « Le principe constitutionnel de laïcité », *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, vol. 44, 1996, p. 117-134.

¹²³⁶ H. ZEGHBIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA*, 2008, p. 1997.

¹²³⁷ E. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 139.

¹²³⁸ M. GUYOMAR et B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, oct. 2018, point 35.

¹²³⁹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1914), Paris, Éditions Panthéon Assas, rééd., 2001, coll. « Droit public », p. 1195.

la III^e République très largement avec celle de la généralité¹²⁴⁰. Du reste, c'est peut-être à cela que renvoyait la mise en place d'une « fiction d'ignorance légale » que caractérisait Maurice Hauriou pour désigner la concrétisation de la non-reconnaissance¹²⁴¹. En effet, la loi ignorait toute religion à proprement parler à travers des terminologies générales qui évitent toute reconnaissance. Cette généralité comprend certaines exigences.

394. Pour les comprendre, il faut se remémorer la Constitution de la Seconde République, qui fut louée par Jacqueline Lalouette pour ne plus avoir nommé la religion catholique comme celle de l'État ou de la majorité des Français¹²⁴². Nous nous souvenons alors l'importance de l'absence de désignation d'une religion dans la norme au profit de l'égalité, en dépit, toutefois, de la distinction maintenue des cultes reconnus et non reconnus. Les propos précédents d'Esmein n'en disaient pas moins lorsqu'il postulait qu'aucune Église, pas plus que son autorité, ne doivent être reconnues. Par ces termes, l'auteur mettait en lumière l'impersonnalité et l'abstraction nécessaire de la norme, qui devaient, toutes deux, caractériser le nouveau régime, à rebours de l'ancien. L'universalité de la loi, son caractère commun, donc sa généralité, découlent de ces exigences.

395. Dans le domaine religieux, nous pouvons alors rapporter l'impersonnalité à l'absence de désignation nommée d'un culte en particulier, ce que la loi de 1905 respecta. Faisant découler cette exigence de la non-reconnaissance¹²⁴³, Pierre-Henri Prélôt considérait que la loi de 1905, en opposition au régime des cultes établis, ne pouvait dans le fond que fonctionner en « s'interdi[sant] de désigner nommément tel ou tel culte »¹²⁴⁴. Ailleurs, l'auteur complétait que les libertés de culte et de conscience étaient alors proclamées « sans jamais nommer les religions catholique, réformée, luthérienne et juive qui sont pourtant l'objet central de la loi »¹²⁴⁵.

396. Ensuite, l'impersonnalité se conjugait nécessairement avec l'abstraction de la norme qui exigeait une absence de référence à des éléments matériels concrets. Pour rappel, l'abstraction est souvent considérée la mieux à même de traduire l'universalité¹²⁴⁶. Tel que l'affirme Pierre-Henri Prélôt, la loi de 1905 exprime assurément cette abstraction et, plus même encore, la place traditionnelle républicaine octroyée au législateur, alors dépositaire et garant de cette conception abstraite de l'individu¹²⁴⁷. En joignant impersonnalité et abstraction, nous

¹²⁴⁰ Voir notre Introduction p. 16 et s.

¹²⁴¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit., p. 476.

¹²⁴² J. LALOUETTE, « La politique religieuse de la Seconde République », art. préc. (voir supra).

¹²⁴³ P.-H. PRELOT, « Constitution. Droit français » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire. Droit des Religions*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 174.

¹²⁴⁴ P.-H. PRELOT, « Qui sont les minorités religieuses en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 313.

¹²⁴⁵ P.-H. PRELOT, « Communautés et communautarismes – les aspects juridiques » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, PUS, 2016, coll. « Société, droit et religion », p. 219.

¹²⁴⁶ La loi ne désignera personne nommément, elle ne décrira, ni circonstances, ni détails concrets d'une situation, elle réduira au minimum les éléments factuels et évitera toute référence à une catégorie sociale déterminée (J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN, *La loi*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2010, coll. « Méthodes du droit », p. 42).

¹²⁴⁷ P.-H. PRELOT, « Communautés et communautarismes – les aspects juridiques » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, op. cit., p. 219.

pouvons établir que la généralité interdisait qu'il soit fait référence à des éléments concrets propres à certains cultes, comme une autorité ecclésiastique.

397. Ce postulat se posait alors parfaitement à rebours du système antérieur, dont nous avons maintes fois exposé les réprobations, et qui exprimait la reconnaissance et l'inclusion de normes et différences communautaires en droit. Ce nouveau postulat était également la conséquence de l'immixtion progressive de l'égalité dans cette reconnaissance. Ainsi, en gardant bien à l'esprit que le nouveau régime s'imposa en pure contradiction avec ce modèle, nous rejoignons l'assertion de Henri Pena-Ruiz, selon laquelle la loi de 1905 « a statué indépendamment de la nature spécifique des religions qui existaient alors »¹²⁴⁸. La suppression – et non l'extension – des avantages octroyés qu'à certains cultes devait exiger qu'il soit fait fi des spécificités religieuses. L'ignorance des natures spécifiques décrit une forme d'abstraction, caractéristique propre de la généralité de la norme et vertu au service de l'égalité. D'ailleurs, si Briand s'est inspiré des propositions de Réveillaud et de Pressensé pour son tout premier avant-projet rendu à la commission, Jean Baubérot remarque qu'il s'en est justement écarté en n'opérant aucune distinction entre le culte catholique et les autres¹²⁴⁹. Le rapporteur souligna même lors des débats l'importance de la généralité pour l'égalité de tous¹²⁵⁰. Preuve d'une imprégnation globale de cette philosophie à l'époque, Louis Méjan avait aussi précisé militer « pour des textes qui ne comportaient aucune reconnaissance expresse d'aucune autorité d'aucune Église : il fallait qu'elles fussent toute implicitement contenues dans des formules [donc générales] s'appliquant à toutes »¹²⁵¹.

398. Un exemple du respect de ces exigences se trouvait probablement dans l'article 4 de la loi. Les débats entourant ses dispositions furent très vifs et constituèrent parmi les plus grands enjeux de la loi¹²⁵², au point que Jaurès put déclarer la séparation faite dès l'adoption dudit article¹²⁵³. Ce dernier réglait le transfert des biens cultuels, des établissements publics issus du régime concordataire, aux nouvelles associations issues de la loi de 1905. L'Église catholique reprochait l'irrespect de sa hiérarchie et dénonçait le risque qu'une association dissidente, échappant au contrôle d'un évêque, puisse revendiquer ses biens. L'enjeu se trouvait donc dans la garantie du respect de cette hiérarchie sans contredire les principes de la loi.

¹²⁴⁸ H. PENA-RUIZ, « Permanence de la loi de 1905 » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, op. cit., p. 152.

¹²⁴⁹ J. BAUBÉROT, *La loi de 1905 n'aura pas lieu...*, op. cit., p. 153-154. La proposition de Pressensé avait *a contrario* maintenu une fine distinction entre les cultes en spécifiant un titre clairement appliqué au culte catholique (Titre II : Dénonciation du Concordat – Culte catholique) et un autre, le XII, pour les « Cultes non catholiques ».

¹²⁵⁰ S'agissant du 1^{er} article de la loi, quand certains députés souhaitaient qu'il soit précisé la garantie de la liberté de conscience aux militaires et aux fonctionnaires, le rapporteur rétorqua que la disposition touchait tous les habitants sans exception et qu'à « vouloir catégoriser, on ne pourrait que diminuer la portée, qu'affaiblir le caractère d'une disposition qui, pour garder toute sa force, doit précisément rester générale » (Séance du 11 avr. 1905, *Débats parlementaires...*, op. cit., p. 1332). Cette explication semble avoir été reprise par le ministre des Cultes lors de la discussion du premier article devant le Sénat, qui précisa que, par sa généralité, l'article 1^{er} « a une portée absolue et garantit à tous les citoyens, quels qu'ils soient, fonctionnaires ou simples particuliers, leur liberté de conscience » (Séance du 20 nov. 1905, *Débats parlementaires. Sénat*, p. 1114).

¹²⁵¹ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 177.

¹²⁵² G. UNGER, « Les débats parlementaires lors de la loi de 1905 », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 8-15.

¹²⁵³ Lors de la 2^e Séance du 22 avr. 1905, l'article 4 fut voté et Jaurès s'exclama : « La séparation est faite ! » (Séance du 22 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1681).

399. À la suite d'importants débats dans la Chambre des députés, la commission rajouta une précision à l'article 4 absente du texte initialement soumis. Il semble que la formulation finale revint à Jaurès, bien que le doute persiste encore¹²⁵⁴. Celle-ci exigea que les nouvelles associations se formèrent « en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice »¹²⁵⁵.

400. Après tant d'âpres discussions, le mérite de la disposition revenait à la généralité des termes employés. La tentation avait été pourtant forte d'inscrire expressément la hiérarchie catholique dans le texte, mais ç'eut été reconnaître une religion. Louis Méjan précisa à ce propos dans une note que la pensée du législateur fut « de s'exprimer en formules qui pussent convenir à tous les cultes sans en désigner nommément aucun »¹²⁵⁶. C'était le propre des normes générales et la méthode utilisée pour l'article 4, mais surtout le fruit d'importants compromis entre les socialistes et les catholiques¹²⁵⁷. Maxime Lecomte rejoignit quelque peu cette approche lorsqu'il défendit la rédaction de l'article 4 devant le Sénat en arguant qu'il était inexact de considérer uniquement le culte catholique : « [n]ous avons en vue tous les cultes »¹²⁵⁸. Adhémar Esmein retenait la même interprétation. Selon lui, en repoussant l'inclusion de l'évêque dans la norme, la loi de 1905 ne reconnaissait « l'Église catholique pas plus que les autres »¹²⁵⁹.

401. L'interprétation de cet article par le Conseil d'État après le vote de la loi illustre l'importance de cette rédaction. L'évaluation de la place de l'égalité au fond de ces affaires surtout pragmatiques, principalement s'agissant de la répartition des biens en vertu des articles 4 et 8 de la loi de 1905, n'est pas évidente. Jean-François Amédéo offre cependant un élément de réponse lorsqu'il s'attelle justement à l'étude de ces affaires et décrit que les dispositions de l'article 4, par leur généralité et la prise en compte de toutes les religions à venir, « permettent au juge de prendre en compte la variété des règles d'administration de chaque culte »¹²⁶⁰. L'auteur poursuit plus loin en établissant un lien clair avec notre propos : « [e]n vérité, si la conformité aux règles d'organisation générale du culte devient clairement une condition légale de l'attribution ou de l'affectation, cette condition est en elle-même *abstraite et générale*. Elle ne fait référence à aucune règle particulière d'un culte particulier et se borne à exiger un rapport de conformité, du point de vue du culte exercé, entre l'association cultuelle qui revendique l'attribution des biens (ou le ministre du culte qui demande l'usage de l'église) et l'ancien établissement public du culte ». Une fois encore, c'est la potentielle applicabilité à tous, rendue

¹²⁵⁴ C. BELLON, « Les parlementaires socialistes et la loi de 1905 », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 3, 2005/1, p. 116-136.

¹²⁵⁵ Art. 4.

¹²⁵⁶ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 177.

¹²⁵⁷ C. BELLON, « Les parlementaires socialistes et la loi de 1905 », *art. préc.*

¹²⁵⁸ Il poursuivait que sous le régime précédent les établissements publics des cultes reconnus se conformaient à des règles d'organisation générale, qu'ainsi il ne pouvait être soutenu que par leur texte il y avait « la reconnaissance d'un culte ou de certains cultes déterminés » (M. LECOMTE, *Séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 354).

¹²⁵⁹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1914), *op. cit.*, p. 1196.

¹²⁶⁰ J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la III^e République...*, *op. cit.*, p. 308-309.

possible par la généralité de la norme, donc l'absence de désignation spécifique d'un culte, qui joua en faveur de l'égalité. Il explique alors que le juge administratif se conforma à cette vision dans les litiges tenant à l'article 4.

402. Les commentaires de Louis Méjan concernant l'article 20 sur les unions d'associations laissaient également paraître des raisonnements similaires à ceux portés sur le 4. En permettant à plusieurs associations de se réunir en une administration ou direction centrale, ces dispositions visaient avant tout à respecter la constitution de la religion protestante, confessait l'auteur. Toutefois, il remarquait que « les israélites, tout aussi dispersé et possédant aujourd'hui légalement un consistoire central, réclament à juste titre les mêmes dispositions, non pas bienveillantes, mais simplement équitables »¹²⁶¹. Il concluait que ce qui devait être accordé aux uns devait l'être à tous et, par conséquent, qu'il fallait admettre ces unions générales d'associations cultuelles, « sans distinction de confession religieuse »¹²⁶².

403. La méthode employée, même lorsque certains cultes étaient implicitement visés, tenait absolument à l'absence d'une désignation spécifique du culte, de ses autorités et modalités d'organisation¹²⁶³. Certes le texte n'était pas irréprochable¹²⁶⁴. Il ne pouvait malheureusement pas se départir du contexte politique faisant de lui, pour partie, une loi de pragmatisme, de circonstance, de compromis et, par-dessus tout, en charge d'une lourde rupture avec un modèle de reconnaissance imprégné depuis toujours. Malgré tout, pour ce qui était des mesures générales, de long terme, encadrant liberté de culte et mesures de police, le texte rompait avec le régime précédent. Il insufflait son caractère nouvellement égalitaire et la marche dorénavant à suivre en matière de régime des cultes.

404. Au surplus, l'égalité civile confortait pour partie également cette égalité des cultes. En effet, inclure une différence dans le droit commun est tout à fait en mesure de contredire l'égalité des cultes. Par exemple, interdire le droit général de se réunir pour tout motif à des individus à raison de leur religion protestante, porte atteinte à l'égalité civile en privant d'un droit commun à tous les individus, mais aussi à l'égalité des cultes en privant d'un droit

¹²⁶¹ Le terme a ici une connotation purement égalitaire dans un sens formel, mais l'emploi de la notion d'équité revint souvent dans les débats. Aujourd'hui on lui attribuerait une signification plus roche d'une égalité de fait.

¹²⁶² L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 194.

¹²⁶³ Étrangement, Louis Méjan ne se rendit pas compte de l'importance de l'impersonnalité et l'abstraction dans la norme lorsqu'il aborda, à travers les propos du sénateur Philippe Berger, la composition des associations cultuelles (Lucie-Violette Méjan décrit, quand elle aborde les explications sur l'article 3, que le sénateur Philippe Berger partageait certaines critiques avec Louis Méjan et qu'il lui aurait même prié de lui dicter ses idées pour les partager devant le Sénat (*ibid.*, p. 170-171)). Ceux-ci soutenaient à ce titre que « par peur d'avoir l'air de reconnaître, en prononçant leurs noms, les prêtres et les évêques, le projet de loi les ignore à tel point qu'ils échappent absolument à l'influence de la loi, et qu'on ne sait pas seulement si ce sont eux qui seront les présidents de ces associations... » (*ibid.*). Au-delà du caractère excessif de la déduction tirée, elle étonne venant du collaborateur de Briand, car citer les autorités spécifiques à la religion catholique ne revenait ni plus ni moins qu'à réinstaurer une partie du modèle du régime des cultes en vigueur sous le Concordat, à savoir la reconnaissance. L'impersonnalité et l'abstraction, qui marquaient justement la formulation de la norme, permettaient l'égalité des cultes.

¹²⁶⁴ Nous verrons plus avant les limites de celle-ci (voir Titre suivant notamment), mais la généralité ne caractérisait pas toute la loi. Cette dernière devait marquer un régime transitoire au souci pragmatique, qui restaurait une situation d'indépendance des différents cultes. Dès lors, certains articles contenaient, à de très rares occasions, des références à des cultes (par exemple, l'article 12 comprenait une référence aux facultés de théologie protestante).

religieux de se réunir pour des raisons religieuses, si tant est qu'existe un régime de liberté de réunion spécifiquement cultuelle. Permettre l'égalité civile par l'indifférenciation religieuse réduit les risques de porter atteinte à l'égalité des cultes. De même, tous les principes exposés ci-avant au profit de l'égalité civile, en postulant l'établissement d'un droit dénué de toute différence religieuse, confortent cette égalité des cultes. C'est principalement le cas pour la neutralité et la laïcité, puisque « [c]'est en jetant un regard égal sur les cultes, en garantissant à tous un identique et libre exercice des cultes que la loi forge cette neutralité constitutive de la laïcité et du pluralisme religieux »¹²⁶⁵. David Koussens identifie même une neutralité confessionnelle traduite « par un strict traitement égalitaire des diverses confessions religieuses présentes dans la sphère publique », quitte, dit-il en soulignant ainsi qu'il s'agit d'une égalité formelle, « à ce que certains de ces traitements égalitaires ne soient pas toujours équitables »¹²⁶⁶. En abordant ensuite les caractéristiques de cette neutralité l'auteur rejoint sur de nombreux points les caractéristiques rattachées à la loi de 1905 et la généralité de ses normes pour garantir l'égalité¹²⁶⁷. Suivant ces interprétations, cette neutralité n'impliquerait pas l'ignorance du fait religieux, mais exprimerait plutôt, pour répondre à l'égalité des cultes, un régime tenu par la généralité et l'abstraction de la norme, car une telle formulation est considérée précisément comme neutre¹²⁶⁸. Dans tous les cas, les nouveaux jalons du régime des cultes étaient posés. Les nouvelles exigences normatives devaient passer par une nouvelle forme du régime.

B) La fin des statuts spécifiques et la naissance d'un régime des cultes « passif »

405. Finalement, avec ce régime des cultes novateur, le système renvoyait à la meilleure alternative et correspondait à ce que Prévost-Paradol suggérait pour une éventuelle séparation ; que l'Église catholique reçoive « ces libertés en même temps et au même degré que tous les autres cultes »¹²⁶⁹. Plus généralement, les conditions légales d'exercice de la liberté de conscience et de religion devaient être égales pour tous¹²⁷⁰. C'est, au demeurant, ce qu'affirmait Léon Duguit en 1925 : « [a]insi, désormais, tous les cultes étaient soumis au même régime. La distinction des cultes reconnus par l'État et des cultes non reconnus disparaissait. Toutes les religions pouvaient s'exercer dans les mêmes conditions et avec une égale liberté. Islamisme,

¹²⁶⁵ D. BLANC, « Au Panthéon des principes, la laïcité reconnaissante », *art. préc.*

¹²⁶⁶ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruxelles, Bruylant, 2015, coll. « Droit et religion », p. 57.

¹²⁶⁷ D'abord, « la norme juridique n'a pas pour effet direct ou indirect d'octroyer un avantage ou de faire supporter une contrainte à une confession religieuse ou famille de pensée ». De plus, « la norme juridique n'a pas explicitement pour but d'avantager ou de porter ombrage à l'une ou l'autre des confessions religieuses ou familles de pensée ». Enfin, « la norme juridique n'est pas explicitement justifiée par des considérations favorables ou discriminatoires à l'égard de l'une ou plusieurs des confessions religieuses ou famille de pensée » (*ibid.*, p. 58).

¹²⁶⁸ Les autres formes de neutralité, notamment rapportées à l'intention ou l'apparence, dépassent probablement le cadre normatif de l'égalité des cultes, mais elles la renforcèrent indéniablement, surtout lorsqu'il s'est agi de rompre avec un modèle antérieur dépourvu de telles neutralités.

¹²⁶⁹ L.-A. PREVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Paris, Michel Lévy Frères, 1868, p. 242.

¹²⁷⁰ J.-M. WOEHRLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 632.

bouddhisme, brahmanisme, shintoïsme, pouvaient désormais s'exercer en France avec la même liberté que le catholicisme, le protestantisme, le judaïsme et suivant les mêmes règles. L'État protège également tous les cultes, il n'en reconnaît et n'en subventionne aucun »¹²⁷¹.

406. Très certainement, la libéralisation, c'est-à-dire le recul de l'immixtion de l'État, et conséquemment de sa réglementation culturelle, facilitait l'égalisation dans la séparation. En revanche, lorsque la réglementation persistait, elle devait nouvellement s'établir « sans statut[s] spécifique[s] »¹²⁷², propres, sous le Concordat, aux quatre communautés reconnues.

407. Nous trouvons alors une conception intéressante chez Francis Messner, qui oppose le terme de « statut », se rapportant à l'attribution en bloc à une religion de mécanismes propres au régime du culte, à l'accessibilité, par principe, à celui-ci pour tous les cultes. Pour lui, cela découle notamment de l'égalité en matière religieuse prévue dans la loi de 1905, qui instaurait une rupture avec l'idée de statut¹²⁷³. Plutôt que d'adapter les normes à chaque culte en présence, elle posa des conditions juridiques générales. Autrement dit, le régime pourrait être qualifié de « passif », dans le sens où il est établi par des normes stables, générales, qui – selon certaines conditions¹²⁷⁴ – peuvent être accessibles à tous, et non « dynamique », c'est-à-dire adapté en fonction des religions en présence. En somme, le régime des cultes n'est pas aveugle au culte, mais seulement aux spécificités culturelles, conformément à la logique universaliste. Tout cela rejoint l'acception de Raymond Bouyssou, selon laquelle la généralité de la loi c'est l'éventualité de son application à tous¹²⁷⁵, puis celle de Ripert, complétant que les individus se détermineront alors eux-mêmes, par leurs actes et faits, sous l'application des lois qu'ils souhaitent ; « le législateur ne sait plus à l'avance quels sont ceux auxquels la loi s'appliquera »¹²⁷⁶.

408. Concrètement, tout cela signifiait l'éradication de toute trace de différenciation entre les cultes. C'est à ce titre que Paul Grunebaum-Ballin prônait l'abrogation – rendue effective par la loi – des dispositions qui différenciaient les cultes reconnus et ceux seulement « autorisés », notamment l'article 294 du Code pénal ou le décret du 19 décembre 1859¹²⁷⁷. À l'inverse, le cas des aumôneries autorisées au deuxième alinéa de l'article 2¹²⁷⁸ de la loi de 1905 illustre, pour Pierre-Henri Prélôt le respect cette exigence ; l'égalité n'étant pas enfreinte par la règle qui s'applique à tous et qui répond à un objectif de garantie du libre exercice des cultes¹²⁷⁹.

¹²⁷¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 5, 2e éd., 1925, p. 505.

¹²⁷² B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Le régime de séparation des Églises et de l'État depuis 1905 » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 243.

¹²⁷³ F. MESSNER, « Le statut des cultes minoritaires en Europe » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, op. cit., p. 304.

¹²⁷⁴ Voir *infra*.

¹²⁷⁵ R. BOUYSSOU, *Le principe de la généralité de la loi*, Thèse (dactylographiée), Paris, 1956, p. 244 et s. cité dans É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 69.

¹²⁷⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. 312.

¹²⁷⁷ P. GRUNEBaum-BALLIN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 48.

¹²⁷⁸ « Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons ».

¹²⁷⁹ P.-H. PRELOT, « L'aménagement juridique de la liberté de religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 729.

409. Les textes qui sont intervenus après la loi de 1905, notamment pour en corriger certains aspects et permettre une liberté de culte plus aisée, reprirent son fonctionnement. La loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes, par exemple, employa un vocabulaire et une abstraction similaire pour permettre à toutes les religions de bénéficier de la liberté mentionnée. La loi du 28 mars 1907, en libéralisant le droit des réunions publiques, quel qu'en soit l'objet, employa des catégories juridiques encore plus universalistes pour davantage inclure, et ce, par le seul biais du droit commun. Pour ces textes conciliateurs, issus des tumultes entre le Gouvernement et l'Église catholique¹²⁸⁰, Philippe Portier reconnaît à Briand d'avoir inscrit le point de vue de l'autre sans avoir dénaturé la loi de 1905, en adoptant « un modèle universalisable susceptible de recevoir l'agrément du plus grand nombre »¹²⁸¹, et dans l'égalité. En somme, cela passait par l'emploi de nouvelles catégories juridiques générales.

C) Des catégories juridiques nouvelles et générales

410. En mettant fin à ces statuts, c'est-à-dire à la « catégorie des cultes reconnus »¹²⁸², la loi devait en établir de nouvelles, en se conformant à l'idée que « l'universalité de la loi s'exprimera par l'usage de pronoms et d'adjectifs indéfinis et de termes génériques »¹²⁸³. Il fallait donc que le législateur fasse « comme s'il y avait uniformité du fait social religieux » et dégage « une norme générale et abstraite »¹²⁸⁴. La notion de « culte » remplit cet office.

411. Le terme est ancien. Il est né et s'est répandu avec la notion de liberté de culte à la fin du XVIII^e siècle¹²⁸⁵. Son origine portait déjà une connotation égalitaire en référant à la défense du libre exercice des cultes pour les protestants¹²⁸⁶. Lors des débats sur la DDHC, Mirabeau abordait la notion de culte comme se caractérisant « en prières, en hymnes, en discours, en divers actes d'adoration rendus à Dieu par des hommes, qui s'assemblent en commun »¹²⁸⁷. Il faisait justement le lien entre cette notion, celle de police et l'égalité en défendant que, comme toute forme d'assemblée, de cercle ou de club, le soin de la police devait être de « veiller à ce qu'aucun culte, pas même le vôtre [en s'adressant aux catholiques], ne

¹²⁸⁰ Voir p. 230 et s. et p. 586 et s.

¹²⁸¹ P. PORTIER, *L'État et les religions en France...*, op. cit., p. 155.

¹²⁸² « L'histoire en train de s'écrire démontre que la loi de séparation reste actuelle, qu'elle ne conduit pas l'État à l'ignorance des cultes et des réalités religieuses. La loi de 1905 a mis fin à la catégorie juridique des cultes reconnus, désormais les cultes relèvent du droit privé, mais ils ne sont pas ignorés » (J.-M. MAYEUR, *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, Les Éditions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, 2005, p. 218).

¹²⁸³ J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN, *La loi*, op. cit., p. 42.

¹²⁸⁴ J. AMAR, *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'Homme. Contribution à une sociologie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat en sociologie, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, Paris, 2012, p. 263.

¹²⁸⁵ T. KSELMAN, *Conscience and Conversion. Religious Liberty in Post-Revolutionary France*, New Haven, Yale University Press, 2018, p. 37.

¹²⁸⁶ Comme sous l'Ancien Régime les protestants bénéficiaient en partie d'une liberté de conscience, mais n'étaient pas autorisés à pratiquer leur culte en public, la liberté de culte défendue par les auteurs visait avant tout à permettre à ces religionnaires d'exercer leur religion comme les catholiques (*ibid.*, p. 38).

¹²⁸⁷ Séance du 23 août 1789, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale constituante*, t. 8, Paris. P. Dupont, 1875, p. 477.

trouble l'ordre public »¹²⁸⁸. Mirabeau adoptait ainsi une approche égalitaire de la notion de cultes. Celle-ci était applicable à chaque religion et permettait d'appréhender toute manifestation extérieure des convictions religieuses en veillant, de manière non discriminatoire¹²⁸⁹, à ce qu'aucune ne trouble l'ordre public.

412. Toutefois, cette approche, souhaitée par un Mirabeau ou un Rabaut Saint-Étienne, n'était pas tout à fait celle employée après la Révolution. Comme il a été constaté, la notion de culte renvoyait avant tout à la religion catholique et la Constitution civile du clergé l'a par la suite précisément confirmé¹²⁹⁰. Le terme désignait souvent implicitement les groupes religieux¹²⁹¹. À partir du Concordat l'on y accolait la reconnaissance de certaines religions. Cette utilisation renvoyait justement au groupe religieux, à la désignation de « l'institution religieuse dans son ensemble »¹²⁹², nommément désignée, et rompait pour partie à l'universalité du terme. En effet, traiter du « culte catholique reconnu » laissait paraître une prise en compte communautaire propre au régime concordataire, donc un statut particulier. Cet emploi avait pour conséquence de ralentir la banalisation et l'unification du vocabulaire à cause « de la prise en compte explicite des particularités de chaque culte reconnu par l'État »¹²⁹³.

413. Jusqu'alors, la notion générale de culte sans désignation nommée se rapportait davantage aux religions non établies, ensuite assortie de la mention « non reconnus »¹²⁹⁴. Le vocabulaire englobait alors tous les cultes restants sans les discerner. De toute manière, rares étaient les règles spécifiquement prévues pour les cultes non reconnus. Ainsi, nous pouvons être tentés de qualifier les règles leur étant applicables comme celles de droit commun, en ce qu'elles étaient générales et applicables à toutes les religions restantes, voire le plus souvent à toute manifestation ou groupement ordinaire. À côté, le régime des religions établies pouvait être considéré comme particulier, ainsi propre à chacune d'entre elles¹²⁹⁵. Dans tous les cas, le problème restait celui d'une distinction, au sein même de la notion de culte, entre ceux reconnus et non reconnus (voire, ensuite, « non reconnus autorisés »).

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ C. LANGLOIS, « Religion, culte ou opinion religieuse... », *art. préc.*

¹²⁹⁰ F. MESSNER, « Du droit ecclésiastique au droit des religions. Mutations terminologiques et représentations sociales » in F. MESSNER, P. HENRI-PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *op. cit.*, p. 6.

¹²⁹¹ Pour une étude et une critique de cet aspect, voir p. 357 et s.

¹²⁹² A. IMBERT, « Cultes » in N. KADA et M. MATHIEU (dir.), *Dictionnaire de l'administration publique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2014, coll. « Droit et action publique », p.126.

¹²⁹³ F. MESSNER, « Du droit ecclésiastique au droit des religions. Mutations terminologiques et représentations sociales » in F. MESSNER, P. HENRI-PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁹⁴ Exemple avec l'article 294 : « Tout individu qui, sans la permission de l'autorité municipale, aura accordé ou consenti l'usage de sa maison ou de son appartement, en tout ou en partie, pour la réunion des membres d'une association même autorisée, ou pour l'exercice d'un culte, sera puni d'une amende de seize francs à deux cents francs ». L'article 3 du décret du 19 mars 1859 traitait de l'exercice public d'un culte « non reconnu ».

¹²⁹⁵ « Les cultes non reconnus n'étant régis par aucun texte particulier, on peut être tenté de qualifier les règles qui leur sont applicables de régime de droit commun. Force est cependant de constater que l'immense majorité des pratiques religieuses étaient celles de fidèles et de ministres de cultes reconnus, catholiques pour la plupart, soumis à un régime juridique particulier, dans le cadre du Concordat et des articles organiques » (B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les manifestations extérieures du culte en droit français au XIX^e siècle (1801-1914) » in P. D'HOLLANDER (dir.), *L'église dans la rue : les cérémonies extérieures du culte en France au XIX^e siècle*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2001, p. 75). Ces remarques ne contredisent pas l'idée d'un régime de droit commun caractérisé par la généralité pour les premiers et particularisme pour les seconds.

414. Pour autant, certains régimes avaient pu employer des terminologies proches et plus égalitaires. Nous savons que la Seconde République très libérale en la matière. Elle se démarqua également à ce titre, par la loi du 28 juillet 1848 qui avait pour objet « l'exercice d'un culte quelconque »¹²⁹⁶. D'ailleurs, tout le long du XIX^e siècle, la notion de culte était celle employée pour être accolée à l'égalité. Elle entretenait un lien étroit avec cette dernière. Le terme permet alors pour Patrice Rolland « d'englober toutes les religions présentes mais aussi de ne prétendre connaître de la religion que sous son aspect visible, social et purement extérieur »¹²⁹⁷. Selon le même auteur, il « favorise une approche formaliste du fait religieux par le droit »¹²⁹⁸. C'est finalement cette conception qui fut reprise dans la loi du 9 décembre 1905 ; celle-ci prêchant alors l'extension d'un droit commun à tous les cultes. C'est seulement à ce moment-là que le terme de culte « perm[it] de ne plus désigner seulement la religion catholique mais d'intégrer toute forme de religiosité »¹²⁹⁹.

415. Enfin, la notion de « culte » peut se targuer d'une certaine conformité à la logique universaliste par son renvoi à ce que les individus « font ». Elle évite, *a priori*¹³⁰⁰, une référence à ce que les individus « sont », donc à la différence¹³⁰¹. En plus d'englober toutes les religions, le culte renvoie aux aspects matériels, « visible, social et purement extérieur »¹³⁰². Son acception ne s'attarde que sur l'activité des individus, leurs faits, leurs pratiques religieuses. Nous revoyons ce que Georges Ripert exposait au sujet du Code du commerce ; le commerçant n'y était pas défini, seuls les actes l'étaient, « et ces actes sont distingués par leur objet et non par la qualité de la personne qui les fait »¹³⁰³. Telle est l'approche du régime des cultes français issue de la loi de 1905. Elle permettait finalement la consécration d'une prise en compte du fait religieux dans l'égalité universaliste.

Conclusion du chapitre

416. L'émancipation constante des esprits depuis la Révolution avait sans cesse stimulé la défense et le besoin d'égalité, surtout en matière religieuse. Ce n'était qu'une affaire de temps avant que cette égalité se concrétise. La question restait « comment ? ». Nous avons vu qu'au sein du droit commun le problème était clair et dépendait grandement de la proximité entretenue entre le religieux et le pouvoir politico-juridique. La loi de 1905 acta alors une rupture, prévisible, mais considérable : par la séparation, elle consacra enfin l'éviction du fait religieux du droit commun, et concomitamment l'indistinction de religion au sein de celui-ci. Le droit,

¹²⁹⁶ Comme l'avait fait remarquer Jules Simon (*La liberté de conscience, op. cit.*, p. 276-277).

¹²⁹⁷ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *art. préc.*

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », 2013, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 30 août 2021).

¹³⁰⁰ Nous reviendrons sur cette nuance plus avant.

¹³⁰¹ Pour reprendre la distinction faite par Guy Carcassonne (G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, Paris, Éditions du Seuil, 12^e éd., 2014, p. 47).

¹³⁰² P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *art. préc.*

¹³⁰³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit, op. cit.*, p. 314.

indépendant de tout lien avec le religieux, devait s'appliquer à tous les individus sans distinction de religion. C'était *a priori* la fin de toute différenciation religieuse. Pour l'égalité des cultes, la solution aurait pu être de la joindre à l'égalité civile en évinçant tout renvoi au fait religieux. Toutefois, la loi de 1905 ne pouvait rompre avec des siècles d'histoire et, en tout état de cause, aucun système n'ignore le fait religieux. L'histoire révèle toutes les interrogations découlant d'une conception de l'égalité dans la prise en compte de la religion. La loi de séparation confirma la particularité de ce régime, donc de son égalité, et apporta des réponses pour atteindre l'égalité universaliste.

417. La consécration de cette égalité des cultes, parallèlement à une séparation maintenant un régime spécifique aux cultes, reprit finalement des idées sous-jacentes aux anciens régimes et à certaines conceptions défendues sous ceux-ci. Elle devait mettre fin au système de reconnaissance et étendre le régime applicable aux cultes non reconnus, tout en le libéralisant. En effet, la loi uniformisa le régime des cultes en abandonnant toute désignation nommée des cultes, donc en faisant de la généralité normative, auparavant secondaire au profit des seuls cultes non reconnus, le principe. En optant pour des catégories générales, impersonnelles et abstraites, qui ne distinguent pas selon les religions, fut maintenue une prise en compte de la religion, mais sous l'universalisme. À présent, dans la continuité de certaines conceptions, voire parfois normes, antérieures, le fait religieux pouvait être appréhendé juridiquement, sans pour autant différencier selon la religion. En somme, le régime des cultes n'est pas aveugle au culte, mais seulement aux spécificités cultuelles. Certains parlent alors d'une stratégie de « décatégorisation », propre au modèle français, qui évite autant que possible la catégorisation des individus dans des groupes ethniques, culturels ou religieux¹³⁰⁴.

418. C'est peut-être cela l'importance de la séparation. Pouvait-on imaginer la consécration de l'égalité des cultes en son absence ? L'histoire semble répondre par la négative. Ce n'est pas pour rien que beaucoup de députés ou penseurs joignirent séparation et égalité des cultes. Les régimes en place étaient corrélés depuis la Révolution à l'inégalité. Et bien que les choses se soient progressivement améliorées, seule la séparation et la disjonction avec le religieux et le politique apparaissait comme une solution. La loi de 1905 concrétisa ce souhait¹³⁰⁵.

¹³⁰⁴ S. GUIMONT, *Les politiques de diversité. Antidote à l'intolérance et à la radicalisation*, Bruxelles, Mardaga, 2019, coll. « PSY-Individus, groupes, culture », p. 106.

¹³⁰⁵ Cette étude interroge alors au passage les modèles actuels de cultes reconnus qui se targuent malgré tout d'une totale garantie de l'égalité des cultes. Elle met en lumière tout l'intérêt d'une comparaison approfondie entre l'égalité conçue dans la séparation et celle conçue dans la reconnaissance.

Conclusion du titre

419. Il est indéniablement complexe de résumer cette partie de l'histoire de France des relations entre l'État et le fait religieux. De fait, cet historique n'est en aucun cas linéaire et les régimes ne font évidemment pas montre d'uniformité ou d'une cohérence infaillible ; l'étude ne permet qu'une systématisation parcellaire. Malgré tout, elle met en lumière certains points ou au moins des tendances manifestes.

420. Nous avons exposé l'historique des rapports entre égalité et prise en compte du fait religieux. L'égalité est en tout premier lieu une volonté, une exigence, philosophique, politique, puis normative, qui se traduit dans la formation et la formulation du droit. Nous nous sommes concentrés sur une approche générale visant à systématiser une idée qui traversa les époques, et qui concrétisa l'égalité des conditions juridiques. C'est le prisme de l'égalité, de ses outils et de son vocabulaire, qui guidèrent notre étude de l'inclusion du fait religieux par et dans le droit. L'évolution de cette dernière, vu sous l'angle de l'égalité, présente un fort intérêt tant elle manque d'une approche doctrinale et tant elle décrit la confrontation entre les idéaux égalitaires issus de la Révolution et le caractère inégalitaire des régimes peinant à concevoir le droit sans références au religieux.

421. En effet, les différences religieuses furent omniprésentes dans les diverses branches du droit jusqu'en 1905. Les inégalités pullulaient, principalement parce qu'une religion en particulier entretenait de tout temps une relation privilégiée avec l'État, mais aussi parce que cette relation suscitait, à l'inverse, des réactions excessives et discriminatoires. Que l'on ait voulu régler les relations communes entre les individus, par exemple dans l'exercice des professions ou devant la justice, ou que l'on ait souhaité réglementer l'exercice public de culte, une forme de différenciation religieuse et injuste persistait. Dès lors, les penseurs empreints de l'idéal égalitaire et/ou universaliste issu de la Révolution ne purent que continuellement contester ces réglementations. Si, aujourd'hui, l'universalisme est par exemple brandi pour lutter contre l'identitarisme ou le communautarisme, il le fut auparavant indirectement pour obtenir l'égalisation de tous au-delà des critères religieux. Sa philosophie traversa indéniablement les époques pour progressivement rogner les inégalités juridiques qui parsemaient perpétuellement le droit depuis l'Ancien Régime.

422. Ensuite, l'étude de ces rapports permet de dégager la particularité de la question égalitaire au sein du régime des cultes. En effet, à côté de l'égalité civile, s'imposa l'égalité des cultes qui interrogea la mise en place d'une prise en compte juridique du fait religieux sans pour autant différencier en fonction de la religion. Dès la Révolution, apparut la nécessité de saisir et d'encadrer les manifestations et expressions religieuses. Dans un même temps se formula la question de l'égalité au sein de cette prise en compte. D'un côté, le droit commun incluait de façon injustifiée, surtout au regard de la sécularisation, le fait religieux en distinguant les individus dans leur rapport avec le droit commun. De l'autre, le droit incluait le fait religieux

précisément pour en réglementer diverses dimensions. Seulement, le droit subdivisait cette prise en compte du fait religieux en y incluant, en sus, l'appréhension des particularismes religieux. Les pensées qui traversèrent les époques relevèrent à divers moments des solutions, des procédés normatifs qui permettraient une égalité dans cette prise en compte, donc sans distinguer en fonction de la religion. Toutefois, seule demeurait à la fin envisageable la séparation, c'est-à-dire la fin d'un régime de reconnaissance. La loi de 1905 offrit finalement de nouveaux principes et modalités de saisie du fait religieux par le droit.

423. C'est ici le troisième point de notre étude : le texte de 1905 eut pour objectif la mise en place d'un régime des cultes enfin égalitaire ; plus encore, universaliste. La loi de 1905 rompit clairement avec les régimes antérieurs en instaurant un régime des cultes dans l'égalité universaliste, et ce, grâce à l'égalité générale. Cette dernière a historiquement opéré en tant que traduction concrète des idéaux universaliste. Elle témoigne en matière religieuse de tout son intérêt : les catégories abstraites et impersonnelles permettent de ne pas distinguer selon les religions, d'en désigner aucune précisément et de se concentrer sur ce que les individus « font » plutôt que ce qu'ils sont. Cette égalité générale allait de pair avec l'affirmation logique d'une égalité des cultes formelle, c'est-à-dire universaliste. Le régime des cultes issu de 1905, contrairement aux modèles antérieurs, n'impliquait pas de reconnaissance des identités, des particularismes ou des groupes.

424. Nous parlons bien d'égalité des cultes formelle dans la mesure où cette première étape de l'évolution est celle de l'égalisation formelle en droit, donc d'une universalisation progressive de la norme en rapport avec la religion, au profit d'un droit favorisant le traitement uniforme et sans distinction de religion. En soi, cette indifférenciation des individus selon leur religion était une exigence progressive du fait religieux lui-même. Pour les croyants, pour les groupes minoritaires, pour leur liberté de religion et leur survie, il était nécessaire que l'universalisme prime. Aussi, il semblait nécessaire que la prise en compte perdure, tant qu'elle demeurait formellement égalitaire : c'est ce que permit un régime des cultes qui, non sans difficultés, se forma finalement dans l'égalité universaliste grâce à l'égalité générale. Toujours est-il que cette recherche d'égalité formelle par la généralité est aujourd'hui accompagnée d'une égalité plus réelle, qui remet précisément en cause cette généralité du régime des cultes.

TITRE 2. LE FAIT RELIGIEUX ET LES LIMITES DE LA GENERALITE COMME OUTIL DE CONCRETISATION DE L'UNIVERSALITE

425. Toute l'évolution dans le temps de l'égalité des cultes que nous avons exposée s'achemina, d'une part, vers la fin des inégalités juridiques, qui pullulèrent historiquement, et, d'autre part, vers l'obtention progressive d'une égalité juridique formelle grâce à la loi de 1905. Seule une forte abstraction permit l'établissement de cette égalité, indépendamment des différences de fait, dans le régime des cultes. Aujourd'hui, de façon générale, la problématique a évolué et le regard se détourne de l'abstraction afin de s'orienter vers le réel. Le modèle formel¹³⁰⁶ « était évidemment adapté lorsque l'obstacle essentiel à l'indépendance réelle de tous était l'asymétrie des droits, mais il n'est nullement évident qu'il le demeure lorsque cet obstacle essentiel n'est plus l'asymétrie des droits mais, au contraire, l'asymétrie des puissances qui naît dans le contexte de l'égalité des droits »¹³⁰⁷. En effet, une fois corrigée l'asymétrie des droits, est aujourd'hui interrogée l'asymétrie des faits et de l'obtention de ces droits. L'observation et la correction de cette asymétrie factuelle s'inscrit au sein de la notion d'*égalité réelle*, alors comprise comme une reformulation de l'égalité visant à corriger les excès de l'égalité formelle. Elle porte ainsi l'attention sur la réalité sociale, sur le bénéfice concret des droits, sur l'égalité réelle, factuelle, matérielle¹³⁰⁸, et non plus sur leur ignorance pour l'assurance de l'égalité formelle, uniforme et juridique. L'égalité réelle est en somme un objectif d'égalisation qui ne contredit pas nécessairement l'égalité universaliste, cette dernière s'exprimant uniquement par le droit. Ainsi, si abstraction il y a, elle n'est que juridique ; elle n'empêche pas le regard porté sur les faits.

426. En réalité, cette remise en cause est la première des deux étapes de l'égalité réelle distinguées par Delphine Tharaud¹³⁰⁹. D'une apparente évidence, cette étape suppose de se pencher sur la réalité de l'application des normes. Il s'agit de rompre avec un renvoi exclusif aux principes abstraits dénué de toute critique sur la façon dont ils sont mis en œuvre et qui caractérisait l'égalité formelle¹³¹⁰. Il s'agit donc d'évaluer la jouissance réelle des droits, de chercher et découvrir les limites concrètes d'une norme formelle. Comme l'expose l'autrice, cela passe par la mise en place d'outils, par exemple statistiques – lorsqu'ils sont légalement possibles – mais également par le développement accru des notions remettant en cause le formalisme, telle que la discrimination indirecte¹³¹¹. Cette étape est loin d'être aisée, puisqu'elle

¹³⁰⁶ Fondé sur le seul bénéfice uniforme et égalitaire des droits, non sur le bénéfice « réel » (opposé à « formel »).

¹³⁰⁷ J.-F. SPITZ, « L'État social et le dilemme de l'égalité et de la liberté », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012/1, p. 39-54.

¹³⁰⁸ Nous verrons sa définition. Pour l'instant, retenons qu'est indéniablement comprise dans une logique globale d'égalité réelle.

¹³⁰⁹ D. THARAUD, « Égalité réelle » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 168.

¹³¹⁰ C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, op. cit., p. 85.

¹³¹¹ D. THARAUD, « Égalité réelle » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, p. 168.

suppose de remettre en cause l'égalité formelle elle-même pour faire apparaître les effets pervers. Le processus est déjà en cours, opérant dans le cadre d'un mouvement global de critiques des modèles libéraux, notamment de l'universalisme français. Ces critiques s'intensifient également – et peut-être surtout – en matière religieuse où la diversité abonde. L'étape suivant la réalisation et l'exposé des limites propres à l'égalité formelle suggère la correction de celles-ci : « si le constat montre un déséquilibre, l'égalité réelle permet de trouver des moyens afin de réaliser une égalité dans les faits »¹³¹². L'égalité réelle opère donc ici comme une intention, une volonté, liant constat et action. Tout aménagement¹³¹³ n'est pas forcément lié à l'égalité réelle : c'est le constat d'une inégalité conduisant à cet aménagement qui en fait une action au service de l'égalisation.

427. En conséquence, l'analyse des rapports entre égalité et fait religieux doit nécessairement passer par l'appréhension de la dimension réelle de cette première. C'est précisément l'égalité réelle, en ce qu'elle pousse à l'observation des limites de l'égalité formelle, qui nous intéresse et qui formera notre prisme d'analyse à l'égard du régime des cultes. De toute évidence, le modèle français, par excellence universaliste, subit les critiques de l'égalité réelle. Or, en tant que phénomène social d'ampleur et saisi par le droit, le fait religieux est inclus dans les débats portant sur l'égalité réelle. Ce même fait religieux est pourtant saisi par le droit français. Suivant ces éléments et par le prisme de l'égalité réelle, nous constatons que le régime des cultes français met inévitablement et particulièrement en lumière toutes les limites de l'égalité générale comme traduction concrète de l'égalité universaliste (**CHAPITRE 1**). En conséquence de ce constat, le fait religieux s'accommode aujourd'hui nécessairement et fortement d'une conception de l'égalité davantage réelle, et, de ce fait, pousse à la critique et la correction du régime des cultes (**CHAPITRE 2**).

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ Par aménagement, ou parfois accommodement, nous entendons simplement l'assouplissement d'une règle de droit au profit d'individus ou groupe d'individus. Cet assouplissement est la plupart du temps universaliste. Nous lui adjoindrons des qualificatifs pour désigner lorsqu'il sera question d'aménagements qui différencient ouvertement.

CHAPITRE 1. La mise en lumière par le religieux des limites de l'égalité générale

428. En théorie, par la généralité et l'abstraction, la neutralité et la transparence de la formule universelle permettaient de couvrir la grande variété de cas d'espèce et la garantissaient contre son vieillissement¹³¹⁴. En ce sens, Léon Duguit écrivait qu'une loi « peut être mauvaise et injuste ; mais sa formulation générale et abstraite réduit au minimum ce danger »¹³¹⁵. Si ces assertions pouvaient avoir une part de vérité au sein de sociétés globalement animées par des comportements et une culture homogènes, la diversification sociale contemporaine implique d'en reconsidérer le postulat¹³¹⁶. De nos jours, l'égalité réelle interroge les catégories incluses sous l'égalité générale, au contact d'un réel qui s'est considérablement diversifié.

429. Précisément, c'est en questionnant de la sorte l'égalité générale que l'on observe toutes les limites qui lui sont propres au contact de ce réel. En effet, nous avons déjà exposé que la généralité était une traduction historique, mais inévitable de l'universalité, du fait du processus distinctif de la catégorisation juridique¹³¹⁷. Or, suivant ce postulat, les catégories générales ne peuvent être véritablement universelles et neutres. Elles sont donc toujours susceptibles d'exclure *de facto* des individus non prévus par la règle « universelle » (SECTION 1). Cette inévitable limite, propre à la concrétisation de l'égalité universaliste, ressort remarquablement et concrètement dans un régime des cultes français historiquement imprégné et qui fait face à la diversité religieuse (SECTION 2).

SECTION 1. Généralité n'est pas universalité : le risque latent d'exclusion

430. La prétention de la généralité abstraite à englober tous les individus, donc à l'universalité, se heurte à « la complexité imprévisible des rapports qui se nouent entre sujets de droit »¹³¹⁸. Cette réalité accroît un problème déjà patent, d'ordre conceptuel, tenant à l'inévitable catégorisation juridique nécessaire à l'appréhension du réel. Dans ce cadre, par la confrontation aux faits qu'entraîne l'égalité réelle, ce problème conceptuel révèle toutes les limites d'une prétention à l'universalité (PARAGRAPHE 1), qui, affirmant inclure la nature commune des hommes sans reconnaître certaines différences, dans sa concrétisation juridique, exclut indéniablement certains groupes et individus (PARAGRAPHE 2). L'ignorance excessive de ce phénomène d'exclusion et de la réalité sociale révèle des inégalités de fait et des

¹³¹⁴ J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN, *La loi, op. cit.*, p. 42.

¹³¹⁵ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1918, p. 96.

¹³¹⁶ R. SEVE, « La loi au défi de l'individualisme » in J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris/Laval, PUL, 1996, p. 469.

¹³¹⁷ Voir Introduction, p. 20 et s.

¹³¹⁸ J.-C. BECANE, M. COUDERC et J.-L. HERIN, *La loi, op. cit.*, p. 56.

discriminations indirectes, qui ne sont que la face cachée de l'égalité formelle universaliste (PARAGRAPHE 3).

PARAGRAPHE 1. Une prétention à l'universalité mise à mal par la réalité de la catégorisation juridique

431. Il est fréquemment affirmé que les catégories juridiques générales, impersonnelles et abstraites, en tant qu'elles expriment l'universalité, ne peuvent qu'être « neutres ». C'est le propre de l'universalité de ne pas prendre parti, en ce qu'il vise tout un chacun. Pour autant, l'universalité ne se traduit qu'en catégories générales qui distinguent nécessairement. Partant, elles exigent un choix, qui ne peut être concrètement neutre (A), pas plus, d'ailleurs, que le processus d'application et d'interprétation de ces catégories (B). Cela entraîne un phénomène de normalisation par la règle de droit, et, forcément, d'exclusion de « l'anormal » ou de l'« Autre », dévoilant par là même que l'universel est composé de « types particuliers »¹³¹⁹ (C).

A) L'opération non neutre de la catégorisation juridique

432. Il a été avancé en introduction de cette thèse que l'universalité s'est confrontée à la réalité juridique de la catégorisation. Le réel doit nécessairement être saisi et compartimenté au sein de catégories juridiques. Conceptuellement, l'universalisme absolu n'existe donc pas. Le problème vient des implications que ce constat entraîne, car cette approche du réel par la catégorie découle des « idées », pour reprendre les mots de François Gény, résultant des intérêts sociétaux¹³²⁰. Autrement dit, la catégorisation est un processus intellectuel, de conceptualisation, de classification, d'idées faites de la réalité sociale ; l'auteur précité défendant avec insistance l'existence d'un lien constant entre le processus intellectuel de la formation juridique et la réalité sur laquelle il opère¹³²¹. Cela dit, ce processus paraît inéluctable. Après tout, le droit « vise toujours, même dans la loi “générale” et “abstraite” des structures concrètes du réel »¹³²². En réalité, il ne pourrait en être autrement, puisque « la raison pratique, qui est celle du juriste, est incapable de représenter un homme abstrait ou même un homme moyen qui n'existe pas dans la réalité »¹³²³. Cependant, la traduction juridique n'est qu'une « représentation » abstraite de ce qu'est la réalité.

433. Il n'est donc pas étonnant que Danièle Lochak considère que le niveau législatif – ou producteur de norme – est chronologiquement antérieur, « puisque c'est lui qui sélectionne

¹³¹⁹ J. DABIN, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5e partie, 1938, p. 75.

¹³²⁰ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1915, p. 111.

¹³²¹ Il s'inscrit comme l'un des rares promoteurs de l'étude des faits dans la formation du droit à l'époque.

¹³²² O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, coll. « Droit public positif », p.

¹³²³ J. DABIN, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé...*, op. cit., p. 75.

les éléments de la réalité qu'il prend en compte et les intègre dans le discours juridique : de sorte que le droit construit son référent plus qu'il ne le décrit [...] »¹³²⁴. L'antériorité de l'intervention productrice de norme est sujette à débats, étant entendu que l'inspiration pour concevoir la règle juridique relève toujours des faits, qui, quant à eux, préexistent. De fait, l'autrice évoque le processus intellectuel de conceptualisation juridique qui implique donc une réinterprétation du réel. Dans ce cadre, elle suggère que les éléments préalables à catégoriser sont en vérité façonnés par la suite¹³²⁵. À n'en point douter, le droit construit et modifie la réalité sociale en même temps qu'il se construit lui-même, en présentant le découpage catégoriel « comme inhérent à la nature même des êtres et des choses »¹³²⁶. Pour autant, ce constat ne retire rien à l'influence véritable des faits sur cette construction, ce dont témoigne concrètement la délimitation des catégories. Autrement dit, si la catégorisation peut être construite¹³²⁷, elle l'est la majeure partie du temps à partir d'éléments et d'inspirations socio-culturels, à partir des « bases mêmes de la société »¹³²⁸. Au demeurant, l'autrice elle-même affirme par la suite que, d'un autre côté, le droit « formalise des normes déjà là, qui sont l'expression des comportements ou des valeurs dominants dans la société »¹³²⁹. Plus encore, poursuit-elle, bien que la règle de droit « n'entérine pas des faits bruts, même lorsqu'elle se donne pour une retranscription fidèle de la moyenne des comportements observés », elle « travaille sur des faits déjà réinterprétés, réévalués à la lumière de la rationalité dominante »¹³³⁰, au risque d'une déformation, voire d'une trahison de la réalité¹³³¹. À notre sens, la rationalité dominante n'est pas bien éloignée de la réalité des faits ; elle forme simplement un choix de ceux-ci. Cette sélection implique un procédé cognitif qui puise dans la réalité, mais peut la déformer.

434. Tout au plus pouvons-nous admettre des catégories juridiques effectivement plus proches d'un « construit » que d'un « donné » en ce qu'elles posent des concepts abstraits et –

¹³²⁴ D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation » in *Le droit en procès*, Paris, PUF, coll. « CURAPP », 1983, p. 60.

¹³²⁵ *Ibid.*

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 61.

¹³²⁷ Dans un article, Danièle Lochak distingue des catégories issues du « donné » et du « construit » : « [I]a part respective du “donné” et du “construit” dans la constitution des catégories juridiques est très inégale. Certaines catégories juridiques sont entièrement “construites” et apparaissent comme de purs concepts juridiques (le “bail emphytéotique”, par exemple, ou l’hypothèque, appartiennent exclusivement au lexique juridique et n’ont pas d’autre sens que celui qui leur est conféré par le droit). D’autres représentent la formalisation de faits ou de situations qui ont déjà une existence empirique (l’association, le mariage, ou... le vol). D’autres encore sont importées de divers champs disciplinaires : la biologie (distinction homme/femme/enfant), la morale (faute)... D’autres enfin sont la transcription plus ou moins immédiate des catégories du sens commun (la “moralité”, le risque, le dommage). Enfin, si certaines catégories juridiques correspondent à un découpage objectif de la réalité empirique (distinction majeur/mineur, homme/femme), d’autres à l’inverse entretiennent avec l’idéologie et les valeurs des rapports plus ou moins étroits (les “bonnes mœurs”, les publications licencieuses, les films à caractère pornographique, etc.) » (« La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 291-303).

¹³²⁸ H. BUCH, « La notion d'égalité dans les principes généraux du droit » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 203.

¹³²⁹ D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation » in *Le droit en procès*, op. cit., p. 65.

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 72.

¹³³¹ C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, chr. 7, 1977, p. 251-258.

en apparence – purement issus de la construction intellectuelle puis juridique¹³³². Si des catégories juridiques entièrement construites *ex nihilo* existent, bien que le doute subsiste¹³³³, notre travail n'est pas tant d'en débattre que d'analyser plutôt des exemples qui tiendront davantage du « donné »¹³³⁴. À l'évidence, ces catégories juridiques ne sont qu'une traduction et réinterprétation d'éléments du réel dans le domaine juridique. Autrement dit, la catégorisation comprend toujours, selon nous, une part de « construit » et de « donné ».

435. En conséquence, la transformation d'une notion en catégorie juridique ne peut indéniablement être neutre, affirme Danièle Lochak, dans un autre écrit, qui poursuit qu'elle relève toujours d'un choix pouvant reposer sur des valeurs¹³³⁵. Cette analyse a déjà été effleurée dans ses propos cités précédemment avec l'emploi du verbe « sélectionner »¹³³⁶. Plus généralement d'ailleurs, toute opération de distinction, forcément induite par le droit, n'est pas neutre¹³³⁷. Chaïm Perelman s'inscrivait dans cette approche lorsqu'il expliquait que le choix de la catégorie s'avère toujours « une simplification de la réalité » qui implique – plus largement pour le principe d'égalité – l'intervention de valeurs spécifiques¹³³⁸. Ainsi, le processus implique le choix de cette réalité mais, ensuite, le choix de la simplification à faire. Enfin, dans un article de Christian Atias et Didier Linotte, les tout premiers mots rejoignent sans réserve le constat : « [l]e droit n'est pas neutre », commencent-ils, « [l]e juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention de la loi ». Dès lors, « le jugement de valeur est une étape décisive de la réflexion juridique »¹³³⁹.

436. En somme, l'idée de réinterprétation des faits suppose forcément un biais dans la traduction juridique. L'universalité n'est qu'un idéal et sa concrétisation juridique ne peut se départir d'une sélection de ce que *doit être* cet universel. Ce n'est dans le fond qu'une conséquence de la réalité juridique par rapport à celle des faits. Ce biais n'existe pas qu'au niveau de l'établissement d'une catégorie, mais également à celui de son application concrète.

¹³³² Nous reprenons l'approche de Danièle Lochak ici : « [c]ertaines catégories juridiques sont entièrement “construites” et apparaissent comme de purs concepts juridiques (le “bail emphytéotique”, par exemple, ou l'hypothèque, appartiennent exclusivement au lexique juridique et n'ont pas d'autre sens que celui qui leur est conféré par le droit) » (« La race : une catégorie juridique ? », *art. préc.*).

¹³³³ Le construit se forme sur des « idées », pour reprendre les mots du professeur Gény, mais elles-mêmes appuyées sur le réel. Le processus de catégorisation, comme nous allons le voir, n'est jamais neutre. Il ne peut être formé *ex nihilo* ; il se rattache forcément à des éléments factuels. Seulement, le lien entre le concept créé et le réel peut s'avérer plus ou moins tangible.

¹³³⁴ Voir section suivante.

¹³³⁵ D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *art. préc.*

¹³³⁶ « [P]uisque c'est lui qui *sélectionne* les éléments de la réalité qu'il prend en compte [...] » (nous soulignons) (D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation » in *Le droit en procès*, *op. cit.*, p. 60).

¹³³⁷ Marie-Laure Izorche décrit : « [l]a distinction, en tant qu'opération permet de saisir la signification du monde, ou du moins de lui en attribuer une, de le construire : la distinction permet à la fois de rassembler des objets qui, du point de vue du critère retenu sont semblables, et de sélectionner ces objets, de les particulariser au sein de l'univers plus vaste qui les contient. Elle est l'opération préalable à toute classification, et à ce titre, elle joue nécessairement un rôle essentiel dans le progrès des connaissances, dans les sciences en général, et la science juridique en particulier ». Dès lors, conclut-elle, la distinction, permettant de trier les données, est rarement une opération neutre, quel que soit le domaine (M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction » in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 54, 56 et 59).

¹³³⁸ C. PERELMAN, « Égalité et valeur » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *L'égalité*, *op. cit.*, p. 326.

¹³³⁹ C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *art. préc.*

B) L'opération non neutre de l'interprétation et de l'application des catégories

437. Suivant de peu la conception de Kelsen, Jean Rivero établissait que l'égalité devant la règle exigeait seulement que, là où la norme ne distingue pas, l'administration fasse de même¹³⁴⁰. L'analyse soulève des interrogations : qu'en est-il de la qualification juridique et de la délimitation des contours de la catégorie juridique ? En clair, qu'en est-il de l'inclusion ou de l'exclusion de l'individu ou la chose dans la catégorie concernée ? En vérité, le monde idéal décrit par cette égalité « tend invinciblement à s'enraciner dans le réel » au travers des actes d'exécution de la règle¹³⁴¹. Dès lors, ce n'est que par l'accomplissement de ces actes, en d'autres termes par l'application de la règle générale, que va s'imposer la délimitation de la catégorie juridique employée. Dans ce prolongement, une réponse plus claire est en quelque sorte donnée par Olivier Jouanjan : « parce que l'édiction d'un acte d'"application" de la loi ne s'épuise pas dans une simple opération de logique formelle, dans la "subsomption" du cas individuel sous les catégories légales [...] le contenu de la norme individuelle [ou plus largement d'application] n'est pas entièrement prédéterminé par celui de la norme générale »¹³⁴².

438. Cette assertion est d'autant plus avérée que le législateur peut laisser une plus grande marge de manœuvre au juge ou à l'administration s'il reste vague dans les précisions de la norme juridique. Dans ce cas, il n'est pas rare que ce soit à l'administration de donner du contenu à la catégorie juridique ou d'en déterminer les contours, au titre de critères non établis *a priori* par un niveau normatif supérieur. Cependant, la délimitation relèvera en dernier ressort du juge, lors du contrôle du principe d'égalité¹³⁴³, notamment à travers la qualification juridique¹³⁴⁴. Il revient alors à l'administration, puis surtout au juge, de considérer si tel ou tel individu, fait, ou groupe, rentre dans la catégorie juridique prévue, en d'autres termes si « tel singulier appartient à telle catégorie »¹³⁴⁵.

439. C'est en quelque sorte le revers de la médaille de la généralité qui suppose concrètement une délimitation des catégories juridiques : l'égalité concrète dépend beaucoup des organes applicateurs de la norme. Le juge administratif a ici témoigné de son importance, puisque, pour reprendre les propos d'Aude Rouyère, son contrôle porte sur « la ventilation des situations de fait dans les catégories formalisées du droit ». En d'autres termes, poursuit-elle, il

¹³⁴⁰ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 349.

¹³⁴¹ « [...] [C]e n'est que par l'accomplissement de ces actes que les règles juridiques revêtent ce caractère d'efficacité qui est une des conditions essentielles de leur positivité » (H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 157).

¹³⁴² O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 15.

¹³⁴³ Le contrôle d'égalité s'apparente davantage à un examen de la cohérence normative des producteurs de la norme, ce qui prend tout son sens ici (Voir Introduction p. 24-25).

¹³⁴⁴ Qui se « ramène en effet, dans chaque cas, à la question de savoir si, étant donné les faits constatés par le juge du fond, ceux-ci ont été exactement compris par lui dans telle ou telle catégorie » (R. LATOURNERIE, « Essais sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État » in *Le Conseil d'État : Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 197).

¹³⁴⁵ É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 42.

positionne son raisonnement sur les contours de la catégorie à partir de l'identification de différences dites significatives ou, au contraire, de leur absence. Il délimite en somme les frontières de la catégorie juridique¹³⁴⁶.

440. Justement, parce que l'application et l'interprétation de la règle générale ne sont pas qu'une simple affaire de « subsomption », tout le problème de la catégorisation rejaillit particulièrement au niveau de cette qualification juridique et de la détermination de ces « différences significatives ». En effet, « qu'il s'agisse de la morale, de la communauté ou de l'histoire de sa tolérance, l'élément que le juge prend en considération doit nécessairement être figé, et faire l'objet d'une présentation telle que le juge puisse affirmer sa neutralité absolue par rapport à lui [...], il effacera avec d'autant plus de soin la genèse *dans* le discours du droit de l'élément sur lequel il prend appui qu'il voudra présenter son argumentation comme neutre et dictée par la pure logique juridique »¹³⁴⁷. Ces termes témoignent de toute l'ambiguïté d'une qualification portée par un juge se voulant, dans l'idéal libéral décrit par la doctrine, neutre et impartial, et concrétisant l'universalité proclamée du droit. En effet, Iris Marion Young, critique à l'égard de cette conception, considère que cet idéal d'impartialité « masque la façon dont les perspectives particulières des groupes dominants prétendent être universelles, et permet de justifier les structures de prise de décision hiérarchiques »¹³⁴⁸. L'interprétation du juge n'est en aucun cas dénuée des biais mentionnés pour l'établissement des catégories. Précisément, pour nombre d'auteurs, surtout anglo-saxons, l'approche *in abstracto* pratiquée traditionnellement par le juge français est justement encline à imposer « les normes et la morale majoritaires »¹³⁴⁹. Concomitamment, elle produit plus aisément l'exclusion des points de vue minoritaires¹³⁵⁰, créant par-là même une forme d'altérité en marge de la normalité.

C) Une universalité biaisée par le processus de catégorisation : l'ambiguïté entre normalité et altérité

441. À partir du moment où le processus de catégorisation n'est pas neutre, le droit, sous l'aile de l'universalisme, viendra favoriser une certaine majorité. Cela, en prenant en compte certaines caractéristiques et en les hissant au rang du droit universaliste. En effet, « la difficulté

¹³⁴⁶ A. ROUYERE, « Réflexions sur la sanctionner juridictionnelle du principe d'égalité. De la règle de non-discrimination au droit à la différence en passant par l'exigence d'égalité réelle... » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 234.

¹³⁴⁷ O. DE SCHUTTER, « Homosexualité, discours, droit », *RIEJ*, vol. 30, 1993/1, p. 83-142.

¹³⁴⁸ I. M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 97 cité dans E. LEPINARD, « La prise en compte de la subjectivité minoritaire dans l'exercice du jugement au Canada et en France » in A. BARRAS, F. DERMANGE et S. NICOLET (dir.), *Réguler le religieux dans les sociétés libérales. Les nouveaux défis*, Genève, Labor et Fides, 2015, coll. « Religions et modernités », p. 66.

¹³⁴⁹ E. LEPINARD, « Écriture juridique et régulation du religieux minoritaire en France au Canada », *Revue française de science politique*, vol. 64, 2014/4, p. 669-688.

¹³⁵⁰ « [...] [L]e syllogisme du juge français – articulé à une forme d'indifférence pour l'intériorité religieuse – tend à favoriser l'expression du point de vue majoritaire et une asymétrie entre norme majoritaire et subjectivité minoritaire » (E. LEPINARD, « La prise en compte de la subjectivité minoritaire dans l'exercice du jugement au Canada et en France » in A. BARRAS, F. DERMANGE et S. NICOLET (dir.), *Réguler le religieux dans les sociétés libérales...*, *op. cit.*, p. 70).

réside dans le fait que le caractère abstrait du concept d'individu a masqué ce qu'il y avait de particulier dans cette incarnation »¹³⁵¹. Pour ainsi dire, l'universel n'est en vérité qu'un particulier catégorisé sous la forme générale et universel. Les choix opérés tendent indéniablement à inclure des particularismes, culturellement acceptés et imprégnés, en droit. L'universalisme n'est qu'une prise en compte de certaines caractéristiques majoritaires et culturelles à un moment précis, ensuite incluses sous la généralité. Par le tri opéré lors du processus de catégorisation « le type commun se ramène ainsi à un type particulier pris pour le type commun » résume Jean Dabin¹³⁵². Une conclusion quasiment similaire aux propos de Charles Leben : « l'universel surgit forcément du particulier »¹³⁵³. Pourtant, l'universalisme a longtemps nié ses propres particularités et biais ethnico-culturels hissés au rang d'universel¹³⁵⁴. C'est l'ignorance de ce biais initial qui constitue une critique de l'idéal universaliste.

442. En procédant de la sorte, d'autant plus dans un contexte sociétal multiculturel, l'universalisme ne fait rien d'autre que créer l'« Autre » ; certaines différences étant satisfaites par le droit quand d'autres en sont exclus. L'altérité surgit donc du « même »¹³⁵⁵, mais cette *mêmeté* ne peut qu'être prescrite et non décrite. Il s'agit du paradoxe de l'altérité rapporté par Thierry Leterre, selon lequel celle-ci « suppose un horizon d'identité préalable pour opérer la distinction ». En d'autres termes, « il faut du *même* ou encore de l'unité pour saisir l'*autre* »¹³⁵⁶. Il s'agirait de ce que Denise Jodelet appelle l'« altérité du dedans », « référant à ceux qui, marqués du sceau d'une différence, qu'elle soit d'ordre physique ou corporel (couleur, race, handicap, genre, etc.), du registre des mœurs (mode de vie, forme de sexualité) ou liée à une appartenance de groupe (national, ethnique, communautaire, religieux, etc.), se distinguent à l'intérieur d'un même ensemble social ou culturel et peuvent y être considérés comme source de malaise ou de menace »¹³⁵⁷. Par conséquent, un particularisme peut être dissout dans l'universalité de la norme, seulement pour celles et ceux qui s'identifient à lui¹³⁵⁸. À l'inverse, « pour l'observateur extérieur ou pour le membre d'un groupe minoritaire, il n'est que l'expression d'une frontière délimitant une communauté à laquelle il n'appartient pas »¹³⁵⁹.

¹³⁵¹ J. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du genre*, n° 33, 2002/2, p. 17-41.

¹³⁵² Pour lui, « l'histoire démontre que ce droit commun prétendument étranger et supérieur à toute catégorie est toujours posé d'après le type d'une catégorie plus ou moins déterminée » (J. DABIN, « Droit de classe et droit commun... » in *Introduction à l'étude du droit comparé...*, op. cit., p. 75).

¹³⁵³ C. LEBEN, « Y a-t-il une approche européenne des droits de l'homme » in P. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 76.

¹³⁵⁴ Vincent Geisser explique qu'il a longtemps été ignoré « l'implicite ethnique dans tout processus de construction nationale » (« Nation civique versus nation ethnique ? Les faux semblants de l'universalisme républicain », *Annales de philosophie et des sciences humaines*, t. 1, n° 23, 2007, p. 57-74).

¹³⁵⁵ « Propriété assignée, l'altérité s'oppose à l'identité et pose la diversité, la pluralité qui impliquent la différence. Situé au sein du même, elle suppose une certaine rupture et parfois une menace pour l'intégrité » (D. JADELET, « Formes et figures de l'altérité » in M. SANCHEZ-MAZAS et L. LICATA (dir.), *L'Autre : Regards psychosociaux*, Grenoble, PUG, 2005, coll. « Vies sociales », p. 28).

¹³⁵⁶ T. LETERRE, « L'autre comme catégorie philosophique. Remarques sur les fondements métaphysiques et logiques de l'altérité » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de sciences po, 1996, p. 80.

¹³⁵⁷ D. JADELET, « Formes et figures de l'altérité » in M. SANCHEZ-MAZAS et L. LICATA (dir.), *L'Autre...*, op. cit., p. 26.

¹³⁵⁸ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, coll. « Que sais-je ? », p. 82.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

Encore une fois, ce constat découle de la traduction irrémédiable de l'universalité par la généralité en droit.

443. Dès lors, l'universalisme véhicule une forme de normalité, qu'exprime ces caractéristiques. La représentation de l'universel en droit crée substantiellement une assimilation progressive « du légal au normal »¹³⁶⁰. François Brunet rejoint ce glissement lorsqu'il affirme que la normativité peut engendrer une certaine normalité ; plus même, qu'elle est « le vecteur d'une certaine normalisation »¹³⁶¹. Il explique que le processus devient pernicieux, car le droit énonce « une représentation de ce qu'il est *normal* de faire, voire de ce que la société ferait *naturellement* ». Or, ce qui est « normal » est avant tout construit, sur des critères, des stéréotypes ou standards. Le droit part ainsi « d'une normalité qu'il prétend constater pour engendrer, grâce à la normativité juridique, une normalisation »¹³⁶². Ces caractéristiques sont donc autant prises en compte en amont, en ce qu'elles apparaissent normales, qu'en aval, où elles deviennent la normalité, précisément parce qu'elles ont été prises en compte. En conséquence de cela, le droit, diligenté par l'axiome libéral d'une même loi pour tous, participe plus que jamais à « l'uniformisation, à la standardisation, à l'homogénéisation des pratiques sociales »¹³⁶³. En somme, résume Danièle Lochak : « [p]arce que la règle de droit, même formulée de façon générale et impersonnelle et de portée soi-disant universelle, a été dans beaucoup de cas conçue non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets mais pour s'appliquer à un individu "normalisé", correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant, à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales »¹³⁶⁴. Ceux exclus du modèle « naturel », du commun, de l'homme, deviennent les « autres », les « hors du commun »¹³⁶⁵, ou peuvent se sentir comme tels.

444. Les difficultés viennent lorsque l'évolution sociétale et historique bouleverse cette représentation et que le modèle figé par la norme générale a drastiquement évolué. Le problème est encore plus accentué quand la norme persévère dans sa prétention à l'universalité, en occultant le caractère arbitraire des catégorisations et distinctions opérées¹³⁶⁶, et que des individus ne s'identifient plus à elle. En ce sens, décrivant une possible « tyrannie de l'universel », Alain Renaut détaille le risque de concevoir une nature commune, une identité indifférenciée humaine, qui discrimine les individus ou groupes d'individus « ne correspondant pas au concept de l'humain » et les exclut, en droit ou en fait, de son acception¹³⁶⁷. Dans le même sens, Catherine Audard traite d'un « prototype abstrait, an-historique et désincarné »

¹³⁶⁰ D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation » in *Le droit en procès*, op. cit., p. 61

¹³⁶¹ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, mare & martin, 2011, coll. « Bibliothèque des thèses », p. 589.

¹³⁶² *Ibid.*

¹³⁶³ D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation » in *Le droit en procès*, op. cit., p. 58.

¹³⁶⁴ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, coll. « Les voies du droit », p. 69.

¹³⁶⁵ B. BADIE et M. SADOUN, « Introduction » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre...*, op. cit., p. 18.

¹³⁶⁶ « Découpant et reconstruisant le monde environnant selon ses propres notions et critères, le droit présente ce découpage comme inhérent à la nature même des êtres et des choses en occultant le caractère arbitraire des sélections et simplifications qu'il opère au sein d'une réalité beaucoup plus vaste et complexe » (D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation » in *Le droit en procès*, op. cit., p. 61).

¹³⁶⁷ A. RENAUT (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, t. 3, Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 238.

auquel des droits sont attribués, mais « sans s'occuper de savoir si vraiment tous les êtres humains peuvent se reconnaître dans ce modèle »¹³⁶⁸. *A priori*, l'universalisme ne tient pas compte de l'altérité : cette dernière est censée être subsumée dans la règle de droit générale, abstraite, impersonnelle¹³⁶⁹. En maintenant ce postulat, qui dissimule seulement l'inclusion d'un particulier dans le commun, tout en excluant formellement la reconnaissance de certaines différences, l'universalisme serait aujourd'hui dépassé au sein des sociétés multiculturelles. L'égalité formelle corrobore cette position et l'égalité réelle en montre les limites. Ces dernières s'expriment par une forme d'exclusion sous-jacente et perceptible concrètement en droit.

PARAGRAPHE 2. Des risques concrets d'exclusions

445. Certes, la généralité de la norme s'est longtemps présentée comme la solution permettant l'inclusion du plus grand nombre d'individus. Survolant abstraitement le corps social, elle fut louée pour son éventuelle applicabilité à tous. Pourtant, Iris Marion Young affirme, comme beaucoup d'autres, que la tentative de réaliser un idéal universaliste par la généralité, en opposition aux particularismes, aura tendance à exclure ou désavantager certains groupes, même si les individus ont un statut formellement égal¹³⁷⁰. Ce n'est qu'une implication concrète des éléments précédemment exposés. En effet, en assénant sa généralité bienfaitrice et le refus de reconnaître certaines différenciations, l'universalisme se cantonne dans un modèle dont les normes excluent constamment et implicitement (A), ce dont l'histoire a pu témoigner. Nous l'illustrerons par l'exemple de la prise en considération de l'homosexualité (B).

A) Une universalité créant et excluant les « Autres »

446. Il arrive parfois qu'une exclusion se montre en partie explicite, en raisonnant *a contrario*, c'est-à-dire en usant d'une catégorie juridique qui, par elle-même, entre en opposition avec une autre catégorie devenant *a fortiori* exclue¹³⁷¹. Cependant, dans la majeure partie des cas, « fonctionnent aussi des exclusions implicites, derrière une norme qui n'a que l'apparence de l'universalité »¹³⁷². Celles-ci découlent alors de toute l'ambiguïté de l'application et de l'interprétation de la catégorie juridique.

¹³⁶⁸ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p. 516.

¹³⁶⁹ « Le droit universel à l'indifférence qui garantit l'uniformité du corps social et l'homogénéisation des situations individuelles, est fondé sur la dénégation de l'altérité, puisque tous les individus sont identiques et jouissent de manière égale des droits » (Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'Homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 72).

¹³⁷⁰ I. M. YOUNG, « Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship », *Ethic*, n° 99, 1989, p. 250-274.

¹³⁷¹ Danièle Lochak prend l'exemple des « nationaux français », voire des « Français », qui sous-entendent l'exclusion des étrangers (« L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre...*, op. cit. p. 182).

¹³⁷² *Ibid.*, p. 183.

447. L'exclusion d'individus que la catégorie juridique n'a pas entendu toucher peut ressurgir à travers la simple lecture celle-ci ou de ses conditions générales permettant de bénéficier d'effets juridiques. En outre, le législateur, par exemple, peut être très clair sur la teneur d'une catégorie générale et mettre assez expressément en lumière ceux qui n'en feront pas partie. Pour autant, même ce type d'exclusion n'est pas forcément apparent dans la catégorie juridique en tant que formule, car rien ne préjuge effectivement de l'exécution, donc du champ d'application de la norme. En d'autres termes, la norme, aussi générale soit elle en apparence, peut en vérité ne concerner qu'un nombre très limité de personnes, et ce, nonobstant sa formulation *a priori* ouverte¹³⁷³. Jean Rivero exprima concrètement cette possibilité en prenant l'exemple du monde économique et des entreprises et constatant dans ce cadre que « les conditions d'application qu'elle [la règle] définit pour elle-même ne font que transcrire en termes abstraits la situation concrète des entreprises qu'elle a eues en vue » et qu'« à la limite, la catégorie peut se réduire à une seule entreprise, à une seule opération »¹³⁷⁴. Il précise tout de même : « *[s]i étroite soit la catégorie à laquelle la règle entend s'appliquer, il est essentiel, pour les intéressés, qu'elle s'applique également à tous ceux qui en font partie* »¹³⁷⁵. Rivero met ici en exergue toute l'ambiguïté d'une norme susceptible de s'appliquer à tous, mais concrètement applicable qu'à un nombre réduit. Comme nous le suggérons plus haut, cela peut tant s'illustrer dans la norme elle-même que par la qualification ensuite opérée qui ne fera rentrer que peu d'entités sous la catégorie juridique concernée.

448. Par là même, nous percevons déjà toute la relativité de la généralité. Nous y reviendrons, mais il semble qu'une norme ne peut qu'être plus ou moins générale ; la généralité de la norme s'apprécierait alors par degrés de généralité¹³⁷⁶. En effet, plus une norme, même générale, vise un groupe d'individus restreint, plus elle présente de risques d'inégalités. À l'inverse, une règle d'une plus grande généralité réduit ce risque. Dès lors, il semblerait qu'il n'y ait pas une généralité, mais divers degrés ou échelles de celle-ci. Nous aurons l'occasion sur ces remarques, par la suite corroborées¹³⁷⁷.

449. Toujours est-il que le justiciable, en soulevant la non-conformité au principe d'égalité, peut notifier l'exclusion du champ commun d'application de la catégorie pour « certaines situations qui apparaissent ainsi, selon la définition retenue de l'exception, comme des situations d'exceptions »¹³⁷⁸. Est alors parfois employé le terme d'omission législative relative, c'est-à-dire de « lois qui, réglementant certaines situations juridiques, le font pour un groupe de personnes et ne mentionnent pas un autre groupe présentant des caractéristiques

¹³⁷³ T. H. NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 158.

¹³⁷⁴ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, op. cit., p. 356.

¹³⁷⁵ *Ibid.* (nous soulignons).

¹³⁷⁶ B. DUPRET, « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 34/2018, p. 123-142.

¹³⁷⁷ Voir notamment p. 260, 328, surtout 655 et s.

¹³⁷⁸ X. MAGNON, « Le juge face à l'exception. (Re)lecture générale du jugement d'égalité par le prisme de l'exception illustrée par la jurisprudence QPC » in A. VIDAL-NAQUET et M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 4.

similaires ou des conditions égales, sans justification pour fonder de traitement différencié »¹³⁷⁹. Tel était finalement le cas de la réglementation du mariage pour les couples de même sexe ; la formulation de la norme excluait ces derniers du régime¹³⁸⁰.

450. Le constat général de Olivier De Schutter pointe particulièrement du doigt toutes les difficultés exposées, spécifiquement à propos des droits universels de l'homme, qui ne peuvent, dans leur application, « plus prétendre viser simplement l'humanité commune des individus qu'ils garantissent : se tournant vers des individus concrets et situés, ils doivent choisir ou bien d'étendre à ces individus concrets leur protection, ou bien au contraire de leur refuser celle-ci »¹³⁸¹. L'application de la règle entraîne forcément une qualification juridique et un tri nécessaire¹³⁸², qui fait « l'aveu du parti pris » que représentent les droits de l'homme et de la réalité d'un isolement, non d'une humanité abstraite, mais « d'une manière particulière d'être humain » produit par les droits de l'homme. Et l'auteur de conclure : « la première chose que la mise en pratique des droits de l'homme fait apparaître, c'est donc que les droits de l'homme sont une politique : ils expriment la préférence d'une certaine façon de vivre parmi d'autres »¹³⁸³. Ces propos, d'une portée plus générale que le seul cas des droits de l'homme, recoupent toutes les limites que nous avons exposées à propos de la norme générale. En outre, les distinctions et les critères de distinction opérés par la règle de droit relèvent indéniablement de questions axiologiques qui subissent l'influence d'un contexte historico-social bien spécifique¹³⁸⁴. La critique se réitère : une conception spécifique des catégories juridiques, même cohérente, n'endigera pas forcément l'exclusion. Par conséquent, l'égalité concrète ne peut être intégralement anticipée, même par le législateur¹³⁸⁵. Ainsi, même si la norme générale « est conforme au principe d'égalité, il n'est pas pour autant nécessaire ni certain que son application ne sera pas créatrice d'inégalité »¹³⁸⁶, comme nous le verrons ci-dessous¹³⁸⁷. Tout ce caractère relatif du principe d'égalité ne rend pas limpide le processus de restriction et

¹³⁷⁹ D. RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. belg. de dr. constit.*, 1999, p. 254 cité dans *ibid.*

¹³⁸⁰ Décision n° 2010-92 QPC, 28 janv. 2011, *Mme Corinne C. et a.*

¹³⁸¹ O. DE SCHUTTER, « Homosexualité, discours, droit », *art. préc.*

¹³⁸² « Car le juge, telle est en effet sa fonction, tranche. En prenant appui sur quels fondements ? Si toute son argumentation reposait sur cette notion d'humanité abstraite dont les droits de l'homme se veulent la traduction, il serait obligé de tolérer tous les comportements, et d'offrir à ces comportements sa protection, au seul motif qu'ils sont effectivement les comportements d'hommes et de femmes ayant part dans cette humanité. À défaut de tout tolérer, et donc de rendre inutile son office, le juge doit faire choix d'une certaine humanité [...] » (*ibid.*).

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ H. PETZOLD PERNIA, « Égalité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, coll. « Anthologie du Droit », p. 222-223.

¹³⁸⁵ C. STARCK, « L'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité » in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 184.

¹³⁸⁶ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 15.

¹³⁸⁷ Paragraphe 3.

d'extension des catégories, par là même d'inclusion et d'exclusion propre au droit¹³⁸⁸. L'histoire a pourtant connu des exemples concrets de ce mouvement d'inclusion et d'exclusion.

B) Un exemple concret d'exclusion : le cas de l'homosexualité

451. De manière très générale, l'exemple-type de l'exclusion d'une norme prétendument universelle est historiquement celui des femmes. Dès l'époque révolutionnaire, la notion abstraite d'individus n'était pas aussi universellement inclusive qu'il n'y paraissait. Les femmes, « supposées appartenir à une catégorie dotée de caractéristiques spécifiques », n'étaient pas traitées à égalité avec les hommes¹³⁸⁹. Pour reprendre les mots d'Elsa Fondimare, l'universalisme, implicitement ou explicitement sexué, était pensé sans les femmes¹³⁹⁰, car fondé *par* et *pour* les hommes¹³⁹¹. À bien des égards la femme était exclue des formules et régimes juridiques considérés comme communs. Les exemples les plus marquants furent ceux de la définition des droits politiques qui exclut *ab initio* la femme et du Code civil qui, à bien des titres, conforta une vision patriarcale déjà bien installée.

452. Bien que le cas des femmes soit pertinent et parlant pour nos propos, celui des droits des personnes homosexuelles l'est encore davantage. En effet, pendant très longtemps, le droit rejetait du bénéfice de certains régimes les relations intimes ou conjugales nouées par des personnes de même sexe, avec ceci de particulier que la norme ne prévoyait pas, en soi, cette exclusion, mais se contentait de précisions très générales présumant l'éventuelle applicabilité pour tous. Il n'était alors pas question d'une règle ouvertement discriminatoire mais, camouflée

¹³⁸⁸ Nous pouvons percevoir ces limites en filigrane à travers les propos de Jean Rivero dans l'article. Celui-ci constate effectivement une multiplication des catégories juridiques, mais affirme « [l]es formules ne changent guère ; ce qui change, c'est la réalité à laquelle elle s'applique ». Il s'interroge : « Égalité entre les professionnels se trouvant dans la même situation ? ». Il répond en mettant en lumière toute les difficultés liées au principe d'égalité que nous avons déjà abordées notamment dans l'Introduction : « [e]n matière économique, cela conduit à traiter également les exploitants de fondoirs assurant la récupération des suifs, ou les négociations en lentilles ». Cette situation étant inenvisageable en réalité, il déduit que ce que le juge sanctionne « c'est simplement un pas de plus – qu'il juge être un pas de trop – dans la voie de ces distinctions : il est légitime de poser des règles spéciales pour les vendeurs de lentilles, mais non de sous-distinguer, parmi eux, les producteurs et les revendeurs ». L'auteur conclut : « [i]l est bien évident que, dans cette voie, il est difficile de marquer le cran d'arrêt, et de dire à partir de quel degré la spécialité des catégories auxquelles s'applique la règle constitue une atteinte à l'égalité : une fois que l'on a cessé de légiférer pour tous, selon l'idéal révolutionnaire, où marquer, sans arbitraire, la limite entre le groupe qui justifie une mesure spéciale, et le sous-groupe qui ne la justifie pas ? ». Ce pertinent constat témoigne une fois encore du traitement dont les catégories juridiques peuvent faire l'objet, notamment par le juge. Ce dernier choisit les distinctions – selon des critères se voulant généralement objectifs – et accepte ou refuse des subdivisions de catégories. En outre, cela illustre à quel point le juge détient la capacité d'étendre ou de restreindre des catégories, c'est-à-dire d'inclure ou d'exclure davantage. D'ailleurs, l'exemple donné par Jean Rivero montre probablement à quel point la norme la plus générale laisse davantage de marge d'interprétation et de possibilité de subdivisions au juge (« Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, op. cit., p. 356 et s.).

¹³⁸⁹ J. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », art. préc.

¹³⁹⁰ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris Nanterre, 2018, p. 114.

¹³⁹¹ D. TISSOT, *Féminisme et universalisme : vers une définition commune de la justice*, Thèse de doctorat en philosophie, Paris, Université Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 2013, p. 71. Avec celle d'Elsa Fondimare, ces deux travaux offrent une perspective globale sur cette problématique.

sous son universalité de façade, qui empêchait ceux ne se reconnaissant pas dans la norme sociale dominante – en l’occurrence hétérosexuelle – d’accéder aux mêmes droits¹³⁹².

453. Cette situation se rencontra principalement pour le mariage, pour lequel la norme n’interdisait pas expressément le contrat entre deux personnes de même sexe. Seulement, la conception substantielle de cette norme, fondée sur le modèle familial dominant et accepté à l’époque¹³⁹³, et influencée par les autres règles véhiculant la conception traditionnelle femmes-hommes du couple¹³⁹⁴, ne permettait pas, dans les faits, cette union.

454. À partir du moment où la règle ne spécifie pas en elle-même l’inclusion ou l’exclusion des couples homosexuels, c’est au niveau de l’application que le tri s’opère. C’est évidemment en dernier ressort le juge qui joue un rôle fondamental dans l’inclusion ou l’exclusion, comme l’illustra le refus d’adoption plénière pour un homme homosexuel au titre de ses « choix de vie »¹³⁹⁵. Nous l’avons dit, l’interprétation et le contour des catégories juridiques se calque implicitement sur *une* conception sociétale ambiante, selon un modèle spécifique, alors retranscrit par le juge. Dans le cas d’espèce précité, le juge administratif n’a pas discriminé ouvertement, mais a usé de critères spécifiques pour exclure.

455. Ce phénomène s’observe encore plus dans certaines jurisprudences du juge judiciaire, qui considéra notamment la situation de fait de concubinage en union libre comme ne pouvant « concerner qu’un couple constitué d’un homme et d’une femme »¹³⁹⁶, et ce, en dehors de toute précision législative en ce sens. Dans ce cas, la catégorie de couple libre ou marié, en apparence neutre et éventuellement au bénéfice de tous, n’inclut pas, dans son application et sa délimitation, certains individus dont les modes de vie ne correspondent pas à la vision dominante de l’époque¹³⁹⁷. Parfois l’exclusion est davantage tacite, reposant sur des

¹³⁹² D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l’universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit », p. 41.

¹³⁹³ « [L]e Code civil, où l’on chercherait en vain la trace explicite d’une discrimination quelconque à l’égard des homosexuels, a pourtant été entièrement rédigé et conçu en fonction du modèle familial dominant, le seul socialement acceptable et accepté : le couple composé d’un homme et d’une femme, de préférence pourvu d’enfants » (*ibid.*, p. 43).

¹³⁹⁴ Danièle Lochak explique que des formules du Code civil fixaient les devoirs respectifs du « mari » et de la « femme » (*ibid.*). Cécile Ruet décrit toutefois les raisons culturelles d’une différenciation sexuelle au sein de l’institution maritale, qui ne saurait en réalité être historiquement appréhendée indépendamment de la procréation (voir C. RUET, « Liberté matrimoniale et différenciation des personnes » in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006, p. p. 83 et s.).

¹³⁹⁵ CE, 9 oct. 1996, *Département de Paris* ; JCP G, 1997, concl. C. MAUGÛE. La commissaire du gouvernement avait à l’inverse souligné l’indistinction opérée par la norme : « [d]écider par voie prétorienne qu’un célibataire homosexuel ne présente pas les garanties suffisantes au plan psychologique et familial pour adopter un enfant revient à introduire une discrimination non voulue par le législateur entre les candidats à l’adoption en fonction de leurs choix de vie privée » (cité dans D. LOCHAK, « Égalité et différences.... » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, op. cit., p. 42).

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 44.

¹³⁹⁷ Tel que l’affirme Danièle Lochak : « l’exemple de la conjugalité homosexuelle atteste que l’uniformité de la règle et son universalité apparente ne suffisent pas à garantir une véritable égalité des droits : il faut s’assurer qu’elle ne fonctionne pas au seul bénéfice de ceux qui répondent au schéma normalisé sur la base duquel la norme abstraite a été conçue » (D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l’universalité*, op. cit., p. 75). Les propos résumant très précisément ce que nous exposons, à la différence près que, par « véritable égalité des droits », l’auteur semble mêler l’égalité réelle. Elle met en lumière les limites d’une égalité des droits justement garantie, mais qui ne permet pas, en revanche, une véritable égalité de fait.

critères bien plus généraux, mais il arrive qu'elle soit, comme en l'espèce, nettement plus franche. En toute hypothèse, l'éventuelle universalité d'application n'empêche pas la distinction concrète et l'exclusion dans l'ombre.

456. Cela étant, la remise en cause des catégories dépend aussi des revendications nouvelles tendant à souligner le caractère biaisé de la norme et à mettre à l'épreuve sa capacité d'adaptation à la réalité sociale, autrement dit, son universalisation réelle¹³⁹⁸. À travers tous ces exemples, se fait jour l'illustration d'une norme soi-disant neutre témoignant, dans son application, d'une approche spécifique de la « normalité », à savoir l'individu hétérosexuel. En face, s'opposent des revendications nouvelles prônant l'inclusion de leur « différence »¹³⁹⁹ dans la définition de la norme commune. En ce sens, la teneur des revendications cible le bénéfice du mariage en tant que tel, « et non pas un “mariage homosexuel” qui constituerait une spécification du mariage “normal” »¹⁴⁰⁰. La remarque vaut pour les autres cas exposés. La discrimination résulte en l'occurrence d'une exclusion « d'une institution ouverte à d'autres qu'eux »¹⁴⁰¹ et, en théorie, ouverte à tous. En définitive, la dynamique est celle de l'universalité qui, « invitant les individus à se considérer comme des semblables, les conduit aussi à revendiquer pour eux-mêmes les mêmes droits que ceux dont bénéficient tous les autres »¹⁴⁰². S'illustrent ici les demandes égalitaires d'inclusion dans la norme commune. Celles-ci mettent en lumière les effets pernicioeux d'une universalité absolument non neutre et de sa traduction par une égalité excessivement formelle, que sont les inégalités de fait et les discriminations indirectes.

PARAGRAPHE 3. La part d'ombre de l'égalité formelle : les inégalités de fait et les discriminations indirectes

457. Au départ, l'universalisme se soucie seulement de ce que la norme englobe le plus grand nombre d'individus *in abstracto*, mais refuse que l'on prête attention à la réalité de ce postulat *in concreto*¹⁴⁰³. Comme le résume Michel Troper : « il suffit que la loi soit susceptible d'être appliquée à tous les citoyens, mais il n'est pas nécessaire qu'elle le soit effectivement

¹³⁹⁸ Voir Section 2.

¹³⁹⁹ Nous mettons les guillemets, car la différence est justement subie, produite en l'occurrence par la norme générale.

¹⁴⁰⁰ A. RENAUT, *Égalité et discriminations. Un essai de philosophie politique appliquée*, Paris, Éditions du Seuil, 2007, coll. « La couleur des idées », p. 26.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

¹⁴⁰² *Ibid.*, p. 27. Appuyant ces propos, Justine Lacroix affirme que la question du mariage homosexuel tend davantage « à s'inscrire dans une logique de similitude entre des individus qui entendent être reconnus comme les mêmes que dans une valorisation de la différence » (J. LACROIX, « Communautarisme et pluralisme dans le débat français. Essai d'élucidation », *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007).

¹⁴⁰³ Nous percevons en fond la distinction qu'opérait Henri Dupeyroux entre généralité relative et absolue. L'auteur expliquait que la seconde, renvoyant à l'universalisme, référait « à la véritable portée de la loi » quand la première supposait la rédaction de celle-ci en formules abstraites. En ce termes, Dupeyroux soulignait tacitement que cette dernière omettait tout aspect tenant à l'application de la norme quand la généralité absolue supposait, justement et paradoxalement, un regard tourné sur celle-ci (H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, op. cit., p. 151).

[...] »¹⁴⁰⁴, et c'est bien là le problème. En évitant toute obligation de différence de traitement des situations distinctes imposée aux personnes publiques, nous savons que l'égalité formelle à la française peut omettre la réalité des situations et les effets concrets de l'application des normes. Partant, les exclusions des catégories juridiques précédemment exposées ne sont que peu ou pas prises en compte en droit français, « car, sur le plan formel, tous les citoyens sont considérés comme égaux en droit »¹⁴⁰⁵. Telle est la description, et tels sont les reproches, de l'égalité formelle et universaliste.

458. En conséquence, l'application uniforme de la même règle peut soit « aboutir à conforter les inégalités », soit « placer les membres de groupes minoritaires dans l'impossibilité d'exercer *effectivement* des droits qui leur sont théoriquement reconnus »¹⁴⁰⁶. Il est couramment question d'inégalités de fait dans le premier cas et de discriminations indirectes dans le second ; deux conséquences traditionnellement établies comme résultant des excès de l'égalité formelle. Le lien avec la catégorisation est tangible quand Danièle Lochak fait reposer l'existence de ces conséquences sur « les règles formulées de façon générale et impersonnelle, de portée soi-disant universelle », en réalité conçues « non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets », mais pour s'appliquer à un « individu “normalisé”, correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant »¹⁴⁰⁷. Il en résulte que « dans les faits, le droit positif ne garantit pas les mêmes droits à tous : des règles discriminatoires subsistent, qui tracent une ligne de partage entre ceux qui jouissent de certains droits et “les autres” qui n'en jouissent pas »¹⁴⁰⁸.

459. Dans le détail, la distinction entre l'inégalité de fait et la discrimination indirecte n'apparaît pas si aisée. Cette dernière est toutefois une notion juridique et fait à ce titre l'objet de définitions et critères plus précis que l'inégalité de fait.

460. Ainsi, l'Union européenne a pu définir la notion¹⁴⁰⁹ : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes » en fonction de certains critères qui

¹⁴⁰⁴ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, p. 146-147 cité dans É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁴⁰⁵ V. GEISSER, « Nation civique versus nation ethnique... », *art. préc.*

¹⁴⁰⁶ D. LOCHAK, « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », *Droit et Cultures*, n° 49, 2005, p. 15-19 et peu ou prou les mêmes propos dans D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *op. cit.*, p. 181. Nous soulignons pour préciser qu'il est avant tout question d'inégalités de fait, d'exclusions propres à l'exercice effectif d'un droit, non son existence seulement formelle.

¹⁴⁰⁷ L'auteur décrivait déjà – ce qu'elle réitéra en 2010 (et que nous avons cité) – ce modèle : « à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales ? C'est à cet individu, au départ, et à lui seul, qu'est reconnue l'intégralité des droits, tandis que les “autres”, définis négativement par référence à cette norme-étalon, s'exposent à faire l'objet de discriminations » (*ibid.*, p. 181.), mais de discriminations seulement indirectes, car – nous le verrons ci-après – « à rebours », déduites des effets ou dans les faits, de la norme générale.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 180.

¹⁴⁰⁹ Nous reviendrons plus précisément sur la jurisprudence de l'UE et de la CEDH (voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

se révèlent variés¹⁴¹⁰. Aussi, pour la Cour européenne des droits de l'homme, qui fait également sienne la notion de discrimination indirecte¹⁴¹¹, une politique générale peut porter préjudice à un groupe d'individu et ainsi discriminer, et ce, « nonobstant le fait que la politique en cause ne soit pas spécifiquement conçue ou dirigée contre ce groupe »¹⁴¹², d'où le terme de norme « neutre ».

461. La discrimination directe est la conséquence d'un acte qui exclut expressément un individu à raison d'une caractéristique spécifique sans justification objective. L'indirecte, en revanche, est plus insidieuse, parfois « systémique »¹⁴¹³ : elle est la conséquence des effets d'une norme¹⁴¹⁴, d'un acte, d'apparence neutre, qui ne vise proprement personne, mettant en lumière des situations de vulnérabilités insoupçonnées, tant de manière générale que par la règle de droit¹⁴¹⁵. Tel est le cas sus-exposé des individus souhaitant se marier avec une personne du même sexe.

462. La discrimination indirecte est ainsi juridiquement accompagnée de critères permettant de la caractériser, notamment au niveau de la CEDH ou de l'UE. D'abord, elle suppose forcément un auteur, un acte juridique ou matériel, mais aussi un critère de discrimination prohibé¹⁴¹⁶. De surcroît, est prise en considération la justification de l'acte puisqu'il n'y a pas discrimination indirecte si celui-ci, alors contesté, est « objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif [sont] appropriés et nécessaires »¹⁴¹⁷. En droit, c'est ici la distinction la plus usitée pour établir que toute inégalité n'est pas forcément une discrimination indirecte. L'existence de cette dernière ne se trouve juridiquement fondée qu'en l'absence de justification objective et légitime de la règle neutre

¹⁴¹⁰ La directive 2000/43/CE précise « des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée » (Conseil du 29 juin 2000, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, art. 2 b)), celle 97/80/CE vise les normes qui affectent « une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe » (Conseil du 15 déc. 1997, *relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe*, art. 2-2.). Plus globalement, la directive 2000/78/CE, reprenant quasiment la même rédaction, concerne les « personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés » (Conseil du 27 nov. 2000, *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, art. 2-2. b)).

¹⁴¹¹ Julie Ringelheim précise les évolutions jurisprudentielles concernant les discriminations indirectes (« La non-discrimination dans la jurisprudence des droits de l'homme. Bilan d'étape », *CRIDHO Working Paper*, 2017/2). L'Union européenne fut alors précurseur en la matière et la Cour européenne des droits de l'homme ne se contenta initialement que d'une évolution timide, suggérant l'obligation de traitement différent de situations différentes (CEDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, puis CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94). L'autrice considère que c'est la décision *D. H. et a. c. République Tchèque* (13 nov. 2007, n° 57325/00) qui consacra concrètement la discrimination indirecte, en s'inspirant explicitement de l'Union européenne.

¹⁴¹² CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, §154.

¹⁴¹³ La discrimination systémique semble être une notion à part et plus large, mais elle se rapproche grandement de la discrimination indirecte, cette dernière procédant bien souvent d'une pratique ou tendance systémique (voir pour la discrimination systémique : M. MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672).

¹⁴¹⁴ X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315.

¹⁴¹⁵ M. MERCAT-BRUNS, « La personne au prisme des discriminations indirectes », *D.*, 2013, p. 2475.

¹⁴¹⁶ D. BORRILLO, « Lutter contre les discriminations et aussi contre les inégalités » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, Paris, LGDJ, 2013, p. 233.

¹⁴¹⁷ Par exemple directive 2000/43/CE, *préc.*

mise en place. Le droit est donc porteur d'inégalités mais, juridiquement parlant, pas toujours de discriminations. Cependant, au-delà de l'acception juridique, nous devons analyser le sens conceptuel des deux notions, car c'est avant tout celui que nous utiliserons par la suite.

463. À notre sens, l'inégalité renvoie au constat synchronique d'une situation de fait qui place des individus dans une position d'infériorité ou de difficulté en fonction de certains critères, par exemple économiques. La discrimination indirecte apparaît quant à elle dans un rapport juridique. Contrairement à cette dernière, l'inégalité peut alors être antérieure à tout processus juridique, c'est-à-dire préexister à tout acte ou agissement d'autrui¹⁴¹⁸.

464. Dès lors, un régime juridique égalitaire peut fort bien cristalliser une inégalité de fait¹⁴¹⁹ et conduire, logiquement, à une discrimination indirecte. Il est évident que l'égalité formelle, principe « métajuridique »¹⁴²⁰, ne supprime pas les inégalités de fait. Au contraire même, la révélation d'un processus de catégorisation intrinsèquement lié à la sélection de distinctions révèle le paradoxe selon lequel l'égalité peut être basée sur l'inégalité¹⁴²¹ et, aujourd'hui, cette première est manifestement dénoncée en ce qu'elle conforterait et aggraverait cette dernière. Précisément, la norme générale, ne se souciant guère des différences de fait, peut dès lors entériner une inégalité en ne permettant pas le bénéfice d'un droit spécifique à l'individu dans une situation d'infériorité. Cette dernière est ignorée par une norme qui vise généralement les individus, mais qui, concrètement, ne s'applique pas de la même façon pour tous. Concomitamment, cette même norme, parce qu'elle vise dans sa généralité un modèle spécifique de l'individu, entre en contradiction avec certaines singularités individuelles. Dans ce cas, la discrimination indirecte résulte d'une règle spécifique qui ignore une caractéristique ne laissant pas forcément présager, dans les faits, une infériorité ou un désavantage. Comme nous le disons, la discrimination peut donc produire, du moins faire apparaître, des inégalités, tandis que l'inégalité s'avère généralement antérieure à la discrimination, sans en être nécessairement la conséquence¹⁴²² – mais peut en être le terreau¹⁴²³.

465. Pour comprendre cette idée, prenons l'exemple donné par le rapport québécois de Gérard Bouchard et Charles Taylor d'une norme générale prévoyant l'obligation d'être seul dans un isolement pour voter. Les personnes souffrant de déficience visuelle sont victimes d'une discrimination indirecte dès l'instant où la règle ne leur permet pas d'être accompagnées dans

¹⁴¹⁸ D. LOCHAK, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, 2004/1, p. 13-23.

¹⁴¹⁹ L'exemple-type, abordé ci-dessous, est celui des lieux de cultes. La situation historique des relations entre l'Église et l'État a permis à cette première de bénéficier de nombreux lieux de cultes. La loi de 1905 a figé cette situation en interdisant les financements publics des cultes et en ne permettant pas aux nouveaux cultes, comme l'islam, de bénéficier des mêmes facilités issues de l'histoire.

¹⁴²⁰ Car – substantiellement abstraite – elle pose les règles qui permettent de poser les règles, ce qui lui retire tout mérite d'éventuelle suppression des inégalités (G. SOULIER, « Droits des minorités et pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, n° 53, 1993-2, p. 525-638).

¹⁴²¹ C. J. FRIEDRICH, « La crise de l'égalitarisme » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *L'égalité*, op. cit., p. 314.

¹⁴²² D. LOCHAK, « La notion de discrimination », art. préc.

¹⁴²³ V.-A. CHAPPE, « Inégalité de fait » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 220.

l'isoloir¹⁴²⁴. En raison d'une certaine caractéristique non prévue par la règle applicable à tous, un individu se trouve discriminé, indirectement. Ici, la discrimination indirecte – la norme ne convient qu'aux individus dotés de leur pleine faculté visuelle – vient entériner une inégalité de fait préalable – la situation des personnes en situation de handicap visuel. En revanche, un individu peut avoir une croyance religieuse spécifique, qui n'est pas celle de la majorité ; rien ne permet de constater une inégalité de fait. Toutefois, lorsque la norme commune avantagera indirectement le culte majoritaire, elle créera une discrimination indirecte pour l'individu à la croyance minoritaire. Assurément, en matière religieuse la question s'avère bien plus complexe qu'à l'égard d'une contrainte physique, mais le fond de ce débat sera l'objet d'une prochaine partie¹⁴²⁵. L'exemple tend surtout à démontrer que la discrimination indirecte fait apparaître une inégalité de fait induite par le droit lui-même.

466. Au demeurant, l'observation de l'inégalité s'opère forcément par rapport à un référentiel ; la comparaison nécessite deux comparés¹⁴²⁶. La discrimination indirecte, de son côté, s'établit dans un rapport purement juridique où les deux comparés sont le majoritaire et le minoritaire, le premier étant conforté dans la norme générale, le second se trouvant exclu par celle-ci. La notion recoupe dès lors toute la critique entourant la norme générale, faussement universelle : il peut y avoir discrimination indirecte lorsqu'une norme générale écarte un individu ou un groupe d'individu en raison d'une caractéristique spécifique, et à tous les échelons normatifs ou d'application. En quelque sorte, la discrimination indirecte révèle les conséquences inégalitaires des normes et pratiques¹⁴²⁷, autrement dit les inégalités que le droit crée lui-même.

467. Les autres critères juridiques précités relèvent, selon nous, de l'étape suivant le constat de la discrimination. L'importance de la justification, de l'intérêt légitime, des critères pris en considération, etc., apparaît uniquement quand nous envisageons les solutions à donner afin de corriger la discrimination ou en prenant la notion dans sa dimension purement juridique. Au Canada, l'étape suivante peut être la mise en place d'un accommodement raisonnable, mais pour la Cour européenne des droits de l'homme il n'est pas ouvertement question d'un tel dispositif. Il s'agit la plupart du temps de condamner l'existence d'une règle neutre ayant un effet indirectement préjudiciable et disproportionné sur des individus¹⁴²⁸. Ici, la discrimination indirecte renvoie à une notion juridique qui regroupe son constat et sa correction.

¹⁴²⁴ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008, p. 63.

¹⁴²⁵ Voir p. 464 et s.

¹⁴²⁶ Cela dit, le relativisme est sans fin : le constat d'une inégalité de fait découle également du contexte social et matériel issu de la normalité. Dans un monde hypothétique où tous les individus auraient une déficience visuelle, celle-ci n'en serait pas même une, ni une inégalité. C'est le phénomène majoritaire qui participe aussi de l'établissement des « inégalitaires ».

¹⁴²⁷ L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 7-34.

¹⁴²⁸ Voir, par exemple, CEDH, 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10 ou, pour la condamnation de discriminations indirectes, non dans la norme elle-même, mais dans son application, CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02.

468. De notre côté, nous distinguerons bien le processus d'observation d'inégalités de fait ou de discriminations indirectes et celui de la réaction, de la correction juridique éventuellement mise en place. Nous rejoignons ainsi la méthodologie défendue de l'égalité réelle. Si la discrimination indirecte est fréquemment employée pour caractériser la correction du formalisme, nous l'envisageons avant tout comme une notion, indépendante de son acception en droit positif, qui regroupe l'observation des critiques de normes générales renfermant une exclusion de catégories d'individus¹⁴²⁹. Elle forme un potentiel contestataire, dans la mesure où elle vise à se placer du point de vue éventuel d'individus susceptibles de remettre en cause la norme formelle en vertu de leur caractéristique personnelle. Partant, tout ce que nous avons développé, sur les catégories générales qui peuvent ne pas comprendre certains individus dans leur substance, peut être appréhendé sous les termes de discriminations indirecte, indépendamment de l'emploi de la notion en droit positif. Ces limites de la règle générale sont particulièrement criantes en matière culturelle.

SECTION 2. Des limites patentes et saillantes dans le régime des cultes français

469. La généralité de la norme permet l'égalité des cultes formelle dans la prise en compte du fait religieux. Nécessairement, cette généralité entraîne avec elle les limites que nous lui connaissons et qui lui sont propres. Il est judicieux de rappeler la critique de l'universalisme dépeinte par Danièle Lochak : « [p]arce que la règle de droit [...] a été dans beaucoup de cas conçue non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets, mais pour s'appliquer à un individu "normalisé", correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant, à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la *religion majoritaires* [...] »¹⁴³⁰. En outre, la règle générale, traduction de l'égalité universaliste, a été établie sur le modèle de – et principalement pour – la religion majoritaire, ce qui en révèle les limites. Cependant, les spécificités du fait religieux et de sa prise en compte exacerbent les revers de l'égalité formelle dans le régime des cultes. En effet, le cas du religieux est l'illustration évidente du lien qui peut exister entre la construction catégorielle et les valeurs et faits sociaux dominants. Dès lors, il est aussi le terrain d'une dénonciation des plus vives d'un modèle majoritaire qui exclut les conceptions religieuses minoritaires.

470. Tout cela est cependant avivé par la diversité qui caractérise de nos jours le fait religieux. En effet, le contexte social n'est plus le même qu'en 1905 : les trois religions principales (catholique, protestante et israélite), quasiment les seules considérées à cette époque, sont aujourd'hui accompagnées d'une multitude de mouvements religieux nouveaux ou de religions monothéistes plus récemment implantées en France. L'islam est l'une d'elle et

¹⁴²⁹ « [D]ans les faits, le droit positif ne garantit pas les mêmes droits à tous : des règles discriminatoires subsistent, qui tracent une ligne de partage entre ceux qui jouissent de certains droits et "les autres" qui n'en jouissent pas » (D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre...*, op. cit., p. 180).

¹⁴³⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 69 (nous soulignons).

s'est rapidement affirmée comme la deuxième religion la plus pratiquée en France de nos jours. Le problème est perceptible : l'affirmation et la formation du régime des cultes se sont opérées dans un contexte tout autre qui ne prit principalement en considération que certaines religions spécifiques¹⁴³¹. À la lumière de ce contexte, le régime des cultes constitue particulièrement une expression claire et concrète des limites de l'universalisme, traduit par la généralité de la règle, que l'égalité réelle met en avant.

471. Cette étape procède ainsi « du constat liminaire d'une situation objective défavorable » pour une catégorie d'individus¹⁴³². Du point de vue des cultes, il s'agit de simplement constater objectivement que des religions ne bénéficient pas également du régime, car elles peinent à remplir des conditions posées, alors insuffisamment universalisées. Il ne s'agit pas de mesurer un quelconque besoin subjectif, identitaire, de différenciation, mais seulement l'applicabilité du régime en fonction des cultes en présence. Seule la différence de situation est concernée ici pour établir les effets pernicieux de la généralité. Or, le religieux malmène la généralité de la règle en mettant vivement en lumière ses limites au regard de ces différences de situation.

472. Inévitablement, d'une part, le régime est porteur d'importantes inégalités de fait entre les religions (**PARAGRAPHE 1**). D'autre part, et plus implicitement, la généralité de la règle montre toutes ses limites face au régime des cultes par les discriminations indirectes qu'elle cause (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. Un régime vecteur d'inégalités de fait entre religions

473. La loi de 1905 et ses principes furent très rapidement malmenés par les problèmes liés à son application, surtout à l'égard de l'Église catholique qui y fit obstacle. Ces difficultés furent la cause d'inégalités de fait actuelles, précisément à propos des biens ou lieux de culte dont chacune des religions disposent.

474. Au moment de la Révolution, les biens du clergé se trouvèrent nationalisés¹⁴³³. Jusqu'à la loi de 1905, l'État et les communes ont conservé la propriété des édifices cultuels de l'Église catholique nationalisés¹⁴³⁴, sans que l'apparente séparation proclamée par la Convention nationale n'y change quoi que ce soit¹⁴³⁵. La loi de 1905 n'a pas non plus modifié cet état de fait. Par son article 12, elle maintenait la propriété publique des édifices cultuels¹⁴³⁶

¹⁴³¹ Les trois grands courants religieux : protestantisme, catholicisme et judaïsme.

¹⁴³² X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *art. préc.*

¹⁴³³ Décret du 2 novembre 1789.

¹⁴³⁴ La loi du 18 germinal an X (8 avril 1802), qui établissait le Concordat, affirma la mise à disposition aux évêques des édifices nationalisés lors de la Révolution. C'est ensuite un avis du Conseil d'État du 2 pluviôse an XIII (22 janvier 1805) qui précisa la propriété communale des églises paroissiales et de l'État pour les cathédrales.

¹⁴³⁵ Ce constat présageait d'ores et déjà les difficultés qu'impliquerait plus tard le choix opéré durant la Révolution à l'égard des biens du clergé (B. PLONGERON, « La première séparation de l'Église et de l'État sous la Révolution a-t-elle eu lieu ? », *Revue d'histoire de l'Église de France*, XCI, 2005, p. 239-263).

¹⁴³⁶ Ce qui comprenait ceux consacrés à l'exercice du culte, telles que les Églises, comme ceux qui ne l'étaient pas directement, tels que les presbytères

nationalisés, mais aussi, forcément, de tous ceux qui furent propriété publique, par la suite, jusqu'en 1905¹⁴³⁷. Le texte prévoyait ainsi de mettre à disposition ces biens aux futures associations cultuelles dans la seule optique d'affectation pour l'exercice du culte. Les édifices non consacrés aux cultes étaient laissés à la disposition des religions seulement pendant un certain temps¹⁴³⁸. En l'absence de la mise en application par l'Église catholique dans le délai d'un an des dispositions prévues, la loi du 2 janvier 1907 apporta comme solution le recouvrement définitif des édifices non consacrés à l'exercice du culte par les personnes publiques propriétaires¹⁴³⁹.

475. De surcroît, concernant les biens culturels qui appartenaient aux anciens établissements publics confessionnels, leur propriété devait être transférée aux nouvelles associations cultuelles. Or, en refusant la formation de ces associations, l'Église catholique contraignait l'État à placer sous séquestre ces biens puis à se les approprier par la loi du 13 avril 1908 (ou aux départements et communes) tout en laissant la disposition gratuite de ces édifices aux fidèles. Il fallut la mise en place ambiguë des associations diocésaines en 1923 pour que l'Église récupère une partie de ces biens¹⁴⁴⁰. En attendant, les lois de 1905, 1907 et 1908 actaient une fois de plus une situation d'inégalité de fait tenant à la propriété publique, démultipliée, des édifices catholiques¹⁴⁴¹. Cela ne posait pas de difficultés outre mesure du moment que les associations étaient tenues des réparations de toute nature et autres charges tenant à l'édifice¹⁴⁴².

476. Le problème s'accrut lorsqu'il fut permis aux autorités publiques d'entretenir les édifices culturels dont ils devaient assurer la gestion à la suite du refus de l'Église de former des associations cultuelles¹⁴⁴³. En effet, l'article 5 de la loi du 13 avril 1908 modifia l'article 13 de la loi de 1905 en prévoyant que les pouvoirs publics pouvaient engager des dépenses pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont ils étaient propriétaires. De son côté, le paragraphe précédent précisait que les associations propriétaires des édifices transférés seraient tenues des réparations de toute nature quand l'article 2 prohibait par principe toute aide de l'État en la matière. La règle nouvellement posée entérina clairement une inégalité de fait. En effet, comme le résume Philippe Portier, cette situation « a favorisé grandement l'Église catholique tout au long du XX^e siècle, en lui offrant d'occuper les lieux de culte sans en assumer les charges d'entretien et de conservation », cette occupation étant en prime gratuite. Or, « il n'en a pas été

¹⁴³⁷ Des édifices construits ou acquis par une commune, par exemple

¹⁴³⁸ Art. 14.

¹⁴³⁹ « [...] archevêchés, évêchés, presbytères et séminaires » (art. 1).

¹⁴⁴⁰ Voir nos développements sur ce point p. 586 et s.

¹⁴⁴¹ De nombreux édifices ont été nationalisés lors de la Révolution, actant déjà une importante inégalité, de droit comme de fait. Ensuite, la situation privilégiée et majoritaire de la religion catholique entraîna inmanquablement l'accroissement du nombre d'édifices catholiques propriétés des personnes publiques. Dès lors, les lois précitées vinrent aggraver cette inégalité de fait en augmentant le nombre de ces édifices propriétés publiques, édifices pourtant prévus pour être transférés aux associations privées.

¹⁴⁴² Article 13 de la loi de séparation de 1905, modifié par l'article 5 de la loi du 13 avril 1908.

¹⁴⁴³ Une nouvelle fois, la solution était motivée par des raisons pragmatiques : les édifices ne pouvaient être laissés à l'abandon en l'absence d'affectataires... L'État n'avait pas d'autre choix que de prévoir l'entretien de ceux-ci par ses soins.

de même pour les minorités religieuses, juive ou protestante : elles ont dû, pour leur part, assumer la prise en charge des frais de réparation des lieux de culte, qui appartenaient à leurs anciens établissements publics du culte (fort importants proportionnellement), dont elles ont accepté, en créant leurs associations cultuelles, d'assurer la gestion »¹⁴⁴⁴.

477. Ajouté à cela l'apport de fonds publics pour les monuments historiques¹⁴⁴⁵ et œuvres d'art¹⁴⁴⁶, et l'entretien des presbytères par les communes propriétaires, mis à disposition des autorités catholiques pour des loyers relativement modérés¹⁴⁴⁷, les textes suivant la loi de 1905 n'ont fait que « “gel[er]” une situation inégale »¹⁴⁴⁸, en plus d'en malmenier certains principes¹⁴⁴⁹. D'autant que la séparation avait strictement soumis les cultes, surtout non catholiques, à l'interdiction de financements publics. Un texte est certes venu atténuer cette inégalité financière en 1942, mais il n'a pas totalement endigué le privilège dont l'Église catholique bénéficie à travers ses édifices cultuels, propriétés publiques et classés¹⁴⁵⁰.

478. Pour finir, si l'inégalité de fait est constatée, était-elle réellement exempte de toute inégalité juridique ? En soi, les normes n'entérinent pas explicitement de différenciation. Il reste que le problème concernait de toute évidence la seule Église catholique. Se dessine l'exemple d'une norme d'apparence générale ne visant pour ainsi dire qu'une communauté, la favorisant alors concrètement. Bien que l'égalité formelle fût respectée, ce traitement juridique ne pouvait qu'entraîner maintes inégalités qu'aujourd'hui cette première laisse perdurer au profit du culte majoritaire. L'exemple le plus flagrant est alors constitué par cette situation des biens cultuels issue de l'histoire¹⁴⁵¹. Souvenons-nous alors que l'égalité juridique est largement susceptible

¹⁴⁴⁴ P. PORTIER, *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, PUR, 2016, coll. « Histoire », p. 155.

¹⁴⁴⁵ Certes, aujourd'hui, des synagogues ou mosquées sont inscrites aux monuments historiques. Mais leur proportion reste dérisoire à côté de l'Église catholique. Surtout que le problème ne tient pas tant du classement des édifices comme monuments historiques que de l'accumulation des règles qui favorisait une religion dans une situation de fait déjà favorable par rapport aux autres.

¹⁴⁴⁶ Maurice Barrès réussit, en sus, à convaincre Briand d'étendre l'aide des monuments classés à toutes les églises bâties avant 1800 (M. LARKIN, *L'Église et l'État en France. 1905 : la crise de la Séparation*, Paris, Privat, 2004, p. 233).

¹⁴⁴⁷ Quand, évidemment, l'entretien de ceux des autres cultes pèse sur leurs finances propres.

¹⁴⁴⁸ J.-D. ROQUE, « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (I) », *Études théologiques et religieuses*, t. 73, 1998/2, p. 203-230.

¹⁴⁴⁹ Ils contredisaient l'esprit de la séparation en permettant ce que des auteurs qualifient de « subventions déguisées » par l'intermédiaire de l'entretien des édifices des cultes et leur mise à disposition gratuite (V. ZUBER (dir.), *La laïcité en débat. Au-delà des idées reçues*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2017, coll. « Idées reçues », p. 123).

¹⁴⁵⁰ La loi du 25 décembre 1942 (n° 1114, portant modification de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des églises et de l'État, JORF n° 2, 2 janv. 1943, p. 17) précise que les sommes allouées pour les associations cultuelles en vue de la réparation des édifices affectés au culte public ne sont pas des subventions, biens classés ou non (art. 19). Pour autant, comparant le régime appliqué aux biens catholiques et celui des autres, notamment arrangé par la loi de 1942, Jean-Claude Groshens rappelle à juste titre que : « [s]i, dans les deux cas, l'intervention de la collectivité n'a aucun caractère obligatoire, le régime de responsabilité pour défaut d'entretien dans le premier cas est une incitation qui fait défaut dans le second » (« À propos de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État », *Revue d'histoire et de philosophie religieuse*, n°2, 2005, p. 207-233). Le Conseil d'État a effectivement très tôt rappelé la responsabilité de la collectivité publique pour un dommage engendré par le défaut d'entretien d'une de ses propriétés, en l'espèce un édifice cultuel (CE, 10 juin 1921, *Commune de Monséjour c. Époux Lalanne*, Sirey, vol. III, 1921, p. 49).

¹⁴⁵¹ « La liberté religieuse, et la laïcité, se sont construites chez nous en miroir avec le catholicisme – religion dominante – et avec la chrétienté » (M. LONG, « Liberté religieuse et liberté de conscience », *Rev. adm.*, n° spécial 2, 1999, p. 79-83).

de maintenir, voire d'aggraver, des inégalités de fait. Tel est le cas dans le cadre de la problématique ci-dessus exposée¹⁴⁵². Une nouvelle fois, l'idée d'une généralité en degré ressurgit ; la règle, bien que générale, vise très spécifiquement un groupe d'individu. Ce ciblage réduirait le caractère général de la règle.

479. Ce problème d'inégalités de fait, figées par la loi, refait particulièrement surface de nos jours lorsqu'est observée la difficulté pour les musulmans d'exercer leur culte dans un lieu adéquat¹⁴⁵³. Si les choses se sont peu à peu améliorées, la majorité des fidèles pratiquaient souvent dans des lieux inadaptés en l'absence de moyens pour construire des mosquées, quand les religions historiquement reconnues disposaient de nombreux lieux de cultes et, pour certains, d'aides de l'État. La loi de 1905 devait ainsi faire face au changement drastique du paysage religieux et, par conséquent, montrer ses limites. D'autant que les prohibitions de financements prévus par les articles 2 et 19 de la loi de 1905 s'opposent à toute aide financière.

480. À l'aune de cette situation, et rejoignant nos propos généraux antérieurs, des auteurs n'hésitent pas à parler de discriminations indirectes qui résulteraient de la législation de 1905, « en limitant, de fait, les possibilités d'expression collective des convictions religieuses des sikhs, musulmans, groupes évangéliques ou tout autre nouveau groupe religieux présent sur le territoire français », qui ne bénéficieraient pas de « l'effet indirect » de la norme tendant à octroyer « un avantage aux anciens cultes reconnus »¹⁴⁵⁴. Pour être plus précis, en plus de ces inégalités de fait liées aux biens culturels, le régime des cultes exclut de son bénéfice certaines religions plus récentes.

PARAGRAPHE 2. L'effet concret des limites de la généralité : l'exclusion inévitable de certaines religions dans le bénéfice du régime

481. Brigitte Basdevant-Gaudemet, qui interrogeait justement l'égalité en matière de cultes, prévenait : « il ne suffit pas que les mêmes lois proposent des cadres juridiques théoriquement ouverts à tous pour que tous en profitent, en fait, de façon similaire »¹⁴⁵⁵. En effet, l'édiction d'un acte d'application n'est pas une simple subsomption du cas individuel par

¹⁴⁵² S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... Les multiples grammaires de la laïcité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, oct. 2016.

¹⁴⁵³ Lors de la publication de son ouvrage en 2001, Magalie Flores-Lonjou établissait le bilan suivant pour les lieux de culte musulmans : « ils disposent de 8 mosquées de plus de mille places, de 100 mosquées de cent à six cents places et de 900 autres lieux d'une capacité de dix à quarante places, constitués par des salles de prière et de locaux divers situés dans les usines, les cités HLM et les foyers de travailleurs immigrés » (*Les lieux de culte en France*, Paris, Cerf, 2001, p. 152).

¹⁴⁵⁴ Ce constat est partagé par le Haut conseil à l'intégration qui décrivait en 2000 que la loi de 1905 était censée créer un statut unique pour toutes les religions sur l'ensemble du territoire, mais que « sa mise en œuvre s'est traduite historiquement par des différences de fait et de droit entre les cultes » (Haut Conseil à l'intégration, *L'Islam dans la République*, Paris, La Documentation française, 2000, coll. « Collection des rapports officiels », p. 15). Au demeurant, la mise en œuvre traduisant des différences de fait ne remet pas en cause l'établissement, en 1905, d'un statut unique... C'est bien là le problème d'un regard formaliste, uniquement porté sur la norme générale : il maintient l'égalité juridique autant que les inégalités de fait.

¹⁴⁵⁵ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Églises/État » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p. 602.

les catégories légales et la norme générale, même égalitaire, n'est pas à l'abri d'une application créatrice d'inégalité¹⁴⁵⁶. C'est ce que Pierre-Henri Prélôt constatait à propos du régime des cultes, puisqu'après avoir relevé que les dispositions du régime n'étaient pas expressément discriminatoires en ce que la désignation nommée des cultes était évitée, il concluait que le traitement différencié des religions pouvait être implicite et résulter de l'application du régime¹⁴⁵⁷. Ainsi, qu'il s'agisse de la norme elle-même ou, surtout, de l'interprétation et application de celle-ci¹⁴⁵⁸, le régime des cultes révèle particulièrement toutes les limites de la généralité dans la prise en compte du fait religieux (A). L'application de la norme tend à exclure du régime ceux ne correspondant pas au modèle majoritaire. Sans chercher l'exhaustivité absolue¹⁴⁵⁹, nous découvrons l'illustration de cela dans le développement du régime des associations cultuelles, qui témoigne d'une appréhension spécifique du religieux, donc d'exclusions sous-jacentes (B), et dans celui des congrégations et aumôneries où la norme calque une condition d'application sur le modèle organisationnel catholique (C).

A) Les difficultés intrinsèques à la catégorisation générale en matière religieuse

482. Le fait religieux présente d'importantes spécificités pour le droit et ses catégories juridiques sous l'égalité générale. En effet, l'idée d'universalité des catégories juridiques est mise à mal par deux phénomènes opposés : d'un côté, l'intensité de l'imprégnation que le religieux peut avoir sur la formation du droit et des catégories ; de l'autre, l'intensité de la diversité sociale et de la mutabilité du phénomène religieux (1). Toute l'étendue de l'impossibilité de cette universalité se mesure en plus, et conséquemment, à travers l'application et l'interprétation des normes, *a fortiori* pour le juge (2).

1) La norme générale entre deux feux : l'imprégnation historique et axiologique du religieux et la diversification sociale du fait religieux

483. Tous les précédents développements connaissent un certain retentissement en matière de cultes. Certes, les limites décrites portent généralement sur tout processus normatif

¹⁴⁵⁶ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 15. L'auteur rejoint ici ce que constatait auparavant Henri Dupeyroux qui décrivait la confrontation au réel de la règle générale : « [l']application du droit, l'application d'une règle générale aux rapports de fait, n'est pas, comme on la représente trop souvent, une pure et simple concrétisation, une actualisation de la règle générale ; l'opération qui consiste à extraire d'une règle générale la règle individuelle applicable à un cas donné ne va pas la plupart du temps sans un "traitement" de la règle générale », c'est-à-dire une interprétation et une adaptation, voire une déformation pratiquée par les administrations et les tribunaux (« Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, op. cit., p. 159).

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ Comme le dit Stéphanie Hennette-Vauchez, « d'autres fois, la différence de traitement résulte de l'interprétation des règles » en matière religieuse (*Laïcité*, Paris, Anamosa, 2023, coll. « Le mot est faible », p. 79-80).

¹⁴⁵⁹ Ces se veulent surtout démonstratifs d'une tendance, d'une limite structurelle perceptible. Ils montrent les risques encourus par le formalisme égalitaire, exposés dans la première section, et de la protubérance de ceux-ci en matière religieuse. Les critiques du modèle égalitaire universalistes s'entremêlent avec celles tenant au régime des cultes et se mettent mutuellement, particulièrement, en lumière.

et visent à contester l'affirmation péremptoire d'un universalisme se prétendant neutre. Cependant, le régime des cultes offre un exemple particulièrement parlant de normes censées être universelles, concrètement générales et égalitaires, mais qui, plus que toute autre, relèvent d'un modèle culturellement spécifique. La conception du « normal » qui en découle, à n'en point douter, a longtemps été fondée sur le modèle catholique, cette religion formant un véritable « soubassement sociologique » de l'État¹⁴⁶⁰. Ainsi, en dépit de l'intervention de la Révolution, puis de la séparation, la religion ne quitta pas entièrement la sphère de l'universel pour devenir un particularisme, contrairement à ce qu'affirme Yves Déloye¹⁴⁶¹.

484. Pour reprendre, avec quelques rajouts, les mots de Jean Dabin : le type commun – la conception commune de ce qu'est la religion – se ramène ainsi à un type particulier – la religion catholique, communauté particulière parmi d'autres – pris pour le type commun¹⁴⁶². De la même façon, nous pouvons revenir sur les mots de Dominique Schnapper qui parle, à propos de la place des femmes, de « faux universalisme, celui qui se confond avec un groupe particulier, les hommes »¹⁴⁶³. La critique de l'universalisme s'applique en matière religieuse, lorsque l'on entreprend de remplacer un mot : « celui qui se confond avec un groupe particulier, les catholiques ». En d'autres termes, ont été portés des éléments propres à une communauté de la sphère privée, au sein de la sphère publique, sous l'apparence de l'universel.

485. Cet état de choses ressort inexorablement dans le processus normatif et son interprétation puisqu'il existe un lien « généalogique » dans certains pays comme la France entre la base normative et les religions judéo-chrétiennes¹⁴⁶⁴. Le modèle est de toute évidence historiquement situé. La religion, surtout quand elle opère tout au long de l'histoire aux côtés de l'État, porte des valeurs morales et normatives puissantes. Indéniablement, « l'État laïque inclut le plus souvent l'ethos et même les pratiques du groupe religieux majoritaire, c'est-à-dire ici catholique, dans le droit abstrait »¹⁴⁶⁵. Manifestement, les catégories juridiques qui intègrent le phénomène religieux en droit font partie de celles qui « entretiennent avec l'idéologie et les valeurs des rapports plus ou moins étroits »¹⁴⁶⁶. Dès lors, l'influence que la religion majoritaire peut avoir sur la formation et l'interprétation des catégories est palpable. La loi de 1905 et les textes et applications qui suivirent en forment l'illustration parfaite.

486. Ainsi, quand la loi fait référence à la notion de culte ou à celle d'église, quelle conception entend-elle ? À n'en point douter, à l'époque, le référentiel est celui de la religion

¹⁴⁶⁰ J.-M. WOEHLING, « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, Droit et Religion*, n° 1, 2011, p. 63-85.

¹⁴⁶¹ Y. DELOYE, « Deux figures singulières de l'universel : la république et le sacré » in M. SADOUN (dir.), *La démocratie française*, Paris, Gallimard, 2000, p. 145.

¹⁴⁶² Pour lui, « l'histoire démontre que ce droit commun prétendument étranger et supérieur à toute catégorie est toujours posé d'après le type d'une catégorie plus ou moins déterminée » (J. DABIN, « Droit de classe et droit commun... » in *Introduction à l'étude du droit comparé...*, op. cit., p. 75).

¹⁴⁶³ D. SCHNAPPER, *La relation à l'Autre. Au cœur de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1998, coll. « nrf essais », p. 464.

¹⁴⁶⁴ J. HABERMAS, « De la tolérance religieuse aux droits culturels », *Cités*, n° 13, 2003, p. 151-170.

¹⁴⁶⁵ B. ÉTIENNE, « L'islam minoritaire en France : problèmes culturels et cultuels » in P. GUILLAUME, R. PELLETIER, J.-M. LACROIX et J. ZYLBERBERG (dir.), *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986, p. 142.

¹⁴⁶⁶ D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », art. préc.

catholique. Les catégories juridiques créées visent à réglementer le domaine religieux dont elles s'inspirent profondément. Elles ont pour optique de s'appliquer au plus grand nombre de cas et de situations, certes, mais en réalité anticipés à l'aune des faits. Briand disait ouvertement que dans toutes les dispositions légales relatives aux associations cultuelles, le principal souci du législateur était de « respecter les principes ecclésiastiques de toutes les communautés religieuses *existant actuellement* »¹⁴⁶⁷. La loi de 1905 est d'autant plus concernée par ce rapport aux faits qu'elle devait régler des problématiques profondes, concrètes et houleuses, nonobstant son postulat abstrait et égalitaire. Elle ne pouvait s'ancrer *ex nihilo*. Philippe Raynaud observe en ce sens que, même si l'islam était une religion respectée par de nombreux penseurs, « la perception républicaine de la “religion” était largement tributaire de schèmes formés dans une expérience marquée par la vision catholique du christianisme [...] »¹⁴⁶⁸. S'il fallait que le législateur fasse « comme s'il y avait uniformité du fait social religieux »¹⁴⁶⁹, la formulation de ce que représente cette uniformité à travers les catégories juridiques ne pouvait qu'être un acte de choix. Or, l'uniformité renvoya avant tout aux caractéristiques de la religion catholique. En conséquence, la règle « prétendument universelle, a en réalité été édictée en fonction d'une religion majoritaire et dominante »¹⁴⁷⁰

487. Mais le législateur de 1905 n'est pas entièrement à blâmer. D'abord, cette réalité est propre à tout processus normatif. La règle de droit puise nécessairement dans le réel. De plus, s'agissant spécifique du texte de 1905, la rupture qu'il posait avec le passé chrétien ne pouvait laisser présager la préservation de certains éléments de ce passé¹⁴⁷¹. Or, plus ce passé est lourd, plus il est difficile de rompre avec. D'autant que la loi de séparation n'avait pas pour but, du moins aux yeux de Briand et ses partisans, d'éradiquer l'Église catholique ou le passé religieux de la France, mais seulement de l'exclure de l'universel. Penser pouvoir amorcer une dynamique aussi novatrice avec un tel ancrage culturel s'avérait probablement trop ambitieux. Il n'empêche que c'est aujourd'hui qu'une telle réalité derrière le processus normatif doit être considérée et interrogée, car défendre l'universalisme sans prendre conscience de ces profondes limites en matière religieuse ne fait qu'aggraver le sentiment d'injustice et la dénonciation d'une véritable « prétention » – dans un sens péjoratif – à l'universalité.

488. En effet, la société s'est diversifiée, par la venue de nouveaux mouvements religieux qui mettent à mal l'acception « traditionnelle » de la religion. Le rapport Stasi rendu en 2003 synthétisait précisément l'évolution sociétale que le pays a connue : « [i]l est devenu pluriel sur le plan spirituel. Autrefois appelée “Fille aînée de l'Église”, forte d'une tradition protestante diversifiée, la France rassemble la première communauté juive d'Europe occidentale. Au cours

¹⁴⁶⁷ A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1905, p. 319 (nous soulignons).

¹⁴⁶⁸ P. RAYNAUD, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Paris, Gallimard, 2019, coll. « L'esprit de la cité », p. 106.

¹⁴⁶⁹ J. AMAR, *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'Homme. Contribution à une sociologie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat en sociologie, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, Paris, 2012, p. 263.

¹⁴⁷⁰ D. LOCHAK, « Égalité et différences... » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, op. cit., p. 51.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, p.118.

des dernières décennies, de nouvelles religions se sont développées. L'Islam, issu principalement de populations originaires du Maghreb, d'Afrique et du Moyen-Orient, est représenté par la communauté la plus importante de l'Union européenne ; l'orthodoxie est aussi présente ainsi que le bouddhisme. La France compte également un nombre important d'athées, d'agnostiques et de libres penseurs »¹⁴⁷². Le nombre de croyant ne s'est pas forcément multiplié, mais la variété des croyances en circulation a drastiquement crû.

489. De plus, l'évolution s'est également accompagnée de mouvements religieux désinstitutionnalisés, épars, individualisés. Tout ne découle plus de l'appartenance aux grandes religions ; la croyance fait l'objet d'appropriations et de réappropriations qui mettent à mal les conceptions traditionnelles. Dans cette tendance, émergent les « nouveaux mouvements religieux »¹⁴⁷³, souvent qualifiés de « sectaires », d'abord issus de la mouvance protestante, puis de croyances bien plus diverses, généralement venues d'Asie¹⁴⁷⁴. Ils proviennent de multiples cultures et brouillent les frontières des conceptions traditionnelles du religieux.

490. Par-dessus tout, c'est la situation de l'islam, en s'inscrivant comme deuxième religion de France, qui préoccupe la majorité des débats touchant au religieux aujourd'hui et qui questionne l'avenir du régime des cultes français¹⁴⁷⁵. L'immigration des populations de confession musulmane commença au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, mais celle-ci fut initialement perçue comme devant être temporaire¹⁴⁷⁶. C'est aux alentours des années 1970 que le retour au pays d'origine ne devint qu'un mythe, puis des années 1980 que la nouvelle pluralité religieuse apparût subitement aux yeux de la population et des pouvoirs publics¹⁴⁷⁷.

491. Dès lors, affirmer, comme le fait de François Brunet, que « la norme juridique est toujours à la remorque de la réalité »¹⁴⁷⁸ s'avère particulièrement à propos pour la matière religieuse, compte tenu du fait que la majorité du régime des cultes s'est développée au début XX^e siècle, tandis que la société s'est drastiquement diversifiée depuis les années 1980. Indéniablement, l'histoire des relations privilégiées entre l'Église catholique et l'État a rendu la gestion d'une société davantage multiculturelle et multiconfessionnelle considérablement complexe¹⁴⁷⁹. Par conséquent, si la normativité juridique est condamnée à être prise en défaut

¹⁴⁷² B. STASI, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003, p. 17

¹⁴⁷³ Cette appellation a surgi durant les années 1960-70 de la doctrine sociologique des États-Unis (F. CHAMPION et M. COHEN, « Les sectes : un problème social passionnel et complexe » in F. CHAMPION et M. COHEN (dir.), *Sectes et démocratie*, Paris, Seuil, 1999, p. 34.

¹⁴⁷⁴ N. GUILLET, *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, Paris, LGDJ, 2003, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 3.

¹⁴⁷⁵ Nicolas Deiller expose différentes études et divers chiffres concernant le nombre de musulmans en France et la pratique de cette religion. Il conclut qu'au vu de ces études, la France devrait compter environ 10 millions de musulmans d'ici trente ans, ce qui impose la nécessité de questionner le régime des cultes (N. DEILLER, *La métamorphose religieuse de la France. Vers une nouvelle laïcité ?*, Versailles, VA, 2019, p. 201).

¹⁴⁷⁶ M. COHEN, « La cité et l'intégration des vagues migratoires juives et musulmanes en France. Du cadre national à la mondialisation » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, op. cit., p. 574.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 572 ; p. 579 et s.

¹⁴⁷⁸ F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 592.

¹⁴⁷⁹ J.-M. DUCOMTE, *Laïcité, Laïcité(s) ?*, Paris, Privat, 2012, coll. « Le comptoir des idées », p. 92.

par sa propre prévision¹⁴⁸⁰, la diversification confessionnelle est rapidement devenue le bourreau du régime des cultes. Cette difficulté, particulièrement saillante en la matière, montre une fois de plus tout l'intérêt d'une confrontation entre égalité et le religieux en France. Certes, pouvons-nous objecter, la loi de 1905 entendait concerner tous les cultes, y compris ceux amenés à s'implanter à l'avenir en France. Néanmoins, les discussions tournèrent tant autour de l'Église catholique qu'en vérité l'intention égalitaire future fut ensevelie sous la réalité du fait majoritaire catholique à régler, voire parfois volontairement évincée¹⁴⁸¹, ce dont témoigne le régime de nos jours.

492. En tout état de cause, la généralité ne pouvait éviter la tension avec le fait religieux. En effet, à l'aune de tous ces éléments, nous remarquons l'impasse de la recherche d'une incorporation juridique uniforme du fait religieux. D'abord, la réalité du fait religieux est tout ce qu'il y a de plus mouvant, divers, donc hétérogène, et entre alors en conflit avec la recherche d'uniformité. Ensuite, le modèle particulier fondant cette uniformité en droit, par le processus de catégorisation, est nécessairement choisi, ce qui revient à favoriser certaines religions plutôt que d'autres. Conséquemment, le religieux, par sa diversité, fait jaillir toutes les limites de cette uniformité qui ne peut être concrètement neutre. Toute cette complexité s'exprime dans l'application des normes du régime des cultes.

2) L'enjeu complexe de l'application des catégories juridiques du régime

493. Le législateur n'a que peu précisé les choses en matière de cultes. L'exigence de généralité employée afin de rompre avec le Concordat impliqua forcément un manque de précisions. Le législateur s'est défaussé de tout détail au profit d'une généralité qui fit de certaines catégories et notions, à l'instar de celle de culte¹⁴⁸², des sortes de « catégories standards »¹⁴⁸³, vides de tout contenu juridique, alors remplies par les sujets de droit et le juge. C'est ainsi à ce dernier, bras armé de la prétendue neutralité des catégories, de substantier ces catégories juridiques. Suivant la séparation, il dut alors préciser les contours de bien des notions et appliquer directement les nouveaux principes de la séparation¹⁴⁸⁴, quitte à ce que

¹⁴⁸⁰ F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 592.

¹⁴⁸¹ Lors des débats sur l'article 17 proposé par la commission (futur article 19 de la loi de 1905) Ferdinand Buisson discutait de la structure des associations cultuelles pour l'Église catholique : « [s]i je parle seulement des catholiques, c'est parce que la base démocratique étant admise pour les deux autres cultes, il n'y aura pour eux aucune difficulté de ce chef. C'est leur propre régime qui fonctionnera tout naturellement ». Le député Lemire eut la perspicacité de demander alors : « et les cultes futurs ? ». La réponse de Ferdinand Buisson est très certainement symptomatique d'une réalité inhérente à la loi de 1905 qui met à mal son affirmation de l'égalité : « [n]ous avons bien assez des cultes présents sans nous inquiéter des cultes futurs ! (*Très bien ! très bien ! à gauche.*) » (2^e Séance du 15 juin 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF p. 2247). Cette situation est résumée par Jean-Michel Ducomte : « personne ne songea que des cultes autres que ceux antérieurement reconnus puissent s'inscrire dans le paysage religieux français » (J.-M. DUCOMTE, *Laïcité, Laïcité(s) ?*, op. cit., p. 116).

¹⁴⁸² Voir ci-dessous.

¹⁴⁸³ D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸⁴ X. DELSOL, A. GARAY et E. TAWIL (dir.), *Droit des Cultes. Personnes, activités, biens et structures*, Paris, Juris associations, Dalloz, 2005, coll. « Référence », p. 108.

s'opère progressivement un déplacement du pouvoir en faveur du juge en matière de cultes¹⁴⁸⁵. L'analyse est d'ailleurs renforcée selon le degré de généralité de la loi ; l'intervention du juge y est présentée comme un correctif nécessaire, « la raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude »¹⁴⁸⁶.

494. Ce désengagement ne manque pas de mettre le juge dans l'embarras¹⁴⁸⁷, compte tenu du fait que son interprétation ne peut se limiter à « une opération exclusivement rationnelle ». Le juge « fait lui-même acte de croyance, acte de volonté, acte politique »¹⁴⁸⁸. C'est ce que souligne Vincente Fortier sur la confrontation entre le juge et la religion : « le juge a sa propre axiologie, son système de références culturelles (et parfois culturelle) [mais les deux sont indissociables] ». Elle poursuit que « l'opération d'interprétation des faits et d'attribution à certains d'entre eux d'une valeur plus importante est fonction, au moins pour partie, du propre schéma axiologique du magistrat. Cela explique, et même s'il faut parfois le déplorer, que certaines décisions mettant en cause une donnée religieuse s'apparentent à des jugements de valeur »¹⁴⁸⁹. Partant, la substantialisation de telles « catégories standards » par les juges ne peut que s'opérer « en fonction de l'idée qu'ils se font de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas »¹⁴⁹⁰.

495. En matière religieuse, cette normalité revient de fait à caractériser en fond à quoi renvoie le sens commun – à un endroit et un moment précis – de la religion. C'est ce qui se passera dans l'application du régime des cultes et le problème que cela révélera dans une société différente de celle de 1905. Ces difficultés s'intensifient à mesure que la société se diversifie, dans la mesure où les constructions intellectuelles propres aux catégories juridiques, nous l'avons montré, relèvent d'un choix qui peut avoir un impact sur l'appréhension juridique des religions.

496. La complexité s'impose concrètement à propos de certains droits du régime des cultes qui exigent des conditions spécifiques d'application. En matière de culte, le bénéfice du statut d'association cultuelle ou d'aumônier, par exemple, exige de remplir certains critères pour appliquer le régime en vigueur. Les statuts « passifs »¹⁴⁹¹ du régime des cultes fixent des cadres généraux, sans distinctions *a priori*, mais il ne se départissent pas d'une délimitation de leur champ d'application. Le bénéfice des normes implique alors un tri. Le Conseil d'État l'a lui-même affirmé dans un avis, s'agissant de l'application du régime des cultes : « [a]ucun

¹⁴⁸⁵ C. ROULHAD, « Les droits de l'homme sans la loi ? Conception(s) et effectivité des droits de l'homme en droit français », *RDH*, n° 6, 2014/5.

¹⁴⁸⁶ Aristote, *L'éthique à Nicomaque*, Livre V, p. 14 cité dans *ibid.*

¹⁴⁸⁷ Tel que le résume Patrice Rolland : « [o]n assiste à un transfert de compétence assez classique, dont il n'y a pas lieu de se formaliser puisqu'il résulte du silence volontaire du législateur. Le problème est que si le législateur n'a pas voulu ou n'a pas pu exercer sa compétence de définition, le juge ne se sent pas nécessairement plus à l'aise » (P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », 2013, HAL, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 1^{er} sept. 2022)).

¹⁴⁸⁸ S. FREMEAUX, « Réflexions sur le droit et la croyance », *RRJ*, n° 107, vol. 1, 2005, p. 467-475.

¹⁴⁸⁹ V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ*, n° 74, t. 3, 1998, p. 961-1007.

¹⁴⁹⁰ D. LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁹¹ Voir p. 203 et s.

groupement, quel que soit son objet, ne dispose du pouvoir de choisir arbitrairement le régime juridique qui lui est applicable »¹⁴⁹². Cette assertion n'étonne pas dans l'absolu, mais elle enferme le juge dans les difficultés les plus profondes. En effet, par ce procédé, le juge opère la substantialisation de la catégorie standard, nécessairement selon ses conceptions culturelles et religieuses. Or, la subjectivité et la pluralité de la croyance laissent présager le risque que la conception religieuse du juge ne soit pas celle d'une multitude de croyants. Conséquemment, le processus peut entraîner l'exclusion par la distinction, alors issue d'une condition d'application de la règle¹⁴⁹³. En dépit de la généralité, la règle, dans son application, peut indirectement discriminer des demandeurs. Il convient dès lors de dépasser la seule observation des normes formelles afin d'examiner la réalité de leur application et de rendre compte de l'existence de ces discriminations indirectes¹⁴⁹⁴. Le régime des associations culturelles illustre ces remarques.

B) L'exclusion du régime par une approche inévitablement spécifique du religieux : le cas des associations culturelles

497. Le régime des associations culturelles illustre parfaitement l'apparence d'égalité que présentent des normes et la réalité discriminatoire de leur application. Ce régime, devenu au fil du temps avantageux (1), ne fut qu'interrogé au contact des religions plus récentes. Le fait que le régime fut octroyé sans grandes réflexions depuis 1905, quand son champ d'application est aujourd'hui interrogé face à de nouveaux groupements religieux, manifeste déjà une distinction entre les religions historiques¹⁴⁹⁵ et celles implantées ou développées plus récemment (2). La nécessité de limiter l'application du régime laisse alors concrètement entrevoir d'importantes difficultés, au premier rang desquelles la discrimination à l'égard de nouveaux groupements (3). Les critères posés pour préciser le champ d'application du statut d'association culturelle ne sont, eux non plus, pas dénués d'une approche particulière du religieux, qui défavorise des communautés différentes de cette approche (4).

¹⁴⁹² CE, avis n° 346.040, 14 nov. 1989.

¹⁴⁹³ M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction » in *Mélanges Christian Mouly*, op. cit., p. 59.

¹⁴⁹⁴ Par ailleurs, si l'on suivait l'application juridique et formelle de la discrimination indirecte, l'existence de moyens appropriés et nécessaires ou d'un but légitime objectivement justifié endiguerait celle-ci. Dans notre situation, celle du bénéfice de la liberté de culte, il n'est pas certain que ces critères soient remplis. En effet, cette liberté, surtout dans un régime marqué par l'universalisme, doit par elle-même étendre son bénéfice à toutes les religions. Dès lors que la norme témoigne d'une imprégnation religieuse spécifique et/ou exclut de sa jouissance des religions particulières, du fait de son manque d'universalisation, les moyens ne sont plus tellement appropriés et le but plus entièrement légitime. Au contraire, il convient d'établir de nouveaux moyens, plus appropriés et objectivement justifiés par le but légitime de garantir une liberté de culte formellement universelle. Autrement dit, c'est la liberté de culte, elle-même, qui justifierait la prise en compte des discriminations indirectes puisque nous sommes dans un rapport de comparaison majorité-minorité qui se situe dans l'exercice commun d'un droit.

¹⁴⁹⁵ En ces termes nous voulons parler des religions principalement présentes et traitées en 1905, c'est-à-dire le catholicisme, le judaïsme et le protestantisme.

1) Le régime attractif des associations culturelles

498. En 1905 et après le législateur entendit saisir le rassemblement et regroupement collectif qui pouvait caractériser une dimension du fait religieux. En la matière, depuis 1907, l'exercice collectif du culte peut être assuré à travers des réunions publiques, des associations culturelles ou des associations loi 1901. Toutefois, depuis 1905, les associations culturelles ont été agrémentées d'avantages rendant leur régime spécifique et attrayant.

499. D'abord, l'article 19-2-II de la loi de séparation prévoit d'ores et déjà un avantage à ces associations¹⁴⁹⁶, par la possibilité d'ajouter à leurs ressources le produit des quêtes et collectes pour les frais liés au culte¹⁴⁹⁷. Le même article rappelle toutefois l'interdiction de subventions, sous quelque forme que ce soit, à ces associations¹⁴⁹⁸. Pour autant, aujourd'hui celles-ci peuvent recevoir des dons et legs, alors exemptés des droits de mutation à titre gratuit¹⁴⁹⁹, après déclaration à la préfecture¹⁵⁰⁰. De plus, l'association peut se voir exonérée de la taxe foncière sur les propriétés bâties pour les locaux affectés à l'exercice du culte¹⁵⁰¹, de la taxe d'habitation pour ces mêmes locaux qui ne sont pas utilisés pour un usage privatif¹⁵⁰², et de la taxe sur les transferts de biens immobiliers et de la taxe d'aménagement. Par la suite, la loi du 23 juillet 1987 *sur le développement du mécénat*¹⁵⁰³ a également mis en place des facilités fiscales pour les personnes physiques et morales donataires, en prévoyant des réductions d'impôts¹⁵⁰⁴. Tous ces avantages paraissent d'ores et déjà importants, mais c'est sans compter les exonérations d'impôts commerciaux, sur les sociétés, ou encore de TVA dont bénéficient les associations de 1901 et celles de 1905. Enfin, la loi du 25 décembre 1942 a permis le

¹⁴⁹⁶ Avant la loi du 24 août 2021 (art. 71), c'étaient les alinéas 7 et 8 de l'article 19 qui précisaient cela.

¹⁴⁹⁷ Les frais de culte, les rétributions pour les cérémonies et services religieux pour la location de bancs et sièges, pour la fourniture des objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et à la décoration de ces derniers

¹⁴⁹⁸ Art. 19-2-III.

¹⁴⁹⁹ Art. 795 Code général des impôts (CGI).

¹⁵⁰⁰ Avec une ordonnance du 28 juillet 2005, l'acceptation des libéralités pour ces associations n'était plus soumise à autorisation ; une simple déclaration préalable suffisait, mais l'administration fiscale détenait toujours la possibilité de s'opposer (art. 1 de l'ordonnance n° 2005-856, 28 juill. 2005, *portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels*). Depuis la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, *confortant le respect des principes de la République* (JORF n° 0197, 25 août 2021), c'est un nouvel article 19-1 qui précise la procédure. Pour tout avantage afférent à l'association culturelle, une demande devra être portée au préfet, qui disposera de deux mois pour s'opposer, le silence valant dans le cas contraire acceptation. Ces dispositions ont fait l'objet d'une QPC devant le Conseil constitutionnel, qui valida leur conformité à la Constitution sous réserve que le retrait du bénéfice des avantages rattachés au statut d'association culturelle n'entraîne pas restitution des avantages dont l'association a pu bénéficier avant la perte de sa qualité de culturelle (décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *Union des associations diocésaines de France et a.*, cons. 10 et s.).

¹⁵⁰¹ Art. 1382-4° CGI.

¹⁵⁰² L'art. 1407 CGI applique la taxe d'habitation pour les locaux à usage privatif, les locaux d'habitation destinés à la vie commune des membres d'une association et ses locaux administratif, mais le Conseil d'État a considéré que « ne peuvent être regardés comme occupés à titre privatif les locaux affectés exclusivement à l'exercice public d'un culte et gérés selon l'une des modalités prévues à l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905 et à l'article 4 de la loi du 2 janvier 1907 » (CE, Sect., 13 janv. 1993, n° 115474).

¹⁵⁰³ Loi n° 87-571, 23 juill. 1987, *sur le développement du mécénat*, JORF 24 juill. 1987, p. 8255.

¹⁵⁰⁴ Habituellement égale à 66% – temporairement passée à 75% par la loi de finances rectificative de 2021 – des sommes versées, avec un plafonnement fixé à 20% des revenus imposables pour ces premières et une baisse de 60% du montant des versements, dans la limite de 5% du chiffre d'affaires pour les secondes.

bénéfice de libéralités aux associations culturelles¹⁵⁰⁵ et de subventions publiques destinées à couvrir les dépenses de réparation des édifices affectés au culte public¹⁵⁰⁶, ce que la réinstauration de la légalité en 1945 n'a pas remis en cause.

500. Tous ces avantages ont concrètement formé un régime des cultes spécifique, avantageux, dont le bénéfice dépend de la qualification culturelle de l'association. *A priori*, celle-ci n'exige qu'une déclaration préalable à la préfecture pour bénéficier de la personnalité et de la capacité juridique, comme une association loi 1901. Cependant, nul ne peut se prévaloir, *de jure*, du statut de culturelle¹⁵⁰⁷ ; la qualification juridique opère lors de la demande d'avantages afférant au régime des associations culturelles, a précisé le Conseil d'État¹⁵⁰⁸.

501. Plus que les avantages simplement juridiques, cette structure associative offre une faveur symbolique. En consacrant l'existence d'associations qui nécessitent une qualification de « culturelles » par les pouvoirs publics, la France a offert la possibilité aux mouvements sectaires de se procurer leurs « brevet[s] d'honorabilité »¹⁵⁰⁹. En effet, le régime d'association culturelle est précisément revendiqué dans le but d'accéder « au statut de culte reconnu, sinon par la République – qui n'en “reconnaît” aucun selon l'article 2 de la loi de 1905 – du moins par l'administration et la société »¹⁵¹⁰. En définitive, pour les mouvements sectaires, et très certainement pour tout groupement de croyances, le statut d'association culturelle apparaît comme une reconnaissance implicite et symbolique de l'État. Il n'est pas non plus rare que la demande d'avantages relatifs à l'association culturelle relève d'une stratégie de « victimisation »¹⁵¹¹. Elles « sont alors attentives au moindre faux pas, n'hésitant pas à saisir la justice »¹⁵¹², et plongeant le juge dans un certain embarras lorsqu'il est confronté au problème de la qualification : reconnaître implicitement le culte ou exclure ?

¹⁵⁰⁵ « Elles peuvent recevoir, dans les conditions prévues au II de l'article 910 et à l'article 910-1 du code civil, les libéralités entre vifs ou par testament destinées à l'accomplissement de leur objet ou grevées de charges pieuses ou culturelles » (ancien article 19, c'est ici la rédaction, peu ou prou similaire, de l'article 19-2 al. 3 de la loi de 1905).

¹⁵⁰⁶ Son article 2 a reformulé l'article 19 de la loi de 1905 : « [n]e sont pas considérées comme subventions les sommes allouées pour réparations aux édifices affectés au culte public, *qu'ils soient ou non classés monuments historiques* ». Nous soulignons, car la modification s'impose ici ; si auparavant les sommes autorisées l'étaient pour le seuls monuments classés, ce n'est plus le cas dorénavant.

¹⁵⁰⁷ Car l'association peut bien, *de facto*, se considérer comme culturelle. Cela n'aura aucune implication juridique en l'absence de l'affirmation de ce statut par l'administration et, en dernier ressort, le juge.

¹⁵⁰⁸ CE, Ass., 1^{er} févr. 1985, *Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »*, n° 46488 ; RDP, 1985, p. 497, note J. ROBERT.

¹⁵⁰⁹ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Critères permettant de reconnaître à une association un caractère cultuel », *AJDA*, 2000, p. 597.

¹⁵¹⁰ CAA Paris, Form. plén., 9 juin 2006, *ministre de l'Intérieur c./ Congrégation du Vajra triomphant*, n° 04PA01642B ; *AJDA*, 2006, p. 2067, concl. B. FOLSCHIED.

¹⁵¹¹ C. ZAMORD, « Les Témoins de Jéhovah : un mouvement religieux aux caractéristiques d'un mouvement social », *Études caribéennes*, n° 29, 2014, disponible sur : <http://journals.openedition.org> (consulté le 18 avr. 2024).

¹⁵¹² D. GROCOLAS, « Sectes et laïcité », in MIVILUDES, *Sectes et laïcité*, Paris, La Documentation Française, 2005.

2) Le problème des conditions d'application : l'existence *ab initio* d'une distinction entre cultes traditionnels et nouvelles religions

502. La venue de nouvelles formes de religions en France soulève certaines interrogations sur « l'universalité des concepts » qui régissent la République¹⁵¹³. La question initiale et la plus évidente concerne ce que l'on entend par « religion », ou plus précisément « culte ». Du moment que son acception relève de l'évidence, nul besoin d'interroger l'application du régime des cultes, mais c'est la venue même d'un tel questionnement qui montre une différence de considération entre les cultes.

503. Initialement, à l'époque de la séparation, la notion de culte n'était pas véritablement sondée. Les évidences culturelles et religieuses laissaient peu de doute sur le caractère religieux d'une croyance¹⁵¹⁴. Le législateur ne pouvait que se figurer un modèle dans l'ensemble assez uniforme de la religion. D'ailleurs, pour Patrice Rolland, il est clair que le législateur prit implicitement appui sur le sens commun pour savoir ce qui est religieux ou non¹⁵¹⁵. La question ne se posait donc guère et les juges employaient la notion de « culte » sans en définir la substance¹⁵¹⁶. D'un côté, le terme avait l'avantage de la généralité et ne devait pas inquiéter. De l'autre, le contexte social n'est plus celui de 1905 et interroge aujourd'hui la réalité d'application des normes.

504. Les difficultés surgirent alors avec l'apparition de nouvelles religions, accompagnées de revendications attenantes, qui obligèrent à interroger la notion de culte, et le juge à lui donner une substance plus explicite¹⁵¹⁷. Une telle observation pose précisément une difficulté. Elle révèle une certaine inégalité entre les anciens cultes et les nouveaux. Ces premiers semblaient bénéficier d'une sorte de « présomption de culte » : l'évidence culturelle de la norme générale permettait une simple « subsumption »¹⁵¹⁸ de tout culte de l'époque dans la catégorie de « culte ». Pour les seconds, l'application de la catégorie s'accompagna de la spécification de certains critères, parfois véritables obstacles à l'obtention des droits. C'est ici un exemple parlant des implications susmentionnées à propos des catégories et leur champ d'application concret. Le sens commun du culte fut particulièrement interrogé à travers le régime des associations cultuelles et de son application.

¹⁵¹³ R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, *Droits de l'homme et liberté de la personne humaine*, Paris, Litec, 1997, p. 208.

¹⁵¹⁴ P. ROLLAND, « La loi de 1905 à l'épreuve des sectes », *Études théologiques et religieuses*, t. 82, 2007, p. 148.

¹⁵¹⁵ C'est une supposition que l'auteur fait au regard de l'absence de définition du religieux, qui prendrait « appui sur les évidences culturelles et politiques en 1905, largement fondées sur un imaginaire catholique qui informe implicitement la notion de culte et de cérémonies religieuses ». Il souligne par là même les limites d'un tel raisonnement aujourd'hui : « [o]n ne peut que constater une inversion totale de la situation un siècle plus tard : une véritable "inévidence" sociale de la religion conséquence d'une forte sécularisation de la société » (P. ROLLAND, « la religion, objet de l'analyse juridique », *art. préc.*).

¹⁵¹⁶ D. KOUSSENS, *Secularism(s) in Contemporary France*, Gewerbestrasse, Springer, 2023, p. 53.

¹⁵¹⁷ R. SCHWARTZ, « La jurisprudence de la loi de 1905 » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁵¹⁸ Selon les mots d'Olivier Jouanjan (*Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 15).

505. En effet, en 1905, étaient cultuelles les associations des grandes religions « existant actuellement »¹⁵¹⁹. Quand un doute persistait, le fondement du statut des associations cultuelles devait toujours être conforme à l'article 4 de la loi de séparation des Églises et de l'État¹⁵²⁰. Pendant longtemps, les groupes, notamment issus de l'Église catholique, furent soumis à l'appréciation de l'autorité représentative, résultant des dispositions précitées. En outre, pour les pouvoirs publics, nul besoin de rechercher un critère de qualification d'une association cultuelle, seule l'acceptation par l'autorité hiérarchique religieuse permettait le bénéfice des avantages. À l'inverse, tout groupe « dissident »¹⁵²¹ souhaitant obtenir la qualification d'association cultuelle contre la volonté de l'autorité religieuse se voyait opposer un refus par la personne publique, cela, en application de l'article 4¹⁵²². Jean Rivero résumait plus globalement que, chaque fois que se posait au juge la question de savoir ce qu'était un édifice du culte, ce qu'était un culte, il s'en tenait à ce que le droit de l'Église désigne comme tel¹⁵²³. Ce procédé constituait l'application prévue en 1905 de ces dispositions pour établir le sérieux des associations cultuelles servant l'exercice du culte¹⁵²⁴. Par conséquent, en plus des distinctions dénoncées plus haut entre cultes anciens et récents, s'imposait à l'époque un tri, au sein d'une même religion revendiquée, suivant la décision d'une communauté religieuse privée avalisée par l'État.

506. Ce schéma n'a été remis en cause qu'à partir des années 1970-1980¹⁵²⁵, avec l'apparition de nouveaux mouvements spirituels. Les difficultés s'imposèrent d'elles-mêmes : du moment que ce qu'est une religion ne releva plus de l'évidence, le bénéfice du statut d'association cultuelle tendit à exiger des critères d'application spécifiques. De plus, et suivant ce constat, l'obtention du régime ne pouvait plus reposer sur le seul rattachement aux cultes préexistants¹⁵²⁶. Or, au-delà de son article 4, la loi de séparation n'avait prévu aucunes conditions spécifiques tenant à la jouissance du statut d'association cultuelle, alors que le cas

¹⁵¹⁹ Pour reprendre la formulation, révélatrice, précitée d'Aristide Briand (*La séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 319).

¹⁵²⁰ Intervenu avant tout pour faire primer la hiérarchie des cultes existants et garantir à ces derniers « des droits acquis », pour reprendre les mots de Jean-Claude Groshens (« À propos de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État », *art. préc.*).

¹⁵²¹ Certaines associations religieuses clamaient leur appartenance au catholicisme, mais n'étaient pas ou plus rattachées à l'Église (volontairement ou selon le souhait de cette dernière).

¹⁵²² Témoigne de cette difficulté un jugement du tribunal administratif de Paris dans lequel le juge était confronté à une association dissidente qui demandait la reconnaissance de son statut d'association cultuelle quand le ministre de l'Intérieur lui opposait l'absence de conformité « aux règles d'organisation générale du culte catholique romain » dont elle se réclamait (TA de Paris, 27 mars 1998, *Association Fraternité sacerdotale Saint Pie X*, n° 9709459-4).

¹⁵²³ J. RIVERO, « De l'idéologie politique à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés », p. 277.

¹⁵²⁴ Briand disait, dans son rapport à propos des associations cultuelles pour l'exercice du culte (article 17 dans le projet attenant à son rapport), que l'on « ne peut concevoir une association catholique qui n'aurait pas à sa disposition un prêtre, ou une association israélite sans rabbin » (A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 314).

¹⁵²⁵ P. ROLLAND, « La loi de 1905 à l'épreuve des sectes », *art. préc.*

¹⁵²⁶ J.-C. GROSHENS, « À propos de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État », *art. préc.*

avait été furtivement envisagé par Briand¹⁵²⁷. Tout au plus exigeait-il le « sérieux » de l'association, caractérisé par « son caractère et sa composition »¹⁵²⁸. Cela se traduisait d'abord par le nombre d'adeptes¹⁵²⁹, puis par la certitude de l'exercice du culte et la possibilité concrète de réaliser ce but : « c'est ainsi qu'on ne peut concevoir une association catholique qui n'aurait pas à sa disposition un prêtre, ou une association israélite sans rabbin »¹⁵³⁰. L'influence d'une conception particulière de la religion est ici perceptible.

507. Plus tard, avec ce « tri », les associations autorisées à percevoir des dons et legs furent considérées comme appartenant aux « Églises traditionnelles », celles-ci ayant bénéficié d'une sorte de reconnaissance et d'une implantation ancienne¹⁵³¹. Pour ces dernières la question ne s'est en réalité jamais posée quand elle s'impose pour des religions plus récentes. Pour ces dernières, c'est justement l'existence de ce tri qui les amène à voir dans les associations cultuelles un véritable symbole, leur bénéfice les hissant au rang des religions traditionnelles qui servent de modèle à ces structures. Pourtant, les considérations entre groupements ne sont pas égales et le régime d'associations cultuelles fut le lieu de nombreuses exclusions. Cela conforta une inégalité profonde entre les cultes dotés d'associations cultuelles et les autres ; une rémanence somme toute d'une forme de reconnaissance¹⁵³², assurément mise à mal par la problématique sectaire.

3) L'illustration d'un malaise (in)égalitaire : l'exclusion du régime des « sectes »¹⁵³³

508. Pour le régime des associations cultuelles, le fait que ce soit en tout premier lieu à l'administration de trancher la question constitue la première difficulté, puisque les mouvements qualifiés de « sectaires » se sont systématiquement vu refuser les avantages propres aux associations cultuelles par les préfets. Les réactions des pouvoirs publics à l'égard de ces nouveaux groupements se sont mutuellement confortées dans des traitements discriminatoires¹⁵³⁴ et ont pu illustrer le problème d'universalisation tenant à l'application

¹⁵²⁷ Briand indiquait : « [e]t si l'on songe que demain des dissidents catholiques, protestants ou israélites, des adeptes de religions nouvelles, peuvent fonder des associations cultuelles ; si l'on prévoit que leurs adhérents seront au début recrutés un peu parmi tous les fidèles de France sur tout le territoire, et vraisemblablement peu nombreux dans un premier temps, on devra conclure que pour permettre la naissance et le développement de ces nouvelles associations cultuelles, il faut leur donner le droit de fonder, alors qu'elles sont faibles encore, leur foyer commun et leur budget commun » (*La séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 321).

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 313.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p. 313-314.

¹⁵³¹ F. BIN, « Actualité de la fiscalité cultuelle en droit français : où en est la laïcité fiscale ? », *Société Droit et Religion*, n° 1, 2011, p. 242.

¹⁵³² J.-M. WOEHRLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 627-628.

¹⁵³³ Pour un exposé général sur la gestion de la problématique sectaire et ses contradictions, nous nous permettons de renvoyer à notre mémoire de Master II : N. BOUYER, *Le principe de laïcité à l'épreuve des dérives sectaires*, Mémoire de Master 2 en droit public, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2018.

¹⁵³⁴ L'administration fiscale a pratiqué d'importants traitements discriminatoires à l'égard de groupements considérés comme sectaires, en jouant sur la taxation des libéralités (voir à ce sujet X. DELSOL, « Vers une taxation des dons manuels aux associations ? », *JA*, n° 225, 2000, p. 38).

d'une règle générale. Aux yeux des autorités, ces groupements ne se rapportaient pas aux communautés religieuses traditionnelles et acceptées en France. Un tel traitement apparaît, par exemple, expressément dans une instruction du ministère de l'Intérieur en date du 27 juillet 1982, par laquelle une distinction nette est opérée entre « la pratique habituelle tendant à accorder, rapidement et sans formalisme inutile, les autorisations sollicitées par les associations des cultes traditionnelles (associations diocésaines catholiques, associations cultuelles protestantes, israélites, orthodoxes ou musulmanes) et la pratique de méfiance sollicitée à l'égard des associations "présentant un caractère inhabituel à quelque point de vue que ce soit" »¹⁵³⁵. Le texte évoque très nettement la distinction entre la « normalité » religieuse, celle ancienne et traditionnelle, et le rejet de l'anormal, de l'« inhabituel ». Il affirmait alors une présomption de conformité à l'ordre public pour les cultes dits « traditionnels », qu'il prenait même la peine de nommer¹⁵³⁶. Indéniablement, une interprétation aussi généralisée, à une époque où le retentissement médiatique de certaines affaires affluait¹⁵³⁷, ne manquait hélas pas d'influencer le juge.

509. À ce titre, les cas juridictionnels retentissants s'amorcèrent dans les années 1980. L'association des témoins de Jéhovah revendiqua le bénéfice d'un don de 775 000 francs en 1980, après le décès d'un sympathisant. Néanmoins, ceux-ci rentraient, comme bien d'autres, dans la catégorie des groupements communément dénoncés et qualifiés de « secte »¹⁵³⁸. Dans

¹⁵³⁵ Cité dans A. VIVIEN, *Les sectes en France : expression de la liberté morale ou facteur de manipulations ? Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1983, p. 76.

¹⁵³⁶ Afin de dissuader tout appui financier au profit des « sectes », une circulaire du 22 décembre 1988 put tenir des propos analogues.

¹⁵³⁷ En 1993, 88 membres des « Davidsoniens » sont décédés par suicide ou tués par les forces de l'ordre au Texas. L'année suivante, 53 membres du « Temple solaire » se suicident en Suisse et au Canada. Un an plus tard, au Japon, le groupement « Aum » diffuse du gaz sarin dans le métro de Tokyo, faisant 29 décès et 6500 blessés.

¹⁵³⁸ Au demeurant, préférable à la notion de « secte », le terme de « dérive sectaire » s'avérera largement plus pertinent pour qualifier des agissements répréhensibles pouvant s'appuyer sur n'importe quelle croyance. En premier lieu, il est ardu de dégager une définition unanime de la « secte » (voir notamment pour les premiers auteurs en la matière : E. TROELTSCH, « Christianisme et société », *Archives de sociologie des religions*, n° 11, 1961, p. 23 (traduction des conclusions de son ouvrage *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1912) et M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964. Pour un résumé des approches, voir J.-P. WILLAIME, « Les définitions sociologiques de la secte » in F. MESSNER (dir.), *Les « sectes » et le droit en France*, Paris, PUF, 1999, coll. « Politique d'aujourd'hui »). Plus encore, il apparaît impossible de clairement distinguer la notion de celle de « religion », frontière poreuse qu'agrémentent la diversification de la société et les nouvelles formes de religiosité (C. BARBIER, « La distinction entre religions et sectes dans le droit français » in G. BOLLENOT (dir.), *Religions, églises et droit*, Saint-Étienne, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 1998, coll. « CERHID », p. 263. Voir également la très fameuse note dans ce domaine du Doyen Carbonnier : CA de Nîmes, 10 juin 1967, *D.*, 1969, p. 367, note J. CARBONNIER). En outre, le terme de « secte » est par essence discriminatoire. Est désignée comme « secte » une communauté entière, non un courant de pensée issue d'une croyance ou une simple dérive. Un rapport parlementaire rendu sur ce phénomène en 1995 forma le parfait exemple du risque de discrimination et de stigmatisation qui accompagne l'emploi du terme (J. GUYARD et A. GEST, *Les sectes en France. Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes*, Paris, Assemblée nationale, 1995, coll. « Documents d'information de l'Assemblée nationale »). Celui-ci publiait une liste de 172 groupements qualifiés de « sectaires ». Si bien des communautés étaient loin de tout reproche, la liste stigmatisait des communautés entières, au risque d'en inclure des véritablement inoffensives. Le vocabulaire utilisé évolua par la suite fort heureusement. Moins stigmatisante, Patrice Rolland avait proposé, en l'absence de définition ontologique de la « secte », l'expression « pratiques sectaires » (P. ROLLAND, « Neutralité de l'État et liberté de convictions » in MIVILUDES (dir.), *Sectes et laïcité, op. cit.*, p. 242). Progressivement, les pouvoirs publics ont opté pour une terminologie proche, celle des « dérives sectaires », approche qui « permet d'appréhender l'évolution potentielle vers l'illégalité des comportements et activités qui peut affecter tout groupement » décrit Nicolas Guillet (*Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire, op. cit.*, p. 476 (nous

ce contexte, le préfet, alors compétent, refusa par arrêté de qualifier les témoins de Jéhovah demandeurs d'association culturelle, décision confirmée, à la suite d'un recours administratif opéré par l'association, par décret en Conseil d'État du 12 août 1982¹⁵³⁹. Face à ce refus catégorique, l'association contesta le décret devant la section du contentieux de ce dernier.

510. L'arrêt, rendu en 1985 mais confirmé l'année suivante¹⁵⁴⁰, marque le coup d'envoi d'une série de jurisprudences à propos des critères de qualification d'une association culturelle. Cependant, l'arrêt est pour le moins lacunaire, si ce n'est « inquiétant »¹⁵⁴¹. En effet, le considérant observé offre là une justification quasi inexistante du dispositif rendu : « [c]onsidérant qu'il ressort des pièces du dossier que les activités menées par l'association chrétienne "Les Témoins de Jéhovah de France" sur la base des stipulations de ses statuts en vigueur à la date du décret attaqué ne confèrent pas dans leur ensemble, à l'association, en raison de l'objet ou de la nature de certaines d'entre elles, le caractère d'une association culturelle au sens de la loi du 9 décembre 1905 ». Comme l'a largement souligné la doctrine, la motivation de cet arrêt est pauvre et révèle très certainement l'embarras du Conseil d'État durant une période où l'opinion publique s'effrayait des mouvements sectaires, l'année même où un rapport les fustigeant fut publié¹⁵⁴². L'interprétation du juge est d'autant plus surprenante que les témoins de Jéhovah avaient spécifiquement distingué leurs associations afin que celle consacrée à l'exercice du culte le soit exclusivement¹⁵⁴³.

511. Dans ses conclusions, Francis Delon apportait de plus amples précisions quant à la décision à rendre. Il soulignait d'ailleurs la nécessité d'appliquer la loi de 1905 à de nouveaux groupements religieux¹⁵⁴⁴. Bien que ses explications ne trahissent pas de jugement arbitraire ou

souignons)). Il poursuit que les groupements « peuvent évoluer, par exemple, d'un prosélytisme de bon aloi au prosélytisme abusif, du bénévolat associatif au travail clandestin et à l'exploitation de main d'œuvre [...] La dérive sectaire peut alors s'analyser comme un dérapage de nature à porter atteinte à l'ordre juridique en raison d'un comportement individuel ou collectif » (*ibid*). Illustrant cette évolution des mentalités, Didier Leschi, chef du Bureau Central des Cultes en 2007, rappelait lui-même les possibles dérives de tout courant cultuel et le risque, en s'éloignant de l'examen des faits, de « s'écarter de l'impartialité laïque au profit d'un clivage entre religions reconnues et religions stigmatisées » (D. LESCHI, « À propos des sectes », *Médium*, n° 11, 2007, p. 44-61). Car, effectivement, dès lors que des communautés sont qualifiées de « sectes », elle se trouvent discriminées par rapport à celles qui, par opposition, restent des « religions ». Une telle situation rappelle la période concordataire, lorsque les cultes non reconnus étaient traditionnellement qualifiés de « sectes ». Mais l'évolution s'est fait sentir au tournant des années 2000, en témoigne la mission spécialement chargée de ces problématiques, nommée au départ l'observatoire interministériel sur les sectes en 1996, puis la mission interministérielle de lutte contre les sectes en 1998. Il fallut attendre 2002 pour le remplacement par la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) et pour enfin sceller le sort du substantif « secte » en droit (N. GUILLET, « La MILS est morte, vive la MIVILUDES ! », *JCP A*, n° 6, 2003, p. 138). Le raisonnement sera suivi par les textes postérieurs, comme l'illustre la circulaire du 3 octobre 2000, *relative aux « dérives sectaires »*, bien que des hésitations persistent (une circulaire du ministre de l'Éducation en date du 29 mai 2002 emploiera de nouveau le terme de « sectes » (n° 2002-120, 29 mai 2002, *Protection du milieu scolaire. Dispositif de lutte contre les sectes mis en place au sein de l'éducation nationale*, NOR/MEN/G/02/01195/C). Pour ces raisons, nous employons le terme « secte » uniquement entre guillemets et comme reflet de son utilisation controversée par les pouvoirs publics ou les juges, mais l'expression à utiliser en toute justesse dans ce débat est celle de « dérives sectaires ».

¹⁵³⁹ CE, Ass., 1^{er} févr. 1985, *Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »* ; note, J. ROBERT, *art. préc.*

¹⁵⁴⁰ CE, 6 juin 1986, *Association culturelle « Troisième église du Christ scientiste de Paris »*, n° 63912.

¹⁵⁴¹ *Ibid*.

¹⁵⁴² A. VIVIEN, *Les sectes en France...*, *op. cit.*, 1983.

¹⁵⁴³ C. LECLERC, « Le statut d'association culturelle et les sectes », *RFDA*, 2005, p 565.

¹⁵⁴⁴ CE, Ass., 1^{er} févr. 1985, *art. préc.* ; *RDP*, 1985, p. 483, concl. F. DELON.

discriminatoire, la nécessité d'invoquer une barrière à la possibilité offerte à des « sectes » de bénéficier du statut d'association cultuelle est palpable. Selon le rapporteur public, outre les considérations procédurales, l'association ne répondait pas aux exigences de l'ordre public, par le seul refus au sein du groupe de recourir à la transfusion sanguine¹⁵⁴⁵. Pour établir cette réflexion, Francis Delon ne se bornait qu'à juger des actes religieux pratiqués et évitait dès lors des considérations portant sur le dogme. Toutefois, il invoquait à l'appui un ordre public « social », découlant du Code civil¹⁵⁴⁶, ce qui ne manqua pas de susciter, avec le reste, la critique.

512. Comme le conteste dans sa note Jacques Robert, il n'est pas cohérent d'établir un tel refus sur une base aussi fragile, dans le sens où bien d'autres groupements religieux pourraient ne pas respecter un quelconque ordre public, social ou encore économique¹⁵⁴⁷. Le problème de critères spécifiques visant les « sectes », mais pouvant finalement correspondre à toute religion émerge à tous les niveaux du traitement juridique de celles-ci. En définitive, ces justifications semblent tenir d'une présomption existante concernant les « sectes », aboutissant à ne pas les traiter comme un groupement religieux « traditionnel » et à trouver des moyens juridiques afin de les écarter de tout avantage. L'auteur décrivait alors la discrimination qui ressortait de la jurisprudence de 1985 en soulignant que « nul n'a jamais disputé aux religions hier reconnues la qualification "cultuelle" des associations qu'elles créaient »¹⁵⁴⁸, tandis qu'elle était aisément déniée à des groupements qualifiés arbitrairement de sectaires. Le défaut de justifications du Conseil d'État, pour refuser le statut d'association cultuelle à un groupement populairement et médiatiquement qualifié de sectaire dans les années 1980, corrobore cette observation. L'absence de critères précis d'application permettait ce type de comportement et d'interprétation.

513. Du reste, l'ambiguïté de cette jurisprudence est mise en lumière par une autre décision antérieure, datant de 1982, qui avait, *a contrario*, permis au Conseil d'État de considérer l'association internationale pour la Conscience de Krisna, alors communément caractérisée comme « secte », de « culte »¹⁵⁴⁹. En l'espèce il n'était pas question du caractère cultuel d'une association, mais de celui d'une réunion confessionnelle. L'ambiguïté joue ici : du moment que ne sont pas en jeu des avantages juridiques spécifiques, constater la nature cultuelle ne pose pas de problème au juge.

¹⁵⁴⁵ C'est une des caractéristiques du mouvement qui provoqua le plus d'émotions ; ils refusaient, au nom de leur croyance, que soient opérées des transfusions sanguines. Une affaire connut un fort retentissement lorsque des parents refusèrent à ce titre une transfusion à leur enfant (CE, Sect., 3 juill. 1995, *Patrel c. Premier ministre*, n° 140872).

¹⁵⁴⁶ Art. 375 du Code civil. Les témoins de Jéhovah porteraient alors atteinte à ses composantes : la protection de la santé et de la vie de l'enfant.

¹⁵⁴⁷ Jacques Robert parle notamment d'atteinte à l'ordre public économique lors de jeûnes prolongés tels que le Ramadan, par exemple (CE, Ass., 1^{er} févr. 1985, *Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »* ; note, J. ROBERT, *art. préc.*).

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

¹⁵⁴⁹ CE, 14 mai 1982, *Association Internationale pour la Conscience de Krisna*, n° 31102.

514. Après de maintes dénonciations des discriminations et atteintes aux principes républicains, il fallut alors attendre un avis du Conseil d'État de 1997 pour connaître un revirement dans les affaires portant sur les associations cultuelles¹⁵⁵⁰.

515. Mathias Guyomar a pu affirmer, dans son analyse développée avec Pierre Collin des jurisprudences sur les « sectes », que « par son avis du 24 octobre 1997, le Conseil d'État a fixé de manière parfaitement claire les critères permettant de caractériser légalement une association cultuelle, levant ainsi les ambiguïtés que l'on pouvait déceler dans l'état antérieur de sa jurisprudence »¹⁵⁵¹. L'avis pose, en effet, précisément les critères permettant de qualifier une association de cultuelle. Au demeurant, ceux-ci apparaissaient déjà en filigrane dans la décision de 1985 et plus explicitement dans les conclusions du commissaire du gouvernement Francis Delon.

516. En premier lieu, le Conseil d'État exige que l'association ait pour objet l'exercice d'un culte au sens des articles 18 et 19 de la loi de 1905. Cette exigence interroge la notion de « culte ». À cet égard, Jacques Arrighi de Casanova, dans ses conclusions, s'appuie sur celle donnée par Léon Duguit, ainsi basée sur un élément subjectif – une croyance ou une foi en une divinité – et un élément objectif, par « l'existence d'une communauté se réunissant pour pratiquer cette croyance lors de cérémonies »¹⁵⁵². La Haute juridiction administrative reprit cette définition selon les termes suivant : « la célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques ». Pour le rapporteur public, il ne s'agissait nullement de définir la « religion », mais uniquement la notion de « culte » qui, elle seule, implique un régime. La seconde condition ne pose *a priori* pas de difficultés particulières : elle exige que cet exercice du culte soit l'objet exclusif de l'association, cet aspect étant apprécié tant dans les statuts que par l'activité concrète de l'organisme. Le Conseil d'État dit ainsi qu'« en outre, ces associations ne peuvent mener que des activités en relation avec cet objet telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte ». La dernière condition était attendue : le juge pose enfin l'exigence du respect de l'ordre public, outil de régulation du religieux par excellence, qui était tant déduit de la lecture des décisions antérieures. Ces précisions furent les bienvenues. Elles doivent cependant être appréciées en gardant à l'esprit que jusqu'en 1997 de nombreux groupements purent bénéficier des avantages rattachés au statut d'association cultuelle sans qu'aucun critère n'y fasse obstacle. La diversité religieuse poussa le juge à spécifier les conditions d'application de la norme afin d'éviter que tout groupement jouisse du statut. Point immédiatement un paradoxe : c'est au contact d'une diversité religieuse récente et insaisissable que des critères d'application, correspondant

¹⁵⁵⁰ CE, Ass., Avis contentieux, 24 oct. 1997, *Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Riom*, Rec. p. 372 ; concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *RFDA*, 1998, p. 61 ; *RFDA*, 1998, p. 69, note G. GONZALEZ.

¹⁵⁵¹ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Critères permettant de reconnaître à une association un caractère cultuel », *AJDA*, 2000, p. 597.

¹⁵⁵² J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations cultuelles ? », *RFDA*, 1998, p. 61, note sous l'avis CE, 24 oct. 1997, *préc.*

forcément à une conception spécifique d'une « normalité » religieuse, virent le jour. Le problème tient alors au fait que « la nature sensible et subjective de la religion signifie que les définitions juridiques peuvent être vues comme imposées à la religion elle-même – impactant ainsi inévitablement négativement certains croyants dont la “religion” ou “croyance” tombe en dehors du cadre de la définition légale »¹⁵⁵³. Apparaît ainsi tout le problème de la qualification juridique, dans un domaine particulièrement confronté à la diversité et à la subjectivité des croyances¹⁵⁵⁴. Les critères du régime d'association culturelle interrogent alors inévitablement.

4) Des critères d'application interrogés

517. Il importe de s'extraire du cadre formel pour observer l'application concrète de la norme et mettre en lumière les limites d'une règle aux critères pourtant, au premier abord, objectifs. Généralité, abstraction, impersonnalité, etc. ; le régime des associations culturelles a l'apparence de l'égalité. Pourtant, la confrontation de l'administration aux nouveaux mouvements religieux montre que, dans ses effets, le régime peut être discriminatoire.

518. Chaque critère posé en 1997 par le juge met en lumière ces limites et les inégalités latentes derrière l'universalité proclamée de la norme. Tel est le cas, dans une moindre mesure, pour une notion d'ordre public brandie de manière quelque peu arbitraire **(a)**. Tel est surtout le cas du critère de l'exercice exclusif du culte, qui ne correspond pas à toute religion **(b)**, et de la notion de « culte » qui ne peut faire l'objet d'une véritable neutralité **(c)**.

a) L'utilisation biaisée de l'ordre public

519. La difficulté avec le critère du respect de l'ordre public tient à la crainte d'une immixtion du juge dans le dogme du groupement religieux, considéré alors possiblement contraire à l'ordre public. C'est ce qui était dénoncé lors de l'arrêt de 1985, à l'endroit duquel nous avons largement soupçonné le Conseil d'État de juger la doctrine religieuse elle-même comme contraire à l'ordre public. Or, tel que le souligne le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'avis de 1997, « il nous paraît clair que le juge n'a, pas plus que l'administration, à s'aventurer dans une appréciation de la nature, et encore moins de la valeur du dogme et des croyances professés par les membres de l'association dont le caractère cultuel est en cause ». Pourtant, en précisant que « le fait que certaines des activités de l'association *pourraient* porter atteinte à l'ordre public s'oppose à ce que ladite association bénéficie du statut

¹⁵⁵³ S. BACQUET, « Manifestation of Belief and the “Liberal” Law of Religion: Why It Is Time to Rethinking the Status-Quo? », *Religion & Human Rights*, vol. 17, n° 1, 2022, p. 1-22 (nous traduisons).

¹⁵⁵⁴ Cette observation à l'égard du religieux est employée par Élise Untermaier dans sa thèse sur les règles générales, preuve de l'intensité avec laquelle la question de la construction catégorielle se pose en matière religieuse. Pour appuyer le caractère intellectuellement construit de la catégorie, même s'agissant d'éléments de prime abord empiriques, l'autrice affirme : « la catégorie juridique des musulmans est un objet non empirique qui peut très bien ne pas correspondre avec ce que le Coran définit comme “les musulmans” » (É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 70).

d'association culturelle [...] »¹⁵⁵⁵, le Conseil d'État semble s'écarter des conclusions précitées en établissant la contrariété à l'ordre public comme hypothétique. Pourtant, l'atteinte à l'ordre public doit être réelle et résulter concrètement des activités d'une association. Elle ne doit pas être théorique. Dans le cas où le juge établit une supposition d'atteinte à l'ordre public, il prend le risque probable de s'immiscer dans le dogme et de porter un jugement de valeur sur celui-ci, considérant que la doctrine prêchée est elle-même contraire à l'ordre public. Pourtant, seuls les actes concrets peuvent l'être.

520. Si l'utilisation de la notion d'ordre public participe de cette volonté d'objectiver l'interprétation, l'appréciation de son atteinte n'est pas neutre. En premier lieu, n'est-il pas hasardeux de constater qu'un tel critère soit posé – en matière d'associations culturelles – presque cent ans après l'entrée en vigueur d'une loi pourtant maintes fois appliquée, et ce, précisément face à des mouvements faisant l'objet de contestations publiques ? D'autant qu'avant l'avis de 1997, les juges administratifs ne semblaient pas juger utile de dégager une telle exigence du moment que l'activité culturelle était effectivement exercée¹⁵⁵⁶. Pourtant, fait remarquer Elsa Forey, la plupart des religions comportent des commandements contraires à l'ordre public : « [à] titre d'exemple, le droit pénal musulman est en partie contraire à l'ordre public ; il prévoit notamment la lapidation en cas d'adultère, la peine de mort en cas d'apostasie ou de blasphème, l'amputation d'une main pour vol, etc. »¹⁵⁵⁷. Les anciens cultes ne se virent tout de même pas concernés par cette exigence¹⁵⁵⁸. De plus, la notion d'ordre public rentre dans la conception générale que le juge se fait de la religion soumise à son appréciation, par le fait même qu'elle est partie intégrante de l'appréciation du caractère culturel de l'association¹⁵⁵⁹. Assurément, l'ordre public « reflète donc des valeurs objectives et subjectives mais également l'histoire religieuse, les tendances convictionnelles mais aussi les “rapports de forces religieux” d'une société déterminée »¹⁵⁶⁰. L'application concrète de cette notion, d'apparence égalitaire et formelle, atteste d'un traitement nuancé du régime des cultes. Il reste que le critère d'ordre public n'est pas le plus problématique ; celui de l'activité culturelle et de l'exercice public du culte exprime parfaitement l'absence de neutralité de l'application d'une catégorie.

¹⁵⁵⁵ Souligner par nos soins.

¹⁵⁵⁶ G. GONZALEZ, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations culturelles ? », *RFDA*, 1998, p. 69, note sous l'avis CE, 24 oct. 1997, *préc.*

¹⁵⁵⁷ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁵⁵⁸ D. KOUSSENS, « La religion “saisie” par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France ? », *Recherches sociographiques*, vol. 52, n° 3, 2011, p. 811-832.

¹⁵⁵⁹ « [...] [I]l n'est pas certain que la jurisprudence administrative échappe à la critique [de la discrimination] puisque le Conseil d'État fait entrer dans les critères de l'association culturelle celui de l'absence d'atteinte à l'ordre public qui semble étranger à la question de savoir si telle association a ou non pour objet (et pour objet exclusif) “la célébration de cérémonies [...]”. Certes le respect de l'ordre public n'est pas affirmé comme un critère de l'existence d'un culte, mais seulement comme un élément nécessaire à la qualification d'une association comme association culturelle. Mais les conséquences qui s'y attachent sont déterminantes sur le plan financier, et l'emploi de la notion floue d'ordre public permet au juge de distinguer entre les cultes pour mettre à l'écart ceux qu'il considère comme des sectes » (M.J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87).

¹⁵⁶⁰ X. DELSOL, A. GARAY et E. TAWIL (dir.), *Droit des Cultes...*, *op. cit.*, p. 118.

b) L'adaptation insuffisante des critères de l'activité culturelle exclusive et de l'exercice public du culte

521. L'exigence, pour l'association, d'une activité culturelle exclusive prête lui aussi le flanc aux critiques, justement, car il correspondrait à une vision spécifique de la structure religieuse. Pour être plus précis, s'il semble convenir au modèle de l'Église catholique, le critère s'associe mal avec des groupements religieux qui mêlent fréquemment le culte à des activités accessoires. En effet, la religion catholique a, au fil du temps, pris soin de bien distinguer les tâches se rapportant au culte, quand d'autres religions conçoivent son exercice à travers l'éducation religieuse, par exemple. Une telle situation s'est souvent présentée pour les groupes qualifiés de sectaires. En réponse à la réglementation, leur stratégie revint alors à jongler entre les types d'associations en fonction des conditions d'application et restrictions, pour bénéficier des avantages attenants¹⁵⁶¹.

522. D'ailleurs, le modèle ne correspond pas forcément non plus à l'islam qui privilégie les associations loi 1901¹⁵⁶², réduisant d'ailleurs d'autant plus les possibles aides au financement de ce culte¹⁵⁶³. Stéphane Pierré-Caps va même jusqu'à considérer ce repli vers les structures de 1901 comme la conséquence de la jurisprudence restrictive développée dans les années 80 à l'égard des « sectes », qui se serait appliquée aux associations musulmanes et aurait justifié les refus opposés par les préfets de leur octroyer les bénéfices de la loi de 1905¹⁵⁶⁴. La religion musulmane prend l'habitude de mêler les activités culturelles à celles culturelles – si tant est qu'il soit possible de distinguer culturel et cultuel, ce qui pose encore un autre problème –, notamment dans des lieux qui mélangent les deux. Les mosquées – lieux communautaires avant d'être strictement culturels – en constituent l'illustration. Ce constat rejoint l'observation sur les lieux destinés à l'éducation religieuse, qui ne sont pas considérés par le juge comme culturels¹⁵⁶⁵, et ce, en dépit de l'importance que celle-ci peut avoir dans la pratique de certains cultes.

¹⁵⁶¹ Les groupements se dotent alors d'associations 1901 pour des activités accessoires, non culturelles, et bénéficier possiblement de subventions publiques, puis d'associations 1905 pour l'exercice du culte et jouir des avantages qu'elles procurent en dépit de l'interdiction de subvention. Précisément, Mathilde Philip-Gay explique que les lieux de culte musulmans ne servent effectivement pas qu'au culte ; « ils ont aussi une fonction sociale et éducative, au point de comporter parfois des écoles et, même si cet usage se perd dans les pays musulmans, des universités. Or, par son objet plus varié, une association loi 1901 correspond davantage à cette forme d'organisation que celles mises en place par la loi de 1905 », ces premières étant alors majoritaires et multipliées autour des mosquées pour administrer les diverses activités (« Regards juridiques sur la construction des institutions représentatives de l'Islam en France » in G. GIRAudeau, C. GUERIN-BARGUES et N. HAUPAIS (dir.), *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Paris, Pédone, 2016, p. 178 ; voir plus également pour d'autres précisions sur les distinctions entre les associations 1901 et 1905 : B. GUILLAUME, « Loi 1901 ou Loi 1905 ? », *JA*, n° 450, 2011, p. 19.

¹⁵⁶² C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, op. cit., p. 492.

¹⁵⁶³ Le choix d'associations de type 1901, en vue d'assurer l'exercice du culte et d'autres activités accessoires, se trouve doublement pénalisé. En effet, l'association ne peut bénéficier des avantages afférents au statut des culturelles (libéralités), puisque l'exercice n'est pas exclusivement cultuel, mais elle ne peut également recevoir de subventions dans la mesure où il y a tout de même une partie des activités qui touche le culte (l'article 2 de la loi de 1905 prohibant tout subventionnement aux cultes).

¹⁵⁶⁴ S. PIERRE-CAPS, « Les “nouveaux cultes” et le “droit public” », *RDP*, n° 4, 1990, p. 1073-1119.

¹⁵⁶⁵ J.-G. SORBARA, « La spécificité de la définition fiscale de l'édifice cultuel », *Société, Droit et religion*, n° 1, 2011/1, p. 105-116.

523. Les interrogations ici soulevées sont d'autant plus légitimes que les anciens cultes reconnus ont pu bénéficier automatiquement du régime des associations cultuelles, sans que la question des critères soit remise en cause. Autrement dit, rapporte David Koussens, « si le critère de l'exclusivité dans l'exercice du culte ou celui du respect de l'ordre public sont problématiques, c'est parce que l'on peut douter que toutes les associations cultuelles catholiques, juives ou protestantes s'y conforment pleinement aujourd'hui ». Il conclut que la neutralité est donc mise à mal par les transformations de la société et que le cadre égalitaire de la loi de 1905 produit des inégalités que la jurisprudence ne peut pas toujours corriger¹⁵⁶⁶.

524. Enfin, l'article 18 de la loi précise que les associations cultuelles subviennent à l'exercice public d'un culte. Si l'exercice cultuel des religions traditionnelles s'exprime historiquement en public, tel n'est pas forcément le cas de tout groupement. Cette exigence, devrait-elle préjuger de ce qui est religieux ou ne l'est pas ? Force est de constater qu'une association qui s'apparente en tout point à un groupement religieux ne peut bénéficier du statut attendant, précisément au seul motif que ses activités cultuelles ne sont pas assez ouvertes au public pour le juge administratif¹⁵⁶⁷. L'exigence d'exercice public s'inspire une nouvelle fois d'une pratique spécifique et historique de la religion. Tout comme la notion de « culte ».

c) Une notion de « culte » porteuse d'une conception particulière de la « religion »

525. Nous avons souligné les limites de la notion de « culte ». Celles-ci ressortent très concrètement lorsqu'il s'agit de qualifier l'activité de l'association de « cultuelle ». La catégorie se camoufle sous une forme d'objectivité qui l'habille d'un appareil de neutralité, mais qui omet forcément des dimensions spécifiques de la réalité¹⁵⁶⁸. Précisément, la notion de « culte », sorte de « montré-caché »¹⁵⁶⁹ de la religion, ne peut être intégralement déconnectée de cette dernière, d'autant qu'elle fait l'objet de définitions multiples, démontrant un caractère protéiforme. Si la notion de « culte » donne une impression de prise d'une certaine distance avec celle de religion, en ne s'immisçant pas dans le dogme et en ne se bornant supposément qu'aux implications pratiques de la religion, elle revient en vérité substantiellement à opter pour des traits précis la caractérisant. Ce processus s'exprime quand le juge précise quelle activité est qualifiée de cultuelle ; il le fait donc selon une vision nécessairement orientée de la religion. Rien ne présage ainsi que certaines religions n'entendent pas la notion de « cultuelle » de la même façon que le Conseil d'État et tel est le cas de la majorité des « sectes », spécialement caractérisées par leur excentricité.

¹⁵⁶⁶ D. KOUSSENS, « La religion "saisie" par le droit... », *art. préc.*

¹⁵⁶⁷ CAA de Nantes, 21 avr. 2016, *Association Lectorium Rosicrucianum Rennes*, n° 15NT00581.

¹⁵⁶⁸ Un parallèle peut être fait, par exemple, avec la notion « des gens du voyage » que Christophe Le Berre critique de la sorte et comme véhiculant des discriminations indirectes (C. LE BERRE, « Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *RDP*, n° 3, 2008, p. 891).

¹⁵⁶⁹ Pour reprendre un terme employé à l'égard de la prise en compte des caractéristiques ethniques dissimulée derrière des critères économiques et sociaux (C. POIRET, « Au travail, le bonneteau de l'ethnicité », *Mouvements*, n° 4, 1999, p. 19).

526. *De facto*, tel que le fait remarquer Patrice Rolland, la définition de culte donnée par le Conseil d'État en 1997 ne fait que décaler le problème puisqu'elle implique de se demander ce qu'est une croyance religieuse, « qui est croyant » et inévitablement « qu'est-ce qu'une religion »¹⁵⁷⁰. C'est également ce que souligne Jean-Marie Woehrling lorsqu'il traite du « recours traditionnel au terme de "culte" »¹⁵⁷¹. Celui-ci précise alors que la définition de l'activité cultuelle n'est pas dissociable de la notion de religion en ce qu'elle renvoie à celle de « croyance religieuse ». Il conclut par conséquent que « la notion de culte soulève en fin de compte les mêmes questions que celle de religion, à savoir la détermination de ce qu'est ou n'est pas une croyance religieuse »¹⁵⁷², ce qui, *a fortiori*, se dégage de la problématique concernant la qualification d'association cultuelle des « sectes ». Cette réalité saute encore plus aux yeux dans le contentieux relatif à l'Union des Athées, association revendiquant le statut de cultuelle et à laquelle le juge opposa un argument ancrant le lien entre culte et religion : « [c]eux qui considèrent Dieu comme un mythe ne peuvent se proposer de subvenir à l'exercice public du culte »¹⁵⁷³. Suivant cette interprétation, que faire de religions comme celle, par exemple, du jaïnisme ; considérée comme l'une des plus anciennes religions du monde, prônant pourtant une philosophie non théiste¹⁵⁷⁴ ? ou encore de certains courants bouddhistes parfois considérés comme agnostiques¹⁵⁷⁵ ?

527. La définition du culte donnée par le Conseil d'État peut, en sus, faire l'objet d'autres critiques. En ce sens, Jean-Gabriel Sorbara défend que le Conseil d'État aurait réservé une vision défavorable pour des cultes minoritaires en 2008, dans l'arrêt *Association de l'Église néo-apostolique de France*, en reprenant la définition du culte de 1997 : « célébrations de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de *certain*s rites ou de *certain*es pratiques [...] »¹⁵⁷⁶. L'auteur relève qu'à la lecture du considérant « toute cérémonie est un culte, mais pas *tous* les rites ni *toutes* les pratiques » et qu'en conséquence « la place centrale de la cérémonie relève d'une conception thomiste du culte particulièrement inadaptée à certaines pratiques religieuses comme le culte protestant ou le culte musulman pour ne citer que ces exemples »¹⁵⁷⁷. L'auteur décrit la

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ J.-M. WOEHRLING, « Définition juridique de la religion », in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 43

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ CE, 17 juin 1988, *Union des athées de Paris*, n° 63912, *AJDA*, 1988, p. 247, chron. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE.

¹⁵⁷⁴ Certains parlent même de religion « athée » (M. GOZLAN, « Les religions méconnues : le jaïnisme, religion athée », *Marianne*, juill. 2016, disponible en ligne sur : <https://www.marianne.net> (consulté le 6 juill. 2023)), ce qui souligne d'autant plus l'importance de nos remarques. Les jaïns rejettent effectivement l'idée de dieu supérieur (N. BALBIR, « Jaïnisme », *Bibliothèque Nationale de France*, 22 janv. 2022, disponible en ligne sur <https://heritage.bnf.fr> (consulté le 6 juill. 2023)), mais vénèrent toutefois un esprit suprême, latent en toute âme, donc tout homme (« Jaïnisme » in R. RE MANNING (dir.), *3 minutes pour comprendre les 50 plus grands courants religieux et spirituels*, Paris, Le Courrier du Livre, 5^e éd., 2017, p. 42).

¹⁵⁷⁵ Le caractère athée, agnostique, ou non déiste du bouddhisme fait l'objet de débats, surtout au regard des conceptions occidentales qui tendent à observer cette religion avec les lunettes du protestantisme ou du catholicisme (voir notamment sur ces questions L. HEBERT, « Analyse comparée d'attributs de Dieu et des bouddhas », *RS.SI*, vol. 37, n° 1-2, 2017, p. 111-139).

¹⁵⁷⁶ CE, 4 févr. 2008, *Association de l'église néo-apostolique de France*, n° 293016, *AJDA*, 2008, p. 279.

¹⁵⁷⁷ J.-G. SORBARA, « La spécificité de la définition fiscale de l'édifice cultuel », *art. préc.*

priorisation d'une conception, une fois de plus, importante pour l'Église catholique, mais moindre pour d'autres, délaissant encore la place particulière pouvant être donnée à l'éducation, notamment dans la religion juive¹⁵⁷⁸. En somme, bon nombre d'auteurs remarquent que l'appréhension du culte, se voulant objective, demeure en vérité influencée par un ordre de valeurs qui aboutirait à une vision catholique du culte¹⁵⁷⁹.

528. Constatons que la problématique des « sectes » a vivement fait ressortir les non-dits de la loi de 1905, les éléments non élucidés, les données implicites, les évidences culturelles tenant à cette vision « catholique » de la régulation religieuse¹⁵⁸⁰. Cela renvoie à ce que nous avons décrit comme les biais axiologiques propres au processus juridique.

529. Finalement, en soulignant toute la difficulté du régime, Patrice Rolland conclut : « à partir du moment où la définition juridique ne peut pas rester purement formelle et implique un *jugement substantiel*, elle vaut nécessairement une reconnaissance qui effectue un tri entre des convictions dont certaines peuvent accéder au statut d'association cultuelle »¹⁵⁸¹. Autrement dit, pour reprendre les mots Brigitte Basdevant-Gaudemet, la qualification d'association cultuelle ne revient ni plus ni moins qu'à dire s'il y a « culte ou religion », à compter telle ou telle religion parmi les « religions connues ». En somme, si les pouvoirs ne définissent pas le concept de religion en utilisant un critère strictement juridique, à la fin « il revient aux pouvoirs publics de dire ce qu'est une religion » dans ce cadre¹⁵⁸².

530. C'est l'imprégnation d'une conception classique et légale de la religion, historiquement construite sur des bases chrétiennes, qui explique pour partie le rejet global des mouvements dits sectaires¹⁵⁸³. Le traitement de ces derniers a alors frôlé la reconnaissance plus explicite de ce qu'est une religion acceptable et ce qui n'en est pas. Cela, au risque d'officialiser une perception spécifique de la « normalité religieuse »¹⁵⁸⁴, prêtant alors le flanc à la critique classique d'une norme prétendument universelle, mais dissimulant en réalité une conception normative de la normalité. Pour Patrice Rolland, le droit omet ainsi trop le processus de déconstruction du sens commun et des représentations sociales pour reconstruire un objet,

¹⁵⁷⁸ Ce qui exclut dès lors les locaux destinés à l'enseignement religieux de l'exonération de la taxe foncière, ceux-ci n'étant pas rattachés aux locaux servant l'exercice du culte (*ibid*).

¹⁵⁷⁹ Jean Baubérot parle à cet égard de « catholaïcité », cité dans P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », *art. préc.* Dans le même sens, Pierre-Henri Prélot parle de « christianocentrisme » (« Les religions et l'égalité en droit français », *art. préc.*). Voir aussi J.-Y. PRANCHERE, « "Catholaïcité" », *art. préc.*

¹⁵⁸⁰ P. ROLLAND, « La loi de 1905 à l'épreuve des sectes », *art. préc.*

¹⁵⁸¹ *Ibid.* Nous soulignons, car l'auteur rejoint ici nos développements tendant à affirmer que le processus juridique ne peut être neutre.

¹⁵⁸² B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Un siècle de régime de cultes reconnus, un siècle de séparation », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 82, n° 1, 2004, p. 45-69.

¹⁵⁸³ « Que ce soit donc pour le déplorer ou pour le valoriser, la religion est manifestement considérée aujourd'hui comme ce qui enracine les sociétés dans leur passé. C'est là probablement une des raisons qui permettent de comprendre l'hostilité spontanée aux "sectes", du moins à certaines d'entre elles, trop nouvelles ou trop exotiques » (F. CHAMPION et M. COHEN, « Les sectes : un problème social, passionnel et complexe », in F. CHAMPION et M. COHEN (dir.), *Sectes et démocratie*, *op. cit.*, p. 32).

¹⁵⁸⁴ P. SEGUR, « La "secte" en droit constitutionnel » in F. MESSNER (dir.), *Les « sectes » et le droit en France*, *op. cit.*, p. 132.

comme le ferait la sociologie, le juge ou la loi s'en tenant au sens commun et aux représentations sociales dominantes de la religion¹⁵⁸⁵

531. Force est, effectivement de constater que prévoir un régime d'associations culturelles paraissait un gage profond d'égalité à une époque où presque trois cultes dominaient socialement. De nos jours, ce même outil illustre les limites de la généralité, surtout en matière religieuse, où les croyances sont variées, globalisantes et parfois contestées. Se targuer de critères en apparence objectifs et se voulant déconnectés de toute considération religieuse ne permet pas toujours de cacher les discriminations indirectes inhérentes au régime. Le fait que le statut d'association culturelle n'ait jamais été contesté pour les cultes anciennement reconnus ne fait qu'accroître ce sentiment discriminatoire. En conséquence de tout cela, il devient courant de voir dans le régime des associations culturelles une sorte de rémanence du système antérieur à la loi de 1905, celui-ci caractérisant en somme « la reconstitution plus ou moins camouflée d'un mécanisme de reconnaissance »¹⁵⁸⁶.

532. En définitive, les juges et l'administration se trouvent dans une situation délicate. D'un côté, ils ne peuvent accepter que toute association se prétende culturelle et jouisse du régime afférent – bien que cela n'ait que peu posé de problèmes avant les années 80. De l'autre, cependant, ils ne peuvent non plus se permettre de différencier un « groupement réellement cultuel et une association faussement culturelle »¹⁵⁸⁷. C'est là tout le paradoxe d'un régime aux multiples avantages, qui nécessite un tri opéré par les autorités publiques et le juge. L'ambiguïté est d'autant plus forte que ce régime s'applique à l'une des matières les moins – juridiquement et socialement – saisissables, à savoir la religion. Et si le statut des associations culturelles illustre toute cette complexité, d'autres parties du régime des cultes manifestent tout autant l'insuffisance de la généralité.

C) L'exclusion du régime par l'absence de structure proche du modèle catholique : le cas des aumôneries et congrégations

533. Nous avons évoqué la priorité donnée à la généralité dans la formulation de l'article 4 de la loi de 1905. Malgré cette généralité, la précision rajoutée à l'article 4 ne fut établie que pour satisfaire un seul culte. Il s'agissait du « simple respect de l'identité non négociable des catholiques »¹⁵⁸⁸. En d'autres termes, une norme d'apparence neutre et universelle ne visait véritablement qu'une religion¹⁵⁸⁹, et, plus précisément, sa structure. Les dispositions de cet

¹⁵⁸⁵ P. ROLLAND, « La loi de 1905 à l'épreuve des sectes », *art. préc.*

¹⁵⁸⁶ J.-M. WOEHRLING, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP*, n° 6, 2006, p. 1633.

¹⁵⁸⁷ J.-P. COSTA, « Secte et religions : où sont les différences ? » in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, coll. « Mélanges », p. 77.

¹⁵⁸⁸ J.-P. SCOT, « *L'État chez lui, l'Église chez elle* »..., *op. cit.*, p. 346.

¹⁵⁸⁹ Un exemple, moins parlant, peut être trouvé dans l'article 20 qui prévoit les unions d'associations. Les dispositions visaient initialement le culte protestant et le respect de son organisation seulement. La rédaction générale a toutefois été privilégiée (L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959, p. 194).

article ont eu pour effet de consacrer le modèle de la hiérarchie catholique comme référence pour l'appréciation juridique de divers éléments. Ce renvoi à la hiérarchie, à la structure communautaire, a été calqué pour l'appréciation juridique des autres religions.

534. Deux exemples illustrent cela¹⁵⁹⁰. Le premier est le plus flagrant, et pour cause, il ne respecte que partiellement la généralité de la norme. En effet, le régime des congrégations témoigne de ce qu'une norme qui renvoie expressément à la structure catholique a de discriminatoire lorsqu'il doit s'appliquer à tout autre groupe (1). L'autre illustration reprend ce phénomène, mais dans le cadre d'une norme plus générale : il s'agit du cas des aumôneries (2).

1) Le cas du régime des congrégations : une condition d'application directement issue de la tradition catholique

535. Les congrégations ne furent pas l'objet de la loi de 1905, celle-ci se contentant seulement de confirmer la législation antérieure¹⁵⁹¹. Leur situation fut réglée après de longues luttes de la part des pouvoirs publics. En effet, profondément implantées dans l'histoire de France, les congrégations existent depuis l'installation du christianisme en Europe¹⁵⁹². Interdites dès la Révolution, elles parcoururent le XIX^e siècle sous divers régimes juridiques, tendanciellement plus favorables¹⁵⁹³. Au contraire, la III^e République renouvela la méfiance révolutionnaire à l'égard des congrégations et leur sort fit l'objet d'importants débats. C'est finalement la loi du 1^{er} juillet 1901 qui trancha en la matière. Cette dernière interdisait les congrégations non déclarées. Elles devaient être autorisées, ce qui revenait concrètement à les reconnaître d'utilité publique, avec ceci de particulier que l'autorisation était accordée, non par un décret en Conseil d'État – comme pour les associations de droit commun –, mais par une loi¹⁵⁹⁴.

536. Pendant longtemps, aucune nouvelle congrégation ne fut autorisée, si ce n'est celle des Chartreux seulement sous Vichy¹⁵⁹⁵. D'autres congrégations restèrent en instance d'autorisation, de sorte qu'elles existaient sans interdiction, mais dénuées de personnalité civile. La suspension, par simple circulaire, de l'application des règles applicables aux congrégations

¹⁵⁹⁰ Beaucoup d'éléments concernent des situations juridiques antérieures, qui ont évolué depuis. Nous omettons volontairement ces évolutions pour les exposer dans le chapitre suivant.

¹⁵⁹¹ « Les congrégations religieuses demeurent soumises aux lois des 1^{er} juillet 1901, 4 décembre 1902 et 7 juillet 1904 » (art. 38, loi du 9 décembre 1905).

¹⁵⁹² A. BOUGNOUX, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *JCST*, 2014, Fasc. 175-60.

¹⁵⁹³ Le Premier Empire réinstaura le système – appliqué sous l'Ancien Régime – de l'autorisation des congrégations et la Restauration fixa plus précisément le régime des congrégations applicable tout au long du siècle.

¹⁵⁹⁴ M. AUDIBERT, « Laïcité et liberté d'association et de fondation : le régime des congrégations » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, op. cit., p. 290.

¹⁵⁹⁵ D'anciennes, autorisées au XIX^e siècle, surtout de femmes, demeurèrent en situation légale.

durant la Première Guerre mondiale ne fit que complexifier le régime¹⁵⁹⁶. C'est le 8 avril 1942 que la loi modifia le statut, notamment en supprimant le délit de congrégations¹⁵⁹⁷ et en substituant une procédure de reconnaissance par décret sur avis conforme du Conseil d'État à celle établie par la loi¹⁵⁹⁸. À la Libération peu de précisions concernèrent ce texte. Partant, la loi n'était ni valide, ni rejetée, donc considérée pendant un certain temps comme oubliée¹⁵⁹⁹.

537. C'est à partir des années 1970 que la procédure fut de nouveau utilisée, à la demande du président Georges Pompidou. Le Conseil d'État accepta une multitude de congrégations dans sa jurisprudence. Emmanuel Tawil qualifie cette période de deuxième vague de normalisation de la situation des congrégations et cite, en ce sens, de nombreuses reconnaissances¹⁶⁰⁰. Néanmoins, l'exposé de l'auteur ne laisse apparaître que des congrégations semblant de racines chrétiennes ou émaner directement de l'Église catholique. La difficulté, pour le juge, ne se posait donc pas encore à l'égard d'éventuels modèles dénués de hiérarchie¹⁶⁰¹. La congrégation renvoyait alors à des « groupements de l'Église catholique se présentant sous la forme d'une association de personnes vivant en communauté, obéissant à une règle commune approuvée par l'Église et liées par des vœux religieux »¹⁶⁰². Cette acception ne surprend pas, dans la mesure où la congrégation, religieuse en substance¹⁶⁰³, n'en reste pas moins catholique par essence.

538. Mais qu'en est-il des autres religions ? La question a le mérite d'être posée au regard de l'attractivité du régime des congrégations. En effet, au-delà des congrégations non reconnues, qui se limitent au régime des groupements de fait¹⁶⁰⁴, celles autorisées sont assimilées aux associations d'utilité publique par le Conseil d'État¹⁶⁰⁵ et profitent d'importants

¹⁵⁹⁶ Jusqu'en 1942 la situation suspendue en 1914 resta immobilisée, ce qui entraîna des situations invraisemblables où l'administration maintenait sous séquestre des biens de congrégations dissoutes, sans pouvoir en faire quoi que ce soit en l'absence d'un texte modifiant la situation choisie en 1914, si ce n'est s'accorder officieusement avec des congrégations constituées *de facto* (M. AUDIBERT, « Laïcité et liberté d'association et de fondation... » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité, op. cit.*, p. 292).

¹⁵⁹⁷ Autrement dit, en légalisant les congrégations non déclarées, comme pour les associations, donc constituées de fait mais sans personnalité juridique.

¹⁵⁹⁸ Loi n° 505, 8 avr. 1942, *modifiant l'article 13 de la loi du 1^{er} juillet 1901*, JORF n° 92, 17 avr. 1942, p. 1146.

¹⁵⁹⁹ M. AUDIBERT, « Laïcité et liberté d'association et de fondation... » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité, op. cit.*, p. 297.

¹⁶⁰⁰ La première, bien plus restreinte, se situant pendant la Seconde Guerre mondiale (E. TAWIL, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'État et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, Aix-Marseille, PUAM, 2009, coll. « Droit et Religions », p. 99-100).

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 165.

¹⁶⁰² A. BOUGNOUX, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *JCST*, 2014, Fasc. 175-60.

¹⁶⁰³ Comme le dit Bénédicte Folscheid la congrégation est forcément religieuse ; parler de « congrégation religieuse » relève du pléonasme (B. FOLSCHIED, « Les conditions de reconnaissance légale d'une congrégation », *AJDA*, 2006, p. 2067 concl. sous CAA Paris, Form. plén., 9 juin 2006, *Ministre de l'Intérieur c. Congrégation du Vajra triomphant*, n° 04PA01642B).

¹⁶⁰⁴ Y. DESMURS-MOSCET et I. ROUVIERE-PERRIER, « Cultes », *JCA*, 2012, Fasc. 215.

¹⁶⁰⁵ CE, 3 juill. 1953, *Foyer familial de la jeune fille de Toulouse* cité dans A. BOUGNOUX, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *art. préc.*

avantages juridiques¹⁶⁰⁶. Bien que le régime des congrégations autorisées soit également assorti de certaines contraintes et obligations¹⁶⁰⁷, il n'est dès lors pas étonnant qu'il attire d'autres groupements religieux que la seule religion catholique.

539. Néanmoins, le choix de Philippe Ségur, de citer comme exemple le cas des congrégations et de leur qualification pour soutenir que la loi de 1905 a été adoptée à l'intention des cultes dominants, laisse présager la réalité du régime¹⁶⁰⁸. Outre le fait que la notion découle directement et historiquement de l'Église catholique, le problème majeur vient de ce que les conditions d'application du régime sont elles-mêmes très marquées « par l'organisation du catholicisme romain »¹⁶⁰⁹. Les textes n'y étaient pas pour rien.

540. De son côté, la loi de 1901 ne remettait pas en cause l'égalité formelle : les dispositions étaient générales et nulle mention n'était faite de l'Église catholique ou de sa structure. Elle posait les principes généraux et exigeait seulement l'intervention d'un décret pour détailler l'application de la loi. C'est ce dernier, en date du 16 août 1901¹⁶¹⁰, qui vint apporter des précisions et gagner en détails ce qu'il perdait en généralité. Que l'abstraction se perde en spécifications procédurales n'étonne pas pour un décret d'application, mais cela n'empêche théoriquement pas toute proscription de référence à une communauté ou une différence précise. Pourtant, l'article 20 – toujours en vigueur – prévoyait que la demande de légalisation de la congrégation s'accompagne « d'une déclaration par laquelle l'évêque du diocèse s'engage à prendre la congrégation et ses membres sous sa juridiction ». En 1901 la disposition ne surprenait guère ; après le passage de la loi de séparation son maintien interrogeait davantage. La structure exigée découlait de la seule religion catholique, les critères d'application également, et ce, au profit des inégalités d'applications.

541. D'ailleurs, le cas des dérives sectaires fait une nouvelle fois ressurgir l'embarras en la matière. Il faut dire que, malgré le faible nombre de demandes de bénéfice du statut de congrégations pour les groupements sectaires¹⁶¹¹, le statut est symboliquement au paroxysme

¹⁶⁰⁶ Elles peuvent recevoir des libéralités dans les conditions de l'article 910 alinéa 2 du Code civil, et sont exonérées des droits en matière de libéralités (art. 795 10° CGI) et de transferts de biens par une collectivité (art. 1039 CGI). Cette exonération s'étend aux donations et legs des biens d'une ou d'un religieux à sa congrégation (Y. DESMURS-MOSCET et I. ROUVIERE-PERRIER, « Cultes », *JCA*, 2012, Fasc. 215 ; actualisé par T. RAMBAUD, déc. 2020). De même, les donations faites aux congrégations sont encouragées par un système de déduction d'impôts en contrepartie de celles-ci (*ibid.*). De surcroît, depuis l'ordonnance du 28 juillet 2005 le régime des libéralités des congrégations est plus libéral, passant de l'autorisation à la simple déclaration (ordonnance n° 2005-856, 28 juill. 2005, *portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels*).

¹⁶⁰⁷ Soumises à un contrôle étatique, certes assoupli, mais permanent, les congrégations se voient interdites de certains actes – acquisitions d'actions – ou soumises à autorisations pour d'autres – acquisitions à titre onéreux d'un immeuble (A. BOUGNOUX et C. LARONDE-CLERAC, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *JCST*, 2022, Fasc. 175-60).

¹⁶⁰⁸ P. SEGUR, « Le principe constitutionnel de laïcité », *art. préc.*

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

¹⁶¹⁰ Décret, 16 août 1901, *portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901, relative au contrat d'association*, JORF n° 0221, 17 août 1901, p. 5250 et s.

¹⁶¹¹ Le Bureau des cultes précisant un faible nombre de demandes de leur part (A. BOUGNOUX, « Fasc. 175-60 : ASSOCIATIONS. – Associations soumises à un régime spécial – Congrégations religieuses », *art préc.*, 11).

de la reconnaissance. En outre, en 2000, l'association du Vajra triomphant n'a pas hésité à demander à jouir du statut de ces structures avantageuses. Le ministre s'y était toutefois opposé, arguant que le groupe n'était pas rattaché à « une institution qui du fait de sa durée historique, de son développement et de son enseignement, est communément classée parmi les religions universelles ». Le ministre considérait en fait que « le modèle d'autorité nécessaire à la qualification de congrégation restait, à ses yeux, celui de l'Église catholique »¹⁶¹², et ce, près d'un siècle après l'affirmation de la séparation. Le tribunal administratif annula toutefois la décision du ministre¹⁶¹³ et la Cour administrative d'appel de Paris confirma l'erreur de droit au titre d'une atteinte, notamment, à la « non-discrimination religieuse » prévue par la Constitution et la loi de 1905¹⁶¹⁴. C'est bien l'illustration du constat possible d'une discrimination dans l'application d'une règle générale. Au demeurant, la première juridiction avait pu audacieusement considérer les dispositions du décret du 16 août 1901 sur les congrégations abrogées par la loi de 1905. La Cour administrative d'appel contesta cette interprétation et confirma, encore en 2006, un référentiel catholique protubérant¹⁶¹⁵, en exigeant la soumission « à une autorité religieuse exerçant sur la congrégation et ses membres une juridiction comparable à celle de l'évêque sur les congrégations catholiques du diocèse »¹⁶¹⁶.

542. Par ailleurs, le statut du régime des congrégations occupe une place particulière dans nos développements. Nous le situons ici, car il rentre dans le cadre d'un régime général postérieurement accessible à tous, mais qui exige une structure hiérarchique spécifique comme condition d'application. Le décret de 1901 précisait expressément l'exigence d'une déclaration de l'évêque du diocèse. Loi de 1905 n'a pas remis en cause ce résidu de reconnaissance alors que la reconnaissance de ces structures se faisait conformément à l'organisation interne de l'Église, ce qui revenait déjà, plus ou moins, à déroger à la séparation au profit des catholiques¹⁶¹⁷. Ce régime illustre concrètement les risques lorsque la norme s'écarte un tant soit peu de la généralité. Le degré de généralité paraît en l'occurrence bas. Le régime montre par là même, certes l'importance des juges en la matière, mais la situation délicate dans laquelle il les met. Il n'empêche que ce renvoi à l'organisation interne d'un culte peut être davantage sous-jacent à une règle pourtant plus générale.

2) Le cas du régime des aumôneries : la recherche limitée d'une organisation communautaire hiérarchisée

543. La loi de 1905 a elle-même prévu une dérogation au principe de non subventionnement des religions en précisant : « pourront toutefois être inscrites auxdits budgets

¹⁶¹² P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », *art. préc.*

¹⁶¹³ TA de Paris, 11 févr. 2004, n° 0100644/4.

¹⁶¹⁴ CAA Paris, Form. plén., 9 juin 2006, *Association « congrégation du Vajra Triomphant »*, n° 04PA01642.

¹⁶¹⁵ L'article 20 du décret exigeait une « déclaration par laquelle l'évêque du diocèse s'engage à prendre la congrégation et ses membres sous sa juridiction ».

¹⁶¹⁶ CAA, Paris, Form. plén., 9 juin 2006, *préc.*

¹⁶¹⁷ M. AUDIBERT, « Laïcité et liberté d'association et de fondation... » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, *op. cit.*, p. 297.

les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics, tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons »¹⁶¹⁸. Chaque milieu cité a ses règles propres et des degrés différents d'obligations de présence des aumôniers¹⁶¹⁹.

544. Fondamentalement, le système des aumôneries ne contredit pas l'égalité des cultes formelle et Pierre-Henri Prélôt l'a très bien perçu : « [e]n aucun cas la loi ne désigne expressément le culte catholique »¹⁶²⁰. Pour autant, au même titre que les éléments exposés précédemment, la norme générale dissimule une discrimination indirecte. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler la raison d'être des aumôneries, ce que l'auteur précité s'empresse justement de faire : « la raison d'être de l'aumônerie, bien avant qu'il soit question d'aménagement effectif de la liberté de religion, c'est d'assurer la présence de l'Église auprès des grandes institutions publiques où se joue le salut des âmes, prisons, armées, hospices, hôpitaux ou écoles »¹⁶²¹, comme certains textes en témoignent encore aujourd'hui¹⁶²². Cet objectif initial entraîne inmanquablement certains embarras aujourd'hui.

545. À première vue, à la lecture des textes applicables en matière militaire, scolaire, hospitalière et carcérale, l'emploi du terme de « culte » paraît préservé, presque sans que mention ne soit faite d'une religion particulière¹⁶²³. Nous disons « presque », dans la mesure où plus nous descendons dans la hiérarchie des normes, plus les actes d'application gagnent en détails et en spécificités. C'est le cas des aumôneries dans les armées, textuellement absentes de la loi de 1905, mais qui existaient déjà auparavant¹⁶²⁴. L'arrêté du 15 juin 2012 *portant organisation des aumôneries militaires* précise les aumôneries militaires en fonction des cultes en faisant référence aux religions catholique, israélite, protestant et musulman¹⁶²⁵. Qu'en est-il d'éventuelles autres religions ? La question mérite d'autant plus d'être posée qu'avant la reconnaissance officielle d'aumôniers musulmans dans l'armée, le dernier arrêté en date, remontant à 1964, comprenait peu ou prou le même article 2, sans qu'il soit fait référence à

¹⁶¹⁸ Art. 2 de la loi du 9 décembre 1905.

¹⁶¹⁹ Par exemple, pour le milieu scolaire, les aumôneries ne sont pas de droit, mais dépendent des demandes des parents. La mise en place est seulement obligatoire lorsque l'élève se trouve dans un internat puisqu'il ne peut bénéficier d'une éducation religieuse extérieure. Dans l'enseignement primaire elles sont interdites.

¹⁶²⁰ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *art. préc.*

¹⁶²¹ *Ibid.*

¹⁶²² Par exemple, pour l'aumônerie au sein de l'armée, la loi fondatrice est celle du 8 juillet 1880, toujours en vigueur malgré la séparation. L'article 2 du texte illustre un régime juridique à destination de certains cultes seulement : « [i]l sera attaché des ministres des différents cultes aux camps, forts détachés et aux garnisons placées hors de l'enceinte des villes, contenant un rassemblement de deux mille hommes au moins et éloignés des églises paroissiales et des temples de plus de trois kilomètres, ainsi qu'aux hôpitaux et pénitenciers militaires » (loi du 8 juill. 1880, *relative à l'abrogation de la loi des 20 mai – 3 juin 1874 sur l'aumônerie militaire*, JORF n° 188, 10 juill. 1880, p. 7849).

¹⁶²³ Pour une consultation facilitée de ces différents textes – avant 2005 –, voir J. DUFAUX *et al.* (dir.), *Liberté religieuse et régimes des cultes en droit français. Textes, pratiques administratives, jurisprudence*, Paris, Cerf, 2^e éd., 2005, p. 1139 et s.

¹⁶²⁴ Loi du 8 juillet 1880, *relative à l'abrogation de la loi des 20 mai – 3 juin 1874 sur l'aumônerie militaire*, JORF n° 188, 10 juill. 1880, p. 7849.

¹⁶²⁵ « Une aumônerie militaire est dirigée par un aumônier militaire qui prend, parmi les appellations suivantes, celle correspondant à son culte : - aumônier militaire en chef du culte catholique ; - aumônier militaire en chef du culte israélite ; - aumônier militaire en chef du culte protestant ; - aumônier militaire en chef du culte musulman » (art. 2).

l'islam¹⁶²⁶. Autrement dit, cet article délimite bien la considération portée à chaque religion et, surtout, l'inclusion ou l'exclusion du bénéfice du régime pour chaque religion.

546. Du reste, le statut des aumôniers interroge par sa procédure. Il induit l'intégration d'une autorité religieuse au sein d'établissements publics afin de garantir la liberté de culte d'individus dans des lieux « fermés », c'est-à-dire sans possibilité de sortir pour pratiquer leur religion. Il fallait donc une procédure de sélection de l'autorité religieuse compétente afin de placer un aumônier légitime aux yeux de la communauté religieuse concernée. A alors été choisie l'exigence d'une proposition par l'autorité religieuse du culte dont relève l'aumônier¹⁶²⁷, ensuite agréé par l'autorité publique. Ce système pose plusieurs difficultés.

547. La première tient aux appréciations portées à l'endroit de mouvements populairement vus comme sectaires. Le révèle le cas des témoins de Jéhovah¹⁶²⁸. La demande est malheureusement sujette aux considérations tenues par les pouvoirs publics. Ces considérations tiennent généralement de jugements hâtifs et peu objectifs à l'endroit de mouvements qualifiés par la vindicte populaire de sectaires.

548. Surtout, le régime pose un problème à l'égard de grandes religions. En effet, les conditions d'application exigent une structure religieuse hiérarchique et la présence d'autorités religieuses de référence. Bien que le principe soit évident pour la religion catholique, voire pour celles qui se sont dotées de structures formelles – parfois historiquement poussées, si ce n'est imposées, par l'État¹⁶²⁹ –, des religions récemment implantées peuvent ne pas être dotées d'un fonctionnement identique. L'islam ne dispose initialement pas, dans son fonctionnement confessionnel, d'une structure hiérarchique régulière. La sélection de la personne chargée d'exercer la fonction d'aumônier devint un véritable casse-tête pour les pouvoirs publics. En effet, « l'absence d'organisation fédérant la communauté musulmane a accentué les difficultés pour organiser l'aumônerie, les autorités publiques devant s'interroger sur la légitimité de l'organisation musulmane avec laquelle ils étaient en contact »¹⁶³⁰. Conséquence de cela, proportionnellement à son nombre de fidèle, l'islam ne se trouvait que très maigrement représenté dans les aumôneries, et ce, en dépit de l'égalité de droit proclamée¹⁶³¹. À titre d'exemple, il fallut attendre 2006 pour qu'il y ait le premier aumônier musulman dans

¹⁶²⁶ Arrêté du ministre des Armées, 8 juin 1964, *Application du décret n° 64-498 du 1^{er} juin 1964 portant règlement d'administration publique relatif aux ministres du culte attachés aux forces armées*, JORF n° 136, 12 juin 1964, p. 5076.

¹⁶²⁷ E. TAWIL, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse...*, *op. cit.*, p. 155-156.

¹⁶²⁸ Voir dans le chapitre suivant.

¹⁶²⁹ Voir p. 128 et s.

¹⁶³⁰ G.-E. HAFIZ et G. DEVERS, *Droit et religion musulmane*, Paris, Dalloz, 2005, coll. « États de droits », p. 159

¹⁶³¹ A. BOYER, *L'Islam en France*, Paris, PUF, 1998, coll. « Politique d'aujourd'hui », p. 184 et s.

l'armée¹⁶³². Pour les prisons, un constat alarmant fut également dressé par le contrôleur général des lieux de privation de liberté qui dénonça le difficile respect de l'égalité des cultes¹⁶³³.

549. La problématique dépasse le seul cas de l'islam. L'exigence de hiérarchie imposée ne convient pas forcément non plus aux communautés orthodoxes ou même aux bouddhistes, qui ont dû attendre 2012 pour bénéficier d'un aumônier en milieu pénitentiaire¹⁶³⁴. Comme pour le régime des congrégations, celui des aumôneries exclut alors les groupes ne se structurant pas traditionnellement comme les religions françaises historiques.

3) Remarques sur l'exigence d'une structure calquée sur le modèle catholique

550. Historiquement, la reconnaissance d'une religion minoritaire implique un alignement sur le modèle catholique, par l'adoption de structures pyramidales qui ne se rattachent pas forcément à leurs traditions¹⁶³⁵. Particulièrement avérée sous le Concordat, cette observation n'en reste pas moins vraie sous le régime de séparation ; les congrégations et l'aumônerie en sont la preuve. En effet, l'Église catholique est substantiellement caractérisée par un modèle pyramidal et hiérarchisé : il existe différentes autorités ecclésiastiques qui exercent chacune des prérogatives précises, au sein d'une structure ordonnée. Cet aspect a longtemps facilité les rapports entre l'État et ladite religion, tant et si bien que Napoléon calqua cette structure sur les autres cultes reconnus. Nous nous remémorons la situation du judaïsme, qui dût se doter d'un organisme représentatif chargé des décisions¹⁶³⁶.

551. Le réflexe de ce calque perdura lors de la séparation, la religion catholique restant celle de la grande majorité des Français. D'un point de vue pratique, l'existence d'une structure organisée et hiérarchisée facilite largement les échanges et le constat objectif de l'existence d'une religion. Néanmoins, les nouvelles formes de religiosité ne découlent pas forcément d'une tradition chrétienne. Plus encore, l'individualisation du religieux déconnecte de plus en plus la croyance d'une communauté représentative et officielle à part entière. Chacun vit sa

¹⁶³² E. SETTOUL, « 2006-2016, 10 ans d'aumônerie militaire du culte musulman », *Hommes et migrations*, n° 1316, 2017, p. 109-117.

¹⁶³³ Le rapport déconstruit en premier lieu tout argument pouvant reposer sur un caractère supposé « sectaire » d'une religion et il rappelle l'obligation d'égalité de traitement de tous les cultes, donc de tous les aumôniers. Il constate en outre que « [d]ans les conditions actuelles, les pouvoirs publics sont non seulement susceptibles de se voir reprocher de ne pas appliquer les principes nécessaires, en particulier en termes d'égalité de traitement et d'absence de discrimination, mais de ne pas pouvoir justifier auprès des personnes prises en charge certains choix, ce qui ne manque pas de susciter des incompréhensions au regard de la nécessaire neutralité de l'État vis-à-vis du fait religieux et, parfois, des tensions ». Les aumôneries font partie de ces problématiques (J.-M. DELARUE, Avis du 24 mars 2011, *relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté*, JORF n° 0091, 17 avr. 2011, texte n° 13).

¹⁶³⁴ G. MASSON, *La laïcité française à l'épreuve des faits. Appliquer la règle, en comprendre l'esprit*, Paris, Édition du Secteur Public, 2014, coll. « La Fabrique démocratique », p. 19.

¹⁶³⁵ P.-H. PRELOT, « Qui sont les minorités religieuses en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 309.

¹⁶³⁶ L'organisation actuelle du judaïsme découle de l'héritage du Premier Empire. En effet, encore aujourd'hui cette religion s'organise autour du Grand Consistoire (ou consistoire israélite de Paris) qui, notamment supervise les consistoires régionaux. Cette structure fut imposée par le décret du 17 mars 1808 sous Napoléon, conformément à sa politique – discriminatoire, comme nous l'avons vu – d'intégration des juifs.

religion à sa façon¹⁶³⁷. Par conséquent, des religions entières peuvent ne pas être dotées d'une forme pyramidale et structurée, tout en comprenant une quantité non négligeable de fidèles. Tel est manifestement le cas de l'islam en France, qui ne dispose initialement pas d'organisation hiérarchique précise. Ainsi, comment pouvons-nous avoir d'aumônier ou de congrégation musulmans sans autorité religieuse de référence, ni de groupe structuré ? La confrontation de la deuxième religion de France au régime des cultes met en lumière les limites profondes d'une égalité, pourtant formelle, des cultes. Nous verrons plus avant les limites de ces modalités de prise en compte du religieux¹⁶³⁸.

Conclusion du chapitre

552. Par ces développements, les rapports entre égalité et fait religieux ouvrent de nouvelles voies de réflexions. En outre, la conceptualisation d'une égalité réelle visant à observer les inégalités de fait et la réalité de l'application des normes permet de mettre en lumière les limites des catégories générales et abstraites servant l'universalisme. L'égalité par la généralité n'est effectivement qu'une modalité imparfaite de concrétisation de l'universalisme. Sous ce prisme, la prise en compte du fait religieux ne pouvait qu'entraîner la remise en cause de la généralité.

553. D'une part, parce que l'universalité n'est qu'un idéal qui peut n'être juridiquement traduit que par la généralité de la règle. En effet, à partir du moment où cet idéal se concrétise nécessairement dans les distinctions juridiques, par le processus de catégorisation, et par l'interprétation et l'application des catégories juridiques, il ne peut que se confronter à sa propre contradiction. Certes, l'égalité générale évite la reconnaissance expresse des différences religieuses, mais les catégories juridiques ne peuvent être neutres. Elles n'expriment qu'une inclusion d'un « type particulier »¹⁶³⁹ dans la norme universelle. Cela vaut encore davantage lorsque la catégorie générale ne vise en vérité qu'un groupe réduit d'individu. Son faible degré de généralité multiplie les limites. Les catégories traduisent, en somme, un choix susceptible d'exclure *de facto* ceux qui n'expriment pas le modèle social sélectionné. En ce sens, un regard excessivement tourné vers l'uniformité juridique et l'abstraction, historiquement nécessaire pour atteindre l'égalité formelle, omet les discriminations indirectes et inégalités de fait qui accompagnent cette égalité. Elles ne sont que les deux faces d'une même pièce.

554. D'autre part, parce que le phénomène religieux, traduit en droit, malmène la généralité et fait rejaillir ses limites. Du fait de l'histoire des relations entre l'État et certaines religions, mais aussi de l'influence morale et axiologique que le fait religieux peut avoir sur le droit et sa formation, le régime des cultes exprime des normes et une conception de la religion

¹⁶³⁷ Voir D. HERVIEU-LEGER, *Le pèlerin et le converti. La religion en mouvement*, Paris, Flammarion, 2001, coll. « Champs ».

¹⁶³⁸ Voir le Titre 3 de cette partie.

¹⁶³⁹ J. DABIN, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5e partie, 1938, p. 75.

qui ne correspondent pas à tous les groupements confessionnels. En effet, le fait religieux malmène ces limites de la généralité parce que, sous l'angle des faits, le phénomène religieux est intrinsèquement marqué par la diversité, surtout récente, des croyances et des façons de les vivre. La subjectivité qui caractérise les convictions rend le fait religieux mouvant et hétérogène. Ce dernier ne peut alors que remettre en cause un modèle cherchant l'uniformité et soulever les limites de celui-ci.

555. Partant, la construction historique du régime dans l'égalité formelle s'accompagne de la cristallisation d'inégalités de fait qui posent aujourd'hui d'importantes difficultés au regard de religions récemment implantées. La réalité révèle aussi des discriminations indirectes résultant de règles qui sont en vérité largement inspirées d'une conception très spécifique de la religion. En effet, qu'il s'agisse de la notion de culte, de l'importance de l'exercice exclusif du culte, de la place de la hiérarchie dans les aumôneries ou les congrégations, le modèle fut celui du culte majoritaire.

556. Pouvait-il en être autrement ? Le droit entretient un lien étroit avec la réalité sociale, tant est si bien qu'il paraît utopique d'envisager sa formation indépendamment du phénomène qu'il vise avant tout à réguler. En 1905, inévitablement les préoccupations s'avéraient avant tout pratiques et dirigées vers le sort de l'Église catholique. Cette religion était très largement majoritaire et la diversité religieuse encore réduite. Comme l'explique Emmanuel Tawil « durant la période 1918-1980, le Conseil d'État n'est confronté qu'à des problèmes impliquant les quatre anciens cultes reconnus ». Dès lors, « [m]algré l'existence de minorités protestantes, israélites, mais aussi orthodoxes (plusieurs centaines de milliers d'immigrés russes), le fait religieux est essentiellement catholique », faisant même apparaître le Conseil d'État comme un régulateur de la vie catholique¹⁶⁴⁰. Néanmoins, la plupart des aménagements passèrent par la généralité de la norme, ce qui permit globalement une conformité à l'égalité des cultes formelle fraîchement consacrée. Le fait que la religion catholique ait constitué à elle seule majoritairement le fait religieux, comme le décrit l'auteur précité, explique pour partie qu'aujourd'hui la généralité de la norme conçue durant ces périodes soit vivement bousculée par une sphère sociale religieuse bien plus diversifiée et pénétrée de l'égalité réelle.

557. Toujours est-il que les exemples précités ne sont que quelques-uns parmi d'autres¹⁶⁴¹. Ils se veulent seulement illustratifs des limites sous-jacentes à un modèle formellement égalitaire. Nous ne pouvons être exhaustif, tant le régime applicable aux religions s'avère marqué par une grande variété de normes et de réglementations, toutes éparses. De la même façon, tout ne se limite pas au culte catholique. Celui-ci offre l'exemple le plus parlant,

¹⁶⁴⁰ E. TAWIL, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse...*, *op. cit.*, p. 91-92.

¹⁶⁴¹ Plus parlant à l'égard du débat sur la norme générale, le statut social des ministres des cultes a déjà manifesté l'octroi d'avantages au profit du culte catholique. *A contrario*, l'État fait preuve de discrimination à l'encontre de religions pour lesquelles il refuse l'affiliation au système d'assurance maladie des cultes. Les témoins de Jéhovah se sont vu encore opposer un tel refus. De surcroît, la notion de ministre du culte, « indissociable de la paroisse catholique ou protestante » ne convient pas pleinement « dans le cadre d'une mosquée sunnite ou d'un dojo zen » (A. BOUGNOUX, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Associations cultuelles. Associations diocésaines », *JCST*, 2015, Fasc. 40).

certes, mais il permet une réflexion plus globale sur les difficultés présentes dans la saisie du fait religieux par le droit, malgré la généralité de la règle. La prise de conscience de telles limites et la recherche de corrections de celles-ci traverse aujourd'hui indéniablement le droit applicable aux religions et ses réflexions.

CHAPITRE 2. Une prise en compte du religieux pénétrée par l'égalité réelle : l'exigence de dépassement des limites de la généralité

558. La tension, résultant à la fois des limites de l'égalité universaliste et des caractéristiques du fait religieux, entraîne forcément des débats et des évolutions de la conception égalitaire. En effet, avant 1905, l'heure était à la recherche d'une égalité des cultes formelle afin de rompre avec les inégalités et discriminations ambiantes. Le fait religieux stimulait indéniablement une telle égalité, avant tout au titre de la liberté de conscience et du libre exercice du culte. Depuis, les demandes ont évolué. Les limites que nous avons exposées de l'égalité des cultes formelle ont stimulé l'avènement d'une égalité plus réelle. En effet, si cette dernière est évidemment invoquée de façon globale, pour remédier aux excès du formalisme, elle pénètre tout particulièrement les réflexions tenant à la gestion du fait religieux.

559. Cependant, il n'est pas nécessairement question de dépasser le modèle universaliste et de reconnaître les différences religieuses¹⁶⁴². La seconde étape de l'égalité réelle suggère des correctifs de toute sorte, qui peuvent se concevoir dans le cadre de la norme générale. Pour rappel, l'idéal universaliste s'est également accommodé de la prise en compte de distinctions dites socio-économiques, appréhendées comme différences de situations dues aux conjonctures économiques¹⁶⁴³. Certes, sous l'impulsion des droits sociaux et économiques l'abstraction ressort réduite¹⁶⁴⁴, les distinctions étant de plus en plus en phase avec le réel et les inégalités sociales¹⁶⁴⁵. Le substrat universaliste perdure cependant, car il se dégage de ces différenciations une forme d'objectivité souvent jointe aux exigences d'égalité¹⁶⁴⁶ ou de généralité¹⁶⁴⁷. Suivant cette analyse, nous le verrons, l'égalité réelle peut s'intégrer dans le cadre de l'égalité universaliste en assurant à la règle formelle et générale une application plus concrètement égale.

¹⁶⁴² Ce dépassement sera l'objet de la Partie 2.

¹⁶⁴³ G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, Paris, Odile Jacob, 2003, coll. « Université de tous les savoirs », p. 123.

¹⁶⁴⁴ Comme le dit Danièle Lochak, « les titulaires de ces droits ne sont plus des hommes abstraits, ce sont des hommes concrets, saisis dans leur singularité de travailleurs, de chômeurs, de femmes, d'enfants, de vieillards... Les droits sociaux ne visent plus l'homme pris dans son essence et sa totalité, mais des catégories d'êtres humains » (D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2010, 173-174). Celle-ci s'interroge ensuite sur la remise en cause de l'idée de nature humaine identique à chacun et postule que les corrections exigeant ces différences visent l'universalisation des droits, en en élargissant l'accès. Selon nous, ce serait considérer l'universalisme comme un horizon, un projet, visant l'universalisation des droits, peu importe le moyen. Or, l'universalisme semble être avant tout un modèle de formulation du droit et de restriction du choix des différences. Dès lors, au-delà de l'accès au droit et comme nous l'exposons dans cette partie, les distinctions dégagées ici ne remettent pas en question l'idée de nature humaine tant qu'elles ne s'apparentent pas à celles exposées *infra*.

¹⁶⁴⁵ Par exemple à travers la multiplication des statuts touchant l'individu dans ses activités professionnelles (L. JOSSERAND, « Sur la constitution d'un droit de classe », *Dalloz*, 1937, Chr. 1 à 4).

¹⁶⁴⁶ Lorsque sont décrites les jurisprudences constitutionnelle et administrative en matière d'égalité, on explique que les différences de traitement doivent reposer sur des critères objectifs et rationnels (par exemple décision n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 10).

¹⁶⁴⁷ Si l'on remonte aux considérations de Gaston Jèze sur les pouvoirs juridiques et généraux, par exemple, on constate qu'il aborde ceux-ci comme des « situations juridiques générales, impersonnelles, objectives » (G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français* (1925), Paris, Dalloz, rééd., t. 1, 2005, p. 11).

Ce processus est donc celui d'une universalisation, plus seulement juridique, mais aussi concrète et réelle, du droit.

560. Le phénomène s'analyse du point de vue du droit, mais également – et peut-être surtout – au rang des demandes : auparavant centrées sur l'égalisation formelle des conditions juridiques, elles traduisent de plus en plus la demande d'une prise en compte d'une différenciation spécifique. Cette différenciation peut découler d'une situation désavantageuse pour une religion par rapport à la majorité. La demande tend dans ce cas à une prise de conscience de la différence de situation au profit de l'universalisation du régime afin que chacun bénéficie réellement des mêmes droits. Autrement dit, est exigée l'inclusion dans la norme commune. En outre, il s'agit de tendre à l'égalisation des conditions juridiques du régime en vigueur pour toute religion. La demande a vocation égalitaire.

561. Ces aspirations ont pénétré le régime des cultes. Face aux limites de l'égalité universalisée mises en lumière par le fait religieux, et parce que ce dernier exprime aujourd'hui, plus que jamais, sa diversité, l'égalité conçue dans la prise en compte du religieux est de nos jours largement pensée comme une égalité réelle (**SECTION 1**). Dans ce cadre, il est donc nécessaire et possible d'examiner les corrections entreprises pour corriger ces limites et de systématiser, par là même, celles envisageables dans le cadre universaliste (**SECTION 2**).

SECTION 1. Un régime des cultes aujourd'hui empreint de l'égalité réelle

562. Deux mouvements qui caractérisent généralement l'égalité ont été différenciés : la tendance formelle et la tendance réelle. Certes, la distinction entre les deux phases n'est pas toujours franche¹⁶⁴⁸. De manière générale, le crédit accordé à l'égalité réelle est probablement plus mesurable depuis environ un siècle, et accentué, sous de nouvelles formes – plus différencialistes¹⁶⁴⁹ –, aujourd'hui. En matière religieuse, l'évolution paraît plus nette, bien que la liberté de religion en brouille la perception¹⁶⁵⁰. Cependant, il reste clair que par le passé, l'égalité des cultes fut défendue pour atteindre l'égalisation formelle du régime des cultes. Progressivement, le fait religieux bouscula l'égalité formelle, sa diversité se confrontant aux limites de cette égalité, il en vint à exiger davantage. De fait, aujourd'hui, les rapports entre égalité et régime des cultes sont surtout imprégnés d'égalité réelle (**PARAGRAPHE 1**). Néanmoins, la spécificité du fait religieux complexifie toujours ces rapports, et envisager de prendre en compte les inégalités et discriminations de fait dans l'optique de les corriger soulève des questions concrètes de contrôle juridique du principe d'égalité (**PARAGRAPHE 2**).

¹⁶⁴⁸ La défense d'une égalité plus rapprochée de la réalité est perceptible dès l'époque révolutionnaire française (voir G. JOUET, *L'évolution de l'idée d'égalité dans le droit public français*, Thèse de doctorat de droit, Paris, Faculté de droit de Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 100 et s.).

¹⁶⁴⁹ Voir Partie 2.

¹⁶⁵⁰ Voir par la suite les développements sur les aménagements au titre de la liberté de religion qui, de ce fait, peuvent évoquer l'égalité réelle (voir 275 et s. et surtout p. 491 et s.).

PARAGRAPHE 1. Une prise en compte du fait religieux poussant à l'égalité réelle

563. Bien que l'égalité des cultes fût défendue corps et âme jusqu'à la loi de 1905 sous une dimension formelle, l'emploi de l'égalité n'est aujourd'hui plus tout à fait le même. Évidemment, une partie de la doctrine utilise encore le terme dans son acception formelle, mais il semble que l'égalité rattachée au fait religieux soit, en partie, intrinsèquement conçue comme une égalité réelle (A). Cela manifeste l'évolution des mentalités et des préoccupations, ainsi que la prise de conscience des limites du régime des cultes face, mais aussi de la nature substantiellement plurielle et diverse du fait religieux. La doctrine défend alors la prise en considération des limites de la norme « uniforme » et la consécration d'une égalité réelle en la matière (B). Le fait religieux, par sa diversité, s'accommode entièrement de l'égalité réelle. Il n'est alors pas incohérent de considérer que le droit qui lui est applicable tendrait aussi intrinsèquement vers cette égalité des cultes réelle (C).

A) L'ambiguïté doctrinale sur l'égalité des cultes : un fait religieux intrinsèquement appréhendé par l'égalité réelle

564. Il semble que, de nos jours, l'égalité des cultes soit employée majoritairement dans le cadre de son approche « réelle ». De nombreux auteurs interrogent même la légitimité et l'existence de l'égalité des cultes formelle. Devant la réalité religieuse et sociale, Olivier Rey questionnait la signification d'« un traitement égal des religions différentes par leur nature, leur contenu, leur histoire, le nombre et l'engagement de leurs adeptes, etc. »¹⁶⁵¹. Pierre-Henri Prélôt répondait indirectement en affirmant que l'on ne peut prévoir à ce titre un régime juridique uniforme¹⁶⁵². À la lecture de ces arguments, l'égalité réelle semble finalement être intrinsèque à la saisie du fait religieux, alors marqué par une diversité qui met à mal la recherche d'uniformité.

565. Cependant, la plupart du temps, la doctrine ne revendique paradoxalement pas une réinterprétation de l'égalité des cultes formelle. En effet, souvent, faute de précisions, les auteurs ne distinguent pas l'égalité formelle de celle réelle, mais revendiquent une stricte application de l'égalité des cultes. En vérité, il s'agit constamment d'une approche « réelle » de celle-ci, c'est-à-dire tournée vers l'effectivité de l'application juridique et exigeant que l'on corrige les inégalités de fait et discriminations indirectes.

566. Par exemple, Jean-Marie Woehrling cherche comment davantage respecter « l'égalité de tous les cultes devant l'État ». Selon lui, l'inaction de l'État est à proscrire, puisqu'« elle favorise un certain état de fait », « compte tenu de la très grande différence des

¹⁶⁵¹ O. REY, « Que faire des différences ? », *Recherches de Science Religieuse*, t. 101, 2013/3, p. 329-350.

¹⁶⁵² P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *art. préc.*

situations de départ »¹⁶⁵³. La défense de l'auteur s'inscrit sans aucun doute dans une logique d'égalité réelle, dénonçant au demeurant un certain formalisme. En ce sens, la même remarque vaut pour l'interrogation de Michel Fabre : « l'exigence d'égalité de traitement des religions ne devrait-elle pas conduire à renouveler au bénéfice de l'Islam, les concessions faites à l'Église catholique [...] ? »¹⁶⁵⁴. Pour ces auteurs, l'égalité des cultes pousserait à corriger les limites de l'égalité formelle. De manière générale, les ambiguïtés foisonnent et le régime des cultes est constamment abordé par l'égalité réelle.

567. Ainsi, la reconnaissance des avantages accordés à certaines associations cultuelles « rompt l'égalité entre les cultes » selon François Jacquot¹⁶⁵⁵. Pourtant, cette reconnaissance ne contrevient pas à l'égalité formelle, mais elle pose des problèmes de discriminations indirectes. L'égalité des cultes est donc conçue par l'auteur comme une égalité de jouissance concrète des droits. Dans le même sens, Valérie de Poulpiquet avance que la laïcité-neutralité « n'est peut-être pas en mesure d'assurer effectivement une égalité – *pourtant de principe* – entre les religions [...] »¹⁶⁵⁶. Cette égalité de principe à laquelle l'autrice fait référence est une égalité réelle¹⁶⁵⁷. Il en est de même pour Michel Morineau qui aborde une nouvelle approche des religions à travers une « laïcité ouverte » ou « plurielle » en précisant que l'accent est mis « sur l'égalité en droit des cultes (il y a encore beaucoup à faire) »¹⁶⁵⁸. Pour être plus exact, l'accent est mis sur l'égalité *réelle* en droit des cultes. L'exigence d'égalité de traitement est avant tout, en France, formelle et ne se soucie guère de la réalité des faits, contrairement à l'égalité dont l'auteur traite véritablement. Suivant ces dernières conceptions, l'égalité réelle découle du régime des cultes lui-même par la laïcité – principe propre au fait religieux.

568. Tout porte finalement à croire que le fait religieux induit par lui-même une égalité réelle de principe. C'est ce qui ressort des propos Patrick Weil, pour qui la nouvelle diversité culturelle et religieuse « a besoin de ce principe d'égalité à l'œuvre ». Une nouvelle fois, est défendue l'égalité des cultes mais son acception n'est pas détaillée. En vérité, les développements de l'auteur semblent renvoyer à une approche réaliste¹⁶⁵⁹.

569. Au demeurant, la distinction entre les deux conceptions de l'égalité reste nécessaire, dès lors que l'une, sans remplacer l'autre, vient la corriger. Il n'est pas question de substituer l'égalité réelle à celle à caractère formel mais de corriger la seconde grâce à la première. L'égalité formelle est l'essence du régime français et lutte, entre autres, contre tout

¹⁶⁵³ J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur le principe de la neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 101, 1998, p. 31-52.

¹⁶⁵⁴ M. FABRE, « Sens et usages contemporains de la laïcité », *Éducation et socialisation*, n° 46, 2017.

¹⁶⁵⁵ J. JACQUOT, « La nécessité d'identifier la religion par une définition ou des critères précis », *Village justice*, avr. 2020, disponible [En ligne] sur : <https://www.village-justice.com/articles/necessite-identifier-religion-par-une-definition-des-criteres-precis,34953.html> (consulté le 10 déc. 2021).

¹⁶⁵⁶ V. DE POULPIQUET, « Note de jurisprudence », *RDP*, 1997, p. 1783, note sous CE, Ass., 14 avr. 1995, M. Koen cité dans B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes Paris, 2003, p. 106.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*

¹⁶⁵⁸ M. MORINEAU, « Les courants de pensée dans la laïcité », *Revue Projet*, n° 267, 2001/3, p. 75-84.

¹⁶⁵⁹ P. WEIL, « Introduction. La loi de 1905 et son application depuis un siècle » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, op. cit., p. 43.

différencialisme. L'égalité réelle vient souligner les limites du régime des cultes que nous ne pouvons saisir qu'en prenant conscience de l'existence d'un préalable formel, *de facto* limité. L'absence de précision rend confus le débat, dans la mesure où la défense de l'égalité prônée n'a pas la même importance à l'égard du modèle universaliste.

570. Ces confusions mettent en lumière à quel point le régime des cultes est aujourd'hui appréhendé par l'égalité réelle. L'emploi plus fréquent de la notion en tant qu'égalité réelle de nos jours témoigne de l'ampleur des limites du régime. Par là même, il révèle également l'importance du principe d'égalité des cultes en lui-même, car la question de la jouissance concrète du régime pour les religions récentes est surtout centrée sur l'égalité. Autrement dit, même en abordant en premier lieu la laïcité ou la neutralité, la question du traitement des cultes majoritaires par rapport à ceux minoritaires éveille forcément un rapport d'égalité. Seulement, aujourd'hui, les limites exposées poussent à considérer le fait religieux à travers l'égalité réelle. La confrontation entre la pluridimensionnalité accrue du fait religieux et la recherche propre au modèle français d'une uniformité, qui plus est faussement neutre, accole à ce fait l'égalité réelle. Le fait religieux n'a plus tant besoin d'une égalité formelle qui montre ses limites. Les conceptions défendues de l'égalité au contact du religieux montrent que l'heure à la défense d'une égalité des cultes réelle.

B) Une prise de conscience et une défense généralisée de l'égalité des cultes réelle

571. Que ce soit de manière volontaire ou par manque de précision, un véritable mouvement de défense d'une égalisation réelle entre les cultes est perceptible. La doctrine dénonce inmanquablement les limites du régime des cultes depuis de nombreuses années. Les risques du maintien d'un formalisme aveugle aux situations concrètes sont très bien perçus, notamment par Stéphanie Hennette-Vauchez qui postule que « l'application d'une même règle à toutes les religions est susceptible de maintenir voire d'aggraver l'inégalité de départ dans laquelle elles se trouvent du fait de raisons qui tiennent à l'histoire (la tradition catholique français) »¹⁶⁶⁰. Nous l'avons observé, ce constat est récurrent pour les contempteurs de l'égalité formelle, mais il est d'autant plus avéré en matière religieuse. Jean-Marie Woehrling partage exactement cette analyse en soutenant que l'égalité « ne peut s'apprécier d'un seul point de vue formel » ; « [u]ne législation irréprochable dans sa formulation abstraite [qui n'est, en vérité, pas même irréprochable] mais dont la mise en œuvre génère des discriminations ne satisfait pas véritablement au principe d'égalité »¹⁶⁶¹ – du moins réelle. Dans un autre écrit, il défend expressément la mise en place de politiques d'égalité réelle¹⁶⁶². À son tour, Martine Cohen met en avant la notion d'égalité réelle entre les cultes majoritaires et minoritaires « pour tenir

¹⁶⁶⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... », *art. préc.*

¹⁶⁶¹ J.-M. WOEHRLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁶⁶² J.-M. WOEHRLING, « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, *op. cit.*, p. 139-140.

compte de ce décalage entre le plan juridique et le plan sociétal (les mentalités et les faits) »¹⁶⁶³. Par ce biais, poursuit-elle, « on se place au-delà de l'égalité formelle » pour poser l'interrogation clé du raisonnement réaliste : « les membres des groupes religieux minoritaires bénéficient-ils *réellement* des mêmes conditions pour leur pratique religieuse que ceux du groupe majoritaire ? ». Se substituant à l'abstraction, l'égalité réelle implique finalement et simplement de « se saisir des faits »¹⁶⁶⁴.

572. Le formalisme serait davantage viable dans une société religieusement homogène. Aujourd'hui, celui-ci ne serait plus d'actualité et une égalité réelle entre les religions serait bien plus en adéquation avec un pluralisme confessionnel dorénavant fort. En somme, résume pertinemment Mathilde Philip-Gay, si « [e]n matière philosophique et religieuse le droit met essentiellement en place une égalité formelle », en ce qui concerne « les relations entre l'État et les cultes, l'interprétation majoritaire est celle d'une action positive pour l'égalité entre les différentes convictions »¹⁶⁶⁵, en d'autres termes l'égalité réelle.

573. Cette évolution des mentalités ne s'est pas limitée à la doctrine. Anne-Sophie Lamine décrit effectivement la promotion de l'égalité réelle par les pouvoirs publics et constate un dépassement de la simple action déclarative : « [e]lle [la promotion de l'égalité réelle] contribue à renforcer le sentiment d'inacceptabilité des écarts constatés sur le terrain, aussi bien pour les groupes discriminés (qui y voient une légitimation à leurs revendications d'égalité) que pour le grand public »¹⁶⁶⁶. La situation d'inégalité de l'islam, pourtant deuxième religion de France, préoccupa de plus en plus les pouvoirs publics, notamment concernant la construction des lieux de cultes. Cette prise de conscience s'inscrivit dans une logique d'égalisation réelle et d'une mesure de l'écart entre l'égalité formelle et la situation de fait¹⁶⁶⁷. Celle-ci fut perceptible dès les années 80 chez certaines personnalités politiques¹⁶⁶⁸, puis s'est grandement affirmée

¹⁶⁶³ M. COHEN, « Les minorités : propositions d'analyse pour le cas de la France » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions », p. 233.

¹⁶⁶⁴ Pour reprendre le titre d'un paragraphe du fameux rapport Machelon. On peut d'ailleurs compléter l'exigence de l'égalité réelle en matière religieuse par le titre du paragraphe suivant dans le rapport, intitulé : « méditer l'histoire » (J.-P. MACHELON, *Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 14-15).

¹⁶⁶⁵ M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2016, coll. « Mise au point », p. 245.

¹⁶⁶⁶ A.-S. LAMINE, « Mise en scène de la "bonne entente" interreligieuse et reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 83-96.

¹⁶⁶⁷ A.-S. LAMINE, *La cohabitation des dieux*, Paris, PUF, 2004, coll. « Le lien social », p. 290.

¹⁶⁶⁸ Voir, par exemple, une réponse du ministre de l'Intérieur sur l'aide à la construction pour le culte musulman rendue en 1984 : « [s]i l'égalité entre les diverses confessions religieuses est souhaitable et doit être recherchée, force est de constater, dans la pratique, une évidente inégalité entre les différents cultes, au détriment surtout du culte musulman ». En suivant, le ministre encourageait certaines aides afin de remédier à cela (Q.E. n° 18938 de M. J. AMELIN, JO Sénat (Q), 9 août 1984, p. 1244, réponse Ministre de l'Intérieur, JO Sénat (Q), 29 nov. 1984, p. 1902).

durant les années 2000, notamment sous la plume et le verbe du ministre de l'Intérieur Nicolas Sarkozy, défenseur manifeste de l'égalité des cultes réelle¹⁶⁶⁹.

574. Du reste, les rapports rendus au début des années 2000 prônèrent également une évolution vers davantage d'égalité réelle. Le plus connu, le rapport Stasi, accordait un développement sur les progrès perceptibles d'une évolution de l'égalité juridique à celle pratique. Selon le document, ce long processus était en cours mais encore inachevé¹⁶⁷⁰. Le rapport du Conseil d'État de 2004 mit également en avant les défauts de l'égalité formelle et soulignait avec pertinence les différentes limites du régime des cultes¹⁶⁷¹. Allant encore plus loin, le rapport Machelon rendu en 2006, considéra l'égalité des cultes illusoire, voire caduque, puisque « le principe d'égalité en droit français n'a de sens que si les intéressés sont placés dans une situation identique »¹⁶⁷². Or, constatait le rapport, « chaque culte, en France, a sa propre histoire et l'on ne saurait faire fi, à moins d'un artifice, des différences d'enracinement culturel »¹⁶⁷³. Ce constat rejoint des remarques doctrinales que nous abordions sur l'égalité intrinsèquement réelle qui accompagne le religieux. De manière générale, ces rapports, comme celui du Haut Conseil à l'intégration publié en 2000¹⁶⁷⁴, manifestent une prise de conscience générale de la nécessité d'égaliser concrètement le bénéfice du régime des cultes. Tous constatent les limites de certaines normes au regard des nouvelles religions implantées en France. À l'inverse, comprenons que c'est en grande partie la diversité religieuse qui poussa à concevoir l'égalité principalement sous sa dimension « réelle ». Partant, les principes juridiques rattachés au fait religieux seraient aussi empreints d'une dose d'égalité réelle.

C) Un régime et des principes conduisant à égalité des cultes réelle

575. Pour la plupart des commentateurs, les corrections du régime des cultes sont nécessitées, si ce n'est légitimées, par certains principes. Le principal intéressé est

¹⁶⁶⁹ Déjà en tant que ministre de l'Intérieur, il affirmait cette tendance en 2005 : « les musulmans de France ne bénéficient pas des mêmes conditions pour pratiquer leur culte que les autres religions implantées de longue date... Il faut pouvoir remédier à cette situation » (« République et religion » in *État et religion*, Administration, n° 203, sept. 2004, p. 23 cité dans X. DELSOL, A. GARAY et E. TAWIL (dir.), *Droit des Cultes...*, op. cit., p. 269). Dans un ouvrage écrit peu plus tôt, il soulignait les insuffisances de l'égalité des cultes dans les faits et la nécessité de prévoir des aménagements au profit de l'islam, sortes de discriminations positives (N. SARKOZY, *La République, les religions, l'espérance*, Paris, Cerf, 2004, p. 65 et 80-81). Quand, lors d'un discours tenu à la Grande Mosquée de Paris, il défendit « l'égal traitement » pour chacune des religions, et non leur négation, nous comprenons qu'il était question d'égalité réelle (discours de Nicolas Sarkozy à la Grande Mosquée de Paris, 5 oct. 2002 cité dans M. ZEDHAL, « La constitution du Conseil Français du Culte Musulman : reconnaissance politique d'un Islam français ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 97-113).

¹⁶⁷⁰ B. STASI, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003, p. 38.

¹⁶⁷¹ L'égalité réelle est exprimée à travers la phrase suivante : « [p]our assurer l'égal traitement, à tout le moins, entre religions et croyances aisément identifiables, il convient de vérifier que rien ne s'oppose à la pleine utilisation par celles-ci des cadres juridiques existants » (Conseil d'État, *Rapport public sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 388 (nous soulignons)).

¹⁶⁷² J.-P. MACHELON, *Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, op. cit., p. 18.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

¹⁶⁷⁴ Le rapport intitulé « L'Islam dans la République » souligne largement les inégalités résultant du formalisme (Haut Conseil à l'intégration, *L'Islam dans la République*, op. cit., p. 15 et s. ; p. 35 et s.)

paradoxalement compris au sein de l'article 1^{er} de la Constitution : « [e]lle respecte toutes les croyances », aux côtés donc de la laïcité et de l'égalité sans distinction de religion. À première vue, le rapport entre le respect des croyances et l'égalité réelle ne va pas de soi ; preuve en est que le juge judiciaire le rattache avant tout à la liberté de conscience et d'expression en matière religieuse¹⁶⁷⁵. Si nous nous attardons sur le texte, l'emploi du mot « toutes » opère toutefois un lien avec l'exigence d'égalité qui, une fois joint au terme de « croyance » et au reste de l'article 1^{er}, s'exprime parfois sous une approche formelle¹⁶⁷⁶, permettant même pour certains de contester le traitement discriminatoire des « sectes »¹⁶⁷⁷.

576. Le « principe »¹⁶⁷⁸ est ouvert aux interprétations, dans la mesure où son origine reste quasiment inconnue. Seules des suppositions persistent. Son sens ne fut pas non plus explicité par les constituants. Tout au plus, la doctrine y vit une formulation arrangeante pour les catholiques, afin d'obtenir leur faveur envers la Constitution de 1958. La formule évoquait le caractère non agressif du principe de laïcité¹⁶⁷⁹.

577. Quelques années après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, François Méjan questionnait le « respect de toutes les croyances » et soulignait d'ores et déjà les multiples interprétations envisageables. Parmi celles-ci, différenciant la formulation constitutionnelle de celle employée en 1905¹⁶⁸⁰, l'auteur dégagait une interprétation tendant à « impliquer un jugement de valeur, une *prise de position favorable* »¹⁶⁸¹. Philippe Ségur adopta une analyse très similaire, mais alla encore plus loin : « le respect implique un jugement de valeur positif. Respecter, ce n'est pas simplement tolérer ou reconnaître. C'est manifester une certaine considération »¹⁶⁸². Selon ces interprétations, le constituant aurait donc opté pour une conception visant à contribuer à l'aménagement du régime des cultes. À l'inverse, l'ignorance

¹⁶⁷⁵ Voir G. ARMAND, « La liberté de conscience : entre liberté d'expression et liberté de religion » in S. GUERARD (dir.), *Regards croisés sur la liberté de conscience*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 210 et s.

¹⁶⁷⁶ « Cette disposition impose à l'État de respecter toutes les croyances, ce qui implique qu'il s'abstienne de privilégier l'une quelconque d'entre elles. De la sorte, toutes les croyances semblent être situées sur un plan d'égalité sans aucune discrimination entre elles, ce qui suppose un traitement égal » (L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, n°2, 2005, p. 427).

¹⁶⁷⁷ « La Constitution parle de "toutes les croyances" dans son article 1^{er}, élargissant ainsi la notion de "religion" qu'elle évoque dans la même phrase, en assurant que les citoyens sont égaux devant la loi "sans distinction de religion". C'est là que se pose le problème de ce qu'on appelle couramment les sectes qui réunissent aussi des croyants » (H. LECLERC, « Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression », *Legicom*, n° 55, 2015/2, p. 43-52).

¹⁶⁷⁸ Si tant est que nous puissions parler de « principe », mais nous utilisons le mot par facilité de langage.

¹⁶⁷⁹ L'avant-projet ne comprenait aucune mention supplémentaire et se limitait à : « la France est une République [...] laïque ». Le Comité consultatif constitutionnel n'y trouva rien à redire et ne modifia pas la formulation. Ce serait seulement dans le projet diffusé pour sa soumission au Conseil des ministres que serait apparue le principe du respect de toutes les croyances. L'ajout serait l'œuvre de Pierre Pfimlin, mais aucune précision sur son interprétation n'est apportée (J. DUFAUX et al. (dir.), *Liberté religieuse et régimes des cultes en droit français. Textes, pratiques administratives, jurisprudence*, Paris, Cerf, 2005, p. 279-280). À noter que Philippe Portier octroie, quant à lui, la paternité de la disposition à Paul Coste-Floret et Léopold Sedar Senghor (*L'État et les religions en France...*, op. cit., p. 202).

¹⁶⁸⁰ La République « assure » et « garantit » (art. 1^{er}).

¹⁶⁸¹ F. MEJAN, « La laïcité de l'État en droit positif et en fait » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, op. cit., p. 243.

¹⁶⁸² P. SEGUR, « Le principe constitutionnel de laïcité », art. préc.

du fait religieux apparaîtrait comme contraire au respect de toutes les croyances, selon Yves Gaudemet¹⁶⁸³.

578. Que l'État ne puisse ignorer le fait religieux est une affirmation qui ne peut être remise en question au regard du maintien d'un régime des cultes, y compris après 1905. Seulement, de manière générale, les auteurs ne font pas une distinction très claire entre l'existence d'un régime des cultes et la nécessité d'aménager au regard des inégalités de fait. Pour autant, du moment que cette première relève de l'évidence et que la société témoigne d'une multiplication des convictions religieuses, c'est la seconde que défend le respect des croyances. En conséquence, ne pas lutter contre les inégalités de fait que subiraient certains cultes reviendrait à ne pas respecter toutes les croyances¹⁶⁸⁴. Une telle approche apparaît expressément dans le rapport Machelon, rendu en 2006, qui sous-entendait que l'absence d'égalisation réelle au profit des cultes récents laissait lettre morte le respect de toutes les croyances¹⁶⁸⁵. D'autres vont encore plus loin et osent même envisager que la formulation pousse aux accommodements raisonnables¹⁶⁸⁶.

579. Ce postulat serait lié à celui des nouvelles conceptions entourant la laïcité, aujourd'hui qualifiée « d'ouverte ». En outre, le respect de toutes les croyances serait le témoin d'une vision des constituants qui aurait fait prévaloir la liberté de religion et une neutralité positive sur une « laïcité-séparation »¹⁶⁸⁷. Le principe appuierait une évolution constante vers une approche plus adaptative du régime des cultes.

580. Abstraction faite du respect des croyances, c'est d'ailleurs cette priorité donnée à la liberté de religion qui justifie pour beaucoup l'égalisation réelle, car l'effectivité de cette première exige les conditions concrètes de sa réalisation. La question est complexe et fera l'objet de plus amples développements¹⁶⁸⁸, mais il est nécessaire d'en aborder d'ores et déjà quelques aspects.

581. Le lien entre égalité et liberté de conscience est historique¹⁶⁸⁹. L'effectivité de cette dernière exige avant tout que les normes ne discriminent pas en fonction de la croyance, mais, avec, l'abstention de l'État¹⁶⁹⁰. Pour autant, la liberté ne saurait rester purement formelle et proclamatoire. La distinction entre « droits libertés » et « droits créances » est d'ailleurs spécialement contestée, compte tenu du fait que la garantie de toute liberté ne se satisfait pas d'une simple abstention de l'État¹⁶⁹¹. Sans effectivité, la liberté se limite à une formulation

¹⁶⁸³ Y. GAUDEMET, « la laïcité en droit français », *Commentaires*, n° 174, 2021/2, p. 245-254.

¹⁶⁸⁴ « La République ne respecterait pas toutes les croyances si elle ne les aidait pas toutes » (V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388).

¹⁶⁸⁵ J.-P. MACHELON, *Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, op. cit., p. 14.

¹⁶⁸⁶ X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice en Belgique » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 280.

¹⁶⁸⁷ G. HAARSCHER, *La laïcité*, Paris, PUF, 6^e éd., 2017, coll. « Que sais-je ? », p. 83.

¹⁶⁸⁸ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁶⁸⁹ Voir Partie 1, Titre 1.

¹⁶⁹⁰ J.-F. SPITZ, *La République ? Quelles valeurs ?*, Paris, Gallimard, 2022, coll. « NRF Essais », p. 222.

¹⁶⁹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2022, coll. « HyperCours », p. 14-15.

fictive¹⁶⁹². En conséquence, « il ne suffit plus aujourd'hui de les proclamer [les libertés publiques et notamment celle de religion], mais elles doivent faire l'objet des aménagements indispensables à leur exercice »¹⁶⁹³. La liberté nécessite alors que soit tenu compte des situations concrètes¹⁶⁹⁴, autrement dit, des difficultés propres à certains cultes. La liberté côtoie alors l'égalité réelle : les pouvoirs publics doivent corriger les excès de l'égalité formelle et permettre une égalité effective, « en vue de donner toute sa portée à la garantie légale de la liberté de religion »¹⁶⁹⁵, garantie prévue par l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905.

582. Cette approche n'est d'ailleurs pas sans lien avec une certaine lecture de ce dernier texte et de l'intention du législateur. Nous retrouverions dans les propos de Briand, prônant l'interprétation la plus libérale du texte, la nécessité d'aménager le régime en vertu de son égalisation¹⁶⁹⁶. Cette considération transparaît également sous la plume de Louis Méjan : « [n]on seulement la loi ne doit contenir aucune disposition contraire au respect de la liberté absolue de conscience et de culte, mais le législateur a le devoir de garantir efficacement, et l'État celui d'assurer, l'observance de ces garanties. La simple affirmation générale de principe de la loi actuellement en vigueur ne suffit pas. Sous la seule réserve du maintien de l'ordre public, la loi doit garantir expressément chacune des libertés ecclésiastiques »¹⁶⁹⁷. Selon ses concepteurs, la loi de 1905 exige une prise en compte de son effectivité réelle.

583. De toute évidence, ces débats sont parallèles à ceux touchant la laïcité, ou neutralité, dite positive, en opposition à une laïcité de combat ou négative. Ainsi, ces dernières tendraient davantage à un principe d'égalité purement formel. Si de nombreux auteurs sont revenus sur l'existence historiques de ces acceptions, la défense de conceptions plus positives, plus ouvertes au pluralisme, s'est récemment drastiquement accrue. Or, celles-ci s'éloignent de l'approche classique de l'égalité et portent davantage le regard vers l'égalisation réelle ou l'équité¹⁶⁹⁸.

584. Il serait tentant de voir une influence de ces principes de laïcité et neutralité sur l'égalité, mais la logique conduit à déduire l'inverse. Comme à l'accoutumée, la laïcité occupe le devant de la scène. À l'évidence, la laïcité ouverte se réapproprie pourtant des échanges plus généraux sur une approche formelle ou réelle de l'égalité qui débordent largement le seul cadre

¹⁶⁹² P. SEGUR, « Le principe constitutionnel de laïcité », *art. préc.*

¹⁶⁹³ P.-H. PRELOT, « Les tentatives d'organisation du culte musulman en France au prisme du principe de laïcité », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 13-26.

¹⁶⁹⁴ P.-H. PRELOT, « La neutralité religieuse de l'État » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, *op. cit.*, p. 692.

¹⁶⁹⁵ A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁶⁹⁶ « Le juge saura, grâce à l'article placé en vedette de la réforme, dans quel esprit tous les autres ont été conçus et adoptés. Toutes les fois que l'intérêt de l'ordre public ne pourra être légitimement invoqué, dans le silence des textes ou de doute sur leur exacte application, c'est la solution libérale qui sera la plus conforme à la pensée du législateur » (A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1905, p. 266

¹⁶⁹⁷ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 526.

¹⁶⁹⁸ Comme l'a perçu Cécile Laborde : « l'idéal de laïcité ouverte offre une conceptualisation différente de l'égalité républicaine, plus proche de l'idéal d'équité » (p. 58). Plus loin, elle dit, en simplifiant, que la laïcité ouverte « s'accompagne d'une transition de l'égalité formelle à l'égalité réelle. Elle part du principe qu'il faut que la laïcité s'adapte aux réalités sociales ; que les principes s'accordent mieux aux faits contemporains » (C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, Paris, Seuil, 2010, p. 79).

religieux¹⁶⁹⁹. La laïcité ouverte, « accommodante », « souple », « inclusive »¹⁷⁰⁰, qui défend une plus grande effectivité de la liberté de religion, postule en somme la prise en compte d'un rapport inégalitaire majorité-minorité dans l'expression des convictions religieuses¹⁷⁰¹. Dans cette optique, l'État se doit de « soutenir tous les cultes »¹⁷⁰². Ce soutien ne saurait toutefois être seulement uniforme et formel ; il s'agit de « mettre toutes les convictions en situation d'égalité réelle »¹⁷⁰³, pour reprendre les mots de Vincent Valentin. Celui-ci explique l'inversion du raisonnement égalitaire par rapport à la neutralité passive : « [n]e pas intervenir dans la situation matérielle des différents croyants, ce serait accepter une inégalité, donc ne pas être neutre par abstention »¹⁷⁰⁴. Tout porte ainsi à croire que la neutralité ou laïcité active découle de l'égalité ou liberté réelle¹⁷⁰⁵.

585. En tout état de cause, les débats entourant l'évolution vers l'égalité réelle ne sont pas récents et parcourent les différentes branches du droit, notamment celle consacrée aux religions. En définitive, le flou entourant l'antériorité de l'égalité réelle ou de la laïcité ouverte conforte un entremêlement des deux et permet un effet boule de neige : l'égalité réelle inspire la laïcité ouverte qui, à son tour, s'impose comme un vecteur l'égalité réelle. Dans le fond, la raison tient peut-être de l'exigence intrinsèque d'égalisation réelle qui accompagne la prise en compte du phénomène religieux. À travers tout cet exposé, il est permis d'affirmer que différents principes viennent à l'appui d'une exigence de correction des limites de l'égalité formelle, au premier rang desquelles s'impose la liberté de religion¹⁷⁰⁶. Le fait religieux et sa

¹⁶⁹⁹ Anne-Sophie Lamine met en lumière ce constat : « ils [les pouvoirs publics] commencent à prendre en compte l'écart entre l'égalité formelle et l'égalité réelle (ou entre liberté formelle et liberté réelle), dans le domaine religieux, tout *comme ils l'ont déjà fait, en matière sociale ou éducative*, par l'octroi de droits sociaux ou par la création de zones d'éducation prioritaire » (nous soulignons) (*La cohabitation des dieux, op. cit.*, p. 290).

¹⁷⁰⁰ O. DESAULNAY, « Vers la rédemption de la laïcité ? », *LPA*, n° 65, 2017, p. 72.

¹⁷⁰¹ Exposant le développement progressif de cette nouvelle conception de la laïcité, Ludivine Delsenne soutient : « [l]e principe de laïcité, conjugué au principe d'égalité, crée des droits qui exigent alors une intervention de l'État pour les garantir ». L'autrice n'informe pas sur la conception entendue de l'égalité, imprécision qu'elle réitère juste après : « il ne s'agit plus désormais de combattre les religions mais de les traiter de façon égale ». Son discours s'inscrit sans nul doute dans la logique de l'égalité réelle puisqu'elle poursuit en abordant le rapport entre majorité et minorité : « les textes prévoyant la séparation de l'Église et de l'État ont été conçus à une époque où la religion catholique était presque exclusive en France, malgré la présence de quelques minorités religieuses ». Et celle-ci de poursuivre puis s'interroger : « or, depuis lors, ces minorités se sont développées et d'autres, nouvelles, sont apparues. Comment alors garantir l'égalité entre les différents cultes au niveau de leur traitement juridique ? » (« De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *art. préc.*).

¹⁷⁰² Vincent Valentin qualifie la liberté de religion d'une « créance » dans cette conception de la laïcité et montre combien il existe une influence d'une approche d'égalité réelle en liant cette laïcité à l'État Providence : « [l]'exception libérale au modèle jacobin qu'était la laïcité est emportée par la (re)définition des droits fondamentaux que porte l'extension de l'État-providence ». Il poursuit à la suite, en faisant apparaître en filigrane la problématique des discriminations indirectes : « [d]ans une pure logique libérale, la neutralité consiste à séparer : la sphère religieuse n'étant pas reconnue, peu importe ce qui s'y passe, peu importe même les effets indirects des décisions publiques sur certains cultes [...] Mais dès lors que l'effectivité de la liberté religieuse est une mission de l'État, il n'est plus question d'indifférence (qui devient elle-même non neutre) ; et en même temps, toute prise en charge, toute traversée du "mur de la séparation", posera de manière aigüe la question de la neutralité des effets » (« Laïcité et neutralité », *art. préc.*).

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ Dominique Laszlo-Fenouillet semble en tout cas le voir ainsi : « mais l'insuffisance d'une liberté "formelle" et l'exigence d'une liberté "réelle" ont abouti à la naissance d'une "neutralité active" » (D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993, p. 41).

¹⁷⁰⁶ Voir par la suite Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

prise en compte sont traversés d'une égalité réelle, ce qui n'est pas sans interroger concrètement l'examen du principe d'égalité.

PARAGRAPHE 2. La question complexe de la différence de traitement justifiée par une différence de situation

586. Yaël Attal-Galy, dans sa thèse, place la prise en compte des situations distinctes comme une des bases de l'égalité réelle : « dans un premier temps, les juges aménagèrent quelque peu l'égalité sur le fondement des situations différentes ; dans un second temps, le législateur, sous l'influence des *affirmative action*, multiplia les traitements préférentiels catégoriels dans le but d'atteindre une égalité réelle »¹⁷⁰⁷. La prise en compte des situations dissemblables pour justifier des traitements distincts procède d'un assouplissement de l'idéal formel de l'égalité et des prémices d'une égalité plus réelle¹⁷⁰⁸, considérant que le regard se porte enfin sur la réalité des faits. Partie intégrante du principe d'égalité aujourd'hui, cette intégration de la différence de situation s'immisce alors dans le domaine de réflexion du droit des cultes. Nous pouvons alors ouvrir la réflexion sur ce point et émettre diverses hypothèses. D'abord à propos de la teneur de l'examen d'une différence de traitement (A). Ensuite, à propos de la place à l'égalité sans distinction de religion dans ce débat (B).

A) Les enjeux complexes de la différence de traitement

587. Les pistes de réflexions doivent se porter sur deux formes de revendications qui se distinguent pour l'application du principe d'égalité. Au nom d'une conception réelle de l'égalité, une partie de la doctrine sollicite l'application d'un traitement différent en vertu de la dissemblance des situations. Cet argument est plus politique que juridique. Du moins, il vise à convaincre l'action des pouvoirs publics à agir dans le sens d'un traitement différent qui, s'appuyant sur des situations distinctes, serait ensuite justifié devant les juges (1). En revanche, si une contestation contentieuse devait directement avoir lieu devant le juge la demande devrait dénoncer un traitement différent de situations pourtant similaires, postulat bien plus complexe (2).

¹⁷⁰⁷ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'Homme et catégories d'individus*, op. cit., p. 249. En complément : Yannick Lecuyer constatait l'emploi du terme d'égalité réelle dans la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 et considérait sa mobilisation, avant tout, dans le domaine de l'égalité homme/femme, notamment avec la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (Y. LECUYER, « Égalité dans la loi » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, op. cit., p. 145).

¹⁷⁰⁸ A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2006, coll. « Collection des Thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand », p. 352.

1) La défense politique d'une différence de traitement

588. Une application strictement rigoureuse de l'égalité formelle n'aurait jamais pu être envisageable¹⁷⁰⁹. L'acceptation d'un traitement distinct pour gérer des situations qui diffèrent assouplit sa rigidité. Dès lors, la défense de cette application relève d'une logique d'égalité réelle pour une adaptation de la norme en conformité avec la réalité sociale. Rappelons que la prévalence française donnée au formalisme s'illustre notamment par le refus d'imposer un traitement différent à raison de situations distinctes¹⁷¹⁰. La priorité de l'égalité réelle, poussée à son paroxysme, invite à un raisonnement inverse : les situations différentes exigent des traitements distincts. Dans un entre-deux, le contrôle français maintient l'égalité formelle, mais a nécessairement inclus une dose de réalisme en son sein et depuis les années 1990, « un nombre croissant de différences de situation justifient des différences de traitement dans une perspective d'égalité réelle »¹⁷¹¹.

589. C'est ce postulat que certains souhaitent intégrer à la gestion du fait religieux. Comme le veulent de nombreux auteurs¹⁷¹², de nouveaux aménagements pourraient être adoptés, avant tout à l'égard du financement des lieux de cultes. Dans le fond, la doctrine justifie une « parité » de traitement des cultes, c'est-à-dire un traitement différent en fonction de situations distinctes¹⁷¹³, voire de l'intérêt général¹⁷¹⁴. Il s'agit de la perspective politique : la question n'est pas celle de la remise en cause juridictionnelle des dispositions existantes, mais la justification de nouvelles en guise de correction. La différence de situation peut être établie suivant diverses justifications.

590. Bien que générales, les lois de 1907 et 1908 n'ont concerné que certains groupements à un moment précis de l'histoire et ont figé une situation de fait. Les cultes qui se

¹⁷⁰⁹ Comme l'a écrit Guy Braibant, au sujet des révolutionnaires : « [i]ls avaient au contraire une vision de l'égalité universelle et abstraite entre des individus considérés comme tous égaux, sans d'ailleurs qu'ils aient pris la peine de préciser s'ils englobaient dans cet ensemble, de plein droit, les femmes et les esclaves. Mais il fallait bien ensuite se rendre à l'évidence : il existe entre les humains des différences naturelles et sociales qui non seulement justifient la discrimination, mais parfois l'exigent et précisement pour corriger les inégalités » (G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989, p. 107).

¹⁷¹⁰ Le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de le rappeler, y compris récemment (décision n° 2019-796 QPC, 5 juill. 2019, *Société Autolille*, cons. 10) (voir Introduction p. 40-41).

¹⁷¹¹ O. BUI-XUAN, « Différence de situation » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, op. cit., p. 98.

¹⁷¹² « Ces dispositions ne concernent jamais que les anciens cultes reconnus, et en particulier l'Église catholique, en sorte que la loi de 1905 organise de facto un régime de droit différencié qui ne concerne pas nécessairement toutes les religions. Compte tenu de la longue histoire coloniale de la France, compte tenu du nombre important de musulmans aujourd'hui établis en métropole, compte tenu enfin du caractère récent de cette implantation, il n'y a donc rien d'étonnant à ce que des dispositions tenant compte de cette situation particulière puissent être adoptées en tant que de besoin afin de favoriser leur pleine intégration dans la communauté nationale » (P.-H. PRELOT, « Les tentatives d'organisation du culte musulman en France au prisme du principe de laïcité », art. préc.).

¹⁷¹³ J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur le principe de la neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français », art. préc.

¹⁷¹⁴ « Il est également admissible que des impératifs d'intérêt général aboutissent à un traitement différencié des cultes selon leur ancienneté, leur compatibilité avec des préoccupations d'ordre public, leur représentativité, etc... » (*ibid.*).

sont développés plus tard ne bénéficient aucunement de celle-ci¹⁷¹⁵. Autrement dit, la différence de situation est impliquée par le régime lui-même et crée un déséquilibre dans la soumission au droit des cultes, censé être universel. Il s'agit d'un constat objectif, tenant à une situation historique : trois cultes étaient concernés par la séparation et ses déboires (lois de 1907-1908), quand une multitude de confessions revendiquent le régime aujourd'hui. La différence de traitement serait justifiée par des situations dissemblables résultant du régime juridique même. Jusqu'ici, cette logique suit les modalités de l'égalité réelle dans le cadre de l'égalité formelle.

591. Demeure la question du type de traitements différents envisageables. Avec la conception de l'égalité qu'il qualifie de « relative » – différence de traitement pour les situations dissemblables –, Fabrice Bin estime que l'on pourrait fonder une politique de subventionnement différencié des cultes pour réduire le problème des lieux de cultes musulmans¹⁷¹⁶. Ce type d'argumentaire est largement partagé par les commentateurs au titre de l'égalité réelle et de la différence de situation. Il frôle de près la défense des réglementations par la différenciation que nous étudierons postérieurement¹⁷¹⁷. Pourtant, la différence de traitement peut davantage passer par des catégories générales qui visent plus spécifiquement certaines situations propres à des groupes désavantagés. Encore faut-il imaginer le contrôle de ce traitement au regard de ces situations en matière religieuse.

2) L'hypothèse contentieuse complexe de la différence de traitement en fonction des situations

592. Il faut bien réaliser l'ambiguïté de l'analyse des différences de situations, tenant au fait qu'aucune situation ne peut véritablement ressembler à une autre¹⁷¹⁸. Il convient également de retenir que le contrôle de l'égalité exige, en tout premier lieu, nécessairement une différence de traitement invoquée par le requérant, le traitement uniforme n'étant jamais illégal¹⁷¹⁹. Au sujet du religieux, nous le verrons plus avant, la question de la différence de situation est d'autant plus ambiguë. Imaginons le contrôle du principe d'égalité en la matière à travers quelques pistes de réflexions. Ces dernières s'accompagnent nécessairement des difficultés

¹⁷¹⁵ Comme le rappelle Christine Pauti : « [u]n traitement inégal n'est cependant pas forcément discriminatoire. En effet, en vertu du droit français, un traitement juridique peut être différent si les distinctions en rapport avec l'objet de la loi sont fondées soit sur des motifs d'intérêt général, soit sur des différences de situations objectives. On peut néanmoins s'interroger en l'espèce pour savoir si les différences de situations sont telles qu'elles justifient, encore aujourd'hui, le traitement privilégié réservé aux catholiques. Au-delà d'une éventuelle discrimination en droit, certaines règles juridiques existantes sont potentiellement porteuses d'inégalité entre les croyants dans les faits » (C. PAUTI, « Autorités publiques, laïcité et discriminations religieuses », *Hommes et Migrations*, n° 1324, 2019/1, p. 57-64).

¹⁷¹⁶ F. BIN, « Le problème d'un principe fondamental indéfini », *Société, Droit et Religion*, n° 3, 2013/1, p. 67-86.

¹⁷¹⁷ Voir Partie 2.

¹⁷¹⁸ F. LUCHAIRE, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p. 1229-1274.

¹⁷¹⁹ Le respect du principe d'égalité repose alors en tout premier lieu sur le justiciable, alors porteur de la contestation d'une catégorie juridique par rapport à un autre. Ainsi, la contestation ne peut que porter sur une différence de traitement.

propres à la relativité de l'examen du principe d'égalité¹⁷²⁰. Relativité qui permet par là même d'envisager assez librement diverses hypothèses.

593. L'étude porte avant tout sur le régime des biens, qui concentre la majorité des discussions et présente le cas le plus pertinent à l'égard du contrôle de l'égalité. Du point de vue de ce dernier, la contestation des dispositions en vigueur paraît envisageable dans la mesure où l'inégalité peut être rattachée au régime juridique lui-même en ce qu'il différencie en fonction des types de biens. Autrement dit, il n'est pas directement question de distinction religieuse. La requête peut être formulée en soulignant le traitement différent entre les biens culturels remis à la propriété de l'État – bénéficiant alors de financements – et ceux laissés à la gestion purement privée¹⁷²¹. L'objet n'est en aucun cas de dénoncer un traitement uniforme, jamais interdit en France. De cette façon, il ne s'agit pas de signaler une situation d'inégalité de fait, mais directement causée par le régime juridique lui-même, donc une inégalité de traitement.

594. En premier lieu, il faudrait imaginer la norme à contester. Serait-ce la loi de 1905 et son interdiction de subventionnement ? Le reproche risquerait de porter sur un traitement uniforme pour des situations qui diffèrent, puisque l'interdiction de financement concerne en elle-même tous les cultes. La contestation porterait ainsi davantage sur les lois de 1907 et 1908 qui ont nationalisé certains biens culturels. Ces mêmes textes ont en plus prévu l'entretien par les pouvoirs publics des édifices devenus sa propriété. Ils peuvent être considérés comme créant une différence de traitement entre les édifices nationalisés et ceux qui ne le sont pas.

595. Cependant, ces lois ont acté des transferts de propriété qui ne peuvent être remis en cause plus d'un siècle après. Dans le même sens, la règle de l'entretien des édifices culturels dont les pouvoirs publics ont fait l'acquisition ne peut être contestée eu égard au régime général de responsabilité pour défaut d'entretien qui incombe à la collectivité pour ses propriétés¹⁷²². Néanmoins, en matière d'examen du principe d'égalité, il arrive que le juge s'éloigne de la contestation pour considérer la distinction de traitement différemment au regard des catégories en jeu¹⁷²³. Le juge est aussi parfois en mesure d'observer un traitement identique au sein d'une même catégorie quand la différence de traitement existe pourtant à l'égard d'autres

¹⁷²⁰ Voir Introduction p. 24-25.

¹⁷²¹ Après tout, le Conseil constitutionnel a déjà apprécié la contestation d'un traitement différent d'imposition reposant sur la date d'acquisition d'un bien (décision n° 93-320 DC, 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993*).

¹⁷²² CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur c. Époux Lalanne*, n° 45681, Rec. p. 573 ; S., vol. 3, 1921, p. 49.

¹⁷²³ Par exemple : décision n° 82-141 DC, 27 juill. 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*. Dans leur contestation, les auteurs de la saisine alléguaient la non-conformité des dispositions au principe d'égalité en ce que « seules les associations autorisées à exploiter un service local de radiodiffusion sonore » (article 81 de la loi examinée) se voyaient interdire l'accès aux ressources publicitaires (cons. 7). Or, le juge constitutionnel considéra alors que si l'article 81 interdisait auxdites associations la collecte de ressources publicitaires, « la même règle s'applique à toutes les personnes bénéficiant d'une autorisation de même nature ».

catégories¹⁷²⁴. Ainsi, il est tout à fait possible que le juge considère l'égalité de traitement au sein d'une même catégorie : les propriétés publiques bénéficient d'un traitement identique et les propriétés privées disposent également d'un traitement uniforme.

596. Peut-être pourrions-nous, dans ce cas, envisager une contestation de la différence de traitement impliquée par l'interdiction de financement des cultes au regard des dispositions nationalisant les biens et prévoyant le financement de leur entretien. Ce serait la combinaison de ces dispositions qui témoignerait d'un traitement différent et rendrait inégale l'interdiction de subvention. Si le juge se refuse à prendre en considération une différence de traitement qui créerait spéculativement une différence de situation¹⁷²⁵, ou qui résulterait seulement d'une situation distincte préexistante¹⁷²⁶, il tient généralement compte de la différence de traitement au regard d'une règle antérieure elle-même¹⁷²⁷. Néanmoins, il n'est pas certain que cela évite le constat précité d'un traitement identique. De surcroît, la loi du 25 décembre 1942 a ouvert la possibilité de financements publics aux associations pour la réparation des édifices. Ce régime nuance l'inégalité décriée. Celui-ci n'offre toutefois pas les mêmes avantages et aucune obligation de financement n'existe, mais il n'est pas non plus certain que la nuance soit opérée lors du contrôle *a posteriori* et semi-abstrait de constitutionnalité des lois.

597. Du reste, la difficulté suivante tient de l'établissement des situations identiques. Rappelons la part de subjectivité du contrôle « il n'existe pas deux situations identiques en tous points »¹⁷²⁸. Elles doivent ainsi être appréciées au regard de la réglementation en vigueur pour être *considérées* comme semblables¹⁷²⁹. En ce sens, ce sont parfois « les catégories juridiques préalablement définies qui déterminent les contours du périmètre de comparaison »¹⁷³⁰.

598. Partant, la situation analogue peut s'observer du point de vue de la réglementation générale pour les cultes. À ce titre, nous pourrions imaginer la caractérisation de situations identiques résultant de la loi de 1905, qui interdit alors le financement à tout culte, le législateur

¹⁷²⁴ Le Conseil considéra une identité de traitement de situations différentes alors qu'en l'espèce le traitement appliqué pareillement par la disposition aux entreprises publiques ou ayant un capital public majoritaire, mais exerçant une activité commerciale, donc des entreprises en situations différentes, n'était donc pas le même que le traitement appliqué aux entreprises qui ne rentraient pas ces catégories législatives d'entreprises (décision n° 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management*).

¹⁷²⁵ CE, Sect., 28 oct. 1960, *Sieur de Laboulaye*, Rec. p. 570.

¹⁷²⁶ CE, 17 janv. 1990, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, Rec. p. 601.

¹⁷²⁷ Le juge peut apprécier les nouvelles distinctions insérées par un texte au sein de catégories préexistantes (par exemple dans *Denoyez et Chorques*, le Conseil d'État traite d'une distinction rajoutée au sein de la « catégories d'usagers » qui existait déjà (CE, Sect., 10 mai 1974).

¹⁷²⁸ G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, coll. « Systèmes », p. 42.

¹⁷²⁹ Nous soulignons pour rappeler que des situations ne peuvent véritablement être semblables en soi, mais doivent être, ou pas, considérées comme telles. La distinction entre ce qui *est* et ce qui *doit être* est primordiale.

¹⁷³⁰ M. SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 392.

se liant alors lui-même à sa catégorisation antérieure¹⁷³¹. D'ailleurs, à l'appui de cette approche, peuvent être invoqués les principes de laïcité, de neutralité ou de liberté de religion qui invitent à considérer les religions comme étant dans une situation semblable. Récemment, le Conseil constitutionnel a corroboré cette hypothèse en considérant que les associations cultuelles étaient « eu égard à leur objet exclusif qui est d'assurer l'exercice du culte, dans une situation différente » par rapport à d'autres types d'associations¹⁷³². Imaginons les moyens invoqués lors de la décision n° 90-280 DC du Conseil constitutionnel¹⁷³³, en l'appliquant pour la matière religieuse : « les édifices cultuels sont placés dans une situation identique et non pas différente, car ils servent l'exercice de la même liberté de tous les cultes, ce qui devrait conduire à faire que tous les édifices cultuels sont soumis aux mêmes règles de financements publics ».

599. Plus largement, le juge peut se référer à la notion de culte, maintes fois employée dans la jurisprudence ou la loi, pour placer les religions dans une situation identique au regard du domaine juridique auquel elles sont soumises. Du moment que les différences religieuses ne doivent pas être prises en compte et que l'heure est à l'uniformité sous l'universalisme, les religions ne devraient de toute évidence qu'être considérées dans une situation identique au regard du droit. Toutefois, cette assertion peut créer l'effet inverse et empêcher tout traitement différent reposant sur une différence de situation en matière religieuse.

600. En toute hypothèse, il existe toujours des situations dissemblables. Le caractère quelque peu subjectif de cette appréciation¹⁷³⁴ rend l'expertise d'autant plus aléatoire. Au regard de la loi, la différence de situation à l'appui de ce traitement distinct se justifierait de bien des façons : statuts des édifices différents avant la séparation, refus de l'Église catholique de se soumettre à la loi de 1905, contexte historique particulier tenant notamment à la grande majorité de croyants catholique, voire intérêt général résultant de l'entretien d'édifices culturels, etc. L'objet du texte était pour partie de régler une situation rendant sans propriétaires des biens cultuels et mettant alors en péril un certain patrimoine culturel. Celui-ci justifiait précisément que l'État le préserve. Selon un raisonnement classique, du point de vue de l'objet de la loi, la situation des édifices cultuels n'était pas identique au moment du vote de la loi, ce qui justifiait un traitement distinct. En toute hypothèse, l'intérêt général entérinerait à son tour

¹⁷³¹ Il est des cas où le législateur se lie lui-même à son appréciation des situations, qu'il considère alors comme identiques au premier abord, pour les différencier par la suite, ce que le juge proscriit (« [c]onsidérant, toutefois, que le bénéfice du mécanisme institué par les dispositions des paragraphes III et IV de l'article 77 est réservé aux seuls travailleurs salariés ou agents publics, à l'exclusion des travailleurs non salariés ; que le législateur a ainsi traité différemment des personnes se trouvant dans des situations identiques dès lors qu'en vertu de l'article L. 841-1 du code de la sécurité sociale sont éligibles à la prime d'activité « les travailleurs aux ressources modestes, qu'ils soient salariés ou non salariés » ; que cette différence de traitement n'est pas en rapport avec l'objet de la loi » (décision n° 2015-725 DC, 29 déc. 2015, *Loi de finances pour 2016*, cons. 28).

¹⁷³² Décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *Union des associations diocésaines de France et a.*, cons. 22.

¹⁷³³ « Les conseillers généraux des différentes séries sont placés dans des situations identiques et non pas différentes, car ils sont élus pour exercer les mêmes fonctions dans les mêmes assemblées, ce qui devrait conduire à faire que les conseillers généraux siégeant en même temps soient élus pour la même durée. Ceci ne sera pas le cas pour ceux élus en 1985 et en 1988, leurs mandats respectifs étant de sept et de six ans » (décision n° 90-280 DC, 6 déc. 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*).

¹⁷³⁴ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris Nanterre, 2018, p. 9.

la différence de traitement si l'on devait considérer les situations comme identiques. Celui-ci est contextuellement expliqué au vu des oppositions de l'Église postérieurement à la séparation.

601. À la fin, ces observations ne demeurent que des projections purement spéculatives. Il reste particulièrement difficile de systématiser un tel contrôle, que ce soit au regard des acteurs, des catégories, des distinctions, des requêtes ou même du choix opéré par le juge¹⁷³⁵. Il est d'autant plus complexe de représenter ce contrôle que le sujet est hautement sensible, de sorte que la réglementation et les jurisprudences en la matière se font rares. Le domaine du cultuel pousse les acteurs à la timidité. Le contrôle de l'égalité laisse aisément la possibilité au juge d'éviter le sujet, ce qui, en matière religieuse, ne surprendrait guère. Il reste difficile d'imaginer le Conseil constitutionnel se risquer à censurer de telles lois.

602. De toute évidence, la majorité des dénonciations du régime des biens culturels porte davantage sur le traitement uniforme de situations aujourd'hui diamétralement dissemblables ; c'est très certainement le propre de la généralité. Pourtant, le juge ne sanctionne pas un tel procédé. La démarche est *ab initio* incompatible avec le modèle en vigueur, ce que semble omettre la grande majorité des auteurs qui soutiennent, sans plus de précisions, un traitement particulier compte tenu de la situation. Si le contrôle d'égalité le permettait, il serait probablement plus simple de contester que la règle traite également tous les cultes par le biais de l'interdiction de subventionnement, alors qu'ils se trouvent tous dans une situation différente, résultant de la loi elle-même¹⁷³⁶.

603. Toujours dans le cadre d'un éventuel contrôle du principe d'égalité, une parenthèse peut être faite sur un autre cas du régime des cultes. En effet, nous émettons quelques réserves pour des normes plus douteuses, comme celles du régime des congrégations. En l'occurrence, la référence à une religion est assez explicite. Une requête tendant à souligner un traitement privilégié pour l'Église catholique, à l'exclusion de celles qui ne renvoient pas au modèle exigé, serait légitime. La différence de traitement est claire, mais la différence de situation ne l'est en

¹⁷³⁵ Souvenons-nous des interrogations de François Luchaire : « pourquoi par exemple le nombre de salarié est-il l'une des caractéristiques permettant d'exclure partiellement une entreprise du champ d'application de la loi relative à la démocratisation du secteur public (20 juill. 1983, p. 52) ? ; pourquoi ce même nombre est-il sans rapport avec le droit de vote de leur employeur (Cons. const. 17 janvier 1979, p. 23) pour l'élection des conseillers prud'hommes alors que la répartition du capital a un rapport avec la proportion de représentants des salariés dans les conseils d'administration des entreprises du secteur public (Cons. const. 20 juillet 1983, p. 57) ? ». Mais, à côté, « pourquoi des fonctionnaires du même corps sont-ils considérés comme étant dans une situation semblable du point de vue du déroulement de leur carrière (Cons. const. 15 juill. 1975, p. 35, 5 janv. 1982, p. 13, 14 janv. 1983, p. 38, 12 septembre 1984, p. 73) alors qu'ils ne le sont pas, lorsqu'ils occupent des fonctions différentes, pour l'application de la limite d'âge (Cons. const. 12 septembre 1984, p. 73) ? » (F. LUCHAIRE, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *art. préc.*).

¹⁷³⁶ Celle-ci ayant nationalisé certains édifices, à l'exclusion de ceux s'étant soumis à la loi de 1905 et ceux nouvellement implantés en France.

aucun cas, surtout aujourd'hui. Suivant une jurisprudence classique¹⁷³⁷, le juge aurait toutefois la possibilité de préserver la légalité du texte en se référant à la norme telle qu'interprétée par les juridictions pour soutenir qu'ils ne se réfèrent plus à la lettre du texte, mais renvoient à une autorité identique à celle que l'évêque exerce.

604. Par ailleurs, c'est le décret d'application du 16 août 1901 qui intègre la référence à l'autorité des évêques, non la loi de 1901. Pour ce premier, l'observation est la même ; le juge administratif ne considérant plus l'exigence comme seulement applicable à l'Église catholique, il pourrait s'appuyer sur son interprétation pour sauver la légalité du décret¹⁷³⁸. Subsistent de nombreux doutes : la référence à une communauté ou une norme religieuse de la sorte pourrait plus généralement entrer en contradiction avec le rejet de droits de groupe. De manière plus générale, tous ces éléments interrogent finalement l'implication de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958.

B) Questions et réflexions sur la place l'« égalité sans distinction de religion »

605. Nombreux sont les auteurs à soutenir que la différence de traitement se justifie amplement et de manière simple au regard de la réalité sociale. Souvent, la défense d'une telle différence de traitement n'est pas interrogée par rapport aux critères prohibés. Il serait admis que la différence de traitement en fonction de la différence de situation s'applique, comme à tout autre domaine, en matière religieuse¹⁷³⁹. Jean-Marie Woehrling, par exemple, postule qu'au nom de l'« égalité réelle et effective, il faut moduler les conditions de mise en œuvre des règles en fonction des situations auxquelles elles s'appliquent pour éviter des discriminations de fait »¹⁷⁴⁰. Toutefois, à quoi renvoie la « modulation » ? Envisagerions-nous un arrangement de la règle, lors de son application, dès lors, par exemple, qu'une association musulmane demande de l'aide pour la construction d'un lieu de culte ? Pourrait-on mettre en place une sorte de discrimination positive au profit du culte musulman en vue de corriger l'absence d'aide pour ses lieux de cultes ? C'est ce que semble envisager l'auteur : « [i]l en résulte la nécessité de reconnaître des modalités spécifiques d'exercice de leurs droits pour certains groupements en vue de compenser les inégalités de fait dont ils sont affectés »¹⁷⁴¹. Dans ce cas, qu'en est-il de l'article 1^{er} de la Constitution dont il découle l'interdiction de distinction religieuse ?

¹⁷³⁷ Décision n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* Dans cette décision, le juge constitutionnel avait affirmé que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Par extension, le Conseil en est justement venu à juger la conformité d'une loi au regard de son interprétation constante soutenue par les juridictions (B. LIGNEREUX, « Le Conseil constitutionnel et les discriminations par ricochet : confirmations jurisprudentielles », *La lettre juridique*, n° 826, juin 2020 ; voir plus généralement J. BEAL-LONG, « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 105, 2016/1, p. 1-28).

¹⁷³⁸ Il a déjà fait référence à sa propre interprétation (par exemple : CE, 16 juill. 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665).

¹⁷³⁹ Par exemple : S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Laïcité*, Paris, Anamosa, 2023, coll. « Le mot est faible », p. 99-100.

¹⁷⁴⁰ J.-M. WOEHRLING, « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, op. cit., p. 139.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 140.

606. Étrangement, cette disposition n'a jamais fait l'objet d'une application claire à l'égard de la distinction religieuse. Ce vide renforce d'ailleurs les doutes sur l'existence d'une véritable égalité formelle en matière religieuse. La doctrine est à ce titre divisée.

607. Des auteurs constatent simplement que l'article 1^{er} de la Constitution prohiberait tout aménagement ou discrimination positive en matière religieuse, en dépit d'une défense de l'égale liberté de religion¹⁷⁴². Dès lors, Elsa Forey conteste l'argument d'une différence de traitement eu égard aux situations distinctes, en se fondant sur l'article 1^{er} de la Constitution et l'affirmation constante du juge constitutionnel et du Conseil d'État¹⁷⁴³. Une lecture simple de l'article suggère effectivement une telle interprétation. Seulement, l'existence d'un régime des cultes à part entière témoigne de l'insertion de la religion en droit, donc de distinctions attenantes. Il semble que l'interprétation de l'article 1^{er} de la Constitution soit particulièrement hasardeuse. Traditionnellement, deux décisions principales impliquant l'égalité sans distinction de religion sont recensées. Celles-ci ne manquent pas d'ambiguïté.

608. La première décision a été rendue par le Conseil constitutionnel à la suite de traitements favorables accordés aux musulmans d'Algérie pour l'accès des emplois publics et dans la magistrature¹⁷⁴⁴. Les textes formulaient très clairement une différenciation en faveur d'individus, à raison de leur religion, voire de leur origine. Malgré l'article 1^{er} de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré les dispositions de la loi organique de 1960 et a pu éviter toute appréciation en la matière grâce à un motif de pure forme¹⁷⁴⁵. Le tour de passe-passe du Conseil lui permit d'éviter de se prononcer sur le fond. Pour la majorité des auteurs, la décision est principalement politique¹⁷⁴⁶ ; le contexte, teint des implications de la guerre d'Algérie, pouvait justifier de telles discriminations positives¹⁷⁴⁷. Cette décision ne préjuge très certainement pas de la teneur actuelle de l'article 1^{er}. En effet, face à la montée identitaire, la sphère juridico-politique a brandi l'idéal universaliste contre-identitaire – paradoxalement non moins identitaire – pour rejeter en bloc tout différencialisme. Cet exemple est si clairement contraire aux principes universalistes qu'il s'avère tout à fait marginal et de toute évidence non reproductible¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴² D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 246.

¹⁷⁴³ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, op. cit., p. 362.

¹⁷⁴⁴ Ordonnance n° 58-1016, 29 oct. 1958, *mesures destinées à favoriser l'accès des Français musulmans d'Algérie aux emplois publics de l'État* ; ordonnance n° 58-1270, 22 déc. 1958, *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, modifiée et complétée par la loi organique n° 60-87, 26 janv. 1960, *portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature*.

¹⁷⁴⁵ La loi de 1960 modifiait « dans le même esprit » l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui, cependant, ne pouvait plus être contestée (décision n° 60-6 DC, 15 janv. 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958*).

¹⁷⁴⁶ L. HAMON, D., 1960, n° s.n., p. 293, note sous la décision n° 60-6 DC, 15 janv. 1960, *préc.*

¹⁷⁴⁷ À l'égard de cette disposition, l'emploi de ce terme est peu contesté (on le retrouve, par exemple dans F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-Marseille, PUAM/Economica, 1997, coll. « Droit public positif », p. 65, de même que dans A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 402. Ces deux auteurs considèrent la mesure comme formellement contraire à la Constitution).

¹⁷⁴⁸ Selon le Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Rapport au Président de la République*, Paris, La Documentation Française, 2008, p. 58.

609. Le Conseil d'État a également fait preuve d'ambiguïté dans un arrêt s'agissant d'un décret du 13 juillet 2000 relatif à l'indemnisation des orphelins de déportés victimes de persécutions antisémites. La mesure, en prévoyant une indemnisation spécifique aux enfants des déportés dans le cadre des politiques antisémites pendant l'occupation, était contestée pour discrimination envers les autres orphelins de déportés qui ne bénéficiaient pas d'un tel bénéfice¹⁷⁴⁹. Les requérants invoquaient ainsi une atteinte au principe d'égalité de l'article 1^{er} de la Constitution, mais le Conseil d'État n'y vit aucune contrariété « eu égard à l'objet de la mesure » que le gouvernement avait décidé de mettre en place¹⁷⁵⁰.

610. Cet arrêt fût interprété comme autorisant les discrimination positive, l'article 1^{er} n'étant réduit qu'à l'interdiction des distinctions négatives¹⁷⁵¹. Cette interprétation est surprenante puisqu'elle s'inscrit en contradiction avec l'avis du Conseil d'État rendu quelques années plus tôt sur le principe d'égalité. Celui-ci avait spécifiquement distingué discriminations positives et négatives pour finalement exclure la mise en œuvre des deux au regard du principe d'égalité¹⁷⁵². À l'instar de la décision du Conseil constitutionnel, cet arrêt semble contextuel et politiquement, si ce n'est historiquement, chargé. Il n'en reste pas moins préoccupant en ce qu'il contredit tout l'idéal universaliste qui parcourt le droit français, et avant tout le principe d'égalité. L'acceptation des discriminations positives est tolérable au regard de critères fonctionnels, non pour des distinctions ontologiques.

611. D'ailleurs, Jean-Marie Woehrling, à la suite de sa défense d'une modulation des conditions d'application du régime des cultes, le remarque pertinemment : « le droit français admet des traitements particuliers fondés sur des justifications objectives, au bénéfice de groupes abstraits constitués selon des critères “civiques” (chômeurs, handicapés, personnes âgées, catégories socioprofessionnelles) ». Rejoignant notre approche entre les distinctions acceptées et celles rejetées, il poursuit : « [l]a jurisprudence constitutionnelle refuse que de telles distinctions soient faites au regard de critères “ontologiques” (genre, race, langue, etc.) »¹⁷⁵³. Il constate le classement du religieux parmi cette dernière et réfute la possibilité même de différences de traitement au profit d'une religion en France.

612. À notre sens, les décisions précitées ne sauraient remettre en cause ce postulat. D'ailleurs, le pouvoir réglementaire et le législateur ont toujours préservé une certaine timidité en la matière, de sorte qu'il semble planer l'ombre d'une censure au titre du principe d'égalité. Si l'on acceptait, comme certains l'affirment¹⁷⁵⁴, une différenciation de traitement par

¹⁷⁴⁹ Au passage, il était avant tout question de « distinction de race », mais le critère peut aussi évoquer une différence religieuse et, dans tous les cas, l'article 1^{er} de la Constitution prohibe les deux.

¹⁷⁵⁰ CE, Ass., 6 avr. 2001, *M. Pelletier et a.*, n° 224945.

¹⁷⁵¹ D. ANDOLFATTO *et al.*, *Rapport de recherche : Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Université de Bourgogne, CREDESPO, 2016, p. 112.

¹⁷⁵² Conseil d'État, *Rapport public sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 36.

¹⁷⁵³ J.-M. WOEHRLING, « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, *op. cit.*, p. 139.

¹⁷⁵⁴ Danièle Lochak explique que l'emploi de critères prohibés dans des règles peut échapper au grief d'inconstitutionnalité « parce que le but poursuivi est légitime » (« Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, 1987, p. 778-790).

désignation expresse d'une religion, pourquoi les pouvoirs publics se cacheraient lors de chaque aménagement mis en place ? Il suffirait de justifier cela par une différence de situation qui justifie une différence de traitement en rapport direct avec l'objet de la loi. Rien de plus simple en apparence. Pourtant, la réalité cache un doute que personne n'a dissipé.

613. Seulement, la difficulté d'interprétation de l'article 1^{er} de la Constitution provient surtout de l'existence d'un régime dédié à la religion. Si, en premier lieu, se pose la question du traitement, il est primordial de s'entendre sur la formulation de la norme. À ce titre, comme suggéré ci-dessus, des critères sont acceptés en droit français pour prétendre à des différences de traitement¹⁷⁵⁵. En ce qui concerne le religieux, nous avons vu que les formulations employées prenaient globalement soin d'éviter toute différenciation. Dès lors, il semble que l'examen du principe d'égalité s'applique classiquement pour les catégories touchant les religions¹⁷⁵⁶. De ces observations, il paraît possible d'envisager une évolution plus réaliste de l'égalité avec un maintien concomitant de son caractère formel, ce dernier s'exprimant justement par la proscription continue de tout particularisme religieux consacré en droit.

614. Pour corriger les inégalités, il ne s'agirait pas de désigner nommément les musulmans, mais de mettre en place un régime spécifique favorable aux biens culturels non nationalisés, par exemple. En effet, pourquoi s'embarrasser d'une disposition spécifiquement prévue pour une communauté quand des normes générales, applicables à toutes les religions, passeraient théoriquement l'examen de l'égalité ? Le législateur pourrait toujours prévoir un régime général, admettons celui des BEA culturels¹⁷⁵⁷ étudié ci-après, en le justifiant par le libre exercice des cultes. Le frein ne pourrait être le principe d'égalité en ce cas. Plus précisément, la différence de situation doit s'envisager au regard du bénéfice du régime universel des cultes. L'adéquation avec la distinction de traitement doit alors être permise par un régime à visée également universelle, avec la généralité de la norme. Bien entendu, la contestation d'une différence de traitement peut apparaître de façon imprévisible, mais la généralité de la règle en minimise la possibilité¹⁷⁵⁸. Et si contestation il devait y avoir, la différence de situation résultant de l'insuffisante effectivité du régime actuel justifierait le traitement en place. L'égalité réelle pousse toutefois à garder à l'esprit toutes les limites accompagnant une règle générale ciblant dans la réalité une quantité restreinte d'individus ou une communauté.

615. Après tout, en matière de discriminations positives pour des populations d'outre-mer, les pouvoirs publics ont déjà employé des distinctions reposant sur le territoire ou la répartition géographique afin de dissimuler le critère ethnique sous-jacent. Le Conseil

¹⁷⁵⁵ Voir Introduction.

¹⁷⁵⁶ Le juge constitutionnel contrôle par exemple le traitement des associations culturelles par rapport à toute autre association (décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *préc.*, cons. 21 et s.).

¹⁷⁵⁷ Outil permettant à une collectivité de louer un terrain sur une longue durée, pour un coût modique, à une association culturelle. Le BEA culturel s'inscrit dans le droit-fil du régime général issu de la loi de 1905 (voir *infra*).

¹⁷⁵⁸ « Si la norme est de portée générale, le principe d'égalité devant la loi ne se trouve pas méconnu » (M. GUYOMAR et B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, oct. 2018, point 35).

constitutionnel ne vit – volontairement ? – rien à y redire¹⁷⁵⁹. De son côté, le Conseil d'État avait clairement affirmé l'interdiction d'un renvoi explicite à l'origine¹⁷⁶⁰. Toujours est-il que ces décisions à propos de l'outre-mer, certaines plus que d'autres, sont rarement dénuées d'ambiguïté¹⁷⁶¹. En effet, la vigilance reste de mise ; la porosité peut exister entre un critère prohibé et un qui ne l'est pas. Olivia Bui-Xuan observe précisément une distinction ténue entre les différences de traitement fondées sur un critère prohibé et une différence de traitement fondée sur une différence de situation¹⁷⁶². À l'appui, elle cite un cas où le Conseil constitutionnel considéra une différence de traitement réservée aux gens du voyage comme non discriminatoire¹⁷⁶³, car fondée sur une différence de situation tenant au mode d'habitat et de vie de gens du voyage, et ce, « quelles que soient leurs origines »¹⁷⁶⁴. Cette jurisprudence illustre la possibilité d'employer certains critères pour camoufler ou contourner l'utilisation d'un prohibé. En toute ambiguïté, les discriminations reposant sur des critères prohibés semblent être tolérées, « dès lors... Qu'elles ne disent pas leur nom »¹⁷⁶⁵. Pour reprendre une autre expression déjà employée, les critères jouent le rôle de « montré-caché » de ceux prohibés¹⁷⁶⁶.

616. En matière religieuse, le procédé est particulièrement intéressant dans l'objectif de traitement différent en fonction des cultes, car la différence de traitement semble acceptée pour tout ce qui a trait aux religions, du moment que le critère religieux n'est pas trop explicite. Difficile d'envisager que l'article 1^{er} ne soit pas appliqué en cas de distinction religieuse très claire entre deux citoyens dans l'accès à un droit commun¹⁷⁶⁷. D'un autre côté, l'utilisation de critères d'apparence neutres et universalistes montre rapidement ses limites, comme nous avons pu en témoigner s'agissant de la généralité et de notions comme celle de « culte ». Or, l'emploi de catégories, à la lisière de la généralité et encore plus proches de certaines caractéristiques religieuses pose d'importantes questions, notamment sur les risques de discriminations indirectes afférents – comme nous l'avons exposé –, mais pas seulement. En effet, cette

¹⁷⁵⁹ Suscitant de vifs débats en 1985, la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie remodelait les circonscriptions électorales de manière, selon les requérants, à « conférer la majorité au sein du congrès à une ethnie qui n'est pas majoritaire en nombre dans la population du territoire », en contradiction avec le principe d'égalité. Le Conseil jugea qu'il restait loisible au législateur d'instituer et délimiter des régions en tenant compte notamment « de la répartition géographique des populations » (décision n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 15). Pour le critère du territoire, le texte prévoyait entre autres l'obligation de recruter un certain nombre des fonctionnaires à des emplois administratifs visés parmi les élèves sortant du centre de formation « du personnel administratif de la Nouvelle-Calédonie et dépendances » nouvellement créé (art. 130 et 131 al. 1 de la loi n°84-821, 6 sept. 1984, *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*). Les mesures étaient complétées par l'article 137 de la loi qui faisait également l'objet de contestations. Le Conseil valida la disposition par la décision n° 84-178 DC, 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*. Voir aussi la décision n° 2001-450 DC, 11 juill. 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*.

¹⁷⁶⁰ CE, 24 oct. 1990, *Ministre des Postes, des Télécommunications et de l'Espace c. M. Vignon*, n° 99457.

¹⁷⁶¹ Les motifs de la décision du 8 août 1985 interrogèrent particulièrement la doctrine qui y vit la possibilité d'une prise en compte de critères ethniques (F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 78-79).

¹⁷⁶² O. BUI-XUAN, « Différence de situation » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, op. cit., p. 99.

¹⁷⁶³ Fondé sur un critère d'origine ethnique.

¹⁷⁶⁴ Décision n° 2010-13 QPC, 9 juill. 2010, *M. Orient O. et autre*.

¹⁷⁶⁵ A.-M. le POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, n° 14, 1998, p. 519-525.

¹⁷⁶⁶ C. POIRET, « Au travail, le bonneteau de l'ethnicité », *Mouvements*, n° 4, 1999, p. 19.

¹⁷⁶⁷ Voir nos développements sur ce point, p. 643 et s.

stratégie a de quoi inquiéter au regard de l'immixtion des différences substantielles dans le droit. Des développements postérieurs viendront enrichir ces réflexions et corroborer ces inquiétudes¹⁷⁶⁸. Pourtant, des corrections du régime des cultes dans le cadre de l'égalité universaliste sont concrètement envisageables.

SECTION 2. La recherche de corrections au nom de l'égalité réelle et dans le cadre universaliste

617. Si le régime des cultes est imprégné de l'égalité réelle, il exige des corrections aux limites exposées. Nous l'avons dit, un tel changement de paradigme n'implique pas nécessairement une contradiction avec l'égalité universaliste. Précisément, les demandes portées dans ce cadre sont celles d'une égalisation juridique des conditions d'applications, comme il put y en avoir concernant les personnes homosexuelles, ne demandant ni plus ni moins qu'une véritable égalité de droit¹⁷⁶⁹. Il s'agit, pour ainsi dire, « d'universaliser concrètement la généralité ». C'est également suivant cette logique que nous étudierons le régime des cultes, car des aménagements sont envisageables dans ce cadre.

618. Ainsi, nous portons l'analyse concomitamment sur trois dimensions. En premier lieu, nous dégageons trois niveaux de procédés agissant comme correctifs des limites concernant le régime des cultes, donc trois procédés d'universalisation : l'intervention législative, l'intervention jurisprudentielle, et l'intervention « politico-informelle ». En étudiant ces procédés, nous recherchons nécessairement s'ils ont été établis au titre de l'égalité réelle. Enfin, nous confrontons ces procédés à l'égalité universaliste et systématisons les solutions envisageables dans son cadre.

619. Suivant ce cadre d'analyse, nous remarquons que si des correctifs ont été d'abord mis en place par le législateur, ils ne l'ont que très peu été au titre d'un objectif d'égalisation. Ils ont cependant pour mérite de s'inscrire dans la généralité de la norme (**PARAGRAPHE 1**). Ensuite, nous observons que des corrections ont été opérées par le juge administratif, par un réajustement habile de l'application des normes afin de permettre l'égalisation dans le cadre de l'égalité générale (**PARAGRAPHE 2**). Enfin, nous remarquons qu'un processus d'institutionnalisation du culte musulman fut entrepris, par des procédés informels et politiques, à la limite du juridique. Il répondait ouvertement aux problèmes d'égalité réelle posés par le régime, mais selon une logique alors plus proche du différencialisme (**PARAGRAPHE 3**).

¹⁷⁶⁸ Voir Partie 2, Titre 2.

¹⁷⁶⁹ Voir p. 224 et s.

PARAGRAPHE 1. Une intervention législative en demi-teinte, mais dans le respect de la généralité

620. Pour mettre en place certaines corrections juridiques, nous pensons avant tout à une intervention législative. Seulement, le processus est publiquement exposé, et soumis aux nombreux débats et aléas politiques. Or, le domaine culturel s'avère particulièrement sensible et peu modifié. Force est alors de constater que les interventions pour corriger les inégalités sont timides. Pourtant, rappelons que l'égalité réelle s'exprime par une prise de conscience des inégalités, mais aussi une volonté de les corriger motivant certaines actions. L'établissement de dispositifs dénués d'une volonté d'égalisation ne donnent généralement que des résultats parcellaires et accentuent le sentiment d'injustice.

- *Les lois du 14 juillet 1909, du 13 janvier 1941, l'ordonnance du 30 décembre 1958, la loi du 23 juillet 1987*

621. En premier lieu, il est surprenant de constater que le premier texte s'inscrivant véritablement dans une logique d'égalité des cultes réelle suivit de près la loi de 1905. En effet, la loi de séparation prévoyait à son article 24 l'exemption de tout impôt foncier au profit des édifices culturels appartenant à des personnes publiques. Indéniablement, cette disposition créait une inégalité de fait d'autant plus importante que l'Église catholique refusa la propriété de ses biens, de sorte que ses édifices transférés aux communes se trouvaient avantagés fiscalement. Dans une logique d'égalisation, le législateur promulgua la loi du 14 juillet 1909 qui, par son article 3 – devenu alinéa 3 de l'article 24 du texte de 1905 – exempta toutes les associations culturelles de la contribution foncière des propriétés bâties¹⁷⁷⁰. Étonnamment, cette loi uniformise un avantage entre les biens culturels et constitue alors un exemple très parlant de correction d'une égalité formelle qui neutralise une inégalité de fait, tout en préservant la généralité. Le procédé ne s'arrêta toutefois pas là.

622. Il fallait ensuite corriger la jurisprudence du Conseil d'État qui fit une interprétation stricte des dispositions en limitant leur application aux édifices transmis aux associations en vertu de l'article 4 de la loi de séparation, excluant ainsi les édifices construits après 1905¹⁷⁷¹. Ce fut le rôle de la loi du 13 janvier 1941, qui étendit l'avantage fiscal aux édifices acquis ou construits après 1905 par des associations culturelles¹⁷⁷². Dans le même sens, le gouvernement ordonna en 1959 la diminution des droits de mutation à titre onéreux d'un bien immobilier acquis par une association culturelle¹⁷⁷³. Cependant, ce dispositif faisait droit à une demande de

¹⁷⁷⁰ M. FLORES-LONJOU, *Les lieux de culte en France*, Paris, Cerf, 2001, p. 119.

¹⁷⁷¹ « [q]u'il résulte, tant des termes de cet article que des travaux préparatoires de la loi, que la disposition ci-dessus rappelée concerne exclusivement les édifices qui, au moment de leur attribution à une association religieuse, avaient une existence effective, étaient affectés réellement à l'exercice du culte et dont le nombre étaient définitivement déterminé » (CE, 23 mars 1923, *Saint-Jean à Paris*, Rec. p. 290).

¹⁷⁷² M. FLORES-LONJOU, *Les lieux de culte en France*, op. cit., p. 120.

¹⁷⁷³ Ordonnance n° 58-1374, 30 déc. 1958, portant loi de finances pour 1959, 31 déc. 1958, JORF, 31 déc. 1958, n° 0307, p. 12081.

M^{gr} Villot pour faciliter la construction d'édifices culturels¹⁷⁷⁴. Il ne tenait donc pas d'une logique d'égalité réelle. Malgré tout, pour reprendre les mots de Jean-Pierre Moisset, « comme l'exige l'égalité républicaine, cette nouvelle disposition vaut pour tous les cultes »¹⁷⁷⁵ ; elle servira à l'avenir les minorités religieuses dans leurs financements, si tant est qu'elles se dotent d'associations culturelles.

623. La loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat est aussi souvent présentée comme une réponse aux inégalités issues de la loi de 1905. Pourtant, une lecture attentive des débats et du rapport sénatorial¹⁷⁷⁶ fait apparaître que le texte ne semble présenter aucun objectif égalitaire¹⁷⁷⁷. À l'inverse même, les premières initiatives en faveur du dispositif introduites lors des débats sur la loi de finances de 1987 portaient les germes d'une législation ouvertement différenciatrices¹⁷⁷⁸. Ce constat mitigé se répète pour d'autres dispositifs.

- *La loi du 25 décembre 1942*

624. En matière d'édifices culturels par exemple, Georges Masson classe parmi les textes visant à corriger les inégalités la loi du 25 décembre 1942¹⁷⁷⁹. Bien qu'établi sous Vichy, le texte fut implicitement maintenu¹⁷⁸⁰, au grand dam de députés souhaitant, peu après, son abrogation¹⁷⁸¹. Encore en vigueur, cette loi autorise la réception par les associations culturelles de libéralités, mais surtout le financement public de réparation des édifices culturels même privés. Il est difficile de voir dans ce texte un outil initialement prévu pour l'égalité réelle, et cela, pour une première raison logique tenant au fait que le régime de Vichy favorisa la religion

¹⁷⁷⁴ J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987. Contribution à l'histoire de la laïcité française*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire », p. 64.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁷⁶ L. NEUWIRTH, *Rapport sur le projet de loi sur le développement du mécénat*, n° 231, 1987, annexe au procès-verbal de la séance du 20 mai 1987 ; Séance du 26 mai 1987, *Débats parlementaires. Sénat*, JORF n° 29 S., 27 mai 1987, p. 1313.

¹⁷⁷⁷ Ce que confirment les dessous de toute la procédure entourant la mesure, que Jean-Pierre Moisset décrit dans son ouvrage, notamment à travers l'intervention des autorités catholiques (*L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, *op. cit.*, p. 301). D'ailleurs, et paradoxalement, les parlementaires prirent bien la peine de préciser qu'ils entendaient entraver l'exercice culturel des « sectes » en suivant la circulaire Defferre du 27 juillet 1982 précitée (n° 82-115) qui engageait à distinguer les cultes traditionnels de ceux « à caractère inhabituel ». Le rapporteur du Sénat, Lucien Neuwirth, modifia la rédaction de l'amendement n° 17 issu de la commission afin de permettre le bénéfice du nouveau dispositif de déduction aux seules « associations culturelles ou de bienfaisance *qui sont autorisées à recevoir des dons et legs* ». L'idée était ouvertement que l'administration se charge de trier les associations autorisées et celles qui ne l'étaient pas. On sait les profondes difficultés liées à ce « tri », surtout en ce qui concerne les mouvements dits sectaires.

¹⁷⁷⁸ Le sénateur Geoffroy de Montalembert déposa un amendement à la loi de finances en novembre 1986 avec les dispositions suivantes : « [l]e premier alinéa du 1. de l'article 238 *bis* du code général des impôts est complété par les mots : "ou d'associations culturelles catholiques, israélites, musulmanes, orthodoxes ou réformées" » (Séance du 18 nov. 1986, *Débats parlementaires. Sénat*, JORF, 19 nov. 1986, p. 4774).

¹⁷⁷⁹ G. MASSON, *La laïcité française à l'épreuve des faits...*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁸⁰ En l'absence de précisions à son égard lors de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

¹⁷⁸¹ J. GLAVANY (dir.), *Le guide pratique de la laïcité. Une clarification par le concret*, 2011, Paris, Fondation Jean-Jaurès, coll. « Les Essais », p. 56.

catholique, parfois même aux limites d'une contradiction avec la loi de 1905¹⁷⁸². La loi du 25 décembre s'inscrit clairement dans ce mouvement.

625. Le témoignage donné par Maurice Lagrange en 1943 est éclairant sur ce point¹⁷⁸³. Celui-ci explique tout d'abord l'entrée en vigueur de la loi du 15 février 1941 qui attribua au profit d'associations diocésaines les biens de l'Église restés sous séquestre depuis la législation de 1908¹⁷⁸⁴. Afin d'entretenir ses biens, le culte catholique recourait aux « syndicats d'ecclésiastiques » ; un moyen détourné pour recevoir des libéralités des fidèles, à l'époque encore interdites aux associations culturelles¹⁷⁸⁵. L'auteur décrit ensuite que la loi du 25 décembre 1942 dut alors intervenir afin de corriger cette situation juridique, issue de la loi de 1905, qui ne permettait pas aux associations culturelles de recevoir des dons et legs dans les mêmes conditions que celles d'utilité publique¹⁷⁸⁶. L'intervention des pouvoirs publics visait à remédier à des difficultés rencontrées par l'Église catholique, que les religions s'étant dotées d'associations culturelles depuis 1905 rencontraient de longue date.

626. Concernant l'intervention à l'égard des édifices, le constat est peu ou prou similaire. Maurice Lagrange évoque l'impossibilité pour beaucoup de communes d'assurer l'entretien des édifices culturels dont elles étaient propriétaires. Par la loi de finances du 25 septembre 1942, l'État ouvrit un crédit de six millions de francs au titre de subventions pour l'entretien des édifices appartenant aux collectivités. Cependant, ces subventions ne pouvaient concerner que les édifices dont la propriété était publique ou ceux inscrits aux monuments historiques, et non les biens appartenant aux associations diocésaines, pourtant « le cas de la plupart des édifices construits aux frais des fidèles depuis la séparation ». C'est en conséquence de ce constat que la loi du 25 décembre 1942 autorisa les « sommes allouées pour réparations aux édifices affectés au culte public, qu'ils soient ou non classés monuments historiques »¹⁷⁸⁷. À la lecture de ces précisions – peu habituellement abordées –, comprenons que la loi du 25 décembre ne visait aucunement l'égalisation entre les cultes. Pis encore, elle agrémentait un processus global

¹⁷⁸² C. SINGER, « 1940-1944 : La laïcité en question sous le régime de Vichy », *Raison présente*, n° 149-150, 2004, p. 41-54. Voir également : M. COINET, « Vichy et la séparation de l'Église et de l'État : une remise en cause limitée (1940-1945) » in R. VANDENBUSSCHE (dir.), *De Georges Clémenceau à Jacques Chirac : l'État et la pratique de la loi de séparation*, Villeneuve d'Ascq, Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008, coll. « Histoire et littérature du Septentrion », p. 107-121.

¹⁷⁸³ M. LAGRANGE, « L'État nouveau et les questions religieuses », *Revue des Deux Mondes*, vol. 78, n° 1, 1943, p. 39-61.

¹⁷⁸⁴ Maurice Lagrange explique que lorsque la guerre éclata en 1914 tous les biens non revendiqués par des associations culturelles n'avaient pas été transférés aux collectivités publiques, mais les opérations d'attribution furent interrompues durant cette période et jamais reprises par la suite. À la suite des accords entre le Saint-Siège et le gouvernement entraînant la création des associations diocésaines, le gouvernement Pointcarré fit adopter la loi du 29 mars 1929 par la Chambre des députés qui visait à reprendre les attributions des biens toujours sous séquestre, au profit, cette fois-ci, des associations diocésaines. Déposée sur le bureau du Sénat, cette loi ne fut jamais discutée (*ibid.*).

¹⁷⁸⁵ « En fait, l'insuffisance de la législation en vigueur avait conduit à inventer des moyens détournés pour résoudre certaines difficultés : c'est ainsi que des *syndicats d'ecclésiastiques* avaient, dans un certain nombre de diocèses, été constitués sous le régime des syndicats professionnels, notamment pour organiser des maisons de retraite pour les prêtres » (*ibid.*).

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

de favoritisme à l'égard d'une religion et entérinait une situation d'inégalité de faits en favorisant à un moment précis l'aide à l'entretien des édifices du culte catholique.

627. Tout au plus peut-on soutenir que le texte sert aujourd'hui l'égalité réelle, sous réserve de la bonne volonté des autorités locales¹⁷⁸⁸. En effet, la généralité ouvre une fois de plus le bénéfice de la disposition à toute religion. L'islam jouit de cette possibilité depuis son expansion en France, comme l'a illustré le cas de la Grande Mosquée de Paris¹⁷⁸⁹. Pourtant, le constat des inégalités récurrentes dans les années 1980 met en évidence le peu de connivence entre l'égalité réelle et le texte de 1942.

- *Les garanties d'emprunt (loi de finances rectificatives du 29 juillet 1961)*

628. Dans cette optique, l'établissement du système de garanties d'emprunt interroge également à l'égard de l'égalité réelle. C'est l'article 11 de la loi de finances rectificative du 29 juillet 1961¹⁷⁹⁰ qui instaura ce mécanisme en permettant aux communes et aux départements de garantir les emprunts contractés « pour financer la construction dans les agglomérations en développement d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux par des groupements locaux ou par des associations culturelles ». Ces dispositions furent initialement motivées par la légalisation d'une pratique du conseil général du Rhône au profit de l'Association diocésaine de Lyon. Il s'agissait en outre d'un simple avantage octroyé à une religion faisant l'objet d'une validation législative. D'ailleurs, si l'argument de la contrariété d'un tel dispositif au principe de non subventionnement pouvait être contrecarré¹⁷⁹¹, celui du favoritisme envers une seule religion fut bel et bien soulevé par des parlementaires¹⁷⁹², puisque, à la lecture des débats, la pratique avait avant tout pour but de satisfaire la liberté de culte de l'Église catholique¹⁷⁹³. Éventuellement, il pouvait s'agir de garantir l'exercice des cultes protestants et israélites, mais l'argument n'était employé, pour des parlementaires de droite, que pour contredire la contestation d'un mécanisme inégalitaire¹⁷⁹⁴. L'intention ne laissait que peu de doute et revenait à légaliser un dispositif initialement réservé à une religion, pourtant contesté.

629. Fort heureusement pour l'égalité, remarque Magalie Flores-Lonjou, « la généralité des termes utilisés permet d'ouvrir cette faculté à toutes les confessions, et pas seulement au culte catholique »¹⁷⁹⁵. La conjugaison de cette caractéristique avec un volontarisme local favorise la correction des inégalités de fait. Le mécanisme comprenait toutefois une exigence

¹⁷⁸⁸ Les aides financières sont généralement dépendantes des communes.

¹⁷⁸⁹ Qui bénéficia de la part de la ville de Paris une aide de 15 millions de francs au titre de sa réparation (M. LE ROUX, « La règle d'abstention financière des pouvoirs publics en matière culturelle » in J. FIALAIRE (dir.), *Liberté de culte, laïcité et collectivités territoriales*, Paris, Litec, 2007, coll. « Colloques & débats », p. 87).

¹⁷⁹⁰ Loi de finances rectificatives pour 1961, 29 juill. 1961, n° 61-825, JORF n° 178, 30 juill. 1961, p. 7026.

¹⁷⁹¹ L'on justifie habituellement que la garantie d'emprunt n'a rien du versement d'une subvention en soi et ne s'apparente qu'à une aide indirecte pour l'octroi d'un prêt.

¹⁷⁹² J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, op. cit., p. 102.

¹⁷⁹³ Voir Séance du 19 juill. 1961, *Débats parlementaires. Sénat*, JORF n° 27 S., 20 juill. 1961, p. 889 ; 2^e Séance du 11 juill. 1961, *Débats parlementaires. Assemblée nationale*, JORF n° 41 A. N., 12 juill. 1961, p. 1601.

¹⁷⁹⁴ J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, op. cit., p. 102.

¹⁷⁹⁵ M. FLORES-LONJOU, *Les lieux de culte en France*, op. cit., p. 128.

qui limitait son emploi. En effet, un rapport rendu en 2015 considérait l'exigence « d'agglomérations en développements » pour les garanties d'emprunt comme une condition trop contraignante. Le rapport préconisait alors de supprimer cette précision pour étendre le dispositif à tout le territoire¹⁷⁹⁶. Ce n'est que très récemment que le législateur réalisa le souhait de la délégation par la loi du 24 août 2021¹⁷⁹⁷. Par ailleurs, l'initiative sembla bel et bien marquée d'une volonté d'égalisation réelle¹⁷⁹⁸.

630. Cependant, à la lecture attentive des nouvelles dispositions, une autre suppression attire l'attention : il n'est plus question de garanties d'emprunt accordées à des « groupements locaux », mais seulement aux associations cultuelles. Comme l'avait pourtant souligné le rapporteur public Henrard dans ses conclusions sur un arrêt de 2017, les garanties d'emprunt faisaient justement preuve de plus d'ouverture que les BEA cultuels – étudiés ci-après – en ne se limitant pas aux associations cultuelles¹⁷⁹⁹. En effet, « la généralité des termes utilisés permet[tait] d'ouvrir cette faculté à toutes les confessions religieuses, aux associations cultuelles, diocésaines et celles relevant de la loi de 1901 »¹⁸⁰⁰. Malgré tout, la loi du 24 août 2021 semble avoir restreint les emprunts garantis aux seules associations cultuelles. La raison tient d'une nécessité de contrôle des associations cultuelles¹⁸⁰¹, alors conforme à l'objectif de la loi¹⁸⁰². D'un point de vue purement égalitaire, ce changement est malheureux tant les associations musulmanes sont réputées privilégier le statut de la loi de 1901. D'un autre côté, la loi entend encourager les associations à opter pour le statut des associations cultuelles, ce qui réduirait en soi de nombreux écarts, dont ceux décrits plus haut. Nous assistons alors à un procédé paradoxal d'égalisation forcée.

- *Le BEA cultuel (ordonnance du 21 avril 2006)*

631. L'un des outils les plus mis en avant au titre de l'égalité réelle est le bail emphytéotique administratif (BEA). Le recours à celui-ci permet à une collectivité de mettre à disposition un terrain au profit d'une association pour une somme modique, grâce à un bail de longue durée (18 à 99 ans) revenant, à la fin de ce délai, à la propriété de la collectivité publique.

632. En matière cultuelle, cet instrument a connu un fort développement que l'on fait traditionnellement remonter à la procédure des chantiers du cardinal dans les années 1930. Il

¹⁷⁹⁶ H. MAUREY, *Rapport d'information : les collectivités territoriales et le financement des lieux de culte*, Paris, Sénat, n° 345, 2015, p. 83.

¹⁷⁹⁷ Art. 70 de la loi du 24 août 2021, *préc.*

¹⁷⁹⁸ Voir les débats lors de l'introduction de l'article 27 bis (aujourd'hui article 70) devant le Sénat par le Gouvernement (Séance du 8 avr. 2021, *Débats parlementaires. Sénat*, JORF n° 35 S., 9 avr. 2021, p. 2938 et s.).

¹⁷⁹⁹ CE, 10 févr. 2017, *Ville de Paris*, n° 395433 ; *AJDA*, 2017, p. 684, concl. O. HENRARD.

¹⁸⁰⁰ M. FLORES-LONJOU, *Associations cultuelles*, Paris, Delmas/Dalloz, 1996, coll. « Ce qu'il vous faut savoir », p. 55.

¹⁸⁰¹ Le ministre de l'Intérieur soutient effectivement devant le Sénat que la déclaration au préfet d'une garantie d'emprunt permettrait à ce dernier de vérifier la conformité du statut d'association cultuelle pour éventuellement lui retirer si les justifications se présentaient (Séance du 8 avr. 2021, *Débats parlementaires. Sénat*, JORF n° 35 S., 9 avr. 2021, p. 2944).

¹⁸⁰² Le raisonnement général de la loi vise à étendre le contrôle sur les associations 1901 liées à l'exercice d'un culte et à accroître les avantages de celles cultuelles, afin que des religions comme l'islam se tournent davantage vers ces dernières. Ainsi, la restriction apportée à la garantie d'emprunt, plus similaire à celle préexistante pour les BEA, prend tout son sens.

est souvent soutenu que ce procédé illustra une aide publique ancienne au profit du culte catholique. Guy Coq réfute cet argument et soutint que le financement provenait des dons des fidèles¹⁸⁰³. C'est en l'occurrence négliger une partie du fonctionnement des baux emphytéotiques administratifs, puisque le financement est indirect, l'aide étant induite par la mise à disposition d'un terrain pour une somme modique. De toute évidence, son premier emploi fut uniquement favorable à une religion particulière, dans la mesure où il résulte d'un accord entre Léon Blum¹⁸⁰⁴, alors président du Conseil, et le cardinal Verdier, archevêque de Paris, visant à aider la construction de nouveaux édifices¹⁸⁰⁵, au travers d'un contrat de louage issu du Code civil¹⁸⁰⁶.

633. La formule n'a été étendue que postérieurement pour permettre la construction de synagogues puis de mosquées. En effet, bien que la doctrine omette souvent ce point, Jean-Pierre Moisset décrit une mentalité politique durant les années des chantiers du cardinal plutôt hostile à l'insertion d'édifices cultuels musulmans¹⁸⁰⁷. C'est seulement partir des années 1970-80 que l'état d'esprit général changea à cet égard. Le procédé bénéficia donc avant tout au culte majoritaire et, bien après, à l'islam pour corriger les inégalités de fait. C'est d'ailleurs à ce titre qu'en 2006, de façon très discrète, le BEA cultuel s'est trouvé inscrit dans la loi par l'ordonnance du 21 avril 2006¹⁸⁰⁸. Depuis, c'est l'article L. 1311-2 du CGCT qui prévoit son emploi¹⁸⁰⁹.

634. La question s'est très vite posée du positionnement de ces outils au regard du principe de non financement des cultes, situé à l'article 2 de la loi de 1905. En effet, le BEA exige en contrepartie de l'occupation du domaine une redevance d'un montant modique, alors

¹⁸⁰³ G. COQ, « Faut-il changer la loi de 1905 ? », *Hommes et Migrations*, n° 1259, 2006, p. 31-43.

¹⁸⁰⁴ Philippe Portier précise que l'initiative de mettre à disposition des terrains municipaux pour la construction d'églises revient à Paul Grunbaum-Balin, alors devenu président de l'Office public des habitations bon marché (P. PORTIER, *L'État et les religions en France...*, *op. cit.*, p. 169).

¹⁸⁰⁵ X. DELSOL, A. GARAY et E. TAWIL (dir.), *Droit des Cultes...*, *op. cit.*, p. 264. Notons que d'autres ouvrages tiennent des versions quelque peu différentes. Par exemple, d'autres auteurs relatent que « ces accords n'ont en fait jamais existé sous la forme où quelques auteurs en ont parlé. Il s'agit, en fait, d'une conjonction d'accords entre l'association diocésaine de Paris et un certain nombre de collectivités locales de la région parisienne ». Ils font d'ailleurs remonter ce procédé à une époque antérieure au gouvernement Blum : « [q]uant aux collectivités locales à l'initiative de cette formule, il s'agit, en 1928, de la ville de Paris, du Conseil général de la Seine, et, en 1932, du maire de Suresnes et du président de l'office départemental des habitations à bon marché. [...] Ces accords ont été connus des Gouvernements successifs de cette période, y compris le Gouvernement Blum, et n'ont fait l'objet d'aucune opposition, réserve ni critique de leur part » (J. DUFAUX *et al.* (dir.), *Liberté religieuse et régimes des cultes en droit français...*, *op. cit.*, p. 1077).

¹⁸⁰⁶ Permettant aux collectivités locales de louer aux associations cultuelles des terrains à bâtir destinés à l'implantation d'un édifice cultuel. Ce contrat prit la forme classique d'un bail emphytéotique d'une durée de 99 ans, moyennant la modique redevance de 1 F d'annuités, et un retour à la collectivité publique du terrain au terme du bail (X. DELSOL, A. GARAY et E. TAWIL (dir.), *Droit des Cultes...*, *op. cit.*, p. 264).

¹⁸⁰⁷ « Les musulmans étant pour la plupart algériens, donc suspects, les pouvoirs publics ne songent qu'à les héberger et à les contrôler, et non à permettre leur intégration en les aidant à se doter des équipements qui favoriseraient l'organisation de leur vie collective », soutient l'auteur. Et celui-ci de poursuivre que la mosquée de Paris édifée dans les années 1920 demeurerait une exception, dont on exposa déjà les raisons (J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, *op. cit.*, p. 47).

¹⁸⁰⁸ Ordonnance n° 2006-460, 21 avr. 2006, relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JORF, 22 avr. 2006, p. 6024.

¹⁸⁰⁹ Il dispose qu'un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un BEA « en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ».

assimilable à une subvention déguisée. Jusqu'à peu, c'est ainsi que l'entendait le juge administratif puisqu'à plusieurs reprises il constata des redevances trop modestes, rentrant alors en contradiction avec l'article 2 de la loi de 1905¹⁸¹⁰. Il faut dire qu'au départ un tel aménagement restait l'œuvre de la pratique et d'une jurisprudence, certes libérale, mais toujours tâtonnante. L'intervention du législateur délégué en 2006 ne changea pas tout le droit en vigueur, mais permit enfin au Conseil d'État de logiquement trancher la question en 2011. En effet, ce dernier, reprenant l'avis de son rapporteur public, a pu considérer le BEA comme un système expressément dérogoire à l'interdiction de subventionnement du culte prévu par la loi de 1905, du fait de la modique redevance exigée, ainsi que du transfert de propriété, et des charges attenantes, à l'issue du délai¹⁸¹¹. Le rang législatif de la disposition instaurée en 2006 permettait de directement justifier la dérogation à la loi de 1905, ce que le Conseil constitutionnel valida par la suite¹⁸¹², et de légitimer un aménagement juridique au service du pluralisme¹⁸¹³. En effet, aujourd'hui « cette solution se veut pour le moins facilitatrice à l'endroit des cultes non historiques, installés sur le territoire national postérieurement à la loi de 1905 et propre à établir un équilibre entre les anciens et les nouveaux lieux de cultes »¹⁸¹⁴.

635. Les conclusions des arrêts de 2011 sont assez révélatrices de cette volonté derrière la motivation des décisions. Le rapporteur public prend d'abord le temps de consacrer un développement aux changements sociaux et confessionnels que la France a connus. Il souligne ensuite l'égalité des cultes nécessaire, que ce soit dans l'interdiction de financements ou dans l'autorisation de subventions¹⁸¹⁵. Cela vaut aussi pour le BEA. Autrement dit, « tous les cultes peuvent bénéficier du dispositif et sous réserve des contraintes foncières, toute commune qui se lance dans ce type de dispositif devrait faire droit à d'éventuelles demandes présentées sur le même fondement »¹⁸¹⁶. Dans les faits tout de même, la collectivité a le bénéfice du choix et optera pour le culte qu'elle préfère aider. C'est probablement à ce titre que le rapporteur public

¹⁸¹⁰ La jurisprudence n'était pas constante à cet égard, mais la question était débattue (S. TISSOT-GROSSRIEDER, « De l'usage du bail emphytéotique pour la construction d'une mosquée », *AJDA*, 2010, p. 2471).

¹⁸¹¹ « Le législateur a ainsi permis aux collectivités territoriales de conclure un tel contrat en vue de la construction d'un nouvel édifice cultuel, avec pour contreparties, d'une part, le versement, par l'emphytéote, d'une redevance qui, eu égard à la nature du contrat et au fait que son titulaire n'exerce aucune activité à but lucratif, ne dépasse pas, en principe, un montant modique, d'autre part, l'incorporation dans leur patrimoine, à l'expiration du bail, de l'édifice construit, dont elles n'auront pas supporté les charges de conception, de construction, d'entretien ou de conservation ; qu'il a, ce faisant, dérogé aux dispositions précitées de la loi du 9 décembre 1905 » (CE, 19 juill. 2011, *Mme Vayssière*, n° 320796 ; *RFDA*, 2011, p. 967, concl. E. GEFFRAY).

¹⁸¹² Le juge constitutionnel confirmera indirectement cette interprétation en sous-entendant enfin la valeur non constitutionnelle du principe de non subventionnement des cultes. En effet, il classa parmi les principes découlant de celui de laïcité seulement l'interdiction de salarier un culte (cons. 5). Beaucoup d'auteurs voient dans cette décision une distinction entre non subventionnement et non salariat qui tend à ne pas donner un rang constitutionnel à ce premier (voir P.-H. PRELOT, « Le financement public des cultes en France entre régime d'exception et droit commun », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 55-66), ce que le considérant 4 s'applique à confirmer en rappelant à côté les principes de l'article 2 de la loi de 1905 (décision n° 2012-297 QPC, 21 févr. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*).

¹⁸¹³ S. TISSOT-GROSSRIEDER, « De l'usage du bail emphytéotique pour la construction d'une mosquée », *art. préc.*

¹⁸¹⁴ N. BEN AYED, « Le Conseil d'État précise les conditions du recours au bail emphytéotique cultuel », *Seban & Associés*, 2017, disponible en ligne sur : <https://www.seban-associes.avocat.fr> (consulté le 9 févr. 2022).

¹⁸¹⁵ En outre, le financement ne concerne que peu l'égalité, mais les dispositions doivent être mises en œuvre « dans le respect du principe de neutralité à l'égard des cultes et du principe d'égalité » (CE, 19 juill. 2011, *Mme Vayssière*, *préc.*).

¹⁸¹⁶ Concl. E. GEFFRAY, *préc.*

plaide pour la prudence dans l'utilisation de cet outil¹⁸¹⁷. Celui-ci voit, en toute hypothèse, dans le BEA un correctif convenable à l'inégalité entre les cultes, car « de nature à favoriser un meilleur équilibre entre lieux de culte nouveaux, et lieux de culte anciens, tous cultes confondus »¹⁸¹⁸.

636. Pour autant, il faut bien admettre que la « sécurisation juridique de cette pratique d'origine coutumière, en 2006, a été rendue nécessaire [...] par la multiplication des contentieux relatifs à la construction de mosquées », et ce, « alors même que jusqu'ici les Chantiers du cardinal n'avaient jamais été contestés en justice »¹⁸¹⁹. Aussi navrant que puisse être ce constat, le BEA cultuel reste, malgré tout, la principale illustration d'une intervention des pouvoirs publics afin que les groupes religieux minoritaires bénéficient effectivement de lieux de prière, d'une intervention somme toute inscrite dans une logique d'égalité effective entre les cultes¹⁸²⁰. La construction, dans les années 1980, de la Grande Mosquée de Lyon à l'aide d'un BEA cultuel en constitue l'illustration¹⁸²¹.

637. En revanche, persiste un embarras au sujet de l'affectation des biens à l'issue du délai fixé. La collectivité deviendra propriétaire du terrain et pourra soit affecter à une exploitation économique le bien, soit maintenir l'affectation cultuelle et le mettre à disposition, mais seulement à titre onéreux. D'abord, rien ne garantit que cette dernière affectation soit alors maintenue. Surtout, dans l'hypothèse de son maintien, l'inégalité perdure par rapport aux pratiquants, notamment catholiques, qui bénéficièrent de l'affectation à titre gratuit par l'article 13 de la loi de 1905. Enfin, d'un point de vue purement budgétaire, l'incorporation au terme du bail dans le patrimoine des collectivités risque de lourdement peser sur leur budget¹⁸²².

638. Une autre limite du dispositif tient de son application aux associations cultuelles. Le Conseil d'État rappela dans un arrêt de 2017 que lors de la conclusion du BEA cultuel l'affectataire ne pouvait être qu'une association cultuelle issue de la loi de 1905¹⁸²³. Si le juge laissa une légère ouverture en exigeant le statut d'association cultuelle uniquement pour

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ *Ibid.*

¹⁸¹⁹ P.-H. PRELOT, « Les transformations coutumières de la loi de 1905 » in P. AUVERGNON *et al.* (dir.), *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion », p. 526.

¹⁸²⁰ A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité... » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁸²¹ C.-E. HAFIZ et D. DEVERS, *Droit et religion musulmane*, Paris, Dalloz, 2005, coll. « États de droits », p. 115.

¹⁸²² La délégation du Sénat constatait en 2015 que « le bail emphytéotique conclu en vue de la construction d'un édifice cultuel est certes un outil efficace pour résorber les inégalités d'accès aux lieux de culte des différents groupes religieux, mais qu'il faut absolument en anticiper les conséquences pour les finances locales futures. À long terme, en effet, la propriété des édifices cultuels va représenter une charge très lourde d'entretien et de conservation pour les collectivités territoriales qui auront eu recours à ce type de contrats » (H. MAUREY, *Rapport d'information : les collectivités territoriales et le financement des lieux de culte*, Paris, Sénat, n° 345, 2015, p. 86).

¹⁸²³ La haute juridiction administrative engage toutefois à régulariser le bail en insérant une clause garantissant l'affectation du lieu à une association cultuelle (CE, 10 févr. 2017, *Ville de Paris*, n° 395433 ; *AJDA*, 2017, p. 684, concl. O. HENRARD).

l'affectataire¹⁸²⁴, le régime reste volontairement plus restreint, par exemple, que celui des garanties d'emprunts¹⁸²⁵. Comme le suggérait le rapport Machelon, le bénéfice des BEA culturels pourrait alors être étendu à toutes les associations à vocation culturelle¹⁸²⁶. Le même problème persiste toutefois : la religion musulmane se dote peu d'associations culturelles dans les faits.

639. En définitive, le BEA n'est assurément pas une solution miracle, comme Jean-Daniel Roque le précise : « ni la loi ni la jurisprudence actuelles ne permettent la réintégration des édifices du culte qui, pour différentes raisons – ne serait-ce que leur date de construction antérieure à la mise en œuvre de ce dispositif, ou l'absence de concours des responsables des collectivités territoriales lors de leur édification –, ne peuvent bénéficier de cette procédure : nous ne pouvons que constater une situation à la fois discriminatoire et figée »¹⁸²⁷. Le BEA n'est qu'une solution pour l'avenir, toutefois soumise au bon vouloir des collectivités. Malgré la prudence encouragée par le rapporteur public dans ses conclusions pour l'arrêt *Mme Vayssière*, l'octroi d'un BEA reste à la discrétion des autorités locales, ce qui ne permet qu'une correction parcellaire des inégalités et une application en pratique disparate. Si la religion musulmane jouit de ce dispositif, il n'est pas certain que des communautés, plus discrètes et moins médiatisées, profitent des mêmes initiatives en la matière, à l'exemple des communautés évangéliques¹⁸²⁸. Cela ne fait que décaler le problème de l'égalité réelle entre les cultes.

- *La loi du 24 août 2021*

640. Après tous ces textes, un dernier développement est nécessaire sur la loi *confortant les principes de la République* d'août 2021, qui se prononça sur des aspects qui touchent les problématiques du régime des cultes et l'égalité réelle. En premier lieu, elle a pour objectif général de pousser la transition des associations 1901 vers les associations culturelles, notamment en incluant un nouvel article 4-1 à la loi du 2 janvier 1907 qui prévoit des obligations de transparence aux associations classiques, mais ayant des activités culturelles similaires à

¹⁸²⁴ Ainsi, le BEA peut être conclu avec une association classique, tant qu'une clause vient préciser que l'affectation finale de l'édifice construit revient à une association culturelle. C'est un souhait du rapporteur public afin de remédier aux situations antérieures à l'ordonnance de 2006 qui témoignaient de BEA culturels passés avec de simples associations loi 1901 : « ainsi, dans toutes les hypothèses de baux déjà signés avec des emphytéotes qui n'auraient pas la qualité de l'association culturelle, il suffirait de prévoir une clause résolutoire garantissant l'affectation du lieu à une telle association » (CE, 10 févr. 2017, *Ville de Paris, préc.*).

¹⁸²⁵ Garanties d'emprunt qui, comme le souligne le rapporteur public dans l'arrêt *Ville de Paris*, faisaient avant 2021 mentions de « groupements locaux », vocabulaire volontairement employé par le législateur et qui comprenait « toutes les autres formules juridiques et notamment l'association de la loi de 1901 » (concl. O. HENRARD, *préc.*).

¹⁸²⁶ J.-P. MACHELON, *Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, op. cit., p. 25.

¹⁸²⁷ J.-D. ROQUE, « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (I) », *Études théologiques et religieuses*, t. 73, 1998/2, p. 203-230.

¹⁸²⁸ Didier Leschi, sans demi-mot, considère : « les collectivités locales ne pourraient accorder au seul culte musulman des sommes qu'elles se refusent à attribuer depuis des décennies à d'autres cultes présents sur leur territoire et pour lesquels elles sont même déjà peu enclines à accorder des baux emphytéotiques. On pense en particulier aux différentes Églises de la mouvance évangélique qui restent le parent pauvre de l'attention administrative et de l'action bienveillante des collectivités locales, et dont les fidèles appartiennent très certainement aux Églises les plus discriminées de France » (« L'organisation du culte musulman : un regard de praticien administratif », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 27-42).

celles de 1905¹⁸²⁹. De même, la loi apporte quelques facilitations d'implantations¹⁸³⁰ et de financement¹⁸³¹ pour les associations cultuelles. À noter, toujours sur l'aspect financier, que la loi exige des associations loi 1901 qui ont des activités cultuelles à bien distinguer le compte relatant les dépenses propres à celles-ci. Si l'immixtion des pouvoirs publics en la matière est critiquable, nous pouvons également y voir une facilitation pour les associations mixtes à disposer des aides publiques, les activités culturelles et cultuelles devant être dorénavant strictement distinguées financièrement. L'interprétation du juge administratif devient alors plus sûre. Finalement, le texte apporta diverses retouches de la sorte, parfois très discrètes. Notamment, le paragraphe portant sur l'interdiction, sous quelque forme que ce soit, des subventions publiques voit ses exceptions quelque peu étendues par rapport à la formulation de 1942. En effet, le législateur entérine d'une certaine façon la jurisprudence *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône* de 2011 – étudiée plus avant – sur le financement de la construction d'un ascenseur adossé à un lieu de culte en rajoutant : « ne sont pas considérées comme subventions les sommes allouées pour réparations *ainsi que pour travaux d'accessibilité* aux édifices affectés au culte public »¹⁸³². Ces changements mineurs pour l'égalité compensent difficilement les critiques que le texte subit de la part de la doctrine, ne serait-ce que sur l'extension du contrôle public pesant les religions, mais aussi concernant l'ambiguïté de l'incitation à employer des associations cultuelles¹⁸³³.

¹⁸²⁹ Ces obligations sont comptables et est exigée une tenue expresse d'un compte consacré à l'exercice de l'ensemble des transactions financières liées à l'exercice du culte. Par une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a exigé, à propos des article 4 et 4-1 de la loi du 2 janvier 1907 tels que modifiés, que le pouvoir réglementaire veille, « en fixant les modalités spécifiques de mise en œuvre de ces obligations, à respecter les principes constitutionnels de la liberté d'association et du libre exercice des cultes » (décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *préc.*, cons. 31).

¹⁸³⁰ En exigeant un nombre minimum de seulement sept personnes, et ce, peu importe la population de la commune de domicile (nouvelle rédaction de l'article 19 de la loi de 1905 issue de l'article 68 de la loi de 2021). Auparavant, l'exigence du nombre variait en fonction de la population de la commune où l'association installait son siège.

¹⁸³¹ L'article 71 de la loi autorise dorénavant les associations cultuelles à posséder et administrer tous immeubles acquis à titre gratuit et à tirer des ressources annuelles des immeubles qu'elles possèdent à la limite de 50 % de leurs ressources annuelles totales dès lors que ces ressources ne sont pas strictement nécessaires « à l'accomplissement de leur objet, ni grevés de charges pieuses ou cultuelles ». Comprendons par-là que les associations peuvent exploiter des biens et tirer autant de revenus issus d'immeubles qu'elles souhaitent, du moment que ces sommes sont affectées à l'exercice du culte. Notons que le Conseil constitutionnel dut se prononcer sur la conformité de ces dispositions au principe d'égalité (décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *préc.*). Celui-ci jugea qu'il y avait effectivement différence de traitement résultant de la restriction seulement applicable aux associations cultuelles (cons. 21). Mais le juge constitutionnel constate également une différence de situation résultant de l'objet des associations, qui est précisément d'assurer l'exercice du culte pour celles concernées par la loi (cons. 22). Enfin, le Conseil conclut au rapport entre la différence de traitement et l'objet de la loi, « qui est de permettre aux associations cultuelles de retirer des ressources de leur patrimoine immobilier tout en s'assurant que leur financement demeure en rapport avec les ressources recueillies auprès de leurs fidèles » (cons. 23).

¹⁸³² Nous soulignons (art. 19-2 de la loi de 1905, créé par l'article 71 de la loi de 2021).

¹⁸³³ Clément Benelbaz constatait lors d'une intervention qu'en dépit de ce que prônait le gouvernement, en se targuant de revenir à l'esprit de 1905 et en souhaitant favoriser l'adoption de structures associatives cultuelles, le législateur maintenait l'opacité entre le culturel et le cultuel. En effet, le commentateur observait un renvoi répété aux associations mixtes et à leur possibilité de subventionnement dans les travaux préparatoires. Il concluait que l'article 12 de la nouvelle loi, qui soumettait l'octroi de subvention à l'adhésion à un « contrat d'engagement républicain », concernait donc également les associations mixtes, confirmant l'éventualité de leurs subventionnements. Contrairement aux souhaits de l'auteur, la loi ne remettait effectivement pas en cause une jurisprudence vacillante du Conseil d'État sur la connivence entre le culturel et le cultuel (Intervention orale sur le financement des cultes dans le cadre d'un séminaire de l'Institut Maurice Hauriou, organisé par Mathieu Touzeil-Divina, intitulé : *6 mois après le vote de la loi dite « séparatisme » du 24 août 2021 : quelles autres*

641. Que conclure de cet exposé sur ces différentes lois ? Qu'il n'y a pas eu de politique d'égalisation réelle à travers des lois claires intervenant dans le domaine des cultes. Les outils employés aujourd'hui l'étaient déjà auparavant, généralement au profit du culte catholique, souvent négociés avec l'Église, et au titre de son libre exercice¹⁸³⁴. Certes, la grande majorité de la population pratiquait cette religion, mais aujourd'hui l'islam est la deuxième de France. De surcroît, les religions juive et protestante, bien que numériquement moins importantes, restaient implantées de longue date. Elles n'ont pourtant pas connu les mêmes faveurs. Ces dernières furent, par la suite, étendues aux autres religions, conformément au fait que tout droit accordé à un culte doit théoriquement pouvoir être revendiqué par un autre, comme le relevait le sénateur Paul Loridant à la suite du projet entourant la cathédrale d'Évry¹⁸³⁵. Nous avons en l'occurrence un exemple concret des bienfaits de la généralité : les dispositions établies restèrent à la portée de toute autre religion. C'est d'ailleurs ce qui rend la qualification de loi servant l'égalité réelle complexe : le respect d'un certain formalisme ne permet pas de différencier une loi qui vise la correction des inégalités sans en apprécier les intentions. Il reste que ces normes, alors qu'elles ne poursuivaient pas initialement une finalité d'égalisation réelle, la servent malgré tout aujourd'hui. Elles auraient cependant très certainement mieux servi cet objectif si elles l'avaient eu en ligne de mire dès le départ. Il n'empêche que nombre de ces aménagements datent d'avant les années 1980, période à partir de laquelle l'on réalise l'insuffisance du droit en vigueur pour aider la construction des édifices culturels musulmans. Ce constat fait relativiser, une fois de plus, l'éventuelle correction résultant des textes qui ont progressivement favorisé le financement du culte. D'autant que, de nos jours, la simple évocation d'aménagements religieux au profit de l'islam est susceptible de déclencher les passions. Nous le disions, le sentiment d'injustice n'en ressort qu'accru. Nous pouvons supposer que l'ancrage officiel du BEA reste l'exemple le plus parlant d'une éventuelle réglementation rentrant dans le champ de l'égalité réelle au profit des musulmans, bien que le dispositif ne soit pas nouveau.

642. En toute hypothèse, peut-être aurait-il été souhaitable que le législateur fasse moins preuve de timidité et ose intervenir afin de corriger concrètement les inégalités de fait qui perdurent. En respectant la généralité des formulations, en opérant par un régime ouvert à toutes les religions, nul reproche de communautarisme aurait pu être opposé. Si nous comprenons l'intervention au profit du fait social le plus important, donc préoccupant, cela met peut-être également en lumière le manque de considération pour le fait minoritaire, en d'autres termes pour une approche plus réaliste des droits. Il faut dire que le législateur se repose beaucoup sur le juge pour égaliser concrètement la norme générale.

« séparations » ?, et tenu le 6 janvier 2022 à l'Université Toulouse I Capitole).

¹⁸³⁴ J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, op. cit., p. 67. L'auteur explique que les aménagements financiers intégrés entre 1958 et 1987 le furent à la demande d'autorités catholiques (*ibid.*, p. 313).

¹⁸³⁵ La cathédrale avait reçu un financement public à hauteur de 5 millions de francs mais au seul profit du centre d'art que l'édifice devait abriter (Q.E. n° 11308 de P. LORIDANT, JO Sénat (Q), 23 août 1990, p. 1784, réponse Ministre de la Culture, JO Sénat (Q), 8 nov. 1990, p. 2404).

PARAGRAPHE 2. Une intervention jurisprudentielle active et judicieuse : le réajustement de la règle générale

643. L'intervention législative étant insuffisante, voire souvent inexistante, le juge a très fréquemment pris les devants pour corriger les inégalités de fait, et ce, dans le cadre que permet le modèle français. En réalité, la place du juge qui peut faire défaut à l'universalité de la règle est aussi celle lui permettant d'en corriger les maladroites. Si l'application de la règle subit les biais de l'interprétation du juge, conduisant à certaines exclusions, la prise de conscience de leur existence peut permettre effectivement au juge, par son interprétation, d'universaliser la norme générale (A). Dans le cadre de cette universalisation, s'ajoute une autre méthode visant à parfois simplement soumettre la question au droit commun, par exemple pour libéraliser le financement des cultes (B).

A) La solution par l'universalisation de la norme

644. Le juge employa très largement comme correctif l'universalisation de la norme. Peu soupçonné, ce procédé évident et peu périlleux s'inscrit dans le cadre de la norme générale. Il exprime l'ouverture des conditions d'application (1) et s'avère un procédé idéal pour le régime des cultes. Nous trouvons des exemples d'application pour les congrégations (2) et pour les associations cultuelles (3).

1) L'universalisation par l'ouverture des conditions d'application

645. Les limites de l'abstraction précédemment exposées¹⁸³⁶ offrent également leurs propres possibilités de correction. En effet, une règle générale ne peut « entrer en application qu'à la faveur de toute une série d'accommodations par lesquelles la formule théorique de la loi est peu à peu pliée au concret qu'elle doit régir »¹⁸³⁷. En ce sens, Georges Ripert remarquait qu'une loi très générale, par son avantage d'application indéfinie, est toutefois soumise au pouvoir du juge et porte donc « l'inconvénient de tolérer des divergences pendant le temps nécessaire à l'unification de la jurisprudence et de compromettre par conséquent temporaire l'égalité devant la loi »¹⁸³⁸. C'est ici le paradoxe de la généralité : la place laissée aux autorités d'application et au juge entraîne tant de risques discriminatoires que de possibilités de correction. La compromission temporaire de l'égalité abordée par Ripert trouve une correction dans l'unification de la jurisprudence autour d'une universalisation des critères utilisés. Cette étape, nécessaire, est permise par les juridictions suprêmes et le concours du temps.

646. Dans son rapport sur la laïcité, le Conseil d'État traduit la première étape en affirmant que pour assurer l'égal traitement entre les religions, « il convient de vérifier que rien

¹⁸³⁶ Voir Chapitre 1 de ce Titre.

¹⁸³⁷ H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 159.

¹⁸³⁸ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. 355.

ne s'oppose à la pleine utilisation par celles-ci des cadres juridiques existants »¹⁸³⁹. Quand de telles oppositions apparaissent, dans un second temps, il est donc primordial de repenser la règle de droit, « c'est-à-dire soit la réécrire, soit la réinterpréter »¹⁸⁴⁰. Bertrand Dubujadoux complète l'approche en spécifiant que l'adaptation des règles peut intervenir « en leur donnant une interprétation réajustée à la lumière de revendications nouvelles », ce que justifierait la liberté de culte « en permettant que toutes les confessions ou croyances bénéficient des droits qui y sont attachés »¹⁸⁴¹. C'est ici le cœur de l'universalisation portée par le juge. Chargé de substantier les catégories juridiques, il peut, au nom de l'égalité réelle, moduler les « conditions de mise en œuvre des règles en fonction des situations auxquelles elles s'appliquent »¹⁸⁴². Les conditions d'application sont indéniablement la cible première de cette universalisation. C'est quelque peu l'approche de Gilles Pellissier, qui défendait une exigence « de généralité de la règle non plus dans le contenu de l'acte, mais dans les critères de détermination des éléments de chaque situation à partir desquels sera élaboré le traitement adapté »¹⁸⁴³. Autrement dit, les catégories juridiques ne sont pas figées et doivent être redéfinies pour davantage refléter la réalité qui ne concorde plus avec celles-ci à cause de l'évolution des faits¹⁸⁴⁴.

647. L'universalisation peut alors bien passer, par exemple, par la suppression des obstacles à la réalisation des droits individuels, comme ce fut le cas pour les personnes homosexuelles¹⁸⁴⁵. L'approche est partagée et agrémentée par Danièle Lochak qui propose, pour réintégrer les exclus, la suppression des « conditions restrictives mises à l'accès à tel ou tel droit », l'élimination des « dispositions dérogatoires spécifiques applicables à la catégorie exclue » ou encore la reformulation de « la règle de façon que la dissymétrie antérieure disparaisse »¹⁸⁴⁶. C'est, par exemple, le cas de l'instauration de la précision, dans le Code civil, de la possibilité que le mariage soit contracté « par deux personnes de sexe différence *ou de même sexe* »¹⁸⁴⁷. Au passage, ce type de correction a pour effet paradoxal d'inclure une précision supplémentaire dans la norme, donc d'en restreindre quelque part le champ d'application, pour corriger une règle plus générale, mais dont l'application était plus restrictive¹⁸⁴⁸. Cela montre aussi les risques inégalitaires de l'application et l'interprétation de la règle, et l'importance de l'intervention du législateur pour l'universalisation de celle-ci.

¹⁸³⁹ Conseil d'État, *Rapport public sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 387.

¹⁸⁴⁰ D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, op. cit., p. 44.

¹⁸⁴¹ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, op. cit., p. 262.

¹⁸⁴² J.-M. WOEHRLING, « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, op. cit., p. 139.

¹⁸⁴³ G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 91.

¹⁸⁴⁴ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255-272.

¹⁸⁴⁵ J. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *art. préc.*

¹⁸⁴⁶ D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre...*, op. cit., p. 183.

¹⁸⁴⁷ Art. L. 143 du Code civil (nous soulignons), depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JORF n° 0114, 18 mai 2013.

¹⁸⁴⁸ Puisque la règle, en elle-même, n'interdisait pas les mariages entre deux personnes de même sexe. Elle était donc paradoxalement plus générale.

648. Du reste, tel que le soutient Marie-Joëlle Redor-Fichot, l'opération de qualification s'avère nécessairement discriminatoire et, pour qu'elle ne le soit pas, elle doit se fonder sur des critères objectifs en rapport avec l'objet de la qualification¹⁸⁴⁹. Elle renvoie somme toute à l'effort d'uniformisation de la jurisprudence au service de l'égalité décrit par Georges Rippert ci-dessus. Dès lors, l'universalisation peut aussi passer par l'objectivisation des critères en évincent ceux susceptibles d'arbitraires et en privilégier des exigences communes, réputées neutres et applicables identiquement à tout objet.

649. Cette étape de la correction concrète connaît un terrain d'application pertinent en matière religieuse. Le droit des religions est en grande partie réglementaire, modifiable et adaptable ; en somme relativement pragmatique¹⁸⁵⁰. Le régime des cultes renvoie d'une certaine manière à la conception classique du rôle du législateur : intervenant peu, chargé de poser des principes généraux et réglementant le tout par l'abstraction et la généralité. Dès lors, « la charge symbolique qui accompagne le fait religieux explique certaines réticences du législateur à intervenir et se manifeste notamment par la part prépondérante des sources réglementaires en la matière »¹⁸⁵¹. La place laissée à des normes plus pragmatiques et malléables constitue tant une qualité qu'un défaut : d'un côté en confortant une forte incertitude juridique mais, d'un autre côté, en permettant une certaine souplesse et adaptabilité¹⁸⁵², notamment pour les juges. Comme le constate Françoise Curtit, « un grand nombre de dispositions qui continuent d'être appliquées aujourd'hui sont antérieures aux années 1950, alors que le paysage confessionnel s'est depuis profondément diversifié ». Elle poursuit que ces dispositions « ont été dans bien des cas au fil du temps ou ont fait l'objet d'aménagements par la pratique administrative et d'interprétations libérales par la jurisprudence, pour tenir compte notamment d'un contexte de pluralisme religieux »¹⁸⁵³. Cela s'illustre pour le régime des congrégations.

2) L'exemple d'une avancée claire, mais insuffisante dans le régime des congrégations

650. L'universalisation de la formulation de la règle et la suppression des conditions restrictives d'accès à un droit trouvent particulièrement à s'appliquer s'agissant des congrégations religieuses. En effet, quand Françoise Curtit expose les modifications pragmatiques effectuées au fil du temps afin d'adapter la législation au paysage religieux, elle cite en guise d'illustration la réglementation sur les congrégations qui, renvoyant *ab initio* à

¹⁸⁴⁹ M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *art. préc.*

¹⁸⁵⁰ F. CURTIT, « Le droit français des religions au miroir des textes » in P. AUVERGNON *et al.* (dir.), *Droit et religion en Europe...*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁸⁵¹ F. CURTIT et A. FORNEROD, « Manifestations de la soft law en droit français des religions », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 45, n° 2, 2016, p. 111-126.

¹⁸⁵² F. CURTIT, « Le droit français des religions au miroir des textes » in P. AUVERGNON *et al.* (dir.), *Droit et religion en Europe...*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, p. 70.

l'autorité de l'évêque, fut aménagée par le Conseil d'État pour l'étendre à des religions non catholiques¹⁸⁵⁴.

651. Précisément, si le régime n'a pas été appliqué de 1945 à 1970, lorsque le président de la République Georges Pompidou remit au goût du jour son existence, l'on accepta d'étendre le système de reconnaissance aux autres cultes, devenus nombreux. Ainsi, les pouvoirs publics n'eurent aucun mal à reconnaître des congrégations non catholiques.

652. Cependant, en l'absence de définition légale, le Conseil d'État dut à cet effet modifier les critères d'application du régime, afin de l'universaliser. Le processus passait indéniablement par l'effacement du référentiel catholique au profit de conditions applicables à tous les cultes. La plus haute juridiction administrative estima que la modification du décret de 1901¹⁸⁵⁵ n'était pas nécessaire, dans la mesure où les conditions habituelles des congrégations pouvaient être satisfaites par des groupements non catholiques. Dans un avis de 1987, elle constata alors une autorité « comparable à celle de l'évêque » sur les établissements existant dans son diocèse pour la communauté bouddhiste¹⁸⁵⁶. Le ministre de l'Intérieur, dans une réponse à un parlementaire rappela par la suite l'ouverture de ces conditions en exigeant l'« autorité d'un supérieur investi de pouvoirs particuliers et relevant lui-même de la hiérarchie propre à la religion dont il se réclame »¹⁸⁵⁷. L'interprétation fut réitérée dans un avis du 14 novembre 1989, par lequel le Conseil d'État proclama qu'un groupement peut se définir comme congrégation dès lors qu'il réunit « un ensemble d'éléments de nature à caractériser une congrégation, tels que la soumission à des vœux et une vie en commun selon une règle approuvée par une autorité religieuse... »¹⁸⁵⁸.

653. L'avancée s'apprécie par l'absence de référence à l'évêque. Le critère a été généralisé et « impersonnalisé », sous l'influence de la demande sociale et des nouvelles formes de vie religieuse¹⁸⁵⁹. Cette jurisprudence permit l'ouverture du statut des congrégations à ces nouvelles formes de vie, « qui n'ont pas grand rapport avec les formes traditionnelles de vie communautaire catholique »¹⁸⁶⁰. En outre, il existe dorénavant des congrégations

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ Décret, 16 août 1901, *portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901, relative au contrat d'association*, JORF n° 0221, 17 août 1901, p. 5250 et s.

¹⁸⁵⁶ A. BOUGNOUX, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *JCST*, 2014, Fasc. 175-60.

¹⁸⁵⁷ Le ministre poursuivait : « [l]a Haute Assemblée a estimé que le texte de 1901 pouvait être interprété comme imposant d'une façon générale la production d'une attestation de la personnalité ayant qualité pour représenter la religion considérée et pour exercer sur la communauté concernée un pouvoir juridictionnel comparable à celui de l'évêque sur les établissements existant dans son diocèse » (Q.E. n° 09532 de M. C. de CUTTOLI, JO Sénat (Q), 4 févr. 1988, p. 143, réponse Ministre de l'Intérieur, JO Sénat (Q), 24 mars 1988, p. 412).

¹⁸⁵⁸ CE, avis n° 346-040, 14 nov. 1989.

¹⁸⁵⁹ A. BOUGNOUX, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *art. préc.*

¹⁸⁶⁰ E. TAWIL, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'État et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, Aix-Marseille, PUAM, 2009, coll. « Droit et Religions », p. 165.

orthodoxes¹⁸⁶¹, protestantes¹⁸⁶², mais également bouddhistes¹⁸⁶³ ou hindouistes¹⁸⁶⁴. Modulation ou quasi-suppression d'une condition restrictive ; c'est ici un exemple de l'universalisation de conditions d'application d'un régime spécifiquement prévu *ab initio* pour le culte catholique. En outre, « l'universalité des droits est rétablie grâce à l'universalisation de la formulation de la règle »¹⁸⁶⁵.

654. Malgré tout, le régime n'a pas entièrement rompu avec son modèle d'origine, c'est-à-dire la structure catholique. En conséquence de quoi, il reste « difficile d'étendre le statut de congrégation à des cultes sans tradition monastique », conclut Pierre-Henri Prélôt¹⁸⁶⁶. De cette remarque découle une autre difficulté : l'exigence d'une vie commune implique irrémédiablement l'exclusion de certains groupements encore plus éloignés du modèle catholique inspirant une nouvelle fois cette condition¹⁸⁶⁷. Dès lors, ce processus d'universalisation, certes tangible, reste perfectible.

655. Même le Conseil d'État, dans son fameux rapport sur le principe de laïcité rendu en 2004, s'il salue la libéralisation du régime des congrégations, doute « que les critères appliqués actuellement en matière de reconnaissance à des congrégations soient adaptés à l'organisation des groupements, communautés ou confréries religieux musulmans »¹⁸⁶⁸. Cela étant, même à l'égard du bouddhisme le régime n'était pas spécialement adapté. La communauté en question dût concrètement calquer son organisation sur celle du culte catholique afin de bénéficier du régime¹⁸⁶⁹.

656. Finalement, il est légitime de se demander pourquoi le Conseil d'État n'a pas déclaré que ce décret de 1901 était illégal au titre de la laïcité, de la non-reconnaissance ou de l'égalité. Les recours ont sûrement manqué¹⁸⁷⁰. Dans l'absolu, le texte renvoie directement au modèle catholique et semble à ce titre peu conforme à de nombreux principes en vigueur. Telle était d'ailleurs l'interprétation audacieuse du tribunal administratif de Paris dans son jugement du

¹⁸⁶¹ Par exemple CE, avis, 29 oct. 1991, *Communauté monastique orthodoxe de la Résurrection de Villardonnell*, n° 350561 cité dans *ibid.*, p. 167.

¹⁸⁶² Par exemple, CE, avis, 3 mars 1993, *Congrégation de l'Armée du Salut*, n° 351732 cité dans *ibid.*, p. 168.

¹⁸⁶³ Par exemple, CE, avis, 27 oct. 1987, *Communauté « Karmé Dharma Chokra »*, n° 342574 cité dans *ibid.*, p. 167.

¹⁸⁶⁴ Par exemple, CE, avis, 1^{er} juill. 1997, *Congrégation Centre international Sivananda de yoga Vedanta*, n° 359161.

¹⁸⁶⁵ D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *op. cit.*, p. 183.

¹⁸⁶⁶ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *art. préc.*

¹⁸⁶⁷ CE, avis, 10 nov. 1998, *Ouvriers pour un monde nouveau*, n° 360986 cité dans E. TAWIL, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁶⁸ CE, *Rapport sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 319.

¹⁸⁶⁹ « On observe une volonté très forte, contrairement à l'islam, d'imiter la centralisation organisationnelle juive et catholique et de se distinguer ainsi de la secte. [...] Cette stratégie très consciente de normalisation est générale en Europe, c'est aussi pour cela que les bouddhistes ont réussi à obtenir le statut de congrégations en France, en acceptant de se structurer exactement comme les catholiques, avec la même organisation hiérarchie, les mêmes fonctions, etc. » (R. LIOGIER, « La distinction sociocognitive et normative entre bonne et mauvaise religion en contexte européen : le cas de l'islam et du bouddhisme » in M. MILOT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *Pluralisme religieux et citoyenneté*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, coll. « Sciences des religions », p. 109 (nous soulignons)).

¹⁸⁷⁰ Recours dirigé contre le refus d'abrogation ou lors d'une exception d'illégalité.

11 février 2004¹⁸⁷¹. L'annulation de la disposition aurait poussé le pouvoir réglementaire à revoir sa copie pour appliquer la loi de 1901 conformément au droit à présent en vigueur. D'autres critères sont envisageables en la matière, tels que ceux proposés par Bénédic Folscheid dans ses conclusions sur l'affaire de la congrégation du Vajra Triomphant, qui avaient le mérite de se séparer d'un référentiel catho-centré¹⁸⁷². Le Conseil d'État ne fut pas de cet avis et justifia le maintien du critère en question par le fait qu'il « constitue la seule garantie pour les pouvoirs publics que la communauté fonctionne selon les règles propres à la religion dont elle se réclame et peut être qualifiée de congrégation religieuse »¹⁸⁷³.

657. Est-ce cependant satisfaisant ? Il ne semble guère. D'abord, cette forme de disposition sert d'appui aux critiques du modèles et favorise les sentiments de domination et de discrimination à l'endroit des minorités. De surcroît, l'application du régime crée une forme d'entre-deux : d'un côté, les congrégations catholiques sont soumises à la lettre du texte et doivent se munir d'une déclaration de l'évêque, de l'autre, les congrégations non catholiques font l'objet de critères purement jurisprudentiels, dont l'appréciation reste certes proche mais spécifique. Surtout, les mêmes limites resurgissent : bien que le régime ne suive plus expressément l'exigence fondée sur une autorité spécifiquement catholique, il reste empreint d'une conception particulière de la religion. Plus encore, d'une conception particulière de la prise en considération du religieux en France¹⁸⁷⁴. Un bilan reste révélateur : l'islam – pourtant deuxième religion de France – n'a, à ce jour, aucune congrégation reconnue¹⁸⁷⁵.

658. Plus haut, nous regroupons le cas des aumôneries et des congrégations dans un développement commun. En réalité, pour les aumôneries, les choses changèrent peu sur le plan spécifiquement jurisprudentiel¹⁸⁷⁶. Tout au plus, pouvons-nous observer l'illustration d'un refus de restriction du régime par la suppression d'un critère énoncé par l'autorité administrative. En l'occurrence, l'appui d'une liste de six cultes « reconnus » au sein d'une circulaire n'est pas recevable pour refuser l'agrément d'un aumônier témoin de Jéhovah¹⁸⁷⁷. Il peut d'ailleurs clairement s'apparenter à une rupture d'égalité¹⁸⁷⁸. De la même façon, le critère du nombre d'adeptes est tout autant irrecevable pour motiver un tel refus¹⁸⁷⁹. Assurément, cette

¹⁸⁷¹ Selon le juge, la fin du Concordat avait mis fin à l'exigence d'une autorité épiscopale qui interdisait que le régime des congrégations soit applicable aux non catholiques (TA de Paris, 11 févr. 2004, n° 0100644/4).

¹⁸⁷² « [...] Ne serait-il pas plus pertinent de vérifier la consistance d'une congrégation, en prenant en compte par exemple outre le nombre de ses membres, l'ancienneté minimale de la religion dont elle se réclame, le nombre de ses adeptes, autrement dit sa représentativité comme on le fait pour les organisations syndicales ? ». Ces conditions demeurent contestables, avant tout parce qu'elles confortent toujours le privilège du culte catholique en se fondant sur l'ancienneté. Le nombre d'adepte est plus pertinent, mais largement contesté par la doctrine, notamment et notoirement par le Doyen Carbonnier (CA de Nîmes, 10 juin 1967 ; *D.*, 1969, p. 367, note J. CARBONNIER).

¹⁸⁷³ Conseil d'État, *Rapport sur le principe de laïcité*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁸⁷⁴ Une conception objective, renvoyée à l'existence d'une communauté organisée (voir le Titre 3, Chapitre 1).

¹⁸⁷⁵ A. BOUGNOUX et C. LARONDE-CLERAC, « Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *JCST*, 2022, Fasc. 175-60.

¹⁸⁷⁶ Voir Paragraphe 3 pour les modifications les concernant véritablement.

¹⁸⁷⁷ TA de Paris, 6 juill. 2007, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France*, n° 0613450 ; TA de Paris, 21 juin 2010, n° 08006080, 0814387, 0806549 et 0913626.

¹⁸⁷⁸ Comme l'a affirmé le défenseur des droits dans ses observations devant le tribunal administratif de Paris (défenseur des droits, 22 févr. 2010, Délibération n° 2010-44).

¹⁸⁷⁹ CE, 16 oct. 2013, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des libertés c./ Fuentes*, n° 351115, 351116, 351152, 351220, 354484, 354485, 354507 et 354508 ; *AJDA*, 2013, p. 2386, concl. D. HEDARY.

proclamation explicite du Conseil d'État ouvrait l'obligation « de délivrer un agrément aux aumôniers des “nouveaux cultes” »¹⁸⁸⁰. Le rôle du juge est donc fondamental dans l'établissement des critères susceptible d'inclure ou d'exclure des religions récentes au sein du régime des cultes. Le cas des associations cultuelles illustre cela.

3) L'exemple d'une universalisation avérée, mais complexe dans le régime des associations cultuelles

659. Les propos précédents de Marie-Joëlle Redor-Fichot sur l'objectivité des critères trouvent particulièrement à s'illustrer en ce qui concerne les associations cultuelles. Au demeurant, l'autrice émettait sur ce point de nombreuses réserves à l'égard de la jurisprudence du Conseil d'État¹⁸⁸¹. Il convient d'ailleurs de retenir les limites précédemment exposées sur la jurisprudence des associations cultuelles. Ici, il est question du processus d'universalisation que l'application du régime a malgré tout connu.

660. À ce titre, les conditions dégagées en 1997 allèrent indéniablement dans le sens d'une égalisation du régime des associations cultuelles. Certaines communautés ne pouvaient jouir du régime en question du fait de leur stigmatisation. Le contrôle jurisprudentiel manquait de clarté et se gardait d'établir clairement des critères précis pour contrôler le bénéfice du régime des associations cultuelles. Par ce flou, les juges pouvaient plus aisément exclure les mouvements sectaires. Dès lors, une première étape d'égalisation réelle de la jouissance de celui-ci passait par l'établissement de critères objectifs, précis, s'appliquant à tous les cultes. En effet, l'établissement de conditions claires limite la marge d'appréciation du juge et les risques de discriminations. Nous rejoignons la remarque de Marie-Joëlle Redor-Fichot, également partagée par François Jacquot : « si une procédure de reconnaissance existe, elle doit reposer sur des critères objectifs, proportionnés et non discriminatoires, permettant à toutes les religions d'en bénéficier »¹⁸⁸². L'exigence de critères objectifs a ceci de paradoxal qu'elle sert habituellement l'égalité formelle, pour éviter toute discrimination directe. Or, il s'agit ici de discriminations résultant de l'application de la règle. Dès lors, la nécessité de poser des conditions objectives conforte également une application plus juste de la règle dans la mesure où tendre vers l'objectivité limite les biais axiologiques. En revanche, celle-ci n'épuise en aucun cas le débat sur l'égalité réelle. Comme nous l'avons justement vu, elle ne suffit pas à garantir l'universalisation de la règle. C'est probablement la preuve que l'objectivité absolue n'existe pas mais, concomitamment, que sa remise en cause constante au profit de la réalité sociale permet de constamment tendre vers celle-ci.

661. Précisément pour ces critères, il convenait avant toute chose d'appréhender la notion de culte. À l'époque, Jacques Arrighi de Casanova concédait qu'à l'égard des nouveaux cultes la condition tenant à l'exercice du culte exigeait « un effort d'identification plus délicat ». Il

¹⁸⁸⁰ F. DIEU, « Les Témoins de Jéhovah et l'Église de scientologie : situation au 16 octobre 2013 », *D.*, 2014, p. 41.

¹⁸⁸¹ M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *art. préc.*

¹⁸⁸² F. JACQUOT, « La nécessité d'identifier la religion par une définition ou des critères précis », *art. préc.*

réalisait par là même l'importance de la définition au regard de l'égalité en rappelant les vœux du législateur de 1905 et la nécessité de ne pas rétablir la notion de culte issue du régime que la séparation a précisément entendu abolir¹⁸⁸³. Après tout, le rapporteur de la loi de 1905 au Sénat, Maxime Lecomte, avait bien précisé la possibilité pour chacun « d'avoir la faculté de suivre ou d'inventer la religion de son choix » et que « les associations pour l'exercice du culte sont à la portée de tous »¹⁸⁸⁴.

662. La définition employée par le juge a le mérite d'englober le plus grand nombre de religions. À la lecture de l'avis de 1997, Gérard Masson reconnaît dans le développement de la notion de culte « une définition universaliste et indifférenciée »¹⁸⁸⁵. En cela, le comportement du juge est louable, surtout pour corriger les tendances discriminatoires des administrations face à des courants religieux quelque peu atypiques. Bien que les choix du juge se montrent malgré tout cohérents et les critères légitimes, il faut convenir que la définition pouvait largement être sujette à critiques¹⁸⁸⁶.

663. Une partie des remarques portait sur le pan objectif de la définition. Selon l'acception de principe donnée en 1997 et 2008, le culte renvoie à la célébration de cérémonies visant l'accomplissement de certains rites ou pratiques. Jean-Gabriel Sorbara déplorait la place octroyée à la cérémonie dans cette définition, au détriment des cultes non catholiques, mais nous pouvons davantage voir dans l'arrêt une ouverture qui ne se limite plus à cette lecture¹⁸⁸⁷. En effet, si l'arrêt de 2008 pose le considérant de principe identique à l'avis de 1997, dans le considérant suivant, consacré à l'espèce, il fait preuve d'ambiguïté en précisant : « que ces locaux, qui ne sont pas utilisés pour la *célébration de cérémonies, de certains rites ou de certaines pratiques* [...] »¹⁸⁸⁸. Il n'est pas précisé que la célébration implique rites et pratiques, mais que les locaux ne sont utilisés ni pour la célébration, ni pour certains rites, ni pour certaines pratiques. Avec la conjonction « ou », transparait une extension de la notion, puisque, alternativement, le culte peut s'exprimer par des rites, des pratiques, mais aussi des cérémonies. Ce changement dénote une déconnexion d'une notion propre à une conception religieuse « thomiste »¹⁸⁸⁹ – la cérémonie – de l'exercice de rites et pratiques propres à des cultes bien différents. Que cette formule relève, ou non¹⁸⁹⁰, de la maladresse rédactionnelle ne retire rien au fait qu'un tel procédé illustre une universalisation des conditions. Bien que les remarques à l'égard de cette acception du terme « culte » témoignent par elles-mêmes de l'impossible

¹⁸⁸³ J. ARRIGHI de CASANOVA, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations culturelles ? », *RFDA*, 1998, p. 61, note sous l'avis CE, 24 oct. 1997, *préc.*

¹⁸⁸⁴ M. LECOMTE, *Séparation des Églises et de l'État, commentaires des articles de la loi du 9 décembre 1905*, Paris, Félix Juven, 1906, p. 366.

¹⁸⁸⁵ G. MASSON, *La laïcité française à l'épreuve des faits...*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸⁸⁶ Voir Chapitre du présent Titre.

¹⁸⁸⁷ J.-G. SORBARA, « La spécificité de la définition fiscale de l'édifice culturel », *Société, Droit et religion*, n° 1, 2011/1, p. 105-116.

¹⁸⁸⁸ Nous soulignons.

¹⁸⁸⁹ J.-G. SORBARA, « La spécificité de la définition fiscale de l'édifice culturel », *art. préc.*

¹⁸⁹⁰ Une nuance reste de mise, puisque dans un arrêt récent, relatif au contexte sanitaire de la covid-19, le Conseil d'État se fixa une nouvelle fois sur la notion de cérémonie et se prononça implicitement sur son contenu et sa distinction avec d'autres rassemblements ou réunions (voir la note sous CE, ord., 29 nov. 2020, n° 446930 ; *AJDA*, 2021, p. 632, note X. BIOY).

neutralité des critères, elles illustrent aussi combien le changement de quelques termes ou un léger assouplissement permettent une ouverture conséquente d'un régime.

664. Par ailleurs, une solution plus drastique aurait été de favoriser une approche subjective ou auto compréhensive de la religion, c'est-à-dire fondée sur le sérieux de la croyance, mais sans objectiver des critères d'existence de celle-ci, alors imposés par la collectivité publique. Nous verrons plus tard que ce n'est pas l'approche adoptée en France.

665. Outre la définition du culte, le critère de l'exigence d'exercice exclusif du culte se montre également intéressant pour nos propos. Rappelons qu'initialement le texte de la séparation exigeait l'exercice exclusif du culte, ce qui, en fonction de la définition de l'exercice du culte, peut ne pas inclure certaines religions. Pour élargir l'inclusion, en 1997, Conseil d'État accepta les activités annexes, c'est-à-dire les activités qui « se rattachent directement à l'exercice du culte et présentent un caractère strictement accessoire ». Comme le remarquait Gérard Gonzalez, lorsqu'il commentait l'avis, « l'ouverture est bien mince »¹⁸⁹¹. Saluons toutefois l'initiative du rapporteur public en faveur d'un tel critère d'application, d'origine purement prétorienne¹⁸⁹². Quand le Conseil d'État donna une liste de ces activités¹⁸⁹³ il prit soin de constamment employer « telles que », laissant entendre que la liste d'activités annexes n'était pas exhaustive et pourrait supposément en inclure d'autres.

666. En toute hypothèse, il s'agirait du critère sur lequel le juge pourrait le plus agir. Tolérer davantage d'activités liées à l'exercice du culte, comme l'éducation religieuse, universaliserait les critères d'application. La réticence à un tel changement se trouve du côté de la loi de 1905, qui a placé le critère de l'exercice exclusif du culte comme primordial pour caractériser l'association cultuelle. La définition entendue s'avérerait stricte, ce qui explique également la rigidité de l'appréciation du caractère accessoire de l'activité. Dans ce cadre, plus qu'un renvoi à des activités annexes, il aurait directement fallu inclure certaines activités comme faisant partie intégrante de l'exercice du culte. C'est notamment ce que défend Elsa Forey en reprenant la proposition de la Fédération des protestants de France « visant à élargir l'objet de l'association cultuelle pour lui permettre de poursuivre des activités de publication et éventuellement de type caritatif »¹⁸⁹⁴. Cela aurait pour mérite, poursuit-elle, « de simplifier l'organisation des activités de l'Église sur le plan juridique, sans pour autant porter atteinte aux principes fondamentaux de la loi de 1905 »¹⁸⁹⁵. Un exemple est offert par Magalie Flores-Lonjou, qui imagine un élargissement de l'objet des associations cultuelles en incluant, comme

¹⁸⁹¹ G. GONZALEZ, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations cultuelles ? », *RFDA*, 1998, p. 69, note sous CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997 ; concl. J. ARRIGHI de CASANOVA, *RFDA*, 1998, p. 61.

¹⁸⁹² « [U]ne application raisonnable de cette exigence peut être admise : dès lors que l'objet défini par les statuts concerne exclusivement l'exercice d'un culte, la circonstance que l'association exerce en fait d'autres activités [...] n'est pas nécessairement de nature à lui faire perdre son caractère ». Le caractère accessoire est établi, selon lui, par l'importance secondaire de l'activité et son rattachement direct à l'exercice du culte (concl. J. ARRIGHI de CASANOVA, *art. préc.*).

¹⁸⁹³ « [...] l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte » (CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997, *préc.*).

¹⁸⁹⁴ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*

le suggérait par exemple déjà Louis Méjan « l'entretien d'un culte, la formation religieuse et morale des fidèles et la bienfaisance »¹⁸⁹⁶ : « cela permettrait sans aucun doute aux musulmans et autres nouveaux mouvements religieux d'adopter cette forme d'association et d'abandonner celles issues de la loi de 1901 auxquelles ils ont recours et qui ne sont pas adaptées »¹⁸⁹⁷. Si le juge ne l'entend pour le moment pas ainsi, l'extension de la définition de l'exercice du culte ou l'appréciation plus souple des activités annexes, pour moins contredire la loi de 1905, restent des voies envisageables d'universalisation.

667. Enfin, poser explicitement l'exigence du respect de l'ordre public relevait d'une évidence très attendue. Le critère de l'ordre public se veut objectif. Nous avons précisé la nécessité d'appliquer de manière égale ce critère, sans *a priori* sur la conviction religieuse concernée. L'avis de 1997 était déjà une avancée dans le processus d'universalisation du régime. En dépit de ses ambiguïtés, il illustre parfaitement l'établissement de critères précis, universalistes, pour éviter les discriminations dans la qualification juridique. Toutefois, selon Frédéric Dieu, le retour à une application classique du critère de l'ordre public fut véritablement consacré qu'en 2000, lorsque le Conseil d'État, dans deux arrêts, reconnut le statut d'association cultuelle aux Témoins de Jéhovah¹⁸⁹⁸. Ainsi que le relève l'auteur, par ces arrêts, « la jurisprudence administrative est ainsi revenue à la conception traditionnelle, matérielle et concrète, de l'ordre public, l'atteinte à cet ordre ne pouvant résulter que d'actes et comportements et non de dogmes ou de croyances »¹⁸⁹⁹, ce dont témoignaient les conclusions du commissaire du gouvernement¹⁹⁰⁰.

668. Pour être tout à fait exact, une jurisprudence de 2004 maintint toutefois le doute. En effet, la juridiction administrative suprême refusa une nouvelle fois le statut d'association cultuelle à un groupement – le Vajra Triomphant – souvent caractérisé de sectaire¹⁹⁰¹, suivant des motifs contestables. Le Conseil d'État établissait le trouble à l'ordre public en se fondant sur les procédures pénales qui avaient été initiées à l'encontre du fondateur et sur le fait que l'association exerçait ses activités en liaison étroite avec d'autres associations du même culte qui ont fait l'objet de condamnations. En premier lieu, le fondateur de l'association étant décédé en 1998, les poursuites pénales ayant donc été abandonnées, le culte ne tenait plus à sa tête de personnes poursuivies pénalement¹⁹⁰². En second lieu, est perceptible une conception extensive du risque de troubler à l'ordre public concernant l'argument d'une liaison entre les associations. En effet, « nul ne songe à retirer la qualité cultuelle à une association de la loi de 1905

¹⁸⁹⁶ Bien que la formule fût manifestement à la faveur du culte catholique et d'ailleurs suggérée par l'Archevêché de Paris (L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 522).

¹⁸⁹⁷ M. FLORES-LONJOU, *Les lieux de culte en France*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁸⁹⁸ CE, 23 juin 2000, *ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Riom ; ministre de l'Économie des Finances et de l'Industrie c. Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Clamecy* ; RDP, 2000, concl. M. BACHELIER ; RDP, 2000, note A. GARAY et P. GONI.

¹⁸⁹⁹ F. DIEU, « Les mouvements dites “sectaires” appréhendés par le droit : aperçu général », in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁹⁰¹ CE, 28 avr. 2004, *Association cultuelle du Vajra Triomphant*, n° 248467.

¹⁹⁰² F. JACQUOT, « La nécessité d'identifier la religion par une définition ou des critères précis », *art. préc.*

appartenant à la religion catholique bien que de graves affaires pénales existent, ni à des associations du culte musulman »¹⁹⁰³. Une fois encore, le doute concernant l'emploi de la notion d'ordre public persistait à l'encontre de ces mouvements stigmatisés, d'autant que le juge maintint la formule d'une atteinte hypothétique : « le fait que certaines des activités de l'association *pourraient* »¹⁹⁰⁴.

669. Cependant, législateur a très récemment inscrit l'exigence du respect de l'ordre public dans la loi, avec plus de précisions : « [e]lles [les associations cultuelles] ne doivent, ni par leur objet statutaire, ni par leurs activités effectives, porter atteinte à l'ordre public »¹⁹⁰⁵. Dorénavant, l'atteinte n'est plus hypothétique, mais réelle et appréciable *in concreto*, car résultant des « activités effectives ». Par ces précisions le législateur lève le doute en exigeant une appréciation classique de l'ordre public.

670. Du reste, certainement influencés par une position du juge davantage égalitaire, les pouvoirs publics adoptèrent également des comportements moins discriminatoires. Les circulaires suivantes, datant du 7 novembre 1997¹⁹⁰⁶ et du 20 décembre 1999¹⁹⁰⁷, adressaient aux préfets les consignes à suivre afin de lutter contre les mouvements sectaires, notamment par la constitution de cellules de vigilances, tout en leur rappelant le nécessaire respect de la liberté de pensée et d'association. Ces circulaires marquèrent une première évolution en ne faisant plus référence à la liste parlementaire, voire en la rejetant¹⁹⁰⁸. Les circulaires postérieures furent globalement encore plus conformes à l'esprit laïque. Celles en dates du 3 octobre 2000¹⁹⁰⁹, du 25 mai 2000¹⁹¹⁰, s'éloignèrent peu à peu des dispositions discriminatoires, au point de préciser, pour la première, que « ce qui intéresse l'administration n'est ainsi constitué que par des faits et des pratiques qui entrent dans son champ de compétence habituel »¹⁹¹¹. De même, les circulaires des 23 janvier¹⁹¹² et 15 mai 2009¹⁹¹³, tirant les

¹⁹⁰³ La remarque vaut également pour les dirigeants des associations de cultes plus traditionnels, qui connaissent aussi bien des dérives fondamentalistes ou des dénonciations d'actes de pédophilie (*ibid.*) L'actualité à l'égard de l'Église catholique est retentissante à ce propos... (voir Commission indépendante sur les abus sexuels dans l'Église, *Les violences sexuelles dans l'Église catholique. France 1950-2020*, oct. 2021, disponible en ligne sur : www.ciaise.fr (consulté le 10 déc. 2021)).

¹⁹⁰⁴ Nous soulignons.

¹⁹⁰⁵ Art. 19 de la loi du 9 décembre 1905, modifié par l'article 68 de la loi n° 2021-1109, 24 août 2021, *confortant le respect des principes de la République*, JORF n° 0197, 25 août 2021.

¹⁹⁰⁶ Circulaire, 7 nov. 1997, *relative à la lutte contre les agissements répréhensibles des mouvements sectaire*, BO du ministre de l'Intérieur, n° 97, 4^e trim., p. 134-136.

¹⁹⁰⁷ Circulaire, 20 déc. 1999, *relative à la lutte contre les agissements répréhensibles des mouvements sectaire*, NOR/INT/D/99/99262/C.

¹⁹⁰⁸ Il est précisé, dans la seconde circulaire, que « la qualification de "mouvement sectaire" donnée à une association par les différents rapports parlementaires ne saurait révéler à elle seule un quelconque trouble à l'ordre public » (Circulaire, 20 décembre 1999, *préc.*).

¹⁹⁰⁹ Circulaire, 3 oct. 2000, *relative aux dérives sectaires*, NOR/MES/A/00/10158/C.

¹⁹¹⁰ Circulaire, 25 mai 2000, *relative aux pratiques sectaires dans le domaine de la formation professionnelle*, NOR/MES/F/00/10156/C.

¹⁹¹¹ Circulaire, 3 oct. 2000, *relative aux dérives sectaires*, *préc.*

¹⁹¹² Circulaire, 23 janv. 2009, *portant orientations du ministère de l'Intérieur en matière de lutte contre les dérives sectaires pour 2009*, NOR/INT/D/09/00022/C.

¹⁹¹³ Circulaire, 15 mai 2009, *relative au renforcement du caractère opérationnel dans le dispositif du ministère de l'intérieur dans la lutte contre les dérives sectaires*, NOR/IOC.D/09/11319/C.

enseignements des rapports préfectoraux faisant suite à la circulaire du 25 février 2008¹⁹¹⁴, ont fixé deux axes qui prouvaient cette évolution : le refus de listes des mouvements sectaires et la logique visant à qualifier juridiquement les faits pouvant être réprimés.

671. Enfin, ce mouvement d'uniformisation semble également s'être illustré à l'égard des groupements rattachés aux églises traditionnelles. Les juges permirent d'inclure, plus conformément à l'égalité, les minorités dissidentes en excluant le renvoi à l'autorité représentative religieuse. Il fallut néanmoins attendre la fin des années 1990 pour cela. En effet, dans un jugement du tribunal administratif de Paris, à propos de l'association « Fraternité sacerdotale Saint Pie X », le juge contesta l'emploi de la formulation de l'article 4 de la loi de 1905 pour refuser le statut d'association culturelle¹⁹¹⁵. En l'espère le refus fondé sur l'exclusion antérieure du groupement par l'Église entachait le motif d'une erreur de droit¹⁹¹⁶. L'annulation du refus de l'autorité administrative n'emportait cependant pas qualification d'association culturelle mais, un peu plus tard, un arrêt du Conseil d'État précisa que le préfet avait légalement pu estimer que l'association en question était culturelle¹⁹¹⁷.

672. En somme, la jurisprudence a pris à cœur d'objectiver, mais surtout d'uniformiser le bénéfice du statut d'association culturelle sur ce point. Par là même, l'universalisation des critères a eu pour effet de rendre plus légitime tout refus opposé à une association religieuse et, à l'inverse, de justement accepter des associations considérées comme « sectaires » parmi celles culturelles. L'objectivité du critère doit être couplée à une objectivité de l'appréciation des situations. Nul jugement doit être porté sur le dogme ou l'excentricité du groupement. Seul le critère, dans son appréciation classique et factuelle, doit être interprété. À l'inverse même, ces critères doivent être appréciés à la lumière de l'évolution sociétale pour être assouplis, ouverts, au profit de mouvements nouveaux qui s'éloignent de la conception religieuse traditionnelle. Cette dernière doit alors être constamment interrogée.

673. La présence d'une intention d'égalisation est difficilement perceptible mais, indéniablement l'ouverture des critères est en fond motivée par l'égalité. La diversification sociale du fait religieux pousse nécessairement les juges à revoir l'interprétation des normes en vigueur. Les éléments abordés sont constamment en lien avec des demandes religieuses et contentieuses nouvelles, qui sont en mesure de directement confronter le juge aux difficultés auxquelles les nouvelles religions font face pour jouir du régime des cultes. Lorsque les critères jurisprudentiels évoluent, il est difficile de ne pas y voir une volonté d'égalisation de fait dans

¹⁹¹⁴ Circulaire, 25 févr. 2008, *relative à la lutte contre les dérives sectaires*, NOR/INT/A/08/00044/C.

¹⁹¹⁵ Le tribunal administratif précisa que l'application de l'article 4 visait à « s'assurer que les associations auxquelles étaient transférés les biens des anciens établissements publics du culte se conformaient aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposaient d'assurer l'exercice », mais qu'il n'appartenait dorénavant plus à l'autorité administrative d'exercer un tel contrôle (TA de Paris, 27 mars 1998, *Association Fraternité sacerdotale Saint Pie X*, n° 9709459-4).

¹⁹¹⁶ Sans toutefois se prononcer à nouveau sur ce point, la Cour administrative d'appel valida le jugement rendu en premier ressort (CAA de Paris, 9 mai 2000, n° 98PA02431). Dans une autre affaire postérieure, le Conseil d'État confirma à son tour le statut d'association culturelle du même groupe religieux (CE, 29 avr. 2002, *Fraternité sacerdotale Saint-Pie X*, n° 216850).

¹⁹¹⁷ Sans pour autant appliquer les critères posés... La haute juridiction s'est contentée de valider l'objet exclusivement culturel de l'association (CE, 29 avr. 2002, *Fraternité sacerdotale Saint-Pie X*, *préc.*).

les limites de la norme générale, afin d'ouvrir plus amplement le bénéfice de cette norme. Une telle ouverture passe aussi parfois par l'application pure et simple du droit commun en lieu et place d'un régime spécifique.

B) L'assouplissement par l'emploi du droit commun ou l'éviction du caractère religieux

674. De prime abord, l'intérêt général n'est pas l'intérêt religieux : quand ce premier peut justifier l'octroi de financements publics, le second l'en exclut. Seulement, « la frontière entre le cultuel et le culturel est de plus en plus ténue »¹⁹¹⁸, car en parallèle – et souvent en lien – avec la pratique *cultuelle*, les religions exercent des activités *culturelles* qui peuvent satisfaire un intérêt général ou justifier des subventions.

675. C'est à ce titre que la ville de Rennes accorda un permis de construire aux fins d'édifier un centre culturel islamique. Une fois l'arrêté contesté, l'affaire alla devant le Conseil d'État, qui annula le permis pour un autre motif¹⁹¹⁹, mais reconnut le caractère d'équipement public au centre culturel islamique dans son intégralité. Une partie de celui-ci était pourtant conçue comme un lieu de culte et de prière¹⁹²⁰. La formation de jugement s'opposa alors au rapporteur public, qui y voyait clairement une partie cultuelle, donc non rattachable à un équipement public¹⁹²¹. Cette solution reste tout aussi étonnante pour la plupart de la doctrine¹⁹²². Elle manifeste très certainement une volonté, d'abord de la collectivité, puis du juge, d'intégration d'une communauté religieuse en manque d'édifices cultuels. Jean-François Flauss vit dans cette jurisprudence l'illustration d'une « laïcité de compensation »¹⁹²³, en d'autres termes d'une égalité réelle.

676. D'ailleurs, en 1984 le ministre de l'Intérieur encourageait le financement public d'édifices, certes cultuels, mais en même temps culturels, et ce, expressément en vue de corriger les inégalités de fait patentées¹⁹²⁴. Il semble que l'utilisation de la méthode des « équipements

¹⁹¹⁸ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français, op. cit.*, p. 492.

¹⁹¹⁹ Car l'édifice ne constituait pas une extension nécessaire au bon fonctionnement des équipements publics déjà implantés dans ce sous-secteur.

¹⁹²⁰ Le bâtiment culturel islamique, « tel qu'il est décrit dans la demande de permis de construire, a le caractère d'un équipement public au sens du plan d'occupation des sols » (CE, Sect., 12 févr. 1988, *Association des résidents des quartiers Portugal-Italie*, Rec., p. 66 ; *AJDA*, 1988, p. 293, concl. E. GUILLAUME ; *LPA*, n° 61, 1988, p. 4, note J. MORAND-DEVILLER).

¹⁹²¹ Concl. E. GUILLAUME, *préc.*

¹⁹²² E. FOREY, « Du "cultuel" au "culturel" : vers une remise en cause du principe de séparation de 1905 ? » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica », p. 286.

¹⁹²³ J.-F. FLAUSS, « Le principe de laïcité en droit français, évolutions récentes », *Le Quotidien juridique*, n° 150, 1990, p. 10.

¹⁹²⁴ Q.E. n° 18938 de M. J. AMELIN, JO Sénat (Q), 9 août 1984, p. 1244, réponse Ministre de l'Intérieur, JO Sénat (Q), 29 nov. 1984, p. 1902.

mixtes » soit encore employée à l'égard de l'islam¹⁹²⁵, probablement de manière toutefois plus fine que dans l'affaire de la ville de Rennes, notamment par le biais des associations mixtes.

677. Pour autant, cette opacité entre culturel et cultuel est forcément en mesure de servir les cultes historiquement implantés en France, et surtout le catholicisme. En toute logique, ces religions détiennent des biens culturels qui sont pour beaucoup inscrits dans le patrimoine culturel français. À cet égard, la fine ligne entre le culturel et le cultuel a plus de chance de se brouiller, comme l'illustrent certaines affaires¹⁹²⁶.

678. De surcroît, l'ambiguïté de la décision – liée à un problème de droit qui était rattaché au permis de construire et non à la subvention – fut confortée en 1992, puisque, en effet, la règle de non subvention des cultes fut étendue par une jurisprudence du Conseil d'État très restrictive¹⁹²⁷. En l'espèce, il s'agissait d'une association de droit commun qui exerçait des activités tant culturelles que sociales et culturelles. Il n'était donc pas question d'une association strictement culturelle, mais d'une simple association loi 1901 (mixte) qui exerçait un culte en plus d'autres activités. Elle demanda, uniquement au titre de ces dernières, des subventions, ce qui souleva la question de leur octroi à une association dite mixte, donc la pertinence de telles structures. De façon très stricte, le Conseil d'État tira de l'article 2 de la loi de 1905 l'interdiction de principe des subventions « à des associations qui ont des activités culturelles ». Suivant l'appréciation de son rapporteur public, la haute juridiction se reposa uniquement sur la « structure d'accueil », sans rechercher si la subvention pouvait seulement concerner les activités extra-culturelles. Ainsi que le résume Émilie Bokdam-Tognetti, la décision « avait ainsi semblé privilégier une approche relative aux effets indirects de la subvention conduisant en réalité à transposer aux associations ayant des activités culturelles et culturelles, sur le terrain de l'interdiction matérielle des aides aux cultes posée par l'article 2 de la loi, l'interdiction organique de tout financement public des associations culturelles énoncées à l'article 19 »¹⁹²⁸.

679. Pourtant, souligne à son tour Antoinette Ashworth, l'enjeu politique de l'affaire était vif en ce qu'il supposait connue « la situation actuelle des cultes – notamment celle du culte islamique – et les pratiques mises en œuvre pour y remédier ». Parmi celles-ci figurait la pratique des associations mixtes, comme en l'espèce¹⁹²⁹. C'eût alors été l'occasion pour le juge de donner « son aval à une pratique destinée à régler, dans le cadre de la loi de 1905, un

¹⁹²⁵ Avec l'exemple de la mosquée de Bilal à Clichy-sous-Bois (voir le point 163 dans J. FIALAIRE, « Compétences des collectivités territoriales : cultes et moyens d'action administrative locale » in *Encyclopédie des collectivités locales*, Paris, Dalloz, 2020, folio n° 4327).

¹⁹²⁶ Voir l'arrêt CE, 25 nov. 1988, n° 65932 (*AJDA*, 1989, p. 172, note M. DUBOIS) dans lequel le juge admet le financement par la municipalité de Lille de l'érection d'une statue du cardinal Liénart sur le parvis de la cathédrale, au motif que, « compte tenu de l'ensemble des activités exercées et notamment du rôle joué par le cardinal A... dans la ville de Lille », la commémoration du « souvenir de cette personnalité », relevant d'un « projet représentant le caractère d'une opération d'intérêt communal », ne représente pas une subvention prohibée.

¹⁹²⁷ CE, Sect., 9 oct. 1992, *Commune de Saint-Louis c. Association Siva Soupramanien de Saint-Louis*, n° 94455, rec. p. 358 ; *La Semaine Juridiction Édition Générale*, n° 24, 1993, II, p. 22068, note A. ASHWORTH.

¹⁹²⁸ E. BOKDMA-TOGNETTI, « Le financement des cultes dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, 2016, p. 33.

¹⁹²⁹ Note A. ASHWORTH, *préc.*

problème devenu particulièrement délicat »¹⁹³⁰. L'égalité réelle était au centre de la question, mais le juge en restreignit la réalisation.

680. En effet, la conséquence de cette jurisprudence n'était pas des moindres, considérant qu'elle empêchait toute aide publique pour des activités culturelles, sociales, économiques ou même d'intérêt général, d'une association, au seul motif de l'existence d'une activité parallèle consacrée au culte. L'interprétation poussa les cultes à adopter des montages juridiques précis afin de contourner la restriction, notamment en superposant deux formes d'associations, l'une parfaitement culturelle et l'autre parfaitement non-culturelle. Assurément, une telle jurisprudence empêchait certaines associations de faire des économies sur des éléments qui auraient pu être pris en charge par la collectivité publique. Or, des fonds dépensés pour cela sont des sommes en moins disponibles pour la construction ou l'entretien des édifices cultuels. Pis encore, les financements devenaient cloisonnés, rendant « impossible à l'avenir l'octroi de subventions publiques destinées à financer des ensembles immobiliers comportant un lieu de culte »¹⁹³¹. Tout montage permettant une aide pour les édifices devenait alors inenvisageable étant donné que l'existence d'un seul aspect cultuel excluait directement toute subvention.

681. Ce sont les arrêts précités de juillet 2011 qui abandonnèrent cette jurisprudence et qui prirent le soin de distinguer ce qui relève de l'exercice du culte et ce qui tient de l'intérêt général, peu importe la structure associative en cause¹⁹³². Au critère organique, le juge substitua une approche fonctionnelle ou matérielle¹⁹³³. La haute juridiction confirma ces arrêts en affirmant plus expressément l'année d'après l'abandon de la jurisprudence de 1991¹⁹³⁴.

682. Jouant sur l'opacité entre le cultuel et le culturel, le Conseil d'État accepta alors l'acquisition et la rénovation d'un orgue par une commune, car poursuivant en l'espèce « un but d'intérêt public communal » découlant du développement de « l'enseignement artistique » et de l'organisation « des manifestations culturelles »¹⁹³⁵. La haute juridiction s'employa cependant à réduire cette opacité dans l'appréciation concrète des financements en prônant, en l'espèce, l'établissement d'un contrat afin de fixer précisément la répartition de l'utilisation de l'orgue entre la commune et l'église, ainsi qu'une participation de cette dernière proportionnellement à son utilisation. Cette interprétation ne se limita pas à l'aspect culturel, mais engloba plus généralement tout intérêt local existant. Ainsi, dans un autre arrêt, le Conseil d'État valida le financement d'une construction d'ascenseur adossé à un édifice cultuel, et ce, au motif d'un « intérêt public local, lié notamment à l'importance de l'édifice pour le

¹⁹³⁰ *Ibid.*

¹⁹³¹ *Ibid.*

¹⁹³² CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Montpellier*, n° 31518 ; CE, Ass., 19 juill. 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône*, n° 308817, Rec. p. 392 ; CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Trélazé*, n° 308544, Rec. p. 370 ; CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans métropole* ; *AJDA*, 2011, p. 1667, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *D.*, 2011, p. 2025, édito F. ROME et p. 2375, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *AJCT*, 2011, p. 515, obs. M. PERRIER ; CE, 19 juill. 2011, *Mme Vayssière*, n° 320796 ; *RFDA*, 2011, p. 967, concl. E. GEFFRAY.

¹⁹³³ N. DEILLER, *La métamorphose religieuse de la France. Vers une nouvelle laïcité ?*, op. cit., p. 252.

¹⁹³⁴ CE, 4 mai 2012, *Fédération de la libre-pensée et d'action sociale du Rhône*, n° 336462, rec. p. 185 ; CE, 26 nov. 2012, *ADEME c. Communauté de la Chartreuse de Portes*, n° 344379, Rec. p. 390.

¹⁹³⁵ CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Trélazé*, préc.

rayonnement culturel ou le développement touristique et économique du territoire ». L'assurance doit toutefois être donnée que le financement ne servira que pour l'aménagement prévu et ne sera pas versé à une association culturelle ou pour une activité culturelle¹⁹³⁶. Comme nous l'avons précédemment rapporté, la loi d'août 2021 vint entériner cette jurisprudence¹⁹³⁷.

683. En suivant, dans un arrêt du 3 octobre 2011, *Communauté d'agglomération Saint-Étienne métropole* le Conseil d'État a pu affirmer sa théorie des équipements mixtes. La juridiction administrative suprême valida le financement public de l'achèvement d'une église en partie consacrée à des activités culturelles, en exigeant seulement et logiquement que l'aide financière « n'excède pas le montant des crédits nécessaires aux travaux afférant à la seule partie à vocation culturelle de l'édifice »¹⁹³⁸. La logique revient à véritablement scinder l'intérêt religieux de l'intérêt général spécifique, ce qui ne reste pas chose aisée. Le Conseil d'État est d'ailleurs venu préciser sa jurisprudence quelques années plus tard, en freinant quelque peu l'assouplissement, par trop libéral, qu'il avait permis¹⁹³⁹.

684. Au demeurant, une telle jurisprudence en est venue à s'appliquer à la mise à disposition de locaux pour l'abattage rituel de la religion musulmane durant la fête de l'*Aïd-el-Kébir*. En l'espèce, le juge s'appuya sur un intérêt public local résultant de la conformité à l'ordre public de l'exercice de la liberté de culte¹⁹⁴⁰. Dans une perspective similaire à l'égard de la religion musulmane, le juge autorisa la mise à disposition d'un local communal pour une association religieuse, du moment que la salle n'était pas laissée de façon pérenne et exclusive à sa disposition, au risque d'accorder indirectement une libéralité¹⁹⁴¹.

685. Comment situer ces jurisprudences au regard de l'égalité des cultes réelle ? La réponse n'est pas évidente en soi. Les premiers cas visaient indubitablement à aider la construction de lieux de cultes musulmans. Les jurisprudences suivantes ont drastiquement restreint cette possibilité servant pourtant l'égalisation réelle. Par la suite, les arrêts assouplissant à nouveau les modalités de financement en 2011 concernèrent majoritairement la religion catholique. Il est donc possible de voir dans cette jurisprudence une forme de libéralisation de l'exercice du culte, mais pas forcément la satisfaction de l'égalité réelle.

¹⁹³⁶ CE, 19 juill. 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône*, préc.

¹⁹³⁷ « Ne sont pas considérées comme subventions les sommes allouées pour réparations ainsi que pour travaux d'accessibilité aux édifices affectés au culte public » (art. 19-2 de la loi de 1905, créé par l'article 71 de la loi de 2021)¹⁹³⁷.

¹⁹³⁸ En l'espèce, le financement était envisagé en affectant les deux tiers de la base inachevée de l'église à des activités culturelles (CE, 3 oct. 2011, *Communauté d'agglomération Saint-Étienne métropole* ; *AJDA*, 2011, p. 1926 ; *AJCT*, 2012, p. 264, note E. PECHILLON).

¹⁹³⁹ Le Conseil d'État a complété sa jurisprudence par trois arrêts du 26 novembre 2012 (CE, 26 nov. 2012, *Communauté des Bénédictins de l'Abbaye de Saint-Joseph de Clairval*, n° 344284 ; *AJDA*, 2013, p. 345, note J.-M. PONTIER ; CE, 26 nov. 2012, *ADEME c. Communauté de la Chartreuse de Portes*, n° 344379, Rec. p. 390 et CE, 26 nov. 2012, *ADEME c. Communauté des Bénédictins de l'Abbaye de Saint-Joseph de Clairval*, n° 344378) et un arrêt de l'année suivante (CE, 15 févr. 2013, *Association Grande Confrérie de Saint Martial et a.*, n° 347049 et 347050 ; *AJDA*, 2013, p. 375, obs. M.-C. DE MONTECLER). Pour une synthèse sur ces arrêts, voir M. COMTE-PERRIER, « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », *RFDA*, 2013, p. 326.

¹⁹⁴⁰ Comme pour les autres arrêts, le Conseil d'État pose des conditions limitant les contradictions à la loi de 1905, notamment en exigeant des critères tarifaires excluant toute libéralité (CE, 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans métropole*, préc.).

¹⁹⁴¹ CE, 19 juill. 2011, *Commune de Montpellier*, préc.

686. Cependant, certains arrêts précités ont précisément été rendus au profit de la religion musulmane. Des auteurs voient dans ces décisions concernant la religion musulmane – ajoutées à l’arrêt *Mme Vayssière* –, d’authentiques assouplissements en vue de faciliter la pratique de l’islam¹⁹⁴². Plus globalement encore, Jacques Fialaire perçoit dans toute cette jurisprudence une logique « compréhensive », « de compensation », actualisant l’interprétation de la loi de 1905 « à notre temps »¹⁹⁴³. Dans ce cadre, le Conseil d’État aurait opté pour une approche réaliste¹⁹⁴⁴, assouplissant par petites doses le régime des cultes, tout en restant soumis au cœur de l’interdiction de financement propre au régime des cultes. Il est effectivement toujours possible d’admettre que le juge ait tactiquement assoupli sa jurisprudence en se prononçant en faveur de divers mouvements religieux, notamment majoritaires, et non seulement de l’islam, pour éviter de cette façon toute polémique¹⁹⁴⁵. L’imprégnation, de longue constatée, de l’égalité réelle derrière tout ce mouvement jurisprudentiel depuis les années 1980 est palpable. Les arrêts de 2011 n’en sont probablement pas dénués. De toute évidence ils montrent que les possibilités de financement ne se limitent pas aux dépendances du domaine public¹⁹⁴⁶ et qu’une application au profit des religions dont les édifices sont purement privés est envisageable.

687. Cela dit, le changement n’est pas drastique. L’assouplissement ne fait qu’alléger la charge financière de groupements religieux souhaitant améliorer leur édifice par des éléments servant également l’intérêt général¹⁹⁴⁷. De plus, à l’instar d’aménagements précédemment abordés¹⁹⁴⁸, le risque que porte la généralité par ce procédé reste tout de même celui du bon vouloir des pouvoirs publics en fonction du mouvement religieux concerné.

688. En tout état de cause, le juge a opté pour une méthode d’universalisation visant à retirer ou réduire un obstacle au bénéfice de certaines aides. Il l’a fait en employant l’application extensive du droit commun, moins restrictif que le régime des cultes sur ce point. Une telle méthode de libéralisation n’est pas nouvelle ; elle fut par exemple employée après 1905 pour permettre les réunions cultuelles en les soumettant finalement au régime de droit commun. Si cette dernière modification passa par le législateur, pour les financements le juge employa son pouvoir d’appréciation pour un tant soit peu corriger une règle porteuse d’inégalités, par son évincement partiel ou la réduction de son champ d’application.

689. Néanmoins pour des auteurs, comme Clément Benelbaz, ces aménagements présentent des risques tenant à « dé-cultualiser » ce qui ne peut l’être, surtout à l’égard du

¹⁹⁴² P.-H. PRELOT, « Les tentatives d’organisation du culte musulman en France au prisme du principe de laïcité », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 13-26.

¹⁹⁴³ J. FIALAIRE, « Les rapports entre les collectivités territoriales et les cultes. Quel nouveau cadre théorique forgé par la jurisprudence ? », *AJDA*, 2012, p. 2305.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ C’est quelque peu la façon de faire du juge administratif pour dégager d’importants principes jurisprudentiels : il les dégage dans un considérant de principe mais ne les applique pas à l’espèce pour donner raison au requérant, gage d’impartialité.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁹⁴⁷ Pour une application plus récente de cette jurisprudence, voir l’arrêt CE, 17 févr. 2016, *Associations de libre pensée et d’action sociale du Rhône*, n° 368342, à l’égard d’une convention permettant la contribution de la région Rhône-Alpes à la restauration d’un monument inscrit dans le patrimoine culturel du bassin méditerranéen.

¹⁹⁴⁸ Tel que le BEA culturel.

principe de non financement des cultes¹⁹⁴⁹. Celui-ci s'inscrit dans un courant plus formaliste qui critique les démarches tendant à fragiliser les principes et la loi de 1905, louant à l'inverse « sa portée, son importance, et surtout sa grande capacité d'adaptation »¹⁹⁵⁰. Nous ne pouvons totalement souscrire à cet argumentaire. Il n'est pas certain que la loi de 1905 soit aujourd'hui suffisante, si ce n'est satisfaisante, pour régler les problèmes qu'elle a en partie confortés. D'un point de vue égalitaire en tout cas, la cristallisation juridique d'une situation de fait déjà bien à la faveur de l'Église catholique ne peut rendre convenable le maintien en l'état de la loi de séparation. La preuve en est, en dépit des nombreuses retouches législatives assouplissant sa rigueur, que la loi de 1905 n'est pas véritablement parvenue à compenser les inégalités de fait. Insistons sur ce point : accepter la constatation des limites du formalisme n'implique pas nécessairement de contredire celui-ci. Au contraire, c'est un gage de sa crédibilité et du renforcement de sa cohérence, si tant est que l'on en corrige les excès sans contredire les fondements universalistes.

690. Cependant, nous pouvons rejoindre l'auteur concernant la contestation de procédés favorisant l'incertitude juridique et pratiqués à la limite de la légalité. Nous louons le caractère pragmatique et réglementaire du régime des cultes mais ici en ressortent ses limites. Manifestement, l'importance des aménagements locaux, réglementaires et jurisprudentiels n'est pas satisfaisante. Si ce fonctionnement convient très certainement au pouvoir central¹⁹⁵¹, il est susceptible d'affaiblir la logique égalitaire en créant un régime à la carte et aux multiples variations. En ce sens, bien qu'Antoinette Ashworth louât la volonté ministérielle des années 1980-1990 de libéraliser le régime – alors neutralisée par l'arrêt de 1992 que l'autrice commente –, elle questionnait déjà la concrétisation d'une telle initiative par le détour de décisions administratives et ministérielles¹⁹⁵². Elle déplorait également le procédé en lui-même, qui ne reposait que sur l'éventuel « laisser-faire » des collectivités et qui présentait l'inconvénient – déjà souligné par nos soins – des risques de discriminations issues des décisions politiques et discrétionnaires des élus locaux¹⁹⁵³, comme en témoignait en 2015 le rapport sénatorial en la matière¹⁹⁵⁴. L'égalité se marie avec l'intelligibilité de la norme. *A fortiori*, la discrétion, l'assouplissement et le manque de clarté laissés aux collectivités en matière de financement de

¹⁹⁴⁹ C. BENELBAZ, « Le cultuel et le culturel au regard de la loi de 1905 » in H. MOUANNES (dir.), *La territorialité de la laïcité*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, coll. « Actes de colloques de l'IFR », p. 125-126.

¹⁹⁵⁰ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public*, op. cit., p. 504.

¹⁹⁵¹ H. FLAVIER, « Le financement public des cultes en France et le principe de laïcité », *RDP*, n° 6, 2010, p. 1597.

¹⁹⁵² Note A. ASHWORTH, *préc.*

¹⁹⁵³ *Ibid.*

¹⁹⁵⁴ Le sénateur Maurey rapportait les chiffres d'un sondage sur la volonté des élus locaux à l'égard des aides pour les cultes. Si l'acceptation de dépenses pour les édifices des nouveaux cultes est hausse, il constatait : « [L]es élus locaux se montrent également assez libéraux en matière de financement public des édifices cultuels, puisque 60 % se disent favorables. Votre délégation remarque toutefois que cette générosité est orientée, dans la mesure où les élus locaux sont davantage favorables au financement public de lieux de culte existants qu'au financement de nouveaux lieux de culte, car sur ce point les statistiques s'inversent : 10 % seulement sont favorables au financement public, contre 59 % qui y sont opposés. Et c'est logiquement que les élus locaux ont très majoritairement considéré que la commune ne devait pas assumer les charges liées à la construction de nouveaux lieux de culte (61 %) ou alors les assumer avec d'autres acteurs par un système de co-financement (29 %) » (H. MAUREY, *Rapport d'information...*, op. cit., p. 65).

l'islam accroissent les risques de « communautarisme électoral » que définit Nicolas Deiller dans sa thèse, parfois en contradiction avec la loi¹⁹⁵⁵. En définitive, la nécessité de réactualiser, avec clarté et hauteur, la législation se présente de plus belle. Elle a moins le mérite de pouvoir s'intégrer dans la généralité de la règle, contrairement au processus d'institutionnalisation de la religion musulmane.

PARAGRAPHE 3. Un procédé justifié par l'égalité réelle à rebours de l'universalisme : l'institutionnalisation de l'islam

691. Nous n'avons que très peu abordé le cas des aumôneries, dans la mesure où la solution adoptée pour remédier au problème d'accès au régime ne s'avéra pas jurisprudentielle, mais comprise dans une entreprise plus globale d'institutionnalisation de l'islam. En effet, les pouvoirs publics ont, véritablement, depuis les années 1980¹⁹⁵⁶, cherché à régler les difficultés tenant à l'exercice du culte musulman par l'établissement d'une relation avec celui-ci qu'ils entretenaient déjà avec les anciens cultes. Or, ces échanges – mais aussi la jouissance de certains régimes – supposaient l'existence d'une structure religieuse claire et hiérarchisée, c'est-à-dire inspirée du modèle de l'Église catholique. Ce mode d'organisation n'est pourtant pas celui de l'islam. Un constat peut déjà être dressé : en matière de relations institutionnalisées, l'inégalité règne également ; les groupements confessionnels historiquement implantés jouissent de longue date de relations privilégiées. L'absence d'organisation structurée et hiérarchique fait ressurgir les lacunes d'un modèle français fondé sur l'existence d'une communauté et d'une structure proche de celle du culte catholique, comme nous le verrons plus avant¹⁹⁵⁷.

692. L'instauration de cette représentation musulmane a largement été impulsée par les pouvoirs publics, mais la mise en place ne relevait pas de soi puisqu'elle ne pouvait en aucun cas être forcée sous la séparation¹⁹⁵⁸. Cela dit, loin d'être passive, l'immixtion de l'État

¹⁹⁵⁵ Terminologie qu'il reprend à Vincent Tournier et qui s'illustre pour certaines communes par des arrangements dénoncés par le ministre Patrick Kanner comme souvent contraires à la loi de 1905 (N. DEILLER, *Le régime juridique des biens culturels. Vers une nouvelle approche du droit des cultes en France ?*, Thèse de doctorat en droit public, Besançon, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2018, p. 312).

¹⁹⁵⁶ Dorra Mameri-Chaambi relève que, « même si elles ont été discrètes et non officielles, les démarches des pouvoirs publics relatives à la gestion du culte musulman ont été ininterrompues depuis la fin des années 1969 » (« De la charte au CFCM (1995-2015). Retour sur vingt années de tentatives de construction d'un islam de France » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique », p. 66).

¹⁹⁵⁷ Voir le Titre 3, Chapitre 1 de cette partie.

¹⁹⁵⁸ Selon Alain Boyer, fort était le souhait d'appliquer la méthode napoléonienne employée sur le judaïsme, mais le séparation n'autorise plus un tel procédé : « [i]l [l'État] ne peut que jouer un rôle de conseil, d'autorité morale, en indiquant les avantages indirects dont pourrait bénéficier un islam unifié avec des autorités représentatives, et en accompagnant des évolutions internes obligatoirement lentes, pour surmonter bien des divisions, des conflits d'intérêts personnels, des forces centripètes, et les tentations de tutelles étrangères, souvent mêlées des attrait du mécénat et de la bienfaisance » (*L'Islam en France*, Paris, PUF, 1998, coll. « Politique d'aujourd'hui », p. 207).

impliqua de véritables choix et des actions à la frontière entre l'incitation et l'obligation¹⁹⁵⁹, tout en s'inscrivant toutefois précisément dans une logique d'égalité réelle pour les autorités¹⁹⁶⁰.

693. L'institutionnalisation de l'islam intervint très tardivement, le temps que les autorités prissent réellement conscience de l'implantation de ladite religion en France et de la nécessité de trouver une solution à l'éparpillement associatif dont elle faisait part¹⁹⁶¹. Ce processus commença concrètement en 1989 avec l'instauration du Conseil de réflexion sur l'islam en France (CORIF), composé de personnalités de confession musulmane désignées par le ministre de l'Intérieur. Ce Conseil devait permettre de soustraire provisoirement l'islam aux influences étrangères, en attendant la constitution d'un véritable organe représentatif¹⁹⁶². Son statut s'avérait ambigu : il était un organe rattaché au ministère de l'Intérieur, mais il ne disposait d'aucun statut officiel, son existence découlant d'une simple lettre de mission¹⁹⁶³. Quand son successeur, le Conseil représentatif des musulmans (CRM), fut investi à partir de 1994, il fut dénoncé comme ne représentant qu'un courant de l'islam¹⁹⁶⁴. Ainsi, en 1999, Jean-Pierre Chevènement, alors ministre de l'Intérieur, initia une consultation des principales associations représentatives de l'islam en France afin de faire naître une instance représentative du culte. La participation à la consultation exigea l'adhésion à une sorte de charte des principes fondamentaux de la France, condition *sine qua non* à l'encouragement des pouvoirs publics dans cette construction. Pour franchir une étape supplémentaire, le ministre de l'Intérieur Vaillant établit un accord-cadre avec des organisations musulmanes le 3 juillet 2001 portant sur l'organisation du futur Conseil français du culte musulman (CFCM), mais le consensus ne fut pas trouvé, certaines d'entre elles s'opposant à l'entente. Il faudra donc attendre le ministère de l'Intérieur de Nicolas Sarkozy en 2002 pour qu'un accord soit définitivement trouvé entre la mosquée de Paris, l'union des organisations islamiques de France (UOIF) – aujourd'hui Musulmans de France (MF) – et la fédération nationale des musulmans de France (FNMF) sur la composition du futur CFCM. Cette composition fut soumise des élections survenues postérieurement, en avril 2003. Nous avons déjà relevé la philosophie du ministre de l'Intérieur

¹⁹⁵⁹ « Dans un processus paradoxal, les musulmans sont censés s'organiser, mais avec le soutien attentif – parfois transformé en autorité – de l'État », rapporte Malika Zeghal (M. ZEGHAL, « La constitution du Conseil Français du Culte Musulman : reconnaissance politique d'un Islam français ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 97-113).

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ L'islam était organisé par de nombreuses associations, notamment régionales, mais sa représentation était avant tout accaparée par l'Union des organisations islamiques de France (UOIF), la Fédération nationale des musulmans de France (FNMF) et l'Institut musulman de la mosquée de Paris. Les associations locales avaient la volonté d'être représentées sur un plan plus national au niveau des pouvoirs publics et ces trois associations cherchaient, quant à elles, à contrôler les structures locales et à les regrouper sous leur autorité. Malheureusement, ces associations se différenciaient par leur mouvance, leurs croyances, leur degré d'orthodoxie, voire par la nationalité, et ce processus s'opérait alors dans la rivalité entre les structures (voir le Chapitre VI « Les grandes associations : de la rivalité à la coopération » de l'ouvrage d'Alain Boyer *L'Islam en France, op. cit.*, p. 281 et s.).

¹⁹⁶² M. PHILIP-GAY, « Regards juridiques sur la construction des institutions représentatives de l'Islam en France » in G. GIRAudeau, C. GUERIN-BARGUES et N. HAUPAIS (dir.), *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Paris, Pédone, 2016, p. 172.

¹⁹⁶³ F. FREGOSI, « Les contours fluctuants d'une régulation étatique de l'Islam », *Hommes et Migrations*, n° 1220, 1999, p. 14-29.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*

en la matière ; l'initiative affichait expressément une logique d'égalisation réelle, de pluralisme, voire de différencialisme religieux¹⁹⁶⁵.

694. La structure du CFCM, à travers des groupes de travail et ses antennes régionales (les conseils régionaux du culte musulman), permet un véritable traitement des problématiques d'inégalités de fait dans la jouissance du régime des cultes, en coopération, pour la première fois, avec les concernés¹⁹⁶⁶. Le procédé remplit alors indéniablement son office d'égalisation¹⁹⁶⁷.

695. Seulement, l'absence de normes claires en la matière et le penchant pour le pragmatisme entraînent à leur tour d'autres inégalités de fait. En ce sens, David Koussens souligne les limites sous-jacentes du processus de coopération entre les collectivités publiques et les religions : « ce ne sont que certaines d'entre elles que l'État choisit comme interlocutrices en se fondant aussi sur des référents qui découlent plus des valeurs et de la culture de la société française que des principes de justice »¹⁹⁶⁸, au rang desquels s'inscrit l'égalité. Ainsi, soulevant clairement la question de l'égalité réelle, le président de la Fédération protestante de France a déjà pu déplorer un traitement déséquilibré des cultes dans ces échanges, privilégiant en outre la religion catholiques¹⁹⁶⁹. Ce phénomène est profondément accentué par le caractère souvent informel de ces procédés, et quelque peu arbitraire du critère quantitatif de représentativité¹⁹⁷⁰. En ce sens, cela fait maintenant de nombreuses années que le CFCM est décrié en ce qu'il ne représenterait pas convenablement la réalité des divers courants et associations du culte en question¹⁹⁷¹. Surgissent une nouvelle fois les répercussions liées à l'égalité et à l'exclusion de certaines minorités, mais plus spécifiquement au problème de la conception française en faveur d'une approche communautaire et hiérarchique d'une religion.

696. Pour l'islam, le débat est d'ailleurs loin d'être clos. Il a depuis peu été initié le Forum de l'islam de France (FORIF)¹⁹⁷². La réponse à la question « qu'est-ce que le FORIF ? » est révélatrice du problème de représentation du CFCM face à la diversité des structures et courants

¹⁹⁶⁵ M. ZEGHAL, « La constitution du Conseil Français du Culte Musulman... », *art. préc.*

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ En ce sens, l'établissement du CFCM avait permis par exemple pour la première fois, en 2004, d'inclure un représentant musulman, le président du CFCM, lors de la cérémonie de vœux annuelle des autorités religieuses (A. BOYER, « Comment l'État laïque connaît-il les religions ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 37-49).

¹⁹⁶⁸ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droit et discours*, Bruxelles, Bruylant, 2015, coll. « Droit et religion », p. 132.

¹⁹⁶⁹ *Le Monde*, 6 mars 2002, p. 12 cité dans T. RAMBAUD, *Les principes de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé. Analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », p. 398.

¹⁹⁷⁰ Nous reviendrons sur ces éléments plus tard dans la thèse (voir p. 710 et s.).

¹⁹⁷¹ Sur une synthèse des problèmes du CFCM, voir notamment A. SFEIR et J. COSTE, « Le Conseil français du culte musulman à l'épreuve du temps », *Hommes et Migrations*, n° 1259, 2006, p. 44-54.

¹⁹⁷² « Un format de dialogue souple avec le culte musulman, qui allie une approche thématique et pragmatique avec un ancrage territorial fondé sur le dialogue conduit localement et sur le long terme par les préfets » décrit le ministère de l'Intérieur (« Forum de l'islam de France : une étape nouvelle dans le dialogue entre les pouvoirs publics et le culte musulman », Ministère de l'Intérieur, févr. 2022, disponible en ligne sur : <https://www.interieur.gouv.fr> (consulté le 22 févr. 2022)).

islamiques¹⁹⁷³, et de la volonté d’y remédier¹⁹⁷⁴. Ainsi, une acceptation de la différence de fonctionnement de l’islam semble se profiler à travers la mise en place du FORIF. Celui-ci est la preuve d’une attention davantage portée sur les organisations locales que sur la nécessité d’un modèle organisationnel d’inspiration catholique. Il est dommage que la procédure suscite une nouvelle fois des interrogations tenant notamment à l’implication des acteurs musulmans, en l’occurrence non nommés mais désignés par les préfets¹⁹⁷⁵. Le procédé est intéressant en ce qu’il ne vise pas la construction « semi-publique » d’un organe. Il permet uniquement un dialogue entre autorités publiques et musulmanes. Au demeurant, le CFCM a très récemment engagé une refonte de son système de désignation de ses membres. Il clame chercher précisément des solutions aux critiques qui le visent en favorisant, selon ses dires, les représentants territoriaux¹⁹⁷⁶.

697. En dépit de toutes les difficultés afférentes, l’institutionnalisation de l’islam a donc en partie offert des solutions aux inégalités de fait. En outre, bien qu’imparfait, le procédé a indéniablement participé à l’amélioration des conditions juridiques des musulmans, que ce soit s’agissant des aumôneries ou de la construction des lieux de culte¹⁹⁷⁷. Un rapport d’information sénatorial révèle que le CFCM permet « d’aboutir à la création des différentes aumôneries musulmanes », celui-ci étant « un préalable à la désignation des aumôniers généraux qui ont ensuite structuré les services d’aumônerie »¹⁹⁷⁸. C’est alors grâce au CFCM qu’un aumônier militaire musulman fut désigné, pour la première fois, en 2005. Malheureusement pour celui-ci, le bilan reste entaché par les mésententes et déconvenues maintes fois répétées concernant la désignation de certains aumôniers, ce qui a aujourd’hui mené l’État à ne plus faire appel au CFCM pour tout ce qui concerne l’organisation du culte. Le FORIF en est le remplaçant et vise les mêmes avancées, notamment pour les aumôneries¹⁹⁷⁹. C’est d’ailleurs la mission la plus attendue du forum, dans la mesure où le CFCM n’a pas été en mesure de fournir une solution viable en la matière. Cela met en évidence les innombrables complications que recèle la gestion du religieux et l’impossible cohérence absolue à l’égard du modèle égalitaire français.

¹⁹⁷³ « La France recèle une très grande diversité de courants musulmans et il est temps que toutes ces voix puissent se faire entendre sans exclusive. Les interlocuteurs conviés au FORIF sont ceux qui souhaitent s’engager dans un dialogue constructif avec les pouvoirs publics ».

¹⁹⁷⁴ « [l]e FORIF marque le passage d’une approche organique avec la recherche d’un représentant unique, à une volonté de dialogue direct, au niveau départemental et au niveau national sur des sujets identifiés » (*ibid.*).

¹⁹⁷⁵ « Le Forum de l’Islam de France doit avoir des membres “élus”, et non pas “désignés”, plaide le recteur de la grande mosquée de Lyon », *France info*, févr. 2022.

¹⁹⁷⁶ « Ce qui va changer au Conseil français du culte musulman, qui veut devenir plus représentatif du “terrain” », *Le 20 minutes*, 22 janv. 2024, disponible en ligne sur : <https://www.20minutes.fr> (consulté le 1 févr. 2024).

¹⁹⁷⁷ D. LESCHI, « L’organisation du culte musulman : un regard de praticien administratif », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 27-42.

¹⁹⁷⁸ N. GOULET, *Rapport d’information : de l’Islam en France à un Islam de France, établir la transparence et lever les ambiguïtés*, Paris, Sénat, n° 757, 2016, p. 91

¹⁹⁷⁹ Le travail permettra, selon le ministère, « de préfigurer une autorité cultuelle de désignation des aumôniers nationaux et d’appui aux aumôneries musulmanes » (*ibid.*). Le ministre de l’Intérieur a récemment rendu les conclusions de la deuxième session du FORIF et a précisé la création à venir d’un Conseil national de l’aumônerie musulmane (voir le dossier de presse « 2^e session du Forum de l’Islam de France (FORIF) : un dialogue qui s’amplifie », février 2024, disponible en ligne sur : <https://www.interieur.gouv.fr> (consulté le 27 févr. 2024)).

698. Au-delà de l'égalité entre les cultes, comment situer ces dispositifs au regard de l'universalisme ? De prime abord, s'il est davantage possible de considérer les dispositifs comme de simples modalités pratiques et informelles de reconnaissance politique et/ou symbolique, à y regarder de plus près, les implications juridiques ne semblent pas totalement absentes des procédés employés. En effet, le processus instigué pour l'islam met en évidence une véritable implication de l'État qui semble difficilement dissimuler un traitement spécifique des associations religieuses destinées à trouver un accord, ne serait-ce que dans la mise à disposition d'un local ministériel pour la bonne tenue de la réunion¹⁹⁸⁰ ou, à l'inverse, dans la soumission particulière de celles-ci à certaines obligations¹⁹⁸¹. Le doute subsiste également concernant les « accords » établis pour la constitution d'un organe censé être purement privé et à la pure discrétion des communautés religieuses. La nuance reste invocable : toutes ces initiatives sont avant tout politiques et les structures établies sont purement privées, sous la forme d'associations de droit commun¹⁹⁸². Néanmoins, les limites de représentativités et de choix des interlocuteurs précitées interrogent également l'universalisme du fait de l'emploi de critères, souvent sous-jacents, religieux de sélection et de la reconnaissance d'autorités religieuses. Il en est de même pour le FORIF : l'immixtion persistante de l'État, notamment par la nomination des autorités musulmanes, interroge : sur quels critères ? Le préfet tient-il compte de la conviction des nommés ? Comment s'assure-t-il qu'il s'agit bien d'une autorité musulmane ? etc.

699. Tous ces questionnements accompagnent paradoxalement un procédé d'égalisation, d'universalisation, du régime des cultes. S'impose ainsi un dispositif à la lisière du différencialisme et du communautarisme, prôné au service d'une universalisation du régime. Plutôt qu'universaliser les critères d'application du régime, le choix, pragmatique, a été celui de l'imposition d'une structure et d'un modèle proche de celui du culte catholique, modèle pour partie retranscrit dans les normes du régime des cultes. La limite s'impose d'elle-même lorsque l'autorité cherche à instaurer un mode de fonctionnement calqué sur un modèle religieux,

¹⁹⁸⁰ « Durant un séminaire de deux jours [...] entièrement organisé par les services de l'Intérieur dans une propriété dudit ministère en région parisienne, les différentes composantes de la Consultation sont invitées à se réunir afin de conclure le processus de création du CFCM. Dans un laps de temps limité sont créées les conditions propices, y compris matérielles (préparation de repas halal, aménagement d'un espace de prière...), afin que les participants puissent, avec force théâtralisation, se mettre d'accord sur le projet proposé par le ministère » (F. FREGOSI, « L'islam en France par les urnes : retour sur les élections du Conseil français du culte musulman », *L'Année du Maghreb*, n° II, 2007, p. 491-497).

¹⁹⁸¹ Martine Cohen expose l'ennui que présente en 1999 la « déclaration d'intention relative aux droits et aux obligations des fidèles du culte musulman en France » en exigeant la déclaration de l'attachement aux principes fondamentaux de la République : « [I]a demande est en effet perçue par de nombreuses associations de musulmans comme contraire au principe de l'égalité républicaine ». Beaucoup se plaignaient d'être différenciés des autres français en étant contraints de préciser explicitement leur adhésion à certaines valeurs, ce qui conduisit les pouvoirs publics à adopter une approche moins intrusive et plus égalitaire (M. COHEN, « L'intégration de l'islam et des musulmans en France : modèles du passé et pratiques actuelles » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, op. cit., p. 325). Plus que l'égalité entre citoyens, ces procédés interrogent l'égalité des cultes eu égard au traitement spécifique, parfois – et en l'occurrence – défavorable, que la religion musulmane a connue.

¹⁹⁸² Le CFCM a le statut d'une union d'associations issue de la loi de 1901.

spécifique à une religion, qui n'en est pas dotée¹⁹⁸³, et dont la pluralité est intrinsèque¹⁹⁸⁴. L'initiative du FORIF laisse cependant envisager des méthodes différentes, en dépit des limites inhérentes à une initiative étatique dans ce domaine.

700. En toute ambiguïté, l'universalisme est battu en brèche dans les rapports entre les individus, afin d'être corrigé au sein du régime des cultes. Cette contradiction découle d'une incohérence en vérité initiale à la gestion des cultes français tenant à une appréhension communautaire du religieux¹⁹⁸⁵. L'extension de ce mode de gestion à l'islam, si elle accentue l'incohérence initiale, relevait d'une nécessité. Cependant, pour reprendre Elsa Forey, bien que le statut privilégié d'instances représentatives se justifie sur le plan pratique, il soulève indéniablement des questions de principe¹⁹⁸⁶, dont l'égalité fait partie. Le pratique et le théorique ne cessent d'entrer en confrontation de manière somme toute brutale en la matière.

Conclusion du chapitre

701. Finalement, égalité et fait religieux entretiennent un lien étroit. Indéniablement, le fait religieux semble s'accommoder de l'égalité réelle. Plus encore, à l'aune des limites du régime des cultes français face à la diversité religieuse, le phénomène religieux paraît exiger la prise en compte d'une égalité réelle. En effet, selon les acteurs doctrinaux et politiques le fait religieux semble exiger intrinsèquement l'égalité réelle, précisément du fait de sa diversité et des limites du modèle universaliste. Surtout, le fait religieux paraît exiger cette égalité par le droit lui-même, à travers les principes juridiques qui gouvernent le régime des cultes et principalement par la liberté de religion et son exigence d'effectivité concrète.

702. Dans ce cadre, la mise en place de différences de traitement au nom de différences de situations révélées par l'égalité réelle devait interroger. L'intérêt de l'étude sur l'articulation entre égalité et fait religieux ressort particulièrement ici, quand nous constatons toute la spécificité du fait religieux lorsqu'il s'agit d'envisager concrètement l'examen du principe d'égalité. Cette réflexion manifeste la complexité de cette articulation et l'éventualité de tensions supplémentaires au regard de l'égalité universaliste¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸³ C'est un point largement souligné dans un rapport de recherche très complet et exécuté dans le cadre d'un projet du CNRS (voir par exemple page 54 : « [l']aumônerie se trouve en effet très largement captive des vicissitudes de la structuration de l'islam de France (Fregosi, 2018), très loin de correspondre à la forme pyramidale au sein de laquelle s'exerce une autorité verticale et descendante inspirée du modèle catholique dont les pouvoirs publics français sont familiers » (C. BERAUD et C. DE GALEMBERT (dir.), *La fabrique de l'aumônerie musulmane des prisons en France*, Rapport de recherche, ISP, EHESS, avr. 2019).

¹⁹⁸⁴ Après avoir exposé les difficultés pour les associations à se mettre d'accord et les limites résultantes du CFCM, Malika Zeghal explique qu'il s'agit de la « conséquence directe de la conjonction entre l'absence doctrinale de clergé dans l'islam sunnite et du contexte pluraliste et démocratique dans lequel les divers représentants émergent et s'organisent. La conjonction de ces deux facteurs rend l'accompagnement par l'État du processus d'institutionnalisation de l'islam quasiment impossible par les contradictions qu'il produit, alors que le processus d'organisation du culte a déjà été initié depuis les années 1980 dans le développement des associations et mosquées locales » (M. ZEGHAL, « La constitution du Conseil Français du Culte Musulman... », *art. préc.*).

¹⁹⁸⁵ Voir le prochain titre, Chapitre 1.

¹⁹⁸⁶ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, *op. cit.*, p. 324.

¹⁹⁸⁷ Nous aurons l'occasion de confirmer cette hypothèse ultérieurement.

703. Il n'empêche que, dans ce cadre, les correctifs ne sont pas inenvisageables. Il est possible de concevoir des politiques d'égalité réelle dans le périmètre de l'égalité universaliste. Nous avons dégagé et systématisé certains d'entre eux, toutefois en soulignant parfois le manque d'objectif d'égalisation réelle les motivant. Ces corrections passent donc par des dispositifs dont les relations avec l'égalité universaliste, mais aussi et surtout dont les intentions à l'égard de l'égalité réelle, varient.

704. La correction la plus souhaitable est probablement celle du législateur. En la matière, l'analyse révèle le manque d'intention d'égalisation réelle. Ce constat engage à conclure que la majorité des aménagements opérés au profit du culte musulman – dans le respect de la généralité – l'ont finalement été bien avant pour le culte majoritaire. Ainsi, il ne s'agit nullement de nouveautés ou d'outils spécifiques à l'égalité réelle, mais d'instruments en faveur de la liberté de culte de la religion catholique. Avant-goût de développements à venir, cette analyse brouille également les frontières entre l'égalité et la liberté en la matière¹⁹⁸⁸. Peut-être tend-elle aussi à corroborer le lien entre l'égalité réelle et la liberté de religion. Du reste, l'intention même d'avoir accordé ces aménagements préalables au culte majoritaire peut être interprété comme confortant, une fois encore, le favoritisme – déjà la cause de la nécessité d'une égalité plus réaliste – de la religion historiquement dominante. La situation est d'autant plus contestable que d'autres aménagements antérieurement appliqués pour l'Église se trouvent aujourd'hui parfois contestés, alors qu'ils sont mis au profit du culte musulman, au titre d'un certain durcissement de la laïcité¹⁹⁸⁹. Ce constat conforte les critiques du modèle universaliste et participe du sentiment de domination¹⁹⁹⁰, surtout lorsque l'heure est à la diversification du fait religieux¹⁹⁹¹. Malgré tout, la généralité des termes des textes établis permet un bénéfice global des droits nouvellement ajoutés et le maintien de l'égalité universaliste. Cela montre qu'il est possible d'aménager le droit et d'étendre le régime des cultes pour faciliter l'exercice religieux pour toutes les communautés. Il faut seulement respecter une forme de généralité de la formulation qui s'éloigne le plus possible d'une spécificité religieuse.

705. Dans tous les cas, il sera toujours temps pour la jurisprudence d'en assouplir les critères, d'en supprimer certaines conditions, afin d'universaliser les conditions d'application et d'étendre un régime en vigueur. Cela peut passer par l'objectivisation, la neutralisation, des

¹⁹⁸⁸ Ce qui peut relever d'aménagements au titre de la liberté de religion peut ensuite s'inscrire dans une logique d'aménagement au nom de l'égalité réelle (voir Partie 2).

¹⁹⁸⁹ Tel est l'un des derniers constats de Jean-Pierre Moisset à la fin de son ouvrage qui, précisons-le, décrit tout le long de ses développements les aménagements progressivement accordés au profit du culte catholique ou suivant ses revendications (*L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, *op. cit.*, p. 323).

¹⁹⁹⁰ « Alors que les religions traditionnelles ont pu bénéficier d'une interprétation "souple" de la laïcité ouverte, on demande aux musulmans de respecter à la lettre les principes de la laïcité stricte. Or on ne peut raisonnablement demander aux musulmans de respecter la laïcité stricte s'ils constatent par ailleurs que d'autres groupes religieux s'en sont partiellement affranchis » (C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, *op. cit.*, p. 85). Ces propos sont transposables à l'égalité à la place de laïcité.

¹⁹⁹¹ Stéphane Pierré-Caps abordait la construction de la Mosquée de Paris dans les années 1920, qu'il qualifiait d'« accommodements juridiques peu compatibles avec le contenu de la loi de 1905 ». Ce qui importe c'est le paradoxe souligné par l'auteur, selon lequel l'État s'est de plus en plus abstenu d'intervenir à l'égard de l'islam vers les années 1975, au titre de sa neutralité, au moment même où la religion connut un essor remarquable (S. PIERRE-CAPS, « Les "nouveaux cultes" et le "droit public" », *art. préc.*).

critères ; l'assouplissement des conditions d'application ; la suppression de conditions restrictives ou encore l'application de normes communes moins contraignantes. Dans ce cadre, la norme peut être réajustée dans son interprétation et des variations d'application peuvent être opérées du moment qu'il n'y a pas de discrimination apparente et que la règle supérieure reste respectée. La possible universalisation de celles-ci constitue tant un avantage qu'une limite de la généralité de la norme, la marge d'appréciation étant pleinement laissée aux administrations et, surtout au juge en la matière. Ces procédés semblent avoir pour partie été pratiqués par les juges, parfois vraisemblablement dans le cadre d'une volonté d'égalisation réelle. Il n'est pas déraisonnable d'engager les juges à poursuivre cet effort tenant à une analyse plus contextualisée des forces minoritaires et majoritaires en jeu, donc égalitaires¹⁹⁹². Tout à fait pertinente dans le domaine religieux, c'est là toute une analyse des traditions et méthodes juridiques propres à chaque État qui entre en considération, mais déborde le cadre de notre étude¹⁹⁹³.

706. Le dernier dispositif étudié s'impose comme le plus rattaché à une véritable politique d'égalité réelle, mais il reste également le plus discutable à plusieurs titres, notamment au regard du modèle universaliste. Que les échanges soient souhaitables, notamment au regard de la laïcité, se défend d'un point de vue pratique. Il reste que dans une perspective égalitaire, ces procédés sont ambigus au regard de l'universalisme, sans compter les risques de discriminations envers d'autres religions minoritaires. La complexité du fait social que représente le religieux pousse indéniablement les pouvoirs publics à enfreindre une partie des principes républicains. Après tout, la tentation reste forte, au titre de l'égalité réelle – et nous le verrons dans le prochain titre – de céder à la différenciation. Il n'empêche que les aménagements recherchés par ces reconnaissances, par exemple pour les aumôneries, auraient probablement pu passer par d'autres procédés moins intrusifs et différencialistes.

707. En guise de conclusion, nous rejoignons d'abord Jean-Daniel Roque sur l'existence d'une seule solution égalitaire tangible, dans « l'extension de certaines des dispositions favorables actuelles »¹⁹⁹⁴, plutôt que celle des dérogations spécifiques contraires au principe d'égalité¹⁹⁹⁵. L'auteur, après avoir exposé la situation des années 1905-1908 avec l'Église catholique, rajoute une remarque relativement pertinente à notre sens : « il est donc préférable de rechercher une formulation qui à la fois puisse tenir compte des inégalités générées par la précédente et s'adapter à l'évolution – par définition imprévisible – du siècle à venir »¹⁹⁹⁶. Nous le soutenions, ladite extension, l'aménagement du régime de cultes, doit s'appréhender sans perdre de vue les inégalités qu'il put provoquer. Olivier De Schutter explique clairement la

¹⁹⁹² En se rapprochant ainsi de ce qui se fait au Canada, sans pour autant tomber dans le différencialisme que ce pragmatisme des juges peut entraîner là-bas (E. LEPINARD, « Écriture juridique et régulation du religieux minoritaire en France au Canada », *Revue française de science politique*, vol. 64, 2014/4, p. 669-688).

¹⁹⁹³ Pour cerner le lien de ces analyses avec nos éléments, mais également l'intérêt d'une étude plus sérieusement portée sur ces méthodes et traditions, voir E. LEPINARD, « Écriture juridique et régulation du religieux minoritaire en France au Canada », *préc.*

¹⁹⁹⁴ J.-D. ROQUE, « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (I) », *art. préc.*

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

difficulté pour l'universalisme : « s'il ne veut pas apparaître comme approprié par une faction, il doit tenir compte des multiples jeux de langage dans lesquels il s'énonce et s'insère »¹⁹⁹⁷. Précisément, la formule de la règle doit permettre le plus large éventail de compréhension des différents cultes afin d'anticiper « l'imprévisible ». La généralité par degrés refait surface : une règle générale moins générale peut en vérité concerner une unique communauté. Cette dernière devient alors l'unique universel, ce dernier devenant par conséquent ouvert aux critiques les plus dures¹⁹⁹⁸. Si ce constat se rapporte la majeure partie du temps à l'Église catholique, il vaut pour tout aménagement au profit d'une communauté, comme ça a d'ailleurs été le cas au profit l'islam à travers la Grande Mosquée de Paris¹⁹⁹⁹.

708. Dès lors, si la généralité présente le risque d'un manque de neutralité, et de ne s'appliquer *de facto* qu'à une ou deux communautés, il convient de garder une vue globale de la matière à réglementer ; le régime doit être envisagé comme concernant toute éventuelle religion, non comme approprié qu'à une seule. L'idée est, avant tout, de bien discerner les propres limites de la généralité de la règle au contact du réel religieux afin « d'universaliser la généralité », pour ainsi dire. Ignorer la réalité et l'éventualité d'une évolution de la diversité religieuse et de nouvelles demandes de groupes minoritaires ou atypiques présente le risque d'engendrer postérieurement d'autres inégalités et discriminations.

709. Dans les faits, nous avons tout de même observé ce mouvement général d'égalisation par l'accroissement de l'inclusivité davantage de sujets²⁰⁰⁰. Le fait religieux exige, en définitive, pour reprendre les mots de Zahra Anseur, la « capacité à penser "l'un dans le multiple" »²⁰⁰¹.

¹⁹⁹⁷ O. DE SCHUTTER, « Homosexualité, discours, droit », *RIEJ*, vol. 30, 1993/1, p. 83-142.

¹⁹⁹⁸ À ce titre, les régimes des congrégations ou des aumôneries portent en eux d'importantes difficultés, tenant au calque d'une exigence juridique sur la structure d'une religion précise.

¹⁹⁹⁹ En hommage aux soldats musulmans engagés pour la Première Guerre mondiale, on décida d'octroyer une subvention à la société des habous des lieux saints de l'islam pour la construction de la Grande Mosquée de Paris. La mise en place de cette subvention nécessita une loi de finances rectificative (loi du 20 août 1920, *portant affectation d'une subvention de 500,500 fr. à la société des habous des lieux saints de l'Islam pour la construction d'un institut musulman à Paris*, JORF, 21 août 1920, p. 12287) qui pouvait être considérée comme rentrant en contradiction avec le texte de 1905 (O. MARONGIU-PERRIA, « Politique publique et islam depuis la loi de 1905 », *Hommes et Migrations*, n° 1248, 2004, p. 89-97). De prime abord, une telle affirmation peut ne pas être si évidente. Le législateur n'a pas subventionné directement la construction du lieu ou une association culturelle. Il a justement tenté de contourner les exigences de la séparation en octroyant la subvention à l'associations des habous. Cette justification demeure toutefois fragile, tant le nom de l'association – faisant référence à l'islam – et la précision du but de la subvention – pour la construction d'un institut musulman – sont explicites. Tout au plus peut-on en conclure une subvention – piétinement – déguisée.

²⁰⁰⁰ T. L. HALL, « Religion, Equality, and Difference », *Temple Law Review*, vol. 65, n° 1, 1992, p. 1-90.

²⁰⁰¹ Z. ANSEUR, « Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité "postmoderne" », *RRJ*, n° 4, 2002, p. 1723-1737.

Conclusion du titre

710. Nos présents développements révèlent toute la complexité de la saisie du fait religieux sous l'égalité universaliste. Nous avons pu voir à quel point la généralité de la norme révèle toutes ses limites en tant que modalité de concrétisation de l'égalité universaliste, au contact du fait religieux. Le fait religieux, par sa saisie en droit, fait jaillir et provoque même ces limites de l'égalité par la généralité. D'un côté, ce dernier est un phénomène social protéiforme, marqué par une diversité et une subjectivité sans limites. De l'autre, il est susceptible de représenter, au travers d'une religion spécifique, une forme d'universalité morale, une unité culturelle et de valeurs parcourant la société, mais alors très souvent, implicitement, intégrées en droit. Par les rapports que l'État français a entretenus avec la religion dans l'histoire, le régime des cultes ne pouvait qu'être le terreau fertile du développement des limites de l'universalité. Ces éléments témoignèrent des difficultés qui accompagnent l'insertion du fait religieux dans le droit conformément à l'égalité générale, mais également des limites tenant à la traduction concrète de l'égalité universaliste. En vérité, le fait religieux montre d'un côté toute la complexité d'un objectif d'uniformité et d'universalité juridique, mais également toutes les limites de la concrétisation de cet objectif.

711. En conséquence, le fait religieux, ainsi que le régime des cultes qui le prend en compte, ne pouvait que pousser à la remise en cause de l'égalité formelle et au basculement vers l'égalité réelle, au point, compte tenu des caractéristiques ci-dessus exposées, que cette dernière paraisse intrinsèque au fait religieux. Il n'est alors pas étonnant que la doctrine considère l'égalité des cultes avant tout comme une égalité réelle et que certains principes accolés au régime des cultes poussent à permettre une effectivité et jouissance réelle des droits culturels. En résumé, le fait religieux ne saurait, en tout point, se contenter d'une égalité formelle stagnante et excessivement abstraite.

712. À l'aune de ce constat, force est de constater que le fait religieux entre vivement en tension avec la concrétisation de l'égalité universaliste ; il bouscule constamment l'égalité générale. Plus encore, il montre à quel point l'universalisme dépasse difficilement son cadre de simple « idéal », peu concrètement réalisable.

713. Cette tension permet cependant de tirer des leçons. Elle amène à mieux réfléchir sur l'universalité de nos concepts et permet de mettre en avant la nécessité d'observer le concret pour corriger les défauts d'une abstraction en perte de focale sur le réel. François Gény résumait : « plus on regarde un seul point, en le fixant et y concentrant toute son attention, plus on oublie l'ensemble dont il fait partie, plus on incline à immobiliser cet ensemble vivant, et à le ramener au seul point envisagé, que l'on grossit artificiellement jusqu'à lui faire absorber le tout, dont il n'est qu'un fragment », en conséquence de quoi « l'abstraction ne peut plus que jouer le rôle d'un instrument opérant à vide », ayant oublié le contact avec le réel qu'elle

visait²⁰⁰². Ce réel peut se diversifier et regrouper des individus ne correspondant plus au modèle majoritaire qui s'entête pourtant dans son abstraction faussement universelle.

714. Nous avons mesuré la nécessité d'universaliser le régime des cultes. Les critiques et demandes en la matière poussent à une conception plus effectivement universelle de l'égalité, pour que le régime des cultes s'applique réellement à tous. C'est en cela que la prise de conscience des insuffisances concrètes de l'égalité générale semble absolument nécessaire. L'évolution tangible vers ce que nous nommons l'égalité réelle passe par cette étape. L'universalisme n'est plus qu'un principe abstrait mais devient par là même un objectif réel. Ce postulat rejoint la distinction opérée par Danièle Lochak entre uniformité et universalité, la première se contentant d'une apparence d'égalité dans la norme, quand la seconde s'assure de l'effectivité des mêmes droits pour tous²⁰⁰³. Seulement, son postulat initial constitue sa clef de voûte et doit demeurer : le droit ne doit pas reconnaître des différenciations prohibées. L'égalité réelle postule donc de prendre objectivement conscience des inégalités, puis d'universaliser le régime tout en préservant l'idéal du modèle. Elle ne saurait se confondre avec le différencialisme. Il semble que les pouvoirs publics confondent par moments les objectifs et correctifs de l'égalité réelle et craignent à tort d'aménager le droit. C'est alors passer à côté du fait que c'est le maintien de principes formels et égalitaires, alors qu'ils renferment des biais axiologiques privilégiant certaines religions historiques, qui pose un problème²⁰⁰⁴.

715. Tous ces éléments ouvrent la voie à des réflexions plus globales à propos de la gestion des cultes en France. Notamment, la question suivante s'impose : n'était-il pas judicieux de reformuler la législation des cultes, ou au moins celle de 1905, à l'aune du nouveau paysage religieux ? En faisant intervenir les nouveaux acteurs au processus ? Les propositions de révision de la loi de séparation ont foisonné, dès le lendemain de la loi par Louis Méjan²⁰⁰⁵, puis 50 ans plus tard par François Méjan²⁰⁰⁶, et même encore plus récemment²⁰⁰⁷. Malgré tout,

²⁰⁰² F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif...*, op. cit., p. 133. L'auteur prend beaucoup de temps à exposer les limites de l'abstraction et les dérives du droit lorsqu'il s'éloigne de la réalité des faits qu'il est censé concerner : « [d]ès que l'esprit s'élève au-dessus de cette besogne rudimentaire, dès qu'il entre dans la voie de l'abstraction généralisatrice, qui, à travers mille évolutions, le conduit jusqu'à la systématisation des notions juridiques, parfois érigées en entités indépendantes, la nécessité apparaît de séparer ce qui reste travail légitime de l'intellect de ce qui n'est plus qu'une idéalisation vaine et fallacieuse. Et cette séparation s'opère [...] en tenant compte de la dose de réalité, qu'enferme chaque notion, pour se confier pleinement à celle-ci en tant qu'elle se borne à traduire le réel en des termes capables de le rendre accessible à l'intelligence et à l'action humaines [...] » (*ibid.*, p. 136). Il défend alors une suspicion des concepts : « [d]e la part de l'esprit juridique, la tendance à l'abstraction apparaît d'autant plus dangereuse, qu'appelé à régir la vie, il se croit volontiers supérieur à elle. Le concours de toutes les facultés, le recours au sentiment et à l'action, l'aide constante de l'intuition sont donc, ici, plus qu'ailleurs, nécessaires pour réduire à ses justes limites l'effort strictement intellectuel et laisser place à d'autres puissances plus capables de pénétrer et de diriger le réel » (*ibid.*, p. 138).

²⁰⁰³ *Ibid.*

²⁰⁰⁴ « La non-neutralité religieuse de l'État et la reconnaissance *de facto* des organisations religieuses soulèvent la question du traitement inéquitable des minorités religieuses, tels les musulmans. Elle rend incohérente la position des républicains classiques, qui demandent aux musulmans de respecter les dogmes de la "laïcité imaginée" tout en concédant les avantages pragmatiques de la "laïcité réelle" aux croyants de religions plus traditionnellement implantées en France » (C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, op. cit., p. 80).

²⁰⁰⁵ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan*, op. cit., p. 519 et s.

²⁰⁰⁶ F. MEJAN, « La solution concordataire d'ensemble » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, op. cit., p. 401-434.

²⁰⁰⁷ Voir l'ouvrage collectif Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, op. cit.

ces premiers étaient davantage préoccupés par la relation entre l'État et la religion catholique que par le souci d'un régime universellement applicable aux nouvelles religions. Peut-être serait-il pertinent de reposer le débat en présence des nouvelles religions et dans un contexte différent.

716. En ce sens, partant du principe qu'est acquise l'institutionnalisation d'une instance représentative de l'islam et de sa participation, avec les autres cultes, aux décisions publiques, peut-être peut-on envisager une lecture du raisonnement de Cécile Laborde qu'elle nomme le « républicanisme critique »²⁰⁰⁸. Celle-ci défend un certain respect de l'universalisme, mais postule la prise en compte d'une « clause de parité contextuelle » qui caractérise la domination que peut subir une minorité par la soumission à un pouvoir arbitraire où la notion d'arbitraire est « procédurale (façon dont les règles sont élaborées) et substantive (contenu des règles) »²⁰⁰⁹. En conséquence, la « catho-laïcité » est, selon elle, un « un système de domination si (et seulement si) le fait que certaines catégories de citoyens n'ont pas participé à son élaboration – condition procédurale – affecte la légitimité des contraintes particulières auxquelles ils sont soumis – condition substantive »²⁰¹⁰. Dès lors, poursuit-elle, quand certains droits sont particulièrement empreints d'un contexte historique ou culturel spécifique « le principe de non-domination exige que les citoyens affectés par ces règles soient consultés sur leur application ». Précisément, pour certaines religions, et surtout l'islam, il y a domination procédurale et substantive²⁰¹¹. L'autrice, reprenant l'approche de Habermas et Rawls, encourage la participation des institutions publiques au processus délibératif²⁰¹². Un tel fonctionnement est peu ou prou conduit depuis l'instauration du CFCM. Ce but légitime, avertit-elle, doit être distingué de celui, moins légitime, de reconnaissance officielle des religions dans la sphère commune de la citoyenneté²⁰¹³. Subsiste le doute quant à la distinction pratique entre les deux. Des parts d'ombre demeurent à l'égard de cette approche, sorte de « laïcité “négociée” »²⁰¹⁴, mais les pistes de réflexion pour une reformulation complète du régime des cultes, dans la généralité et à l'aune des différences et besoins religieux actuels, sont ouvertes.

²⁰⁰⁸ C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, op. cit. ; « Républicanisme critique et religion », *Mouvements*, n° 89, 2017/1, p. 62-68.

²⁰⁰⁹ C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, op. cit., p. 91.

²⁰¹⁰ *Ibid.*

²⁰¹¹ Car « les musulmans n'ont pas historiquement participé à l'élaboration des règles de la laïcité qui leur sont appliquées (arbitraire procédural) et ces règles, qui ont souvent épousé le moule culturel de la catho-laïcité, peuvent avoir des effets discriminatoires indirects sur les minorités religieuses (arbitraire substantif) » (*ibid.*, p. 92).

²⁰¹² L'importance du processus délibératif et dialogique est partagée par de nombreux auteurs. Catherine Audard soutient que le dialogue légitime la neutralité, car il est « le seul processus d'intégration qui respecte les minorités et leur donne une reconnaissance dans la sphère publique, un statut et une dignité qui leur manquaient, puisqu'il intègre leur point de vue et, grâce au processus de délibération, a de bonnes chances de les faire évoluer » (C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p 643). Dans les pages suivantes, l'autrice décrit cette conception et ses auteurs, parmi lesquels s'imposent Rawls, Habermas ou Taylor.

²⁰¹³ C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, op. cit., p. 95-96.

²⁰¹⁴ Terme employé par Zahra Anseur qui aborde quelque peu cette thématique (« Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité “postmoderne” », *art. préc.*).

TITRE 3. L'INSUFFISANCE DE LA GENERALITE : DES TENSIONS AVEC L'UNIVERSALISME INHERENTES AU REGIME DES CULTES

717. La généralité de la règle a montré toutes ses limites dans sa capacité à concrétiser l'idéal universaliste. Pourtant, elle a permis et permet toujours de saisir le fait religieux sans distinction de religion. La généralité présente des limites tenant à son contact avec la réalité sociale, et précisément avec la réalité religieuse, mais elle demeure la traduction concrète – inévitablement limitée – de l'égalité universaliste. Cependant, en allant plus loin, il est possible de déceler de plus profondes limites de cette généralité exprimées par le régime des cultes. La prise en compte du phénomène religieux semble alors s'accompagner d'autres risques pour l'égalité universaliste, que le droit français illustre. Tout cela découle des caractéristiques du religieux.

718. En effet, à plusieurs reprises, ont été évoquées des définitions de la religion qui présentent un pan subjectif et objectif²⁰¹⁵. Nécessairement, la religion renvoie avant tout à la présence d'une conviction, parfois si profonde qu'elle peut se fondre en identité²⁰¹⁶. Nous avons mesuré historiquement, par exemple, à quel point la garantie d'une égalité civile était revendiquée pour supprimer la pression pesant sur les convictions religieuses qui résultait des distinctions établies dans le droit commun. L'intensité de la conviction religieuse faisait peser sur la conscience des religionnaires les contraintes des discriminations. La religion se définit ensuite traditionnellement par une dimension communautaire, par « l'existence de formes de communalisation (organisation, église, secte, etc.) »²⁰¹⁷. Dans le même sens, nous avons vu que certaines religions étaient saisies par leur communauté ; l'Église catholique fut l'exemple le plus parlant d'un groupe structurellement organisé autour d'une foi et intégré selon cette structure en droit.

719. La loi de 1905 est venue rompre avec ce système. Cependant, nous avons par la suite pointé les limites de la généralité de la norme, en ce qu'elle ne traduisait finalement qu'un modèle, qu'une spécificité, choisie et incluse dans la catégorie juridique perçue comme universelle. Souvenons-nous de cette formule de Danièle Lochak : « [p]arce que la règle de droit, même formulée de façon générale et impersonnelle et de portée soi-disant universelle, a été dans beaucoup de cas conçue non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets mais pour s'appliquer à un individu "normalisé", correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant, à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires [...] »²⁰¹⁸. En ces termes, et

²⁰¹⁵ Voir notamment p. 53 et s. et p. 251 et s.

²⁰¹⁶ L'individu peut faire du « je suis » derrière le « je pense » (P. GAST, « Religions, sectes et discriminations », *CRDF*, n° 2, 2003, p. 49-62).

²⁰¹⁷ Y. LAMBERT, « La "Tour de Babel" des définitions de la religion », *Social Compass*, n° 38, 1991, p. 73-85.

²⁰¹⁸ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, coll. « Les voies du droit », p. 69.

comme nous l'avons étudié, le « type particulier »²⁰¹⁹ renvoie aux caractéristiques de la religion catholique. Une première question se pose à l'aune de cette citation : qu'en est-il de l'individu n'appartenant pas à la religion majoritaire ? Cette interrogation se subdivise en deux temps. L'appartenance à la religion « majoritaire », en l'occurrence catholique, exprime la prise en compte d'une communauté spécifique. En conséquence, qu'en est-il de l'individu n'appartenant pas à une religion, dans le sens où il arborerait une conviction religieuse individuelle ? Suivant cette question, le « type particulier » précité, ne revient-il pas à reconnaître implicitement la communauté religieuse à travers la généralité ? Ensuite, cette inclusion implicite d'une religion dans la norme générale revient à inclure une conception spécifique de la conviction : la croyance religieuse. Dès lors, qu'en est-il de l'individu n'appartenant pas à une religion, dans le sens où il n'arbore pas de croyance religieuse ? Finalement, la norme générale, ne revient-elle pas à reconnaître une spécificité aux convictions religieuses ?

720. En ces termes, l'établissement d'un régime propre aux religions porte en lui le risque, trop méconnu, d'une part, que le fait religieux soit spécifiquement appréhendé par l'existence de communautés religieuses et ne contrevienne ainsi à l'individualisme sous-jacent à l'égalité universaliste ; d'autre part, que la dimension convictionnelle du religieux soit distinguée de toute autre conviction, contrevenant alors à une forme d'égalité morale et entre convictions que l'égalité universaliste devrait sous-entendre.

721. Ainsi, si la généralité permet en apparence de ne pas faire de distinction selon la religion, elle n'empêche pas qu'à travers le régime des cultes se développe une autre forme de différenciation. En effet, nous découvrons que la généralité dans le régime des cultes français n'empêche pas que l'égalité universaliste puisse être contredite par le fait religieux et sa saisie juridique. D'une part, ce fait et ses modalités juridiques de prise en compte favorisent une appréhension communautaire de ce premier (**CHAPITRE 1**). D'autre part, cette incorporation juridique du religieux s'accompagne d'une distinction inévitable entre convictions religieuses et convictions areligieuses (**CHAPITRE 2**).

²⁰¹⁹ J. DABIN, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5e partie, 1938, p. 75.

CHAPITRE 1. Une appréhension du religieux perpétuellement communautaire

722. Le droit français est théoriquement profondément hermétique à la reconnaissance des groupes dans la sphère juridico-politique²⁰²⁰. D'origine révolutionnaire²⁰²¹, l'individualisme irrigue aujourd'hui toutes les veines de l'État et lorsque celui-ci traite avec les individus, nul corps ne s'interpose entre lui et ces derniers. Universalisme et individualisme sont les idéaux qui sous-tendent les principes juridiques et le droit en vigueur²⁰²². L'égalité à la française est d'essence universaliste certes, mais elle ne saurait être détachée d'une substance individualiste.

723. En cela, c'est une nouvelle fois l'étude des rapports entre égalité et religion qui amène à ces réflexions. Le prisme d'analyse de l'égalité conduit à celui de l'individualisme, car cette première constitue une modalité de concrétisation du second. En effet, l'exclusion française de certains particularismes et de groupe est souvent associée au rejet profond de toutes « forces centrifuges » qui menacerait l'unité de la Nation²⁰²³. Certaines différenciations sont indéniablement rattachées à l'expression d'une appartenance communautaire. De toute évidence, ne « reconnaître des droits qu'à des groupes pourrait rompre l'égalité entre citoyens selon qu'ils appartiennent ou non à un tel groupe »²⁰²⁴. Par conséquent, seuls les individus peuvent être concernés par les droits, et ce, au-delà de leurs distinctions identitaires individuelles et communautaires. Du moins, en théorie.

724. Précédemment, nous avons montré combien l'histoire avait inclus le « type particulier »²⁰²⁵ de la religion majoritaire au sein de l'universel par les catégories juridiques. À ce propos, nous expliquions que certains régimes juridiques applicables aux cultes requéraient une structure communautaire calquée sur le modèle catholique pour accéder au bénéfice des droits. En outre, la loi de 1905 n'a pas totalement rompu avec une longue tradition d'appréhension du fait religieux par les différents groupes confessionnels. Depuis la loi de séparation, le régime des cultes semble manifester une prise en compte indubitable de la

²⁰²⁰ Voir Introduction.

²⁰²¹ Souvenons-nous de la célèbre locution, jamais trop citée, de Clermont-Tonnerre, esprit de cet individualisme : « [i]l faut tout refuser aux Juifs comme nation et tout accorder aux Juifs comme individus [...] il faut qu'ils ne fassent plus dans l'État ni corps politique, ni ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens » (*Opinion de M. le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre*, député de Paris, le 23 décembre 1789, Paris, 1789, p. 13 cité dans P. GIRARD, *Les Juifs de France de 1789 à 1860. De l'émancipation à l'égalité*, Calmann-Lévy, 1976, coll. « Diaspora », p. 51).

²⁰²² Comme le rappelait le Conseil d'État, « la contrepartie nécessaire de l'unité du peuple est l'universalité du citoyen, laquelle s'exprime par l'égalité devant la loi » (Conseil d'État, *Rapport public sur le principe d'égalité*, La Documentation Française, 1996, p. 63-64).

²⁰²³ B. PERREAU, « L'invention républicaine. Éléments d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 41-53.

²⁰²⁴ G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, Paris, Éditions du Seuil, 12^e éd., 2014, p. 47.

²⁰²⁵ J. DABIN, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5^e partie, 1938, p. 75.

dimension communautaire du fait religieux. Cette prise en compte peut n'être qu'une tendance à l'appréhension groupale du phénomène religieux ; elle peut être une reconnaissance expresse d'une structure hiérarchique, des autorités et de ses normes ; elle peut renvoyer à l'exigence d'une structure hiérarchique ou communautaire lors de l'octroi de droit. Dans tous ces cas, elle présente une contradiction avec la logique de l'égalité individualiste. Cette réalité découle du fait religieux lui-même, dont la dimension communautaire est fréquente et prégnante, mais aussi, immanquablement, d'une tendance du système français à centrer l'approche juridique sur cette dimension (**SECTION 1**). De toute part, le droit français se montre sensible à cette approche, en contradiction avec le postulat individualiste qu'il arbore. Cela s'explique manifestement par une tradition historique de modalité d'appréhension du fait religieux (**SECTION 2**). Ces constatations font échos à des réflexions abordées sur les catégories générales employées. Il convient alors d'apporter de nouveaux éclaircissements sur le sujet du processus de catégorisation du régime des cultes (**SECTION 3**).

SECTION 1. Une caractérisation juridique du religieux et de sa liberté centrée sur la dimension communautaire

725. Par nature, le religieux et la liberté attenante entretiennent des liens étroits avec la prise en compte des groupes : le religieux en ce qu'il arbore une dimension communautaire souvent primordiale, la liberté en ce qu'elle inclut et parfois protège cette dimension en droit. Cette substance initiale du fait religieux pousse à la prise en compte des groupes en matière religieuse (**PARAGRAPHE 1**). Cependant, l'importance donnée à cette dimension communautaire dépend de l'approche de la liberté de religion que l'État a choisie. En effet, pour caractériser et saisir le religieux – conséquemment sa liberté – deux approches sont habituellement distinguées : l'approche objective et subjective, chacune donnant une place bien distincte au groupe dans la saisie juridique du fait religieux (**PARAGRAPHE 2**). Le plus surprenant est alors qu'en dépit de sa tradition individualiste, la France a depuis bien longtemps opté pour une conception objective de la liberté de religion qui fait ainsi la part belle à la dimension communautaire du culte (**PARAGRAPHE 3**).

PARAGRAPHE 1. Prémices d'une tension : l'impulsion communautaire du fait religieux

726. Suivant la logique de l'égalité universaliste à la française, les droits octroyés aux individus sont obligatoirement individuels. Du moins *a priori*. La liberté de religion a ceci de particulier qu'elle se situe précisément à la frontière de l'individuel et du communautaire. Elle entre alors en tension avec la philosophie universaliste mais, cela, du fait même de la réalité sociale du phénomène religieux. En effet, la religion comporte un lien indéniable avec l'idée de communauté que nous avons maintes fois évoquée. Cela ne signifie pas que chaque expression

religieuse renvoie à une appartenance collective, mais force est de constater, tant historiquement que du point de vue juridictionnel et doctrinal, que le lien avec le groupe s'érige comme primordial. Le religieux présente alors le risque pour l'égalité individualiste de se voir saisi au travers de droits rattachés à l'appartenance communautaire.

727. Les discussions se rapportant à de tels droits distinguent habituellement droits individuels, collectifs et de groupe. D'un côté, certains confondent « droits de groupe » et « droits collectifs », bien qu'ils se fassent rares aujourd'hui²⁰²⁶. Le Conseil constitutionnel n'a rien arrangé en employant le terme de « droit collectif » pour, sur le fond, viser le communautarisme, c'est-à-dire l'octroi de droits spécifiques à des groupes particuliers²⁰²⁷. La confusion est particulièrement douteuse, tant l'exercice en commun de droits, par des individus ayant un intérêt ou une spécificité commune, ne peut être assimilé à un droit spécifique détenu par le groupe. Pour reprendre l'exemple de Pierre-Henri Prélôt, il en va ainsi d'une association réunissant des Bretons et qui se donne pour objet la promotion de la langue bretonne et dont les statuts exigent le seul emploi, entre les membres, de ladite langue ; il s'agit, ni plus ni moins, de l'exercice d'un droit collectif, exercé par un groupe, défini socialement par un critère particulier²⁰²⁸. Ce critère n'est en l'occurrence pas saisi par le droit et le droit commun prime. Seulement, ce droit s'applique à des regroupements d'individus, souvent issus de structures créées par le droit (on pense aux associations), accessibles à tous les individus et pour différents intérêts. Ces intérêts peuvent bien être religieux, sans que le critère religieux n'ait en lui-même d'implication juridique.

728. L'auteur précité distinguait alors « droits collectifs » et « droits de groupe » à travers l'identité conférée au groupe d'individus par l'exercice en commun de certains droits²⁰²⁹. Cette acception tient davantage de l'analyse sociale que celle du droit. Elle omet à notre sens la différence d'implication juridique qui sépare les deux formes de droits. Les droits collectifs n'expriment pas juridiquement une différenciation juridique, dans le sens où tout individu peut en bénéficier. L'exercice de ce droit s'opère certes collectivement, et peut exprimer *de facto* des particularismes. Tel est le cas d'une association prévue pour la pratique d'un culte spécifique. Juridiquement, le statut d'association ne dépend pas du particularisme religieux du groupement²⁰³⁰. Encore que, l'assertion n'est pas indiscutable s'agissant des associations

²⁰²⁶ La preuve en est avec la notion de « droit collectif » que nous utilisons pour parler des courants différencialistes. Nous employons les termes utilisés par la doctrine dans ce cadre mais, pour la grande majorité des cas, c'est davantage de la notion de « droit de groupe » à laquelle il est fait référence.

²⁰²⁷ Dans sa décision de 1999 à propos de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires (décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*).

²⁰²⁸ P.-H. PRELOT, « Définir juridiquement la laïcité » in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2006, coll. « Droit et Justice », p. 137.

²⁰²⁹ Pierre-Henri Prélôt cite en exemple le droit de porter une tenue religieuse, qui constitue à la base une liberté individuelle, mais n'empêche pas de constituer un droit de groupe, « dès lors qu'il permet à des individus d'affirmer une identité culturelle ou religieuse » (*ibid.*, p. 138-139).

²⁰³⁰ « Leur reconnaissance ne signifie pas l'émergence d'un droit français des minorités puisque ces droits sont garantis pour tous les citoyens sans que des distinctions puissent être faites selon les choix de relevance ou les stratégies d'appartenance », proclame Geneviève Koubi (G. Koubi, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. Koubi, et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 319).

culturelles²⁰³¹. Le droit de groupe, *a contrario*, manifeste une différence communautaire : un groupe bénéficie spécifiquement d'un droit au titre de sa particularité. Plus qu'aux titulaires²⁰³², le droit de groupe se réfère aux critères d'appartenance partagés par des individus d'un même groupe pour octroyer un droit. Les droits collectifs sont dans le fond individualistes, mais se rattachent le plus souvent à des catégories juridiques²⁰³³, quand les droits de groupe renvoient à des communautés, des critères d'appartenance rejetés par l'idéal universaliste²⁰³⁴. Ces derniers expriment donc des droits différenciés²⁰³⁵.

729. Au sein de ce débat, la religion occupe une place ambiguë. Elle est, pour la plupart des auteurs, irrémédiablement liée à la communauté²⁰³⁶ ou à l'institution²⁰³⁷. Il faut dire que l'aspect communautaire est quasiment systématique au sein des acceptions doctrinales de la religion²⁰³⁸. Par conséquent, si la liberté de religion *n'est* pas nécessairement un droit des groupes²⁰³⁹, elle *peut être* le vecteur de tels droits²⁰⁴⁰. Bien que la liberté de religion s'inscrive dans la logique individualiste des droits de l'homme, elle contient alors une part de protection de l'exercice collectif, de la réunion en groupe. Elle est au carrefour des catégories de droit : elle fait circuler l'appréhension juridique d'une extrémité – individualiste – à une autre –

²⁰³¹ Voir juste ci-dessous.

²⁰³² Selon Jean Rivero, une définition fréquente du droit de groupe repose directement sur le titulaire du droit : l'individu ou le groupe (J. RIVERO, « Rapport général introductif » in *Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels (actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979)*, Paris, LGDJ, 1980, p. 17).

²⁰³³ Pour la distinction catégorie et groupe, voir Introduction p. 30 et s.

²⁰³⁴ Cette formule permet de donner raison à Jean Robelin, pour qui « un droit n'est jamais simplement [...] une possibilité d'action individuelle [...] », mais est « d'abord un rapport entre catégories d'individus » – le droit de grève étant un rapport du salariat et du patronat, par exemple – (J. ROBELIN, *La petite fabrique du droit*, Paris, Éditions Kimé, 1994, p. 190), sans pour autant neutraliser la distinction claire entre droits collectifs et droits de groupe.

²⁰³⁵ Pour reprendre une typologie appropriée signalée par Fernando Arlettaz : « [l]es droits communs sont ceux qui sont énoncés comme droits de tous les individus (droits communs individuels, par exemple, “toute personne a le droit à ne pas être torturée”) ou de tous les groupes d'une certaine catégorie (droits communs collectifs, par exemple “tous les groupes culturels ont droit à la protection de l'État”). Les droits différenciés, par contre, sont des droits reconnus à des individus appartenant à un groupe déterminé (“les personnes de religion juive ont droit à s'absenter des cours le samedi”) ou à un groupe déterminé (“le statut personnel des juifs est régi par leur loi religieuse”) » (F. ARLETTAZ, *Les groupes religieux, objet du droit international*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions », p. 57-58).

²⁰³⁶ « [i]l [le droit à la liberté de religion] ne peut se comprendre sans le droit de la communauté religieuse dont il participe [...] » (P. ANDRE-VINCENT, « Le droit à la liberté religieuse dans l'État de droit » in J.-B. D'ONORIO (dir.), *L'Eglise et l'État en France*, Paris, Téqui, 1983, p. 158).

²⁰³⁷ C. DE SALINS, « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA*, 2003, p. 1053.

²⁰³⁸ Yves Lambert avait expliqué dans son fameux article que « l'existence de formes de communalisation » était l'un des trois éléments les plus évoqués pour définir la religion (Y. LAMBERT, « La “Tour de Babel” des définitions de la religion », *art. préc.*).

²⁰³⁹ Pour Pierre-Henri Prélôt, la liberté de religion est un droit de groupe, « puisque la religion suppose une communauté », « qui s'exerce de manière individuelle (prière, respect des principes de vie) et collective (la pratique du culte) » (P.-H. PRELOT, « Communautés et communautarisme – les aspects juridiques » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING, *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion », p. 227).

²⁰⁴⁰ Voir notamment p. 707 et s.

communautaire –, sans pouvoir véritablement éviter l’une des deux²⁰⁴¹. La religion est difficilement détachable d’un critère communautaire, ce qui se répercute naturellement en droit. La liberté afférente entretient ainsi des rapports étroits avec les droits collectifs surtout, mais également avec les droits de groupe²⁰⁴². Et les faveurs du différencialisme ne cesseront de conforter cette dimension de la liberté de religion²⁰⁴³.

730. Immanquablement, donner de l’importance à l’exercice collectif et/ou communautaire s’accompagne perpétuellement d’un risque pour le respect des droits individuels. Le fait religieux, par le biais de la liberté de religion, est capable de mettre en avant sa dimension communautaire au détriment du fondement individualiste des droits de l’homme. À l’inverse, la dimension communautaire, primordiale pour le croyant, ne doit pas être entièrement ignorée. Il arrive alors que le juste milieu entre le respect du groupe et de l’individu soit particulièrement délicat à trouver. Il est courant de considérer que la liberté individuelle reste protégée du moment que l’individu est libre de quitter la communauté religieuse d’appartenance. C’est en quelque sorte la clef de voûte des droits individuels dans les rapports avec les groupes religieux. Seulement, cette protection rend à l’inverse sérieusement fragile la garantie des droits de l’individu contre son groupe, pendant son adhésion à celui-ci. L’exemple le plus traditionnel en la matière s’illustre par l’affaire du *gueth* (*guett* ou *get*)²⁰⁴⁴ devant les juges judiciaires, par laquelle ceux-ci refusèrent, à plusieurs reprises, d’astreindre le mari à délivrer le *gueth* à son ex-épousé, l’empêchant ainsi, selon la loi juive, de se marier à

²⁰⁴¹ « [e]n tant qu’il apparaît impossible de concevoir la religion indépendamment d’un rassemblement, parfois ponctuel, souvent intermittent, toujours mobile, la notion de liberté de religion ne peut être enserrée dans l’un ou l’autre de ces cadres : droits individuels, droits collectifs, droits de groupe. Ces éléments contraignent les autorités publiques, étatiques, à admettre, à tolérer la construction de systèmes normatifs intra-étatiques propres à des groupes religieux, à des communautés formelles ou informelles : églises, associations, mouvements, groupements. La reconnaissance implicite ou explicite de systèmes de normes forgés par les groupes eux-mêmes n’induit pas l’introduction d’une notion de “droit du groupe” dans l’ordre juridique étatique. Cependant, en ce que la perspective individualiste du droit accompagne le développement de la pensée communautariste ou “communautarienne” des droits, la notion de “droits collectifs” se trouve posée non en rapport avec l’exercice collectif des droits, mais en liant celui-ci à l’émanation d’un groupe déterminé. Apparaît ainsi une tendance à la formalisation du groupe en l’occurrence, au vu de référents religieux ; la prise en considération des référents religieux constitutifs d’un groupe en instance d’être reconnu comme un sujet de droits revient alors à confiner la question de la liberté de religion dans le cadre des actions rituelles et pratiques cultuelles à enfermer l’exercice de la liberté d’opinion religieuse dans le fait de, croire et de pratiquer. Ces démarches instaurent une césure entre le phénomène religieux et le fait social. Cette partition est d’ailleurs sujette à caution : l’étude des formes d’exercice de la liberté de religion consiste non seulement à remettre en question les données variables de la distinction entre droits personnels droits individuels droits collectifs mais aussi à évaluer les fluctuations d’une distinction entre droits collectifs et droits de groupe » (G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 4, 1999, p. 721-739).

²⁰⁴² « Adhérer à une religion, c’est entre dans la communauté où est transmise la tradition de son fondateur. Toute communauté religieuse a une vie publique visible avec ses rites, son culte, ses temples, ses ministres, son organisation, son engagement social. La liberté religieuse est la liberté d’appartenir à une communauté religieuse. Aussi chaque communauté a-t-elle le droit d’être reconnue par le législateur dans sa structure organisationnelle propre, que celle-ci soit locale, nationale ou supra-nationale », défend Mgr Roland Minnerath (R. MINNERATH, « La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l’esprit », *Consciences et Liberté*, n° 40, 1990, p. 16-19).

²⁰⁴³ Voir Partie 2.

²⁰⁴⁴ Dans la religion juive, acte de divorce délivré par l’époux à son épouse permettant de délier officiellement d’un point de vue religieux tout lien conjugal, donc pour celle-ci de se remarier.

nouveau²⁰⁴⁵. La plupart des exemples concernent la juridiction judiciaire²⁰⁴⁶. Bien qu'elles soient moins frontales en droit public, ces problématiques parcourent de toute évidence tout le droit positif français. En effet, le fait religieux présente intrinsèquement le risque d'impliquer une mise en avant d'un groupe. La liberté de religion qui est intrinsèque à son insertion en droit offre justement une place à ce caractère communautaire. Il n'est donc pas étonnant que le risque inhérent à l'incorporation du fait religieux en droit se soit en réalité largement concrétisé en droit français.

PARAGRAPHE 2. La place de la dimension communautaire en droit : entre approche objective et subjective du religieux

731. Pour garantir la liberté de religion, les institutions, puis les juges, doivent identifier si une croyance ou pratique décrite comme religieuse peut effectivement être rattachée à la liberté de religion du croyant. Cette identification a trait à la définition du religieux ou, du moins, à ce qui peut lui être rattaché et aux aspects de celui-ci que l'État choisit de saisir. Ainsi, la dimension communautaire peut être plus ou moins mise en avant en fonction de l'approche employée par l'État. Elle présente alors plus ou moins de risque pour l'égalité individualiste. Il convient d'étudier les types d'approches du religieux.

732. Il est possible d'en distinguer deux : celle qui s'attache à l'opinion et au comportement religieux – la sphère subjective – et celle renvoyant à l'exercice collectif dans le culte – la sphère objective²⁰⁴⁷. La première sphère exprime un choix qui guide le comportement, mais la seconde inclut que ce choix puisse conduire à l'adhésion à l'institution religieuse²⁰⁴⁸. Apparaissent ici les deux schémas principaux de caractérisation du religieux.

733. Plus précisément et spécifiquement sous un angle juridique, une première caractérisation se fonde uniquement sur des preuves rapportées à l'individu lui-même, à sa sincérité personnelle, pour ainsi dire à « l'authenticité subjective » de la pratique religieuse du croyant²⁰⁴⁹. L'on parle d'approche ou de définition subjective de la religion et, dans le prolongement, de la liberté de religion. Selon l'autre conception, dite objective, « la définition de la religion est élaborée collectivement dans le cadre d'un triangle formé de l'État, de

²⁰⁴⁵ Voir par exemple Cass., 21 avr. 1982, n° 81-11.775 ; *Gaz. Pal.*, 21 avr. 1982.

²⁰⁴⁶ Voir pour ces éléments l'ouvrage V. FORTIER, *Justice, religions et croyances*, Paris, CNRS, 2000, coll. « CNRS Droit », dans lequel l'autrice constate la difficile balance entre liberté de conscience individuelle et liberté collective des communautés religieuses, balance qui n'empêche pas les tribunaux de tenir compte, confie l'auteur, du droit interne des institutions confessionnelles (*ibid.*, p. 67).

²⁰⁴⁷ G. KOUBI, « En marge d'un "conflit" : observations sur la liberté d'opinions, "mêmes" religieuses... », *LPA*, n° 36, 1991, p. 16.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*

²⁰⁴⁹ Pour reprendre le terme de Avigail Eisenberg (A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, New York, Routledge, 2015, p. 146).

l'individu croyant et de la communauté religieuse »²⁰⁵⁰. En ce sens, une personne réclamant le respect d'une tradition religieuse doit prouver l'existence objective de la croyance en question, en établissant qu'elle se fonde sur les traditions d'une religion existante²⁰⁵¹. Le regard sur le religieux est institutionnalisé et s'appuie sur la dimension sociale et objective de l'expression religieuse²⁰⁵². Ce regard revient, en outre, à « considérer comme seules valables les pratiques qui correspondent à un précepte considéré comme obligatoire au sein de la religion en question, par exemple du point de vue de ses éventuelles autorités »²⁰⁵³. L'établissement de la pratique repose alors sur des bases collectives, historiques, doctrinales et sociologiques²⁰⁵⁴, non plus sur l'expression et la conviction individuelle.

734. Ces modalités de perception du religieux s'illustrent nécessairement dans le cadre contentieux. Toutefois, elles ne se limitent pas à ce cadre ; elles renvoient plus généralement aux modalités et conditions générales d'approche juridique pratiquée par les pouvoirs publics pour saisir et gérer le fait religieux. En conséquence, l'approche choisie substantialise aussi le régime des cultes. Des modèles ont pour tradition de saisir le religieux avant tout par la communauté – par l'approche objective – quand d'autres optent pour une caractérisation plus individuelle et personnelle de la religion – par l'approche subjective. Cette dernière peut clairement être illustrée par le modèle canadien.

735. Ce dernier lie l'application d'un différencialisme²⁰⁵⁵ à une approche subjective de la liberté de religion. Il faut dire que l'authenticité subjective est particulièrement compatible avec le multiculturalisme, courant qui fonde ses prétentions sur la reconnaissance des différences et minorités comme moyens d'épanouissement individuel. Ce qui peut de prime abord sembler un paradoxe s'avère pour partie logique : le respect de toutes les traditions, aussi minoritaires soient-elles, implique l'acceptation de toutes les pratiques individuelles, aussi isolées soient-elles, et ce, en réduisant le risque d'une neutralité de façade ou de domination majoritaire. En somme, « la reconnaissance étatique des groupes, engagements et pratiques communautaires, peut jouer un rôle important dans le respect et l'amélioration de l'autonomie individuelle, et ainsi encourager les groupes à revendiquer sur ces bases »²⁰⁵⁶.

²⁰⁵⁰ P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique », p. 609.

²⁰⁵¹ R. JUKIER et J. WOEHLING, « Religion and the Secular State in Canada » in J. MARTÍNEZ-TORRÓN, W. C. DURHAM JR. et D. D. THAYER (dir.), *Religion and the Secular State: National Reports*, Madrid, Complutense University of Madrid Faculty of Law, 2014, p. 161.

²⁰⁵² B. LAVOIE, « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *Réguler le religieux*, vol. 4, 2015, p. 1-20.

²⁰⁵³ L. VANBELLINGEN, « La religion devant les juges : comment appréhender la subjectivité de la croyance du requérant ? », *Scriptura*, vol. 17, n° 1, 2017, p. 89-101.

²⁰⁵⁴ A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, op. cit., p. 146.

²⁰⁵⁵ Voir p. 47 et s.

²⁰⁵⁶ A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, op. cit., p. 147 (nous traduisons). Pour l'autrice, cette remarque n'est toutefois pas entièrement dénuée de contradictions : « le multiculturalisme libéral a, à la fois renforcé les valeurs associées aux engagements religieux et culturels fondés sur le sujet lui-même, à la fois encouragé les groupes à entraîner des affaires qui exigent l'évaluation d'une authenticité objective de leurs pratiques ».

736. Cela dit, le Canada employait dès 1955 une approche plus objective de la religion, en se permettant ouvertement de qualifier ce qui était religieux ou ne l'était pas²⁰⁵⁷. C'est le droit étasunien qui forma la source d'inspiration d'une approche du religieux plus subjectiviste²⁰⁵⁸, que la Cour suprême du Canada s'appropriâ et précisa dans sa célèbre décision *Amselem*, à l'origine de ladite conception²⁰⁵⁹. Cette dernière vise à davantage satisfaire les interprétations personnelles et individuelles des différentes croyances, qui s'écartent parfois du dogme général prôné au sein d'une communauté confessionnelle²⁰⁶⁰. Concrètement, l'approche fut illustrée par l'exigence d'établissement de la sincérité de la croyance pour pouvoir invoquer la liberté de religion : « le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif »²⁰⁶¹. Le concerné doit plutôt démontrer que sa croyance religieuse est de bonne foi, non fictive ou opportuniste, même si elle a pu évoluer récemment²⁰⁶², et même si elle n'est pas partagée par nombre de coreligionnaires²⁰⁶³.

737. De la sorte, le juge ne s'empêtre plus dans les conflits et arbitrages de dogmes religieux²⁰⁶⁴. Faisant primer le choix personnel, cette conception de la liberté de religion fait des destinataires de la norme les auteurs de leur propre droit²⁰⁶⁵, non pas les communautés. D'ailleurs, dans *Amselem*, la définition donnée de la religion se fixe entièrement sur l'individu²⁰⁶⁶.

738. Il arrive cependant que l'analyse objective reste complémentaire, dans la mesure où lorsque le requérant se réclame d'une religion traditionnelle, la vérification du caractère

²⁰⁵⁷ Cour Suprême du Canada, *Chaput c. Romain*, [1955] S.C.R. 834.

²⁰⁵⁸ Comme en atteste la référence faite par le juge Iacobucci, dans la décision *Amselem* (voir ci-dessous) (Cour Suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 ; 2004 CSC 47, §45), à une décision de la Cour Suprême des États-Unis de 1981 et aux propos d'un de ses juges.

²⁰⁵⁹ En l'espèce, un syndicat de copropriété s'opposait à l'autorisation pour des copropriétaires de confession juive d'ériger pendant neuf jours par an, sur leur balcon, une *soucca* (*soukka*, *succah* ou encore *sukkah*), sorte de cabane ou hutte temporaire et matériellement sommaire (Cour Suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., §45). Il y avait déjà des bribes d'une telle conception antérieurement : Cour Suprême du Canada, *La Reine c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

²⁰⁶⁰ J. WOEHLING, « Liberté de religion, accommodements raisonnables et neutralité religieuse de l'État : les fluctuations de la jurisprudence de la Cour suprême », *Religiologiques*, n° 34, 2016, p. 83-115.

²⁰⁶¹ *Ibid.*, §48.

²⁰⁶² En somme, les pratiques antérieures ne comptent que peu : « tout comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer » (*ibid.*, §53).

²⁰⁶³ « Le fait que plusieurs personnes pratiquent la même religion de façon différente n'invalide pas pour autant la demande de celui qui allègue une violation à sa liberté de religion » (Cour Suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006, CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, §35).

²⁰⁶⁴ Cour Suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., §50-51.

²⁰⁶⁵ S. BERNATCHEZ, « Gouverner les religions au Canada par des innovations juridiques *made in USA* : la réflexivité à l'œuvre dans l'accommodement raisonnable et la liberté de religion », *Revue du droit des religions*, n° 11, 2011, p. 133-154.

²⁰⁶⁶ « Selon une définition générale, une religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle » (Cour Suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc.).

religieux peut reposer sur l'approche objective²⁰⁶⁷. Seulement, la vision subjective empêche qu'en présence d'une religion moins courante la notion de religion soit uniquement déterminée du point de vue majoritaire ou dominant²⁰⁶⁸. Néanmoins, face au potentiel revendicatif colossal offert par l'approche subjective aux demandeurs religieux, la Cour canadienne a quelque peu restreint sa jurisprudence, en exigeant une atteinte objective et plus grave à la liberté de religion²⁰⁶⁹. Au-delà d'un modèle étatique spécifique, et plus en rapport avec le droit français, c'est la CEDH qui peut illustrer la pratique d'une approche subjective du religieux.

739. En effet, dans sa décision *Eweida*, la Cour cite expressément la jurisprudence canadienne et affirme ensuite le caractère profondément personnel et individuel de la pensée et conscience de chacun²⁰⁷⁰. Plus encore, pour apprécier la teneur de la liberté de religion, les juges européens ouvrent sa garantie « à des vues atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »²⁰⁷¹. Après une première itération du type dès 1982²⁰⁷², la formulation est depuis reprise quand il s'agit de traiter de liberté de pensée, de conscience ou de religion²⁰⁷³. La jurisprudence *Eweida* conforte le penchant subjectif de l'authentification religieuse pratiquée par la Cour lorsque, d'une part, elle rejette tout jugement d'un État sur l'affirmation de la légitimité d'une croyance ou la façon dont une pratique s'exprime²⁰⁷⁴, d'autre part, et par conséquent, elle déclare que « le requérant n'est aucunement tenu d'établir qu'il a agi conformément à un commandement de la religion en question ». En outre, seule une appréciation *in concreto* permet d'établir le lien suffisamment étroit et direct entre l'acte la conviction qui en est à l'origine²⁰⁷⁵. Le changement de paradigme est marquant lorsque l'on sait que la Cour put auparavant considérer que tous les actes motivés ou inspirés par une croyance religieuse n'étaient pas protégés par l'article 9 de la Convention²⁰⁷⁶. Cela n'empêche pas la Cour de faire face à certaines difficultés impliquant des considérations plus sévères pour l'intégralité d'une communauté, par exemple à travers l'insertion d'une exigence implicite,

²⁰⁶⁷ Il semble cependant que les tribunaux privilégient autant que possible une définition subjective de la liberté de religion pour éviter tout conflit dogmatique (J. WOEHRLING, « Liberté de religion, accommodements raisonnables et neutralité religieuse de l'État : les fluctuations de la jurisprudence de la Cour suprême », *Religiologiques*, n° 34, 2016, p. 83-115 et R. JUKIER et J. WOEHRLING, « Religion and the Secular State in Canada » in J. MARTINEZ-TORRON, W. C. DURHAM JR. et D. D. THAYER (dir.), *Religion and the Secular State: National Reports*, Madrid, Complutense University of Madrid Faculty of Law, 2014, p. 161-162). Néanmoins, Bertrand Lavoie décrit un regain de la conception objective, notamment causé par la réticence du Québec à appliquer l'authentification subjective (B. LAVOIE, « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *Réguler le religieux*, vol. 4, 2015, p. 1-20).

²⁰⁶⁸ H. AL-DABBAGH, « La définition de la religion de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. L'arrêt *Amselem* revisité », *Théologiques*, vol. 27, n° 1, 2019, p. 119-143.

²⁰⁶⁹ Cour Suprême du Canada, *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, puis Cour Suprême du Canada, *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012, CSC 7, [2017] 1 R.C.S. 235.

²⁰⁷⁰ CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, respectivement §49 et §80.

²⁰⁷¹ CEDH, *Eweida, préc.*, §81.

²⁰⁷² CEDH, 25 févr. 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76 et 7743/76, §36.

²⁰⁷³ Voir, par exemple, CEDH, 7 déc. 2010, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06, §44. Pour une application très récente et insolite à propos du mouvement du Pastafarisme, voir CEDH, 9 nov. 2021, *De Wilde c. Pays-Bas*, n° 9476/19.

²⁰⁷⁴ CEDH, *Eweida, préc.*, §81.

²⁰⁷⁵ CEDH, *Eweida, préc.*, §82.

²⁰⁷⁶ Voir, par exemple, CEDH, GC, 10 nov. 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, §105 et CEDH, 1^{er} juill. 1995, *Kalaç c. Turquie*, n° 20704/92, §27.

quelque peu contestable²⁰⁷⁷, de bonne foi globale de la croyance protégée. Du reste, à l'instar du modèle canadien, l'emploi de la méthode subjective n'exclut pas une appréciation objective.

740. Cette approche subjective connaît finalement un certain développement récent. Ces illustrations permettent d'en saisir la substance et la pratique au sein de modèles juridiques concrets. Il est important de convenablement la comprendre pour la suite des développements et percevoir, à l'opposé, la teneur d'une conception plus objective. Car, pour l'approche objective, c'est le modèle français qui en constitue l'illustration. C'est bien une liberté de religion objectivement appréciée qui prime et interroge donc l'universalisme.

PARAGRAPHE 3. Une approche objective française ou le témoin d'une appréhension communautaire du religieux

741. Si le Canada est réputé aborder la religion sous l'angle subjectif, la conception objective est globalement plus répandue en Europe, notamment en Allemagne²⁰⁷⁸. Tous les États ne sont cependant pas imprégnés d'un individualisme aussi fort que celui qui irrigue le droit français. Pourtant, en toute ambiguïté au regard de l'égalité individualiste, le modèle français a développé et privilégié une conception objective de la religion et de sa liberté qui s'exprime clairement au travers de cas déjà évoqués (A). La façon, pour l'État, d'appréhender certaines problématiques sociales en rapport avec le fait religieux révèle justement une compréhension de ce dernier constamment groupale, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés (B).

A) Le choix français pour une conception objective

742. Louis-Philippe Lampron opère une importante comparaison entre la saisie juridique de la liberté de religion au Canada et celle pratiquée en France. Après avoir analysé l'approche qualifiée de subjective canadienne, l'auteur observe des définitions doctrinales françaises de la liberté de religion qui caractérisent d'un côté la foi et la conscience de l'individu, mais, et surtout, de l'autre, le rattachement de cette conviction à une nature collective, à une

²⁰⁷⁷ À propos de la décision *De Wilde* précitée, concernant le Pastafarisme, la Cour dégagée selon Sacha Sydoryk implicitement une exigence de bonne foi de « la foi pastafarienne dans son ensemble ». Pourtant, poursuit l'auteur, « il est impossible de dire si la requérante était réellement sincère dans sa foi. En effet, et bien que le Pastafarisme soit ab initio pensé comme une parodie de religion, ce mouvement a su fédérer autour de lui, et certaines personnes s'en revendiquant présentent une foi qu'il est impossible de discerner d'une foi chrétienne, judaïque ou islamique, pour ne citer que les religions du Livre » (S. SYDORYK, « La CEDH et le monstre en spaghettis volant : une nécessité de bonne foi des fois protégées par la Convention ? », *RDLF*, 2022, chron. 3). On a ici l'illustration du potentiel ouvert par la voie subjective s'agissant des demandes au titre de la liberté de religion devant les prétoires.

²⁰⁷⁸ P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question...*, op. cit., p. 609.

appartenance²⁰⁷⁹. Il est vrai que les définitions doctrinales françaises du religieux trahissent déjà une tendance à l'appréhension objective du religieux. Cette tendance ne se limite pas au champ doctrinal ; elle anime le droit français.

743. Dès 1997, la Cour d'appel de Lyon, qui s'était employée à donner une définition de la religion, l'avait fait reposer sur un élément objectif, l'existence d'une communauté, et un élément subjectif, une foi commune²⁰⁸⁰. Si la Cour de cassation avait retoqué la tentative de définition, au motif qu'il ne revenait pas aux juges de se prononcer sur ce qui est religieux ou de définir ce qui est une religion²⁰⁸¹, les critères de la Cour d'appel révélèrent, avec l'observation de Louis-Philippe Lampron, une forme d'approche du phénomène religieux largement partagée par les institutions publiques et les juges. C'était d'ailleurs l'acception peu ou prou défendue par Jean Carbonnier, et par Duguit avant lui ; nous y retrouvons tant un élément subjectif ramené à la foi, qu'un autre objectif qui exprime le lien collectif de l'expression de cette foi²⁰⁸².

744. Harith Al-Dabbagh déduit de ces définitions une approche avant tout communautaire et institutionnelle de la religion qui revient à exiger comme preuves des convictions de l'individu l'attestation de l'appartenance à une communauté de croyance, notamment par les autorités religieuses²⁰⁸³. En France, à l'opposé du modèle canadien, « la définition de la religion intervient à l'occasion de l'organisation des cultes ou de la régulation de l'expression collective », ce qui poussera le juge à adopter « plutôt une définition où domine l'élément objectif de la religion, c'est-à-dire le culte, soit une interprétation plutôt restrictive »²⁰⁸⁴. En effet, le régime français puise les origines de sa gestion du fait religieux dans l'organisation des cultes issue du Concordat, ensuite rompu en 1905. Dès lors, l'appréhension de la religion tend à renvoyer à ces racines et ne se focalise aucunement sur le caractère concret du ressenti individuel. Demeure une forme de gallicanisme administratif jusque dans la régulation de la liberté de religion²⁰⁸⁵. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la dimension objective soit fréquemment rattachée à une conception religieuse culturellement catholique, quand celle subjective est jointe à une approche plus protestante²⁰⁸⁶.

²⁰⁷⁹ L'auteur cite notamment la définition de Jacques Robert (J. ROBERT, « La liberté de religion, de pensée et de croyance » in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 356) et celle de Myriam Pendu (*Le fait religieux en droit privé*, Paris, Defrénois, 2008, coll. « Doctorat & Notariat », p. 153, note 11) (L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, Thèse de doctorat en droit, Avignon/Québec, Université Laval/Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2011, p. 124-125).

²⁰⁸⁰ CA de Lyon, 28 juill. 1997, *Ministère public c. Veau et a.* ; *Gaz. Pal.*, mars 1999, p. 319, chron. L. DE NAUROIS.

²⁰⁸¹ Cass., crim., 30 juin 1999, n° 98-80501.

²⁰⁸² Le doyen Carbonnier parlait d'un « élément subjectif qu'est la foi » qui se réunit avec « l'élément objectif d'une communauté, si petite soit-elle » (CA de Nîmes, 10 juin 1967 ; *D.*, 1969, p. 367, note J. CARBONNIER). Léon Duguit décrivait également un élément subjectif, la croyance, et un autre objectif, la présence de fidèles, d'une communauté liée par des rites en vertu de cette croyance (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 5, 2^e éd., 1925, p. 455).

²⁰⁸³ H. AL-DABBAGH, « La définition de la religion de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada... », *art. préc.*

²⁰⁸⁴ P. ROLLAND, « la religion, objet de l'analyse juridique », 2013, HAL, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 1^{er} sept. 2022).

²⁰⁸⁵ P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question...*, *op. cit.*, p. 611.

²⁰⁸⁶ B. LAVOIE, « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *art. préc.*

745. Assurément, l'approche objective entretient souvent un lien étroit avec la mise en avant de la communauté religieuse. C'est pour cette raison qu'elle peut témoigner d'une certaine prise en compte des groupes que l'on ne soupçonne de prime abord que peu. Le Canada illustre une nouvelle fois cette réflexion, puisque le Québec privilégie parfois une vision plus objective que la Cour Suprême canadienne, par une appréhension du religieux à travers le culte. Preuve de la promiscuité existante entre une approche objective et la saisie d'une communauté en particulier, une loi de 1964, visant la garantie du libre exercice du culte, avait largement été dénoncée comme protégeant l'Église catholique²⁰⁸⁷. Dans le même registre, le Québec n'hésite pas à se saisir de termes comme « Église » ou « société religieuse »²⁰⁸⁸.

746. Le modèle français ne se départit pas de cette approche. Son droit des cultes porte principalement une dimension institutionnelle²⁰⁸⁹. Il est avant tout marqué par la nécessité « d'administrer et de financer des organisations confessionnelles, leurs bâtiments et leurs personnels et de régler leurs rapports avec les pouvoirs publics. Les normes juridiques dessinent les contours d'un droit des organisations culturelles plutôt qu'un droit des pratiques religieuses. Le fait religieux paraît régulé sous l'angle des relations entre institutions plutôt qu'entre individus et apparaît comme une affaire de gestion plutôt que de convictions »²⁰⁹⁰. Politiquement, comme juridiquement, à travers la conception objective française, « on est loin d'une approche purement individuelle et privée du religieux, il s'agit des *cultes*, leur statut et organisation collective, de leurs édifices et de leurs ministres »²⁰⁹¹. En résumé, « on a affaire ici [...] à un droit des communautés plutôt qu'à un des droits des individus »²⁰⁹². Au sein d'un modèle aussi individualiste que la France ces assertions étonnent. Elles connaissent pourtant des illustrations concrètes qui rejoignent, pour la plupart, les limites exposées derrière la généralité de la norme. Elles en expliquent alors pour partie les raisons.

747. Sans surprise, le régime des congrégations illustre dès sa mise en place un modèle de reconnaissance des groupes. Le régime entraîna d'abord la reconnaissance de la religion catholique, en ayant hissé ses exigences religieuses aux rangs de conditions d'application : la qualification pour l'obtention du statut était initialement institutionnelle, marquée par un calque de l'organisation catholique²⁰⁹³. Certes, le critère a évolué pour se départir de tout référentiel catholique. La généralité de la norme n'exempte pas pour autant son application d'un critère objectif, précisément communautaire²⁰⁹⁴. Par la qualification de la congrégation l'État reconnaît

²⁰⁸⁷ David KOUSSENS, « La religion "saisie" par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France ? », *Recherches sociographiques*, vol. 52, n° 3, 2011.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

²⁰⁸⁹ F. CURTIT et A. FORNEROD, « Manifestations de la soft law en droit français des religions », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 45, n° 2, 2016, p. 111-126.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*

²⁰⁹¹ J.-P. WILLAIME, « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 67-82.

²⁰⁹² F. CURTIT, « Le droit français des religions au miroir des textes » in P. AUVERGNON *et al.* (dir.), *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion », p. 68.

²⁰⁹³ P. SEGUR, « Le principe constitutionnel de laïcité », *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, vol. 44, 1996, p. 117-134.

²⁰⁹⁴ En exigeant une autorité similaire à celle exercée par l'évêque sur ses fidèles.

toujours forcément la structure religieuse du groupe reconnu²⁰⁹⁵, puisque doit être recherchée une règle approuvée par une autorité religieuse²⁰⁹⁶. Assez expressément, le régime des congrégations exige donc la recherche d'une structure communautaire hiérarchisée comme condition d'application de la norme. Nous soulignons précédemment les limites et les problématiques rattachées au régime des congrégations ; elles ressortent plus vivement au sein de ces développements.

748. Dans le même sens, le régime des aumôneries exprime indéniablement la recherche d'une communauté. En effet, le régime induisait la mise en place d'une procédure de sélection d'une personnalité religieuse sur proposition de l'autorité religieuse hiérarchique²⁰⁹⁷. Le régime a beau éviter toute désignation nommée d'un quelconque culte²⁰⁹⁸, il induit pernicieusement la reconnaissance des communautés religieuses et de leurs normes puisqu'il implique d'avaliser le choix hiérarchique opéré au sein du groupe. Nous avons d'ailleurs vu à quel point l'exigence de la présence d'une communauté hiérarchisée en fond discriminait les croyants qui ne sont pas dotés d'une telle organisation, comme ceux de la religion musulmane²⁰⁹⁹. C'est même cette approche excessivement objective qui obligea les pouvoirs publics à entreprendre une forme d'institutionnalisation de cette dernière. Congrégation comme aumônerie, les régimes omettent la dimension individuelle du religieux et reposent fondamentalement, pour leur bénéfice, sur la prise en compte d'une dimension groupale.

749. Plus implicitement, il en est de même pour les associations cultuelles bien que l'analyse soit plus complexe. Aussi surprenant que cela puisse paraître, il fallut attendre 2002 pour que la jurisprudence « désinstitutionnalise » officiellement la qualification d'association cultuelle. En effet, le juge administratif a exclu que la qualification d'une association cultuelle d'un groupe dissident dépende du bon vouloir de l'autorité représentative catholique en application de l'article 4 de la loi de 1905²¹⁰⁰. Le ministre de l'Intérieur laissait deux possibilités pour bénéficier du régime des associations cultuelles : soit que l'Église reconnaisse l'association requérante, soit que cette dernière cesse « de revendiquer son appartenance à l'Église catholique »²¹⁰¹. Cette interprétation, probablement usuellement appliquée par l'autorité publique avant ce jugement, posait deux importants problèmes. D'abord, elle revenait à reconnaître une autorité religieuse particulière, en plus d'accorder un impact juridique à sa décision. À l'instar d'ailleurs du modèle des congrégations et de l'aumônerie encore aujourd'hui, l'autorité publique fondait entièrement son appréciation sur celle de l'autorité représentative. Qu'est-ce à dire, si ce n'est que cette dernière se trouve dès lors intégrée aux

²⁰⁹⁵ M. AUDIBERT, « Laïcité et liberté d'association et de fondation : le régime des congrégations » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés », p. 297 et 308.

²⁰⁹⁶ CE, avis n° 346-040, 14 nov. 1989.

²⁰⁹⁷ E. TAWIL, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'État et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, Aix-Marseille, PUAM, 2009, coll. « Droit et Religions », p. 155-156.

²⁰⁹⁸ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *RD*, n° 3, 2001, p. 738-775.

²⁰⁹⁹ Voir p. 258 et s.

²¹⁰⁰ TA de Paris, 27 mars 1998, *Association Fraternité sacerdotale Saint Pie X* et CAA de Paris, 9 mai 2000, n° 98PA02431.

²¹⁰¹ TA de Paris, 27 mars 1998, *préc.*

conditions d'application ? S'ajoute à cela le problème de l'autre éventualité laissée par le ministre : des individus peuvent se voir contraints de refuser leur appartenance à une religion qu'ils considèrent comme la leur. Par de telles considérations c'est l'appartenance communautaire qui était insérée dans le raisonnement juridique. Tandis que l'individualisme rejette toute implication juridique d'une quelconque affiliation groupale, l'interprétation prônée par l'administration fait dépendre un régime juridique de l'appartenance à une communauté, par là même officialisée. Certes, le juge administratif mit fin à cette pratique. Dans une autre affaire, peu de temps après, le Conseil d'État valida le statut d'association cultuelle du groupe en question²¹⁰². Cela signifie que, jusqu'à peu, certains voyaient leur qualification dépendre de l'autorité de la communauté majoritaire, déclarée par l'État comme représentative.

750. Malgré le revirement, la qualification de l'association cultuelle préserve une approche principalement objective. Lors de la définition donnée par le juge de la notion de culte, il a été proposé par le commissaire du gouvernement de reprendre celle de Duguit qui, pour rappel, décrit une part d'objectivité à travers l'existence d'une communauté²¹⁰³. Le Conseil d'État a opté pour une définition renvoyant à « la célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques »²¹⁰⁴. Pour David Koussens, c'est l'aspect collectif qui ressort de la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'associations cultuelles ; elle « semble cantonner le fait religion à son expression collective, c'est-à-dire au strict rituel »²¹⁰⁵. Pour cet auteur, cela résulterait des contingences historiques, par l'existence du Concordat et de sa rupture en 1905, favorisant dès lors l'exercice collectif du culte, donc son incorporation juridique²¹⁰⁶. Plus que l'exercice collectif, c'est à notre sens la dimension communautaire qui persiste comme héritage de 1905. Par ailleurs, la notion de « culte » porte généralement en elle une dimension institutionnelle et/ou communautaire, nous le verrons²¹⁰⁷. À l'évidence, le régime « passif »²¹⁰⁸, issu des catégories générales et abstraites de la loi de 1905, ne se départit pas d'une approche profondément centrée sur la communauté religieuse pour appréhender le fait religieux. Comme le suggèrent plusieurs de nos propos, cette approche crée d'importantes discriminations.

B) Des problématiques révélatrices d'une approche française par la communauté et de ses revers

751. Certains comportements de l'État à l'égard du religieux révèlent une approche objective et communautaire du religieux. Par là même, ces comportements illustrent déjà les travers d'une telle approche. Le cas des dérives sectaires étaye le propos. Leur traitement en

²¹⁰² CE, 29 avr. 2002, *La fraternité sacerdotale Saint-Pie X*, n° 216850.

²¹⁰³ Concl. J. ARRIGHI de CASANOVA, *RFDA*, 1998, p. 61 sous CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997.

²¹⁰⁴ CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997 ; concl. J. ARRIGHI de CASANOVA, *RFDA*, 1998, p. 61 ; *RFDA*, 1998, p. 69, note G. GONZALEZ.

²¹⁰⁵ D. KOUSSENS, « La religion "saisie" par le droit... », *art. préc.*

²¹⁰⁶ *Ibid.*

²¹⁰⁷ Voir *infra*.

²¹⁰⁸ Voir p. 203 et s.

France est souvent comparé à celui pratiqué au Canada, justement dans le cadre de l'opposition des approches subjective et objective, et du respect des minorités²¹⁰⁹. En effet, la problématique des mouvements sectaires offre l'exemple d'une intégration française du religieux par un englobement dans des groupes, qui s'avère favorable à certaines discriminations.

752. En ce sens, Christelle Landheer-Cieslak explique que « pour le juge français, l'appartenance à la communauté juive, catholique ou musulmane est digne de respect. Elle est l'expression d'un choix en faveur d'une religion notoire, centenaire, structurée et organisée, n'ayant à mobiliser ses membres de manière excessive pour s'imposer au sein de la société [...] » et s'illustrant par une « présomption de “normalité religieuse” »²¹¹⁰. Si, pour les membres de ces groupes, seuls les effets de l'appartenance sont pris en compte (pratique, comportements et rites), nous précise l'autrice, pour d'autres groupes « l'appartenance d'une partie à une “secte” comme, par exemple, les Témoins de Jéhovah, l'Église de Scientologie ou le Mouvement raëlien, suscite l'inquiétude [...] Pour le juge français, l'appartenance à une “secte” laisse donc présumer que la partie n'adopte pas des comportements religieux “normaux” et a choisi des pratiques qu'il présume *excessives* »²¹¹¹. Nos développements antérieurs sur les dérives sectaires mettent en perspective ces propos. Ils manifestent justement l'approche groupale des « sectes » et les problèmes qui en découlent²¹¹². À l'inverse, le juge québécois détache l'individu de sa communauté religieuse d'appartenance pour apprécier « les incidences concrètes résultant de la pratique que la partie a choisi de faire sienne », et non de manière générale les pratiques de la communauté d'appartenance en question²¹¹³.

753. Les pouvoirs publics, les juges et mêmes les demandeurs²¹¹⁴ ont tendance à regrouper tous les fidèles qui se rattachent à une croyance spécifique sous une même communauté, donc sous les mêmes préjugés. La preuve en est avec le rapport parlementaire de 1996 qui opéra une liste exhaustive de communautés qualifiées de sectaires²¹¹⁵, sur laquelle certains juges s'appuyèrent²¹¹⁶. De la même manière, les fois où le Conseil d'État se montra réticent à l'endroit des demandes de témoins de Jéhovah cherchant à bénéficier du régime d'avantages propres aux associations cultuelles, il se fonda sur appréciation *in abstracto* de la

²¹⁰⁹ Voir par exemple C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 2, 2006, p. 239-217 (même s'il s'agit plus du Québec que du Canada), ou H. AL-DABBAGH, « La définition de la religion de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. L'arrêt *Amselem* revisité », *Théologiques*, vol. 27, n° 1, 2019, p. 119-143.

²¹¹⁰ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007, p. 337.

²¹¹¹ *Ibid.*, p. 340.

²¹¹² Voir p. 247 et s.

²¹¹³ C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses... », *art. préc.*

²¹¹⁴ Christelle Landheer-Cieslak décrit une influence des *a priori* jusque sur les demandeurs, qui contestent moins l'appartenance aux grandes religions, apparaissant comme une religion ordinaire, que celles de religions populairement qualifiées de sectaires (C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, *op. cit.*, p. 337 et 341).

²¹¹⁵ C. LANDHEER-CIESLAK, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 623-675. Le rapport en question : J. GUYARD et A. GEST, *Les sectes en France. Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes*, Paris, Assemblée nationale, 1995, coll. « Documents d'information de l'Assemblée nationale ».

²¹¹⁶ Cass., civ., 2^e, 25 juin 1998, *Juridisque Lamy* cité dans C. LANDHEER-CIESLAK, « Jupiter, Hercule et Minerve... », *art. préc.*

communauté religieuse prise dans son ensemble²¹¹⁷. C'est également parce que les pratiquants assimilés à une même « secte » sont appréhendés comme une même communauté qu'une association s'est vu refuser le statut d'association cultuelle au motif que le fondateur du mouvement était impliqué dans plusieurs procédures pénales et que d'autres associations du même culte avaient été condamnées²¹¹⁸. Résulte de ces pratiques un « traitement différencié des communautés de croyants, distinguant les “religions” et les “sectes” »²¹¹⁹, marque, au passage, d'une imperméabilité certaine aux situations des minorités religieuses²¹²⁰.

754. En substance, l'approche institutionnelle et communautaire du religieux est perceptible, mais elle devient pernicieuse en ce qu'elle peut tendre à l'appréciation d'une forme de conformité du groupement à l'ordre social²¹²¹. Les affaires entourant les mouvements sectaires se révèlent éloquentes. En effet, nous savons que chaque religion peut avoir des branches confessionnelles plus extrêmes ou intégristes susceptibles de prôner des pratiques ou croyances contraires à l'ordre public et aux valeurs sociales. Or, il devient limité d'appréhender tout un mouvement religieux par une institution d'ensemble. Le procédé présente le risque d'enfermer la communauté, dans son intégralité, dans des stigmates dont il est difficile de s'extraire. L'appréciation portée devrait se limiter aux seules associations requérantes et aux seuls individus concernés, sans préjugés dirigés contre la religion pratiquée dans sa globalité. La pratique française à l'égard des « sectes » confine ainsi au jugement de valeur porté sur les communautés religieuses dont des groupes ont pu être victimes²¹²². Les critères employés, imprécis et peu objectifs, dissimulent, souvent mal, ce qui relève avant tout des préjugés.

755. Cette approche française du religieux par le truchement de la communauté s'est aussi illustrée lors de la problématique du voile islamique, avec la notion d'appartenance. Celle-ci opère un lien entre l'individu et un groupe ou une catégorie, mais elle peut s'étendre à des communautés ou minorités identitaires²¹²³. Elle s'inscrit alors difficilement dans la logique des droits de l'homme²¹²⁴. C'est là tout le paradoxe de son emploi en France pour traiter de certaines expressions religieuses comme le voile. Révélateur d'une tendance à toujours saisir le religieux par le groupe, ce dernier a longtemps renvoyé à une manifestation d'une appartenance

²¹¹⁷ Notamment en établissant une atteinte à l'ordre public issue du refus généralement partagé par les témoins de Jéhovah de recevoir un don de sang, sachant que cette atteinte pouvait être « potentielle », car justement rattachée aux pratiques d'une communauté entière (voir CE, Ass., 1^{er} févr. 1985, *Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »*, n° 46488 ; RDP, 1985, p. 497, note J. ROBERT et CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997 ; concl. J. ARRIGHI de CASANOVA, RFDA, 1998, p. 61 ; RFDA, 1998, p. 69, note G. GONZALEZ).

²¹¹⁸ CE, 28 avr. 2004, *Association cultuelle du Vajra Triomphant*, n° 248467, Rec. p. 591 ; AJDA, 2004, p. 1367, concl. S. BOISSARD/

²¹¹⁹ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, op. cit., p. 346.

²¹²⁰ Contrairement au Canada qui fait de la lutte contre les stéréotypes un point central des considérations positives adressées aux minorités (L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, op. cit., p. 157-158).

²¹²¹ N. GUILLET, « Les critères de délégitimation des minorités religieuses » in A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion », p. 32 et s.

²¹²² C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses... », art. préc.

²¹²³ Voir D. LOCHAK, « L'appartenance saisie par le droit » in A. GOTMAN (dir.), *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 33-49.

²¹²⁴ G. KOUBI, « L'“entre-deux” des droits de l'homme et des droits des minorités : “un concept d'appartenance” ? », RTDH, n° 18, 1994, p. 177-194.

communautaire, tant pour la doctrine²¹²⁵, que pour les juges qui ont traité, lors de l'avis de 1989, de signes « par lesquels ils entendent manifester leur *appartenance* à une religion »²¹²⁶. Par ailleurs, la circulaire Bayrou de 1994 à ce sujet semblait justement opposer le port du voile islamique aux signes dits « discrets, traduisant seulement *l'attachement à une conviction personnelle* »²¹²⁷, donc non une appartenance communautaire.

756. Rien n'indique pourtant que cette expression religieuse manifeste obligatoirement un renvoi au groupe. La question se pose : « le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse ne pourrait-il devenir que le port de signes révélant "sa propre croyance" religieuse ? »²¹²⁸. La réponse est indéniablement positive. De fait, s'enthousiasme Geneviève Koubi, d'un signe d'appartenance à une communauté religieuse, le foulard, comme tout autre symbole proche, serait à présent perçu comme un signe religieux ; « le port d'un tel insigne est considéré comme la manifestation d'une conviction personnelle et non plus la marque d'un rattachement à une communauté religieuse donnée »²¹²⁹. Sans exemples à l'appui, l'affirmation de l'autrice paraît un tant soit peu optimiste, tant le Conseil d'État persista majoritairement dans la formulation classique²¹³⁰, malgré quelques décisions qui témoignent sensiblement de l'existence d'une toute autre appréhension du foulard²¹³¹. En tout état de cause, la question soulève les travers d'une approche française du religieux typiquement groupale.

757. De façon plus globale, en plus d'une contradiction frontale à l'égalité individualiste, ces éléments exposés manifestent l'incapacité de l'approche objective à convenablement saisir les phénomènes d'inclusion-exclusion et majoritaire-minoritaire propre au droit²¹³². Ils confortent alors, notamment à travers l'interprétation du juge français, l'idée d'une norme faussement universelle, majoritaire, qui véhicule une conception spécifique de la normalité religieuse, rattachée à un modèle communautaire spécifique et hermétique au point de vue minoritaire²¹³³. Dès lors, c'est en grande partie parce que le modèle français a toujours pris en compte la communauté, surtout majoritaire, que la critique d'une norme faussement universelle s'intensifie. Il faut dire que cette inclusion du fait religieux par le groupe relève véritablement d'une forme de tradition historique.

²¹²⁵ Par exemple D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 147.

²¹²⁶ (Nous soulignons). Le terme d'appartenance est maintes fois répété dans l'avis (CE, avis n° 346.893, 27 nov. 1989).

²¹²⁷ Circulaire n° 1649, 20 sept. 1994, *Neutralité de l'enseignement public : port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires*, NOR MENB 9401709Y.

²¹²⁸ G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France... », *RTDH*, n° 14, 1993, p. 243-262.

²¹²⁹ G. KOUBI, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENKSHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 344-345.

²¹³⁰ Au milieu des années 1990, la juridiction suprême affirma à plusieurs reprises son considérant traditionnel (voir par exemple CE, 20 mai 1996, *Ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c. M. Ali*, n° 170343, Rec. p. 187).

²¹³¹ Notamment dans un arrêt de 1996 où il considéra que, par le voile, la défenderesse « entendait exprimer ses convictions religieuses ». Il n'était pas question de la manifestation d'une appartenance à une religion (CE, 27 nov. 1996, *Ministre de l'Éducation nationale c. Saglamer*, n° 169522).

²¹³² E. LEPINARD, « Écriture juridique et régulation du religieux minoritaire en France au Canada », *Revue française de science politique*, vol. 64, 2014/4, p. 669-688.

²¹³³ *Ibid.*

SECTION 2. Une approche objective et communautaire comme modalité historique de la gestion religieuse

758. Le modèle de gestion des cultes en France manifeste en vérité une contradiction dissimulée à l'égard de l'égalité universaliste depuis fort longtemps. En effet, le caractère objectif et communautaire des modalités de traitement du fait religieux en France s'explique historiquement. En dépit de l'égalité par la généralité, la loi de 1905 n'a en aucun cas mis fin à une logique objective pratiquée de longue date (**PARAGRAPHE 1**). Le parcours de cette conception communautaire – et, concomitamment la relativité de la généralité du régime – s'illustre particulièrement avec la notion de « culte », qui exprime encore aujourd'hui l'idée de communauté religieuse, et ce, depuis un certain temps déjà (**PARAGRAPHE 2**). De la même manière, le modèle d'institutionnalisation employé pour établir un dialogue privilégié entre l'État et l'islam n'est que l'application d'une pratique ancienne (**PARAGRAPHE 3**). Enfin, la question des ordres juridiques religieux illustre à son tour une prise en compte indéniable, et finalement inévitable, depuis 1905, des groupes religieux et de leurs normes (**PARAGRAPHE 4**). Toutes ces constatations s'inscrivent dans la continuité de l'observation d'une approche objective du religieux. Elles en illustrent encore plus la teneur, mais elles débordent parfois ce cadre dans la mesure où certains éléments exposés ci-dessous ne tiennent pas tant d'une question de liberté que de celle, plus englobante, d'une « gestion » politico-pratique et juridique du religieux.

PARAGRAPHE 1. La sensibilité historique du régime français des cultes aux groupes

759. La Déclaration de 1789 se fixa par-dessus tout sur l'opinion religieuse et individuelle, la faisant primer sur toute idée collective rapportée au culte, en affirmant fermement la perspective individualiste qui la caractérisait²¹³⁴. C'est en filigrane une des raisons de l'absence de référence à l'Église catholique, tant elle viendrait rompre les nouveaux acquis posés par la perspective individualiste. Si la Déclaration se conjuguaient difficilement avec l'aspect collectif et communautaire du religieux²¹³⁵, nul n'ignore à présent à quel point les religions, plus précisément les groupes religieux, n'avaient pas été ignorés, même durant la Révolution. Le XIX^e siècle sera marqué par une appréhension collective de la religion et de sa liberté ; seule compte la liberté de culte²¹³⁶, c'est-à-dire « un droit collectif donné à une communauté religieuse reconnue par l'État et non un droit individuel », précise Jean-Yves

²¹³⁴ C. LANGLOIS, « Religion, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *Revue française de sociologie*, n° 30-3-4, 1989, p. 471-496.

²¹³⁵ G. KOUBI, « Article 10 » in G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 213.

²¹³⁶ Les textes ne traitent pas de la liberté de conscience, mais quasi-systématiquement de la liberté de religion ou de cultes (voir p. 421 et s.).

Piboubès²¹³⁷. Ce dernier brandit comme exemple la pratique des serments religieux qui²¹³⁸, le long du XIX^e siècle, impliqua de nier la volonté individuelle au profit de l'appartenance communautaire. Cela « témoigne de la permanence d'une vision traditionnelle qui refuse toute liberté à la conscience individuelle, en faisant de la religion une affaire collective, et qui attribue à chacun une appartenance confessionnelle en rejetant l'existence de toute forme d'indifférence ou d'athéisme »²¹³⁹. Ressurgit déjà la conception objective du religieux. Plus tard, ce fut la loi de 1905 qui, tantôt poursuivait les idéaux de 1789, tantôt en contredit la perspective individualiste²¹⁴⁰.

760. Pourtant, à première vue, la loi de 1905 devait avoir pour conséquence « de remettre la qualification de ce qui est considéré comme religieux au choix de la conscience individuelle » en rompant avec la primauté donnée antérieurement aux définitions de quelques groupes dominants, soutenait Patrice Rolland²¹⁴¹. Ce raisonnement correspondait particulièrement aux principes de liberté de conscience, de neutralité et de séparation portés par la loi en question. Ce n'est cependant pas l'unique, voire la principale, approche de la loi de 1905.

761. Tout au contraire, selon Jacques Robert, le texte ne connaîtrait « que les “Églises”, c'est-à-dire les “institutions” », ce qui expliquerait d'ailleurs les difficultés actuelles à l'égard de l'islam qui ne bénéficie pas de structure comme l'entendait la loi de 1905²¹⁴². Geneviève Koubi rejoint cette affirmation quand, pour elle, la loi de 1905 « implique la connaissance juridique de la liberté religieuse dans sa perception collective, institutionnelle ou communautaire »²¹⁴³. Il faut dire que Briand n'avait pas manqué d'ambiguïté à l'époque. À propos des unions d'associations il avait d'ailleurs précisé dans le rapport de la commission que le principal souci du législateur était de « respecter les principes ecclésiastiques de toutes les communautés religieuses existant actuellement »²¹⁴⁴. Plus tard et à demi-mot, il avait même

²¹³⁷ J.-Y. PIBOUBES, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle. Études pour Alain Corbin*, Paris, Créaphis, 2005, p.161.

²¹³⁸ Surtout pour les individus de confession juive, dans la mesure où l'individu devait suivre les préceptes de sa communauté, validés par les autorités religieuses, selon les rites officiels prévus.

²¹³⁹ *Ibid.*

²¹⁴⁰ La protection de la liberté de conscience inscrite à l'article 1^{er} de la loi de 1905 peut être vue comme une continuité de 1789, mais la phrase suivante prévoit la garantie de l'exercice des cultes, et, « sur ce point relatif à une reconnaissance “communautaire” de la manifestation d'une opinion de nature religieuse, l'article 10 de la Déclaration reste en retrait », affirme Geneviève Koubi. Avisée, elle rajoute que la « distinction actuelle entre la liberté de croyance et la liberté de culte ne doit pas masquer la différenciation substantielle que l'article 10 signale implicitement entre la liberté de croyance et la liberté d'exercice de la religion. Médiation entre “l'individuel” et “l'institutionnel”, la “manifestation” comme “signe d'appartenance à une communauté religieuse” est la trame de l'histoire d'une liberté... » (G. KOUBI, « Article 10 » in G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789...*, op. cit., p. 216).

²¹⁴¹ P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », 2013, HAL, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00872395/document> (consulté le 1^{er} sept. 2022).

²¹⁴² J. ROBERT, « Sommes-nous encore, en France, en régime de séparation ? », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 4, 2005, p. 99-104.

²¹⁴³ G. KOUBI, « En marge d'un “conflit” : observations sur la liberté d'opinions, “mêmes” religieuses... », art. préc.

²¹⁴⁴ A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1905, p. 319.

avoué que la loi « n'a pas voulu admettre des individualités »²¹⁴⁵. Le régime des associations cultuelles au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi illustre ces propos.

762. Les difficultés à ce sujet se posèrent précisément à propos de l'article 4 de la loi²¹⁴⁶. Jean Baubérot explique que, confrontés au dilemme de la séparation entraîné par, d'un côté, la volonté – surtout de gauche – de laisser le sort de l'Église aux affaires du privé, de l'autre, la crainte – surtout de droite – que l'Église se disloque, victime des schismes laissés libres par la séparation, Briand et ses collaborateurs durent transiger aux principes républicains²¹⁴⁷. Pour les parlementaires, la solution fut trouvée en s'inspirant d'une séparation auparavant procédée en Écosse. En d'autres termes, l'article 4, qui en constitua la concrétisation de ces crispations, trouve son origine dans la législation anglo-saxonne²¹⁴⁸, ce qui explique qu'à l'égard de la loi de 1905, « la liberté de culte n'était pas seulement comprise comme une liberté individuelle mais aussi comme une liberté collective et que cet aspect collectif de la liberté pouvait l'emporter sur l'aspect individuel »²¹⁴⁹. En ce sens, l'article 4 de la loi de séparation constitue l'une des brèches les plus importantes creusée dans l'idéal individualiste et par là même, pour Jean Baubérot, « un des secrets les mieux gardés de la République française »²¹⁵⁰.

763. Pourtant, pour des députés de l'époque, il était inadmissible que priorité soit donnée à la hiérarchie sur la communauté de fidèle²¹⁵¹. La formulation de l'article n'était pas sans entraîner une vive opposition de la part de certains parlementaires de l'opposition en ce qu'elle reconnaissait l'ordre religieux et ses normes²¹⁵². La liberté de religion n'était dès lors pas celle

²¹⁴⁵ Ces mots, rapportés dans la thèse de Louise-Violette Méjan, furent prononcés par Briand lors des problématiques concernant le refus de la part des catholiques de constituer des associations cultuelles. Ce dernier fit remarquer qu'il résultait des titres I et II de la loi la nécessité de s'associer à d'autres personnes pour célébrer le culte : « antérieurement, le culte était célébré par des établissements publics. "Or la loi substitue à ces établissements des associations. C'est la preuve que la législation n'a pas voulu admettre des individualités » (L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959, p. 227).

²¹⁴⁶ « Dans le délai d'un an, à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui, en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les prescriptions de l'article 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements ». La partie qui interroge, pour rappel, est le renvoi « aux règles d'organisation générale du culte ».

²¹⁴⁷ Car, décrit l'auteur, pour l'Église, certains aspects demeuraient non-négociables (J. BAUBÉROT, « La loi de 1905 est plus qu'une loi » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique », p. 116).

²¹⁴⁸ J. BAUBÉROT, « Liberté, laïcité, diversité – La France multiculturelle » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009, p. 23.

²¹⁴⁹ BAUBÉROT, « La loi de 1905 est plus qu'une loi » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, op. cit., p. 117.

²¹⁵⁰ Précisément, le secret de la victoire du modèle « qui rend possible la primauté des droits d'un corps intermédiaire sur la liberté » sur le modèle « ignorant les corps intermédiaires » (J. BAUBÉROT, « La laïcité » in V. DUCLERT, C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2007, p. 206-207).

²¹⁵¹ J. LALOUETTE, *L'État et les cultes. 1789-1905-2005*, Paris, La Découverte, 2005, coll. « Repères », p. 57.

²¹⁵² « Ainsi, et les radicaux opposés à une telle conception l'ont très bien compris, la République reconnaît comme norme juridique implicitement le droit canonique [...] » (P. AIRIAU, « La religion est une affaire privée » in *Un siècle de laïcité en France. Centenaire officiel de la loi de 1905*, 2008, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques).

« pour les fidèles de régler démocratiquement leurs affaires à la majorité », mais celle « pour les Églises d'adopter une organisation qui peut reposer sur un principe hiérarchique et non sur un principe démocratique »²¹⁵³. D'autant qu'en dépit de la généralité des termes, la disposition visait particulièrement, et avant tout, l'Église catholique.

764. Nous avons, plus haut, en partie mesuré la véracité de ces propos, mais il convient de compléter. Au départ, la disposition réglait un problème purement pratique, difficilement contournable, celui de répartir les biens de l'Église. Seulement, cette reconnaissance est allée plus loin, dès lors que le statut d'association cultuelle ne se limitait pas à la répartition des biens, qu'il offrait une structure spécifiquement privilégiée pour l'exercice du culte et que cela se joignait à l'application de l'article 4 pour établir l'octroi du statut d'association cultuelle. En conséquence, la reconnaissance d'une communauté s'accompagnait à présent du bénéfice d'avantages que certains groupes ou fidèles ne pouvaient avoir à défaut de structure communautaire ou d'accord du groupe dominant. Étrangement, cette idée ressortait même des propos de Briand, pourtant connu pour son esprit libéral²¹⁵⁴ et égalitaire²¹⁵⁵. Cela témoignait de l'importance donnée, d'un point de vue alors forcément juridique, à la religion catholique en tant que communauté organisée, et non comme conviction possiblement individuelle. Par la suite, « chaque fois que l'application de la loi supposait que soit vérifié le respect des règles internes à la religion dont il lui appartenait de garantir l'exercice, le Conseil d'État a été pris

²¹⁵³ M. BERNARD et A. DAMIEN, « La paix religieuse (1920-1960) », *La Revue administrative*, n° 2, 1999, p. 48-55.

²¹⁵⁴ Avec les nuances qui l'accompagnent nécessairement (voir N. SILD, « La loi de 1905 : une loi libérale ? » in B. NABLI (dir.), *Laïcité de l'État et État de droit*, Paris, Dalloz, 2019, coll. « Thèmes et commentaires », p. 29-44).

²¹⁵⁵ Lors des discussions sur l'article 4, durant la séance du 22 avril 1905, le député Charles Dumont notifia le problème du bénéfice du statut d'association cultuelle pour les communautés de fidèles suivant un prêtre qui se serait volontairement excommunié de l'Église catholique, du moins papale (2^e Séance du 22 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1673 et s.). Ayant à cœur de « défendre la liberté la dignité, de tous, laïcs ou prêtres » (p. 1673), il dénonçait d'abord le futur crédit donné au « certificat » par l'évêque, témoignant de la conformité de la nouvelle association aux règles de l'Église, par les juges chargés de trancher à l'avenir les litiges résultant de l'article 4 (p. 1674). Cette question de la place des règles religieuses dans l'appréciation juridictionnelle reste de nos jours parfaitement brûlante. Il poursuivait en interrogeant la situation d'un prêtre qui, ne se reconnaissant plus dans l'Église catholique, serait suivi par toute sa commune afin de pratiquer le culte catholique qu'il a entendu pratiquer, mais serait, pour l'application de la loi de 1905, « chassé » par le tribunal, car il ne serait plus « l'homme de l'évêque » (p. 1674). Le député radical soulevait ici une importante réflexion qu'il étoffa par des propos résonnant particulièrement concernant les minorités dissidentes : « c'est notre devoir de savoir comment, dans l'histoire, dans l'histoire de la catholicité, dans l'histoire du protestantisme, dans l'histoire du judaïsme, dans l'histoire de toutes les religions, il y a ainsi des manifestations différentes de la vie religieuse ». Selon le rapporteur, le prêtre en question devrait connaître les obligations qui pèsent sur lui en appartenant à la religion catholique et « quand demain, par la reprise de sa liberté, il sera sorti de l'Église catholique [...] ce ne sera plus un curé de l'Église catholique, apostolique et romaine » (p. 1677). Si Briand disait pour partie vrai, il se limitait au problème de la répartition des biens, quand Dumont défendait en réalité la possibilité pour ledit curé de se dire appartenant à la religion catholique, différente de celle du pape. Le rapporteur semblait de prime abord ignorer – peut-être volontairement, pour des raisons pratiques – l'éventualité d'une appartenance personnelle à la religion catholique, mais indépendante de toute validation issue du Saint-Siège. Il attachait en vérité une certaine importance aux termes et avait l'air de considérer que la qualification de « prêtre » ne pouvait que relever de l'Église catholique (p. 1677). C'était omettre qu'une telle question relevait des consciences et non de l'État. Cette considération portée par Briand semblait d'ailleurs dépasser le cadre d'une affaire purement pécuniaire, lorsqu'il ajoute : « si celle-ci [l'autorité ecclésiastique] a définitivement privé le prêtre de son droit à célébrer le culte catholique, comment voulez-vous qu'un tribunal le lui rende ? Comment le pourrait-il ? par quel moyen, selon quelles règles, en vertu de quels considérants ? ». Il poursuivait ensuite « quant à l'attribution des biens [...] », confirmant dès lors la nature plus générale des paroles précédentes, débordant la simple question « de gros sous ».

d'un réflexe hiérarchique »²¹⁵⁶. Comme le résumait Jean Rivero : chaque fois que se posait au juge la question de savoir ce qu'était un édifice du culte, ce qu'était un culte, il s'en tenait à ce que le droit de l'Église désigne comme tel²¹⁵⁷. Cette disposition constitue très certainement l'un des principaux empêchements, pour les minorités religieuses dissidentes, aux bénéfices de droits équivalents à ceux octroyés aux groupements traditionnels, surtout ceux rattachés au statut d'association culturelle²¹⁵⁸. D'ailleurs, Briand avait-il affirmé qu'afin de séparer, il était « au plus haut point important de connaître les principes et la forme ecclésiastique de chaque confession religieuse »²¹⁵⁹. L'article 4 mit en application cette pensée, mais, forcément, au seul profit des cultes présents à l'époque. Paradoxal que d'introduire un article qui, par lui-même, déroge à la philosophie individualiste du droit français, mais qui, dans un même temps, enraye la reconnaissance des minorités religieuses dissidentes. Cette remarque met en exergue le caractère inégalitaire du procédé. Les mots justes reviennent à Jean-Paul Willaime qui affirme qu'à travers l'article 4, « la loi reconnaît la religion comme phénomène collectif et non seulement individuel » ; elle est « loin d'assimiler les groupes religieux à des associations ordinaires » et « reconnaît donc la spécificité des groupements religieux »²¹⁶⁰.

765. La « brèche » ainsi formée par l'article 4 était de taille ; elle ne constituait ni plus ni moins que « la clef des relations à venir entre l'État et les religions »²¹⁶¹. Forts de ces mots, nous réalisons encore mieux à quel point les modalités de relations avec les cultes, donc de gestion de ceux-ci, allaient reposer sur une approche communautaire du religieux. L'assertion se déduit de l'article 4 certes, mais pas uniquement. Nos premiers propos de cette partie décrivaient une approche des communautés émanant de tout le texte de 1905 en général. Et nombre d'illustrations de nos développements présents trouvent leur source dans les dispositions de la loi de séparation. D'ailleurs, le titre de la loi – « concernant la séparation *des Églises* et de l'État »²¹⁶² – ne trahit-il pas ce qu'elle entendra avant tout régler ? Le terme de « séparation » ne dissimule pas l'évidence de la réponse donnée par la formulation « des Églises », ainsi que la forme de continuité actée par la loi avec les régimes précédents en maintenant un modèle ciblé sur les communautés religieuses, plus que sur les individus. David Koussens ira alors jusqu'à soutenir que l'opposition à « ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, définit par [...] une croyance », soutenue par le Conseil constitutionnel en 1999²¹⁶³, « se situe en porte-à-faux avec de nombreuses dispositions de la

²¹⁵⁶ J.-C. GROSHENS, « À propos de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État », *Revue d'histoire et de philosophie religieuse*, n°2, 2005, p. 207-233.

²¹⁵⁷ J. RIVERO, « De l'idéologie politique à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés », p. 277.

²¹⁵⁸ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, n° 3, 2001, p. 738-775.

²¹⁵⁹ A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État...*, *op. cit.*, p. 149.

²¹⁶⁰ J.-P. WILLAIME, « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 67-82.

²¹⁶¹ P.-H. PRELOT, « La neutralité religieuse de l'État » F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), in *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 693.

²¹⁶² Nous soulignons.

²¹⁶³ Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* et Décision n° 2004-505 DC, 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

Loi de séparation des Églises et de l'État de 1905 qui [...] prend largement en compte les religions dans leur dimension objective »²¹⁶⁴. La généralité des termes de 1905 ne put alors éviter une appréhension profondément communautaire du religieux. L'analyse en suivant de la notion de culte n'en confortera que le postulat.

PARAGRAPHE 2. La notion de « culte » comme expression d'une approche groupale ancienne

766. Nous avons encensé la notion de « culte » comme procédé de la généralité de la règle. Pourtant, elle est à son tour empreinte d'une appréhension communautaire du religieux. Après tout, il est courant de désigner « les cultes » pour faire référence aux institutions religieuses (« culte israélite », « culte catholique », etc.)²¹⁶⁵. La doctrine révèle une telle ambiguïté, qui semble intrinsèque au mot.

767. Emmanuel Tawil nous éclaire à ce sujet, en remontant aux origines du terme et en distinguant deux emplois lors de la Révolution. D'une part, le culte renvoie, dans les premiers textes révolutionnaires, à l'idée de cérémonie²¹⁶⁶. Pour compléter, il se rapportait à la défense de la liberté de culte ; il devenait le terme commun pour désigner le droit de pratiquer sa religion en public conformément à sa croyance²¹⁶⁷. Cette approche soulignait déjà une prise en compte de l'aspect collectif du religieux et témoignait alors d'une certaine ambiguïté qui expliqua probablement une préférence pour la protection du seul for intérieur de la Déclaration, en d'autres termes pour une approche plus individualiste. D'autre part, le terme peut être entendu dans le sens de groupe de personnes²¹⁶⁸. Pour Emmanuel Tawil, cette acception ressort dès le décret du 18 frimaire an II, puis d'autres textes traitant de liberté « des cultes »²¹⁶⁹.

768. L'intégration des groupes religieux par le terme de « culte » a perduré sous le Concordat²¹⁷⁰, celui-ci servant alors « à qualifier une religion organisée »²¹⁷¹. Il désignait les groupes religieux reconnus par le pouvoir. Pour la loi de séparation, Emmanuel Tawil retrouve les mêmes emplois de la notion, mais voit avant tout dans la définition donnée par le Conseil d'État lors de l'avis de 1997 l'idée de cérémonie²¹⁷². Il ajoute cependant que nous pouvons « sans difficulté dégager de l'avis une définition du culte comme groupement de personnes : il

²¹⁶⁴ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droit et discours*, Bruxelles, Bruylant, 2015, coll. « Droit et religion », p. 72.

²¹⁶⁵ J.-M. WOEHRLING, « Définition juridique de la religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 43.

²¹⁶⁶ E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, op. cit., p. 3.

²¹⁶⁷ T. KSELMAN, *Conscience and Conversion. Religious Liberty in Post-Revolutionary France*, New Haven, Yale University Press, 2018, p. 38.

²¹⁶⁸ E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, op. cit., p. 3.

²¹⁶⁹ *Ibid.*

²¹⁷⁰ *Ibid.*

²¹⁷¹ F. MESSNER, « Du droit ecclésiastique au droit des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 7.

²¹⁷² CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997 ; concl. J. ARRIGHI de CASANOVA, *RFDA*, 1998, p. 61 ; *RFDA*, 1998, p. 69, note G. GONZALEZ/

s'agit d'un ensemble de personnes partageant une même croyance religieuse, et célébrant certains rites, ou ayant certaines pratiques religieuses »²¹⁷³.

769. Aujourd'hui, il n'est donc pas rare que le mot soit encore employé pour traiter d'une communauté religieuse spécifique. Quand il est question « des cultes », les religions sont désignées sous leur aspect visible, purement extérieur²¹⁷⁴, « ce par quoi une religion peut être appréhendée de l'extérieur »²¹⁷⁵. La notion ne renvoie que peu au for interne. Elle fait avant tout référence à une activité²¹⁷⁶. Concomitamment, elle renvoie aux biens, aux institutions. Néanmoins, il est peu probable que l'on emploie le mot au pluriel pour désigner des biens ou des activités. La signification ne colle pas avec l'emploi du mot dans une telle phrase. Nous pouvons raisonnablement affirmer que lorsqu'il est fait référence « aux cultes » sont souvent désignées « les communautés religieuses »²¹⁷⁷.

770. Il n'est alors pas singulier d'envisager que l'égalité des cultes renvoie à une égalité des groupes. Le mot « culte » navigue avec ambiguïté entre les significations, mais s'arrête très fréquemment sur la dimension communautaire du religieux. Quand Jacques Robert explique que « devant la liberté, tous les cultes sont sur un plan d'égalité »²¹⁷⁸, quel sens donne-t-il à la notion de culte ? L'auteur poursuit que certains « sont tout de même plus égaux que d'autres », ce sont les « anciens “cultes reconnus” » : « ils ont, eux, des structures solides aptes à discuter avec l'État [...] Alors que rien n'a été prévu pour les constructions des autres religions, ultérieures à 1905 ». En aucun cas le « culte » ne peut être renvoyé à des activités, puisque le terme désigne un élément personnifié. Lorsqu'il est question d'égalité, c'est aussi tout bonnement un souci de langage : l'on ne traite pas d'égalité des activités, d'égalité des biens, et rarement d'égalité des convictions. Il apparaît plus logique et plus intuitif – c'est révélateur de l'image que le modèle français se fait du religieux – pour les catégorisations de l'esprit de parler d'égalité entre groupes religieux. Dans la continuité du régime des cultes reconnus, il est possible de voir à travers la notion de culte un renvoie aux groupes religieux, et percevoir ainsi une égalité « des communautés religieuses ».

²¹⁷³ E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, op. cit., p. 4.

²¹⁷⁴ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 51-63.

²¹⁷⁵ C. LANGLOIS, « La laïcité française et la loi de 1905 : illusions et réalités » in S. LE GRAND (dir.), *La laïcité en question. Religion, État et société en France et en Allemagne du 18^e siècle à nos jours*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2008, coll. « Mondes germaniques », p. 122.

²¹⁷⁶ « [L']ensemble des actes qu'un groupe religieux accomplit souvent sous la direction d'un personnel spécialisé, généralement dans un lieu réservé à de telles pratiques. Le culte se compose de différents actes (prière, sacrifice, offrande, procession, musique, danse, etc.), qui rendent hommage à un être supérieur, et de gestes qui accompagnent ces actes (s'agenouiller, lever les mains vers le haut, etc.). Des pratiques de possessions et d'extase peuvent aussi faire partie du culte » (F. PRESCENDI, « Culte » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige », p. 218).

²¹⁷⁷ Dans l'introduction de sa thèse, Franck Zarlenga décrit un emploi du mot « Culte » comme servant « de catégorie juridique de qualification pour désigner, indistinctement, soit une religion, soit une Église » (F. ZARLENGA, *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Paris-Est, vol. 1, 2018, p. 13). C'est d'ailleurs un mot que nous employons dans notre thèse comme synonyme de « religions ».

²¹⁷⁸ J. ROBERT, « Sommes-nous encore, en France, en régime de séparation ? », *art. préc.*

771. Si le groupe se définit à partir d'une religion, c'est bien la notion de culte qui en assure la visibilité²¹⁷⁹. Ces propos font alors échos à ceux tenus plus haut à propos de l'association culturelle puisque cette dernière est intrinsèquement liée à la notion de « culte ». La dimension communautaire des critères caractérisant ces associations se comprend plus aisément. Cet emploi s'inscrit dans la logique globale d'une gestion des « cultes » qui est d'autant plus confortée que l'État engage, de longue date, à l'institutionnalisation des groupes religieux.

PARAGRAPHE 3. Un renvoi ancien aux groupements religieux « institutionnalisés »

772. Le dispositif d'institutionnalisation de l'islam visait à le remettre au niveau des autres religions. Cela ne peut que signifier en filigrane qu'il existe de longue date des organes « institutionnalisés » pour certaines religions, c'est-à-dire disposant d'un statut, aux yeux de l'État, d'interlocuteur privilégié. Une nouvelle fois, nous pouvons d'ores et déjà y voir une trace en 1905, quand la loi de séparation des Églises et de l'État exigeait par son article 4 la conformité des associations affectataires « aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice ». Cette disposition traduisait l'approbation nécessaire de l'association concernée par les autorités représentatives du culte, autorités auxquelles la personne publique s'en remet à partir de cet instant²¹⁸⁰. En effet, dès 1905, la résolution de l'affectation des biens culturels passa inévitablement par une reconnaissance maintenue de certaines structures qui devaient représenter leurs communautés religieuses respectives. L'appréciation de cette représentativité s'aidait sans aucun doute du régime antérieur des cultes reconnus. Il en constituait à ce titre une forme de continuité qui semble s'être inscrite comme une véritable tradition allant au-delà de la répartition des biens : « toute question d'ordre religieux qui se pose à une administration ou à un juge doit trouver sa solution auprès des autorités qui représentent la religion en cause, et qui sont l'interlocuteur exclusif des autorités publiques »²¹⁸¹.

773. Dès lors, les relations entre l'État et les autorités représentatives religieuses débordent largement le cadre de l'article 4, même si elles ne sont probablement pas dénuées de lien avec celui-ci à l'origine. Pour le judaïsme, c'est le Consistoire central, héritage du régime napoléonien, qui représente l'institution en contact avec les pouvoirs publics. Aux yeux de ces derniers, il s'agit de la seule institution légitime pour échanger sur la religion juive et pour représenter ses intérêts. Elle bénéficie alors de privilèges spécifiques, comme pour le culte

²¹⁷⁹ G. KOUBI, « Pluralisme et libertés fondamentales au prisme de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2007, coll. « Droit et Justice », p. 344.

²¹⁸⁰ « C'est ainsi par exemple que s'agissant du pouvoir de police dans les lieux de culte, pouvoir que la loi municipale de 1884 avait cherché à transmettre aux maires, on continuera même après 1905 à s'en remettre à l'autorité du ministre du culte légitimement investi » (P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDJ*, n° 3, 2001, p. 738-775).

²¹⁸¹ *Ibid.*

musulman. Par exemple, le Consistoire a la charge des aumôneries, négocie les dates de concours et d'examens en fonction des fêtes religieuses et l'ouvertures de carrés confessionnels dans les cimetières²¹⁸². Le Consistoire central entretient en ce sens un monopole indiscutable en matière d'abattage rituel²¹⁸³. La religion protestante est aujourd'hui tout autant multiple et profondément disparate²¹⁸⁴. C'est pourtant la seule Fédération protestante de France qui occupe une place centrale depuis 1905. Depuis plus récemment existe également l'Union des bouddhistes de France. Enfin, pour la religion catholique, la gestion passe avant tout par la Conférence des évêques de France. Les relations sont en l'occurrence plus complexe dans la mesure où elles mêlent des relations internationales avec le Vatican²¹⁸⁵. Tout au plus pouvons-nous toutefois affirmer que la limitation des relations de l'autorité publique à la seule religion catholique rattachée au Saint-Siège évince les éventuels groupements prêchant un catholicisme indépendant. Ces institutions forment les instances privilégiées pour interagir avec les pouvoirs publics.

774. À l'aune de ces éléments, il est indéniable que l'autorité publique n'assimile en aucun cas les groupes religieux à des associations ordinaires. Elle reconnaît indéniablement leur spécificité, précisément en tant que groupements religieux²¹⁸⁶. Ces relations, qui mènent à divers échanges ou privilèges, traduisent une forme de reconnaissance des structures religieuses. Cette reconnaissance dépasse le seul cadre politique. Les implications juridiques des interactions entre l'État et ces instances ne sont jamais bien loin, surtout lorsqu'un régime exige de se référer à celles-ci. Certaines reconnaissances sont effectivement plus marquées que d'autres, car elles ont des implications plus directes en droit positif, à l'instar de l'abattage rituel²¹⁸⁷. Pour autant, de nombreux régimes concernent tous les cultes et impliquent pourtant l'autorité religieuse institutionnalisée, comme les aumôneries dans certains établissements publics, ou encore la jouissance du statut de congrégation. Il n'empêche que le choix des acteurs avec lesquels dialoguer induit nécessairement une reconnaissance pour certains et l'évincement pour d'autres. En effet, tous ces éléments montrent l'attitude changeante et arbitraire des pouvoirs publics qui, se targuant d'une non-reconnaissance à toute épreuve depuis 1905 à l'encontre des religions récentes, n'en reconnaissent pas moins certains groupes traditionnels depuis la même époque. Nous le verrons, ce phénomène ne peut qu'accroître le sentiment

²¹⁸² R. AZRIA, « Le judaïsme, contours et limites de la reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 135-150.

²¹⁸³ Rappelons que l'association consistoriale israélite de Paris (ACIP), de laquelle découle la Commission rabbinique intercommunautaire, seul organisme bénéficiant des agréments pour l'abattage, est directement rattachée au Consistoire central (pour les difficultés que cela pose, voir p. 710 et s.).

²¹⁸⁴ Jean-Paul Willaime le détaille et n'hésite pas à parler d'un « protestantisme multiculturel » (J.-P. WILLAIME, « Difficultés et enjeux des études quantitatives de la minorité protestante française », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 195, 2021/3, p. 221-251). Voir également A.-L. ZWILLING, « Évolutions institutionnelles et visibilité publique des protestants en France » in *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion », p. 193-215.

²¹⁸⁵ Mais il est douteux que le statut de droit international de l'Église suffise à expliquer tous les aménagements octroyés, tempèrent Françoise Curtit et Anne Fornerod, qui rajoutent avec lucidité : « c'est également sa position d'institution confessionnelle dominante qui lui a valu ce traitement de faveur » (F. CURTIT et A. FORNEROD, « Manifestations de la soft law en droit français des religions », *art. préc.*).

²¹⁸⁶ J.-P. WILLAIME, « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *art. préc.*

²¹⁸⁷ Voir p. 707 et s.

discriminatoire des certains groupements. Par-dessus tout, ces développements rendent obsolètes les dénonciations de l'institutionnalisation de l'islam en vertu d'un idéal individualiste à respecter qui, en réalité, est battu en brèche au profit d'autres cultes depuis plus d'un siècle²¹⁸⁸.

775. Cette atteinte à l'égalité individualiste s'illustre très spécifiquement à travers les modalités de diffusion des émissions religieuses télévisées sur les chaînes publiques. C'est en tout premier lieu la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui est venue prévoir en son article 56 l'obligation pour France Télévision de programmer « le dimanche matin des émissions à caractère religieux consacrées aux principaux cultes pratiqués en France »²¹⁸⁹. Au demeurant en optant pour le dimanche, la disposition précitée porte manifestement une vision chrétienne du jour consacré à la dévotion. L'article précise ensuite que ces émissions sont « réalisées sous la responsabilité des représentants désignés par les hiérarchies respectives de ces cultes ». Sans surprise, la religion catholique est la première à avoir bénéficié d'une radiodiffusion dès 1934 et télédiffusion en 1948, pour qu'à partir de 1949 elle bénéficie d'émission hebdomadaire²¹⁹⁰. Les protestants jouiront de la même possibilité un an plus tard, puis les juifs en 1962, les musulmans en 1983²¹⁹¹, enfin les bouddhistes en 1997.

776. Du reste, sans modifications depuis, l'article doit être lu à la lumière du cahier des charges de France Télévision. En 1994, un arrêté annexé à un décret précisa le cahier des charges de France Télévision en reprenant la première phrase de la disposition législative²¹⁹². Cet arrêté est depuis inséré en annexe d'un décret de 2009 et reçoit des modifications fréquentes²¹⁹³. Dans la version actuelle, c'est l'article 17 de l'annexe qui régit les émissions religieuses et peu de modifications ont été opérées depuis lors. Il se contente surtout de reprendre l'article 56 de la loi de 1986 en apportant que les émissions sont « réalisées en liaison avec les représentants désignés par les hiérarchies de ces cultes »²¹⁹⁴. L'article 56 faisait déjà référence aux « représentants désignés par les hiérarchies respectives ». Ces dispositions exigent alors d'approuver la hiérarchie déclarée officielle d'une communauté. L'approbation d'une hiérarchie spécifique revient à entériner l'autorité d'une communauté particulière, ainsi que ses normes, et à rejeter tout groupe concurrent qui se clamerait d'un même courant religieux. Le dispositif ferait nettement échos au respect des structures internes aux confessions

²¹⁸⁸ Nous apporterons des éléments à cette réflexion par la Partie 2, Titre 3, Chapitre 1.

²¹⁸⁹ Art. 56 de la loi n° 86-1067, 30 sept. 1986, *relative à la liberté de communication (Loi Létard)*, JORF n° 0228, oct. 1986, p. 11755.

²¹⁹⁰ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 458.

²¹⁹¹ *Ibid.*, p. 459.

²¹⁹² « La société diffuse le dimanche matin des émissions à caractère religieux consacrées aux principaux cultes pratiqués en France » (art. 15 de l'annexe du décret n° 94-813, 16 sept. 1994, *portant approbation des cahiers des missions et des charges des sociétés France 2 et France 3*, JORF n° 217, 18 sept. 1994).

²¹⁹³ Art. 17 de l'annexe du décret n° 2009-796, 23 juin 2009, *fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions*, JORF n° 0145, 25 juin 2009.

²¹⁹⁴ Art. 17 de l'annexe du décret n° 2009-796, 23 juin 2009, *fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions*, JORF n° 0145, 25 juin 2009.

établi par l'article 4 de la loi de 1905²¹⁹⁵. L'approche objective ici pratiquée contredit l'égalité individualiste.

777. Tous ces éléments s'ajoutent aux autres pour illustrer l'importante sensibilité du modèle français à l'approche communautaire du fait religieux. Les pouvoirs publics, de longue date, envisagent les différentes croyances et expressions religieuses principalement par le regroupement. Le renvoi aux institutions religieuses officielles qui imprègne le droit français révèle l'accent mis sur la communauté religieuse plutôt que les individus croyants. C'est en dernier lieu la reconnaissance juridique des ordres religieux qui conforte encore ce constat.

PARAGRAPHE 4. Une illustration historique par la problématique des ordres juridiques religieux

778. La question des rapports à la norme établit par la communauté religieuse a trait à la thématique des ordres juridiques religieux²¹⁹⁶. Cette dernière parcourt les rapports entre l'État et les religions depuis l'Ancien Régime, surtout à l'égard de l'Église catholique ; il a toujours été question d'un rapport entre ordres juridiques²¹⁹⁷. Avec la séparation, la loi de 1905 avait pour but de mettre fin à ces rapports et d'évincer toute imbrication entre la norme civile et la norme religieuse. Des nombreux principes, et surtout l'égalité individualiste, s'opposent à la reconnaissance des normes issues des ordres juridiques religieux puisque seul l'individu prime. Cette opposition de principe est fragilisée par la problématique religieuse (A). Dès lors, à l'image de toute l'ambiguïté que le texte entretient avec la reconnaissance des groupes religieux, loi de 1905 n'a pas permis une ignorance totale de l'ordre communautaire religieux. En effet, manifestant une contradiction supplémentaire à l'égalité individualiste, les juges n'ont pu ignorer les groupes religieux et leurs différentes normes, tant en droit public (B) qu'en droit privé (C).

A) La complexité et la fragilité de l'ignorance des ordres juridiques privés au contact du religieux

779. Elsa Forey dit que « la reconnaissance étatique de l'ordre ecclésiastique a pour effet de faire produire à celui-ci des effets civils au sein de l'ordre étatique »²¹⁹⁸. Comprenons que faire produire des effets civils à l'ordre ecclésiastique, et plus précisément à ses règles religieuses, témoigne de sa reconnaissance par l'ordre étatique. Cette remarque concerne

²¹⁹⁵ G. BEDOUELLE et J.-P. COSTA, *Les laïcités à la française*, Paris, PUF, 1998, coll. « Politique d'aujourd'hui », p. 213.

²¹⁹⁶ « [L']ordre juridique est un ensemble d'institutions et de normes unifiées par la réalisation d'un but commun, dans lequel il existe une autorité chargée d'édicter du droit, un système de sanctions permettant d'en garantir l'effectivité, et enfin, une instance de règlement des conflits et d'interprétation du droit, en d'autres termes, un juge » (N. SILD, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, Paris, Institut Universitaire de Varenne, 2016, coll. « Collection des Thèses », p. 24).

²¹⁹⁷ Voir sur ce sujet N. SILD, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, *op. cit.*, notamment p. 21 et s.

²¹⁹⁸ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, *op. cit.*, p. 35.

précisément l'étude de l'interaction entre ordres juridiques, interaction susceptible de manifester la reconnaissance d'un groupe religieux et, conséquemment, de contredire l'égalité individualiste.

780. Les rapports entre l'État et les communautés religieuses peuvent s'insérer dans le champ d'étude du pluralisme juridique qui part du postulat général que plusieurs ordres juridiques coexistent simultanément dans un même temps et un même espace, et peuvent établir, ou non, des relations entre eux²¹⁹⁹. Dans cette optique, la question des ordres juridiques n'est qu'une façon d'aborder la reconnaissance des groupes d'un point de vue particulier. Car, en établissant leurs propres règles contraignantes, leur structure hiérarchique et système normatif²²⁰⁰, les groupes religieux peuvent effectivement souvent s'apparenter à un ordre juridique à part entière²²⁰¹. Le rapport se pose alors frontalement d'ordre étatique à ordre religieux, où chacun des deux produit ses règles propres.

781. Ce champ d'étude offre des perspectives précises et s'appuie sur une grille d'analyse aujourd'hui très étoffée. En la matière, les auteurs empruntent habituellement à Santi Romano le concept de « relevance » afin de mesurer l'ouverture étatique aux normes de l'ordre juridique religieux²²⁰². Danièle Lochak emprunte notamment cette approche à propos du religieux²²⁰³.

²¹⁹⁹ J.-G. BELLEY, « Pluralisme juridique » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, coll. « Anthologie du droit », p. 447. Pour un exposé théorique de ce courant doctrinal, voir A. GESLIN, « Une brève historiographie de “pluralisme juridique” : quand les usagers d'une notion en font un instrument de luttes politiques », *Droit et anthropologie*, n° 15, 2019. Norbert Rouland définit le pluralisme juridique comme « une représentation théorique suivant laquelle à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation, suivant les circonstances historiques » (N. ROULAND, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995, p. 22). Les deux ténors de ce courant sont Georges Gurvitch et Santi Romano

²²⁰⁰ Pour ne citer que l'exemple le plus connu, on pense au Droit canonique, qui forme un ensemble normatif cohérent, établi selon des procédures prévues par l'ordre, et qui se soumet aux autorités de celui-ci. Cette illustration est la plus évidente, mais il est aussi bien permis de voir un tel ensemble à travers les prescriptions religieuses générales qui, pour des fidèles, s'imposent comme de véritables règles contraignantes (par exemple, manger de la nourriture *halal*). Et en tout état de cause, ce sont des textes sacrés initiaux que découlent les codes et droits religieux.

²²⁰¹ Voir notamment l'introduction de la thèse de Suzel Ramaciotti dans laquelle elle synthétise les débats de cette qualification qui, pour elle, ne fait aucun doute (S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Thèse de doctorat en droit privé, Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, 2021, p. 34 et s.). L'approche est aussi, par exemple, reprise dans la thèse d'Elsa Forey (*État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman »), de Thierry Rambaud (*Les principes de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé. Analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique ») ou dans un article dédié de Pierre-Henri Prétot, pour qui « il est absolument indéniable que les institutions religieuses constituent des “ordres juridiques” au sens où l'entendait Santi Romano » (« Le droit des Églises dans l'État », *Transversalités*, janv.-mars 2005, p. 109-122).

²²⁰² Suzel Ramaciotti fait partie de ces auteurs. Pour qu'il y ait relevance, explique-t-elle, « il est nécessaire que la règle “étrangère” demeure étrangère, quoique, d'une manière ou d'une autre, elle soit reçue par l'ordre juridique d'accueil » (S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, op. cit., p. 40). La relevance crée une relation entre ordres juridiques par laquelle l'État permet l'inclusion d'une norme d'un autre ordre selon ses modalités propres. Pour l'autrice précitée, la « norme de relevance » joue le rôle de « valve d'ouverture » aux normes religieuses. On comprend à la lecture de la thèse que cette norme de relevance peut être relativement variée et peut même s'apparenter à une simple prise en considération (*ibid.*, p.45).

²²⁰³ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 1946, trad. fr. Dalloz, 1975 cité dans D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 111-185.

Elle la résume comme exprimant la prise en compte de l'existence d'un ordre juridique par un autre, « soit en acceptant une autolimitation de son champ d'application au profit de l'ordre juridique subordonné ou indépendant ; soit en renvoyant expressément à ses normes, auxquelles il accordera le cas échéant sa sanction ; soit en intégrant plus ou moins complètement cet autre ordre juridique au sien propre »²²⁰⁴. Le processus de relevance peut s'apprécier en globalité, mais il est le plus souvent étudié à travers le règlement des litiges, surtout sur les deux dernières éventualités exposées par l'autrice. En théorie, il n'y a pas en France d'application expresse d'une règle religieuse dans un litige permettant de faire échec à la norme étatique²²⁰⁵.

782. En effet, les ordres juridiques religieux relèvent de la sphère privée et ne doivent en aucun cas connaître une quelconque insertion dans l'ordre étatique, d'ordre juridique et public. L'exclusion dans la sphère privée de ces ordres s'appuie sur une vision de la souveraineté de l'État, qui ne doit pas voir son droit concurrencé par d'autres règles et qui, seul, décide des normes prises en compte²²⁰⁶. En matière religieuse, le principe de laïcité s'oppose également à une telle reconnaissance, de même que la sécularisation du droit français qui, précisément, exprime la perte, pour les normes civiles, de toute connotation religieuse. Avant tout, c'est l'égalité individualiste qui s'oppose à la reconnaissance des normes et ordres religieux, car aucun corps intermédiaire ne doit théoriquement s'interposer entre l'individu et l'État. Reconnaître ces normes et/ou ordres religieux en droit revient à entériner l'existence d'un groupe particulier en droit. Le respect de ces principes se montre toutefois complexe et ardu au contact des règles religieuses.

783. Précisément casuistique, la conciliation entre l'ordre étatique et communautaire, en l'occurrence religieux, est « fondée sur des approches limitées à des faits précis dans l'espace et dans le temps, elle tend à consacrer implicitement la césure entre l'ordre juridique étatique et le fonctionnement réel de la société quand elle retient les dogmes propres aux minorités, les systèmes de régulation interne des groupes pour trancher le litige. Ce faisant, le juge ne peut éluder la diversité : la reconnaissant tacitement, il annonce indirectement un jeu du droit tendant à la décomposition de la texture souveraine et universelle de l'ordre juridique, préluant à la désétatisation de la nation ou à la dénationalisation de l'État »²²⁰⁷. Elle se révèle fréquemment lors de l'appréciation et de la qualification des faits durant un litige impliquant une règle édictée par une communauté religieuse. Que faire lorsque la règle religieuse est un fait à prendre en considération par le juge ?

784. La question est loin d'être anecdotique compte tenu de l'implication des règles religieuses dans tous les moments de la vie d'un individu. Qu'il s'agisse des problématiques

²²⁰⁴ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789, op. cit.*, p. 136.

²²⁰⁵ P.-H. PRELOT, « Le droit des Églises dans l'État », *art. préc.*

²²⁰⁶ A. SARIS, « La gestion de l'hétérogénéité normative par le droit étatique » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009, p. 145-146.

²²⁰⁷ G. Koubi, « Penser les minorités en droit » in A. FENET, G. Koubi et I. SCHULTE-TENKSHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 456.

liées au mariage, de l'éducation religieuse dans le cadre familial, des relations professionnelles entre une Église et ses clercs, des entreprises fonctionnant sur une base confessionnelle, par exemple, le juge doit faire face à des situations complexes qui donnent une place prépondérante à la règle religieuse.

785. De surcroît, en dépit de la résistance opposée par la laïcité, la neutralité, l'égalité, plus globalement l'idéal individualiste et universaliste, la nécessité de cette prise en compte manifeste des règles religieuses est souvent attribuée au principe d'autonomie des groupements confessionnels. Parfois nommé principe de non-immixtion²²⁰⁸, il découle directement de la liberté des cultes²²⁰⁹ et se traduit par la liberté de leur organisation interne. Inscrit fondamentalement dans la logique des droits de l'homme, il garantit « aux groupes religieux la liberté de s'organiser et de s'administrer, de prendre des décisions dans le domaine religieux sans ingérence gouvernementale, d'appliquer leurs propres critères concernant les membres, les responsables, les doctrines, etc. »²²¹⁰. Ces éléments appuient le lien étroit entre la liberté de religion et la mise en avant de la dimension communautaire du religieux.

786. Cette protection de l'autonomie des groupes religieux est par exemple accordée du côté européen depuis un certain temps. La Commission européenne des droits de l'homme dégagera ce qui semble être un principe d'autonomie dès 1976²²¹¹. Devant la Cour du même nom, une première consécration s'est illustrée par la reconnaissance du droit au recours garanti par l'article 6 au diocèse catholique de Crète devant, et ce, en l'absence même de personnalité juridique²²¹². Par la suite, cette garantie s'est affirmée à travers la liberté d'association des communautés religieuses, et de manière négative, par le rejet d'une immixtion étatique dans l'organisation de celles-ci²²¹³. Bien entendu, la Cour apprécie si l'État concerné octroie un statut spécial aux communautés religieuses dans sa législation. Cette spécificité est susceptible d'avoir une implication devant le juge européen, notamment en matière de liberté de religion, quand le statut prévu est indispensable à une garantie totale de la liberté de religion dans le pays concerné²²¹⁴. En somme, tout ce qui a trait à une immixtion de l'État dans l'organisation des communautés religieuses est prohibé par la Convention²²¹⁵. Cependant, le principe stimule une approche qui déborde l'aspect individualiste des droits de l'homme. En témoigne la jurisprudence de la CEDH, qui va parfois plus loin et peut justifier qu'un membre d'un clergé

²²⁰⁸ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, op. cit., p. 127.

²²⁰⁹ M.-A. LATOURNERIE, « Le libre exercice des cultes » in T. MASSIS et C. PETTITI (dir.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2004, coll. « Droit et Justice », p. 134.

²²¹⁰ R. W. GARNETT, « Liberté religieuse, autonomie des églises et structure de la liberté », *Conscience et liberté*, n° 72, 2011, p. 51.

²²¹¹ Comm. EDH, 8 mars 1976, *X. c. Danemark*, n° 7374/76.

²²¹² CEDH, 16 déc. 1997, *Église de La Canée c. Grèce*, n° 25528/94.

²²¹³ CEDH, 26 oct. 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, n° 30985/96, §62.

²²¹⁴ CEDH, 13 déc. 2001, *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldavie*, n° 45701/99, §105.

²²¹⁵ Par exemple, l'autonomie religieuse interdit à l'État d'obliger « une communauté religieuse à admettre ou exclure un individu ou à lui confier une responsabilité religieuse quelconque » (CEDH, 15 mai 2012, *Fernandez-Martinez c. Espagne*, n° 56030/07, §80).

soit exempté du service militaire, précisément au titre de l'autonomie du groupe religieux protégée par l'article 9 de la Convention²²¹⁶.

787. En France, la loi de séparation aurait définitivement consacré l'autonomie des institutions religieuses par l'arrêt net de toute immixtion de l'État dans les affaires spirituelles, en réfutation pure et simple du Concordat. Cette autonomie des groupements religieux peut, pour certains, trouver sa source dans l'article 4 de la loi de 1905, en ce qu'il laisse la gestion cultuelle entre les mains des règles internes à la communauté²²¹⁷. Cette assertion laisse d'ores et déjà entrevoir l'ambiguïté du principe lorsque l'on sait que l'article 4 de la loi constitue une brèche dans l'idéal individualiste en induisant la prise en compte des normes religieuses. Pour ainsi dire, le respect de l'organisation religieuse, au point de l'insérer dans l'ordre juridique étatique, illustre l'autonomie laissée aux groupements. Comprenons que cette dernière justifie que l'on reconnaisse des règles religieuses afin d'éviter que la règle étatique ne contrevienne à l'organisation générale du culte en question.

788. À l'instar d'un droit-liberté glissant vers un droit-créance, le principe d'autonomie des institutions religieuses a rapidement fait d'exiger une certaine prise en considération des droits internes à celles-ci²²¹⁸. Après tout, qu'est-ce que la liberté de religion, si ce n'est la faculté de constituer des ordonnancements juridiques ? s'interrogeait avec pertinence François Rigaux²²¹⁹. Un tel questionnement trouve sa source dans la dimension profondément communautaire du religieux qui ne peut qu'être difficilement ignorée en droit. Ainsi, pour beaucoup, il existe une prise en compte indéniable des ordres religieux et/ou de leurs règles qui témoigne de l'impossible neutralité de l'État²²²⁰. L'impossible neutralité découle en réalité des modalités françaises d'appréhension du fait religieux. Le droit public français cède indéniablement à la reconnaissance des ordres juridiques religieux.

B) Une reconnaissance indéniable des ordres religieux en droit public

789. Bien que les questions d'ordres juridiques relèvent, la plupart du temps, du droit privé, celles de droit public, concernant la dévolution des biens prévue par l'article 4 de la loi de 1905, offrent l'exemple le plus flagrant de reconnaissance de l'ordre religieux, par son exigence de prise en considération de la règle religieuse²²²¹. Cependant, non sans lien, le texte

²²¹⁶ CEDH, 12 mars 2009, *Gütl c. Autriche*, n° 49686/99, §32-33.

²²¹⁷ M. BERNARD et A. DAMIEN, « La paix religieuse (1920-1960) », *La Revue administrative*, n° 2, 1999, p. 48-55 (voir également P.-H. PRELOT, « La neutralité religieuse de l'État » F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), in *Traité français des religions*, op. cit., p. 693).

²²¹⁸ C'est une déduction émise par Elsa Forey (*État et institutions religieuses...*, op. cit., p. 252). C'est ouvertement la défense de Richard W. Garnett, pour qui la liberté de religion devrait revenir à une conception communautaire, garantissant aux Églises des droits particuliers, au nom du droit à l'autonomie et l'autodétermination pour les groupes religieux (R. W. GARNETT, « Liberté religieuse, autonomie des églises et structure de la liberté », art. préc.).

²²¹⁹ F. RIGAUX, « La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international », *RRJ*, n° 53, 1993-2, p. 591-601.

²²²⁰ F. CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND, « Le droit et le fait religieux dans un système laïc » in *Droit et religion. Colloque de Beyrouth mai 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 41.

²²²¹ P.-H. PRELOT, « Le droit des Églises dans l'État », art. préc.

de la séparation entraîna d'autres cas d'école, notamment en ce qui concerne la police des lieux affectés au culte.

790. Dans le cadre de la libre disposition des biens affectés pour l'exercice du culte²²²², les autorités religieuses affectataires se sont vu reconnaître certaines prérogatives dans l'enceinte de leur établissement. À la suite de la séparation, les juges durent se prononcer sur un certain nombre de litiges et étoffèrent les prérogatives laissées aux affectataires, en suivant le principe selon lequel « les ministres du culte catholique possèdent tous les droits qui leur sont nécessaires pour assurer le libre exercice de ce culte dans les lieux où il est pratiqué »²²²³. Parmi ces prérogatives, nous retrouvons notamment le droit pour le ministre du culte de fixer l'heure d'ouverture et de fermeture de l'édifice, y compris lorsqu'il estime que l'ouverture peut être cause de désordre²²²⁴, d'exclure du chœur des chanteuses pour motif religieux²²²⁵, ou encore celui d'exiger une contribution aux frais du culte pour la célébration d'un mariage²²²⁶.

791. Pour Elsa Forey, ces éléments ne font « que consacrer un droit qui trouve sa source dans le système religieux »²²²⁷. Le malaise à ce sujet ressortait d'ailleurs à l'époque. Il est perceptible dans la note de Paul Bureau lors d'un arrêt de 1910, par laquelle il soulignait la nécessaire ignorance d'« ordre purement religieux », mais tentait de justifier tant bien que mal, et non sans embarras, le pouvoir des autorités religieuses dans les lieux affectés au culte dans le cadre de la séparation²²²⁸. Plus réaliste, Marcel Waline constatait la contradiction entre l'article 4 de la loi de 1905 et son article 2 (la République ne reconnaît aucun culte), reléguant ce dernier à « une déclaration de principe plus symbolique que rigoureuse »²²²⁹. Le commentateur admettait à plusieurs reprises que la jurisprudence reconnaît la hiérarchie, donc les règles, de l'Église catholique²²³⁰. Selon l'approche précitée de la « relevance », l'ordre juridique religieux est intégré au droit étatique car ce dernier renvoie clairement aux normes religieuses. Ces raisonnements s'inscrivent dans le droit-fil de l'approche française typiquement objective, qui, à l'examen, met largement l'accent sur l'exercice communautaire de la liberté de culte²²³¹. De toute évidence, tous les éléments précédemment exposés rejoignent

²²²² En l'absence d'associations culturelles, les autorités catholiques ont bénéficié de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 qui laissait à leur disposition les édifices affectés à l'exercice du culte.

²²²³ « [...] dans cette limite et sous les réserves spécifiées par la loi dans l'intérêt de l'ordre public, ils exercent seuls les droits en question » (Cass., crim., 1^{er} déc. 1910, *Ministre publ. c. abbé Galin et demoiselle Etcheaharreta* ; DP, 1911, p. 345).

²²²⁴ Trib. corr. de Montpellier, 19 mars 1930, *Ministère public. et abbé Mader c. P... et a.* ; DP, 2, 1931, p. 133 ; note M. WALINE.

²²²⁵ Cass., crim., 1^{er} déc. 1910, *préc.*

²²²⁶ Cass., crim., 9 avr. 1910, *Ministre publ. c. abbé Bailleul* ; DP, 1910, p. 192.

²²²⁷ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, op. cit., p. 69.

²²²⁸ On perçoit d'ailleurs comme l'auteur tente de justifier cela par la protection de la norme commune et celle accordée par les tribunaux à l'instar de toute autre activité (P. BUREAU, DP, 1911, p. 345, note sous Cass., crim., 1^{er} déc. 1910, *préc.*).

²²²⁹ M. WALINE, DP, 2, 1931, p. 133, note sous Trib. corr. de Montpellier, 19 mars 1930, *préc.*

²²³⁰ *Ibid.*

²²³¹ « Pour le juge français, la religion est donc avant tout une réalité communautaire et institutionnelle ou objective : elle est un système de croyances et de pratiques autour de laquelle se structurent des communautés de croyants auxquelles les individus peuvent faire le choix de participer » (C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007, p. 255-256).

en partie la reconnaissance des ordres religieux en droit public. Cependant, la problématique s'est encore plus vivement posée devant le juge judiciaire.

C) Une reconnaissance indéniable des ordres religieux en droit privé

792. Avec toutes les situations auxquelles le juge judiciaire est confronté, il est fréquemment arrivé qu'il montre nettement la prévalence de la norme étatique et l'ignorance de celle religieuse, par exemple en déniait tout effet civil à l'acte religieux du baptême²²³². Dans la même lignée, il affirma maintes fois son refus d'offrir une sanction juridictionnelle aux règles canoniques en appréciant leur conformité par les autorités religieuses²²³³. Comme l'analyse Vincente Fortier, ces interprétations évitent « la référence explicite au caractère sacramentel du baptême et, partant, à l'autonomie des droits internes des religions [...] l'État, par le truchement de ses juges, n'intervient pas, ne s'immisce pas dans les règles internes qui gouvernent les Églises ou les groupes religieux »²²³⁴. Néanmoins, il existe de nombreuses situations qui ont mis le juge judiciaire dans l'embarras. Ce dernier est confronté à pléthore de difficultés touchant l'intégration des règles religieuses, ne serait-ce qu'avec les « entreprises de tendance », par exemple²²³⁵. C'est en matière contractuelle de droit commun que les affaires sont particulièrement vives. Les exemples ne se veulent pas exhaustifs mais seulement démonstratifs d'une tendance perceptible. C'est ici que toute la complexité de l'idée de « relevance » s'exprime ; dans le fin interstice situé entre la qualification juridique d'un fait et l'intégration dans le droit de la norme issue de l'ordre religieux.

793. Dans ce cadre, certains écarts des juges restent flagrants et attestent de la complexité de juger les affaires impliquant les règles religieuses. Tel est le cas du très contesté arrêt de 1975 dans lequel la licéité d'un licenciement d'une institutrice par un établissement catholique, au motif qu'elle s'était remariée après un divorce en contradiction avec les règles de l'Église, fut admise par le juge²²³⁶. La Cour rappelait la nécessité pour être conforme aux enseignements disposés dans l'établissement de respecter les principes catholiques et que le simple fait, en conséquence, que l'établissement soit catholique permettait de déroger à la liberté du mariage²²³⁷.

²²³² CA de Lyon, 14 oct. 2014, n° 13/04353 ; *Dr. Fam.*, 2015, comm. n° 7, obs. C. NEIRINCK. Voir également Cass., civ., 19 nov. 2014, n° 13-25.156, dans lequel la Cour restreint l'inscription dans le registre des baptêmes comme un simple fait issu de la « réalité historique ». Voir sur ces affaires et cette caractérisation d'élément de fait : F. DIEU, « Le baptême, un événement ineffaçable », *D.*, 2015, p. 850-855, note sous Cass., civ., 19 nov. 2014, *préc.*

²²³³ Cass., civ., 6 févr. 1912 ; *S.*, 1913, 1, p. 138 ; note A. MESTRE.

²²³⁴ V. FORTIER, « Normativité juridique vs. normativité religieuse : l'office du juge pour arbitrer les conflits », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 103-116.

²²³⁵ Le fait que de telles structures soient à cheval entre une forme juridique classique et un fondement par hypothèse purement religieux, soulève certaines interrogations. Ainsi en est-il d'un salarié d'une entreprise de tendance juive qui s'absente vingt-cinq jours au nom de ses obligations religieuses relatives au deuil et dont le licenciement est illégal, précisément au nom de ces règles religieuses auxquelles le salariés et l'employeurs ont entendu se soumettre (CA de Paris, 25 mai 1990, *Brami c. Arbib*, n° 89-36864).

²²³⁶ Cass., mixte, 17 oct. 1975, n° 72-40.239.

²²³⁷ La Cour de cassation confirma une nouvelle fois cette interprétation trois ans plus tard (Cass., Ass. plén., 19 mai 1978, *Dame Roy c. Association pour l'éducation populaire Saint-Marthe*, n° 76-41.211).

794. Cependant, c'est surtout la caractérisation des relations professionnelles entre une autorité religieuse et son institution qui fut un vrai casse-tête pour le juge judiciaire²²³⁸. Dans une affaire en 1997, concernant la qualification d'un contrat de travail entre un pasteur et la Fédération adventiste²²³⁹, la Cour de cassation se contenta de rechercher le lien de subordination dans la relation entre l'organisme religieux et son pasteur. Elle se restreignit à une analyse factuelle fondée sur la situation objective des relations entre les parties en présence. En effet, habituellement, la Cour de cassation se limite à vérifier si les faits exposés – qui prennent en compte les relations établies selon leurs propres règles entre les autorités religieuses – se conforment à ses critères habituels de qualification d'un contrat de travail. Néanmoins, cette décision n'est historiquement qu'un écart. Sur ce sujet, le juge judiciaire fit plutôt constamment preuve d'ambiguïtés en ne se limitant pas toujours aux éléments objectifs constituant la relation de travail, mais en incluant les éléments religieux au sein de l'interprétation.

795. La question se posa notamment dans les années 1950, à propos de l'éventuelle soumission des prêtres catholiques professeurs dans un établissement privé religieux au régime général de sécurité sociale²²⁴⁰. Comme l'exposait Pierre Coulombel dans son fameux article, une première approche consistait à soumettre ces individus au même régime que les professeurs laïcs, tous étant également soumis à l'autorité du directeur d'établissement²²⁴¹. Il y avait donc contrat de travail classique et soumission au régime de sécurité sociale. Une autre conception opposait que les relations issues du Droit canonique entre le prêtre, l'établissement et l'évêque soumettaient le premier à la disposition du seconde, l'établissement d'enseignement n'étant que subordonné à l'évêque²²⁴². Cette approche s'opposait à la qualification d'un contrat de travail. À la surprise générale, la Cour se rangea du côté de la seconde interprétation et considéra les concernés comme non affiliés au régime général de sécurité sociale du fait, « par le jeu des institutions de l'Église catholique », de l'absence de liens contractuels entre eux et la structure religieuse²²⁴³. Reprenant cette formulation pour une enseignante issue d'une congrégation, la Cour se fonda sur l'existence des vœux d'obéissance à l'autorité hiérarchique, comme preuve d'absence de contrat de travail en ce qu'ils témoignent, « par le jeu des institutions de l'Église catholique », d'une absence de consentement de la part de l'intéressée²²⁴⁴. Plus tard, dans un arrêt 1986, la Cour de cassation déclara que les pasteurs de l'Église réformée n'étaient pas non

²²³⁸ Voir le fameux article de Pierre Coulombel pour rendre compte des difficultés rencontrées par les juges suivant la séparation (P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.*, 1956, p. 1).

²²³⁹ Le pasteur requérant soulevait notamment un licenciement abusif quand la Fédération alléguait que l'activité pastorale ne relevait pas de la législation du travail (Cass., soc., 23 avr. 1997, n° 94-40.909).

²²⁴⁰ En résumé, il s'agissait de savoir s'ils étaient considérés comme salariés de l'établissement privé.

²²⁴¹ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *art. préc.*

²²⁴² « Le prêtre n'a de rapports qu'avec son évêque, qu'il l'a affecté à l'enseignement dans un établissement placé canoniquement sous son autorité, comme il aurait pu l'affecter au ministère paroissial » (*ibid.*).

²²⁴³ Cass., civ., 29 mai 1954 ; *D.*, 1954, p. 452.

²²⁴⁴ Cass., civ., 13 mars 1964 ; *D.*, 1964, p. 357. Le religieux est comme mis à disposition de l'autorité religieuse ; il est soumis à son autorité, par ses vœux, excluant toute idée de contrat (CA de Chambéry, 15 janv. 1964 ; *D.*, 1964, p. 605).

plus, relativement à l'exercice de leur ministère, dans une relation de contrat de travail²²⁴⁵. Pour cela, elle s'appuya assez clairement sur la règle religieuse qui différenciait, par l'ordination, les statuts en fonction de l'intégration au ministère pastoral.

796. Il fallut attendre 2010 pour que la Cour précise sa jurisprudence en rajoutant que « l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie »²²⁴⁶. Par cette interprétation, la Haute juridiction limita l'implication de l'engagement religieux pour exclure le contrat de travail. Dorénavant, celui-ci doit s'exprimer dans le cadre de structures légalement prévues pour le culte. Le procédé permet au juge de conditionner l'appréciation au régime légal, donc à une règle de l'ordre étatique et de s'éloigner des critiques portées sur la jurisprudence antérieure. En effet, le caractère religieux ne dépend plus d'une structure purement privée, sans existence légale, mais prévue par le droit. Celle-ci fait la jonction entre la règle, par exemple, des vœux du droit religieux et le droit civil. Plus encore, le juge peut faire découler une telle règle des statuts des telles associations qui, fréquemment, précisent l'exigence de respect du droit interne à l'Église.

797. En définitive, « ne vaudrait-il pas mieux accorder plus de place aux éléments objectifs qui caractérisent le contrat de travail, et notamment le lien de subordination, plutôt que de rechercher les arguments dans l'examen des doctrine religieuses dont la connaissance ne peut qu'être imparfaite »²²⁴⁷, et, surtout, impliquer une reconnaissance d'un ordre juridique à part entière ? En effet, en apparence délicates, certaines interprétations qui mêlent les règles religieuses se montrent tout bonnement logiques : l'établissement du lien de subordination entre un prêtre et l'Église s'appuie nécessairement sur la hiérarchie structurelle de cette dernière comme il s'appuierait sur n'importe quels éléments de fait qui établiraient la caractérisation des rapports entre les deux parties dans une situation totalement dénuée d'éléments confessionnels. La structure hiérarchique n'est qu'un paramètre de fait caractérisé par des règles auxquelles le prêtre a décidé de se soumettre dans son rapport avec l'organisme religieux. Cette stratégie, dite de « factualisation », est courante pour le juge judiciaire, mais difficile à maintenir dans certaines situations²²⁴⁸. En pratique, la complexité entourant le fait religieux rend la tâche peu aisée, comme le remarquait déjà Pierre Coulombel à propos des cas d'espèce qu'il étudiait en 1956, pour qui, « aucun des contrats auxquels on pourrait tout d'abord songer ne rend compte de la situation juridique du ministre du culte dans son Église »²²⁴⁹.

²²⁴⁵ Cass., soc., 20 nov. 1986, *Carlier c. Union nationale des associations cultuelles de l'Église réformée de France*, n° 84-43.243. En 2005, le juge judiciaire viendra limiter cette exclusion à l'exercice du ministère des pasteurs de la Fédération protestante de France (Cass., soc., 12 juill. 2005, n° 03-43.354).

²²⁴⁶ Cass., soc., 20 janv. 2010, n° 08-42.207.

²²⁴⁷ V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ*, n° 74, t. 3, 1998, p. 961-1007.

²²⁴⁸ C. DELMAS, « Le juge judiciaire, garant de la liberté de religion ? » in A. FORNEROD (dir.), *La liberté de religion en question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 2022, coll. « Droit et Religion », p. 173.

²²⁴⁹ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *art. préc.*

798. Entre appréciation des faits qui lui sont soumis, ou reconnaissance de l'ordre juridique, le juge se trouve confronté à un dilemme dont il peut difficilement sortir sans objection. Sans l'ombre d'un doute, le débat se pose de toute façon à ce niveau précis : à partir de quand l'appréciation des faits témoigne en vérité d'une insertion des règles religieuses dans l'ordre étatique ? Les discussions sont houleuses, les réponses peu unanimes.

799. Bien que le juge recherche la plupart du temps à subsumer²²⁵⁰ la règle religieuse dans une catégorie juridique générale préétablie, il ne manque pas d'accorder par moments une spécificité à une situation entre autorités religieuses, du seul fait des règles canoniques guidant leurs rapports. À l'observation des affaires étudiées, il nous semble scabreux d'affirmer l'absence complète d'une reconnaissance de l'ordre religieux et de ses normes. La clé est finalement de savoir s'il est appliqué un traitement spécifique à la situation, du fait de l'existence d'une règle religieuse contraignante pour les parties²²⁵¹. La tâche est ardue, tant les situations de fait soumises aux juges sont par essence hétérogènes. Cependant, refuser d'appliquer une qualification traditionnelle à des faits qui y seraient habituellement soumis, en raison de la règle religieuse en présence, revient tout autant à offrir une teneur spécifique à cette dernière, en dérogation à celle étatique, qu'un jugement qui, à travers la qualification des faits, applique la règle religieuse. Par exemple, pour qualifier une relation professionnelle entre deux autorités religieuses, le juge s'appuiera sur tous les éléments objectifs permettant de compléter les conditions juridiques qu'il a posées pour caractériser un contrat de travail. Il recherchera la réalité de ces rapports, peu importe qu'elles découlent des règles de droit canonique. En revanche, si le juge prend en considération ce que déclare la règle religieuse sur ces rapports pour évincer la qualification juridique habituelle, il donne un crédit exceptionnel à celle-ci. De la même façon : si le juge préfère tenir compte de l'affectation canonique, selon laquelle le prêtre est à la disposition de l'évêque, donc mis à disposition par lui selon son bon vouloir, plutôt que de la réalité des rapports existants, il reconnaît une substance spécifique à la règle religieuse. Il est tentant de relever que certaines notions, comme le consentement, sont empreintes du subjectivisme. Le juge peut en établir la teneur en prenant en considération, par exemple, les vœux religieux et ce qu'ils signifient pour l'individu en question, afin d'exclure un tel consentement. Il exclut toutefois rigoureusement la volonté des parties dans la

²²⁵⁰ Pour Christelle Landheer-Cieslak, le juge civil français emploie deux méthodes pour tenir compte de la règle religieuse sans véritablement la reconnaître : d'une part, la subsumption, « qui consiste à déplacer l'objet du litige tel que présenté par les parties et à le reformuler au regard des règles neutres et abstraites du droit civil » ; d'autre part, l'incorporation, qui consiste « à ne considérer l'existence et la teneur de la règle religieuse qu'après avoir incorporé cette dernière dans une source du droit qu'il reconnaît officiellement comme telle » (C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, op. cit., respectivement p. 444 et 453). L'autrice confesse pourtant plus loin que le juge français « n'est pas aveugle aux règles religieuses qui régissent la situation des parties ». Plus encore, « [i]l envisage même ces règles comme l'expression d'un ordre juridique religieux qui exerce son influence sur le territoire nationale en concurrence des règles de l'ordre juridique étatique » (*ibid.*, p. 521).

²²⁵¹ Pierre Coulombel compare à plusieurs reprises la situation religieuse soumise au juge avec d'autres cas pour établir si le traitement de cette première est particulier (« Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *art. préc.*).

qualification du contrat ; seules comptent les « conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »²²⁵². En fin de compte, la ligne n'est aucunement claire.

800. Ce n'est, en plus, pas l'uniformité qui caractérise la jurisprudence à l'égard des diverses religions et situations²²⁵³. Si d'autres cultes sont certainement concernés par ces questions, la religion catholique constitue assurément l'exemple le plus parlant et fréquent, du fait de l'histoire de ses relations avec l'État. Ainsi, les laïcs exerçant pour le compte de la communauté religieuse des activités profanes sont soumis à la qualification du contrat de travail²²⁵⁴, contrairement à un clerc qui enseignerait par exemple dans un établissement privé, et ce, sur la base du droit canonique. Non moins que les clercs, ces laïcs portent pourtant un engagement indépendant de toute démarche économique et sont engagés spirituellement dans une communauté religieuse²²⁵⁵. Parallèlement, toutes les autorités religieuses ne sont pas soumises au même régime, les officiants de certaines religions, comme les imams ou les rabbins, ne semblant pas être assimilés aux ministres catholiques en ce qu'ils « ne sont pas rituellement consacrés par des autorités supérieures, mais choisis par leurs communautés »²²⁵⁶. C'est le signe supplémentaire que la caractérisation des rapports entre deux autorités catholiques dépend exceptionnellement de la norme canonique.

801. De façon générale, l'approche objective, fondée sur l'appartenance et la communauté, est de toute façon perceptible en droit privé et devant le juge judiciaire²²⁵⁷. Finalement, le même constat d'une reconnaissance des groupes se répète, et le même constat de ses limites avec. Force est de constater que le droit n'arrive aucunement à éviter l'intégration juridique des ordres religieux. La réalité du fait religieux et l'importance de sa dimension communautaire y sont très certainement pour quelque chose, mais l'approche objective, profondément ancrée dans le modèle français, est la principale raison d'une telle reconnaissance. L'égalité individualiste en sort une nouvelle fois touchée. Assurément, la problématique des ordres religieux n'est qu'une illustration supplémentaire d'une profonde ambiguïté qui accompagne l'appréhension juridique français du religieux. Cette ambiguïté oblige, avec le recul, à une certaine réflexion sur la généralité de la norme.

²²⁵² Cass., soc., 20 janv. 2010, n° 08-42.207.

²²⁵³ Voir, pour un panorama de la jurisprudence des relations de travail pour les prêtres et pasteurs, pour les imams et rabbins, et pour les laïcs et clercs, l'article A. FORNEROD, « Relation de travail et ministres du culte en France », *Derecho y religión*, n° 16, 2021, p. 165-172.

²²⁵⁴ Cass., Ass. plén., 19 mai 1978, *Dame Roy c. Association pour l'éducation populaire Saint-Marthe*, n° 76-41.211 ou plus récemment Cass., soc., 29 oct. 2008, n° 07-44.766.

²²⁵⁵ J. MOULY, « L'applicabilité des règles de droit du travail aux membres de l'organisation religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 5, 2018, p. 87-104.

²²⁵⁶ À la suite de cette remarque, Jean Mouly rajoute que suivant cette logique selon laquelle ces officiants ne seraient pas de véritables ministres du culte, on devrait par là même traiter de la même manière les clercs et les laïcs exerçant une activité profane pour le compte d'une communauté religieuse. Or, tel n'est pas le cas (*ibid.*).

²²⁵⁷ Voir précisément la thèse C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, op. cit., 2007.

SECTION 3. La mise en perspective du problème de catégorisation du régime des cultes

802. Tous ces éléments permettent une introspection générale sur les sujets et les éléments abordés jusqu'à présent à propos de la généralité et du régime. Nous mesurons à quel point l'histoire de la France depuis 1905 fut marquée par un modèle religieux de référence. La chrétienté, et peut-être plus encore le catholicisme, s'inscrit pour ainsi dire « comme expression historique de la religion »²²⁵⁸. Et ce n'est pas le principe de laïcité, ni même celui d'égalité, qui empêcha la prise en compte du fait religieux majoritaire aujourd'hui vecteur de discriminations indirectes en tout genre²²⁵⁹. Au contraire, ce mode de gestion fait partie de l'inconscient collectif, historiquement ancré, et peut être vu comme une modalité de réalisation du principe de laïcité. Aujourd'hui l'héritage de la religion majoritaire s'évalue à plusieurs titres.

803. D'abord, la place accordée à l'aspect institutionnel du religieux est indéniable. Elle relève d'une conception exagérément influencée par le modèle catholique²²⁶⁰. Plus spécifiquement, le ciblage communautaire lors des interactions avec le domaine religieux découle d'une tradition historique des rapports entre l'État et la religion catholique, pour la simple et bonne raison que cette dernière s'imposa continuellement comme une communauté autonome, un ordre juridique à part, qui concurrença l'autorité publique²²⁶¹. Cette manière de faire a perduré jusqu'à nos jours. En outre, le fait que le régime des cultes français soit aujourd'hui principalement un « droit des organisations cultuelles » ou « des relations entre institutions »²²⁶² est un héritage d'une modalité de réglementation qui a parcouru des siècles. Il manifeste justement la reproduction d'une forme de relation « cesaro-papiste »²²⁶³, initialement entretenue avec – quasiment – la seule religion catholique, dans les interactions globales avec toutes les religions actuelles. Plus qu'une influence sur les conditions d'application, par exemple en matière d'association cultuelle, la religion catholique a indirectement influé sur la façon même de saisir le fait religieux. Nous pouvons raisonnablement voir dans ces relations historiques les origines d'une conception objective de la gestion des cultes, qui acte alors la place privilégiée de certaines communautés, et généralement anciennes. Que ce soit pour le modèle des associations cultuelles ou des congrégations qui excluent certains groupes, seules

²²⁵⁸ C. LANGLOIS, « Religion, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *Revue française de sociologie*, n° 30-3-4, 1989, p. 471-496.

²²⁵⁹ M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87. Les mots de Marceau Long résonnent particulièrement : « [L]iberté religieuse, et laïcité, se sont construites chez nous en miroir avec le catholicisme – religion dominante – et avec la chrétienté » (M. LONG, « Liberté religieuse et liberté de conscience », *Rev. adm.*, n° spécial 2, 1999, p. 79-83).

²²⁶⁰ J.-M. WOEHRLING, « Définition juridique de la religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 53.

²²⁶¹ À l'évidence, la forme hybride de l'Église, entraînant un rapport pour partie international, du fait de son lien avec le Saint-Siège, n'y est probablement pas pour rien.

²²⁶² F. CURTIT et A. FORNEROD, « Manifestations de la soft law en droit français des religions », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 45, n° 2, 2016, p. 111-126.

²²⁶³ Ce sont les mots de Bruno Étienne : « l'on peut soutenir que l'État régule les différents groupes religieux à partir de conceptions césaro-papistes qui n'ont jamais clairement disparu dans la société française même la plus sécularisée » (B. ÉTIENNE, « L'islam minoritaire en France : problèmes culturels et cultuels » in P. GUILLAUME, R. PELLETIER, J.-M. LACROIX et J. ZYLBERBERG (dir.), *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986, p. 142).

des communautés acceptées et majoritaires représentent la norme, à la fois sociale mais également juridique.

804. Une fois le postulat d'un mode de régulation des cultes, reposant avant tout sur les groupes, accepté, nous constatons à la suite que cette approche objective des cultes s'inspire indéniablement du modèle structurel catholique. Elle privilégie l'appartenance à une communauté établie et majoritaire, l'organisation structurelle et hiérarchique de la religion avec des autorités distinctement identifiables. En résumé, le mode historique de relation entre l'État et l'Église catholique s'est étendu à la gestion générale des cultes et a ainsi véhiculé une conception objective des cultes. Ensuite, cette saisie des religions a pris pour modèle d'organisation l'Église catholique. Ce n'est pourtant pas tout.

805. Concomitamment, et enfin, nous pouvons suggérer que la catégorisation juridique du régime des cultes s'est mêlée à l'aspect communautaire du modèle catholique, d'une part, en en reprenant les règles, certaines exigences et aspects, d'autre part, en fixant une nouvelle fois le regard sur une approche objective, centrée sur l'existence d'une communauté. Partant, les modalités de catégorisations comme le fond des catégories révèlent l'influence d'une communauté spécifique et des modalités relationnelles de l'État avec celle-ci. C'est parce que l'État appréhende le religieux par le modèle communautaire catholique qu'il fonde les catégories juridiques sur ce modèle. L'État français a toujours approché la religion majoritaire sous l'angle communautaire, si bien qu'elle approcha toute religion de la sorte. En d'autres termes, l'approche objective appuie le manque de neutralité de la catégorie générale, comme l'illustrent les régimes d'aumôneries ou, plus parlant encore, des congrégations.

806. Nous disions, avec Jean Dabin, que le « type commun » concerné par les catégories n'est souvent qu'un « type particulier pris pour le type commun »²²⁶⁴ ; en l'occurrence, le « type commun » est souvent un « groupe commun » et le « type particulier » une « communauté [religieuse] particulière ». Ce ne sont ici que des éléments que nous avons observés, mais ils prennent d'autant plus de sens qu'ils sont liés à une reconnaissance, plus ou moins dissimulée, des groupements en droit, et pratiquée de longue date. En définitive, nous pouvons supposer que c'est précisément parce que la communauté religieuse majoritaire a été prise en compte, par son modèle même groupal, que la norme se voit imputer sa fausse neutralité et son inspiration, en vérité, de la sphère privée. Par conséquent, il est permis de considérer que c'est la préférence pour l'approche objective de la religion, alors inspirée du modèle catholique, qui explique que les catégories juridiques reflètent plus aisément ce référentiel et manquent de davantage de neutralité. C'est à ce titre que peuvent perdurer des discriminations indirectes à l'endroit de croyants individuels, non organisés en communautés, ou non structurés hiérarchiquement. Dès lors, l'approche communautaire historiquement et constamment pratiquée en France participe des limites sur la généralité des normes applicables aux cultes. En

²²⁶⁴ J. DABIN, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5^e partie, 1938, p. 75.

plus de contredire la logique individualiste de l'égalité universaliste, elle accroît les limites de la généralité comme modalité de concrétisation de celle-ci.

Conclusion du chapitre

807. Le fait religieux met une nouvelle fois en difficulté l'égalité universaliste par l'atteinte portée à l'égalité individualiste. Cette fois-ci, le problème va au-delà des limites de la concrétisation de l'idéal universaliste à travers la généralité. Au sein de ces développements, c'est la généralité même qui montre son insuffisance à permettre l'égalité universaliste à travers les catégories juridiques applicables dans le régime des cultes français.

808. Tout part du constat selon lequel le fait religieux comprend une dimension très fortement et fréquemment communautaire. Malgré le danger que représente cette approche pour une égalité universaliste qui est tout autant individualiste, la communauté est indéniablement prise en compte en droit français pour saisir le fait religieux. Plus encore, la dimension communautaire est même traditionnellement privilégiée en France pour appréhender, même juridiquement, le religieux. S'il n'y a pas toujours une reconnaissance tout à fait explicite des groupes, la tendance générale à appréhender le religieux majoritairement sous l'angle communautaire contredit le postulat individualiste. Ainsi, les modalités historiques du régime des cultes français contredisent, en dépit de l'égalité générale, l'idéal universaliste français.

809. Ce constat rejoint intrinsèquement celui de l'impossible neutralité des catégories juridiques. L'imprégnation historique des communautés religieuses et de leur saisie juridique comme telles traverse les catégories du régime des cultes. Nécessairement, la liberté de religion n'y est pas pour rien en ce qu'elle sous-entend la protection du pan communautaire de la pratique religieuse et, concrètement, pousse à la reconnaissance de celui-ci. Toutefois, l'égalité, à son tour, n'empêche pas cette prise en compte des communautés : la généralité de la règle peut la comprendre implicitement et l'égalité réelle, de son côté, en postulant par moments une extension du régime, accroît les risques de reconnaissance. Finalement, en France, liberté, mais également égalité, portent dans leur application et traduction effective « la trace de l'histoire qui a conduit à leur institutionnalisation et au travers de laquelle les interprétations et les priorités de certains groupes sociaux, culturels ou religieux ont prévalu »²²⁶⁵.

810. Le fait religieux entre alors une nouvelle fois en tension avec l'égalité universaliste, par ce qu'il implique de communautaire certes, mais aussi, cette fois-ci, par les modalités privilégiées de sa saisie en droit français.

811. Au-delà, ces développements offrent quelques réflexions supplémentaires. Jean Baubérot fait une analogie entre le développement de l'individualisme et du catholicisme lorsqu'il s'interroge sur les raisons des inégalités qui pullulent par l'application de la loi de

²²⁶⁵ S. GUERARD DE LATOUR, « Justice et multiculturalisme libéral. Ambiguïté et écueil du modèle de la tolérance religieuse », *Éthique, politique et religions*, n° 11, 2017/2, p. 35-51.

1905. Pour lui, l'une des raisons relève du fait « qu'il existe, et dans le républicanisme et dans le catholicisme, une allergie historique à ce qui met en cause une conception uniformisante de l'unité. On n'aime ni la dissidence ni l'hérésie et la diversité est rapidement considérée avec suspicion, souvent qualifiée de division »²²⁶⁶. L'individualisme universaliste s'est formé conjointement à l'uniformité catholique, précisément, car ce premier avait insidieusement été rompu au profit de cette religion. Tout s'est passé comme si l'inclusion des anciennes religions s'était opérée conformément au modèle universaliste et individualiste et comme si ce modèle était à présent respecté en rejetant la reconnaissance des autres groupes. Or, rajoute Jean Baubérot, « aujourd'hui, on confond facilement pluralisme et communautarisme ; on ne sait pas construire une diversité qui ne soit pas communautariste et l'on élabore, en fait, des politiques mi-uniformisantes mi-communautaristes (par défaut) »²²⁶⁷.

812. En écho à cette remarque, il n'est pas anodin qu'à la fin de sa thèse, Elsa Forey, qui a prouvé, le long de ses développements, une reconnaissance indéniable des groupes religieux et consacré ses conclusions à souligner cette dimension en France dans le cadre de la liberté de religion, mette en avant les problématiques que cela pose au regard des craintes de communautarisme ou de « collectivisation » des revendications religieuses²²⁶⁸. Le plus grand paradoxe souligné en filigrane par ces auteurs est que cette crainte du communautarisme ou de la collectivisation des revendications est aujourd'hui principalement exprimée à l'encontre de l'islam, alors qu'il est indéniable que les multiples brèches formées dans l'idéal individualiste ont principalement concerné le long du XX^e siècle l'Église catholique. Pourtant, l'on mit du temps à intervenir en faveur de l'islam par peur du communautarisme, alors que le régime français des cultes exige en l'occurrence une mise en avant de la dimension communautaire du religieux. Bien entendu, le communautarisme diffère selon les époques : les revendications identitaires d'aujourd'hui ne recoupent pas nécessairement les demandes formulées il y a un siècle. Pour autant, il est important de comprendre que la reconnaissance des groupes religieux n'est pas neuve, qu'elle irrigue le régime et la gestion français des cultes, pourtant imprégnés de l'égalité générale.

813. Il faut prendre conscience de cela pour percevoir qu'en définitive, la communauté mise en avant, ce sont tous les individus sans communautés d'appartenances qui sont évincés. Parmi eux, se trouvent, certes ceux qui arborent des convictions religieuses plus individualisées, mais il y a aussi ceux qui portent finalement des convictions non religieuses. La situation de ces derniers, ici désavantageuse, n'a pas fait l'objet d'étude jusqu'à présent. Ces quelques mots soulignent l'importance d'étudier leur place au regard de l'égalité.

²²⁶⁶ J. BAUBÉROT, « La loi de 1905 est plus qu'une loi » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique », p. 130.

²²⁶⁷ *Ibid.*

²²⁶⁸ E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, *op. cit.*, p. 372 et s.

CHAPITRE 2. Une prise en compte perpétuellement particularisée de la conviction religieuse

814. L'égalité contient une certaine relativité, en ce que les catégories juridiques peuvent constamment être réinterrogées, comme le faisait Nathalie Ferré qui notifiait que la rupture d'égalité entre contractant « de droit commun » et les salariés n'a jamais été discutée²²⁶⁹. L'autrice relevait à la suite les multiples distinctions qui existent entre travailleurs résultant de multiples conditions d'application²²⁷⁰. Bien que la plupart des différences de catégories soient claires, en l'occurrence comme celles entre contractants de droit commun et contractants salariés, il reste possible et nécessaire d'interroger certaines catégorisations formées, et notamment leur légitimité. La comparaison peut être portée entre un individu inclus dans une catégorie et ceux qui en sont exclus pour révéler l'injustice de l'inclusion ou de l'exclusion de l'un ou de l'autre²²⁷¹. Elle peut aussi concerner des individus d'une même catégorie pour révéler des dissemblances qui rendent leur catégorisation contestable²²⁷². En toute hypothèse, à l'image de l'exemple précité, cela implique nécessairement de décentrer, de « dézoomer », d'élargir la focale portée sur un champ de catégories. Les propos rapportés de Nathalie Ferré en illustrent la démarche²²⁷³. Les comparaisons sont multiples et cette relativité peut impliquer une forme de décentrage et de recul pour comparer ce qui n'est habituellement que trop peu mis côte à côte. L'étude de la prise en compte du fait religieux par le prisme de l'égalité nous a permis d'appliquer un tel raisonnement pour la matière religieuse et de découvrir de nouvelles réflexions, peu abordées en France.

815. Une réflexion de Timothy L. Hall sur le religieux permet d'introduire ces raisonnements. En premier lieu, il constate que l'égalité doit être conçue en termes d'inclusion et d'exclusion des catégories de sujets concernés. Il poursuit qu'en matière religieuse, une catégorie exclusive serait celle qui concernerait une égalité religieuse pour les protestants, par exemple, comparée à une classe de sujet, plus inclusive, touchant toutes les croyances religieuses²²⁷⁴. Le fait est que chaque catégorie se trouve toujours plus exclusive qu'une autre qui l'englobe lorsque nous changeons de focale. Ainsi, une classe plus inclusive encore viserait, non plus les croyances religieuses, mais les convictions dans leur globalité. Le protestantisme est une croyance religieuse spécifique. Lorsque le spectre est élargi, la croyance religieuse est une conviction particulière.

²²⁶⁹ N. FERRE, « Les travailleurs dans le Code civil » in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006, p. 128.

²²⁷⁰ *Ibid.*

²²⁷¹ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 49, 2009/1, p. 213-242.

²²⁷² *Ibid.*

²²⁷³ Entre la catégorie juridique des salariés, de multiples distinctions créent d'autres catégories spécifiques de salariés, mais si l'on « dézoome », on peut prendre la catégorie générale des salariés pour la comparer plus largement, par exemple, à l'employeur, ou, si l'on recule davantage, et selon les termes de comparaison, aux contractants de droit commun.

²²⁷⁴ T. L. HALL, « Religion, Equality, and Difference », *Temple Law Review*, vol. 65, n° 1, 1992, p. 1-90.

816. À l'aune de tous ces éléments, une question s'impose : en élargissant la focale, ne pouvons-nous pas questionner les catégories employées en matière de convictions religieuses ? En somme, n'est-il pas judicieux à présent d'interpeler l'égalité entre les convictions religieuses et les autres convictions ? Mais Olivier Rey nous prévient : « on ne compare jamais, on n'établit jamais aucun ordre entre deux entités radicalement étrangères l'une à l'autre : dès lors, la différence est une distinction qui s'opère à partir d'un fond commun »²²⁷⁵. Le fond commun existe indéniablement puisqu'il s'agit de conscience, d'exercice de la conscience et du for interne. L'interrogation de cette différence de traitement nous semble tout à fait primordiale. Toute différence de situation – qui justifie donc un traitement différent –, et inversement, doit pouvoir être contestée ; c'est l'objet même de ces débats. Plus amplement, c'est l'objet même de l'égalité²²⁷⁶.

817. Conformément à cette nouvelle focale, l'observation de la différence de traitement entre les convictions religieuses et celles non religieuses peut être menée. Le terme « conviction » vise ici à exprimer des consciences individuelles qui ont atteint un certain degré d'importance pour l'individu ou la société. Cette définition de conviction sera débattue autant que celle de croyance religieuse. Le mot « conviction » est alors employé *a priori*, comme permettant au lecteur de concevoir une notion englobant diverses formes de pensées non religieuses, mais qui se rapprochent des croyances religieuses. L'idée première c'est précisément de confronter et comparer des convictions religieuses et non religieuses qui peuvent être proches ou partager des points communs, notamment du point de vue philosophique, puis de celui du droit – abstraction faite, nécessairement, des considérations portant sur le caractère immoral ou susceptible de troubler l'ordre public de ces convictions²²⁷⁷. De toute évidence, cette notion de conviction se construira autant qu'elle sera débattue dans les prochains développements.

818. Les analyses rendues ci-après offrent de nouveaux champs de réflexions trop souvent délaissés, pourtant primordiaux. Il faut dire que ces analyses sont surtout mises en avant par des courants de pensée anglo-saxons qui les abordent fréquemment au sein de réflexions

²²⁷⁵ Il poursuit avec l'exemple suivant : « dire qu'un chêne diffère d'une montagne devient bizarre, car nous percevons mal ce qu'il y a de commun entre un chêne et une montagne, hors la qualité minimale de "chose" » (O. REY, « Que faire des différences ? », *Recherches de Science Religieuse*, t. 101, 2013/3, p. 329-350).

²²⁷⁶ « Au regard de l'idéalité du moment précédent, tout traitement, quel qu'il soit, est un enfermement de l'individu par rapport aux autres égaux (entendus principiellement comme fondamentalement identiques et possiblement différents), par rapport au reste de l'universalité des égaux. Le principe d'égalité permet de questionner un tel "enfermement" dans la mesure où il autorise l'individu à comparer sa situation avec tous les autres individus de l'ordre juridique » (F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *art. préc.*).

²²⁷⁷ Nous pensons par exemple aux « convictions » nazies, qui mêlent d'autres considérations. Elles ne feront pas l'objet de débats spécifiques.

portant sur le différencialisme religieux²²⁷⁸. Il ne sera pas rare d’entrevoir des propos doctrinaux sur le traitement des diverses convictions à travers des éléments ou exemples rapportés au différencialisme. Ce dernier sera l’objet de notre prochaine partie, mais nous n’hésiterons pas à employer les analyses à son propos touchant la place des convictions. Ces réflexions portent sur la place de la conviction religieuse en droit de manière générale ; elles sont tout aussi pertinentes pour traiter du régime des cultes conçu dans la généralité de la norme et interroger l’égalité universaliste.

819. En effet, le régime des cultes est susceptible de présenter encore d’autres contradictions en ce qu’il vise spécifiquement la conviction religieuse. Le fait religieux renvoie incontestablement à l’existence d’une conviction souvent d’une substance et intensité spécifique. Or, aujourd’hui ce traitement de la croyance religieuse par rapport aux autres convictions fait l’objet de discussions qui mettent en avant l’idée que l’égalité universaliste devrait exiger une égalité entre convictions (**SECTION 1**). Dans un modèle qui rejette la différence religieuse, la place de la conviction religieuse en droit doit à l’évidence être interrogée. Pourtant, le régime des cultes français, en dépit de sa généralité, est intrinsèquement sensible à la spécificité de la conviction religieuse et la consacre en traitant cette dernière différemment des autres convictions (**SECTION 2**). C’est ce constat qui montre tout l’intérêt des réflexions autour du traitement spécifique des convictions, avant la question même des différences religieuses dans le droit commun. Plus encore, en découlant de l’existence du régime des cultes, le traitement spécifique des convictions religieuses pousse à examiner l’histoire de France et la place de la religion dans le champ des libertés (**SECTION 3**)²²⁷⁹.

SECTION 1. L’égalité des convictions, une exigence universaliste en péril

820. Dans un contexte socialement multiculturel, il est trop facilement acquis pour les auteurs que la conviction religieuse, par essence, diffère d’autres convictions vues comme

²²⁷⁸ C’est un sujet qui revient fréquemment au Canada, et qui fait l’objet d’une réflexion poussée. Il n’est donc pas étonnant de trouver d’importants articles anglosaxons abordant le sujet, particulièrement nombreux au Canada et aux États-Unis, où la question est brûlante (voir l’article d’Andrew Koppelman où il cite justement en note des références jurisprudentielles ou d’auteurs américains qui vont dans le sens d’une égalité des convictions ou, à l’inverse, qui soutiennent une place particulière pour la religion (« Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *University of Illinois Law Review*, n° 3, 2006, p. 571-603, note 2 pour ceux défendant un traitement spécifique, et la note 3 pour ceux prônant l’égalité des convictions). Voir aussi, par exemple, l’article d’Amandine Barb dans lequel elle décrit qu’aux États-Unis des groupes associatifs d’humanistes et libres-penseurs contestent rigoureusement les accommodements religieux au motif qu’ils favoriseraient les croyants ; ils exigent notamment l’extension de tels accommodements aux convictions séculières (« Une laïcité ouverte aux religions ? Le modèle américain », *Études*, n° 4223, 2016/1, p. 19-34).

²²⁷⁹ Nous de « champ des libertés » par pur souci de clarté pour le lecteur, car il sera question des libertés du for interne (notamment de religion). À travers ce terme, nous faisons référence à la liberté de religion et aux autres libertés de l’esprit en tant que droits de l’homme historiquement, philosophiquement et politiquement consacrés comme découlant de la nature humaine. La dimension générale et surtout historique de notre approche renvoie très certainement davantage à cette notion qu’à celle, plus actuelle, de liberté fondamentale (pour ces distinctions, voir X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2016, coll. « Cours », p. 103 et s.). L’emploi du « champ des libertés » évite tout débat pour se concentrer sur l’objet « religion » dans la garantie, surtout historique, des libertés.

volontaires ou de simples préférences²²⁸⁰. Il existe pourtant des convictions qui, pour ne pas être religieuses, sont réputées intenses et socialement respectées, à l'image du pacifisme. Pour traiter plus généralement de ces autres convictions, nous parlerons de convictions non religieuses ou areligieuses²²⁸¹. Dans ce débat comparatif, ces dernières recoupent la plupart du temps les convictions philosophiques, les nébuleuses semi-religieuses, semi-philosophiques, voire les préférences plus ou moins fortes.

821. Le fait religieux est traversé par une multitude de dimensions. Notamment, il est souvent renvoyé au regroupement communautaire. Cependant, il évoque en tout premier lieu l'existence d'une croyance, d'une foi, d'une conviction forte et particulière, apparemment susceptible de se muer en identité²²⁸². Ainsi, la spécificité du fait religieux s'exprime depuis bien longtemps à travers la spécificité des croyances religieuses qui caractérisent pour partie ce fait. Les croyances religieuses ne sauraient s'identifier à d'autres convictions, ce qui justifierait un traitement particulier (**PARAGRAPHE 1**). À l'opposé, s'imposent de plus en plus des voix qui défendent l'exigence d'une égalité de traitement entre les convictions religieuses et celles areligieuses ; l'égalité universaliste nous semble s'y rattacher (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. Prémices d'une tension : une conviction religieuse « particularisable » et particularisée

822. Le fait religieux se particularise très souvent par les convictions qui le caractérisent. Nombre d'auteurs montrent et affirment que la croyance religieuse est intrinsèquement particulière. Elle se différencierait substantiellement des autres convictions et justifierait un traitement distinct. La place privilégiée de la conviction religieuse s'explique, pour la doctrine de nombreuses façons. Brian Leiter distingue deux conceptions. D'un côté, la religion²²⁸³ a, soit des caractéristiques « qu'ont toutes et seulement les croyances religieuses, soit par nécessité (conceptuelle ou autre), soit par contingence ». De l'autre, elle a des caractéristiques « que d'autres croyances ont ou peuvent avoir, mais qui dans ces autres cas ne justifieraient pas une tolérance par principe »²²⁸⁴. Le philosophe met de côté la deuxième classification, qui lui semble peu plausible. Il semble effectivement que la doctrine recherche de toute façon directement une distinction substantielle dans la croyance religieuse. Une nouvelle fois, le fait religieux aurait

²²⁸⁰ C'est en tout cas l'observation de Sonu Bedi : « most scholars take it for granted that religion is justifiably different from voluntary association or preference ». En note, elle rajoute « this assumption is often made *in* multicultural contexts » (S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion? The Dilemma of the Religious Exemption », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 15, n° 2, p. 235-249).

²²⁸¹ Pour traiter des convictions qui ne s'apparentent pas aux croyances religieuses et qui ne se revendiquent pas comme telles, nous emploierons indifféremment les termes de convictions ou consciences areligieuses (« qui n'appartient à aucune religion » (définition du Larousse, disponible en ligne sur : <https://www.larousse.fr>)), non religieuses. Nous parlerons parfois également d'incroyance (« qui n'a pas de croyance religieuse, de foi » (définition du Larousse, disponible en ligne sur : <https://www.larousse.fr>)) ou d'indifférence religieuse.

²²⁸² Voir Introduction p. 43 et s.

²²⁸³ Nous employons le mot « religion » ici, car c'est souvent le terme utilisé par les auteurs dans leurs écrits auxquels nous faisons référence.

²²⁸⁴ B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ? Une investigation philosophique et juridique* (traduit de l'anglais par L. MUSKENS), Genève, éditions markus haller, 2014, p. 60.

pour dimension spécifique l'existence de convictions distinctes des autres. Quelles sont ces caractéristiques propres à cette conviction dans ce cas ?

823. Le sens commun reviendrait à seulement penser que l'on protège la religion, car elle est importante, d'une forte valeur morale, précieuse²²⁸⁵. En outre, l'importance de la religion ressort dans le développement et l'épanouissement de la société. Ainsi, les religions peuvent fort bien apparaître comme un vecteur d'actions louables et courageuses, comme en témoigne l'histoire – elles peuvent être de véritables « joyaux moraux » qui poussent aux actions positives²²⁸⁶. Du point de vue de l'État, la religion devrait être favorisée par son apport éthique, ses exigences morales et sa vertu à améliorer l'homme²²⁸⁷. En définitive, elle est porteuse d'une véritable utilité sociale²²⁸⁸.

824. Dans le même sens, c'est la promotion de la diversité que permettent les traitements spécifiques du religieux : « nous sommes mieux dans un monde où on a la possibilité de porter un turban pendant la conduite d'une moto plutôt qu'un monde où une telle option n'est pas possible »²²⁸⁹. Ou encore un besoin de justice : « la majorité établit des lois qui lui correspondent, et les croyants minoritaires rencontrent souvent des contraintes spéciales et inégales qui en résultent »²²⁹⁰. L'égal respect exigerait également que les convictions et pratiques particulières soient respectées et prises en compte. Et d'ailleurs, d'un point de vue plus pragmatique, il a pu être soutenu qu'accorder aux croyances et pratiques athées une protection égale à celles religieuses reviendrait à octroyer aux athées une protection bien supérieure à celle des croyants, dans la mesure où tout peut être vu comme une atteinte à leur « athéisme »²²⁹¹. Dans cette continuité, il peut être défendu qu'il n'y a en vérité pas souvent de demandes convictionnelles séculières analogues à celles religieuses. Autrement dit, avec Christopher C. Lund, l'injustice n'est qu'en grande partie hypothétique : les objecteurs de convictions areligieuses ne sont pas dévalués par les exemptions religieuses, hormis lorsqu'il y a des demandes comparables²²⁹². À notre sens, les remarques de l'auteur omettent le principal fondement de la remise en question du traitement spécifique appliqué au religieux : l'égalité. S'il en fait référence indirectement, nous pouvons tout au plus rappeler la relativité du principe ; il est possible de comparer une quantité innombrable de situations et force est de constater, comme nous le ferons plus avant, que le traitement de la conviction religieuse apparaît

²²⁸⁵ J. H. GARVEY, « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 7, 1996, p. 275-291.

²²⁸⁶ Face au nazisme ou à l'apartheid (B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ?...*, *op. cit.*, p. 97). Le terme « joyaux moraux » est employé par le même auteur (*ibid.*, p. 127).

²²⁸⁷ J.-M. WOEHLING, « Définition juridique de la religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 54.

²²⁸⁸ Une telle argumentation s'accompagne néanmoins d'une vision plus pessimiste qui met en lumière les violences impulsées par certaines interprétations de prescriptions religieuses. La mesure du bien ou du mal véhiculée par le religieux est toute relative et elle ne permet substantiellement pas de distinguer de toutes les conceptions morales, qui ne sont pas religieuses mais qui agissent au nom du bien commun.

²²⁸⁹ S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.*

²²⁹⁰ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New-York, Basic Books, 2008, p. 164 (nous traduisons).

²²⁹¹ T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « Religion in human rights law: A normative restatement », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, n° 1, 2020, p. 111-129.

²²⁹² C. C. LUND, « Religion Is Special Enough », *Virginia Law Review*, vol. 103, n° 3, 2017, p. 481-523.

constamment particulière, précisément car ce traitement n'est comparativement jamais identique à celui appliqué aux activités et convictions plus générales.

825. Un argument plus partagé revient à défendre que la conviction appelle un système compréhensif de croyances qui dicte de multiples composantes de la vie du croyant²²⁹³. Ce point de vue, qualifié par des auteurs d'« épanouissement inaltéré », saisit l'essence normative des motivations avancées par les croyants les plus fervents²²⁹⁴. Normativité dont serait dénuée une conviction quelconque, qui n'apparaîtrait pas aussi prescriptive, ce qui justifierait une exemption particulière pour celles de nature religieuse. Parekh défend également l'aspect éthique et normatif des pratiques religieuses, dont les communautés façonnent les individus et leurs valeurs²²⁹⁵. Ainsi, la décision de porter un turban est motivée par des considérations morales et éthiques spécifiques qui manquent à une décision quelconque de porter un chapeau²²⁹⁶. Dans la doctrine française, l'argument apparaît par la plume de Jean-Marie Woehrling, pour qui la religion touche « des éléments jugés essentiels par les personnes concernées en tant qu'ils mettent en cause leur être même »²²⁹⁷. En outre, poursuit-il, la conviction religieuse « comporte des prescriptions et des obligations qui sont souvent plus exigeantes que les convictions ordinaires » et qui sont sources de tensions pour les individus, et « de difficultés pour leur vie sociale ». En ce sens, conclut-il, « une protection spécifique de la conviction religieuse paraît justifiée »²²⁹⁸. Transparaît une lecture identitaire de cette dernière.

826. Ce n'est pas moins le point de vue développé par le juriste John H. Garvey. Pour lui, si l'idée d'autonomie, défendue par certains²²⁹⁹, ne suffit pas à distinguer le traitement des

²²⁹³ C. C. LUND, « Religion Is Special Enough », *art. préc.*

²²⁹⁴ C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, « The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct », *The University of Chicago Law Review*, n° 61, 1994, p. 1245-1315. Le terme d'épanouissement inaltéré est traduit de cet article par nos soins (« unimpaired flourishing »).

²²⁹⁵ B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Basingstoke, Macmillan, 2000, p. 161-162 cité dans S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion? The Dilemma of the Religious Exemption », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 15, n° 2, 2007, p. 235-249.

²²⁹⁶ S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.*

²²⁹⁷ J.-M. WOEHRLING, « Définition juridique de la religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *Traité français des religions*, *op. cit.*, p. 42.

²²⁹⁸ *Ibid.* Plus loin dans l'ouvrage Jean-Marie Woehrling semble nuancer ces propos en déclarant que « rien ne justifie de distinguer les croyances religieuses traditionnelles (comportant une idée de divinité ou du moins de transcendance) et les croyances non religieuses lorsqu'elles occupent, pour ceux qui les professent, une place aussi importante dans la conception de la vie que les croyances religieuses et présentent pour eux également un caractère contraignant » (J.-M. WOEHRLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in *ibid.*, p. 61).

²²⁹⁹ Pour Khaitan et Calderwood Norton, la notion d'autonomie distingue bien la conviction religieuse d'autres engagements et n'exclut pas, par elle-même, l'idée que des croyances ne relèvent pas véritablement d'un choix. Autrement dit, pour ces auteurs, faire reposer la protection spécifique du religieux sur la notion d'autonomie ne rentre pas en contradiction avec l'absence de choix qui caractériserait la conviction religieuse. Leur approche de l'autonomie cherche seulement à protéger la capacité morale de l'individu à prendre ses propres décisions concernant l'appartenance – ou non appartenance – religieuse, peu importe qu'il la ressente comme choisie ou non (T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17, n° 4, p. 1125-1145).

différentes convictions²³⁰⁰, pas plus que l'argument des conflits politiques²³⁰¹, la notion de religion semble se distinguer par l'existence d'actes rituels qui exigent forcément une croyance religieuse, en amont, non contrainte²³⁰² ou par la recherche constante et progressive de la vérité divine, donc du rapprochement de dieu²³⁰³. Nussbaum conteste le critère de la relation spécifique établie entre l'individu et Dieu, compte tenu du simple fait que certaines religions, à l'instar du bouddhisme ou taoïsme, ne remplissent pas ce critère²³⁰⁴. Cependant, Garvey va plus loin et distingue la religion par l'existence d'obligations morales spéciales qui obligent le croyant²³⁰⁵. Une violation du code moral prévu peut être ressenti par lui comme une sorte de préjudice personnel et aux conséquences transcendantes personnelles²³⁰⁶. Ce renvoi à un préjudice ou une souffrance particulière que subirait le croyant causé par l'État est partagé par bien d'autres auteurs²³⁰⁷. Par conséquent, l'État ne devrait en aucun cas forcer les individus à violer les devoirs moraux imposés par la croyance religieuse. Ce raisonnement va de pair avec le fait que les croyants peuvent ne pas se voir comme ayant choisi leurs engagements religieux²³⁰⁸ ; il rattache la croyance religieuse à l'idée de circonstance qui pèse sur l'individu lorsqu'il est confronté à une règle de droit qui contrevient à sa règle religieuse. Bien que l'incroyant puisse également être blessé par une règle allant à l'encontre de sa conviction areligieuse, John H. Garvey soutient que du point de vue religieux, le préjudice n'est pas comparable, car bien supérieur pour le croyant religieux, ce qui justifie de restreindre ce type de liberté seulement aux revendications religieuses²³⁰⁹. C'est, pour l'auteur, le critère qui distingue le plus une protection spécifiquement prévue pour la croyance religieuse. Pour Martha Nussbaum le défaut du critère de la force de l'engagement religieux tient tant de sa « sur-inclusivité » – pouvant concerner des relations d'individus avec leur famille, par exemple – que dans de sa « sous-inclusivité » – en excluant des croyances religieuses plus basées sur le rite que sur la conviction forte²³¹⁰. Garvey le lie toutefois à un dernier élément tenant à l'erreur qu'il

²³⁰⁰ D'abord, car l'autonomie est tant celle d'adhérer à la religion que celle de la rejeter, ensuite car le choix religieux ne se distingue pas, dans cet argumentaire, d'autres choix séculiers. Surtout, parce que la religion peut ne pas être vue comme un simple choix et, dès lors, ne pas être prompte à se ranger dans le cadre de la notion d'autonomie (J. H. GARVEY, « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *art. préc.*).

²³⁰¹ Cet argument repose sur l'idée selon laquelle un déni de liberté de religion cause un conflit qui aggrave la situation de manière générale pour tous (comme le montre l'histoire). Mais pour John H. Garvey cet argument ne protège pas les trop petits groupes (types « sectaires ») ou ceux qui ne veulent pas se défendre. Surtout, il ne dit rien sur les raisons poussant à préférer la liberté plutôt qu'un autre moyen pour obtenir la paix (*ibid.*).

²³⁰² Il n'est pas judicieux pour un gouvernement de forcer un individu à pratiquer un rituel dans lequel il ne croit pas (*ibid.*).

²³⁰³ Pour les croyants, la liberté d'acquérir et de répandre leur connaissance religieuse les mène à découverte progressive de la vérité (*ibid.*). Cet argument (de la révélation progressive) et celui de la croyance nécessaire (antérieure à l'acte rituel) constituent des prémisses à la religion et justifient donc pour les religieux la liberté.

²³⁰⁴ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience...*, *op. cit.*, p. 167.

²³⁰⁵ J. H. GARVEY, « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *art. préc.*

²³⁰⁶ Le croyant peut se sentir puni et obligé d'un devoir de repentance, tous deux au niveau transcendantal (*ibid.*).

²³⁰⁷ On retrouve cette considération dans l'article de Douglas Laycock « Religious Liberty as Liberty », *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 313-356.

²³⁰⁸ Ce « principe hédoniste » a déjà été développé dans un article antérieur par cet auteur : J. H. GARVEY, « Free Exercise and the Values of Religious Liberty », *Connecticut Law Review*, vol 18, 1986, p. 779-802.

²³⁰⁹ Préjudice plus sérieux, qui dépasse l'aspect matériel (« loss of heavenly comforts, not domestic ones »), et qui dure davantage, car éternel et non temporaire (J. H. GARVEY, « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *art. préc.*).

²³¹⁰ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience...*, *op. cit.*, p. 167.

y a à forcer un croyant religieux à violer son devoir, car l'importante valeur qu'il donne à son devoir est protégée par la liberté de religion²³¹¹. Dans un article de 1986, l'auteur admet en partie que les éléments précités ne permettent pas toujours de différencier les convictions. Pour les appuyer, il va alors plus loin en dégagant deux aspects propres à la croyance religieuse : d'une part, l'aspect cognitif, qui renvoie au défaut de raison pratique, d'autre part, l'aspect volitionnel, qui concerne l'habilité à conformer sa conduite aux normes que l'on sait contraignantes²³¹². Le premier revient à appréhender les événements naturels d'une façon totalement étrangère à celle adoptée par le reste de la société, par le biais d'une expérience purement transcendante. La seconde renvoie à l'abandon possible par le croyant de sa propre volonté pour poursuivre sa voie transcendantale. Pour Garvey, ces deux éléments visent « à déterminer si une personne est capable de faire un choix significatif pour se conformer à la loi »²³¹³. Cela étant, en ce qui concerne particulièrement le religieux, il semble pour l'auteur que les deux éléments exposés puissent apparaître si incommensurables pour le croyant qu'il n'est plus question de choix : « nous protégeons alors leur liberté parce qu'ils ne sont pas libres »²³¹⁴.

827. Suivant ce postulat reposant sur la contrainte, Andrew Koppelman déclarait que si l'État traitait les conceptions du bien fortes avec un égal respect, il devrait justement remarquer que la religion n'est réductible à aucune autre conception du bien²³¹⁵. Selon ce dernier, « puisqu'aucune règle légale ne peut protéger toutes les préoccupations profondes, des règles plus spécifiques sont nécessaires »²³¹⁶, et celui-ci de conclure que « l'accommodation de la religion est l'une d'entre elles »²³¹⁷. Dans un autre écrit, Koppelman assume sans détour que le traitement spécifique du religieux est approprié, « précisément car la religion ne correspond à aucune catégorie précise de pensée ou de conduite moralement saillante »²³¹⁸. Il suggère avant tout que la religion peut être privilégiée en raison du bien spécifique qu'elle promeut²³¹⁹. À l'inverse, l'auteur invalide les autres éventuelles catégories, notamment celle de « conscience », qui excluraient certaines demandes pourtant reconnues comme valables et certaines revendications religieuses qui sont unanimement reconnues comme non consciencieuses²³²⁰. Il

²³¹¹ J. H. GARVEY, « Free Exercise and the Values of Religious Liberty », *art. préc.* ; « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *art. préc.* Dans l'article de 1986, l'auteur rajoute également ce qu'il appelle l'évitement de la désobéissance civile qui résulterait de l'interdiction de la fabrication et vente de certains produits. Dans ce cadre, Garvey établit que quand la loi s'adresse à des demandeurs religieux, elle vise des personnes ayant une compréhension différente de la réalité des autres ; « ce n'est ni le cas avec des prostituées, ni le cas avec des fumeurs de marijuana ». Face au difficile apport de preuve pour appuyer son argumentaire, l'auteur conclut que le sens commun et l'histoire vont en faveur de sa proposition.

²³¹² J. H. GARVEY, « Free Exercise and the Values of Religious Liberty », *art. préc.*

²³¹³ *Ibid.*

²³¹⁴ *Ibid.*

²³¹⁵ A. KOPPELMAN, « Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *University of Illinois Law Review*, n° 3, 2006, p. 571-603.

²³¹⁶ Andrew Koppelman consacre entièrement son article à l'étude, puis à la critique, des conceptions qui établissent des méthodologies pour distinguer certaines convictions sans se fonder sur leur nature ou valeur (*ibid.*).

²³¹⁷ *Ibid.*

²³¹⁸ A. KOPPELMAN, « Nonexistent & Irreplaceable. Keep the Religion in Religious Freedom », *Commonweal*, vol. 142, n° 7, mars 2015.

²³¹⁹ *Ibid.*

²³²⁰ N'ayant pas une force morale sur la conscience trop importante (*ibid.*).

dénonce un accent excessivement mis sur le devoir quand de nombreuses personnes s'engagent dans la pratique religieuse pour bien d'autres motifs (par exemple la coutume ou la culpabilité)²³²¹. Koppelman critique également l'idée des engagements profonds que défendent notamment Eisgruber et Sager, en ce qu'elle reste trop vague, y compris pour les individus concernés²³²². En vérité, comme beaucoup d'auteurs qui se rangent aux côtés de Koppelman, il n'apparaît pas d'autres catégories ou critères plus clairs et inclusifs que ceux renvoyant plus clairement à la religion. Plus précisément, le risque de ces catégories est justement d'exclure des croyances religieuses pourtant peu contestables. Pour l'auteur précité, la notion de « religion » constitue un substitut, certes vague, mais qui permet d'inclure une certaine quantité d'individus aux engagements qui se rapprochent le plus de ce que l'on entend par la conviction religieuse²³²³. S'appuyant sur l'argument statistique, non moins intéressant, selon lequel la question de la caractérisation de ce qui est religieux n'a été que peu posée aux États-Unis, l'auteur conclut avec simplicité que l'on sait ce qu'est une religion lorsque l'on en voit une²³²⁴.

828. Ce rejet de l'emploi de telles catégories ressort des propos de Christopher C. Lund pour lequel la spécificité de la religion doit pouvoir être défendue suivant un raisonnement neutre et séculier²³²⁵. En ces termes, il déconstruit l'argument tendant à employer une catégorie plus globale et plus neutre. Il réfute strictement l'idée que la religion et les autres consciences morales soient imbriquées ; la religion s'imbrique qu'en partie avec la conscience mais reste une sphère distincte²³²⁶. D'autres auteurs partagent également cette idée selon laquelle la religion est à la fois plus étroite, à la fois plus large, que la conscience²³²⁷. En résumé, s'il peut être contesté que la religion n'est pas uniquement spéciale pour justifier un sort spécial, elle l'est suffisamment conclut Lund²³²⁸.

829. Cette combinaison de critères caractérisant le religieux rejoint celle d'un fervent connu du privilège religieux, l'ancien juge américain Michael W. McConnell, qui considère la liberté de religion comme absolument primordiale et la « première liberté » dans un État libéral²³²⁹. Pour lui, la religion est plus qu'une simple conviction, car elle combine pléthore de phénomènes : « elle joue une large variété de rôles dans la vie humaine : elle est une institution, mais elle est plus que cela ; elle est une idéologie ou une vision du monde, mais elle est plus que cela ; elle est un ensemble de formes de loyauté personnelles et de lieu de communauté, mais elle est plus que cela ; elle fournit des réponses à des questions de la réalité ultime, et offre

²³²¹ *Ibid.*

²³²² Puisque « nous sommes trop opaques les uns pour les autres, nos profondeurs trop personnelles et idiosyncratiques, pour que nous discernions quels engagements et passions des autres méritent réellement un certain respect » (*ibid.*).

²³²³ *Ibid.*

²³²⁴ *Ibid.*

²³²⁵ C. C. LUND, « Religion Is Special Enough », *art. préc.*

²³²⁶ *Ibid.*

²³²⁷ T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination... », *art. préc.*

²³²⁸ C. C. LUND, « Religion Is Special Enough », *art. préc.*

²³²⁹ M. W. MCCONNELL, « Accommodation of Religion », *Supreme Court Review*, vol. 1985, 1985, p. 1-59. Voir également, en réponse aux critiques de cet article : « Accommodation of Religion: And Update and a Response to the Critics », *The George Washington Law Review*, vol. 60, n° 3, 1991, p. 685-742

un lien avec le transcendant ; mais elle est plus que cela »²³³⁰. Fort de constat, l'auteur en déduit que « la religion ne peut être réduite à une sous-catégorie d'un ensemble plus large. [...] aucun autre phénomène humain combine tous ces aspects ; s'il existait un tel concept, il serait probablement vu comme une religion »²³³¹. L'auteur synthétise ces éléments lorsqu'il conteste l'approche de Brian Leiter visant à établir des critères propres aux religions²³³² : « ce qui rend la religion distincte est son unique combinaison des caractéristiques, ainsi que la place qu'elle occupe dans la vie réelle et l'histoire humaines »²³³³.

830. S'éloignant de ces conceptions substantielles, et reprenant l'approche d'un autre auteur, Nussbaum défend une protection de la faculté avec laquelle les individus recherchent le sens fondamental de la vie, et non le but même de cette recherche²³³⁴. Ainsi, cette faculté s'observe par ce qu'elle fait, mais également par le sujet concerné (l'ultime sens de la vie). En ciblant la faculté et non le but, l'on évite, soutient l'autrice, de préjuger des questions de sens et nous laissons un espace de liberté requis pour toute activité ayant pour forme générale la recherche fondamentale du sens suprême de la vie²³³⁵. Le résultat escompté par l'autrice est particulièrement intéressant puisqu'il évite toute considération sur la valeur et le contenu des activités ou croyances que les facultés permettent. En définitive, cette théorie correspond le plus selon Nussbaum à l'idée selon laquelle la religion a quelque chose de spécial. Pour autant, l'approche exige pour l'autrice d'étendre la catégorie « religion », incluant alors les religions non théistes et les recherches idiosyncratiques et hautement individuelles²³³⁶. Précisément, sa conception de la religion devrait, en plus, davantage inclure les convictions d'individus qui n'appartiennent pas à un groupe religieux spécifique en se souciant particulièrement des convictions purement individuelles, même si la preuve de leur engagement de conscience se montre plus difficile à apprécier et prouver²³³⁷. Pour autant, Nussbaum ne manque pas d'ambiguïté. Elle consacre d'importants propos sur l'exigence d'égalité qui sous-entend, à plusieurs reprises, un traitement égal des consciences individuelles. De l'autre, l'autrice arbore une méthodologie qui semble étendre les accommodements aux autres convictions. Entre ces deux, Nussbaum défend en tout premier lieu la nécessité des accommodements précisément pour les convictions religieuses. Elle en fait la règle première, sans rechercher un moyen plus approprié à l'égard du traitement des autres convictions²³³⁸.

²³³⁰ M. W. MCCONNELL, « The Problem of Singling out Religion », *DePaul Law Review*, vol. 50, n° 1, 2000, p. 1-48 (nous traduisons).

²³³¹ *Ibid.* (nous traduisons).

²³³² Approche que nous étudierons dans la partie consacrée à la défense de l'égalité entre convictions.

²³³³ M. W. MCCONNELL, « Why Protect Religious Freedom? », *The Yale Law Journal*, vol. 123, n° 3, 2013, p. 710-810 (nous traduisons). À cela, il ajoute que les divers engagements non-religieux ne sont eux-mêmes pas traités à égalité entre eux, ce qui rend d'autant plus illogique l'idée qu'ils soient égaux avec les convictions religieuses (*ibid.*).

²³³⁴ . NUSSBAUM, *Liberty of Conscience...*, *op. cit.*, p. 169.

²³³⁵ *Ibid.*

²³³⁶ *Ibid.*, p. 170.

²³³⁷ *Ibid.*, p. 170 et 174.

²³³⁸ A. S. GREENE, « Three Theories of Religious Equality...and of Exemptions », *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 963-1007.

831. D'autres approches visent les raisons historiques et les intentions. McConnell arbore aussi une approche historique et téléologique de la place de la religion, notamment du point de vue constitutionnel aux États-Unis²³³⁹. Thomas C. Berg semble également accorder une place particulière à l'histoire américaine, plus spécifiquement à l'intention des pères fondateurs²³⁴⁰. Douglas Laycock les rejoint dans cette approche, mais il recherche des raisons globales à cette volonté de faire primer la religion²³⁴¹. Cette protection spécifique découle pour partie de données historiques incontestables : les persécutions religieuses visant à supprimer les divergences religieuses causèrent d'innombrables souffrances qui exigèrent un régime permettant aux individus portés par différentes convictions de cohabiter. C'est un argument récurrent de la défense de la religion. Martha Nussbaum admet à plusieurs reprises que des considérations historiques expliquent la place spécifique du religieux, mais elle nuance toutefois l'argument des persécutions historiques car, historiquement, elle soutient que l'on ne peut nier que les athéistes et non-croyants ont également connu des souffrances au moins similaires²³⁴².

832. Laycock ne se contente toutefois pas de ce critère. Il ajoute que l'importance de la croyance religieuse est telle pour l'individu que les tentatives d'uniformisation religieuse pratiquées par les États furent un échec cuisant. Enfin, les croyances au cœur de la religion sont de peu d'importance pour un État et l'échec de ladite uniformisation n'a en aucun cas entraîné un échec de l'État lui-même. Autrement dit, l'intérêt porté par le gouvernement en matière religieuse sera toujours bien inférieur à celui porté par un individu (lien avec la deuxième justification de l'auteur ci-dessus) et celui-ci ne pourra en aucun cas imposer certaines croyances religieuses qu'il souhaite dans tous les cas (lien avec la première justification de l'auteur ci-dessus). L'État ne doit alors supporter aucune religion particulière. Ces constats ne préjugent en rien de la valeur ou de la véracité d'une quelconque croyance religieuse, mais suffisent, pour l'auteur, à justifier la place spécifique de la liberté de religion : « les intellectuels laïques sceptiques à propos de la liberté de religion peuvent arguer que d'autres engagements personnels forts auraient autant dû être protégés. Mais ils ne l'étaient pas, pour la simple et bonne raison que les autres engagements personnels forts n'ont pas produit la même histoire.

²³³⁹ Il a dédié une importante étude à cela dans son article M. W. MCCONNELL, « The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion », *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 7, 1990, p. 1410-1517. Voir également M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New-York, Basic Book, 2008. Il dégage la volonté claire des constituants américains de distinguer la religion de la conscience. De ce fait, l'interprétation du libre exercice pourvu par le Premier Amendement ne peut être interprété comme l'« equal regard » que défendent Eisgruber et Sager (voir *infra*), puisque la décision a été prise par les Fondateurs de distinguer conscience séculières et convictions religieuses (W. MCCONNELL, « The Problem of Singling out Religion », *art. préc.*).

²³⁴⁰ T. C. BERG, « Religious Freedom and Nondiscrimination », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 50, n° 1, p. 181-210.

²³⁴¹ D. LAYCOCK, « Religious Liberty as Liberty », *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 313-356. Une conception qui s'appuie sur l'origine des textes et la volonté de leurs fondateurs est dite « originalistes » ; si ses tenants considèrent que les constituants ont volontairement différencié la conviction religieuse dans les textes, certains en approuvent aujourd'hui l'approche quand d'autres la contestent toutefois (voir pour une synthèse de ces éléments : M. SCHWARTZMAN, « What If Religion Is Not Special? », *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n° 4, p. 1352-1426).

²³⁴² M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience...*, *op. cit.*, p. 165-166.

La liberté protégée est celle de religion, et bien que le mot “religion” doive être construit à la lumière du développement continu des croyances religieuses, on ne peut réécrire la Constitution pour dire que la liberté de religion ne devrait pas recevoir une protection spéciale »²³⁴³. Son approche est cependant faite de nuances. S’il octroie une place spécifique à la religion, il conçoit cette catégorie très largement pour plus d’inclusivité²³⁴⁴.

833. Le processus historique est également employé par Parekh, mais dans un autre sens. Il argue que les croyances religieuses n’ont pas une visée d’instrumentalisation, dans le sens où elles n’ont pas pour objet de promouvoir, ou pour effet d’être écartées si elles échouent à promouvoir, un intérêt extérieur et ce critère est lié par l’auteur à celui de la tradition, puisque ces religions ne sont donc pas une création humaine, mais une communauté historique formée d’une mémoire collective de luttes et d’achèvements²³⁴⁵. Cet aspect communautaire n’échappe pas à l’auteur français, Francis Messner, pour qui l’existence de la liberté institutionnelle des groupes et religieux et leur poids social justifient un statut différencié et privilégié. Il ira même jusqu’à considérer que « cette situation n’est pas contraire au principe constitutionnel d’égalité qui n’exclut pas une différenciation fondée sur la représentativité »²³⁴⁶. De même, l’existence d’un groupe et d’une organisation structurée n’est pas applicable à toutes les religions. Le seul élément que l’auteur considère comme prometteur se concentre sur le fait que la religion peut concerner ce qu’elle nomme « des questions suprêmes, des questions de vie et de mort, le sens de la vie, les fondements éthiques de la vie, etc. »²³⁴⁷.

834. Qu’ils soient historiques, éthiques, psychologiques ou encore sociaux, les arguments en faveur des convictions religieuses sont nombreux. Certes, la majorité de ces pensées aborde le cadre des distinctions religieuses à instaurer au sein du droit commun pour l’aménager. Cependant, nous le verrons, les distinctions instaurées au sein du droit commun constitue le stade supérieur de la reconnaissance de la spécificité religieuse. En amont, la création de normes plus générales, mais spécifiquement applicable aux expressions de la conviction religieuse est encore plus sous-tendue par les conceptions exposées. À l’évidence, il s’agit là de toute la spécificité du régime des cultes qui est interrogée, puisque la conviction religieuse se distingue des autres et exige, en ce termes, un traitement particulier en droit dont nous avons mesuré la création historique. Nous comprendrons de toute façon plus avant la concrétisation juridique de cette spécificité présentement défendue de la conviction religieuse par le régime des cultes

²³⁴³ *Ibid.*

²³⁴⁴ Il reste soucieux d’une forme d’égalité, dans l’octroi d’exemptions, entre les convictions théistes et celles non-théistes qui sont sujettes à de fortes contraintes morales basées sur leur système de croyance. En vérité, il arbore une conception assez large de la religion, mais il exclut toutefois les « besoins personnels qui auraient pour seule analogie avec la religion le fait qu’ils puissent être profondément ressentis » (D. LAYCOCK, « Religious Liberty as Liberty », *art. préc.*).

²³⁴⁵ B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Basingstoke, Macmillan, 2000, p. 161-162 cité dans S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion? The Dilemma of the Religious Exemption », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 15, n° 2, 2007, p. 235-249.

²³⁴⁶ F. MESSNER, « Laïcité imaginée et laïcité juridique. Les évolutions du régime des cultes en France », *Le Débat*, n° 77, 1993/5, p. 77-83.

²³⁴⁷ S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.* (nous traduisons).

français. Pour le moment, constatons déjà que cette particularisation défendue du fait religieux par la spécificité de la conviction religieuse est contestée.

PARAGRAPHE 2. La contestation de la spécificité religieuse : l'exigence universaliste de l'égalité des convictions

835. Aujourd'hui, les arguments tendant à mettre en avant la spécificité de la conviction religieuse sont grandement contestés ; l'égalité des convictions est de plus en plus défendue (A). Pour le cas de la France, du point de vue des principes juridiques et philosophiques, tout porte à croire que l'égalité universaliste exige une telle égalité entre convictions (B).

A) Une défense légitime de l'égalité des convictions

836. Nombreuses sont les contestations doctrinales des arguments analysés faisant de la croyance religieuse une conviction spécifique (1). Bien qu'imparfaite, cette tendance à réduire la spécificité de la conviction religieuse et à satisfaire une plus grande égalité entre convictions connaît quelques illustrations concrètes dans certains modèles (2).

1) Le rejet des arguments justifiant la particularisation religieuse

837. Pour Cécile Laborde, « il faut faire valoir que les croyances et les pratiques religieuses ne sont pas plus importantes d'un point de vue éthique que les engagements et les conceptions non religieuses »²³⁴⁸. C'est ce point de départ qui amène Cécile Laborde à établir subtilement que si la religion n'a pas une caractéristique propre et exclusive justifiant un traitement spécifique, elle fait peut-être simplement partie d'un ensemble plus englobant de convictions qui partagent cette caractéristique dont la protection doit être accordée²³⁴⁹.

838. Dans cette configuration égalitariste, Sonu Bedi entreprend de déconstruire bon nombre d'arguments en faveur des religions. D'abord, s'agissant de celui de l'encouragement de la diversité²³⁵⁰, l'argument s'applique tout autant, selon l'autrice, pour des convictions areligieuses aux pratiques spécifiques²³⁵¹. De même pour l'argument reposant sur l'égal respect²³⁵², qui justifie en vérité des exemptions pour de multiples convictions, mais qui ne saurait justifier selon la distinction de nature²³⁵³. Pour le raisonnement de Parekh sur la tradition

²³⁴⁸ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*, p. 278.

²³⁴⁹ *Ibid.*, p. 279.

²³⁵⁰ Nous exposons : « c'est la promotion de la diversité que permettent les exemptions religieuses ; "nous sommes mieux dans un monde où on a la possibilité de porter un turban pendant la conduite d'une moto plutôt qu'un monde où une telle option n'est pas possible" » (S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.*).

²³⁵¹ *Ibid.*

²³⁵² Nous exposons : « [l']égal respect exigerait également que les convictions et pratiques particulières soient respectées et prises en compte ».

²³⁵³ *Ibid.*

et la non-instrumentalisation de la croyance religieuse, Sonu Bedi oppose qu'après tout, les groupes religieux servent de multiples buts et fonctions, mais que tout individu peut ne pas trouver satisfaction à travers une croyance qui échoue à offrir ce qu'un individu recherche dans sa vie. La religion peut donc être instrumentale, comme toute autre conviction, mais peut aussi être vue de cette façon par ses propres membres. De même pour la tradition, l'ancienneté et la culture historique d'une religion : la justification ne suffit pas, pour l'autrice, à rendre la religion spéciale, et d'autres associations volontaires portent indéniablement une tradition historique aussi ancienne que certaines religions²³⁵⁴, d'autant que des confessions ou pratiques rattachées sont moins récentes que d'autres, ce qui opacifie un tel critère.

839. Pour les autres arguments historiques ; l'approche originaliste des textes trouve rapidement ses limites à l'aune du contexte actuel. Si la religion occupait une place bien spécifique aux États-Unis et en France à la fin du XVIII^e siècle, quand les convictions plus laïques n'avaient pas leur place, la situation actuelle impose de dépasser ce postulat. Comme l'exprimait Schwartzman : « la diversité des religions non théistes, des doctrines morales et éthiques s'est accrue au-delà de ce que les Fondateurs ont pu anticiper » En conséquence, poursuivait-il, « les termes qu'ils utilisèrent pour décrire certaines de nos libertés les plus importantes apparaissent aujourd'hui à certains égard anachronique »²³⁵⁵. Il est certain que l'imprégnation religieuse de l'époque – en France comme aux États-Unis – fausse l'appréciation des considérations doctrinales actuelles sur de telles périodes.

840. S'agissant du critère du coût particulier de la croyance religieuse, il est à son tour réfuté par de nombreux auteurs, surtout ceux caractérisant la croyance religion par le choix. Brian Barry par exemple, principal contestateur d'une qualification de la religion comme circonstance pesant sur l'individu²³⁵⁶, est fervent défenseur d'une forme de neutralité qui exclut tout avantage spécifique accordé à certaines conceptions du bien sur les autres²³⁵⁷.

841. Pour Bedi rien n'empêche une personne d'avoir une pratique particulière qu'elle défend toute sa vie et qui lui coûte de renier pour respecter la règle. Alors, dans ce cas, comme celui d'un croyant, les deux ont eux-mêmes choisi de se mettre dans une situation précaire. Ainsi, « le coût est pertinent seulement si on part du principe que le sikh n'avait guère d'autre choix que de porter un turban, seulement si on réifie donc sa pratique religieuse »²³⁵⁸. Seulement, si la pratique sikhe de port du turban n'est qu'une préférence comme une autre, pourquoi l'accommoderions-nous ? Selon l'auteur, il n'y a finalement pas de différence de coût.

842. Plus que le fait de savoir si le sikh a choisi de porter un turban, ce qui compte c'est de savoir s'il a choisi de conférer à sa décision une force normative. Le sikh, défend l'autrice, ne peut-il pas re-caractériser sa décision de porter le turban comme une préférence plutôt que

²³⁵⁴ *Ibid.*

²³⁵⁵ M. SCHWARTZMAN, « What If Religion Is Not Special? », *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n° 4, p. 1352-1426 (nous traduisons).

²³⁵⁶ Voir, pour ce débat, p. 466 et s.

²³⁵⁷ B. BARRY, *Justice as Impartiality*, vol. 2, Oxford, Clarendon Press, 1995 p. 143.

²³⁵⁸ S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.* (nous traduisons).

comme un choix éthique et normatif ? Finalement, pour justifier l'exemption, il est nécessaire de défendre en premier lieu que la pratique religieuse n'est pas choisie, ce qui suppose une approche primordialiste du religieux²³⁵⁹. À l'égard de tous ces éléments, un auteur nous fait en plus remarquer que beaucoup d'engagements dans la pratique religieuse découlent de l'habitude, d'une adhésion à la coutume, ou d'un simple enthousiasme religieux, plutôt que d'un sens de l'obligation ou de la peur d'une punition divine, et ce, alors que certains de ces engagements peuvent apparaître comme justifiant unanimement des accommodements²³⁶⁰. Ensuite, il convient de considérer le choix du croyant dans la nature normative qu'il donne à sa pratique religieuse. En somme, c'est la voie primordialiste qui justifiera le statut spécifique de la croyance religieuse : « plus la caractérisation primordiale de la religion est rejetée, plus la religion apparaît comme toute autre association »²³⁶¹. En revanche, traiter les pratiques religieuses comme ouvertes, volontaires et contestées menace la défense des exemptions religieuses. Toutefois, pour Bedi, l'on ne peut défendre les deux caractérisations en même temps pour expliquer la différenciation avec les autres convictions²³⁶². Et de toute façon, l'idée que le religieux soit le seul à subir un préjudice du fait de la contrainte par une norme séculière contraire à sa prescription religieuse n'est pas tenable également aux yeux de Marshall ; si de tels préjudices sont effectivement sérieux, d'autres croyances mettent indéniablement l'individu en difficulté par rapport à la norme juridique et, surtout, certaines croyances religieuses ne sont pas nécessairement plus profondes que d'autres areligieuses²³⁶³.

843. Marshall poursuit que l'absence de volonté derrière la croyance religieuse – notamment soutenue dans la théorie de Garvey – ne saurait dans tous les cas justifier des exemptions spéciales ; les textes constitutionnels qui protègent la liberté de religion – en l'occurrence américains, mais cela vaut pour la France – sont précisément marqués par l'idée de libre arbitre et volonté, ce qui leur exclurait la paternité des exemptions sur le motif de l'aliénation²³⁶⁴. Plus encore, l'auteur rappelle le lien fondamental entre les constitutions libérales, l'égalité des convictions et la religion considérée comme un choix. Si certains auteurs voient l'assimilation juridique de la religion à un choix comme une atteinte à celle-ci, Marshall rappelle que la protection de la liberté de choix repose sur l'idée qu'il existe une multitude de systèmes de croyances que les individus peuvent adopter et sont libres de choisir. La théorie libérale considère ainsi la religion comme un choix individuel plutôt que comme le fait, pour

²³⁵⁹ *Ibid.*

²³⁶⁰ A. KOPPELMAN, « Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *University of Illinois Law Review*, n° 3, 2006, p. 571-603.

²³⁶¹ S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.* (nous traduisons).

²³⁶² *Ibid.*

²³⁶³ W. P. MARSHALL, « The Case Against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption », *Case Western Reserve Law Review*, vol. 40, n° 2, 1989-90, p. 357-412. Notons cependant qu'ici l'article a été écrit avant l'article de Garvey « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom ». Marshall commente l'ancien article de ce dernier (« Free Exercise and the Values of Religious Liberty »). Dans l'article de 1996, Garvey semble davantage appuyer l'argument du préjudice spécial que subissent les religieux, probablement en réponse à l'écrit de William P. Marshall. En tout état de cause, la généralité opérée par Garvey reste tout aussi critiquable. Notons au passage que Marshall conteste également l'argument de l'évitement de la désobéissance civile tenu par Garvey et le caractérise comme n'étant, une nouvelle fois, par propre à la conviction religieuse.

²³⁶⁴ W. P. MARSHALL, « The Case Against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption », *art. préc.*

l'individu, d'avoir des vérités et obligations découlant du système religieux qui lui imposent une autorité transcendante²³⁶⁵. Si cette considération peut entrer en tension avec des croyances religieuses apparaissent extérieurement imposées, la résolution proposée par la théorie libérale, qui tend à considérer la religion comme le produit d'un choix, n'est en aucun cas révélatrice d'hostilité. Au contraire, « une approche qui traite les croyances religieuses comme égales aux non religieuses ne peut être caractérisées comme hostile à la religion ; il n'y pas d'hostilité dans l'égal traitement »²³⁶⁶.

844. Quand bien même remonterions-nous plus en amont sur la substance du caractère obligatoire de la religion, l'argument est contesté. En effet, Ronald Dworkin, qui cherchait précisément l'intérêt particulièrement important que les individus auraient et qui justifierait, considérant l'intensité de cette importance, une protection spécifique²³⁶⁷, interrogeait d'abord l'idée que les croyants puissent craindre une forme de punition ou damnation divine quand les athées ne ressentent pas une telle peur. Il rejetait cet argument, par trop exclusif, dans la mesure où bon nombre de religions ne croient pas en une punition après la mort²³⁶⁸. De toute façon, rajoutait-il, l'État ne peut que protéger les individus d'une crainte qu'il croit réaliste, ce qui rend la chose peu aisée pour les croyances religieuses, à moins d'approuver un ensemble spécifique de religions, ce qui est proscrit²³⁶⁹. Dworkin se penchait alors sur l'idée des devoirs et responsabilités sociales qui incombent aux religions, mais il conclut très rapidement qu'une nouvelle fois des athées peuvent connaître des devoirs aussi impératifs²³⁷⁰. De manière générale, la sauvegarde de l'égalité entre convictions irrigue les développements de Dworkin²³⁷¹.

845. De la même manière, l'argument de l'unicité et l'utilité sociale et publique de la religion est démenti fermement par Brian Leiter, pour qui « les centaines de millions de personnes qui n'ont pas de croyances religieuses ont probablement tout de même une identité individuelle et personnelle définie par des systèmes de croyances divers et variés – des systèmes moraux, culturels, ethnique, processionnels etc. »²³⁷². En ce sens, Sonu Bedi, pour contredire l'argument de l'aspect normatif et éthique du religieux, donne l'exemple des associations volontaires comme les scouts prônent aussi une ligne directrice éthique et morale²³⁷³.

²³⁶⁵ *Ibid.*

²³⁶⁶ Nous traduisons (*ibid.*).

²³⁶⁷ R. DWORKIN, *Religion without God*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2013, p. 111-112.

²³⁶⁸ *Ibid.*, p. 112.

²³⁶⁹ *Ibid.*, p. 113.

²³⁷⁰ *Ibid.*, p. 113-114.

²³⁷¹ Il développe un droit à « l'indépendance éthique » qui doit remplacer la liberté de religion et être plus général (*ibid.*, p. 130, 132 et 133). Ce principe, pour l'auteur, condamne alors toute discrimination ou établissement d'une conviction sur les autres. Selon sa théorie, ce droit protégerait toutefois toujours le cœur historique de la liberté de religion, mais de façon plus subtile (*ibid.*, p. 134).

²³⁷² B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ?...*, *op. cit.*, p. 66. L'auteur conteste ici la définition de l'américain John Witte Jr. (*Religion and the American Constitutional Experiment*, Westview, Boulder, 2^e éd., 2005, p. 250 cité dans B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ?...*, *op. cit.*, p. 65-66).

²³⁷³ S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.*

846. Mais Brian Leiter va beaucoup plus loin. Il faut dire que l'auteur s'est imposé comme une figure de proue de cet égalitarisme libéral, avec son ouvrage consacré à la survalorisation du religieux²³⁷⁴.

847. En premier lieu, il dégage deux caractéristiques qui existent pour toute religion. D'une part, certaines croyances essentielles prescrivent *catégoriquement* certaines actions, c'est-à-dire des obligations qui doivent être suivies dans tous les cas. C'est le critère déjà exposé de la normativité. D'autre part, certaines croyances essentielles « ne satisfont pas ou pratiquement pas à des preuves et à des raisons, au sens où on les entend dans d'autres domaines qui se préoccupent de la connaissance du monde » – la croyance se fondant sur la foi²³⁷⁵. Brian Leiter va ensuite plus loin que ce simple postulat et recherche si la religion est la seule qui comprend de telles caractéristiques. Pour la première, il constate rapidement que d'autres prescriptions morales peuvent être catégoriques sans être nécessairement religieuses²³⁷⁶. La seconde caractéristique ne se rencontre toutefois pas à l'endroit du marxisme, à nouveau employé comme exemple par l'auteur. En effet, conçu comme une théorie scientifique, le marxisme « considérerait qu'il satisfaisait aux standards de preuves et de raisons qui ont cours dans les sciences »²³⁷⁷, quand les religions portaient toutes au moins une croyance dénuée d'une telle logique. William P. Marshall déconstruisait également un argument proche tenu par Garvey – le second des deux aspects finaux que ce dernier expose (l'aspect volitionnel) – en soulignant que bien d'autres types de croyances et valeurs morales avaient des composantes non rationnelles²³⁷⁸. Cependant, Brian Leiter arrive de son côté indéniablement à certains contre-exemples, « sous-inclusifs » – excluant certains groupes apparaissant pourtant communément comme de grands religions – et « sur-inclusifs » – incluant dans la définition, à l'inverse, des doctrines habituellement non qualifiées de religieuses²³⁷⁹. Il dégage alors une troisième caractéristique : « les croyances religieuses impliquent, explicitement ou implicitement, une *métaphysique de la réalité ultime* »²³⁸⁰. Par *métaphysique*, Brian Leiter entend l'absence d'exigence de preuves empiriques²³⁸¹, quand par *réalité ultime*, il fait

²³⁷⁴ B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ?...*, *op. cit.*

²³⁷⁵ *Ibid.*, p. 67-68.

²³⁷⁶ Il cite comme illustration le marxisme, souvent considéré comme une véritable religion, et dont les fervents communistes ont été à plusieurs reprises mus d'une résistance à tout épreuve contre le nazisme ou l'apartheid (*ibid.*, p. 72-73).

²³⁷⁷ *Ibid.*, p. 76. L'auteur nuance ensuite ce critère, notamment au regard des intellectualistes qui trouvent dans la religion certaines preuves concrètes qui se veulent rattachées à la méthode scientifique. Il conteste ensuite de telles argumentations pour maintenir la légitimité du critère employé.

²³⁷⁸ « D'abord, il n'est pas du tout certain que la religion soit le seul système de croyances qui fonde sa compréhension du monde sur une connaissance autre que celle obtenue par le raisonnement pratique. La plupart des autres types de croyances et valeurs morales ont des composantes non rationnelles. En outre, les affirmations selon lesquelles cette raison pratique mène à une compréhension de la réalité et que la morale peut être comprise à travers le processus rationnel ne sont elles-mêmes définitivement basées que sur leurs propres hypothèses *a priori*, non rationnelles » (nous traduisons) (W. P. MARSHALL, « The Case Against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption », *Case Western Reserve Law Review*, vol. 40, n° 2, 1989-90, p. 357-412).

²³⁷⁹ Pour le premier, il donne l'exemple du bouddhisme quand, pour le second, il donne celui du culte de la personnalité de Mao en Chine (B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ?...*, *op. cit.*, p. 78-81).

²³⁸⁰ *Ibid.*, p. 82.

²³⁸¹ Il admet lui-même le lien proche avec la deuxième caractéristique ci-dessus exposée, mais elle la dépasse, en ce qu'elle ne se limite pas à l'absence factuelle de preuves mais n'aspire tout simplement même pas à satisfaire une telle exigence de preuves (*ibid.*, p. 83).

référence à « l'aspect de la réalité qui est le plus important pour une vie humaine épanouie – une vie qui vaut la peine d'être vécue, une vie désirable – que cela concerne le bien-être transcendant de l'"âme" ou la valeur morale de la vie dans le monde matériel que nous habitons »²³⁸². En résumé, « le *caractère catégorique des prescriptions religieuses* est, à son tour, lié à cette *métaphysique de la réalité ultime* en ce sens qu'il spécifie ce que les croyants *doivent* faire pour être dans le bon type de rapport à "la réalité ultime" – c'est-à-dire, à la réalité qui rend leurs vies sensées et dignes d'être vécues »²³⁸³. Mais le philosophe va plus loin. Il préfère garder le premier critère, fusionner le deuxième et le troisième²³⁸⁴, en rajoutant néanmoins que certaines croyances « rendent compréhensibles et supportables des faits élémentaires de l'existence humaine, comme la souffrance et la mort » – la « consolation existentielle »²³⁸⁵. Pour l'auteur, il s'agirait là des critères hypothétiques permettant de distinguer la conviction religieuse. Pourtant, plus tard dans l'ouvrage, Brian Leiter recherche s'il existe des justifications morales ou épistémiques expliquant la place singulière de la religion. Il conclut à l'absence de telles justifications en suivant sa définition exposée ci-dessus²³⁸⁶. Il recherche ensuite les arguments en faveur de la tolérance exposés chez Mill et Rawls²³⁸⁷. S'il y découvre une justification d'une protection de la liberté de conscience, incluant notamment la religion, nul privilège n'est défendu au profit de cette dernière.

848. En somme, Brian Leiter ne ménage pas l'exigence d'égalité. À la suite d'une critique adressée à son livre par McConnell, il réaffirma dans un article en réponse que l'inégalité entre les consciences religieuses et non religieuses, telle qu'elle pullule dans la plupart des systèmes juridiques, s'avère indéniablement indéfendable et dépourvue de sérieux arguments en sa faveur²³⁸⁸.

849. De manière générale, les nuances foisonnent et nombreux sont les auteurs à distinguer, malgré une approche à première vue inverse, les convictions²³⁸⁹. Pour autant, ces différenciations ont ceci de particulier qu'elles ne reposent pas sur la nature de la conviction, mais sur d'autres critères qui, justement, excluent qu'une croyance ne soit différenciée seulement parce qu'elle est religieuse. Ces postulats permettent des différenciations, mais fondées sur d'autres arguments.

850. Cependant, notons qu'un certain nombre de conceptions se situent dans une sorte d'entre-deux, en ne se départant qu'en partie d'une priorisation du religieux. Par exemple,

²³⁸² *Ibid.*, p. 83-84.

²³⁸³ *Ibid.*, p. 84.

²³⁸⁴ « [d]étachement de toute preuve (non seulement *de facto* [c'est la deuxième caractéristique] mais aussi *de iure* [c'est la troisième, soit l'ambition de tenir compte des preuves]) » (*ibid.*, p. 90).

²³⁸⁵ *Ibid.*, p. 89.

²³⁸⁶ *Ibid.*, p. 105-106.

²³⁸⁷ *Ibid.* (chapitre 3).

²³⁸⁸ B. LEITER, « "Why Tolerate Religion?" has clearly touched a nerve: some comments on Michael McConnell's review », *Brian Leiter's law School Reports*, déc. 2013, disponible en ligne sur : <https://leiterlawschool.typepad.com> (consulté le 16 mai 2023).

²³⁸⁹ A. KOPPELMAN, « Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *art. préc.*

Martha C. Nussbaum reprend une approche, auparavant développée par Amartya Sen²³⁹⁰, fondée sur les capacités, mais plus précisément sur un « seuil » de capacités justifiant certaines exigences juridiques²³⁹¹. Pour préciser ce seuil, l'autrice établit une liste des « capacités centrales » correspondant véritablement et consensuellement au fonctionnement humain²³⁹². Ainsi, elle classe la liberté de religion parmi ces capacités humaines centrales²³⁹³, précisément dans sa catégorie « sens, imagination, et pensée »²³⁹⁴ et celle « affiliation »²³⁹⁵. Pour autant, Martha C. Nussbaum insiste : si la religion est une des voies les plus importantes pour permettre les capacités citées, elle ne doit pas être la seule à bénéficier d'une protection²³⁹⁶. La religion n'est qu'une des modalités de compréhension du sens ultime de la vie, voire de l'expression artistique, éthique ou intellectuelle. Elle fait partie de certaines capacités²³⁹⁷. Est plus visée la capacité ou l'opportunité religieuse, plutôt que le fonctionnement religieux en soi, pour laisser les citoyens libres de choisir la poursuite de fonctions humaines pertinentes, tant par la religion que par une activité laïque²³⁹⁸. Toutefois, lorsqu'il s'agit de se prononcer concrètement sur l'égalité des convictions, l'autrice se révèle ambiguë puisqu'elle défend une définition large de la religion, afin d'inclure les systèmes de croyance non-théistiques et, à côté, une protection accrue de la liberté d'expression²³⁹⁹. Or, comme le relève Andrew Koppelman, Nussbaum trahit sa promesse d'assimilation de la religion à d'autres capacités en avantageant la religion, en ce que cette dernière reste le « cas paradigmatique » – en somme le modèle de référence – auquel les autres croyances doivent se conformer pour se voir attribuer un traitement spécifique²⁴⁰⁰. Si l'autrice arguait que la religion peut décrire une des capacités qu'elle cite, elle n'est pas indispensable. De son côté, Andrew Koppelman constate que maintenant qu'elle s'est penchée sur la problématique des exemptions religieuses, Nussbaum ne put éviter d'utiliser la religion comme prémices ; qu'elle ne put éviter d'octroyer un traitement spécial à la religion en tant que

²³⁹⁰ « L'utilisation principale de la notion de capacité par Sen intervient pour indiquer un espace au sein duquel les comparaisons de qualité de vie (ou, comme il le dit parfois, de standard de vie) sont les plus fructueuses. Au lieu de s'interroger sur les satisfactions des gens, ou sur la quantité de ressources qu'ils sont capables d'obtenir, on s'interroge plutôt sur ce qu'ils sont actuellement capables de faire ou d'être » (M. C. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, New-York, Cambridge University Press, 2000, p. 12).

²³⁹¹ *Ibid.*

²³⁹² *Ibid.*, p. 74-75. L'autrice expose précisément sa liste, en définissant chaque catégorie. On y retrouve, par exemple, la santé corporelle, c'est-à-dire « être capable d'avoir une bonne santé, incluant une santé reproductive [qu'elle définit en note], d'être nourris adéquatement ; d'avoir un logement convenable » (*ibid.*, p. 78-80).

²³⁹³ *Ibid.*, p. 179.

²³⁹⁴ « Être capable d'user ses sens, d'imaginer, de penser, de raisonner – et faire ces choses d'une façon « véritablement humaine », d'une manière informée et cultivée par une éducation adéquatée [...]. Être capable d'utiliser son esprit d'une manière protégée par les garanties de la liberté d'expression, en ce qui concerne à la fois l'expression politique et artistique, et la liberté de culte » (*ibid.*, p. 78-79).

²³⁹⁵ « Être capable de vivre avec les autres, de reconnaître et de se soucier des autres êtres humains, de s'engager dans diverses formes d'interaction sociale, être capable d'avoir de la compassion pour la situation d'un autre, avoir la capacité, à la fois de justice et d'amitié. [...] Avoir les bases sociales du respect de soi et de la non-humiliation, être capable d'être traité comme un être digne dont la valeur est égale à celle des autres. Cela implique, au minimum, des protections contre la discrimination fondée sur la race, le sexe, l'orientation sexuelle, la religion, la caste, l'ethnie, ou l'origine nationale » (*ibid.*, p. 79).

²³⁹⁶ *Ibid.*, p. 179.

²³⁹⁷ *Ibid.*

²³⁹⁸ *Ibid.*, p. 180.

²³⁹⁹ *Ibid.*, p. 209.

²⁴⁰⁰ A. KOPPELMAN, « Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *art. préc.*

telle²⁴⁰¹. En somme, il est particulièrement difficile de se départir d'une approche spécifique de la conviction religieuse.

851. Notons au passage avec Marshall – rejoignant plusieurs éléments ressassés dans cette thèse – que le régime des exemptions religieuses nécessite d'apprécier la sincérité et la religiosité de la demande, entraînant avec lui les risques d'exclusion des croyances moins traditionnelles²⁴⁰². Cécile Laborde souligne également avec pertinence que le courant égalitariste évite précisément l'écueil de la définition du religieux : « parce que l'égalitarisme libéral ne considère pas la religion comme un domaine de préoccupation distinct, il n'a pas besoin de prendre part aux controverses relatives à la définition de la religion »²⁴⁰³. Dans le cas français, la particularisation de la saisie juridique des convictions religieuses accroît effectivement les difficultés tenant à sa définition, cette dernière devenant un obstacle peu contournable à l'octroi du droit afférent en vue de correctement différencier ce qui relève de la conviction religieuse de ce qui n'en est pas²⁴⁰⁴. Nous connaissons déjà les nombreux risques et limites qu'entraîne la recherche de cette définition.

852. Tout ce sujet a d'autant plus d'intérêt que les discussions sur une éventuelle égalité des convictions sont globalement absentes dans la doctrine française. Les auteurs préfèrent généralement centrer les analyses sur le principe de laïcité et les comparaisons de traitements entre les religions. Paradoxalement, c'est justement au sein d'un modèle brandissant sans mesure la laïcité que la question de l'égalité des convictions se pose le plus vivement. Il semble que la différence de nature, donc de traitement, de la religion par rapport aux convictions apparaisse comme une évidence intégrée et non interrogée du modèle universaliste.

2) Quelques exemples étrangers d'une forme d'égalisation des convictions

853. En ce qui concerne les États-Unis, la Constitution emprunte à la philosophie de l'égalitarisme libéral qui, de prime abord, prévoit une protection de l'État contre la religion, mais également de la religion contre l'État, ce qui explique que dans un État libéral, la religion soit *a priori* conçue comme relevant d'un régime spécial²⁴⁰⁵. Il n'empêche que le modèle américain a évolué, en s'appuyant sur l'égalité, vers une diminution de la spécificité juridique accordée à la religion²⁴⁰⁶. Ainsi, dans la fameuse décision *Seeger* la Cour Suprême des États-Unis consacra le droit à l'objection de conscience pour les convictions non religieuses en optant pour une approche plutôt subjective des convictions, se refusant ainsi à tout préjuger sur son

²⁴⁰¹ *Ibid.*

²⁴⁰² W. P. MARSHALL, « The Case Against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption », *art. préc.*

²⁴⁰³ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), Paris, Raison publique/Hermann, 2023, p. 55.

²⁴⁰⁴ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 359.

²⁴⁰⁵ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*, p. 48.

²⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 51-52.

caractère hétérodoxe²⁴⁰⁷. En vérité, la Cour opta pour une définition très large de « religion »²⁴⁰⁸, adoptant ainsi la méthode défendue par certains auteurs tendant à inclure dans la catégorie « religion » afin d'aboutir à une égalité des convictions. Pour autant, elle avait le défaut de prendre pour modèle la conviction religieuse traditionnelle et s'appréciait au regard du contenu même de la conviction²⁴⁰⁹. La Cour étendit alors encore davantage le spectre en ouvrant l'objection des consciences aux convictions morales, éthiques ou religieuses profondément ancrées²⁴¹⁰. C'est ce qui valut à un individu croyant que la technologie vole l'esprit d'un homme et que l'utilisation du numéro d'assurance sociale de sa fille par l'administration, sans qu'elle ne le choisisse, nuisait à son unicité spirituelle, de se voir considérée comme croyance religieuse, alors qu'aucun groupe religieux institutionnalisé ne partageait cette croyance²⁴¹¹. L'égalité des convictions, débattue déjà de longue date, connaissait pour partie une consécration²⁴¹². La Cour approfondit par la suite sa jurisprudence en incluant les convictions profondes morales, éthiques, comme religieuses²⁴¹³. Si la question n'était pas tranchée et l'égalité des convictions peu clairement établie, les tentatives d'extension des protections accordées allaient dans ce sens. Malgré tout, d'autres exemples témoignent assurément d'un particularisme religieux persistant aux États-Unis²⁴¹⁴. Le système ne se détourne pas de l'intention des constituants : l'objet religieux demeure particulier dans la Constitution américaine – sous la clause de libre exercice, applicable qu'aux convictions religieuses²⁴¹⁵ – et justifie certains traitements privilégiés²⁴¹⁶.

854. En Angleterre, les débats sur ce sujet sont âpres. Les tribunaux s'écharpent autour de la question du véganisme et végétarisme à caractériser comme une croyance philosophique,

²⁴⁰⁷ Cour Suprême des États-Unis, *U. S. v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965).

²⁴⁰⁸ Est religieuse une croyance sincère et significative qui occupe dans la vie de son possesseur une place parallèle à celle occupée par Dieu (*ibid.* (nous traduisons)).

²⁴⁰⁹ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New-York, Basic Book, 2008, p. 171.

²⁴¹⁰ Cour Suprême des États-Unis, *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).

²⁴¹¹ Cour Suprême des États-Unis, *Bowen c. Roy.*, 106 U.S. 2147 (1986).

²⁴¹² Pour une analyse de ce débat et du contexte *post* et *pré Seeger*, voir T. L. HALL, « Religion, Equality, and Difference », *Temple Law Review*, vol. 65, n° 1, 1992, p. 1-90.

²⁴¹³ Cour Suprême des États-Unis, *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).

²⁴¹⁴ La Cour a par la suite ouvertement refusé de voir une inconstitutionnalité dans le privilège de convictions religieuses par rapport à d'autres convictions profondes (Cour Suprême des États-Unis, *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005)). Également, elle reconnaît des exemptions juridiques aux organisations religieuses (Cour Suprême des États-Unis, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. 171 (2012)) et elle a déjà refusé des aménagements reposant sur des justifications séculières au motif que seules les revendications religieuses étaient acceptées (Cour Suprême des États-Unis, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)).

²⁴¹⁵ T. L. HALL, « Religion, Equality, and Difference », *Temple Law Review*, vol. 65, n° 1, 1992, p. 1-90.

²⁴¹⁶ Le Premier Amendement accorde une place toute particulière à la religion et garantit spécifiquement la liberté de celle-ci (clause de libre exercice). L'interprétation de cet amendement par rapport à la place du religieux fonde un débat fondamental aux États-Unis. Cette disposition appuie indéniablement la thèse des pro « singling out Religion » (W. M. McCONNELL, « The Problem of Singling out Religion », *DePaul Law Review*, vol. 50, n° 1, 2000, p. 1-48).

donc à protéger dans le cadre de l'« *Equality Act* » établi en 2010²⁴¹⁷. La question reposa largement sur la qualification de « *choix de vie* » pour exclure l'application du texte, preuve de l'importance de la détermination du poids de la conviction sur la vie de l'individu²⁴¹⁸.

855. À côté, la Cour Suprême d'Angleterre a adopté une approche extensive de la religion en affirmant que « la religion ne devrait pas être réduite aux religions qui reconnaissent une déité suprême », auquel cas « on aboutirait à une discrimination religieuse inacceptable dans notre société actuelle ». Faisant écho à certains de nos propos, la Cour rajoutait que cela reviendrait à « exclure le bouddhisme, ainsi que d'autres croyances comme le jaïnisme, taoïsme, la théosophie et une partie de l'hindouisme ». À ce titre, la Cour opta pour une approche de la religion à travers un système de croyance spirituelles ou non-séculières arborées par un groupe d'adhérents tenant à expliquer la place de l'humanité dans l'univers et sa relation avec l'infini. Un tel système « peut ou peut ne pas impliquer de croyance en un être suprême »²⁴¹⁹.

856. Enfin, le Canada s'impose probablement comme l'État le plus sensible à ces problématiques. À la différence de la Constitution des États-Unis, la Charte canadienne protège, en son article 2 a), tant la liberté de conscience que celle de religion. À ce titre, les tribunaux tendent à protéger les convictions dans leur globalité, et pas seulement celles rattachées à la religion²⁴²⁰. La caractérisation subjective de la religion n'est d'ailleurs pas indépendante à cela, puisque la profondeur et la véracité de la croyance, qu'il convient de prouver, peuvent suffire²⁴²¹. C'est au nom de cette liberté de conscience qu'un détenu végétarien put exiger un repas conforme à ses prescriptions de conscience, comme cela était prévu pour les convictions religieuses, au nom de la liberté de conscience²⁴²². Si la prise de conscience de l'égalité des convictions est réelle au Canada, et que le régime favorise celle-ci, ce système n'échappe pas non plus à l'octroi malencontreux d'une protection plus importante accordée aux convictions religieuses par rapports aux autres²⁴²³. Le droit international et européen fournit aussi quelques exemples de la recherche d'une égalisation entre les convictions.

²⁴¹⁷ Le texte protège contre les discriminations certains critères, dont la religion et les croyances philosophiques. Ces dernières subissent le problème de leur définition. Une note explication accompagnant le texte reprit certains indices, comme le poids et le sérieux de la croyance, mais également des similarités avec la croyance religieuse. En application de ce texte, la question se posa des convictions concernées. Alors qu'une décision de 2019 d'un tribunal de travail considéra le végétarisme comme ne satisfaisant pas les conditions pour considérer celui-ci comme une croyance philosophique, l'année suivante, un autre adopta un raisonnement contraire à propos du véganisme (voir pour tous ces éléments avec plus de détails P. McKEOWN et R. A. DUNN, « A "Life-Style Choice" or a Philosophical Belief?: The Argument for Veganism and Vegetarianism to be a Protected Philosophical Belief and the Position in England and Wales », *Liverpool Law Review*, n° 42, 2021, p. 207-241).

²⁴¹⁸ P. McKEOWN et R. A. DUNN, « A "Life-Style Choice" or a Philosophical Belief?... », *art. préc.*

²⁴¹⁹ Cour Suprême du Royaume-Uni, *R (Hodkin) v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2013], U.K.S.C. 77, §51, 57 et 58.

²⁴²⁰ L-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, Thèse de doctorat en droit, Avignon/Québec, Université Laval/Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2011, p. 167.

²⁴²¹ *Ibid.*, p. 168.

²⁴²² Cour fédérale du Canada, *Maurice v. Canada*, [2002], 215 F.T.R. 315 (TD).

²⁴²³ L-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, *op. cit.*, p. 310 et s.

B) Une égalité des convictions sous-jacente à l'égalité universaliste

857. Au-delà des considérations précédentes portées sur le religieux, qu'exigerait le droit ? L'idée d'un égal traitement entre les convictions – indépendamment de leur légitimité morale ou des risques de troubles à l'ordre public – serait tout d'abord intrinsèque à la protection des libertés.

858. La première des libertés en la matière est celle de conscience. Nous sommes tentés de la rattacher aux seules opinions religieuses, comme le fit Georges Le Cadre dans sa thèse de 1909²⁴²⁴. Cependant, comme le prévient Dominique Laszlo-Fenouillet, il serait erroné de la restreindre « aux seuls impératifs religieux »²⁴²⁵. La conscience ne se limite pas à celle de nature religieuse. Pour le même auteur, la seconde erreur, serait de rapporter la liberté de conscience aux opinions du sujet²⁴²⁶. La conscience emporte une appréciation morale que l'opinion n'induit pas. Des « convictions de conscience », découlent des comportements, des manifestations, car la conscience s'impose comme une norme de conduite, ce qui ne caractérise pas l'opinion, qui se limite généralement à un avis, un jugement, une manière de penser²⁴²⁷. En outre, « le sens moral doit être distingué de la capacité générale de jugement : il n'en constitue qu'une face spécifique »²⁴²⁸. Pour Jean-Marie Woehrling, l'opinion mérite une protection inférieure à la conviction qui, au sens fort du terme, peut renvoyer à la croyance²⁴²⁹. En ces termes, la conscience se comprend directement comme impliquant des convictions morales fortes et ne laisse pas de place aux convictions légères, aux simples opinions. Cette analyse ne permet donc pas de réellement distinguer conscience et conviction. Selon Grégor Puppink, la conscience est la source des convictions personnelles, elle est le « processus interne à l'individu qui conduit à l'adoption d'une conviction » ; « l'homme résiste, doute, se défend, s'interroge sur la vérité du bien et du mal jusqu'à ce qu'il se "rende à l'évidence", à la conviction qui s'impose à lui et en lui »²⁴³⁰. Pour le même auteur, la conscience est toutefois antérieure aux opinions qui en forment une modalité d'expression, différente de la conviction²⁴³¹. Dans tous les cas, la conviction a quelque chose d'impératif que l'opinion n'a pas²⁴³² ; elle est plus affirmée et volontariste²⁴³³. Nous adhérons davantage à ce postulat en vertu duquel la liberté de conscience peut se subdiviser en une liberté d'opinion ou de conviction. Pour cela, il faudrait considérer

²⁴²⁴ « La liberté de conscience est un droit individuel qui implique pour chaque personne pendant et jusqu'à l'extrême limite de sa vie une égale liberté dans l'affirmation de ses opinions religieuses comme dans la négation de toutes croyances » (G. LE CADRE, *La liberté de conscience. Son évolution et son Application dans notre droit moderne*, Thèse de doctorat en droit, Rennes, Eugène Prost, 1909, p. 7).

²⁴²⁵ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993, p. 3.

²⁴²⁶ *Ibid.*

²⁴²⁷ *Ibid.*, p. 4-5.

²⁴²⁸ *Ibid.*, p. 5.

²⁴²⁹ J.-M. WOEHRLING, « Définition juridique de la religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 41.

²⁴³⁰ G. PUPPINCK, « Objection de conscience et droits de l'homme », *Société, droit et religion*, n° 6, 2016/1, p. 209-275.

²⁴³¹ *Ibid.*

²⁴³² *Ibid.*

²⁴³³ S. GUERARD, « Qu'est-ce que la liberté de conscience ? » in S. GUERARD (dir.), *Regards croisés sur la liberté de conscience*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 33.

que la conscience englobe toutes celles qui ont un impact moral ou religieux, quand bien même elles n'auraient pas une importance si marquée sur la vie de l'individu. La conviction ne concernerait alors que les consciences profondes, qui portent un véritable impact moral et éthique dans la conception de la vie de l'individu et, souvent, dans ses actions concrètes. Le plus généralement en droit, l'on parle de liberté de conscience pour faire référence aux convictions, ce qui traduit une approche de la conscience plus impérative que l'opinion, donc distincte de cette dernière, et non antérieure. En ce sens, la liberté antérieure est davantage celle de pensée et elle induit l'opinion ou la conscience. De notre côté, nous préférons le terme de conviction ou liberté de conviction pour exprimer une conscience plus forte, plus aboutie et impérative. Il s'agit de la conscience forte de l'individu, qui a un impact sur sa vie, comme peuvent l'être donc les convictions religieuses. Nous incluons donc dans ce cadre les croyances religieuses et les convictions areligieuses. Partant de ce postulat, la liberté de conscience, et conséquemment celle de conviction, n'auraient initialement rien de spécifiquement religieux.

859. Dans son ouvrage consacré à la liberté de conscience, Martha Nussbaum souligne d'ailleurs l'importance de son lien avec l'égalité. Elle remarque que les débats sur cette première mènent souvent à la défense d'une « égale liberté de conscience ». Cette idée d'une liberté, pas simplement suffisante, mais en plus égale, est conforme, selon l'autrice, à l'égalité de tous les citoyens. En outre, ce lien découle de la faculté des êtres humains à rechercher le sens ultime de leur vie. Cette faculté est alors partagée par tous les humains et témoigne de leur égalité par essence²⁴³⁴. Dès lors, cette égalité signifierait l'absence de hiérarchie, donc que l'appartenance ou la non-appartenance à une religion ne serait en aucun cas une source de faveur ou de désavantage²⁴³⁵. C'est l'égalité universaliste qui s'exprime, telle qu'elle pouvait être conçue sous son postulat issu des Lumières. Il faut dire que la liberté de conscience était précisément défendue pour contester l'hégémonie religieuse ; elle devait pouvoir être exercée et conçue indépendamment de toute fois particulière²⁴³⁶.

860. En ce sens, de nombreux libéraux défendent le rejet d'une place particulière pour la religion. Pour citer l'un des plus connus, Rawls postule que les obligations morales et religieuses sont absolument contraignantes et il considère en ces termes que, dans la perspective d'une position originelle qu'il développe (le voile d'ignorance), il y a un accord de principe pour une égale liberté de conscience²⁴³⁷. Comprenons à travers ses développements qu'il

²⁴³⁴ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience...*, op. cit., p. 19.

²⁴³⁵ *Ibid.*, p. 165.

²⁴³⁶ D. AVON, *La liberté de conscience...*, op. cit., p. 551 et s.

²⁴³⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009, coll. « Points Essais », p. 243.

n'existe pas de rapport de force, de distinction de valeur, donc distinction initiale en raison du type de conviction concernée²⁴³⁸.

861. Cet auteur inspira dès lors le courant des égalitaristes libéraux, qui adressent trois critiques à la liberté de religion. D'abord, celle-ci peut être trop étroite, notamment en ne protégeant que les pratiques qui sont ressenties comme fortement obligatoires²⁴³⁹. Ensuite, il lui est reproché d'excessivement exprimer une préférence pour une conception de la vie bonne, à savoir la vie religieuse²⁴⁴⁰. De cette critique découle la dernière : contrairement à ce que véhicule la liberté de religion, « la religion n'a pas à faire l'objet d'un traitement spécifique »²⁴⁴¹. Une telle distinction accordée à la religion leur apparaît comme injuste, surtout lorsque des citoyens aux croyances comparables ne jouissent pas d'une protection identique à celle accordée aux individus pourvus de convictions religieuses²⁴⁴². Cécile Laborde synthétise la pensée de cette doctrine en caractérisant trois éléments principaux²⁴⁴³. En tout premier lieu, et au fondement de la théorie, la religion est une sous-catégorie de convictions²⁴⁴⁴. Si l'État respecte la religion en tant qu'une expression de la vie bonne, il « n'établit ni ne soutient officiellement aucune religion, pour la simple et bonne raison qu'il n'établit ni ne soutient aucune conception du bien »²⁴⁴⁵. En outre, dénonçant « une forme injustifiable de primauté de la liberté religieuse dans la pensée libérale traditionnelle »²⁴⁴⁶, ce libéralisme « est égalitaire au sens spécifique où il traite les individus et les groupes religieux et non-religieux sur un pied d'égalité »²⁴⁴⁷. Pour ainsi dire, « les croyances peuvent faire l'objet d'une protection spéciale, mais non pas en raison de leur dimension religieuse : si elles bénéficient d'une telle protection, c'est en tant que sous-ensemble d'une catégorie plus large de croyances et d'activités dignes de respect », nous rapporte Cécile Laborde²⁴⁴⁸. Corollairement, le type de liberté sera plus général : la liberté de religion n'est qu'une sous-catégorie de libertés plus globales, comme celle d'expression ou d'association, et ne doit donc pas bénéficier de traitement spécifique²⁴⁴⁹. Pour

²⁴³⁸ « De plus, les partenaires ignorent comment se situent leurs conceptions morales et religieuses dans la société, si, par exemple, elles sont majoritaires ou minoritaires. [...] Mais, dans la perspective de la position originelle, il n'y a pas moyen de découvrir le rapport de forces entre les différentes doctrines [...] ». L'auteur rajoute que « nous ne pouvons pas nous attendre à ce que les autres consentent à une liberté inférieure ». Plus loin, il établit plus clairement encore que « étant donné les principes de la justice, l'État doit être compris comme une association composée de citoyens égaux. Il ne s'intéresse pas lui-même aux doctrines philosophiques et religieuses, mais réglemente la poursuite, par les individus, de leurs intérêts moraux et spirituels d'après des principes qu'eux-mêmes approuveraient dans une situation initiale d'égalité » (*ibid.*, respectivement p. 242, 243, 244 et 248).

²⁴³⁹ C. LABORDE, « Religion in the Law: The Disaggregation Approach », *Law and Philosophy*, vol. 34, n° 6, 2015, p. 581-600.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*

²⁴⁴¹ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*, p. 29.

²⁴⁴² C. LABORDE, « Religion in the Law: The Disaggregation Approach », *art. préc.*

²⁴⁴³ Ils apparaissent scindés en trois dans l'article C. LABORDE, « Equal Liberty, Non-Establishment and Religious Freedom », *Journal of Legal Theory*, vol. 20, n° 1, 2014, p. 52-77, mais ils sont largement repris dans l'ouvrage C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*

²⁴⁴⁴ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*, p. 20.

²⁴⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 50.

²⁴⁴⁷ Cécile Laborde range parmi ces auteurs Ronald Dworkin, Charles Taylor, Christopher Eisgruber, Lawrence Sager, Micah Schwartzman et Jonathan Quong (*ibid.*).

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 50.

²⁴⁴⁹ C. LABORDE, « Equal Liberty, Non-Establishment and Religious Freedom », *art. préc.*

Ronald Dworkin, par exemple, accepter, au nom de la dignité, la liberté de pratique et de conviction religieuse ne peut qu'être contradictoire à l'affirmation d'un traitement spécifique du religieux par rapport aux autres choix éthiques. Raisonement d'une logique peu contestable, l'auteur soutient que si l'on prétend que l'on ne doit traiter spécialement aucune religion dans la sphère politique, alors nous ne pouvons traiter la religion elle-même comme spéciale dans cette même sphère²⁴⁵⁰. En ces termes, l'égalité des cultes croise l'égalité civile : cette première paraît contredire l'égalité des convictions sous-jacente à la seconde. Pour l'auteur précité, l'on ne doit définitivement pas traiter la liberté de religion comme *sui-generis*²⁴⁵¹. Ce libéralisme traverse le modèle universaliste français²⁴⁵² ; la neutralité et l'égalité des conceptions du bien irriguent indéniablement l'égalité universaliste.

862. Le deuxième point tient de l'acceptation des exemptions, mais sans privilège religieux. Les auteurs prônant cette conception ne sont pas nécessairement des opposants au système des exemptions justifiées par le constat de discriminations indirectes. Le différencialisme ne va donc pas forcément de pair avec le traitement spécifique du religieux. Du moins, dans les courants différencialistes certaines voix cherchent à contrecarrer la spécialisation du religieux. Ainsi, cette doctrine postule la possibilité pour tout citoyen d'obtenir des exemptions en présence de discriminations indirectes résultant de la règle générale, mais sans présomption d'un tel droit seulement en raison d'un critère religieux²⁴⁵³. Ce sera uniquement le rapport majorité-minorité qui entrera en ligne de compte.

863. Enfin, le postulat d'une telle théorie repose fondamentalement sur l'égalité entre citoyens et l'appréhension de la religion ne doit pas reposer sur une liberté distincte, mais davantage sur une base égalitaire, sans distinction des croyances et valeurs particulières que les individus arborent²⁴⁵⁴. Pour cette raison, le courant privilégie une certaine neutralité de l'État et sa non-confessionnalité²⁴⁵⁵.

864. Ce postulat se retrouve dans la neutralité à l'égard des diverses conceptions du bien véhiculée par le libéralisme. Will Kymlicka nous donne une définition de cette neutralité libérale, qui se réfère alors à « l'idée que l'État ne devrait pas récompenser ou pénaliser les conceptions particulières de la vie bonne, mais devrait, plutôt, offrir un cadre neutre dans lequel les conceptions différentes et potentiellement conflictuelles du bien peut être reconnues »²⁴⁵⁶. Dès lors, ne pas privilégier les convictions religieuses répond pour partie au reproche fait à l'État universaliste de hisser un certain particulier au rang universel sous couvert de la neutralité. Considérer le citoyen sans préoccupation pour la nature de ses convictions revient à éviter de considérer une conception précise du bien. Ainsi, qu'il s'agisse « d'une vie vouée à la

²⁴⁵⁰ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge/London, Harvard University Press/Belknap Press, 2011, p. 376.

²⁴⁵¹ *Ibid.*

²⁴⁵² O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus », p. 378-379.

²⁴⁵³ C. LABORDE, « Equal Liberty, Non-Establishment and Religious Freedom », *art. préc.*

²⁴⁵⁴ *Ibid.*

²⁴⁵⁵ Voir notamment M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience...*, *op. cit.*

²⁴⁵⁶ W. KYMLICKA, « Liberal Individualism and Liberal Neutrality », *Ethics*, vol. 99, n° 4, 1989, p. 883-905 (nous traduisons).

réflexion intellectuelle, à une dévotion pieuse ou à un hédonisme consumériste »²⁴⁵⁷, l'État ne devant compenser ou pénaliser aucune conception de la vie bonne et garantissant l'égalité, il « ne privilégie pas de confession particulière et laisse aux individus le libre-choix de leurs principes moraux et de leur appartenance religieuse »²⁴⁵⁸.

865. Christopher L. Eisgruber et Lawrence G. Sager sont parmi les principaux auteurs de ce courant. Fervents opposant au principe de privilèges ou restrictions spécifiques appliqués au religieux²⁴⁵⁹, ils rejettent fondamentalement le postulat selon lequel l'attention particulière envers les croyances religieuses est une question de valeur²⁴⁶⁰, ni de nature²⁴⁶¹. Pour eux, dans ses fondements, la liberté de religion concerne la tolérance des divergences de conceptions fondamentales de la vie²⁴⁶². Or, privilégier les individus qui arborent des croyances pour déroger aux règles légales auxquelles tout autre citoyen est soumis, va précisément à l'encontre de notre engagement pour la tolérance²⁴⁶³. Dans la même lignée, s'imposent Charles Taylor et Jocelyn Maclure qui, dans un rapport sur la laïcité au Québec de 2007²⁴⁶⁴, dégagent l'idée d'égalité morale des personnes, principe revenant à reconnaître une valeur morale égale à tous les citoyens, donc à rester neutre à l'égard d'une religion ou d'une vision du monde particulière²⁴⁶⁵, et obligeant l'État à ne pas hiérarchiser les conceptions du monde²⁴⁶⁶. Taylor accorde une grande importance à l'égalité dignité des citoyens, qui trouve donc sa place en amont de l'égalité des conceptions du bien²⁴⁶⁷. Son approche est défendue comme étant en fond universaliste. La défense de son respect est fréquemment usitée pour contester l'exemption spécifique aux religions²⁴⁶⁸. En effet, selon Perry, l'égalité dignité des individus, défendue par les démocraties libérales, implique également forcément une égalité morale qui induit que chaque personne soit traitée par le gouvernement comme l'égale d'une autre d'un point de vue de leur morale²⁴⁶⁹. Évidemment, si l'égalité des sujets n'induit pas nécessairement l'égalité de leur morale, et si toutes les morales ne peuvent être égales²⁴⁷⁰, la morale de nature religieuse –

²⁴⁵⁷ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*, p. 56.

²⁴⁵⁸ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, Paris, Presses de Sciences po, 2016, coll. « Références », p. 33-34.

²⁴⁵⁹ C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2007, p. 6.

²⁴⁶⁰ C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, « The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct », *The University of Chicago Law Review*, n° 61, 1994, p. 1245-1315.

²⁴⁶¹ Mais en raison des discriminations ou stigmatisations que subissent les groupes auxquels peuvent appartenir des croyants (C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, *Religious Freedom and the Constitution*, *op. cit.*, p. 202-203).

²⁴⁶² C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, « The Vulnerability of Conscience... », *art. préc.*

²⁴⁶³ *Ibid.*

²⁴⁶⁴ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008. Le chapitre VII du rapport fit l'objet d'approfondissements au sein d'un ouvrage dédié : J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 136.

²⁴⁶⁶ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010, p. 21 et 31.

²⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 30.

²⁴⁶⁸ W. P. MARSHALL, « The Case Against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption », *Case Western Reserve Law Review*, vol. 40, n° 2, 1989-90, p. 357-412.

²⁴⁶⁹ M. J. PERRY, *Human Rights in the Constitutional Law of the United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 105 et s.

²⁴⁷⁰ « Perry ne réalise pas que l'égalité du sujet (toutes les personnes sont moralement égales) n'implique pas l'égalité de l'objet (toutes les morales sont égales) » (R. DOMINGO, « A right to religious and moral freedom? », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n° 1, 2014, p. 226-247).

si tant est que l'on puisse parler de morale en la matière – ne peut être supérieure à d'autres morales, légitimes, qui ne partagent pas cette nature. En réalité, traditionnellement, pour les libertariens et individualistes radicaux libéraux, seule s'entend la neutralité formelle et une séparation stricte entre l'État et les religions, sans aide positive pour la religion, car toute autre modalité apparaît intrinsèquement injuste, d'abord pour les autres religions non concernées, mais également pour les non-croyants²⁴⁷¹.

866. Conséquemment, la neutralité comme principe juridique, de substance universaliste, s'accompagna nécessairement de l'affirmation « de l'égalité des diverses conceptions religieuses, morales et philosophiques »²⁴⁷². Elle permet justement de mettre fin à la simple tolérance donc de garantir l'égalité universaliste. Ces principes, d'essence universaliste, confortent l'égalité des conceptions du bien qui, concrètement, se traduit par l'égalité des convictions. De toute évidence, neutralité et égalité ont toujours entretenu un lien étroit²⁴⁷³. Si la première vise l'impartialité à l'égard des libres et diverses conceptions du bien, l'égalité ne peut qu'impliquer l'égalité entre celles-ci. À son tour, la laïcité, comme principe politique, revient pour l'État à ne privilégier aucune confession, ou plus généralement aucune conception de la vie bonne²⁴⁷⁴. En d'autres termes, plus que l'égalité des religions, la laïcité garantirait l'égalité des droits entre croyants et incroyants²⁴⁷⁵. La non-confessionnalité de l'état met, partant, « les citoyens sur un pied d'égalité morale rigoureuse »²⁴⁷⁶.

867. Spécifiquement pour le cas français, Henri Péna-Ruiz affirme fréquemment que la laïcité et la loi de 1905 impliquent nécessairement une égalité des convictions²⁴⁷⁷. Dans un article, il défend une vision très égalitaire de la loi de 1905. Il postule une interprétation de celle-ci comme profitant également à toutes les convictions²⁴⁷⁸. L'auteur commence en affirmant que la séparation fait enfin sortir l'humanisme athée ou agnostique « de l'opprobre dans lequel le maintenait le pouvoir théologico-politique traditionnel » et lui faire jouir « désormais de l'égalité des droits que permet l'abolition de toute hiérarchie entre les options spirituelles »²⁴⁷⁹. Il conteste l'assurance de la seule « liberté religieuse » qui discriminerait par trop les « humanismes athées et agnostiques » pour défendre « la liberté de conscience, la liberté plus générale, qui englobe tous les cas de figure »²⁴⁸⁰. La non-reconnaissance des religions

²⁴⁷¹ V. BADER, « Religious Pluralism: Secularism or Priority for Democracy? », *Political Theory*, vol. 27, n° 5, 1999, p. 597-633.

²⁴⁷² C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p. 547.

²⁴⁷³ K. LEYVA, « Multiculturalisme et laïcité en France : les trois républicanismes du rapport Stasi », *Dialogue*, n° 54, 2016, p. 647-684.

²⁴⁷⁴ G. HAARSCHER, *La laïcité*, Paris, Que sais-je ?, 7^e éd., 2021, p. 3.

²⁴⁷⁵ J.-P. SCOT, « Laïcité : confusions, dérives et impostures », *La Pensée*, n° 383, 2015/3, p. 13-26.

²⁴⁷⁶ L. DE NAUROS, « Aux confins du Droit privé et du Droit public : la liberté religieuse », *RTD civ.*, 1962, p. 242.

²⁴⁷⁷ Les éléments abordés en suivant se retrouvent souvent dans d'autres de ses écrits (voir par exemple dans H. PENA-RUIZ, « Laïcité : petite histoire d'un grand idéal », *Après-Demain*, n° 52, 2019/4, p. 22-24 ou, surtout, H. PENA-RUIZ, « Laïcité : principes et enjeux actuels », *Cités*, n° 18, 2004/2, p. 63-75).

²⁴⁷⁸ H. PENA-RUIZ, « Lecture de la loi de séparation du 9 décembre 1905 à la lumière de l'actualité », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 54-60.

²⁴⁷⁹ *Ibid.*

²⁴⁸⁰ *Ibid.* Au demeurant, Didier Blanc conteste la vision égalitaire de la liberté de conscience défendue par Henri Péna-Ruiz (D. BLANC, « Au panthéon des principes, la laïcité reconnaissante », *LPA*, n° 65, 2017, p. 9).

implique, selon lui, que la conviction religieuse soit traitée comme les autres types de conviction ; « si le registre de la vie spirituelle est pleinement libre et conforme à l'égalité de tous, il ne peut prétendre fixer une norme spirituelle de référence »²⁴⁸¹. C'est quelque peu le constat fait par Jean Baubérot, qui voit dans la séparation l'établissement de « l'égalité des religions et des convictions comme groupements de droit privé »²⁴⁸². À son tour, Jean-Paul Scot considère que la loi de 1905 définit la laïcité notamment à travers la liberté de conscience et l'égalité des droits entre toutes les spiritualités²⁴⁸³. Séparé des religions, l'État aurait logiquement l'obligation d'être neutre à l'égard de toutes les conceptions de la vie bonne²⁴⁸⁴.

868. Cependant, pour Jean-Marie Woehrling la question est plus complexe, car le principe de non-discrimination ne concernerait que les personnes et les groupes²⁴⁸⁵. Il relevait néanmoins qu'une différence de traitement trop importante entre convictions et activités correspondantes influencerait « de manière significative sur l'égalité de traitement entre les personnes ou leurs groupements ayant des convictions différentes et sur leur liberté de mettre en œuvre ces convictions ». Il concluait alors que « la différence de traitement des convictions ou activités peut alors devenir une différence de traitement des personnes »²⁴⁸⁶. L'étude du droit positif montre effectivement que le caractère relatif de l'égalité permet des demandes débordant le cadre des seules personnes et groupements. Un requérant a rapidement fait de contester une norme qui discriminerait *les personnes* exerçant telle activité ou professant telle conviction. Bien entendu, la différence de traitement peut se justifier par une différence de situation objective. Cependant, à l'aune de ces que nous avons exposé, et avec les mots de Jean-Philippe Schreiber, il n'existe aucune raison objective menant à une supériorité de la conviction religieuse sur les autres²⁴⁸⁷. Plus encore, il est permis de soutenir, avec François Tulkens, que l'égalité est incompatible avec l'octroi d'un sort particulier aux convictions religieuses²⁴⁸⁸.

869. En effet, tous ces exposés manifestent un renvoi à l'égalité universaliste. Il nous semble que selon sa logique, qui parcourt les droits de l'homme, donc la liberté de conscience, mais aussi le principe d'égalité, la neutralité ou encore la laïcité, la conviction religieuse n'a pas à faire l'objet d'un traitement spécifique. Après tout, la philosophie des Lumières a consacré au nom de cet universalisme l'émancipation de la nature humaine dotée d'une raison et émancipée des jougs de la transcendance religieuse. La liberté de conscience occupe une place

²⁴⁸¹ *Ibid.*

²⁴⁸² J. BAUBÉROT, « La laïcité en crise ? Une conquête toujours en devenir », *Informations sociales*, n° 136, 2006/8, p. 48-59.

²⁴⁸³ J.-P. SCOT, « Liberté-égalité-laïcité. Genèse, caractères et enjeux de la loi de 1905 », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n° 100, 2007, p. 161-183.

²⁴⁸⁴ V. AMIRAUX et D. KOUSSENS, « La religion, objet juridique non identifié ? Approches comparées des opérations de droit et de ses effets sur le religieux », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 45(2), 2016, p. 103-110.

²⁴⁸⁵ J.-M. WOEHRLING, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP*, n° 6, 2006, p. 1633.

²⁴⁸⁶ *Ibid.*

²⁴⁸⁷ J.-P. SCHREIBER, *La crise de l'égalité. Essai sur la diversité multiculturelle*, Bruxelles, Espace de Libertés, 2012, coll. « Liberté j'écris ton nom », p. 40.

²⁴⁸⁸ F. TULKENS, « Préface » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 13.

toute particulière selon cette approche en ce qu'elle libère les esprits et permet la seule expression de la raison. Elle ne se limite pas à la conviction religieuse. En somme, il nous paraît logique de postuler que l'égalité universaliste est jointe à une égalité des conceptions du bien, toutes deux exigeant alors une égalité entre convictions. Manifestement, tous les principes universalistes du modèle français obligent à considérer qu'une égalité des convictions est fondamentalement posée²⁴⁸⁹. En toute hypothèse, la spécialisation juridique de la conviction religieuse porte en elle le risque d'induire une différenciation entre individus. Ce ne serait ni plus ni moins qu'une différenciation religieuse dissimulée. À l'aune de l'égalité universaliste, l'égalité entre les convictions doit être de toute évidence interrogée.

SECTION 2. L'insuffisance de la norme générale : des inégalités entre convictions constatables en droit positif français

870. Comme il a été exposé, le modèle français est imprégné de l'égalité individualiste et, pourtant, son régime des cultes en contredit la substance. Le constat se répète ici sous de nouveaux termes : le modèle français postule une égalité des convictions, mais son régime différencie sur bien des points la croyance religieuse. C'est ici que s'expriment avant tout les réflexions portant sur la particularité de la croyance religieuse et de son traitement car, avant la question des aménagements au sein du droit commun, c'est l'existence même d'un régime spécifique aux cultes qui interroge. En dépit d'une apparence générale conforme à l'universalisme, ce régime affiche concrètement des inégalités de traitement entre convictions, à l'avantage des convictions religieuses certes (A), mais également en leur défaveur (B).

PARAGRAPHE 1. Des inégalités présentes en faveur des convictions religieuses

871. De nombreux auteurs souhaitent que l'on assume la prise en compte du fait religieux par l'État. Ils postulent que la loi de 1905 n'a jamais empêché l'existence d'un régime des cultes. Souvent dans le déni à l'égard des autres convictions, ils défendent cette réalité et appuient par là même la spécificité sociale, puis juridique du fait religieux²⁴⁹⁰. Dans ces analyses, il n'est jamais soupçonné que l'existence d'un régime spécifique et favorable aux

²⁴⁸⁹ Le rapport Stasi postule cela au titre de la laïcité, de la neutralité, de la séparation, mais aussi de l'égalité, par exemple (B. STASI, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003, p. 13).

²⁴⁹⁰ Francis Messner, à titre d'exemple, reconnaît volontiers que la religion bénéficie d'un statut privilégié en France. Pourtant, il affirme que « l'État neutre n'opère pas une hiérarchisation des croyances », et ce, tout en admettant, la phrase suivante, qu'il « favorise les collectivités religieuses participant à la construction du social et dont les activités présentes un caractère d'intérêt général » (F. MESSNER, « Laïcité imagine et laïcité juridique. Les évolutions du régime des cultes en France », *Le Débat*, n° 77, 1993/5, p. 77-83).

religions puisse entraîner une inégalité pour les autres convictions²⁴⁹¹. C'est pourtant bien une réalité.

872. Patrice Rolland est l'un des rares à avoir constaté « l'existence d'un statut propre aux cultes et différencié de celui des convictions qui donne cette visibilité juridique aux religions »²⁴⁹². La loi de 1905 et le régime des cultes développé depuis celle-ci – voire auparavant – confirment la place spécifique dont le religieux dispose. En vérité, ce n'est pas la loi de 1905 qui arrogea l'intégralité des avantages pour les cultes. Selon deux études considérables portées sur ce point, la législation n'a cessé de tendre vers un régime favorable aux religions²⁴⁹³. Une bonne partie du XX^e siècle fut marquée par une spécialisation du régime des cultes, notamment pendant la Seconde Guerre mondiale et sans que cela ne soit remis en cause à la Libération. Pensons, par exemple, au bénéfice des libéralités octroyé par la loi du 25 décembre 1942 aux associations cultuelles²⁴⁹⁴, ou encore à l'exemption de la contribution foncière des propriétés bâties par la loi du 13 janvier 1941²⁴⁹⁵. Nous pouvons aussi bien songer au développement des BEA cultuels ou aux garanties d'emprunt en vue de l'édification d'ouvrages cultuels, permises par la loi de finances rectificative de 1961.

873. Jean-Marie Woehrling concédait lui aussi qu'il est inexact d'affirmer que « les activités cultuelles relèveraient exclusivement du droit commun »²⁴⁹⁶. Les exemples cités par l'auteur à la suite sont très parlants : « le régime des associations cultuelles se sépare sur des points non négligeables du régime des associations ordinaires ; les congrégations sont soumises à un règlementation exorbitante ; la spécificité de l'activité des ministres du culte est prise en compte par des dispositions législatives particulières concernant leur protection sociale [...] on peut évoquer la prise en compte, non par le droit écrit mais par la jurisprudence, de la spécificité des activités cultuelles et de l'organisation des institutions religieuses dans le domaine du droit du travail, du pouvoir de police que les ministres du culte exercent dans les bâtiments cultuels, ou du respect par les autorités publiques de la hiérarchie interne aux différents cultes »²⁴⁹⁷. Nous

²⁴⁹¹ Voir, par exemple, les propos du rapporteur public André Bonnet qui défendent la spécificité du régime applicable au culte et l'éviction d'autres convictions non religieuses (A. BONNET, « Qu'est-ce qu'un édifice affecté au culte ? », *AJDA*, 2004, p. 271). Voir p. 441-442.

²⁴⁹² P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 51-63.

²⁴⁹³ C'est le constat opéré par Émile Poulat qui est l'auteur du parfait ouvrage si l'on souhaite prendre conscience de toutes les modifications opérées depuis 1905 et qu'il s'est efforcé de retracer (É. POULAT, *Scruter la loi de 1905. La République française et la Religion*, Paris, Fayard, 2010, coll. « Les quarante piliers », p. 79 et s.). C'est également l'une des conclusions de Jean-Pierre Moisset qui étudia minutieusement les rapports financiers entre l'État et les religions et conclut à une liste d'avantages en faveur des religions conséquente avant 1958 et sans cesse agrandie sur les trente années qui ont suivi (J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987. Contribution à l'histoire de la laïcité française*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire », p. 313).

²⁴⁹⁴ Loi n° 1114, 25 déc. 1942, portant modification de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des églises et de l'État, JORF n° 2, 2 janv. 1943, p. 17.

²⁴⁹⁵ Loi du 13 janv. 1941, portant simplification, coordination et renforcement des dispositions du code général des impôts directs, JORF n° 34, 3 févr. 1941, p. 537 et annexes p. 51a-74a.

²⁴⁹⁶ J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur le principe de neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 101, 1998, p. 31-52.

²⁴⁹⁷ *Ibid.*

pensons également aux aumôneries, pour lesquelles des ministres du culte sont agréés²⁴⁹⁸. Celles-ci apparaissent comme une dérogation à certains principes de la loi de 1905, mais beaucoup la défendent au nom d'autres principes, au premier rang desquels la liberté de religion. Elles visent à assurer « le libre exercice des cultes », donc la manifestation des convictions religieuses. Or, le principe d'égalité des convictions, notamment théoriquement consacré en 1905, ne nécessiterait-il pas « que tous les types d'accompagnements y soient prévus, y compris ceux des humanistes athées ou agnostiques »²⁴⁹⁹ ? Force est de constater que tel n'est pas le cas et qu'une distinction apparaît entre croyants et non-croyants, « et ces derniers sont définis par une absence »²⁵⁰⁰.

874. Dans le même registre, le régime des congrégations marque sûrement davantage la spécificité religieuse en ce qu'il découle concrètement d'une structure religieuse et a pour but de s'appliquer précisément à celle-ci. Le modèle des congrégations ne vise et ne correspond aucunement à une forme de groupement non-religieux quand il bénéficie pourtant d'importants avantages²⁵⁰¹.

875. Parmi tous ces points, le régime le plus flagrant reste probablement celui des associations cultuelles. Nombre d'avantages cités ci-dessus se rapportent au statut des associations cultuelles, mais il en existe bien d'autres²⁵⁰². En 1988, le juge put alors éprouver le problème qu'elles posaient au regard des différentes convictions. Plus encore, il en conforta l'inégalité de traitement et l'affaire concernée sert en fond d'illustration à tous les autres régimes cités ci-dessus, tant elle aurait aussi bien pu les concerner.

876. Le juge fut saisi par l'Union des athées qui contestait le refus qui lui avait été opposé de bénéficier du statut d'association cultuelle. La juridiction suprême coupa court à tout débat et déclara que l'association ne pouvait être regardée comme cultuelle dès lors qu'elle regroupait des individus considérant dieu comme un mythe²⁵⁰³. En ces termes, le Conseil d'État affirma sans détour l'exclusion de convictions a-religieuses du bénéfice du régime cultuel. De surcroît, le juge établit expressément l'idée selon laquelle seules les convictions liées à une croyance divine justifiaient d'un caractère cultuel. Dans son rapport de 2004 sur le principe de laïcité, le Conseil d'État n'avait pourtant pas manqué de relever qu'une telle situation faisait l'objet de critiques à une époque où « on assiste à un foisonnement de la recherche spirituelle hors du

²⁴⁹⁸ A. BOYER, « Comment l'État laïque connaît-il les religions ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 37-49.

²⁴⁹⁹ H. PENA-RUIZ, « Lecture de la loi de séparation du 9 décembre 1905 à la lumière de l'actualité », *art. préc.*

²⁵⁰⁰ J. BAUBEROT, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Paris, Seuil, 1990, p. 93.

²⁵⁰¹ Voir p. 259 et s.

²⁵⁰² Possibilité d'ajouter à leurs ressources le produit des quêtes et collectes pour les frais de culte, les rétributions pour les cérémonies et services religieux pour la location de bancs et sièges, pour la fourniture des objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et à la décoration de ces derniers, La réception de dons manuels et de legs exemptés de droit de mutation à titre gratuit, l'exonération de la taxe foncière et d'habitation pour les locaux affectés à l'exercice du culte, de l'impôt sur le revenu, dons déductibles des impôts, etc. (voir notre partie « Le régime attractif des associations cultuelles », p. 243 et s.).

²⁵⁰³ CE, 17 juin 1988, *Union des athées de Paris*, n° 63912, *AJDA*, 1988, p. 247, chron. M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE.

champ de ces religions²⁵⁰⁴. Nous sommes loin de l'égalité « des religions et des convictions comme groupements de droit privé » qui résulterait de la loi de 1905 et décrite par Jean Baubérot²⁵⁰⁵.

877. Dans une autre affaire plus récente, le Conseil d'État refusa le statut d'association culturelle à l'association Communauté Sant-Egidio France qui avait reçu une subvention publique contestée, et ce, alors qu'en premier ressort le tribunal administratif de Lyon avait jugé le contraire. En effet, ce dernier avait considéré que l'association, en se chargeant traditionnellement de l'organisation d'une manifestation impliquant des prières, alors caractérisée comme manifestation culturelle, devait être qualifiée, compte tenu de son activité, d'association culturelle²⁵⁰⁶. La subvention devenait donc interdite. Le Conseil d'État, quant à lui, se limita à l'appréciation des statuts de l'association pour considérer qu'elle était dénuée de caractère culturel²⁵⁰⁷. L'association ne comprenait effectivement pas de référence religieuse dans ses statuts, mais elle prônait toutefois certaines activités et valeurs philosophiques et humanistes. Les arrêts du Conseil d'État en la matière montrent, à peine en filigrane, l'obligatoire distinction selon les types de conviction²⁵⁰⁸.

878. Et marquant d'autant plus les stigmates de cette inégalité, la commission européenne, alors saisie par l'Union des Athées, contesta l'approche des juges français dans l'affaire. Concédant que l'histoire explique cette différence de régime, la commission n'en conclut pas moins l'absence de « justification objective et raisonnable » concernant le maintien de la « différence de traitement opérée par la législation française en matière de libéralités entre les associations culturelles d'une part et les autres associations d'autre part », c'est-à-dire « d'un système qui défavorise à un tel degré les associations non-culturelles »²⁵⁰⁹. Si la commission voulut bien admettre que considérer dieu comme un mythe pouvait être de nature « de prime abord » – notons les nuances bienvenues des juges européens – à exclure la qualification d'association culturelle, elle souligna que la requérante ne faisait « qu'exprimer une certaine conception métaphysique de l'homme, qui conditionne sa perception du monde et justifie son action » et qu'en ces termes, « la teneur philosophique, certes fondamentalement différente dans l'un et l'autre cas » n'était pas un argument suffisant « pour distinguer l'athéisme d'un culte religieux au sens classique et servir de fondement à un statut juridique aussi différent »²⁵¹⁰. C'est une conception forte de l'égalité des convictions que la commission brandit dans cette affaire. Certes, c'est la liberté d'association qui est concernée, mais nous percevons nettement qu'il est avant tout question de justification d'une différence de traitement entre convictions religieuses et non religieuses.

²⁵⁰⁴ Conseil d'État, *Rapport public sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 323.

²⁵⁰⁵ J. BAUBÉROT, « La laïcité en crise ? Une conquête toujours en devenir », *art. préc.*

²⁵⁰⁶ TA de Lyon, 22 mars 2007, n° 050813.

²⁵⁰⁷ CE, 4 mai 2012, n° 336463.

²⁵⁰⁸ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *art. préc.*

²⁵⁰⁹ Comm. EDH, 6 juill. 1994, *Union des athées c. France*, n° 14635/89, §78.

²⁵¹⁰ *Ibid.*, §79.

879. Le statut – et avec le traitement – spécifique des associations culturelles fut pour partie confirmé par le juge constitutionnel, qui accepta, lors de l'examen du principe d'égalité, de particulariser le droit applicable aux associations culturelles en considérant celles-ci dans une situation différente des associations d'utilité publique ou d'intérêt général²⁵¹¹. Le Conseil d'État fit sienne une telle interprétation lorsqu'il jugea conforme un décret d'application de la loi de 2021 aux articles 14 et 9 combinés de la Convention européenne des droits de l'homme²⁵¹². Nicolas Sild s'interroge à la lecture de cet arrêt : « pourquoi les cultes devraient-ils faire l'objet d'un encadrement législatif particulier ? »²⁵¹³. Le commentateur pointe du doigt les contraintes particulières imposées par la loi de 2021 et validées par le juge. Or, la question de l'auteur omet, mais induit tout autant, et même surtout, celle du traitement législatif particulier et avantageux dont les associations disposent et que les juges valident par ces décisions. *In fine*, le régime applicable aux associations, entraînant tant avantages que contraintes, se justifie par leur particularité, ce qui ne fait qu'accroître les ambiguïtés soulevées.

880. Au demeurant, l'Union des athées n'avait pas manqué, plus tôt, de faire ressortir d'autres ambiguïtés du régime des cultes. En s'appuyant sur le principe d'égalité, l'association avait contesté devant le Conseil d'État le refus opposé par le ministre de la Culture de modifier les cahiers des charges relatifs aux diffusions des émissions religieuses afin d'y intégrer l'Union des athées. La haute juridiction déclara que l'égal accès à l'expression des principales tendances de pensées et des grands courants de l'opinion ne faisait pas obstacle à ce que « des émissions particulières soient consacrées à l'expression de certaines formes de pensée » et que le principe d'égalité n'était donc pas atteint²⁵¹⁴. Les juges ne réalisaient probablement pas combien sont constamment privilégiées les mêmes « formes de pensée », à savoir celles de nature religieuse. Si le législateur tenta de donner une place aux autres convictions pour l'accès à l'antenne, la Haute autorité de la communication audiovisuelle maintint le refus de cet accès le dimanche matin aux athées²⁵¹⁵. Pourtant, depuis 1986 les différents courants de pensée et d'opinion doivent pouvoir s'exprimer en vertu du pluralisme et le Conseil constitutionnel a lui-même affirmé que cette loi visait à garantir « le pluralisme des courants de pensées socioculturels »²⁵¹⁶. Il reste que les principaux cultes présents en France préservent un statut à part et des privilèges propres que sont les horaires réservés et les obligations pour les chaînes publiques de diffuser des émissions leur étant consacrées²⁵¹⁷.

881. Jean Baubérot ne manqua pas de déclarer que toute cette « affaire constitue un indice sérieux d'un résultat paradoxal de la laïcité française : ne pas être assez attentive à l'égalité des

²⁵¹¹ Décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *Union des associations diocésaines de France et a.*, cons. 21 et s.

²⁵¹² CE, 22 déc. 2022, n° 461800.

²⁵¹³ N. SILD, « La conventionnalité des dispositions de la loi Séparatisme relatives aux associations culturelles et para-culturelles », *AJDA*, 2023, p. 843, commentaire sous CE, 22 déc. 2022, n° 461800.

²⁵¹⁴ CE, 1^{er} oct. 1980, *Union des athées*, n° 17651.

²⁵¹⁵ A.-M. OLIVA, « Émissions religieuses et service public audiovisuel », *Droit et Cultures*, vol. 51, n° 1, 2006, p. 103-112.

²⁵¹⁶ Décision n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

²⁵¹⁷ A.-M. OLIVA, « Émissions religieuses et service public audiovisuel », *art. préc.*

convictions non religieuses face aux religions »²⁵¹⁸. Le constat se démarque par sa justesse, mais aussi par sa rareté, dans la mesure où un tel paradoxe n'est que peu relevé au sein de la doctrine française. Le rapport Stasi a également eu le mérite de notifier que « les courants se rattachant à la libre pensée et à la philosophie rationalise ne disposent pas d'un égal accès aux émissions », contrairement à ce qui se pratique dans d'autres pays européens²⁵¹⁹. Paradoxal pour le pays de la laïcité et de l'égalité !

882. Enfin, il existe une illustration récente de la particularité juridique du religieux. Durant la période du Covid-19, plusieurs mesures ont été prises pour endiguer la propagation du virus. Parmi celles-ci, un décret du 11 mai 2020 autorisait le maintien de l'ouverture des lieux de cultes, mais interdisait tout rassemblement ou toute réunion en leur sein²⁵²⁰. Lorsque le confinement prit fin, des établissements purent rouvrir, mais rien ne fut indiqué pour les lieux de cultes, ce qui suscita de vives contestations devant le Conseil d'État²⁵²¹. La haute juridiction administrative prit d'abord en considération le fait que d'autres activités étaient autorisées alors qu'elles étaient moins risquées. Puis, elle déclara que si des réunions et rassemblements étaient interdits durant le premier confinement dans certains lieux recevant du public, les activités concernées « [n'étaient] pas de même nature et les libertés fondamentales qui [étaient] en jeu [n'étaient] pas les mêmes »²⁵²². Le juge des référés exigea alors des mesures alternatives plus respectueuses de la liberté de culte. Cette formulation offre sans nul doute le constat d'une particularisation du fait religieux et de sa protection. Plus tard, suivant le deuxième confinement, un décret du 27 novembre 2020 vint assouplir les mesures de restriction, mais laissa inchangée la limitation du nombre de personnes pour les cérémonies religieuses²⁵²³. Saisi par des associations en référé, le Conseil d'État réitéra le renvoi à la spécificité de la liberté de culte²⁵²⁴. Pour Xavier Bioy, l'une des lectures possibles de ce considérant est celle d'une hiérarchisation des activités et d'une nécessité de protection supérieure pour les cultes par rapport à la culture, aux loisirs, au sport, etc.²⁵²⁵. Hélène Pauliat partage ce constat²⁵²⁶, tout comme Gérard Gonzalez qui le considère toutefois et seulement acceptable au regard du contexte sanitaire²⁵²⁷. En revanche, pour Xavier Bioy, d'une part une ordonnance rendue

²⁵¹⁸ J. BAUBEROT, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Seuil, 2004, coll. « La Couleur des idées », p. 123.

²⁵¹⁹ B. STASI, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003, p. 39.

²⁵²⁰ Décret n° 2020-545, 11 mai 2020, *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, JORF n° 0115, 11 mai 2020, texte n° 1.

²⁵²¹ Le recours était porté contre un autre décret du 11 mai qui abrogeait le précédent, mais qui ne changeait pas la situation pour les cultes (Décret n° 2020-548, 11 mai 2020, *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, JORF n° 0116, 12 mai 2020, texte n° 6).

²⁵²² CE, ord., 18 mai 2020, n° 440366, cons. 31 et 32 ; *AJDA*, 2020, p. 1733, note T. RAMBAUD.

²⁵²³ Décret n° 2020-1454, 27 nov. 2020, *modifiant le décret n° 2020-1310 du 29 oct. 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, JORF n° 0288, 28 nov. 2020, texte n° 18.

²⁵²⁴ CE, ord., 29 nov. 2020, n° 446930 ; *AJDA*, 2021, p. 632, note X. BIOY.

²⁵²⁵ Note X. BIOY sous CE, ord. 29 nov. 2020, *préc.*

²⁵²⁶ H. PAULIAT, « La liberté de culte, un liberté particulièrement fondamentale », *JCP A*, n° 49, 2020, 692, p. 1-2.

²⁵²⁷ G. GONZALEZ, « Covid 19 : le Conseil d'État au chevet de la liberté de culte », *JCP G*, n° 24, 2020, 717, p. 1090-1093.

postérieurement nuancerait cette interprétation²⁵²⁸, d'autre part il est avant tout question d'activités ici et non de personne, ce qui exclurait l'emploi du terme de discrimination²⁵²⁹. En effet, les moyens avaient ceci de particulièrement intéressant qu'ils justifiaient d'une atteinte au principe d'égalité dès lors qu'une distinction était opérée entre les cérémonies pouvant avoir lieu ou non et parce que l'interdiction instaurait une discrimination indirecte par rapport, notamment, aux non-croyants. Toujours est-il que l'activité cultuelle ne peut se départir de la nature de la conviction en cause²⁵³⁰. L'activité en question exprime une croyance et pléthore d'activités exprimant des convictions non religieuses ne bénéficient ni d'une telle catégorisation juridique, ni des avantages afférents. De surcroît, contestant un argument similaire partagé par Jean-Marie Woehrling, nous avons rappelé la relativité du principe d'égalité, notamment au gré des requêtes ; les catégories juridiques comparées peuvent être diverses et les discriminations entre personnes peuvent découler de celles entre activités. Ainsi, il est tout à fait possible, avec Fabrice Melleray, de déplorer le traitement de faveur accordé aux réunions cultuelles, notamment en comparaison aux restrictions appliquées à l'Université, et la hiérarchisation opérée dès lors et pour partie assumée par le gouvernement²⁵³¹.

883. Même en défendant que seul l'exercice du culte est traité d'une façon spécifique et non les convictions, cet argument ne saurait se départir de la réalité. Comme le dit Jacques Robert lui-même, en attestant de l'inégalité des convictions selon leur nature imprégnée dans la mentalité française²⁵³², « les gestes eux-mêmes sont des formes vides ; seule la croyance qui les anime peut leur insuffler une signification religieuse »²⁵³³. De toute évidence, la liberté de religion est avant tout une liberté de choix d'une religion. Malgré cela, « la liberté de comportement d'inspiration religieuse découle de ce choix »²⁵³⁴ ; le « libre choix de l'option religieuse, de croire ou de ne pas croire (opinion) provoque des comportements individuels (manifestation) d'inspiration morale, philosophique et/ou religieuse : le choix guide le comportement »²⁵³⁵. D'ailleurs, dans l'affaire de l'Union des Athées, la commission européenne ne se soucie pas de distinguer l'exercice religieux de la conviction religieuse. Par conséquent indéniablement, « en conservant une notion de culte qu'il n'est pas possible de séparer de celle de religion, la République maintient une forme de reconnaissance de la religion, différenciée des autres convictions ; et les avantages financiers qui y sont attachés prouvent que la République, non seulement respecte la liberté religieuse, mais, si peu que ce soit, reconnaît encore un rôle social à des religions qu'elle aide indirectement à la différence d'autres

²⁵²⁸ Dans l'ordonnance du 22 décembre 2020, le Conseil d'État refuse de caractériser l'exercice du culte comme une activité essentielle en rejetant l'analogie des situations entre les lieux de cultes et d'autres indispensables à la continuité de la vie de la nation (CE, 22 déc. 2020, n° 440402).

²⁵²⁹ Note X. BIOY sous CE, ord. 29 nov. 2020, *préc.*

²⁵³⁰ Voir nos développements à ce propos, p. 255 et s.

²⁵³¹ F. MELLERAY, « Les voies du Seigneur », *AJDA*, 2020, p. 2457.

²⁵³² Car il explique que le droit français ne saisit que la croyance religieuse et qu'il faut donc remonter à ce qui est au cœur de la question : « l'objet de la croyance », autrement dit sa nature religieuse.

²⁵³³ J. ROBERT, « La liberté de religion, de pensée et de croyance » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 480.

²⁵³⁴ G. KOUBI, « En marge d'un "conflit" : observations sur la liberté d'opinions, "mêmes" religieuses... », *LPA*, n° 36, 1991, p. 16.

²⁵³⁵ *Ibid.*

convictions »²⁵³⁶. Cette différenciation entre convictions ne peut que constituer un risque non négligeable au sein d'un modèle rejetant la différenciation religieuse.

884. La problématique de l'extension des avantages du régime des cultes aux pratiques sectaires appuie d'ailleurs encore davantage ces assertions, dans la mesure où les croyances sous-jacentes à ces pratiques, pour peu qu'elles ne soient pas qualifiées de religieuses²⁵³⁷, n'en restent pas moins des convictions. C'est, par ailleurs, tout le paradoxe des affaires entourant les « sectes » : ce sont leurs contestations répétées devant le refus de les reconnaître comme convictions religieuses qui ont permis d'admettre qu'elles en étaient réellement, et ce, car les principes libéraux – laïcité, égalité, neutralité, etc. – s'opposèrent à ce que l'État définisse ce qu'il entend par religion. S'imposait alors une situation incongrue où l'État, prônant un principe de non-reconnaissance substantielle de la religion, reconnaissait dans la réalité les religions et, confronté à ces deux opposés, ne pouvaient refuser l'acceptation des mouvements sectaires. Ce paradoxe met encore plus l'État face à ses contradictions au regard, cette fois-ci, des convictions *a priori* non religieuses. Tout « ceci indique assez l'écart entre la réalité sociologique et la logique juridique de la Séparation »²⁵³⁸.

885. Dès lors, si le statut d'association cultuelle a permis d'exclure certains mouvements qui n'étaient, pour beaucoup, pas considérés comme religieux. La problématique peut alors se formuler de la même façon pour les convictions *a priori* non religieuses : qu'est-ce qui permet d'affirmer que de telles convictions ne sont parfois pas religieuses ? L'interrogation est loin d'être anodine pour certains auteurs²⁵³⁹.

886. En effet, imaginons la mise à l'épreuve de cet écart dans l'hypothèse d'une demande de bénéfice dont jouissent les associations cultuelles par des mouvements traditionnellement philosophiques, mais qui partagent des caractéristiques de la pratique religieuse. Nicolas Deiller pense par exemple aux associations maçonniques, qui présentent des caractéristiques similaires à l'exercice du culte²⁵⁴⁰. À notre connaissance, un tel statut n'a toutefois pas été demandé par le groupement, mais si tel était le cas un jour, nul doute que l'autorité publique, puis le juge administratif, seraient bel et bien dans l'embarras quant à la qualification d'association

²⁵³⁶ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *art. préc.*

²⁵³⁷ *Ibid.* Dans un autre écrit, il déclare : « ne connaître que des convictions en général aurait permis à l'État laïc de ne pas avoir à distinguer ou à définir la religion par rapport aux convictions non religieuses avec les difficultés contemporaines que l'on sait à propos des “nouveaux mouvements religieux” ou des “nouvelles spiritualités” » (P. ROLLAND, « La loi de 1905 à l'épreuve des sectes », *Études théologiques et religieuses*, t. 82, 2007, p. 148).

²⁵³⁸ *Ibid.*

²⁵³⁹ Des auteurs considèrent par exemple que l'antispécisme et le véganisme s'apparentent sur bien des points à des nouvelles formes de religion (pour ce débat voir T. LEPELTIER, « Véganisme et antispécisme : deux nouvelles formes de religiosité ? », *Revue du droit des religions*, n° 12, 2021, p. 113-126).

²⁵⁴⁰ « Toutefois, le diable se cachant dans les détails, nous pouvons nous trouver en face d'une association, *a priori* croyant en un principe supérieur, mais qui ne revêt pas la forme dogmatique d'une religion, mais plutôt les aspects d'une association initiatique, philosophique et spirituelle. Nous pensons notamment à certaines obédiences maçonniques, qui accomplissent des “célébrations” avec un rituel propre, souvent sous l'autorité du “Grand Architecte de l'Univers”, symbole d'un principe supérieur qui régit le monde. En effet, comme nous l'avons rappelé, “culte” signifie “honorer” ; et certaines obédiences maçonniques honorent ce Grand Architecte de l'Univers, en “travaillant à sa gloire” » (N. DEILLER, *La métamorphose religieuse de la France. Vers une nouvelle laïcité ?*, Versailles, VA, 2019, p. 70).

culturelle. D'ailleurs, le juge a soigneusement évité de se prononcer dessus lorsque fut contestée une subvention octroyée à une association d'obédience maçonnique au motif qu'il s'agissait d'une association culturelle. Pourtant, comme le révèle un commentateur, d'une part les similitudes entre les pratiques maçonniques et celles culturelles poussaient à donner raison aux requérants, d'autre part, la commune de Montpellier elle-même assimilait inconsciemment ladite association à celles culturelles²⁵⁴¹. Malgré tout, les juges se contentèrent d'apprécier l'intérêt local de la subvention tout en ignorant – sûrement stratégiquement²⁵⁴² – le moyen porté sur la qualification d'association culturelle²⁵⁴³.

887. À l'inverse, si pour le Conseil d'État il existe d'un côté l'athéisme, qui ne bénéficie du statut d'association culturelle, et de l'autre les groupements professant une croyance en un dieu, qu'en serait-il pour les convictions dépourvues de croyance en une divinité ? La ligne entre le religieux et l'athéisme est très fine, compte tenu de diversité des façons avec laquelle la religiosité se manifeste²⁵⁴⁴. En outre, qu'en serait-il face une demande de la part de pratiquant de certains courants bouddhistes considérés comme agnostiques ou du jaïnisme, pourtant considérée comme l'une des plus anciennes religions du monde ? Si elles sont des convictions areligieuses, elles sont exclues de certains droits. Si elles sont qualifiées comme des religions, elles bénéficient des droits afférents. Pourtant la frontière posée par les juges devient de plus en plus obscure au contact de telles situations.

888. Finalement, nous affirmions que les catégories employées semblaient conformes à l'idéal universaliste, comme celle de « culte », mais une analyse plus poussée montra les difficultés rattachées à ces catégories juridiques. À celles déjà exposées, s'ajoute l'embarras tenant à la place des autres convictions. La notion de « culte » ne renvoie qu'à l'exercice religieux, à la manifestation de la conviction, de nature spécifiquement religieuse. D'aucun soutiendront que la notion n'est qu'abstraite, qu'elle ne différencie pas selon la religion, qu'elle cible une activité comme toute autre. Seulement, des éléments déjà abordés offrent de nouveaux éclaircissements à l'aune de l'égalité des convictions. À l'image de la reconnaissance des groupes, il est par ces développements largement permis d'affirmer que le régime des cultes accorde un traitement privilégié aux convictions religieuses ; il contredit en ce sens toute volonté d'égalité universaliste entre les convictions.

889. De surcroît, nous disions que la grande majorité des aménagements mis en place pour corriger les écueils de la norme générale ne furent pas justifiés par l'égalisation réelle entre

²⁵⁴¹ « La commune de Montpellier, dans son traitement budgétaire des subventions à destination de l'association d'obédience maçonnique en question, assimile (in)consciemment cette dernière à une association culturelle : “Dans le chapitre budgétaire consacré à la subvention communale, apparaissent l'Association diocésaine de Montpellier, l'Association Lao du Languedoc-Roussillon, l'Association culturelle musulmane des habous et l'Eglise réformée de Montpellier” » (F. T. RAKOTONDRAHASO, « Illégalité d'une subvention accordée à une association d'obédience maçonnique », *AJDA*, 2011, p. 1205).

²⁵⁴² *Ibid.*

²⁵⁴³ TA de Montpellier, 22 avr. 2008, n° 0500363 et TA de Montpellier, 22 avr. 2008, n° 0600596 ; CAA de Marseille, 6 juin 2011, n° 08MA02999 et CAA de Marseille, 6 juin 2011, n° 08MA03000.

²⁵⁴⁴ T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions », *art. préc.*

les religions, mais que la généralité des normes avait pour partie répondu à cet objectif. Or, la perspective adoptée dans cette partie offre alors de nouvelles nuances puisqu'elle remet en question cette extension du régime des cultes, quand bien même elle répondrait à une plus grande égalité des cultes réelle. Cette toute dernière n'induit pas une égalité des convictions. Au contraire, lorsqu'il en résulte une extension des normes spécifiquement applicables aux religions, l'inégalité entre convictions religieuses et non religieuses s'accroît irrémédiablement. Il reste qu'une telle inégalité s'exprime, à l'inverse, en défaveur des croyances religieuses.

PARAGRAPHE 2. Des inégalités aussi présentes en défaveur des convictions religieuses

890. Pierre-Henri Prélôt soutenait que le point de spécificité du traitement juridique des religions était avant tout celui du financement des associations cultuelles, notamment par les restrictions imposées dans l'usage des fonds qu'elles récupèrent²⁵⁴⁵. Ainsi, déduisait-il de ce constat une soumission des religions à un régime d'exception qui les distingue des autres activités sociales sur lesquelles ne pèse aucun interdit similaire²⁵⁴⁶. Au sein d'un autre écrit, il avait judicieusement remarqué que l'interdiction absolue de subventionnement prolongeait le modèle concordataire, dans la mesure où elle « n'existait pratiquement pas pour les autres activités sociales », ce qui en faisait « une forme de reconnaissance à rebours »²⁵⁴⁷. En ce sens, les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État validant la différence de traitement des associations cultuelles au regard de leur différence de situation peut, suivant les éléments de ce paragraphe, être en défaveur des associations cultuelles et justifier l'imposition de restrictions propres à celles-ci²⁵⁴⁸. En effet, la spécialisation du traitement juridique des convictions religieuses n'opère pas qu'en leur faveur. L'interdiction de financer ce qui a trait au religieux, prévue à l'article 2 de la loi de 1905 manifeste un traitement inégal entre les convictions religieuses et les autres, qui ne subissent pas une telle prohibition.

891. Le 12 avril 1905, lors des débats parlementaires, le député Jules Auffray avait pertinemment estimé qu'en prévoyant l'interdiction de subventionner les cultes, la loi de 1905 avait prévu une « exception complète au droit commun, puisque la République peut subventionner toutes sortes d'associations ou de personnes qui ne sont pas la chose publique elle-même, et d'avec lesquelles elle est, si je puis dire, séparée »²⁵⁴⁹. De même, dès le lendemain de la séparation des commentateurs protestants pointaient du doigt l'inégalité, induite par la loi

²⁵⁴⁵ P.-H. PRELOT, « Le financement public des cultes en France entre régime d'exception et droit commun », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 55-66.

²⁵⁴⁶ *Ibid.*

²⁵⁴⁷ P.-H. PRELOT, « Les transformations coutumières de la loi de 1905 » in P. AUVERGNON et al. (dir.), *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion », p. 533.

²⁵⁴⁸ Décision n° 2022-1004 QPC, *préc.* ; CE, 22 déc. 2022, n° 46800. C'est d'ailleurs ce que dénonçait avant tout l'interrogation citée précédemment de Nicolas Sild (« La conventionnalité des dispositions de la loi Séparatisme relatives aux associations cultuelles et para-cultuelles », *art. préc.*).

²⁵⁴⁹ Le député expose par ailleurs de nombreuses exceptions aux règles communes lors de cette prise de parole (Séance du 11 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1335).

de 1905, que subiraient les cultes par rapport aux autres types d'associations²⁵⁵⁰. Certains défendaient avant 1905 la possibilité de soumettre leur Église au statut d'association culturelle de 1901, reconnue d'utilité publique donc subventionnée. Or, l'un d'eux, Charles Gide, perçut à travers la séparation et la suppression des subventionnements une extrême marginalisation de la religion et le rejet de sa participation au bien commun. En outre, lui et Élie Gounelle, réclamaient l'application du droit commun pour les Églises, c'est-à-dire la possibilité de subventionnement par l'État comme toute autre association participant au bien commun.

892. De nos jours, plusieurs auteurs défendent le retour à la possibilité de financer les religions, à égalité avec les autres activités²⁵⁵¹. Pour la plupart, la prohibition repose sur une justification purement contextuelle, aujourd'hui dépassée. En effet, pour Mylène Le Roux, si les tensions historiques purent l'expliquer, il semble que rien aujourd'hui ne justifie plus « que les religions soient traitées, sur le plan des aides financières, moins favorablement que les autres activités privées non lucratives »²⁵⁵². Lors de son exposé sur le financement des cultes, Maurice Barbier soutenait également que l'évolution sociétale « pourrait conduire à considérer le fait religieux comme un fait social et culturel et à lui appliquer un traitement analogue »²⁵⁵³. Il finissait en affirmant que la religion « mérite tout autant de considération et de soutien que maintes manifestations culturelles, artistiques ou sportives »²⁵⁵⁴.

893. La loi de 1905 a, certes, offert de nombreux avantages aux religions, mais l'égalité appert tout aussi bien lorsque les cultes sont désavantagés. Pourtant, le Conseil d'État a écarté le moyen selon lequel l'article 2 de la loi de 1905 serait vecteur d'une discrimination entre activités culturelles dans l'accès aux subventions²⁵⁵⁵, dans la mesure où la disposition en question n'interdit pas le financement d'activités culturelles, quand bien même elles seraient liées à la célébration culturelle²⁵⁵⁶. Le juge rappela également que l'exercice d'un culte n'est pas une pratique culturelle²⁵⁵⁷. De surcroît, l'éventuelle discrimination que subissent les cultes est à nuancer au regard du nombre d'aides indirectes et dissimulées dont ils bénéficient, notamment par le biais des associations culturelles. C'est peut-être tout le problème de cette situation : ne vaut-il pas mieux prévoir un régime commun de subventionnement plutôt que pléthore de particularismes juridiques qui, d'un côté interdisent le subventionnement direct pour le culte, et de l'autre permettent des aides indirectes à celui-ci que d'autres types d'associations ne peuvent recevoir ? D'autant que le principe n'a pas valeur constitutionnelle, comme l'affirma

²⁵⁵⁰ A. ROCHEFORT-TUQUIN, « Les protestants face à la séparation des Églises et de l'État. Débats et enjeux idéologiques de 1871 à 1905 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 31, n° 3, 1984, p. 503-516.

²⁵⁵¹ Voir pour une importante défense de cela et l'exposé d'une comparaison avec les autres activités : J.-M. WOEHRLING, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte... », *art. préc.*

²⁵⁵² M. LE ROUX, « La règle d'abstention financière des pouvoirs publics en matière culturelle », *RDP* n° 1, 2007, p. 261.

²⁵⁵³ M. BARBIER, *La Laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 163.

²⁵⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵⁵ Au titre des articles joints 9 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 15 févr. 2013, *Association Grande Confrérie de Saint Martial et a.*, n° 347049 et 347050 ; *AJDA*, 2013, p. 375, obs. M.-C. DE MONTECLER).

²⁵⁵⁶ « [A]lors même que, comme dans l'espèce soumise à la cour administrative d'appel de Bordeaux, leurs organisateurs auraient par ailleurs des activités culturelles ou que ces manifestations se dérouleraient à l'occasion de célébrations culturelles » (*ibid.*).

²⁵⁵⁷ *Ibid.*

d'abord le Conseil d'État²⁵⁵⁸, puis, par omission, le Conseil constitutionnel²⁵⁵⁹. Que ce soit dans l'interdiction de financements directs ou dans l'octroi d'avantages financiers spécifiquement octroyés aux religions pour compenser, le principe d'égalité en ressort battu en brèche. En ce sens, Douglas Laycock postulait que s'il est évident qu'aucun gouvernement ne doit privilégier certaines activités religieuses en les finançant, l'État devrait financer les organisations religieuses qui opèrent des activités qui se situent dans le champ d'application des activités privées pourvues de financements publics²⁵⁶⁰. Autrement dit, l'activité religieuse n'est pas financée pour son caractère religieux mais précisément pour le service séculier, areligieux, donc d'intérêt général, qu'elle rend, comme pour toute autre activité. Comme le conclut pertinemment l'auteur : la façon de faire la plus neutre est celle de financer tout le monde²⁵⁶¹. Et si les financements directs pour les activités, comprenant celles culturelles, présentent trop de risques, notamment au regard de la neutralité, il existe toujours des solutions qui minimisent ceux-ci²⁵⁶².

894. À la lumière de ces remarques, tous les subventionnements acceptés au profit de religions qui opèrent des activités, par exemple culturelles, d'intérêt général, justement utiles au bien commun, sont appréciables au regard de l'égalité²⁵⁶³. C'est ici reconnaître qu'un groupement religieux peut bien agir comme toute autre personne morale et au service d'intérêts généraux. Quand la personne publique subventionne des activités, participe à la construction de

²⁵⁵⁸ La juridiction administrative suprême trancha que le principe constitutionnel de laïcité « n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les convictions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes », dans la mesure où l'article 2 de la loi de 1905 n'était pas applicable en Polynésie française (CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. gouvernement de la Polynésie française*, n° 265560).

²⁵⁵⁹ Lors de sa définition constitutionnelle du principe de laïcité, le Conseil spécifia l'interdiction de salarier un culte (en l'espèce il s'agissait de la prise en charge des traitements de pasteurs en Alsace-Moselle), mais refusa d'inclure le non subventionnement des cultes (Décision n° 2012-297 QPC, 21 févr. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, cons. 5 et 6).

²⁵⁶⁰ D. LAYCOCK, « Religious Liberty as Liberty », *art. préc.*

²⁵⁶¹ *Ibid.*

²⁵⁶² Stéphanie Wattier, par exemple, dans sa thèse sur *le financement des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles*, s'inspirait des modèles espagnol et italien pour suggérer un système d'affectation des impôts, où les contribuables choisiraient par leur fiche d'impôt directement quelle communauté religieuse ils souhaiteraient financer. L'État se contenterait d'affecter après le vote du Parlement (S. WATTIER, *Le financement public des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 817 et s.). Jean-François Boudet complétait en proposant que les individus ne souhaitant pas financer des religions puissent affecter une partie du revenu au financement d'associations philosophiques, par exemple (J.-F. BOUDET, « États et religions en Europe : Perspectives financières », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n° 4, 2005, p. 993-1013).

²⁵⁶³ Comme l'exprime Jean Baubérot : « [l]a construction d'un bâtiment culturel peut être subventionnée si on lui prévoit aussi un usage culturel. Il en est de même d'une association, loi de 1901, dont le but serait de faire mieux connaître l'histoire du protestantisme ou la culture juive. Des mouvements d'action catholique, du scoutisme à référence religieuse peuvent bénéficier d'une reconnaissance d'utilité publique à cause de la dimension non religieuse de leur activité. On le voit, c'est tout ce qui est non religieux qui peut être considéré comme utile » (J. BAUBÉROT, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Paris, Seuil, 1990, p. 92).

lieux ayant pour partie un intérêt culturel, par exemple²⁵⁶⁴, elle met en avant un intérêt général indépendant du caractère religieux de la personne concernée, et qui peut donc procéder de tout autre groupement²⁵⁶⁵. Elle n'honore pas une religion particulière. Pour autant, lorsque des accommodements mis en place permettent le financement de la réparation de lieux spécifiquement culturels²⁵⁶⁶, réapparaît brutalement l'inégalité subie par les convictions qui ne se rapportent pas à l'exercice d'un culte.

895. Ces éléments mettent en lumière le problème d'une forme de surdétermination négative des convictions religieuses qui s'exprime à travers une surréaction au phénomène religieux et par des restrictions spécifiquement applicables à celles-ci. Une autre illustration tient de l'intensité de la neutralité appliquée au religieux. Pour Martha Nussbaum, l'existence d'une neutralité spécifique et rigoureuse forme un argument difficilement contestable qui justifierait les aménagements pour les convictions religieuses, précisément du fait de désavantages qu'elles seules rencontrent. Elle explique, en effet, que le principe de non établissement – en France cela fonctionne avec la séparation ou la laïcité – ne s'oppose en aucun cas à l'érection d'une exposition publique honorant Emmanuel Kant ou John Stuart Mill. Aucun principe ne s'y opposerait. En revanche, une telle exposition honorant Jésus, Mahomet ou Krishna serait prohibée²⁵⁶⁷. Il est évident que la religion se voit soumise à des principes spécifiques présents pour assurer la distinction entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux et prévenir le respect de la neutralité. Mais pas toujours de l'égalité. L'attitude négative imposée à l'État est probablement bien plus intense à l'égard des convictions religieuses que celles non religieuses. Pour autant, il n'est pas impossible d'honorer des personnalités religieuses dans un but éducatif ou historique, par exemple. La personne publique honore une personnalité pour ce qu'elle a apporté culturellement ou historiquement, par exemple ; cela ne doit pas signifier qu'elle emprunte ses conceptions de la vie. Peut-être est-ce la « neutralité des apparences » qui brouille le traitement égalitaire des convictions. De toute évidence, des conceptions de la vie sont plus saillantes que d'autres, ne serait-ce que par leur histoire et leur popularité dans le monde, ce qui explique un rejet plus aisé par la neutralité. L'État ne pouvant être véritablement neutre, il arbore toujours une conception particulière de la vie, mais il est probablement plus

²⁵⁶⁴ Rappelons que le Conseil d'État a modifié sa jurisprudence en 2011 pour accepter le subventionnement d'activités culturelles ou sociales d'associations dites « mixtes » (CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Montpellier*, n° 31518 ; CE, Ass., 19 juill. 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône*, n° 308817, Rec. p. 392 ; CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Trélazé*, n° 308544, Rec. p. 370 ; CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans métropole* ; *AJDA*, 2011, p. 1667, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *D.*, 2011, p. 2025, édito F. ROME et p. 2375, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *AJCT*, 2011, p. 515, obs. M. PERRIER ; CE, 19 juill. 2011, *Mme Vayssière*, n° 320796 ; *RFDA*, 2011, p. 967, concl. E. GEFFRAY) et que la loi de 2021 a encadré, si ce n'est éclairci, sur le plan comptabilité de l'association cette pratique (art. 73 de la loi n° 2021-1109, 24 août 2021, *confortant le respect des principes de la République*, JORF n° 0197, 25 août 2021). De même, elle accepte les financements d'équipements également dits « mixtes » – à caractère tant culturel que culturel – (CE, 3 oct. 2011, *Communauté d'agglomération Saint-Étienne métropole* ; *AJDA*, 2011, p. 1926 ; *AJCT*, 2012, p. 264, note E. PECHILLON).

²⁵⁶⁵ Derrière ces aides indirectes, l'intention de la personne publique de réduire les inégalités de faits nuance nos affirmations, puisqu'il est question, dans le fond, d'aider l'exercice du culte (M. LE ROUX, « La règle d'abstention financière des pouvoirs publics en matière culturelle », *RDP* n° 1, 2007, p. 261).

²⁵⁶⁶ Assouplissement important prévu par l'article 2 de la loi du 25 décembre 1942.

²⁵⁶⁷ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New-York, Basic Book, 2008, p. 166.

aisé d'afficher une conception athée plutôt que religieuse, qui, quant à elle, serait aisément rejetée par l'État. Il s'avère plus simple et systématique de considérer qu'une personne célèbre indirectement la religion en elle-même, au lieu de la personnalité en vérité honorée, lorsque celle-ci occupe une place centrale dans une croyance (Jésus ou Mahomet, par exemple), que pour des personnalités philosophiques.

896. Une nouvelle fois, le traitement juridique ne peut omettre les considérations sociales à l'endroit du fait religieux. Seulement, les réactions virulentes à l'encontre de certaines pratiques religieuses, notamment au nom d'une forme particulière de neutralité ou de laïcité, peuvent entraîner des inégalités entre convictions, à la faveur des convictions non religieuses, alors insoupçonnées. Bouchard et Taylor précisent par exemple qu'une règle interdisant, comme en France, le port de signes religieux dans les établissements publics, favoriserait ceux arborant des convictions philosophiques, religieuses ou spirituelles n'exigeant pas le port de tels types de signes²⁵⁶⁸. Il est vrai que des convictions philosophiques fortes et ancrées, qui s'expriment par un style vestimentaire, ne subissent pas les mêmes restrictions. L'égalité intervient sur bien des niveaux, mais à la fin l'égalité universaliste n'en sort que diminuée. Cela étant, une telle atteinte à l'universalisme n'a en réalité rien de nouveau et c'est, à ce titre, la source du problème.

SECTION 3. La place ambiguë de la religion dans le champ des libertés : une inégalité des convictions historique et durable

897. Nous avons maintes fois souligné que la liberté de religion était le principal fondement, voire l'origine, du régime des cultes²⁵⁶⁹. Cette liberté occupe assurément une place tout à fait ambiguë au sein de la problématique de l'égalité des convictions. En effet, l'on a tendance à attribuer une certaine particularité à la liberté de croyance religieuse par rapport aux autres convictions, notamment philosophiques²⁵⁷⁰, ce qui explique d'ailleurs que l'on traite d'une véritable liberté de religion. En France, la conviction religieuse occupe cette place particulière depuis les toutes premières saisies juridiques modernes du fait religieux (**PARAGRAPHE 1**). Ce traitement particulier est d'autant plus avéré que le modèle français appréhende de longue date le fait religieux par une approche objective qui accroît le particularisme de son incorporation juridique, voire participe de celle-ci (**PARAGRAPHE 2**). Cette place particulière fait finalement de la liberté de religion une liberté spéciale et à part entière (**PARAGRAPHE 3**). L'égalité de conviction en ressort *ab initio* atteinte.

²⁵⁶⁸ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008, p. 148

²⁵⁶⁹ Rappelons-le, la liberté de religion est tout ce qui a trait à la croyance religieuse et à sa manifestation. Elle renvoie traditionnellement à la liberté de conscience (qui dépasse le cadre de la seule liberté de religion) ou de conviction, et à au libre exercice du culte.

²⁵⁷⁰ Voir J.-M. WOEHRLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, op. cit., p. 60-61.

PARAGRAPHE 1. Une place historiquement spécifique de la religion dans le champ des libertés

898. La spécificité de la religion se perçoit dès l'époque révolutionnaire et le long du XIX^e siècle (A), mais la loi de séparation n'a pas totalement tiré un trait sur cette spécialisation (B).

A) De la Révolution française à la loi de séparation : une spécificité difficilement ignorée de la croyance religieuse

899. La question de l'égalité en matière religieuse est ancienne, mais elle omet, voire rejette, très souvent la place des autres convictions. Dès les écrits de John Locke, par exemple, était postulée une forme d'égalité mais purement religieuse ; l'incroyance n'y apparaissait pas défendable et tolérable²⁵⁷¹. Il faut dire que les révolutionnaires, et plus spécifiquement les penseurs des Lumières, étaient majoritairement croyants²⁵⁷². Le contexte historique ne laissait que peu de places à l'indifférence religieuse.

900. Pourtant, c'est en France que s'imposa lors de la Révolution la volonté de rompre avec l'hégémonie religieuse et de consacrer le respect de tout for interne avec la liberté de conscience quand, à l'inverse, les États-Unis privilégièrent initialement la liberté de religion²⁵⁷³ et la Grande-Bretagne rejeta la prétention révolutionnaire à l'universel²⁵⁷⁴. Néanmoins, de manière très générale, et la France n'y déroge que partiellement, le domaine religieux fonda l'origine de la liberté de conscience puisqu'il en était initialement la seule cible²⁵⁷⁵. Cela s'explique probablement par le fait que la religion formait une réelle entité politique, rivale de l'État, et parce que l'autonomie de conscience « ne consistait pas tant en une liberté conquise par l'individu isolé qu'en une victoire de l'Église, régnant dans un domaine abandonné à sa juridiction »²⁵⁷⁶. Surtout, la question de la liberté de conscience est née par les persécutions religieuses du Moyen Âge, à travers la domination et l'inquisition pratiquée à l'encontre des doctrines et opinions non orthodoxes, puis des réformés au XVI^e siècle²⁵⁷⁷. Partant, l'histoire de la liberté de conscience à travers les convictions non religieuses est complexe à retracer

²⁵⁷¹ *Ibid.* Preuve d'une société d'époque très généralement religieuse, Bayle partageait cette idée selon laquelle la liberté de conscience ne bénéficiait pas aux athées (T. KSELMAN, *Conscience and Conversion. Religious Liberty in Post-Revolutionary France*, New Haven, Yale University Press, 2018, p. 23).

²⁵⁷² Sauf quelques figures, comme le peu connu Meslier, curé de l'Église au XVII-XVIII^e qui écrivit un mémoire dans lequel il défendit son athéisme profond et formula d'acribes critiques sur *la vérité* qu'il avait toute sa vie dû prêcher sans y croire un seul mot (voir notamment S. DERUETTE (propos recueillis par M. RIGLET, « Les Lumières et la question de l'athéisme, la figure du curé Meslier », *Humanisme*, n° 312, 2016/3, p. 55-61).

²⁵⁷³ Aux États-Unis, c'est la liberté de religion qui fit une apparition avant celle de conscience. Quand cette dernière fut seulement évoquée lors des travaux préparatoires (par des projets et propositions), la liberté de religion fut intégrée dans le texte constitutionnel (S. GUICHARD, « Convictions et croyances : que protège la liberté de conscience ? », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 48, n° 3, 2019, p. 361-381).

²⁵⁷⁴ D. AVON, *La liberté de conscience. Histoire d'une notion et d'un droit*, PUR, 2020, p. 553.

²⁵⁷⁵ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993, p. 3.

²⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 16.

²⁵⁷⁷ G. LE CADRE, *La liberté de conscience. Son évolution et son Application dans notre droit moderne*, Thèse de doctorat en droit, Rennes, Eugène Prost, 1909, p. 8 et s.

considérant que, dans la grande majorité des cas, elle est exposée sous le seul angle des convictions religieuses²⁵⁷⁸.

901. Le premier texte moderne à être intervenu en matière de conscience n'est autre que l'article 10 de la DDHC. La complexité des discussions autour du texte et de son adoption révèle d'ores et déjà l'ambiguïté de la place de la religion en droit français.

902. Certains voient dans ce texte une égalité initiale entre convictions. Geneviève Koubi décèle dans ces dispositions un fondement libéral et égalitaire : « le fondement de la liberté d'opinion, le fondement de la liberté religieuse, le fondement du principe de non-discrimination à raison des opinions, des convictions et des croyances »²⁵⁷⁹. Selon Dominique Avon, la formule visait à faire primer le citoyen sur le croyant et témoigne d'une position selon laquelle « l'adhésion de foi relevait d'un choix individuel comme toutes les autres "opinions" »²⁵⁸⁰. Cette approche n'était pas bien éloignée de la volonté d'axer le nouveau régime post-révolutionnaire sur une nature humaine commune, sur des droits universels²⁵⁸¹. De fait, rien n'était aussi limpide, ni clairement tranché. Si les conservateurs – principalement catholiques – recherchaient en majorité la consécration du seul culte public et autorisé catholique, du côté des libéraux la place des convictions non religieuses et religieuses restait floue²⁵⁸².

903. L'athéisme n'était que peu considéré dans une France révolutionnaire en très grande majorité catholique. Tout au plus, la Révolution engendra une nouvelle forme de religiosité : la création de « cultes révolutionnaires », empruntant souvent l'existence d'une forme de divinité aux croyances théistes²⁵⁸³. Lors de son célèbre discours du 22 août 1789, Mirabeau, par exemple, fit référence à la diversité des opinions religieuses et, plus encore, à la diversité des esprits, pour défendre la liberté de religion²⁵⁸⁴. Le lendemain, il aiguïsa sa pensée en affirmant que « le culte est une opinion ; tel ou tel culte est le résultat de telle ou telle opinion [...] votre pensée est à vous ; elle est indépendante, vous pouvez l'engager »²⁵⁸⁵. Si le comte paraissait sensible à des considérations très générales sur la liberté de conscience, les débats ne tournèrent qu'autour des « opinions religieuses »²⁵⁸⁶. Dans le non moins célèbre discours de Rabaud de Saint-Étienne, il était également fait mention d'égalité et des non catholiques, mais, une nouvelle fois, la place des non religieux n'était pas débattue²⁵⁸⁷. D'ailleurs, la proposition du député qui faillit être adoptée précisait une liberté d'opinion générale, mais enchaînait

²⁵⁷⁸ Par exemple G. BONET-MAURY, *Histoire de la liberté de conscience en France*, Paris, Felix Alcan, 1900.

²⁵⁷⁹ G. Koubi, « En marge d'un "conflit" : observations sur la liberté d'opinions, "mêmes" religieuses... », *LPA*, n° 36, 1991, p. 16.

²⁵⁸⁰ D. AVON, *La liberté de conscience...*, *op. cit.*, p. 613.

²⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 612.

²⁵⁸² Rappelons que le terme d'« ordre public » de l'article 10 constituait, pour partie, un important recul pour les libéraux et une certaine victoire pour les catholiques, qui y voyaient le synonyme du « culte public » qu'ils souhaitaient imposer.

²⁵⁸³ J. BAUBEROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France*, Paris, Seuil, 2002, coll. « Points. Histoire », p. 66-67.

²⁵⁸⁴ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. VIII, Paris. P. Dupont, 1875, p. 473.

²⁵⁸⁵ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. VIII, Paris. P. Dupont, 1875, p. 477.

²⁵⁸⁶ Selon la mention qui sera débattue du parlementaire de Castellane (*ibid.*).

²⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 478.

directement avec la liberté de professer le culte et l'interdiction d'inquiéter un individu pour sa religion²⁵⁸⁸.

904. Il n'empêche que, lors des discussions concernant l'article 10 de la Déclaration, le terme « opinion » était privilégié par les penseurs libéraux. Il correspondait à une vision individualiste et qui manifestait une prise de conscience de la diversité des choix personnels²⁵⁸⁹. Ainsi, Étienne Dumont, collaborateur de Mirabeau, témoignait anonymement dans un écrit suivant l'adoption de l'article 10 de la DDHC²⁵⁹⁰. Celui-ci voyait à travers le terme « opinions » « toute opinion en général » et craignait ainsi que la notion de trouble à l'ordre public, comprise dans la suite de la disposition, permette de sanctionner ces opinions au nom du culte majoritaire²⁵⁹¹. Pour François Quastana, Dumont est alors « l'un des premiers à souligner que l'expression “même religieuses” par son caractère englobant tend à mettre sur le même pied, les opinions religieuses, politiques, sociales ou philosophiques » – bien que ce soit, du point de vue de Dumont, dans la répression²⁵⁹².

905. Seulement, la religion s'exprime à travers ses manifestations extérieures, à savoir le culte. Or, au départ la manifestation religieuse se trouvait particularisée, y compris dans la formulation de l'article 10 initialement proposée Monsieur de Castellane²⁵⁹³. Certes la motion de Castellane, partagée par Mirabeau, pouvait exprimer une vision dans laquelle les catholiques et non catholiques disposaient d'un égal droit de croire et de pratiquer la religion de leur choix²⁵⁹⁴, mais cela ne signifiait pas clairement une égalité des convictions, puisque la manifestation de la conviction n'était que religieuse. Claude Langlois est pourtant optimiste et y voit la trace du refus d'une particularisation religieuse et la consécration d'une pratique universelle et du pluralisme religieux²⁵⁹⁵. L'auteur dit vrai lorsqu'il décrit la priorité accordée à l'opinion sur la religion et le culte, impliquant alors un recentrage sur la diversité des choix personnels²⁵⁹⁶, mais pour ce qui est de la formulation de de Castellane, elle renvoie à la fin à la manifestation des seules opinions religieuses. Nous avons ci-dessus observé que même lorsque Mirabeau aborde la protection de toutes les opinions, il traite ensuite du seul libre exercice du

²⁵⁸⁸ « Tout homme est libre dans ses opinions ; tout citoyen a le droit de professer librement son culte, et nul ne peut être inquiété à cause de sa religion » (*ibid.*, p. 480).

²⁵⁸⁹ C. LANGLOIS, « Religion, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *Revue française de sociologie*, n° 30-3-4, 1989, p. 471-496.

²⁵⁹⁰ François Quastana établit clairement que l'article anonyme relève de la plume de Dumont (F. QUASTANA, « “Un tombeau qui se cache sous la forme d'un autel...” ordre public et liberté religieuse chez Dumont et Bentham : de la critique de l'article X de la Déclaration de 1789 à celle de “la religion des droits de l'homme” » in M. GANZIN (dir.), *Pensée politique et religion*, Aix-Marseille, PUAM, 2017, coll. « Collection d'Histoire des idées politiques »).

²⁵⁹¹ « Confiance d'un arrière-neveu du Père de la Chaise, à un Religieux, Docteur de Sorbonne, sur l'article dixième de la *Déclaration des droits de l'homme*, par l'Assemblée Nationale, portant ; *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* », *Courrier de Provence*, vol. 3, n° XX, 9-10 sept. 1789, p. 12-24.

²⁵⁹² F. QUASTANA, « “Un tombeau qui se cache sous la forme d'un autel...”... » in M. GANZIN (dir.), *Pensée politique et religion*, *op. cit.*, p. 249.

²⁵⁹³ « Nul homme ne doit être inquiété pour ses opinions religieuses, ni troublé dans l'exercice de son culte » (*Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. VIII, Paris. P. Dupont, 1875, p. 476).

²⁵⁹⁴ T. KSELMAN, *Conscience and Conversion...*, *op. cit.*, p. 14.

²⁵⁹⁵ C. LANGLOIS, « Religion, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *art. préc.*

²⁵⁹⁶ *Ibid.*

culte. Malgré tout, les libéraux souhaitaient préserver une rédaction individualiste de l'article 10. L'absence de renvoi aux manifestations précisément religieuses dans la rédaction finale confortait ce souhait et, par là même, préservait l'aspect égalitaire de la disposition, laissant envisager qu'elle puisse concerner des convictions non religieuses.

906. S'agissant du reste de la disposition, pour certains la signification du « même » après « opinions » était égalitaire : « les croyances religieuses ne dérogeaient pas aux autres opinions » et ces termes marquent « l'équivalence de toutes les opinions »²⁵⁹⁷. Pour Geneviève Koubi, l'adverbe « même » ne traduit en aucun cas une faveur pour l'opinion religieuse mais, au contraire, rattache celle-ci à toutes les opinions en général, sans distinction de nature²⁵⁹⁸. En revanche, il est à l'époque question des mentions du mot « même » au pluriel²⁵⁹⁹, signifiant un adjectif et revenant alors « à déclarer l'égalité de traitement juridique des opinions, morales, philosophiques, culturelles, politiques », plaçant au passage, « sur un même niveau, les différentes religions (ou ordre de pensées religieuses reconnu comme tel) »²⁶⁰⁰. La préférence pour l'adverbe interroge donc davantage, car le mot peut sous-entendre une considération particulière accordée à l'opinion religieuse²⁶⁰¹.

907. Si, aux yeux de Geneviève Koubi, l'esprit égalitaire qui irrigue la Déclaration amène à traduire ce « même » par « également », le contexte des débats laisse encore dubitatif. Du côté des conservateurs, la disposition votée à l'époque visait très certainement les seules opinions religieuses, et pour certains uniquement catholiques. Les libéraux prêchaient souvent une égalité des opinions religieuses. Les convictions non religieuses semblaient parfois sous-entendues, mais ressortaient omises dans l'expression claire des discours. Il était donc surtout question d'égalité entre religions, non entre convictions. Le contexte historique explique ces conceptions et tout porte toutefois à croire que la vision prônée par les penseurs libéraux et des Lumières était par moments celle d'une égalité des convictions. Toujours est-il qu'avec l'article 10 et ses débats, il semblerait qu'il y ait eu « trop de religion ou, pour le dire autrement, que la religion n'a pas été mise à la place qui l'eût rendue compatible avec la Déclaration sans phrase et sans négation, de la liberté de conscience comme droit naturel et comme droit civil »²⁶⁰².

908. Difficile de s'appuyer sur les événements postérieurs pour s'aider puisqu'ils corroborèrent ce constat. Certes, les premiers pas de la sécularisation allèrent dans le sens de la liberté de conscience, et conséquemment d'une égalité des convictions, mais les crises

²⁵⁹⁷ D. TEYSSEIRE, « La valeur d'une incise : le "même(s) religieuses" de l'article X de la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789 marque-t-il le triomphe de la tolérance en matière religieuse ? », *Cahiers de Fontenay*, n° 71-72, 1993, p. 165-178.

²⁵⁹⁸ G. Koubi, « En marge d'un "conflit" : observations sur la liberté d'opinions, "mêmes" religieuses... », *art. préc.*

²⁵⁹⁹ Voir note 5 de l'article D. TEYSSEIRE, « La valeur d'une incise : le "même(s) religieuses" de l'article X de la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789 marque-t-il le triomphe de la tolérance en matière religieuse ? », *Cahiers de Fontenay*, n° 71-72, 1993, p. 165-178

²⁶⁰⁰ G. Koubi, « Article 10 » in G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBoul (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 214.

²⁶⁰¹ *Ibid.*

²⁶⁰² B. KRIEGL, *La politique de la raison*, Paris, Payot, 1994, p. 212.

politiques et instabilités malmenèrent certains principes posés, y compris par des textes constitutionnels²⁶⁰³. S'ensuivit la formation progressive du régime des cultes et la place préservée de l'Église catholique aux côtés de l'État exprima une direction contraire. Que ce soit pour défendre la place de la religion catholique ou celle des cultes minoritaires, le débat sur les consciences se limita très globalement aux convictions religieuses et à leur exercice du culte. À partir de ce moment, la liberté de conscience est constamment restée confondue avec celle des cultes. La Constitution de 1791 en fut la première illustration²⁶⁰⁴.

909. De toute évidence, l'indifférence religieuse ne fut acceptée que tardivement. Bien que la Révolution consacra la liberté de conscience, dans les faits le XIX^e siècle resta marqué par la religiosité, même dans des formes plus athées ; elle ne laissa que peu de place à l'indifférence religieuse²⁶⁰⁵. De fait, quasiment tous les partis présents lors de la Révolution et de l'établissement de la DDHC gardaient un pied dans l'Ancien Régime pour consacrer la liberté de religion, et pas seulement les conservateurs, ce qui expliqua ensuite – et s'illustra par – la Constitution civile du clergé, l'idée d'une religion nationale, d'un service public du culte, etc.²⁶⁰⁶. Même les pensées les plus modernes se détournaient difficilement du rôle social que jouait la religion, notamment comme ciment de la société post-révolutionnaire. Ils ne se détournaient pas non plus de sa place en tant que véritable organisation, mais également instrument politique, et ce, parfois au détriment direct des indifférents. Clermont-Tonnerre, pourtant esprit libéral de l'époque, écrivait précisément dans ses analyses de l'époque à propos de la Constitution civile du clergé qu'« il n'est pas des opinions religieuses comme des opinions politiques ou philosophiques ; elles sont d'un tout autre ordre et d'une nature particulière »²⁶⁰⁷. Ce sont ces mots qui poussent Yann Fauchois à se demander si la formulation « même religieuses » de la DDHC « n'était pas simplement destinée à marquer la spécificité accordée

²⁶⁰³ Comme l'explique Georges Le Cadre, la Constitution du 3 juin 1793 décréta étonnamment « le droit de manifester sa pensée et ses opinions » pendant que « le Gouvernement aux abois redoubl[era] de violences » (G. LE CADRE, *La liberté de conscience...*, op. cit., p. 29).

²⁶⁰⁴ Elle prévoit dans son Titre Premier, 3^o : « Constitution garantit pareillement, comme droits naturels et civils [...] La liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché » (nous soulignons).

²⁶⁰⁵ « La plupart du temps, la liberté de ne professer aucun culte reste un combat constant jusqu'au basculement dans le deuxième seuil qui se produit des années 1880 à 1905 » (J. BAUBEROT, « Laïcité, athéisme, indifférence religieuse. Pistes de sociologie historique » in P. BRECHON et A.-L. ZWILLING (dir.), *Indifférence religieuse ou athéisme militant ? Penser l'irréligion aujourd'hui*, Grenoble, PUG, 2020, coll. « Libres cours Politique », p. 47).

²⁶⁰⁶ P. ROLLAND, « Penser la liberté religieuse en 1789 : Stanislas de Clermont-Tonnerre », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n^o 49, 2019, p. 65-100. L'auteur explique justement que Clermont-Tonnerre était un des rares à porter une vision bien plus moderne de la liberté de religion, notamment en postulant déjà une forme de séparation entre religion et État.

²⁶⁰⁷ Il poursuivait en dénonçant fermement le serment mis en place : « [l']omission d'une cérémonie, un changement dans la hiérarchie, des circonstances, même minutieuses, suffisent pour que l'homme religieux se refuse à reconnaître identité entre le culte qu'il professe et celui que l'on modifie. Comme il est seul juge et juge souverain de son opinion religieuse, personne ne peut lui prouver, ni le forcer à reconnaître que celle qu'on lui présente est la sienne » (S. DE CLERMONT-TONNERRE, « Analyse raisonnée de la constitution française décrétée par l'assemblée nationale » in *Œuvres complètes de Stanislas de Clermont-Tonnerre*, Paris, Chez Letellier, t. 4, An III, p. 194).

par les Constituants aux opinions religieuses qui ne sont pas des opinions comme les autres »²⁶⁰⁸.

910. Partant, sous le Concordat, les « indifférents » ne furent que tolérés²⁶⁰⁹. Ils devaient subir l'imprégnation, tant sociale que juridique, de la religion et ne bénéficiaient pas de l'égalité avec les croyances religieuses, surtout reconnues²⁶¹⁰. Certaines religions restant, en effet, directement visées par les textes, le Concordat ne fit que conforter l'idée d'une forme de « hiérarchie des citoyens en fonction de leurs croyances »²⁶¹¹. Tout ce que nous avons exposé à propos des inégalités des cultes patentes durant le XIX^e siècles s'applique nécessairement s'agissant des inégalités des convictions, puisque le traitement particulier d'une religion par rapport à une autre est également spécifique par rapport à toute autre conviction.

911. Tandis que l'égalité des cultes importait de plus en plus, la question de l'égalité à l'égard de convictions non religieuses était principalement absente des débats du XIX^e siècles. Quand l'on s'interrogeait par exemple sur le subventionnement des religions lors de la Seconde République, il s'agissait de garantir l'égalité des cultes et rares sont les parlementaires comme Lavallée à avoir souligné la place de convictions non religieuses²⁶¹². Cette absence se répercutait alors sur la rédaction des textes constitutionnels qui, le long du XIX^e siècle, ne comprenaient que des mentions de la liberté de culte ou de religion, mais aucun de la liberté de conscience en général²⁶¹³.

912. Parallèlement, néanmoins, des évolutions juridiques augurèrent des changements de mentalité, comme la fin progressive du serment *more judaïco* au milieu du siècle. Elle marqua une étape, non seulement pour l'égalité sans distinction de religion, mais aussi bien pour la liberté de conscience individuelle et la liberté de choix, faisant de l'indifférence et l'incroyance

²⁶⁰⁸ Y. FAUCHOIS, « La difficulté d'être libre : les droits de l'homme, l'Église catholique et l'Assemblée constituante, 1789-1791 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 48-1, 2001/1, p. 71-101.

²⁶⁰⁹ Portalis, notamment, refusait une reconnaissance du pluralisme au profit des athées. Il tint les propos suivants : « le scepticisme de l'athée isole les hommes autant que la religion les unit ; il ne les rend pas tolérants mais frondeurs [...] » (J. BAUBEROT, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, *op. cit.*, p. 43)

²⁶¹⁰ J. BAUBEROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France*, *op. cit.*, p. 143 et note 1 de ladite page.

²⁶¹¹ P. PORTIER, *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, PUR, 2016, coll. « Histoire », p. 185.

²⁶¹² Lors des débats sur l'article 7 de la Constitution qui touchait au financement des cultes reconnus, Lavallée proposa l'absence de tout subventionnement des cultes et souligna l'impossibilité de reconnaître tous les cultes également, notamment car cela constituerait « une révoltante iniquité pour les gens dont le culte "était de ne pas en avoir" [c'est là un grand mal, rajoutait-il toutefois au détour d'une autre phrase], pour les athées à qui l'on ne pouvait en bonne justice arracher une subvention pour un culte quelconque » (*Le Moniteur universel*, n° 263, 19 sept. 1848, p. 2496).

²⁶¹³ Les chartes constitutionnelles de 1814 et 1830 mentionnaient que « chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection » (art. 5). La Constitution de 1848, malgré son avant-gardisme, disposait : « chacun professe librement sa religion, et reçoit de l'État, pour l'exercice de son culte, une égale protection. Les ministres, soit des cultes actuellement reconnus par la loi, soit de ceux qui seraient reconnus à l'avenir, ont le droit de recevoir un traitement de l'État » (art. 7). La Constitution de 1852 ne faisait pas de catalogues de droit, mais précisait juste que le Sénat pouvait s'opposer à la promulgation « des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes [...] » (art. 26).

un thème de plus en plus central²⁶¹⁴. Progressivement, certains penseurs, comme Alexandre Vinet, malgré leur foi, soutinrent une vision cohérente de la liberté de conscience au profit de croyances non uniquement religieuses²⁶¹⁵. D'autres mirent la situation des athées ou autres convaincus areligieux au cœur de leur réflexion et firent des propositions de lois visant à dénoncer les atteintes à la liberté de consciences engendrées par de nombreuses prescriptions ou privilèges rapportés à la religion²⁶¹⁶. En somme, nombreux sont les auteurs et penseurs politiques à avoir défendu une relégation de la religion à la sphère privée, au droit commun, au rang des autres convictions, à la liberté individuelle de conscience ou de penser²⁶¹⁷. Nonobstant la place prépondérante de la religion dans les discussions, la pensée politique du XIX^e siècle, progressivement, fut marquée par le développement d'une notion de liberté de conscience reposant à nouveau sur la morale et la raison, et l'imposant comme socle de la liberté des athées et indifférents²⁶¹⁸.

913. En définitive, le premier essor de la liberté de conscience s'opéra contre la religion dominante, mais pour les religions minoritaires, donc cantonné dans le domaine de la croyance. L'émancipation affirmée, tout au long du XIX^e siècle, de la liberté de conscience s'est également construite contre la religion dominante, mais cette fois-ci au profit de l'indifférence religieuse²⁶¹⁹. Ces évolutions arrivèrent toutefois bien tardivement. Ce résumé historique révèle à quel point la conviction religieuse était centrale, tant à cause des conflits entre autorités politiques que de la question de la liberté de conscience. Peu d'intérêt fut accordé aux convictions areligieuses. Même les évolutions décrites durant le XIX^e siècle n'échappèrent pas à cet ancrage de la spécificité religieuse, pas plus que la loi de séparation qui suivit.

²⁶¹⁴ J.-Y. PIBOUBES, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle. Études pour Alain Corbin*, Paris, Créaphis, 2005, p. 162. L'auteur expose par la suite à quel point la problématique du serment judiciaire éveille des réflexions sur la liberté de conscience. Les débats remettant en question ce système plaçaient de plus en plus le respect des consciences en leur front.

²⁶¹⁵ « La liberté de conscience n'est pas seulement la faculté de se décider entre une religion et une autre, c'est aussi essentiellement le droit de n'en adopter aucune [...] » soutenait Vinet, avant de devoir se défendre en commentaire d'être non croyant. Mais sa croyance ne devait point empêcher, arguait-il, « d'accorder à l'incrédulité les mêmes droits que nous revendiquons pour la foi religieuse ». (A. VINET, *La liberté des cultes*, Paris, Chez les éditeurs, 2^e éd., 1852, p. 38).

²⁶¹⁶ Projet de loi de Jules Roche, exposé des motifs, AN, BB30, 16989 cité dans J.-Y. PIBOUBES, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle...*, op. cit., p. 163-164.

²⁶¹⁷ Voir les approches exposées par Paul Airiau dans son intervention (P. AIRIAU, « La religion est une affaire privée » in *Un siècle de laïcité en France. Centenaire officiel de la loi de 1905*, 2008, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques).

²⁶¹⁸ J. RINGELHEIM, « Athéisme et liberté de conscience en droit international des droits de l'homme », *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n° 1, 2011, p. 33-49.

²⁶¹⁹ Voir cette construction des mentalités dans l'article P. BOUTRY, « Le triomphe de la liberté de conscience et la formation du parti laïc » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France Religieuse*, Paris, Seuil, vol. 3, 2001, coll. « Points. Histoire », p. 138 et s.

B) La loi de séparation ou la difficile rupture avec la tradition historique d'une inégalité des convictions

914. L'idée de séparation constituait aussi l'aboutissement de nouvelles réflexions et d'une laïcité grimpante qui se rattachaient en partie aux défenses des convictions non religieuses. Elle formait également l'aboutissement d'un processus de sécularisation qui répondait fréquemment d'un souci de garantir plus avant la liberté de conscience²⁶²⁰. C'est d'ailleurs cette période, et surtout ce texte, qui marquèrent l'essor de l'indifférence religieuse ou de convictions athées fortes, comme les libres-penseurs – juridiquement et socialement enfin acceptées²⁶²¹. En ce sens, n'oublions pas les mots de Ferdinand Buisson en 1907 sur la loi de séparation : « l'État ne connaît que des citoyens. Catholiques ou protestants, croyants ou athées, ils sont tous égaux en droit devant lui. Il n'a pas plus de faveur pour les uns que de rigueur pour les autres »²⁶²². Président à l'époque de la commission missionnée pour la loi de séparation, il était d'ailleurs de ceux qui percevaient l'inégalité profonde qui régnait sous Concordat à l'égard des convictions non religieuses. Pour lui, seule comptait l'égale liberté de conscience « pour toutes les formes de la pensée religieuse ou irreligieuse »²⁶²³. Selon lui, maintenir « un Dieu de la cité » c'était empêcher chacun de « se faire son Dieu suivant sa conscience » et c'était accorder tout au plus au dissident la tolérance, « non pas la plénitude de la liberté de conscience, l'égalité parfaite devant la loi entre croyants et incroyants »²⁶²⁴. Buisson semblait clairement envisager « l'opinion religieuse comme toute autre opinion », c'est-à-dire « une expression non privilégiée » de l'esprit humain²⁶²⁵. Ce type d'opinion devenait de plus en plus partagé, notamment dans l'hémicycle par les partis de gauche, parfois même à l'appui des penseurs anticléricaux. Pour autant, la loi de 1905 a-t-elle véritablement traduit telle quelle cette pensée ?

915. D'abord, il est évident que les acteurs de l'époque furent obnubilés par le devenir des convictions religieuses sans préoccupation pour les autres. Le contexte de tension centrait inévitablement l'établissement du texte autour du sort de l'Église catholique. Il n'est alors pas surprenant de constater une nouvelle fois l'absence de défense des convictions non religieuses. L'on rattachait souvent à Briand l'idée d'une liberté de conscience et d'une égalité pour toutes

²⁶²⁰ Pour appuyer l'essor de la liberté de conscience vers la fin du XIX^e siècle, Georges Le Cadre cite en grande partie les lois de laïcisation ou sécularisation (p. 43). Il considère par la suite que la loi du 15 novembre 1887 sur les funérailles « est une des premières lois dont le but a été de garantir la liberté de conscience [...] » (p. 72). Il en est de même, par exemple, pour la loi sur la neutralité des cimetières qui, selon les citations de l'auteur, témoigne d'une volonté d'assurer le respect des convictions non religieuses (G. LE CADRE, *La liberté de conscience. Son évolution et son Application dans notre droit moderne*, Thèse de doctorat en droit, Rennes, Eugène Prost, 1909, p. 77).

²⁶²¹ J. BAUBEROT, « Laïcité, athéisme, indifférence religieuse. Pistes de sociologie historique » in P. BRECHON et A.-L. ZWILLING (dir.), *Indifférence religieuse ou athéisme militant ? Penser l'irrégion aujourd'hui*, Grenoble, PUG, 2020, coll. « Libres cours Politique », p. 52.

²⁶²² F. BUISSON, « La Vraie Séparation », *Le Radical*, n° 50, 19 févr. 1907, p. 1.

²⁶²³ Il poursuivait qu'il « n'existe plus trace d'un minimum de doctrine déiste, spiritualiste ou autre, que la nation ait le droit d'imposer » (Parti républicain radical et radical-socialiste, *Quatrième Congrès annuel*, Toulouse, oct. 1904, p. 93).

²⁶²⁴ *Ibid.*, p. 92-93.

²⁶²⁵ « Il existe donc entre l'État et les Églises exactement le même rapport qu'entre le droit de la nation à la souveraineté et le droit de chacun de ses membres à la liberté de conscience ; l'un des deux n'excluant pas l'autre », rajoutait-il (*ibid.*, p. 98).

les convictions, mais la plupart du temps il était question de la seule croyance religieuse²⁶²⁶. Paul Grunebaum-Ballin, quant à lui, semblait prendre en considération la place des convictions non religieuses dans une de ses descriptions du régime antérieur²⁶²⁷. Lorsqu'il dépeignait un système laïque, il en trouvait l'origine dans l'irrémissible reconnaissance de l'antagonisme « des opinions individuelles dans l'ordre religieux et métaphysique » et le caractérisait comme faisant abstraction « des croyances religieuses et des convictions philosophiques »²⁶²⁸. En conséquence, si la séparation visait à mettre fin à la reconnaissance de certaines convictions religieuses, elle confortait d'autant plus l'égalité des convictions qui devait à présent exister et, concomitamment, la liberté de conscience²⁶²⁹. Louis Méjan, de son côté, prônait une rupture du Concordat au profit d'un « aménagement judicieux de la loi applicable à tous les groupements, *même non confessionnels* »²⁶³⁰. Tout porte à croire que l'égalité entre convictions imprégnait le texte de la séparation.

916. Au demeurant, la proposition de Pressensé, qui inspira plus que toute autre l'avant-projet présenté par Briand à la commission, précisait garantir la « liberté des opinions, la liberté de conscience et la liberté de croyance », mais aussi « la libre expression des opinions, *religieuses ou autres* »²⁶³¹. Briand reprit ces termes pour l'article 1^{er}, mais la commission ne retint que la formulation que nous lui connaissons, jugeant inutile le renvoi aux « autres » opinions²⁶³². Le rapporteur insista toutefois pour garder la garantie de la liberté de conscience. Selon lui, jusqu'à présent l'égalité des croyances n'avait pas été proclamée, y compris par la DDHC²⁶³³. Le projet présentait donc le souci de traiter d'une manière identique toutes les croyances et si cette partie fut supprimée, il semble que cette idée initiale demeurerait comme une évidence au sein de l'article 1^{er} de la loi. L'autre projet qui inspira le rapporteur de la loi de séparation, celui de Réveillaud, se préoccupait encore plus expressément du sort d'autres convictions. L'exposé des motifs comprenait une tirade s'adressant aux catholiques, aux israélites, aux protestants, mais également aux libres penseurs « qui font profession de se passer

²⁶²⁶ Briand disait pour défendre l'article 1^{er} de la loi que par cette disposition, la loi assure la liberté « de toutes les croyances, de toutes les religions » (Séance du 12 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1346). Dans son rapport, sur l'article 1^{er} Briand disait à la fois que la République « ne saurait opprimer les consciences », mais également qu'elle ne saurait « gêner dans ses formes multiples l'expression extérieure des sentiments religieux » (*La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1905, p. 265).

²⁶²⁷ « Au contraire, tant qu'il y a plusieurs cultes reconnus, protégés et salariés, à côté d'opinions religieuses ou philosophiques qui ne le sont pas, il y a des religions officielles, à défaut de l'ancienne religion "dominante" » (nous soulignons) (P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État. Étude juridique sur le Projet Briand et le Projet du Gouvernement*, Paris, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1905, p. 20).

²⁶²⁸ *Ibid.*, p. 23.

²⁶²⁹ « Un traitement inégal des différentes convictions religieuses pourrait apparaître comme une atteinte au libre choix d'adhérer à telle ou telle conviction » (J.-M. WOEHLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 630).

²⁶³⁰ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959, p. 523.

²⁶³¹ F. DE PRESSENSE, Proposition de loi sur la séparation des Églises et de l'État, la dénonciation du Concordat et la suppression du budget des cultes, du 7 avr. 1903, disponible en ligne sur : <http://www.eglise-etat.org> (consulté le 25 août 2023) (nous soulignons).

²⁶³² J.-P. SCOT, « L'État chez lui, l'Église chez elle ». *Comprendre la loi de 1905*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, coll. « Points Histoire », p. 189-190.

²⁶³³ *Ibid.*, p. 190.

de toute religion et de tout culte », et à qui il assurait que la séparation les délivrerait « d'un régime dont ils contribuent à payer l'entretien alors qu'ils en subissent tous les inconvénients »²⁶³⁴. Pourtant, dans les articles qu'il proposait, outre la garantie de la liberté de conscience, était ensuite rédigé : « nul ne peut être inquiété pour ses opinions religieuses », ciblant alors ces seules convictions²⁶³⁵. À la lecture des discussions, ces contradictions semblaient courantes et l'objet religieux demeurait souvent spécial.

917. S'agissant du projet final, la loi de 1905 laissait en partie entendre dans ses principes une égalité des convictions. D'abord, le principe de non-reconnaissance pouvait s'interpréter comme reléguant les convictions religieuses au même rang que toute autre conscience, sans la moindre discrimination²⁶³⁶. La liberté de conscience que consacre la loi corrobore également cette approche : « [e]lle se définit donc par la possibilité de choisir une des convictions qui constituent l'ensemble des options spirituelles de l'homme, et s'assortir de l'exigence qu'un tel choix ne donne lieu à aucun privilège, ou à aucune discrimination », ce qui se conjugue avec l'égalité des convictions que consacre la loi de séparation²⁶³⁷. Cette vision optimiste n'est pas partagée par tout le monde. En effet, Geneviève Koubi voit dans la formulation de l'article 1^{er} un rattachement de la liberté de conscience à celle de culte et, par cela, la transformation de l'idée initiale de conscience en « pensée religieuse »²⁶³⁸. Georges Le Cadre dit également que la loi de 1905 régleme la liberté de conscience « là où elle est intimement liée à la liberté des cultes »²⁶³⁹. En effet, rejoignant ce qui se faisait depuis plus d'un siècle, le texte se focalisait précisément sur la manifestation de la conviction religieuse. Il en faisait une liberté à part. Pour Jean-Yves Piboubès, la difficulté à garantir la liberté de conscience des convictions non religieuses, sous la III^e République, s'expliquait précisément pour partie par la priorité donnée à la liberté de culte²⁶⁴⁰. Il semble que la place accordée à la religion dans la loi conforte ces assertions. Cela dit, une telle interprétation ne serait que la continuité historique du stigmat

²⁶³⁴ E. REVEILLAUD, Proposition de loi *sur la séparation des Églises et de l'État*, disponible en ligne sur : <http://www.eglise-etat.org> (consulté le 25 août 2023).

²⁶³⁵ *Ibid.*

²⁶³⁶ « La conviction religieuse est traitée en cela comme les autres types de conviction, c'est-à-dire la conviction athée et la conviction agnostique : si le registre de la vie spirituelle est pleinement libre et conforme à l'égalité de tous, il ne peut s'assortir d'une consécration discriminatoire, ni prétendre fixer une norme spirituelle de référence » (H. PENA-RUIZ, « Permanence de la loi de 1905 » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique », p. 147).

²⁶³⁷ *Ibid.*, p. 153. Dans le même ouvrage Jean-Paul Scot, pour qui loi de 1905 repose avant tout sur la liberté de conscience, tient une approche similaire : « [l]a liberté de conscience n'est pas réductible à la liberté religieuse car la liberté de conscience implique l'égalité de droit de toutes les options spirituelles, religieuses, déistes, agnostiques, athées, matérialistes ou spiritualistes » (J.-P. SCOT, « Genèse de la loi de 1905 » in *ibid.*, p. 54). Dans un autre écrit, l'auteur explique que « la liberté de conscience est affirmée comme le principe premier, comme le premier droit naturel inviolable, égal pour tous les hommes, quelles que soient leurs croyances ou leurs opinions. [...] Depuis 1789, la liberté de conscience est la condition aussi bien de la liberté de religion que de la liberté de pensée, la liberté de croire ou de ne pas croire, d'affirmer sa foi ou de ne jurer que par la raison » (J.-P. SCOT, « Liberté-égalité-laïcité. Genèse, caractères et enjeux de la loi de 1905 », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n° 100, 2007, p. 161-183).

²⁶³⁸ G. Koubi, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux », *JCP G*, n° 29, 1987, 3292.

²⁶³⁹ G. LE CADRE, *La liberté de conscience...*, *op. cit.*, p. 158.

²⁶⁴⁰ J.-Y. PIBOUBÈS, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 167.

des textes antérieurs. Ce qui est certain, c'est que la religion ne fut pas rangée parmi les autres convictions. Sa spécificité fut maintenue et affirmée. Toutes les spécificités prévues dans le texte conforteront à l'avenir les inégalités entre convictions. Nous pensons par exemple au statut des ministres du culte. Nous pensons surtout au traitement défavorable de la religion issu du principe de non subventionnement des cultes ou, surtout, au tri induit par le statut d'association cultuelle qui exclut l'Union des Athées.

918. À tout cela, s'ajoutèrent les entorses à la séparation et l'égalité que la loi de 1905 et les textes qui suivirent durent mettre en œuvre afin de répondre aux difficultés de la réalité sociale. Nous pensons par exemple aux associations diocésaines, dont nous avons déjà souligné l'ambiguïté au regard de l'égalité, ou encore l'article 4 de la loi de 1905. Ces éléments de spécificité religieuse participent davantage de l'inégalité entretenue avec les convictions non religieuses.

919. En tout état de cause, les textes et principes sont avant tout une histoire et un contexte social particulier. Ils se forment dans le compromis et la lutte des nombreuses parties en présence. Peut-être, une nouvelle fois, que le contexte et la place sociétale et sociale de la religion centrèrent le débat sur cette dernière au détriment des autres convictions. Si, par pure imagination, nous demandions à tous les défenseurs libéraux des textes, droits et principes, développés depuis 1789, si ceux-ci sous-tendent le privilège religieux au-dessus des autres convictions, ils répondraient très certainement par la négative. La réponse ne fut justement pas apportée, ni développée, probablement car la question ne se posait que trop peu. Partant, l'importance de la réponse n'en valait sûrement pas le risque encouru. Il reste que ce non-dit traversa les siècles pour perpétuellement parcourir le droit français. Aujourd'hui encore, pour la plupart des commentateurs et acteurs politiques, la religion n'est théoriquement pas une conviction traitée différemment des autres. Ce postulat est défendu abstraitement, mais peu argumenté ou confronté concrètement. Dans la réalité, force est de constater qu'un tel postulat est erroné.

920. Toujours est-il que les textes suivants n'ont pas davantage rectifié les inégalités. Par ailleurs, ce sont en partie les législations postérieures qui, venant ajouter aux privilèges des associations cultuelles, particularisèrent encore davantage le statut des religions²⁶⁴¹. Tous les textes touchant aux convictions ne furent d'ailleurs pas toujours plus clairs concernant la protection des convictions non religieuses. L'article 1^{er} de la Constitution de 1946 précisait : « la France est une République [...] laïque ». Cette disposition ne signifiait pas grand-chose en soi, mais les débats qui l'entourèrent manifestent une ouverture générale des préoccupations à toutes les convictions, non plus seulement religieuses. Au passage, le premier projet de Constitution de 1946 était encore plus explicite et révélateur de la prise en compte d'une forme

²⁶⁴¹ Voir p. 243 et s. et 293 et s.

d'égalité entre convictions²⁶⁴². Concernant le projet final, lors de ces discussions entourant ces dispositions, Maurice Schumann ouvrait le débat en définissant la laïcité par un refus d'immixtion « des autorités religieuses et des clans philosophico-politiques »²⁶⁴³. Dès lors, rajoutait-il, « l'État a le devoir, alors que la nation est composée de personnes qui n'ont pas les mêmes croyances, de permettre à chacun des citoyens de vivre conformément aux exigences de sa conscience »²⁶⁴⁴. Le président de la commission, André Philip, rappela également que la nation est composée d'hommes de toutes confessions et opinions philosophiques, qu'ainsi l'État doit être indépendant « vis-à-vis de toutes les opinions et de toutes les nuances de la pensée philosophiques et religieuses, quelles qu'elles soient »²⁶⁴⁵. Cela dit, la disposition ne fut pas marquée pas d'importants et nombreux débats. Les significations restèrent donc obscures et au gré des quelques intervenants²⁶⁴⁶. Dans le milieu du travail, le Préambule de la Constitution de 1946 avait au moins eu le mérite de protéger à la fois les opinions et les croyances²⁶⁴⁷. Pourtant, le constat du flou interprétatif se répéta à propos du respect de toutes les croyances inclus dans l'article 1^{er} de la Constitution qui, malgré l'absence d'indications quant à sa signification, peut être littéralement lu comme visant la liberté de conscience, sans se limiter aux seules croyances religieuses²⁶⁴⁸, suggérant dès lors une forme d'égalité entre convictions²⁶⁴⁹. D'un autre côté, nous avons vu que le flou entourant cet article pousse les uns à y voir une application de l'égalité formelle entre convictions et les autres à y voir un appui à une égalité réelle poussée entre religions. Jean-Paul Scot va même jusqu'à dire que le respect de toutes les croyances inclus dans l'article 2 (aujourd'hui 1^{er}) de la Constitution contredit la neutralité de l'État, qui induirait plutôt que les croyances soient « soumises comme toutes les opinions au libre examen et à la critique »²⁶⁵⁰. Selon lui, de véritables privilèges ont été octroyés aux Églises et croyants au titre de cette disposition. En effet, les auteurs qui privilégient une conception active de la disposition au profit des religions omettent le fait que l'on puisse interpréter l'article comme impliquant une égalité des convictions.

921. Il n'est pas étonnant, au regard de l'histoire, que la religion occupe une place particulière en droit. L'égalité des convictions a été pensée, elle est défendue, mais n'a pas été assez expressément consacrée. Elle s'est trouvée effacée derrière la nécessaire gestion du fait religieux et la garantie de la liberté de religion. L'inégalité de traitement entre les convictions

²⁶⁴² L'article 13 du premier projet de Constitution du 19 avril 1946 prévoyait effectivement que « [n]ul ne peut être inquiété en raison de ses origines, de ses opinions ou croyances en matière religieuse, philosophique ou politique. La liberté de conscience et des cultes est reconnue par la neutralité de l'État à l'égard de toutes les croyances et de tous les cultes. Elle est garantie notamment par la séparation des Églises et de l'État, ainsi que par la laïcité des pouvoirs et de l'enseignement public » (nous soulignons).

²⁶⁴³ Séance du 3 sept. 1946, *Débats de l'Assemblée nationale constituante*, JORF n° 2, 4 sept. 1946, p. 3474.

²⁶⁴⁴ *Ibid.*

²⁶⁴⁵ *Ibid.*

²⁶⁴⁶ J.-B. TROTABAS, *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*, Paris, LGDJ, 1961, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 12 et s.

²⁶⁴⁷ « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » (al. 5).

²⁶⁴⁸ M. BARBIER, *La Laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 63-64.

²⁶⁴⁹ J.-M. WOEHRLING, « Définition juridique de la religion » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, op. cit., p. 41.

²⁶⁵⁰ J.-P. SCOT, « Laïcité : confusions, dérives et impostures », *La Pensée*, n° 383, 2015/3, p. 13-26.

est historique. Le fait religieux a toujours été spécifiquement appréhendé ; la conviction religieuse a constamment été particularisée. En ce sens, la tradition, tout aussi historique, d'approche objective du religieux ne peut qu'en conforter le constat.

PARAGRAPHE 2. Une inégalité accrue par une conception traditionnellement objective de la liberté de religion

922. La dimension communautaire est une caractéristique si rattachée au fait religieux qu'elle en constitue aussi une spécificité. Nous en voulons pour preuve qu'elle est très fréquemment saisie par les régimes applicables au phénomène religieux, surtout en France. Dès lors, cette attention excessivement portée sur le caractère communautaire du religieux accroît la particularisation de la conviction religieuse.

923. En ce sens, pour les professeurs américain Christopher L. Eisgruber et Lawrence G. Sager, la dimension groupale du religieux explique pour beaucoup la place privilégiée de la croyance religieuse en droit. Sa structure communautaire induit des relations et comportements qui prennent davantage place dans un contexte fermé et personnel, précisément celui du groupe. La particularisation du religieux comme relevant de l'importance de la communauté est également sous-entendue par Danièle Lochak dans son article consacré à la liberté de conscience²⁶⁵¹, ou plus ouvertement encore par Roland Minnerath²⁶⁵². Dominique Laszlo-Fenouillet n'en dit pas moins dans sa thèse : l'essence de la religion se définirait au regard du groupe²⁶⁵³. Enfin, Sylvie Guichard établit rapidement et synthétise que les religions bénéficient d'une protection spéciale qui s'explique, certes par des données historiques, mais également par son organisation en communauté qui n'est pas aussi prégnante chez les convictions non religieuses²⁶⁵⁴.

924. Suivant ces éléments, c'est en partie pour son aspect communautaire que la religion est particularisée. En conséquence, se focaliser juridiquement sur cette dimension accroît les risques des traitements spécifiques de la religion. Le lien entre l'approche objective de la religion et son traitement particulier est d'autant plus avéré que, comme l'indiquait la dernière autrice citée ci-dessus, les convictions non religieuses sont davantage individualisées.

²⁶⁵¹ L'auteur établit à travers plusieurs éléments que la liberté de religion ne saurait être un simple sous-ensemble de la liberté de conscience, notamment car la « même si elle est intériorisée par l'individu qui y adhère, la règle dictée par la religion trouve son origine à l'extérieur de l'individu et, dans la mesure où elle est l'émanation d'une institution, elle revêt un aspect collectif que n'a pas la règle simplement morale [...] » (D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP », p. 182).

²⁶⁵² « Adhérer à une religion, c'est entrer dans la communauté où est transmise la tradition de son fondateur. Toute communauté religieuse a une vie publique visible avec ses rites, son culte, ses temples, ses ministres, son organisation, son engagement social. La liberté religieuse est la liberté d'appartenir à une communauté religieuse. Aussi chaque communauté a-t-elle le droit d'être reconnue par le législateur dans sa structure organisationnelle propre, que celle-ci soit locale, nationale ou supra-nationale » (R. MINNERATH, « La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l'esprit », *Consciences et Liberté*, n° 40, 1990, p. 16-19).

²⁶⁵³ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, op. cit., p. 53.

²⁶⁵⁴ S. GUICHARD, « Convictions et croyances : que protège la liberté de conscience ? », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 48, n° 3, 2019, p. 361-381.

925. C'est en partie pour cette raison que ce constat pose un premier problème. En effet, une appréhension objective de la liberté de religion vise à qualifier ce qui est difficilement démontrable, à savoir la croyance profonde d'un individu. C'est pour cette raison que le choix peut être porté sur une caractérisation de la religion par la collectivité et qu'appréhender les convictions non religieuses, pour la plupart individuelles, s'avère plus ardu²⁶⁵⁵. Or, dans la mesure où la conviction religieuse est fréquemment rattachée à une expression communautaire et collective, persiste un risque d'exclure d'autres profondes convictions qui se montrent davantage individualisées. Ce phénomène transparaît clairement dans la conception du système français, comme l'illustrent les propos d'un rapporteur public à la suite d'une affaire sur la qualification d'association cultuelle : « on conçoit mal une nouvelle doctrine, prônée par deux ou trois personnes, se voir brusquement reconnaître la qualité de religion au motif qu'elle ferait référence à la transcendance, ou au plus qu'humain : l'exigence de la loi est d'ailleurs nette en ce sens, puisque ne sont exonérés que les lieux collectifs de culte »²⁶⁵⁶. Cette description du modèle français est révélatrice à propos de l'objet visé : il s'agit, par le biais du collectif, d'identifier une religion. À ce titre, Louis-Philippe Lampron concluait dans sa thèse que l'approche objective française a pour conséquence d'exclure les convictions « relevant de la création individuelle, ou dont l'existence ne repose pas sur un “dogme” partagé par d'autres adeptes », mais également les « convictions déistes et areligieuses » en ce qu'elles reposent fondamentalement sur une nature individuelle²⁶⁵⁷.

926. Plus encore, les propos du rapporteur public montrent que la question touche plus fondamentalement la conviction en elle-même, car la qualification cultuelle ne s'émancipe pas du rapport à la croyance. L'idée de reconnaître une croyance extravagante, comme les juges américains ont pu le faire²⁶⁵⁸, est loin d'être imaginée en France. Dans un même sens, l'intensité de l'appréhension objective joue sur l'étendue du champ de ce qui est une « conviction religieuse » et explique parfois l'exclusion de croyances pourtant, sur certains points, vraisemblablement religieuses²⁶⁵⁹. Paradoxalement, l'exclusion d'une prise en compte juridique causée par l'approche objective range justement ces convictions, hypothétiquement religieuses, parmi d'autres pour beaucoup non religieuses. L'absence de prise en compte en droit crée une catégorie globale d'exclus hétérogène, dont la composition comprend des convictions à la fois, sociologiquement, très religieuses comme indéniablement séculières, voire parfois entre les deux²⁶⁶⁰. Ressort ici une nouvelle limite de la conception objective, mais plus largement du traitement particulier réservé au religieux : parmi les convictions exclues du

²⁶⁵⁵ J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de McGill*, n° 43, 1998, p. 325.

²⁶⁵⁶ A. BONNET, « Qu'est-ce qu'un édifice affecté au culte ? », *AJDA*, 2004, p. 271.

²⁶⁵⁷ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, Thèse de doctorat en droit, Avignon/Québec, Université Laval/Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2011, p. 126-127.

²⁶⁵⁸ Cour Suprême des États-Unis, *Bowen c. Roy.*, *préc.*

²⁶⁵⁹ Louis-Philippe Lampron décrit cette analyse avec l'exemple du syncrétisme qui, pour certains systèmes, pourrait ne pas être considéré comme une conviction religieuse (*L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, *op. cit.*, p. 48).

²⁶⁶⁰ Songeons à une philosophie progressivement détachée d'une religion traditionnelle.

régime, notamment car elles sont plus individuelles, certaines s'avèrent indéniablement vécues par leurs adeptes comme étant religieuses et/ou sont caractérisées sociologiquement et consensuellement comme telles. Du reste, ces inégalités de traitement ne sont pas récentes ; elles suivent la logique objective qui accompagna la formation des rapports État-religion, donc du régime des cultes.

927. Historiquement, la survalorisation du caractère collectif de la religion allait effectivement de pair avec une spécificité de la liberté de religion qui écartait la liberté de toute autre conviction, tel que l'illustre dès le XIX^e siècle la pratique du serment religieux, surtout *more judaïco*²⁶⁶¹. En suivant, la loi de 1905, par l'ambiguïté posée à travers le modèle des associations cultuelles – surtout diocésaines – et la reconnaissance claire et nette des groupes à travers son article 4²⁶⁶², conforta une inégalité des convictions en saisissant l'aspect collectif des croyances religieuses. Il en est de même, par la suite, pour la place donnée à la représentativité des religions et à leur inclusion dans différents dialogues privilégiés avec les pouvoirs publics. La particularisation s'étend alors à la comparaison entre groupes : les groupes religieux apparaissent *sui generis*²⁶⁶³, en ce qu'ils sont même distingués des groupes politiques, syndicaux ou humanitaires, ce qui prouve leur particularisation. Nous citons les mots sur l'article 4 de la loi de 1905, très à propos, de Jean-Paul Willaime affirmant que la loi de 1905 était « loin d'assimiler les groupes religieux à des associations ordinaires » et « reconnaît donc la spécificité des groupements religieux »²⁶⁶⁴. Ils connaissent un certain retentissement au sein des développements présents.

928. Pourtant, dès 1791 lors d'une adresse à propos de la C.C.C., Mirabeau avait averti avec brio de l'incohérence d'un tel traitement : « la religion n'est pas, elle ne peut être un rapport social ; elle est un rapport de l'homme privé avec l'infini [...] la religion n'étant que la correspondance de la pensée et de la spiritualité de l'homme avec la pensée divine, avec l'esprit

²⁶⁶¹ Rappelons le passage décrit par Jean-Yves Piboubès à ce propos : le serment « témoigne de la permanence d'une vision traditionnelle qui refuse toute liberté à la conscience individuelle, en faisant de la religion une affaire collective, et qui attribue à chacun une appartenance confessionnelle en *rejetant l'existence de toute forme d'indifférence ou d'athéisme* » (nous soulignons) (J.-Y. PIBOUBÈS, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle...*, op. cit., p.161).

²⁶⁶² Comme le dit Pierre-Henri Prélôt, « quant à la loi de 1905, on sait qu'elle ne se contente pas de protéger les convictions individuelles, mais qu'elle prend en compte l'existence des religions en tant qu'organisations collectives ». Il poursuit : « d'une part la loi de séparation invente, sur le modèle de la loi de 1901, les "associations pour l'exercice d'un culte" [...] c'est précisément en raison de son caractère religieux (cultuel) – sachant que l'exercice d'activités étrangères au culte prive l'association de sa qualité de cultuelle – qu'un groupe pourra bénéficier des avantages liés à ce statut ». Pour l'article 4, il considère que c'est une reconnaissance du « droit pour les Églises de conserver leurs structures propres, parallèlement aux formes associatives légales, faisant même obligation aux autorités publiques de respecter les "règles d'organisation générale du culte" pour la dévolution des biens et plus largement pour toute question touchant au régime des cultes » (« Communautés et communautarisme – les aspects juridiques » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion », p. 228).

²⁶⁶³ E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », p. 203.

²⁶⁶⁴ J.-P. WILLAIME, « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 67-82.

universel, il s'ensuit qu'elle ne peut prendre sous ce rapport aucune forme civile ou légale »²⁶⁶⁵. L'orateur mettait ici en avant le renvoi originel à la conscience des individus s'agissant de la religion, et non à son aspect objectif et social. À l'inverse, la surdétermination collective s'éloigne du placement de la religion parmi les consciences individuelles et privées : « la valeur donnée à la religion viole l'égalité qui devrait prévaloir entre les croyants et les non-croyants, mettant l'État laïque en porte-à-faux avec ses obligations de ne pas privilégier ou dévaluer une quelconque famille de pensée »²⁶⁶⁶.

929. En dépit de toutes ces remarques, était-il réaliste d'affirmer que la religion ne peut être un rapport social ? Était-il réellement possible d'ignorer le fait social d'ampleur que représente le religieux et de le réduire à une simple affaire individuelle ? En définitive, était-il envisageable de ne pas accorder une place spécifique à la religion dans le champ des libertés ? Dans le fond, toute l'histoire des rapports État-religion, de la Révolution française à l'établissement de la loi de 1905 et de ses compromis, poussent à répondre par la négative²⁶⁶⁷. La liberté de religion, donc la conviction religieuse, ressort de cet état de fait comme une liberté en tout point particulière.

PARAGRAPHE 3. La particularisation de la liberté de religion

930. À l'appui des éléments précédents, la liberté de religion apparaît en définitive en droit positif clairement particularisée (A). Les raisons de cette spécificité débordent très certainement le cadre de notre thèse, notamment en ce qu'elles mêlent d'autres disciplines. Il est cependant possible de formuler des pistes de réflexions sur l'origine de cette particularisation (B).

²⁶⁶⁵ Il renvoyait également à la pluralité des convictions en contestant l'existence d'une conscience nationale que tous les hommes se seraient hypothétiquement accordés à professer, précisément parce qu'« il serait encore que chacun d'eux n'aurait un sentiment sincère de religion, qu'autant que chacun serait de la sienne : c'est-à-dire qu'autant qu'il suivrait encore cette religion universelle, quand le genre humain viendrait à l'abjurer » (Séance du 14 janv. 1791, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Paris, P. Dupont, t. 22, 1883, p. 234).

²⁶⁶⁶ D. KOUSSENS, *Secularism(s) in Contemporary France*, Gewerbestrasse, Springer, 2023, p. 74 (nous traduisons).

²⁶⁶⁷ Ce sont les questions – et la réponse sous-entendue – posées par Paul Airiau à la fin de son analyse : « [d]ans ce cadre, faut-il vraiment estimer que la religion est une affaire privée ? Dans un sens juridique, oui, mais dans un sens social, pas le moins du monde, au contraire. Rien n'est plus social – comme le sexe –, même dans la législation française des cultes. Poussons même le bouchon très loin. Après tout, l'opération législative des républicains, pour remodeler le droit des cultes et tenter, plus ou moins, de le rapprocher du droit commun, tout en se fondant sur un individualisme méthodologique *a priori*, sur la fiction d'une individualité de la religion, ne prend-elle pas en fait en compte ce que Durkheim [...] vient d'établir dans *Les formes élémentaires de la vie religieuse* : la religion est un fait social total ? Faut-il ici s'interroger sur le décalage entre l'observation sociologique et la volonté idéologique ? Ou faut-il considérer que l'activité législative est, à sa manière, une pratique de la sociologie, et inversement ? » (P. AIRIAU, « La religion est une affaire privée » in *Un siècle de laïcité en France. Centenaire officiel de la loi de 1905*, 2008, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques).

A) Le constat d'une liberté de religion en définitive particularisée

931. Selon les États et l'histoire, les libertés de l'esprit occupent entre elles des places qui varient. Pour certains, liberté de religion et liberté de conscience reviennent au même. Pour d'autres, la liberté de religion est un sous-ensemble de celle conscience. Nous pouvons aussi considérer ces deux comme des sphères de protection bien distinctes ou qui se touchent sur certains points²⁶⁶⁸. La liberté de religion serait en contact avec celle de conscience à travers la protection des croyances religieuses, mais elle aurait une sphère propre pour la garantie des pratiques religieuses (quand la liberté de conscience protège la manifestation des convictions non religieuses)²⁶⁶⁹. Sylvie Guichard observe toutefois qu'en pratique la liberté de religion jouit d'une protection bien moins restreinte que celle de la liberté de conscience²⁶⁷⁰. L'autrice touche alors du doigt un questionnement fondamental : la liberté de religion est-elle une liberté spécifique ?

932. Tous les éléments exposés ci-dessus corroborent une réponse affirmative. L'histoire montre que si la liberté de conscience fut originelle, elle se rattachait à la religion. Cet objet ne fut ensuite jamais soumis au droit commun des convictions. Il fut juridiquement spécialisé, de sorte que la liberté devint celle de religion ou de cultes. La question des autres convictions et de la conscience en générale sera évincée par celle de la religion et du libre exercice du culte²⁶⁷¹. En effet, la volonté de se focaliser sur l'exercice du culte participa de la particularisation juridique du religieux. Dans le sens commun, la croyance religieuse était la seule conviction irrémédiablement marquée par ses manifestations extérieures. Dès la Révolution, si l'article 10 reste plus ou moins neutre à ce sujet, nous voyons bien que, dans les intentions, même lorsque l'on considérait toutes les opinions, était concomitamment pris en compte le seul exercice du culte.

933. Thomas Kselman fait un graphique de l'évolution de l'emploi des termes en rapport avec la liberté de conscience de 1750 à 1800²⁶⁷².

²⁶⁶⁸ Sylvie Guichard décrit ces approches défendues par certains textes ou travaux préparatoires d'État ou de traités internationaux. Elle illustre celles-ci par des schémas (S. GUICHARD, « Convictions et croyances : que protège la liberté de conscience ? », *art. préc.*).

²⁶⁶⁹ *Ibid.*

²⁶⁷⁰ *Ibid.*

²⁶⁷¹ Suivant ce constat, Jean-Yves Piboubès affirmait finement que la liberté de culte était historiquement souvent protégée et celle de conscience trop oubliée. Pour l'auteur, cela revenait à rapporter la liberté de conscience à un seul droit collectif consenti à une communauté religieuse. La considérer autrement c'était à l'inverse « reconnaître l'autonomie de l'individu », « d'admettre que ses croyances religieuses ne relèvent que de son for intérieur », « accepter l'expression de toutes les opinions, y compris l'athéisme » (J.-Y. PIBOUBÈS, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 157).

²⁶⁷² Figure 1 (T. KSELMAN, *Conscience and Conversion. Religious Liberty in Post-Revolutionary France*, New Haven, Yale University Press, 2018, p. 37).



Figure 2. Ngram of terms referring to religious liberty, 1750–1800. The percentages on the left are based on the total number of two- and three-word phrases in the entire corpus of French works available on Google Books for this period. Search conducted in June 2016.

934. Nous remarquons avec intérêt que la liberté de conscience – d’ores et déjà principalement employée pour les convictions religieuses – est utilisée avec constance jusqu’aux années 1790 où une baisse drastique se produit. C’est le chemin inverse pour le terme de liberté du culte ou des cultes, qui croît particulièrement à l’approche de la Révolution et dans les années 1790²⁶⁷³. L’auteur explique que le terme s’est surtout initialement répandu pour défendre les droits des protestants²⁶⁷⁴. En effet, cet essor correspond logiquement à la défense du libre exercice public des cultes minoritaires, puisque si les protestants purent bénéficier d’une forme de liberté de conscience – plus proche d’une maigre tolérance de l’expression privée du culte – ils restaient démunis d’une autorisation de pratiquer leur religion en public²⁶⁷⁵. L’apologie faite pour ce droit précis se traduisait plus nettement à travers la notion de liberté de culte. Or, cette focalisation sur l’exercice du culte particularisa la manifestation des convictions religieuses et, indirectement, celles-ci. C’est ce que certains auteurs virent à travers l’article 1^{er} de la loi de 1905.

935. En ce sens, il a déjà été montré que la notion de culte ne peut se départir d’une référence religieuse spécifique et excluant certaines croyances²⁶⁷⁶. Plus encore, l’impossibilité de définir ce qu’est le religieux, quand le religieux est avant tout ce que chacun entend comme tel à partir de son for interne, ne fait que se répercuter sur la question de la définition de l’exercice religieux. Or, constater que des convictions défendues par leurs fidèles comme étant religieuses peuvent être dénuées de manifestations cultuelles ou, *a contrario*, que des convictions davantage philosophiques peuvent pratiquer certains rituels, met à mal cette particularisation.

²⁶⁷³ *Ibid.*

²⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 38.

²⁶⁷⁵ Pour un exposé historique sur cette distinction entre la liberté de conscience vue comme exercice toléré de la religion en privé et la liberté de culte comme expression publique de la religion, voir G. BERNARD, « Pratique religieuse et politique de la tolérance dans l’ancien droit français » in S. GUERARD (dir.), *Regards croisés sur la liberté de conscience*, Paris, L’Harmattan, 2010, p. 53 et s.

²⁶⁷⁶ P. ROLLAND, « Qu’est-ce qu’un culte aux yeux de la République ? », *art. préc.*

936. En outre, la protection en droit positif d'une liberté propre à la religion, qui plus est appréciée par une approche objective, lui octroie un statut spécifique et, dans un même temps, témoigne du fait que la religion est particulière. Il n'y aurait pas de liberté précisément applicable à ce qui a trait au religieux s'il n'en découlait pas une protection spécifique, donc nécessairement un régime juridique particulier. L'emploi d'un vocabulaire précis, qui renvoie à une nature précise de conviction, particularise cette conviction par rapport aux autres. Dans le discours du droit, cette particularisation s'accompagne très souvent d'effets juridiques attenants.

937. Pour la jurisprudence, le Conseil constitutionnel se contenta de consacrer avant tout comme PFRLR uniquement la liberté de conscience²⁶⁷⁷. Il l'a fait en se fondant sur l'article 10 de la DDHC et le Préambule de 1946, mais pas la loi de 1905, afin de s'extraire d'une approche purement religieuse de la liberté de conscience. Cela n'empêchait pas certains de croire que la liberté de religion, pourtant absente de tout texte, avait valeur constitutionnelle²⁶⁷⁸. Le Conseil s'évertuait justement à ne pas consacrer de « liberté de religion » ; peut-être percevait-il les risques de particularisation issue d'une telle affirmation. Néanmoins, il céda en 2012 et employa pour la première fois le terme de « liberté religieuse » dans sa décision sur la dissimulation du visage²⁶⁷⁹. Cette formulation n'est pas anodine considérant l'absence du renvoi textuel à cette liberté.

938. En lien avec ces éléments, le juge administratif laisse également penser que la liberté de religion, ou du moins, le plus souvent, de culte, occupe une place toute particulière. D'abord, elle est indéniablement invoquée telle quelle, parfois en lieu et place d'autres libertés, comme celles d'expression, de manifestation ou de réunion. Ensuite, le Conseil d'État y a déjà fait expressément référence en la rattachant à l'article 10 de la DDHC²⁶⁸⁰. Autrement, il renvoie parfois à un principe de « liberté religieuse »²⁶⁸¹. De même, il consacre spécifiquement un « principe constitutionnel de liberté d'expression religieuse »²⁶⁸² et fait de la liberté de culte une « liberté fondamentale » dans le cadre du référé²⁶⁸³. La religion bénéficie alors de libertés spécifiques à son domaine d'action. Toutes les fois où cette liberté est employée, il est largement permis de supposer que le traitement n'aurait pas été le même à l'endroit de groupements non religieux. Par exemple, le Conseil d'État ne se contente pas toujours d'une

²⁶⁷⁷ Décision n° 77-87 DC, 23 nov. 1977, *Loi complémentaire à la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*.

²⁶⁷⁸ C'était notamment ce qu'affirmait Rolland Drago (R. DRAGO, « Laïcité, neutralité, liberté ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 38, 1993, p. 221-230).

²⁶⁷⁹ Décision n° 2010-613 DC, 7 oct. 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ; JCP G, 2010, n° 42, p. 1930, note M. BERTRAND ; n° 43, p. 1977, note A. LEVADE ; AJDA, 2010, n° 42, p. 2373, note M. VERPEAUX ; RFDC, 2011, n° 87, p. 548, note S. M. FATIN-ROUGE et P. XAVIER ; Constitutions, n° 2014-4, p. 483, note M. AFROUKH.

²⁶⁸⁰ CE, 28 sept. 1998, *Association séfarade de Mulhouse*, n° 162289, Rec. p. 343.

²⁶⁸¹ CE, 23 déc. 2011, *Halfon et a.*, n° 323309 ; *Revue juridique de l'économie publique*, n° 701, oct. 2012, concl. F. ALADJIDI ; JCP A, n° 35, 2012, p. 2281, comm. F. DIEU ; *Civitas Europa*, n° 29, 2012/2, p. 137-146, note L. SEUROT.

²⁶⁸² CE, 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, n° 286798, Rec. p. 737 ; AJDA, 2008, p. 1997, étude H. ZEGHBIB ; AJDA, 2008, p. 2013, note P. CHRESTIA.

²⁶⁸³ CE, ord., 16 févr. 2004, *Benaïssa*, n° 264314 et CE, ord., 25 août 2005, *Commune de Massat*, Rec. p. 386 ; B. QUIRIGNY, JCP G, 2006, J., p. 322 ; P. SUBRA DE BIEUSSES, AJDA, 2006, p. 91.

simple mise à disposition de locaux pour des associations religieuses, mais de conditions suffisantes et appropriées pour un exercice décent du culte²⁶⁸⁴. Sur le plan européen, les mêmes doutes subsistent, notamment à l'égard de la dimension collective de la religion, qui bénéficie d'une protection spécifique par l'autonomie des communautés spécifiquement religieuses²⁶⁸⁵

939. Cette spécialisation est d'autant plus un réflexe que la seule liberté de conscience est d'une application timide, dans la mesure où le for interne se montre complexe à protéger, voire impossible pour certains. Surtout, il est difficile de se retenir de toujours ramener la liberté de conscience au seul phénomène religieux, notamment parce qu'elle s'exprime plus ouvertement et souvent par son rattachement à la liberté de religion ou de cultes²⁶⁸⁶. D'ailleurs, la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà opéré un tel *distinguo* entre liberté de conscience et liberté de religion, considérant que seule cette dernière pouvait être exercée par une église en tant que telle²⁶⁸⁷. Pourtant, la liberté de conscience comprend aussi des manifestations de convictions non religieuses. La dimension communautaire du religieux corrobore ici aussi ce caractère spécifique de la liberté de religion, comme tous les autres éléments mentionnés. En substance, la conviction religieuse s'en retrouve, de toute part, traitée différemment d'autres convictions. L'égalité de traitement entre convictions n'existe vraisemblablement pas. Tout cela pousse en tout état de cause à émettre des hypothèses sur cette spécificité de la liberté de religion.

B) Des pistes expliquant la spécificité de la liberté de religion

940. Pour André Bonnet, le fondement de cette « discrimination » – c'est le mot qu'il ose employer – est « celui de la reconnaissance, par l'État lui-même, du fait religieux, au sens strict du terme, c'est-à-dire de la possibilité, de la plausibilité, d'une communication entre le naturel et le surnaturel, entre l'humain et le plus qu'humain, entre l'humain et le divin, quel que soit le terme que l'on décide d'employer pour désigner la manière la plus large possible cette réalité »²⁶⁸⁸. Dans cette optique, nous retombons dans les débats philosophiques justifiant la prise en compte spécifique du religieux. Or, nous avons justement pu constater qu'il n'était pas possible de distinguer la religion par les rapports qu'entretiennent les individus avec leurs croyances. Ce que décrit André Bonnet peut bien s'appliquer à d'autres convictions. Le

²⁶⁸⁴ La mairie avait proposé une salle communale trop petite par rapport à celle demandée par l'association initialement (CE, ord., 23 sept. 2015, *Association des musulmans de Mantes sud*, n° 393639). Voir également TA de Toulon, 17 sept. 2015, *Association musulmane de El Fath*, n° 1503276 : « si elle [la décision de refus] ne fait pas obstacle à ce que les musulmans de Fréjus se réunissent dans la rue pour prier, [elle] fait obstacle [...] à ce que les fidèles bénéficient d'un lieu de culte adapté et approprié à leurs besoins ».

²⁶⁸⁵ CEDH, Gr. Ch., 12 juin 2014, *Fernandez Martinez c. Espagne*, n° 56030/07, §127 et s.

²⁶⁸⁶ On opère ce constat à la lecture de la thèse de Dominique Laszlo-Fenouillet qui défend que la conscience ne se limite pas aux convictions religieuses dans un premier temps, mais qui, en abordant « les bénéficiaires de l'autonomie de conscience » accorde un développement uniquement centré sur la conscience religieuse (une seule mention est faite aux athées toutefois) (*op. cit.*, p. 27 et s.). Ce n'est que plus tard dans son introduction que l'auteur aborde, séparément, l'autonomie de conscience morale (p. 47 et s.).

²⁶⁸⁷ Comm. EDH, 12 oct. 1988, *Verein Kontakt-information-therapie et siegfried hagen c. Autriche*, n° 11921/86, §96-97.

²⁶⁸⁸ A. BONNET, « Qu'est-ce qu'un édifice affecté au culte ? », *AJDA*, 2004, p. 271.

caractère psychologiquement et socialement spécifique de la conviction religieuse ne peut probablement pas être évincé du débat, mais d'autres explications – plus descriptives – peuvent être proposées.

941. Une analyse décrit que les religions, surtout minoritaires, sont particulièrement sujettes à certains préjugés, comme en témoigne d'ailleurs l'histoire. Dans ce cadre, la religion aurait besoin d'une protection juridique visant justement à la traiter, ni mieux, ni pire, que d'autres activités tout aussi légitimes²⁶⁸⁹. Cette approche relève plus de l'étude anthropologique et historique, mais se montre à nos yeux l'une des plus promptes à expliquer factuellement le statut particulier du religieux. Historiquement, de la même manière que la religion fut appréhendée à travers sa communauté, ce sont les multiples persécutions que certaines religions subirent dans le temps qui peuvent pour partie expliquer le privilège dont bénéficie la croyance religieuse en droit. Plus encore, c'est probablement l'aspect communautaire et identifiable qui facilite les persécutions religieuses et justifient donc une protection accrue²⁶⁹⁰. Devenues victimes de l'intolérance, ces religions ont témoigné d'une forme de vulnérabilité qui légitima d'abord impérativement la tolérance²⁶⁹¹, puis – mais peut-être était-ce déjà le cas à travers la tolérance – une protection particulière²⁶⁹². De surcroît, Catherine Kintzler remarque que dans l'histoire de la pensée, la tolérance n'est appréhendée qu'à travers l'idée que « la pensée politique ne peut pas faire l'économie d'une relation au phénomène religieux » ; elle consiste alors « à faire coexister différentes religions au sein d'une même association politique »²⁶⁹³. Ainsi, la défense de la liberté de conscience se portait naturellement sur les religions, leur liberté de conviction et d'expression de leurs cultes²⁶⁹⁴. Ces persécutions historiques et/ou encore actuelles ont participé à l'accroissement constant des garanties entourant la liberté de religion, que ce soit sur le plan national comme international²⁶⁹⁵. Il n'est pas surprenant que certains considèrent alors que le développement de la non-discrimination, surtout en réaction aux persécutions durant la Seconde-Guerre mondiale, ait participé de la spécialisation du traitement juridique des religions²⁶⁹⁶. Toujours est-il que c'est en premier lieu au profit des croyants que la liberté de conscience fut défendue et entendue ; ce n'est qu'ensuite qu'elle devint revendiquée plus généralement pour tout individu²⁶⁹⁷.

²⁶⁸⁹ A. KOPPELMAN, « Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *art. préc.*

²⁶⁹⁰ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New-York, Basic Book, 2008, p. 165.

²⁶⁹¹ R. DWORKIN, *Religion without God*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2013, p. 110.

²⁶⁹² C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, « The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct », *The University of Chicago Law Review*, n° 61, 1994, p. 1245-1315.

²⁶⁹³ C. KINTZLER, « Laïcité et philosophie », *Archives de philosophie du droit*, t. 48, 2005, p. 43-56.

²⁶⁹⁴ Cela ressort nettement de l'étude du Chapitre I de Thomas Kselman, qui analyse des écrits de philosophes d. La défense engagée des Lumières porte sur le dépassement de la tolérance religieuse et la garantie d'une véritable liberté de conscience, comprise comme un régime de véritable liberté du choix convictionnel, contraire à ce qui se pratiquait sous l'Ancien Régime (T. KSELMAN, *Conscience and Conversion. Religious Liberty in Post-Revolutionary France*, New Haven, Yale University Press, 2018, p. 17 et s.).

²⁶⁹⁵ R. DWORKIN, *Religion without God*, *op. cit.*, p. 110.

²⁶⁹⁶ Aux États-Unis, relève John H. Garvey, « la clause de libre exercice interdit toujours la discrimination religieuse. C'est déjà, en soi, une forme de traitement spécial » (J. H. GARVEY, « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 7, 1996, p. 275-291) (nous traduisons).

²⁶⁹⁷ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP », p. 181.

942. Pourtant, ces éléments n'expliquent pas pour Ronald Dworkin pourquoi il y aurait besoin d'un droit spécial pour protéger la religion à l'heure actuelle dans les pays occidentaux²⁶⁹⁸. Selon nous, l'analyse ne saurait toutefois mettre de côté le place de la religion majoritaire comme explication de la particularisation du religieux. Tel que nous l'avons vu à plusieurs reprises pour la France, c'est pour laisser à la religion majoritaire un statut spécifique que celle-ci bénéficia longuement d'un régime juridique dérogatoire. Les rapports de pouvoir entre l'État et la religion catholique impliquèrent déjà de distinguer le croyant de l'athée. La profondeur de ces rapports empêcha une table-rase totale de cette distinction en 1905.

943. Plus encore, il est permis de considérer que, par son histoire, la religion, surtout catholique, ne fut jamais qu'une histoire de conscience, mais une affaire de rapport entre pouvoirs. Pour reprendre les mots de Jacques Robert, là où la liberté d'opinion n'entraîne que des problématiques d'ordre public, de discrétion ou de compréhension mutuelle, la liberté de religion « implique la mise sur pied d'un système précis de “cohabitation” entre les Églises et l'État »²⁶⁹⁹. D'autres, mais probablement en lien, font reposer cette prise en compte sur l'impact social du religieux : « [a]ucun régime ne peut se désintéresser des pratiques publiques d'une religion et du contenu des liens sociaux qu'elle génère »²⁷⁰⁰. Plus précisément, la religion s'imposait comme un ciment social, un gage d'unité et de docilité des populations. Il rassurait alors les pouvoirs en place, y compris sous la III^e République²⁷⁰¹. Même les penseurs les plus libéraux ne se détournèrent que peu de cette approche.

944. Une autre explication a été exposée dans ces développements à propos de la liberté de culte. Ce qui singularise la conviction religieuse plus que toute autre dans les esprits, c'est l'exercice du culte et ses implications²⁷⁰². Ce serait l'exigence d'une garantie de cet exercice qui expliquerait que l'État ne puisse se désintéresser complètement du fait religieux²⁷⁰³. Après tout, comme le décrit Blandine Kriegel, dès l'article 10 de la DDHC, la religion n'était pas inscrite comme expression de la liberté de conscience et affaire de droit privé, mais avant tout comme « exercice du culte ressortissant au droit public »²⁷⁰⁴.

945. Il est clair que la conviction religieuse est communément davantage concernée par une garantie étatique de la liberté avec tous les rites, les traditions et les pratiques cultuelles. C'est plausiblement une explication supplémentaire de la spécificité juridique accordée aux convictions religieuses. Le régime des cultes français illustre cela. Cette explication se lie à

²⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 111.

²⁶⁹⁹ J. ROBERT, « La liberté de religion, de pensée et de croyance » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 476.

²⁷⁰⁰ J.-C. GROSHENS, « À propos de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État », *Revue d'histoire et de philosophie religieuse*, n°2, 2005, p. 207-233.

²⁷⁰¹ Pour Jean-Yves Piboubès, cette difficulté à garantir la liberté de conscience sous la III^e République s'explique en partie par la difficulté à considérer une société sans lien moral unificateur et influent que la religion représentait (J.-Y. PIBOUBÈS, « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle...*, op. cit., p. 167).

²⁷⁰² R. MINNERATH, « La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l'esprit », *art. préc.*

²⁷⁰³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... Les multiples grammaires de la laïcité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, oct. 2016.

²⁷⁰⁴ B. KRIEGL, *La politique de la raison*, Paris, Payot, 1994, p. 212.

notre sens aux considérations historique ci-dessus, dans la mesure où, d'une part, le libre exercice du culte devait être défendu, précisément car la religion catholique formait un organe politique contre ou aux côtés de l'État, d'autre part, l'importance sociale et historique de la religion impliquait de se soucier de sa manifestation plus que toute autre. Cependant, les préoccupations entourant le libre exercice du culte furent souvent – et le sont encore – des questions d'ordre public. Les nombreuses manifestations religieuses exigent une réglementation parfois spécifique les encadrant au nom de la protection de l'ordre public. Dès 1789, cette question d'ordre public était au cœur des débats.

946. Enfin, si cela n'explique pas forcément l'apparition d'un régime à part pour le culte, l'affirmation de principes qui lui sont spécifiquement applicables a participé de cette particularisation. Nous le citons précédemment, Jean Baubérot déclarait que le manque d'attention envers l'égalité entre les convictions religieuses et les autres était un paradoxe de la laïcité française²⁷⁰⁵. En réalité, le principe de laïcité ne participerait-il pas de la surdétermination du religieux du fait de son existence même, dans la mesure où il a, en vérité, été spécifiquement établi pour gérer le fait religieux plus que les convictions en général ? Un arrêt du Conseil d'État à propos de la contestation de l'absence de traçabilité de la viande halal déclara que l'association requérante ne se prévalait « d'aucune conviction religieuse reposant sur la prohibition de la consommation des viandes ou des produits carnés issus d'abattages pratiqués sans étourdissement » et qu'elle ne pouvait donc invoquer le principe de laïcité en ce sens²⁷⁰⁶. Ce dernier ne semblait s'appliquer qu'à la matière religieuse et ne permettait pas la défense de convictions non religieuses.

947. Cette surdétermination induite qui résulte de la laïcité est peut-être également causée par l'affirmation concomitante d'une neutralité en son nom mais, par là même, d'un régime des cultes à part entière. Comme l'affirmait Koppelman : « [i]l n'est pas logiquement possible pour le Gouvernement d'être à la fois neutre entre la religion et la non-religion et de donner à la religion une protection spécifique »²⁷⁰⁷.

948. Pour Émile Poulat ce constat est assumé : contrairement au choix belge d'opter pour une catégorie « familles spirituelles », la laïcité accorde aux incroyants – disait-il – « le silence public sur Dieu, et aux croyants la reconnaissance publique d'une spécificité culturelle qui ne se confond avec aucune liberté. L'incroyance n'est pas assimilable à un culte et ne peut prétendre à un même traitement »²⁷⁰⁸. Dès lors, si les modalités de garantie de la liberté de culte sont pour beaucoup conformes à la laïcité, alors celle-ci favorise les croyants, « en ce sens que, si elle ne reconnaît aucun culte, elle ne considère pas n'importe quelle opinion comme source d'un culte »²⁷⁰⁹. Il est indéniable que d'autres éléments qui dépassent le cadre du droit et de notre

²⁷⁰⁵ J. BAUBÉROT, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Seuil, 2004, coll. « La Couleur des idées », p. 123.

²⁷⁰⁶ CE, 1^{er} juill. 2022, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 441260.

²⁷⁰⁷ A. KOPPELMAN, « Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *art. préc.*

²⁷⁰⁸ É. POULAT, *Notre laïcité publique*, Paris, Berg International, 2003, p. 294.

²⁷⁰⁹ P. RAYNAUD, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Paris, Gallimard, 2019, coll. « L'esprit de la cité », p. 94.

thèse rentrent en jeu, mais ce sont là déjà quelques pistes de réflexions à la lumière de tout notre exposé.

Conclusion du chapitre

949. Une nouvelle fois, la norme générale démontre toute son insuffisance. Plus encore, elle entre indirectement en contradiction avec l'égalité universaliste en traduisant un régime juridique des cultes qui, en apparence conforme à l'universalisme, le contredit intrinsèquement. Comme ce fut le cas pour la reconnaissance des groupes, l'égalité confrontée au fait religieux permet de soulever l'étude de l'égalité des convictions.

950. Le fait religieux comporte en lui le risque d'une surdétermination de la conviction religieuse. En présentant une dimension caractérisant l'existence d'une croyance spécifique, le droit serait tenté de lui accorder un traitement particulier pour une multitude de raisons. Or, cela reviendrait finalement à contredire l'égalité des convictions sous-jacente à l'égalité universaliste et nombreux sont aussi aujourd'hui les auteurs qui défendent cette égalité. La place de la conviction religieuse est clairement interrogée. Pourtant, le droit français a une nouvelle fois concrétisé le risque que pouvait présenter le fait religieux. En effet, le régime des cultes français porte en lui-même atteinte à l'égalité universaliste en ce qu'il entraîne une inégalité de traitement entre les croyances religieuses et les convictions areligieuses. Partant, ce n'est pas l'égalité des cultes qui permet l'égalité morale des individus²⁷¹⁰, bien au contraire. À l'exemple de la reconnaissance des groupes, ce régime entretient une telle égalité depuis plusieurs siècles. La conviction religieuse et, cause ou conséquence de cela, la liberté de religion, ont toujours hérité d'une place spéciale en droit. Ici aussi, le poids de l'histoire est considérable.

²⁷¹⁰ Comme semble le prétendre Stéphane Pierré-Caps, qui lie l'égalité entre les cultes et la citation de Louis de Naurois affirmant que la non-confessionnalité de l'État met les citoyens sur un pied d'égalité morale rigoureuse (S. PIERRE-CAPS, « Les "nouveaux cultes" et le "droit public" », *RDP*, n° 4, 1990, p. 1073-1119).

Conclusion de titre

951. Les changements de focales et de réflexions apportés par le prisme de l'égalité permettent des analyses qui nous semblent trop peu abordées en France. Peut-être est-ce la laïcité qui obnubile excessivement les écrits portés sur le fait religieux. Pourtant, c'est dans un État où celle-ci est si fortement affirmée que les questions que nous soulevons devraient être traitées.

952. En effet, une nouvelle fois, ce fait religieux entre sur de nombreux points en tension avec l'égalité universaliste. Il implique le risque que la conviction religieuse soit particularisée et que le caractère communautaire entraîne la reconnaissance d'un groupe autonome. Le régime français des cultes a indéniablement concrétisé ces tensions, pour diverses raisons historiques mais principalement à cause de la liberté de religion. À moins que ce ne soit finalement les modalités de saisies du fait religieux par l'État français qui, au fil des siècles, ont surdéterminé ces dimensions et ont donc accru les contradictions. En tout état de cause, les modalités d'intégration du fait religieux en droit français entrent intrinsèquement en tension avec l'idéal universaliste, qui parcourt ce même droit, en portant atteinte à l'égalité entre les convictions et à l'égalité individualiste. Que les contradictions soient explicites ou s'expriment seulement par des tendances dans l'appréhension du fait religieux, le droit français entretient une tension constante avec son idéal qui ne semble que peu perçue.

953. Par là même, considérant que cette prise en compte s'opère dans la généralité de la norme, cette dernière, au mieux n'empêche pas les contradictions à l'universalisme, au pire contredit indirectement elle-même ce dernier. En conséquence, de nombreuses convictions ne jouissent pas d'un traitement égal. C'est d'abord le cas pour les croyances ne portant pas une structure communautaire très clairement organisée. L'islam montre toute la difficulté que fut pour les pouvoirs publics la gestion, par son prisme communautaire, d'une religion sans hiérarchie. C'est ensuite le cas pour les convictions non religieuses qui, en plus de ne pas être la plupart du temps aussi communautaires que les croyances religieuses, sont *ab initio* traitées différemment. En fin de compte, il en devient même permis de penser que l'égalité universaliste n'existe pas pleinement, tant certaines de ses composantes sont malmenées. Celles-ci ici exposées ne sont probablement pas même perçues par les différents acteurs. Elles sont pourtant fondamentales.

954. Par ailleurs, tout cela met en lumière certaines hypothèses quant aux limites de la dichotomie entre égalité civile et égalité des cultes, et entre droit commun et régime des cultes. Si les distinctions religieuses ne sont pas expressément reconnues dans la norme générale, les atteintes à l'égalité universaliste semblent complexes à éviter lorsque le fait religieux est pris en compte. D'abord, la généralité de la règle traduit une forme de particularisme, à travers des valeurs, une culture, mais surtout un choix spécifique concrétisé dans la catégorie juridique générale. Autrement dit, au contact de la diversité sociale, la généralité peut apparaître comme

une forme dissimulée de particularisme. Ensuite, le régime des cultes, bien qu'empreint de la généralité, dissimule une reconnaissance des communautés religieuses. Cela rejoint le constat du particularisme indirectement intégré à la règle. Ainsi, le régime des cultes est susceptible de contredire en partie l'égalité civile par la reconnaissance des groupes religieux au-delà des individualités. De la même façon, le régime des cultes entraînerait une inégalité des convictions en favorisant la croyance religieuse. Si nous établissons une comparaison entre individus arborant des convictions religieuses et d'autres postulant une conviction non religieuse, il semble que le régime des cultes crée une inégalité de traitement entre ces deux. Vu ainsi, le régime des cultes ne serait que l'inclusion, au sein du droit commun, de règles qui traitent différemment certains groupes et certaines convictions. Suivant cette hypothèse, l'universalisation concrète du régime des cultes, que l'égalité réelle motive, aggraverait ces difficultés en ce qu'elle ne se pose la plupart du temps qu'au sein d'un cadre propre aux convictions religieuses et dotées d'une organisation communautaire. La généralité de la règle en sort alors fragilisée, en ce qu'elle trouve dans le régime des cultes toutes ses limites et l'universalisme en sort malmené, en ce que la généralité n'empêche pas des risques de différenciations inhérents au régime des cultes.

CONCLUSION DE LA PARTIE

955. Nous avons exposé ce qui semble être le parcours du fait religieux et de sa prise en compte dans le cadre de l'égalité universaliste. La généralité caractérise indéniablement la clef de voûte de l'incorporation juridique du fait religieux dans ce cadre universaliste. Seulement, le fait religieux malmena et malmène l'égalité universaliste, car l'égalité par la généralité présente d'indéniables limites qui sont tout aussi inhérentes à sa substance qu'à l'existence même de la prise en compte du religieux en droit français.

956. Historiquement, d'abord, le fait religieux ne fut longtemps conçu que dans la différenciation discriminatoire. Progressivement, le droit commun se sépara de toute référence au religieux et les discriminations fondées sur la religion s'effacèrent. Parallèlement, le fait religieux fut inclus en droit, ne serait-ce que pour permettre le libre exercice du culte, pour réglementer les manifestations cultuelles, pour préserver l'ordre public, ou encore pour contrôler le pouvoir religieux. Se forgea progressivement ce régime des cultes et la question de son égalisation formelle ne put être résolue qu'avec la séparation de 1905. Le maintien de cette approche du fait religieux passa donc par la défense d'une égalité générale, par l'emploi de catégories générales et de statuts passifs, dénués de toute différenciation. La complexité de l'évolution de ces rapports entre égalité et fait religieux témoigne déjà d'une tension supplémentaire avec l'égalité universaliste. En tout état de cause, le fait religieux était saisi par le droit dans la généralité de la norme. Seulement, l'égalité par la généralité n'est pas dénuée de défauts dans sa capacité à traduire l'égalité universaliste. Le fait religieux fait ressortir ces limites mais, plus véritablement, les entraîne.

957. Précisément, le fait religieux met particulièrement en difficulté la généralité des catégories : d'une part, parce qu'il pénètre à travers les valeurs morales et culturelles qu'il véhicule la formation de ces catégories, qui ne sont alors pas neutres, d'autre part, parce que la diversité religieuse ne se satisfait justement pas d'une recherche d'uniformité *ab initio* biaisée. Ainsi, en matière religieuse, les inégalités de fait et discriminations indirectes pullulent. Finalement, le fait religieux met très vivement en lumière les limites de la concrétisation de l'égalité universaliste par l'égalité générale, et aujourd'hui sa prise en compte postule constamment une égalité réelle dépassant ces limites. Il bouscule donc la généralité et malmène l'égalité universaliste dans sa capacité à être concrétisée et à véritablement saisir l'universalité des individus religieux, alors plus divers que jamais.

958. L'étude permet d'aller même plus loin et de remettre en question substantiellement le régime des cultes français dans le cadre de l'universalisme, en dépit de la généralité qui le parcourt. À présent, l'égalité par la généralité n'empêche finalement pas des contradictions avec l'universalisme. L'intégration juridique du religieux comprend le risque de surdéterminer sa dimension convictionnelle et communautaire. Le régime des cultes français concrétise cela.

Ainsi, la prise en compte du fait religieux entre en tension avec l'égalité universaliste en impliquant une atteinte à l'égalité individualiste par la reconnaissance des groupes religieux et une atteinte à l'égalité des convictions en traitant distinctement la croyance religieuse. Par ailleurs, ces éléments ne sont pas sans liens avec les défauts de la fausse neutralité de la norme : la catégorie juridique révèle effectivement le choix d'un modèle religieux communautaire et, conséquemment, d'une conception spécifique de la conviction, en l'occurrence religieuse.

959. De toute évidence, tous les éléments exposés jusqu'ici au sein de cette partie mettent en exergue toute la particularité du fait religieux et de ses rapports avec l'État français. La complexité de ce phénomène crée inévitablement des tensions avec l'égalité universaliste. C'est à l'aune de tout cela qu'il peut être établi combien l'égalité abordée en matière religieuse ne peut que se targuer d'une « prétention » à l'universalité ; universalité auparavant longuement recherchée, prétention à présent dénoncée, si ce n'est dépassée. En définitive, la prise en compte du fait religieux dans le périmètre de l'universalisme, à travers la généralité de la norme, malmène dans tous les cas cet universalisme.

960. Il semble cependant complexe de se départir avec cohérence de ces tensions. En saisissant le fait religieux, la plupart du temps pour des raisons politiques, de préservation de l'ordre public ou, historiquement, pour des questions de pouvoir, l'État ne peut qu'être confronté à d'importantes contradictions. Seule aurait été envisageable l'exclusion totale du fait religieux du droit, mais cet exposé nous montre par là même l'impossibilité d'un tel postulat et, pour bien des raisons débordant le cadre de notre thèse, qu'il n'est pas forcément souhaitable. C'est très certainement la garantie de la liberté de religion qui s'oppose le plus à cette hypothèse. D'ailleurs, elle est le principal vecteur juridique des tensions, en ce qu'elle permet, si ce n'est motive, leur concrétisation dans le régime des cultes, comme en témoigne sa particularité au regard des autres convictions ou la place qu'elle donne à la protection des groupes religieux. Elle ne fait d'ailleurs qu'accroître toutes ces limites lorsqu'elle postule une forme d'égalité réelle en exigeant son effectivité ; elle participe ainsi de l'extension du régime des cultes.

961. De tout cela, ne pouvons-nous finalement pas conclure à la nécessité d'un recul de l'autorité publique à l'égard du religieux ? En effet, « l'accès à l'une des composantes ou aux composantes du régime des cultes [sont] soumis à autant de procédures de reconnaissance, qu'il existe de mécanismes de soutien »²⁷¹¹ ; et il existe autant de risque d'inégalités et de discriminations qu'il y a de procédures de tris et de reconnaissances. Pourtant, contrairement aux vœux de Sébastien Fath appelant, au titre de l'égalité, une demande de retrait étatique général, donc plus égalitaire, le constat est au « nivellement par le haut des statuts et des avantages »²⁷¹², à l'extension des droits au profit de tous les cultes. Peut-être que le problème vient de l'accroissement de ces « mécanismes de soutien », mais plus généralement des normes touchant au fait religieux et des systèmes de tri qu'ils induisent.

²⁷¹¹ F. MESSNER, « État et religion en Europe. L'exemple des mécanismes d'accès aux statuts des cultes », *Droit et cultures*, t. 2, n° 42, 2001, p. 93-108.

²⁷¹² S. FATH, « De la non-reconnaissance à une demande de légitimation ? Le cas du protestantisme évangélique », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 151-162.

962. Pour autant, le droit ne semble pas évoluer en ce sens. Plus encore, le fait religieux induit l'inverse de ce recul. En cela, il soulève d'autres tensions. Car si le fait religieux put être appréhendé, avec toutes les limites que cela implique, dans le cadre de l'égalité universaliste, sa prise en compte se trouve vite bousculée par la dimension différencialiste de ce fait.

PARTIE 2.

L'EGALITE RELIGIEUSE PAR LA DIFFERENCIATION

963. Jean-Marie Woehrling établit que des traitements différents en matière religieuse pourront être instaurés pour trois raisons²⁷¹³. L'une de ces justifications est destinée à « rétablir une égalité réelle là où l'application uniforme de la même règle entraînerait une discrimination de fait ». Il s'agit, en partie, de la question traitée dans la première Partie, lorsque nous traitons de l'universalisation concrète de la règle de droit²⁷¹⁴. L'auteur poursuit, d'autre part, en apportant un autre fondement à l'établissement de différences de traitement : « tenir compte des besoins et situations propres aux différentes croyances religieuses »²⁷¹⁵. C'est ici l'approche qui attirera notre attention dans les développements présents.

964. En effet, nous avons, en introduction de ce travail, mis en avant le penchant différencialiste du religieux²⁷¹⁶. Dès lors, les besoins et les demandes des croyants ne peuvent se limiter aux garanties offertes par le cadre de l'égalité universaliste. Ainsi, en addition de l'égalité des droits, les religionnaires expriment le besoin que leurs spécificités religieuses soient prises en considération, surtout lorsque l'égalité formelle ignore et contraint l'expression de cette spécificité. Les groupes opprimés par la règle, aveugle à leurs différences, recherchent davantage qu'une simple universalisation de la règle²⁷¹⁷. Plus que l'indifférence dans la généralité, l'expression religieuse peut évoquer et demander le droit à la différence. À ce titre, le religieux est susceptible de se satisfaire d'une inclusion juridique qui ne passe plus par la généralité de la règle, ou plus seulement, mais qui accepte la reconnaissance des différences religieuses dans le droit.

965. Pour rappel, nous qualifions cette reconnaissance de différenciation, en opposition à la généralité, comme celle consistant à accepter que les particularismes substantiels, communautaires et identitaires soient intégrés dans la norme et/ou son application. Toutefois, la différenciation ici décrite n'est pas celle abordée au sein des développements historiques. Dans les propos qui suivent, la différenciation pourrait être vue comme « positive » ; elle s'ajoute à la généralité de la norme en réintégrant, en plus, des particularismes dans le droit commun afin de répondre à certains besoins et principes, notamment en réaction aux excès du modèle universaliste. Les demandes différencialistes – recherchant la différenciation –

²⁷¹³ J.-M. WOEHRLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 81.

²⁷¹⁴ En vérité, l'auteur parle de traitement différent, mais nous avons davantage abordé l'idée de situations distinctes appréciées, alors corrigées sans traitements véritablement différents.

²⁷¹⁵ *Ibid.*

²⁷¹⁶ Voir Introduction p. 41 et s.

²⁷¹⁷ I. M. YOUNG, « Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship », *Ethic*, n° 99, 1989, p. 250-274.

s'immiscent encore au sein de l'égalité civile, en s'inscrivant avant tout contre un droit commun qui n'inclurait pas ces particularismes. Paradoxalement, si auparavant le besoin d'indifférenciation reposait sur la dénonciation des discriminations directes, les demandes actuelles cherchant la reconnaissance des différences dénoncent les discriminations indirectes. Autrement dit, la différenciation religieuse portait atteinte aux croyances religieuses en les distinguant injustement dans le droit commun. À présent, c'est l'indifférenciation religieuse qui porte atteinte aux croyances en ce que ce droit commun ne prendrait pas en considération la particularité religieuse²⁷¹⁸. Dans ce cadre, le différencialisme, de façon générale, sera l'intégration acceptée et encouragée de ces particularismes en droit. Nous le verrons, l'égalité réelle peut être différencialiste selon certains, mais la liberté de religion tout autant.

966. Dans cette perspective, la discrimination indirecte ne s'entend toujours pas sous l'angle de son contrôle, c'est-à-dire au regard de la justification de la mesure et des intérêts qu'elle atteint²⁷¹⁹. Il s'agit avant tout d'appréhender la discrimination indirecte comme un « potentiel » invocable par les demandeurs religieux, au regard d'une norme générale qui porterait atteinte à une différence religieuse²⁷²⁰. Il y a donc un niveau conceptuel, celui que nous employons la plupart du temps, tenant à montrer les limites de la règle face à la diversité religieuse, et un niveau juridique tenant à l'application du contrôle des discriminations indirectes. Par là même, cette distinction permet d'éviter l'écueil tendant à fusionner la prise en compte de discriminations indirectes et la mise en place d'aménagements par la différenciation.

967. En toute hypothèse, ce différencialisme parcourt indéniablement le fait religieux et sa prise en compte en ce que la conviction religieuse peut rechercher la différenciation. C'est une nouvelle fois le prisme de l'égalité qui permet de changer de perspective, car ce sont les débats sur l'égalité qui impliquent la notion de différenciation et son analyse. Plus encore, c'est une certaine conception de l'égalité qui peut défendre une telle différenciation. Sous ce prisme d'analyse, le phénomène religieux entretient précisément un lien étroit avec le différencialisme du fait de la forme que peuvent prendre la conviction et l'expression religieuse. Ainsi, cette dimension particulariste peut être intégrée en droit. Plus encore, elle est sollicitée, certes par une conception spécifique de l'égalité, mais aussi par la liberté de religion (**TITRE 1**). Ce potentiel différencialiste du fait religieux et de son appréhension juridique contredit très expressément l'égalité universaliste. Pourtant, et c'était en vérité inévitable, nous constatons que droit français s'est laissé pénétrer par le différencialisme dans sa saisie du fait religieux, en contradiction avec son propre idéal (**TITRE 2**). Cette contradiction flagrante avec l'égalité universaliste ne pouvait que s'accompagner d'une aggravation de tensions moins apparentes ; celles touchant à l'égalité individualiste et à l'égalité des convictions (**TITRE 3**).

²⁷¹⁸ L'indifférenciation n'est pas remplacée cependant. Ce besoin demeure. Mais elle est complétée par des exigences de différenciations.

²⁷¹⁹ Voir, pour rappel sur son approche, p. 226 et s.

²⁷²⁰ Parfois, en plus, davantage qu'à la communauté majoritaire, ce qui accroît la légitimité de la prise en considération de cette discrimination indirecte

TITRE 1. ANALYSE ET MISE EN LUMIERE D'UNE INEXORABLE PROXIMITE ENTRE SAISIE DU RELIGIEUX ET DIFFERENCIALISME

968. Le religieux est un objet « multidimensionnel »²⁷²¹, cela se répercute sur sa saisie juridique. Il traverse alors le droit de toute part, suivant ses différentes caractéristiques et les diverses branches juridiques pertinentes. Chaque fois qu'il entre en contact avec le droit, il pose de multiples interrogations, et entre vivement en tension avec l'égalité universaliste. Cependant, il est des cas où certaines dimensions du fait religieux touchent le fondement même de la préoccupation universaliste : la religion d'un individu peut exprimer une différence substantielle, identitaire ou communautaire. Cela passe, par exemple, par la volonté du croyant de fait primer une tradition religieuse spécifique, une pratique particulière, une opposition issue de sa conviction, etc. Lorsque ces éléments seront opposés au droit, ils tendent à revendiquer l'inclusion d'une différence. Si l'égalité générale cherche précisément à éviter de consacrer ce particularisme, l'expression de celui-ci est fondamentale pour la croyance d'une grande majorité d'individus. Le fait religieux renferme donc une tension initiale – et la plus évidente – avec l'idéal universaliste en exigeant que la différence religieuse soit reconnue.

969. Cette tension est d'autant plus importante que le droit peut être encouragé à prendre en compte ces particularismes. Assurément, l'égalité, sous certaines approches, et la liberté de religion sont sensibles à la satisfaction de ce différencialisme. Par une analyse nécessaire des rôles respectifs des deux principes et des discussions conceptuelles attenantes, nous constatons que tous deux favorisent la différenciation en droit (**CHAPITRE 1**). Tous les points, pour partie conceptuels, qui sous-tendent cette prise en compte par la différenciation du religieux connaissent une illustration au sein du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme, toutes deux alors irrémédiablement sensibles à cette tendance (**CHAPITRE 2**).

²⁷²¹ C. LABORDE, « Républicanisme critique et religion », *Mouvements*, n° 89, 2017/1, p. 62-68.

CHAPITRE 1. Une appréhension du religieux imprégnée du différentialisme : une question conceptuelle d'égalité et de liberté

970. Si l'expression différentialiste du fait religieux est ignorée dans la formulation et l'application de la norme générale, au nom de l'égalité universaliste, il existe des systèmes aux fondements philosophiques et politiques qui favorisent ce différentialisme. Ils puisent leur origine dans une opposition au modèle universaliste.

971. Dès l'époque révolutionnaire, des critiques étaient déjà peu ou prou formulées par les auteurs romantiques, opposants à l'idéal universaliste. En témoigne la célèbre tirade de Joseph de Maistre pour dénoncer l'idée d'un modèle fondé sur un « Homme universel » : « [j]'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; je sais même, grâce à Montesquieu, qu'on peut être persan ; mais quant à l'homme, le déclare ne l'avoir rencontré de ma vie ; s'il existe, c'est bien à mon insu ». Tel que l'explique Pierre-Henri Tavoillot, Joseph de Maistre démontrait l'illusion de l'homme universel en niant les racines « d'où se tirent l'identité et la substance de chaque individu »²⁷²². Toujours est-il que les querelles d'époque entre ces courants ressemblent considérablement à celles entretenues aujourd'hui entre l'universalisme et les courants différentialistes. De toute évidence, nous comprenons que les critiques du modèle universaliste pullulent de longue date. Seulement, ce que les pensées anciennes ci-dessus, avec celles plus récentes, expriment, ce n'est pas qu'une correction de l'universalisme, mais un changement de paradigme accordant une véritable place aux différences.

972. De nos jours, les conceptions différentialistes foisonnent ; l'idée que les particularismes religieux doivent être ignorés est largement débattue et ne relève plus de l'évidence. L'expression différentialiste du religieux trouve alors un appui indéniable auprès d'une conception poussée de l'égalité réelle qui postule sa prise en compte en droit (SECTION 1). Cependant, cette saisie juridique par la différenciation du religieux ne peut qu'également interroger la liberté afférente ; et plus encore à l'aune de ce qui a déjà été exposé sur les tensions qu'elle entraînait. Nous avons vu à quel point cette liberté contraint « l'État et le droit à organiser le respect du for interne »²⁷²³. En ces termes, poursuivait Patrice Rolland, « la société est ainsi travaillée par une tension permanente entre le pluralisme des convictions et le souci des valeurs communes »²⁷²⁴. Par ces propos, l'auteur exprime la tension patente entre le pluralisme, sous-jacent à la garantie de la liberté de religion, et la recherche du commun, évoquant l'égalité universaliste. Dès lors, s'il apparaît qu'égalité et liberté entretiennent une

²⁷²² P.-H. TAVOILLOT, « L'idée d'universalité », *Lumières !*, disponible en ligne sur : <http://expositions.bnf.fr> (consulté le 27 oct. 2021).

²⁷²³ P. ROLLAND, « Liberté » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige », p. 708.

²⁷²⁴ *Ibid.*

relation nécessairement complexe qu'il convient d'éclairer, celle-ci fait ressortir à quel point la liberté de religion pousse intrinsèquement à la différenciation religieuse (SECTION 2).

SECTION 1. Une égalité différencialiste adaptée et défendue pour le traitement juridique du religieux

973. Des courants doctrinaux plus récents sont nés des critiques de l'idéal universaliste. Ils cherchent à en dépasser les préceptes pour accorder une place supérieure à la différence. Dans cette optique, les différences culturelles, ethniques ou religieuses – en somme substantielles, identitaires ou communautaires – sont appuyées et légitimées au nom d'une conception de l'égalité réelle qui, cette fois-ci, ne cherche pas à rester conforme à l'égalité générale. Elle se pose comme différencialiste. Cette égalité postule donc l'exigence de prise en compte de la différence religieuse (PARAGRAPHE 1). Forcément, au regard du modèle et contexte français, il apparaît que le fait religieux et la question de sa prise en compte s'accrochent à cette égalité et sont parcourus par elle (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. La conceptualisation d'une égalité réelle à l'appui de nouvelles demandes religieuses différencialistes

974. À côté de l'égalité générale et universaliste, s'est développée une égalité réelle qui prône une reconnaissance accrue des différences, donc également religieuses (A). Seulement, cette nouvelle approche des principes de justice soulève une nouvelle façon d'appréhender le religieux, issue d'un paradoxe. En effet, si nous admettons, par exemple, des discriminations positives fondées sur le revenu pour une certaine partie de la population c'est avant tout pour rétablir une égalité de fait économique et/ou sociale. Or, lorsque nous admettons la reconnaissance juridique des différences religieuses, qu'elle contrainte visons-nous à corriger ? Ici s'impose une réflexion fondamentale, car selon que l'on appréhende la religion comme un circonstance échappant à l'individu, mais pesant sur sa vie, ou comme un choix de conscience pour lequel il est responsable, la tendance à prendre en compte la différence religieuse au nom de l'égalité diffèrera (B).

A) Égalité réelle et différenciation religieuse

975. L'égalité réelle que nous avons abordée au sein de la première Partie tentait de concilier l'idéal universaliste avec le constat d'inégalités résultant des limites même de cet idéal. Elle visait à assurer une égalisation réelle, conforme, dans la formulation de la norme, à l'égalité universaliste. Ainsi, cette égalité réelle a pour objectif premier d'être tournée vers le concret, le réel, et donc d'observer l'application du droit sous ce prisme. Si elle peut pousser à observer les faits pour souligner des inégalités, en vue d'universaliser le régime, elle peut tout

autant, par cette observation, chercher à inclure la diversité plus ouvertement en droit. Cependant, cette diversité n'est plus nécessairement constituée de situations contingentes, économiques ou objectives. Elle exprime des différences substantielles, identitaires ou communautaires. Comprenons que l'égalité réelle peut ainsi entretenir un lien étroit avec le différencialisme (1). Des courants de pensée de philosophie politique ou de théorie politique lient précisément cette égalité au différencialisme pour critiquer le modèle universaliste et proposer une alternative (2). Lorsqu'il sera question d'une égalité avec de tels soubassements idéologiques, donc qui postule la reconnaissance des particularismes substantiels, nous parlerons d'égalité réelle différencialiste ou simplement d'égalité différencialiste.

1) Égalité réelle et différences substantielles

976. Les mots de Geneviève Koubi résument bien la mutation de l'égalité qui, d'une égalité des individus en droit, « se transforme en une approche de l'égalité *différentielle* consistant à offrir à chacun et à tous la possibilité de revendiquer la dérogation, l'exception, la singularité et la particularité en vertu d'un ralliement à un groupe donné »²⁷²⁵. Cette égalité suit un mouvement global de transformation des revendications et des préoccupations. Les demandes différencialistes fondées sur l'ethnie, la culture ou la religion sont marquées par leur caractère contemporain, quand les exigences d'égalisation économique et sociale se sont imposées dès le début du XIXe siècle²⁷²⁶. Si ces dernières se contentaient d'une extension du bénéfice des biens et des droits, dans un objectif d'universalisation et une logique de l'inclusion, les demandes différencialistes recherchent cette toute dernière, cette fois-ci par le maintien irrémédiable de leur identité particulière. Dans ce cadre, si à la base la différenciation substantielle peut être subie lorsqu'elle est le fondement de discriminations et persécutions – et dans ce cas la protection tient davantage de l'égalité et de l'indifférenciation –, elle peut aussi bien devenir affirmée et revendiquée²⁷²⁷.

977. L'égalité réelle avait déjà favorisé le développement des différenciations en vue de corriger certains excès du formalisme. L'exemple le plus parlant d'un tel procédé est celui des discriminations positives. Seulement, ici aussi l'enjeu est à terme celui d'une universalisation du droit. En effet, « les pratiques sociales ayant empêché certaines personnes d'être incluses dans cette catégorie universelle, il fallait supprimer les obstacles à la réalisation de leurs droits individuels », observons-nous²⁷²⁸. Dans cette optique, la correction s'avère temporaire et n'opère qu'un rattrapage afin que la norme commune s'applique plus également à tous, par des mesures possiblement différenciatrices, temporaires, en faveur des défavorisés. Toutefois, cela

²⁷²⁵ G. Koubi, « Penser les minorités en droit » in A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 466.

²⁷²⁶ Ce mouvement se rapproche du passage décrit par Nancy Fraser de la logique de distribution à celle de reconnaissance (« Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du Mauss*, n° 23, 2004/1, p. 152-164).

²⁷²⁷ D. Lochak, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. Fenet et G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 112.

²⁷²⁸ J. Scott, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du genre*, n° 33, 2002/2, p. 17-41.

n'empêche pas une telle méthode de s'opposer au principe d'égalité dès lors qu'elle compose avec des différences identitaires et communautaires. Dans une telle perspective, bien que l'intention soit l'extension du bénéfice d'une prestation, le correctif employé passe effectivement par la différenciation.

978. Cependant, l'égalité réelle peut être plus poussée et découler de conceptions qui postulent une défense des particularismes différente d'un objectif purement temporaire ou universalisant. Il est effectivement nécessaire de distinguer ce qui relève de revendications « égalitaristes », tenant aux exigences antidiscriminatoires de groupes stigmatisés, de celles « différencialistes », qui ne tendent qu'à affirmer un particularisme exonératoire du droit commun²⁷²⁹, donc qu'à la différenciation. Nous nous entendons sur cette exigence, mais la difficulté est de taille : « les demandes de reconnaissance émanant de groupes sociaux divers (minorités “culturelles” ou “morales”) pouvant relever de deux catégories antinomiques dans leur finalité, et ce, même si elles se confondent sous une rhétorique similaire du “droit à la diversité” »²⁷³⁰. Toute politique particulariste, ou plus largement correctrice des inégalités, porte le risque de la différenciation, y compris – et peut-être surtout – les discriminations positives²⁷³¹.

979. Au cœur de cette approche, la nature des distinctions rattachées à l'égalité réelle change. Il ne s'agit plus de « des différences de situations contingentes », telles que l'âge ou la profession, mais des distinctions plus substantielles, « comme le sexe, l'orientation sexuelle ou encore l'appartenance à une communauté culturelle particulière »²⁷³². Ces dernières distinctions s'immiscent dans l'étape d'appréciation de l'égalité réelle en contestant l'universalité d'une norme qui exclut *ab initio* des différences tout en favorisant une culture majoritaire. Elles s'imposent surtout – et c'est ce qui change avec l'ancienne égalité réelle – dans les corrections envisageables, puisque, bien moins complexée avec les particularismes substantiels et/ou communautaires, cette égalité réelle en accepte la prise en compte juridique. L'inclusion, sur tous les plans, des différences que l'universalisme rejette substantiellement éloigne la complémentarité entre l'égalité réelle et l'égalité formelle : cette première rentre peu à peu en opposition avec cette dernière. D'ailleurs, il est courant dans ce cadre de parler d'une égalité

²⁷²⁹ S. VIBERT, « Sociétés pluralistes ou pluralisme des sociétés ? De deux types irréductibles et potentiellement contradictoires de “pluralisme culturel” » in S. VIBERT (dir.), *Pluralisme et démocratie. Entre culture, droit et politique*, Montréal, Québec Amérique, 2007, p. 232.

²⁷³⁰ *Ibid.*, p. 232.

²⁷³¹ J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et États-providence » in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, coll. « Recherches », p. 47. Nombreux sont les auteurs à mêler discrimination positive et droit à la différence (par exemple N. ROULAND, « Droit des minorités et peuples autochtones » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, coll. « Droit fondamental », p. 454-455).

²⁷³² H. MOUTOUH, « La différence dans l'égalité. Chronique nécrologique de l'universalisme juridique français » in G. LEBRETON (dir.), *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 114.

matérielle²⁷³³, ou substantielle, qui se rapporte davantage au modèle canadien et à la prise en compte des différences²⁷³⁴.

980. Est finalement perceptible la distinction établie par Olivia Bui-Xuan entre un différencialisme conforme à la logique universaliste et un différencialisme « au rebours de l'universalisme »²⁷³⁵. Le « différencialisme correcteur » vise l'universalisation de l'accès au droit et ne pose pas de problème. Au sein de la seconde catégorie elle aborde le cas d'un « différencialisme reconnaissant » qu'elle inclut dans une logique globale d'équité, définie par ses soins comme un concept de justice distributive visant à apporter « à chaque situation particulière la solution juridique la plus appropriée »²⁷³⁶. Cette conception, parcourue par une certaine approche de la justice, explique l'appréhension de l'universalisme à travers le « respect »²⁷³⁷ actif des différences. Un universalisme juste se comprend dans la prise en compte des différences qui revêtent alors une valeur positive. Rompant avec la généralité et l'abstraction de la norme, poursuit l'auteur, cette équité « vise à ajuster au mieux les normes à leurs destinataires, et ce dès leur adoption ». Dans cette logique, le différencialisme « reconnaissant » a pour objectif « d'accorder un droit à la différence identitaire »²⁷³⁸. Il postule la différenciation et s'oppose ainsi le plus frontalement à la logique universaliste française²⁷³⁹. De la même façon, Charles Taylor envisage peu ou prou deux formes d'égalité réelle²⁷⁴⁰. La première découle justement de l'universalisme et s'accorde avec une politique d'égalisation afin d'éviter l'existence de citoyens de « seconde classe »²⁷⁴¹. D'ailleurs, l'auteur opère plutôt clairement la distinction entre, d'un côté la prise de conscience des inégalités et discriminations, de l'autre la mise en place de correctifs, considérant que les mesures justifiées par les limites de l'universalisme sont variées et font l'objet de controverse²⁷⁴². À la suite, il distingue cette

²⁷³³ Elsa Fondimare renvoie la prise en compte des particularismes dans un objectif définitif de différencialisme à l'égalité dite matérielle, qu'elle rattache aux discriminations indirectes (*L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris Nanterre, 2018, p. 7).

²⁷³⁴ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodements raisonnables dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 346-347.

²⁷³⁵ Ce sont les deux parties de la thèse (O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus »).

²⁷³⁶ O. BUI-XUAN, *Le droit public français...*, op. cit., p. 274.

²⁷³⁷ Au sein du différencialisme, l'idée de « respect » de la différence renvoie à une attitude pro-active de l'État à l'endroit de celle-ci. Le terme est généralement employé pour justement sous-entendre que le véritable « respect » de la différence induit sa prise en compte positive en droit.

²⁷³⁸ *Ibid.*

²⁷³⁹ *Ibid.*, p. 376.

²⁷⁴⁰ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), Paris, Flammarion, 2009, coll. « Champs essais », p. 56.

²⁷⁴¹ *Ibid.*

²⁷⁴² *Ibid.*, p. 56.

approche, incluse dans le cadre de l'universalisme²⁷⁴³, d'une autre, portée par le concept moderne d'identité, qui donne naissance à une politique de la différence²⁷⁴⁴.

981. Par ces propos, Charles Taylor fait d'ailleurs l'éloge d'un courant – dont nous venons à plusieurs reprises d'aborder les traits et auquel il se rattache – qui est pour partie à l'origine de cette égalité réelle offrant une place nouvelle aux particularismes individuels.

2) Une égalité impulsée par les courants différentialistes

982. Le modèle universaliste a fait l'objet de nombreuses remises en cause, notamment composées de critiques visant même la pensée des Lumières²⁷⁴⁵. La contestation la plus courante formulée à l'encontre de l'idéal universaliste sous-jacent au modèle français repose sur la dénonciation d'un certain ethnocentrisme. La critique s'est en partie développée autour de la volonté coloniale insufflée par la « mission civilisatrice » des Lumières²⁷⁴⁶. De nos jours, l'on reproche à la philosophie des droits de l'homme une conception profondément occidental-centrée et hégémonique. La critique – ici globale – cible davantage les sociétés occidentales par rapport à d'autres cultures non occidentales²⁷⁴⁷. Elle porte donc un aspect transnational²⁷⁴⁸.

983. Mais la France apparaît comme l'un des principaux fondateurs et défenseurs d'une forme d'idéal universaliste. La force de ce postulat s'est confrontée à la diversité des cultures et des populations issues des vagues migratoires, ainsi que de la globalisation mondiale, ce qui a en quelque sorte reproduit et vivifié le débat au niveau français. De la même façon qu'était contestée l'affirmation d'un modèle culturel universel pour tous les pays, est critiquée en France la défense d'un système politique et juridique supposé représenter l'universalité de la population. Les propos présents rejoignent fondamentalement ceux portés sur les limites de la généralité de la règle²⁷⁴⁹. Tout le problème conceptuel entourant la catégorisation entraîne un problème d'ordre juridique visant à délégitimer le modèle universaliste. Les détractations de ce

²⁷⁴³ Encore que l'auteur ne semble pas distinguer l'objectif des mesures mises en place. Si l'objectif peut être conforme à l'universalisme, en vue d'une égalisation des droits, les mesures prises peuvent être contraires à celui-ci. Pour le lien avec l'universalisme, voir la sous-partie suivante.

²⁷⁴⁴ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), *op. cit.*, p. 57.

²⁷⁴⁵ Voir notamment l'introduction d'Antoine Lilti dans son ouvrage *Héritage des Lumières – Ambivalences de la modernité* (Paris, Seuil/Gallimard, 2019, coll. « Hautes Études », p. 9-21).

²⁷⁴⁶ Nous rappelons qu'une certaine interprétation de la philosophie des Lumières a motivé la colonisation. La prétention – et le mot a particulièrement son importance – à l'universalisme s'accompagnait de la volonté de civiliser des populations considérées comme sous-développées (Voir H.-J. LÜSEBRINK, « Universalisme des Lumières et impérialisme colonial » in F. HOFMANN et M. MESSLING (dir.), *The Epoch of Universalism / L'époque de l'universalisme 1769-1989*, Berlin, De Gruyter, 2020, p. 55-70).

²⁷⁴⁷ La contestation d'un modèle unique et universel ressenti comme imposé par les sociétés occidentales s'est répandue notamment en Asie ou dans les pays arabes (voir C. DELSOL, *Le crépuscule de l'Universel. L'Occident postmoderne et ses adversaires, un conflit mondial des paradigmes*, Paris, Cerf, 2020). Pour une synthèse du positionnement des idées libérales et universalistes dans le monde, voir l'article L. BURGORGUE-LARSEN, « La basculement de l'histoire ? Les attaques contre l'universalisme des droits de l'homme », *RDLF*, chron. 6, 2021).

²⁷⁴⁸ Ce qui fait aussi bien l'objet de toutes les critiques adressées.

²⁷⁴⁹ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

dernier font ici clairement surface étant donné que la sélection et les contours des catégories dépendent de valeurs spécifiques mais également des faits à un moment T.

984. En effet, si ce modèle prétend ignorer certaines différences et regrouper les individus sous un socle commun, force est de constater qu'il prend parti en droit. Or, en se targuant de saisir l'essence commune des individus sans reconnaître les spécificités, l'universalisme brandit une neutralité politique et juridique. Neutralité qui, à l'aune des éléments précédents, vient à être décrite comme une véritable prétention.

985. C'est cette prétention qui est dénoncée par certains courants pour lesquels la neutralité défendue par l'État au regard des différences, alors pure illusion, ne peut que revenir à promouvoir « implicitement une conception particulière du bien, celle de la culture majoritaire et engendrer *in fine* un système de dominations »²⁷⁵⁰. Autrement dit, le modèle français universaliste est, comme tous, empreint d'une certaine culture, d'une ethnicité, soulignée par Vincent Geisser sous le terme de « francité »²⁷⁵¹. Ces biais s'expriment dans le processus juridique. Cependant la prise en compte de cette réalité n'est pas chose aisée, comme l'explique Patrick Savidan. Il écrit « les déterminants particuliers de l'identité nationale sont parfois si anciens qu'ils ne sont en général plus vraiment perçus dans leur particularité »²⁷⁵². Cependant, ce n'est pas tant l'existence de cette particularité, que le refus de reconnaître que le modèle a sa propre vision du monde²⁷⁵³, qui pose un problème. C'est le refus d'admettre et de corriger ces biais qui fait de l'universalisme une prétention. C'est en ces termes que des courants cherchent à renouveler les fondements politiques et philosophiques des États modernes en donnant une place plus juste à la différence.

986. Ces différents courants sont traditionnellement regroupés sous l'approche multiculturaliste, mais la pensée communautarienne occupe aussi une place distincte au sein du postulat différencialiste. Si les deux approches se rejoignent sur de nombreux points, elles se distinguent avant tout sur la place accordée à l'individu²⁷⁵⁴. Toujours est-il que les critiques de

²⁷⁵⁰ R. MEDARD, *La République face aux droits des minorités. Lire l'ordre juridique français à partir de la théorie libérale de Will Kymlicka*, Paris, L'Harmattan, 2015, coll. « Questions contemporaines », p. 13.

²⁷⁵¹ « [...] que l'on peut définir comme un universalisme comportant une certaine "dose" d'ethnicité – même si elle est rarement assumée comme telle –, une *ethnicité nationale* en quelque sorte, promue au rang d'universalisme à l'échelle mondiale » (V. GEISSER, « Nation civique versus nation ethnique ? Les faux semblants de l'universalisme républicain », *Annales de philosophie et des sciences humaines*, t. 1, n° 23, 2007, p. 57-74).

²⁷⁵² P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, coll. « Que sais-je ? », p. 80.

²⁷⁵³ C'est ce que défendait Isaiah Berlin à l'égard du modèle français (P. BIRNBAUM, « Entre universalisme et multiculturalisme : le modèle français dans la théorie politique contemporaine » in A. DIECKHOFF (dir.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de sciences po, 2004, p. 263).

²⁷⁵⁴ Voir p. 682 et s. Pour l'instant retenons, les trois points d'opposition du courant communautarien au libéralisme, résumés par Milena Doytcheva (*Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 3^e éd., 2018, coll. « Repères », p. 34 et s.). Le premier, que nous verrons plus avant, postule le critique du moi « désincarné » défendu par le libéralisme. Évitant sciemment tout ethnocentrisme, les communautariens défendent un moi « situé », en partant du principe que tout individu est engagé dans des relations sociales et des contextes particuliers qui déterminent sa manière de penser et d'agir. Ensuite, les communautariens dénoncent le manque de choix concrètement offerts pour permettre l'autonomie et l'épanouissement individuel. La liberté n'existe que si la société offre toutes les différentes options possibles pour sa réalisation. Enfin, si le libéralisme priorise le juste sur le bien, les communautariens, dans leur mouvement de recontextualisation de l'individu, reconsidèrent l'importance des conceptions morales particulières. Compte tenu de l'impossible neutralité de l'État, « c'est bien

la fausse neutralité et universalité de la norme sont essentiellement portées par la philosophie du multiculturalisme, principal mouvement en faveur d'un véritable respect des différences²⁷⁵⁵. Nous l'avons dit en introduction de la thèse, le multiculturalisme trouve ses fondements dans une prise de conscience de l'importance des identités et différences.

987. En ce sens, nous avons évoqué la distinction entre l'égalité matérielle et formelle²⁷⁵⁶. Au sein du multiculturalisme, l'égalité n'est plus employée de la même façon. Elle ne se limite plus au formalisme, ni même à son égalisation, mais se fonde sur le ressenti de l'individu, sa dignité, la nécessité de lui garantir une liberté intérieure, d'expression extérieure, de sa différence, car l'authenticité de l'individu peut relever de cette identité particulière plus que toute autre. Renier cette dernière reviendrait pour l'individu à se renier lui-même, si bien que le droit formel qui ignorerait la différence porterait atteinte à cet individu, quand d'autres, appartenant à la majorité – nous le verrons ci-après –, ne connaîtraient pas de telles contraintes. En définitive, c'est la participation à l'égalité à la vie publique qu'il s'agit d'assurer, « mais au titre de ce qui les différencie, de ce qu'ils regardent eux-mêmes comme leur spécificité constitutive »²⁷⁵⁷.

988. Cependant, tel qu'évoqué par les propos précédents d'Olivia Bui-Xuan, ce modèle comprend en fond une philosophie de l'universel en ce qu'il vise une reconnaissance pour tous de son identité. Il ne s'agit simplement pas d'une universalité des droits – du moins pas tel que nous l'entendons. L'inégalité ou la discrimination ne sont plus seulement appréciées par rapport au seul bénéfice des droits, puisque ceux-ci sont par essence contestés en ce qu'ils seraient censés représenter un modèle universaliste. Ces inégalités et discriminations sont alors également appréciées à travers l'atteinte à la dignité de chaque individu dont la différence minoritaire serait ignorée, plus même opprimée, par cet universalisme majoritaire. Les idéologies multiculturalistes ou pluralistes prônent une « prise en compte accrue des déterminants sociaux historiquement dévalués au profit de la culture majoritaire, et ce afin de rendre cette dernière effectivement “universelle”, effectivement plurielle »²⁷⁵⁸. Cela passe ainsi

d'un sens de la communauté et d'un sentiment d'appartenance qu'il a lui-même besoin pour garantir la légitimité et le fonctionnement de ses institutions » (*ibid.*, p. 35).

²⁷⁵⁵ Voir la principale, non moins nombreuse, doctrine en la matière, traduite en français : W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités* (traduit de l'anglais par P. SAVIDAN), Paris, La Découverte, 2001, coll. « Textes à l'appui / Politique et société » ; A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), *op. cit.* À noter que Charles Taylor peut être rattaché pour certains au courant communautarien plutôt qu'au multiculturalisme (J. LACROIX, « Communautarisme et pluralisme dans le débat français. Essai d'élucidation », *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007). S'agissant d'une application spécifique au religieux de la conception taylorienne, voir C. TAYLOR et J. MACLURE, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010. Pour des approches françaises, voir entre autres M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1997 coll. « Essais » ; S. MESURE et A. RENAUT (dir.), *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999 ; D. SCHNAPPER, *La relation à l'autre*, Paris, Gallimard, 1998. Pour des exposés plus généraux, voir notamment P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, *op. cit.* ; F. CONSTANT, *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000, coll. « Dominos ».

²⁷⁵⁶ Voir Introduction.

²⁷⁵⁷ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998, coll. « Folio essais », p. 165.

²⁷⁵⁸ S. VIBERT, « Sociétés pluralistes ou pluralisme des sociétés ? De deux types irréductibles et potentiellement contradictoires de “pluralisme culturel” » in S. VIBERT (dir.), *Pluralisme et démocratie. Entre culture, droit et politique*, Montréal, Québec Amérique, 2007, p. 233.

par une égalité des cultures qui exige une égale reconnaissance des particularismes. Catherine Audard va même jusqu'à expliquer que, dans l'approche multiculturaliste, l'universalisme et le différencialisme seraient inséparables : « la demande de reconnaissance est une demande d'impartialité, mais interprétée en termes respectueux de la singularité, en termes de ce qu'on pourrait appeler l'équité et non pas de négation de la différence »²⁷⁵⁹. Seulement, la politique défendue requiert que « l'on accorde une reconnaissance et un statut à quelque chose qui n'est pas universellement partagé »²⁷⁶⁰. Paradoxalement donc, conclut Charles Taylor, « l'exigence d'universelle promeut la reconnaissance de la spécificité »²⁷⁶¹, mais, cela, pour permettre l'unité sociale – donc concrète – que l'universel n'aurait pas permis de garantir²⁷⁶². Par conséquent, « le fait de différencier les personnes sur la base de critères géographiques ou identitaires établis et/ou revendiqués s'accommoderait de l'idée selon laquelle les êtres humains sont traités comme des égaux dans leurs revendications et partant de là, dans l'affirmation de leurs identités »²⁷⁶³. Autrement dit, qu'importe que le droit distingue tant qu'il vise l'universalité réelle des individus, c'est-à-dire dans leurs différences. En somme, cette égalité réelle n'a pas pour but pas d'établir ou perfectionner un commun – propre à l'universalisme français – mais, à l'inverse, de mettre en avant ce qui différencie les individus²⁷⁶⁴. C'est ce que l'on a appelé le « paradigme de la reconnaissance »²⁷⁶⁵.

989. Les communautariens ont aussi un lien avec cette pensée. Par leur approche qui priorise les conceptions morales particulières et le sentiment d'appartenance, il n'est pas étonnant de lire Catherine Audard soutenir que les penseurs communautariens ont fourni au multiculturalisme des arguments en faveur de la politique de reconnaissance et du rejet de l'assimilation²⁷⁶⁶. Aujourd'hui, bien que l'identité communautaire et les relations intercommunautaires soient primordiales dans cette philosophie, elle reste parcourue par la problématique de la reconnaissance, comme le multiculturalisme²⁷⁶⁷. En témoigne Charles Taylor, tantôt classé chez les multiculturalistes, tantôt considéré comme communautarien.

990. De toute évidence, ces conceptions minent indéniablement la conception française bien qu'elle cherche, pour certains, à la réinventer. Dans le procédé, qu'importe la finalité, la

²⁷⁵⁹ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p. 596.

²⁷⁶⁰ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), *op. cit.*, p. 58.

²⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 58.

²⁷⁶² F. CONSTANT, *Le multiculturalisme*, *op. cit.*, p. 45.

²⁷⁶³ E. KOLO FAVOREU, *La nation à l'épreuve de la diversité ethnoculturelle. Étude comparative France/États-Unis*, Thèse de doctorat en droit public, Aix-Marseille, Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, 2012, p. 447.

²⁷⁶⁴ « Avec la politique d'égale dignité [le modèle universaliste classique], ce qui est établi est censé être universellement le même, un ensemble identique de droits et de privilèges ; avec la politique de la différence, ce que l'on nous demande de reconnaître, c'est l'identité unique de cet individu ou de ce groupe, ce qui le distingue de tous les autres » (C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), *op. cit.*, p. 57).

²⁷⁶⁵ E. JOUANET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, p. 168. Voir Introduction.

²⁷⁶⁶ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?...*, *op. cit.*, p. 565. Voir aussi M. BOUCHER, *Les théories de l'intégration. Entre universalisme et différentialisme*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 125.

²⁷⁶⁷ A. CEYHAN, « Le communautarisme et la question de la reconnaissance », *Cultures & Conflits*, n° 12, 1993.

reconnaissance des différences dépasse la généralité et postule la différenciation. Elle entraîne une contradiction à l'égalité formelle. Les individus peuvent rechercher une affirmation et une reconnaissance « de leur *être*, soit encore, de leur dignité, indépendamment de la consécration de prérogatives juridiques précises »²⁷⁶⁸. Cependant, la tension qui en résulte touche irrémédiablement le droit, dans la mesure où la reconnaissance implique un acte positif, expressif, qui dépend d'un média²⁷⁶⁹, que le droit peut indéniablement représenter. Le déni de reconnaissance depuis tout temps affirmé à travers l'idéal universaliste peut entraîner une forme d'oppression²⁷⁷⁰, surtout en France à l'égard de la religion musulmane²⁷⁷¹. Ce n'est donc pas étonnant que ces approches appuient les demandes de cette dernière, et plus généralement toutes celles fondées sur la religion, contre le modèle et le droit français. La considération qui leur est portée, en revanche, oblige à considérer les croyances d'une certaine façon.

B) La question fondamentale de la caractérisation de la conviction religieuse comme choix personnel ou contrainte extérieure

991. L'inclusion de la différence religieuse dans le droit commun nécessite d'introduire la différence de situation religieuse pour justifier d'une distinction de traitement. C'est probablement un élément juridique supplémentaire, non moins fondamental, qui distingue la conception universaliste française de celles multiculturalistes ou communautariennes. Ces dernières offrent une valeur positive à la différence, notamment religieuse, qui exige sa prise en compte comme une situation désavantageuse. Cette considération positive de la différence conduit nécessairement à estimer l'ignorance des particularismes comme une contrainte pour les individus. La différence ignorée doit s'apparenter à une différence de situation, à une circonstance extérieure à l'individu, qui pèse sur sa vie dès lors qu'elle est exclue du droit. Pour le religieux, l'approche de l'inégalité diffère selon que l'on envisage la différence comme une circonstance extérieure à la volonté de l'individu, donc comme un fardeau qui défavorise, ou comme un choix dont il est responsable (1). Cependant, tel qu'il a été suggéré à plusieurs reprises, la religion est profondément marquée par la subjectivité, ce qui rend particulièrement complexe une appréciation concrète de ces questions en la matière (2).

²⁷⁶⁸ G. SOULIER, « Droits des minorités et pluralisme juridique », *RRJ*, n° 53, 1993-2, p. 525-638.

²⁷⁶⁹ Si la connaissance exprime l'identification en tant qu'individu, la reconnaissance est un acte expressif par lequel cette connaissance est conférée avec le sens positif d'une affirmation, postule Axel Honneth. En outre, poursuit-il : « [c]ontrairement à la connaissance qui est un acte cognitif non public, la reconnaissance dépend de médias qui expriment le fait que l'autre personne est censée posséder une "valeur" sociale » (A. HONNETH, « Invisibilité : sur l'épistémologie de la "reconnaissance" », *Réseaux*, n° 129-130, 2005, p. 39-57).

²⁷⁷⁰ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), *op. cit.*, p. 55.

²⁷⁷¹ Voir J. CESARI, « L'unité républicaine menacée par les idéologies multiculturelles » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica », p. 117-131.

1) La conviction religieuse : une affaire de choix personnel ou de contrainte extérieure à l'individu

992. En interrogeant les rapports entre le droit et l'orientation sexuelle, Olivier De Schutter fait part de réflexions intéressantes non dénuées d'analogie, l'auteur le concède lui-même, avec le cas de la différence religieuse²⁷⁷². Celui-ci dissocie la saisie juridique de l'homosexualité au cours de l'histoire, selon qu'elle est considérée comme un « statut » ou une « préférence subjective ». Dans le premier cas, « les homosexuels ne sont pas responsables de leur condition, ils ont à subir leur attirance pour la chair d'une personne de même sexe comme d'autres ont à subir la couleur foncée de leur peau ou leur condition d'homme et de femme », quand, dans le second cas – et c'est là qu'opère l'analogie à la religion – « on est homosexuel comme l'on croit en Dieu, ou comme l'on peut être trotskyste – par choix, par conviction, par un acte de volonté ou de faiblesse »²⁷⁷³. L'une des interprétations voit la caractéristique comme « innée », l'autre comme « acquise ». La qualification comme « statut » ou « innée » ne peut qu'être constatée dans son existence, précise l'auteur, et n'apparaît que comme un fait devant être saisi par le droit. En revanche, l'homosexualité comme « préférence » « doit être mise au régime de la liberté d'expression ou de la liberté religieuse » impliquant une possible réglementation, plus ou moins stricte. Cette dernière entraîne la répression, explique l'auteur, quand la première induit, certes la tolérance, mais aussi la désignation de la différence, donc les discriminations²⁷⁷⁴. L'exposé met surtout en exergue la teneur du rapport entre le droit et la prise en compte d'une différence selon la caractérisation de cette dernière en tant que caractéristique innée, donc déresponsabilisante, ou acquise, à l'image d'un choix, d'une préférence, de vie. C'est d'ailleurs ce que développe l'écrit en traitant de la classification envisageable de l'homosexualité par le juge américain qui fait notamment face à la possibilité d'ériger l'homosexualité en catégorie « suspecte ». En ce cas, « il prend alors parti pour une lecture de celle-ci comme constituant une caractéristique innée, digne de respect au même titre que la race, la *croyance religieuse* ou l'origine nationale »²⁷⁷⁵. Le caractère inné fait de la distinction concernée une circonstance qui échappe à l'individu et que le droit doit respecter comme tel.

993. Au sein des débats contemporains, pour la matière religieuse, le caractère inné ou acquis revient avant tout à savoir si la pratique confessionnelle ne relève que d'un choix convictionnel de l'individu ou si elle s'impose à lui telle une circonstance extérieure. Comme l'ont illustré les propos précédents d'Olivier De Schutter, la qualification fait varier le sentiment d'injustice et, en dernier ressort, la rigueur de la saisie juridique. En ce sens, considérer l'homosexualité comme une préférence transfère la responsabilité sur l'individu et entraîne un régime juridique plus strict. À l'inverse, estimer celle-ci comme un trait inné de l'individu pose la question des discriminations, tant négatives que positives, en ce sens qu'apparaît comme un

²⁷⁷² O. DE SCHUTTER, « Homosexualité, discours, droit », *RIEJ*, vol. 30, 1993/1, p. 83-142.

²⁷⁷³ *Ibid* (nous reprenons les soulignages de l'auteur).

²⁷⁷⁴ *Ibid*. L'auteur déconstruit chacun des arguments et les dénonce.

²⁷⁷⁵ *Ibid* (nous soulignons).

élément qui échappe à la volonté de l'individu une circonstance qui lui est extérieure, et qui peut le mettre en position de défaveur par rapport au droit en vigueur²⁷⁷⁶. À la manière, pour certains, de la différence religieuse²⁷⁷⁷. Cette problématique est au cœur de la place des aménagements par la différenciation au profit de la religion qu'il convient d'exposer.

994. En effet, propre aux courants différentialistes, la logique d'accommodements raisonnables – que nous aurons l'occasion d'appréhender plus avant – est justement motivée par la nécessité de « compenser une infirmité » et acceptée à ce titre « parce qu'ils [les accommodements] ont une justification objective »²⁷⁷⁸. Or, Francis Hamon cite l'exemple d'une personne souffrant de déficience visuelle lors des votes à bulletin secret dans les isolements et se demande : « faut-il également satisfaire les demandes d'accommodements qui sont motivées, non par une déficience physique, mais par un impératif d'origine culturelle, un interdit religieux par exemple ? »²⁷⁷⁹. L'interrogation est légitime. Elle met au cœur des aménagements la contrainte qui peut peser sur l'individu et bouscule alors l'exigence de justice.

995. Cette discussion est souvent absente de la doctrine française quand, au Canada, le sujet est récurrent. Jocelyn Maclure et Charles Taylor introduisent clairement le raisonnement en expliquant l'existence d'obligations d'accommodements pour des croyances et pratiques religieuses minoritaires au titre d'un droit à l'égalité²⁷⁸⁰, précisément car les normes peuvent s'avérer discriminatoires « à l'endroit de personnes possédant des caractéristiques physiques ou culturelles particulières (dont l'état physique, l'âge, l'ethnicité, la langue et la religion) »²⁷⁸¹. Une première remarque s'impose alors : semblent être mises sur le même plan une différence physique et une différence religieuse. Confirmant ces considérations, les auteurs postulent qu'il se peut « que la femme enceinte, la personne vivant avec un handicap physique ou celle dont la foi est source d'obligations spécifiques (en termes de *culte*²⁷⁸², d'habillement ou d'alimentation) ne puisse continuer à exercer sa profession si son horaire ou ses conditions de travail ne sont pas aménagés en fonction de ses caractéristiques particulières »²⁷⁸³. Les deux premiers exemples fournis rendent l'évidence de certains aménagements peu contestable : « on peut facilement comprendre qu'une école adopte un règlement interdisant aux élèves d'apporter des seringues à l'école, mais personne ne songerait à s'opposer à ce qu'un jeune élève

²⁷⁷⁶ En l'occurrence il s'agit davantage de la non-discrimination indirecte pour l'homosexualité. Il s'est agi de supprimer les barrières la différenciant indirectement de l'hétérosexualité, norme majoritaire de référence. Il reste que cela nécessite de considérer un tant soit peu la préférence sexuelle comme un élément qui ne relève pas du choix de l'individu afin de considérer la contrainte que subit celui-ci au contact d'une norme qui privilégie une autre préférence sexuelle.

²⁷⁷⁷ Pour une analogie entre le poids moral de l'homosexualité et de la croyance religieuse, notamment confrontée à la jurisprudence aux États-Unis, voir T. C. BERG, « Religious Freedom and Nondiscrimination », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 50, n° 1, p. 181-210 : « [b]oth same-sex couples and committed religious believers argue that some aspects of human identity are so fundamental that they should be left to each individual, free of all nonessential regulation, even when manifested in conduct. ».

²⁷⁷⁸ F. HAMON, *Les discriminations saisies par le droit*, Paris, LGDJ, 2016, coll. « Systèmes », P. 108.

²⁷⁷⁹ *Ibid.*

²⁷⁸⁰ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010, p. 84.

²⁷⁸¹ *Ibid.*

²⁷⁸² Nous soulignons.

²⁷⁸³ *Ibid.*, p. 84-85.

diabétique soit exempté de l'application de ce règlement légitime »²⁷⁸⁴. Plus encore, une telle dérogation n'apparaîtrait communément pas comme un accommodement raisonnable. Il s'agit pourtant bien d'un aménagement à une règle commune en vertu d'une contrainte indépendante de la volonté de l'individu. Pour autant, est-il bien raisonnable de comparer une telle dérogation, justifiée par un motif impérieux de santé, à celles accordées au nom d'une obligation religieuse abordée comme autre exemple ? L'interrogation suscite d'importantes discussions.

996. Nous trouvons une synthèse claire de ces débats et de leur enjeu par rapport à la différence religieuse dans un article de François Boucher²⁷⁸⁵. Celui-ci décrit le développement des aménagements à la règle de droit en raison d'une appartenance culturelle ou religieuse. Il explique que leur justification tient d'une approche nommée *luck egalitarianism*, défendue notamment par Ronald Dworkin, Richard Arnsperg et Gerald Allan Cohen²⁷⁸⁶. Cette conception de l'égalité des chances ou de fortune s'oppose habituellement à l'approche *relational egalitarianism*²⁷⁸⁷. Selon l'égalité de fortune, il est avant tout injuste que des individus se trouvent désavantagés en raison de caractéristiques personnelles « qui relèvent de circonstances non choisies, c'est-à-dire qui échappent à leur contrôle », telles que l'ethnicité, la race, le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap, etc.²⁷⁸⁸. Nous retrouvons ici les propos liminaires d'Olivier De Schutter. L'égalité postule que l'État intervienne pour neutraliser ces différences qui provoquent des inégalités issues des effets du hasard. À l'inverse, les individus sont tenus responsables de leurs choix de vie. L'exemple le plus parlant de la première catégorie est évidemment le handicap, pour lequel nul ne conteste aujourd'hui la perte de chance qui lui est inhérente et la nécessité que l'État intervienne pour l'endiguer. Il ne s'agit là pas moins de la vision plaidée par Xavier Bioy pour délimiter l'application de la non-discrimination : « il faut exiger un élément considéré comme indisponible et handicapant »²⁷⁸⁹. Cependant, même une telle exigence ne saurait suffire au regard de la complexité du critère religieux.

997. En effet, au cœur de cette réflexion, l'embarras se niche vigoureusement dans la classification de la religion parmi ces catégories. Ainsi que l'expose François Boucher, une partie de la doctrine considère « que les croyances d'une personne relatives à ses obligations religieuses ne tombent pas sous le contrôle de l'individu ». Constitutives de son identité morale, les croyances ne seraient donc pas choisies par celui-ci²⁷⁹⁰. Au nom de l'égalité réelle, les promoteurs de cette thèse exigent des aménagements juridiques à la règle commune afin de respecter l'identité de l'individu. Comme l'explique Ronan McCrea, en tant que forme d'identité la religion peut entraîner un conflit avec le droit, lorsque les normes religieuses

²⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 85.

²⁷⁸⁵ F. BOUCHER, « Les fondements égalitaristes des pratiques d'accommodement de la diversité religieuse », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 109, n° 4, 2011, p. 671-695.

²⁷⁸⁶ *Ibid.*

²⁷⁸⁷ Voir notamment E. ANDERSON, « The Fundamental Disagreement between Luck Egalitarians and Relation Egalitarians », *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 36, 2014, p. 1-23.

²⁷⁸⁸ F. BOUCHER, « Les fondements égalitaristes des pratiques d'accommodement de la diversité religieuse », *art. préc.*

²⁷⁸⁹ X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 84.

²⁷⁹⁰ F. BOUCHER, « Les fondements égalitaristes des pratiques d'accommodement de la diversité religieuse », *art. préc.*

s'opposent à celles communes²⁷⁹¹. De surcroît, poursuit l'auteur, « le statut de religion en tant que forme d'identité lui permet également de revendiquer un certain traitement favorable au regard du droit »²⁷⁹², cela, notamment au travers du principe de non-discrimination indirecte qui permet des traitements différenciés²⁷⁹³. À la fin, « les identités religieuses peuvent être protégées pour la seule raison de leur statut en tant qu'élément de l'identité, que notre respect de l'autonomie individuelle nous demande de protéger », mais « les identités religieuses peuvent être [également] restreintes pour des raisons d'intérêts collectifs »²⁷⁹⁴. Le caractère identitaire évoque par ces mots la contrainte pesant sur l'individu dès lors qu'une règle porte atteinte à sa conviction. Ainsi, identifier la religion comme une identité pousse à considérer celle-ci comme une circonstance pesant sur l'individu face au droit. Inversement, aménager le droit, car il pèse sur la conviction de l'individu, revient généralement à prendre en considération l'identité de l'individu – voire découle d'une telle considération. Tout le paradoxe réside dans le fait que la non-discrimination directe se justifia probablement historiquement parce que la religion est un élément profond de l'identité d'un individu que l'on ne peut prendre en compte pour exclure. Pourtant, c'est cette même considération qui pousse aujourd'hui, au titre de la non-discrimination, cette fois-ci indirecte, à prendre en compte ce critère religieux.

998. À l'opposé, des auteurs soutiennent que « les convictions religieuses ne sont pas des aspects involontaires et inchangeables de la personnalité des individus comme le sont les handicaps physiques ou les habiletés naturelles dont une personne est dotée »²⁷⁹⁵. En outre, l'autre logique occulterait « le fait qu'il est possible de modifier le comportement culturel et d'aménager la règle religieuse du demandeur, comme le font spontanément toutes les grandes religions en milieu minoritaire », rajoute Danièle Letocha, qui conclut, avec cet exemple : « le kirpan n'est pas une prothèse d'amputation : il faut l'enlever pour monter dans un avion »²⁷⁹⁶. En d'autres termes, les convictions religieuses ne sont pas, à la différence par exemple des handicaps physiques, « des incapacités résultant de circonstances malheureuses au-delà de leur contrôle qu'ils auraient souhaité ne jamais avoir »²⁷⁹⁷. À la fin, point un paradoxe : « soit les convictions religieuses sont involontaires, soit les exemptions religieuses ne sont pas justifiées »²⁷⁹⁸.

999. François Boucher nuance alors les deux approches sur la place de la religion en exposant les critiques traditionnelles qui leur sont adressées. Il rapporte que nous ne pouvons

²⁷⁹¹ R. MCCREA, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne* (traduit de l'anglais par I. BLAKE-JAMES), Bruxelles, Bruylant, 2013, coll. « Collection droit de l'Union européenne », p. 311.

²⁷⁹² *Ibid.*

²⁷⁹³ *Ibid.*

²⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 316.

²⁷⁹⁵ *Ibid.* Le principal auteur de ce courant est Brian Barry.

²⁷⁹⁶ D. LETOCHA, « L'obligation d'accommodement raisonnable : une conception statique de l'écart culturel », R. MAGER et S. CANTIN (dir.), *Modernité et religion au Québec. Où en sommes-nous ?*, Québec, PUL, 2010, disponible en ligne sur : <https://danieleletocha.com> (consulté le 12 sept. 2022).

²⁷⁹⁷ S. COURTOIS, « Égalité de traitement et multiculturalisme », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 108, n° 2, 2010, p. 205-231.

²⁷⁹⁸ Dilemme prononcé par Sonu Bedi (F. BOUCHER, « Les fondements égalitaristes des pratiques d'accommodement de la diversité religieuse », *art. préc.*).

considérer la religion comme échappant totalement des mains de l'individu et la comparer à ce titre à un handicap. Cette première est susceptible d'évoluer au gré des interprétations et de la conscience de l'individu. Inversement, « [l]e contenu d'une croyance (religieuse ou non) porte sur le monde objectif, ce contenu réfère à un monde extérieur à ma volonté subjective et indépendante de celle-ci »²⁷⁹⁹.

1000. En dépit de ces nuances, François Boucher semble prendre parti en considérant qu'assimiler la religion à un simple choix ne devrait pas justifier que l'on évacue entièrement l'idée d'aménagements. Il s'appuie alors sur le fait que les normes ne soient pas véritablement neutres et favorisent la religion majoritaire *de facto*. Et l'auteur de conclure qu'il est plus difficile pour les membres des minorités de maintenir leur identité religieuse que ceux de la majorité²⁸⁰⁰. Cela rejoint une critique plus globale de cette approche de *luck egalitarian* qui soutient que cette dernière omet un questionnement : les conditions dans lesquelles les individus ont opéré leurs choix « étaient-elles équivalentes pour tous ? »²⁸⁰¹. Ainsi, « [c]'est uniquement dans une situation où cette exigence serait satisfaite qu'il serait équitable d'imputer à chacun les conséquences de ses choix ». Cette approche dénonce le manque de considération portée sur l'absence de neutralité de l'environnement dans lequel l'individu est implanté et sur le rapport de domination et de pouvoir que l'individu peut subir²⁸⁰². Le choix de l'individu ne peut qu'être biaisé *ab initio*. À notre sens, le cas de la conviction religieuse ne recoupe pas d'autres objets appuyant l'argumentation précitée. Ce débat porte sur la légitimité de la considération portée sur le handicap résultant d'un choix, non sur la caractérisation d'une conviction comme un choix.

1001. Or, l'argument du manque de neutralité de la norme ne vaut que si l'on considère qu'elle produit un poids excessif sur la conscience de l'individu. En effet, la norme générale sera éternellement fondée sur une imprégnation culturelle et un modèle spécifique. Le constat selon lequel certaines caractéristiques correspondent davantage à ce modèle qu'à d'autres suffirait à justifier des aménagements ? C'est ouvrir la voie à toutes les demandes et omettre la légitimité de la prise en compte de la différence de situation au regard d'une conception précise de la justice. À ce niveau, rentre en jeu la question du constat de l'inégalité des considérations portées sur la contrainte de l'individu. Les deux sont imbriquées, puisque l'inégalité de fait doit permettre de constater un privilège pour l'un et un désavantage pour l'autre. Or, pour un religieux minoritaire, le désavantage repose sur l'existence d'une tradition différente dont la pratique tient d'une obligation quasiment irrémédiable à ses yeux. Cette dernière, pour être vue comme une situation différente, doit être considérée en partie comme une circonstance extérieure. En partant de ce principe, l'on envisage le fardeau que subit l'individu lorsqu'il ne peut pratiquer son culte à cause du droit commun, et ce, contrairement au croyant de la religion majoritaire. Pour ainsi dire, la faveur indirectement accordée au groupe majoritaire n'évince

²⁷⁹⁹ *Ibid.*

²⁸⁰⁰ *Ibid.*

²⁸⁰¹ J.-F. SPITZ, *La République ? Quelles valeurs ?*, Paris, Gallimard, 2022, coll. « NRF Essais », p. 200.

²⁸⁰² *Ibid.* Pour une approche et une critique du *luck egalitarianism* voir du même auteur *Abolir le hasard ? Responsabilité individuelle et justice sociale*, Paris, Vrin, 2008, coll. « Philosophie concrète ».

pas la question de la caractérisation de la religion comme choix ou circonstance. Dans une société où l'État et le droit priment, la différence de situation appréciée au soutien d'un traitement favorable repose donc sur la prise de conscience que la religion peut être une circonstance extérieure. À ce titre les groupes minoritaires subissent un fardeau que la communauté majoritaire ne subit pas dans le respect du droit commun, en conséquence de quoi, du fait de sa différence, l'individu se trouve dans une situation distincte.

1002. Prendre en compte cette inégalité en comparaison à la religion majoritaire revient quelque part à caractériser la croyance religieuse, ne serait-ce qu'un tant soit peu, comme une sorte de « handicap », une « situation » extérieure, qui le défavorise²⁸⁰³. François Boucher confirme implicitement cette analyse lorsqu'il expose d'autres théories qui abordent la notion de « fardeau moral » pesant sur la conscience des individus en l'absence d'accommodements. Ce fardeau est considéré comme inégalement partagé, puisque la majorité voit ses pratiques favorisées par un cadre juridique qu'elle a en partie influencé²⁸⁰⁴. Nous retrouvons le constat de départ. Par ce raisonnement, la religion reste un poids, une circonstance, un fardeau. En somme une situation, qui justifie un aménagement en raison d'un handicap que la personne traîne par rapport au groupe majoritaire, par rapport au droit qui favorise ce dernier.

1003. Cela étant, pour ne pas souscrire à une approche par trop manichéenne, rapportant la religion, soit uniquement à un choix, soit à une circonstance absolument non choisie²⁸⁰⁵, nous pouvons privilégier pour le moment un entre-deux – qui point d'ailleurs au milieu des nuances sus-énoncées. La religion a ceci d'ambigu qu'elle semble se situer « précisément à la limite de l'identité personnelle et du choix de l'individu »²⁸⁰⁶. Ainsi, nous pouvons partir du principe que la conviction puisse à un moment de la vie de l'individu être un choix, ne serait-ce que dans celui de croire ou ne pas croire ou dans celui de croire telle ou telle religion. Cela ne contredit pas le fait qu'elle soit ensuite en mesure de s'imposer en tant qu'élément fondamental de la personnalité de celui-ci. En effet, son impact identitaire et personnel peut s'avérer tel que son fardeau moral, lorsqu'il s'agit de respecter une tradition religieuse, s'impose comme une

²⁸⁰³ C'est quelque peu ce qu'expose Avigail Eisenberg : « [t]he first implication and central benefit of an identity approach is that it is more effective than the choice approach at tracking social exclusion and historical injustice towards groups. In part, this is because those who use the approach are more inclined to treat certain features of a group's religion, such as a particular practice or commitment, as an immutable part of the group's identity and therefore significant to what is required to treat a group respectfully. The practice or commitment is then used to identify laws or policies that have restricted them which are then examined to determine if these restrictions constitute unfair discrimination » (A. EISENBERG, « Choice or Identity ? Dilemmas of Protecting Religious Freedom in Canada », *Recode*, n° 24, 2014).

²⁸⁰⁴ F. BOUCHER, « Les fondements égalitaristes des pratiques d'accommodement de la diversité religieuse », *art. préc.*

²⁸⁰⁵ Chacune faisant l'objet d'importantes critiques ; décrire la religion comme un choix impliquerait d'omettre le poids que les dogmes et les obligations religieux peuvent avoir sur la conscience de l'individu, quand considérer la religion telle une circonstance revient à réifier, figer et rendre immuable un élément profondément évolutif au gré de la conviction de chacun. En outre, gardons-nous d'être catégoriques en la matière. La religion est particulièrement marquée par son caractère mouvant, pluriel, y compris au sein de chaque grande religion.

²⁸⁰⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ et C. WOLMARK, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire sur le port du voile au travail, CJUE, Achbita, aff. C. 157-15 », *Semaine sociale Lamy*, n° 1728, 2016, p. 5-8.

situation de désavantage aux yeux de l'individu²⁸⁰⁷. Difficile de nier l'impact profond qu'une croyance peut avoir sur la vie d'une personne²⁸⁰⁸. Ce dernier pan s'exprimerait particulièrement lorsqu'il prend la forme d'une revendication – parfois et surtout communautaire – contre le droit en vigueur.

1004. Partant, le droit serait le reflet d'une plus ou moins grande sensibilité à la contrainte que représente la religion pour la minorité selon l'acceptation des demandes. En effet, si François Boucher s'interroge sur les justifications doctrinales soutenant la prise en compte des différences religieuses en droit, de notre côté, nous voyons davantage ce débat comme le témoin d'une caractérisation de la religion en tant que choix ou circonstance par le droit, en fonction de la prise en compte du fait religieux. Normalement, les individus sont considérés, du point de vue de la norme, dans une situation similaire, donc traités identiquement. La désignation de la différence religieuse comme différence de situation révèle le regard porté sur le religieux. Autrement dit, pourvoir un traitement différentiel met en lumière le fait que le droit et le politique ne considèrent pas la religion comme un simple choix. C'est alors parce que la religion apparaît aux yeux de l'autorité publique comme une circonstance pesant sur l'individu que la règle de droit se trouve aménagée²⁸⁰⁹. En effet, c'est seulement lorsque la religion est perçue comme circonstance extérieure, plutôt qu'un choix, que l'exclusion d'une pratique par le droit sera considérée comme l'exclusion de la personne même ou du groupe lui-même²⁸¹⁰. Cela revient à considérer une différence de situation rattachée à la différence religieuse elle-même en tant que contrainte extérieure à l'individu. Ces éléments seront corroborés par l'appréciation d'un traitement spécifique de la conviction religieuse par rapport aux autres cas de conscience, la plupart relevant précisément d'une affaire d'autonomie et de choix.

1005. En tout état de cause, les discours politiques influencent l'appréhension du religieux, selon qu'il s'apparente davantage à un choix ou à une circonstance. À ce titre, l'acceptation de la différence religieuse comme composante de la discrimination indirecte met en lumière une tendance à une caractérisation « primordialiste » de la religion²⁸¹¹. Ce qui n'est pas sans poser de problèmes pour un objet à ce point marqué par la subjectivité.

²⁸⁰⁷ C'est aussi une appréciation issue d'une critique de la conception de Barry. On lui reproche de ne considérer la religion que comme un choix, en omettant que « si les allégeances culturelles et religieuses relèvent des choix humains, nombre d'entre elles ne sont pas de simples préférences subjectives » et, selon Parekh – cité par Stéphane Courtois –, « sont constitutives du sens de l'identité de l'individu et du respect de lui-même et ne peuvent être surmontées sans un sens profond de perte morale » (S. COURTOIS, « Égalité de traitement et multiculturalisme », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 108, n° 2, 2010, p. 205-231).

²⁸⁰⁸ Voir Introduction p. 41 et s.

²⁸⁰⁹ C'est le point de vue de Sonu Bedi : « [w]e must be able to identify the difference between religion and mere preference, and this difference must be enough to justify the religious exemption. I argue that doing so requires viewing the religious practice as anything but voluntary. That is, *in* establishing the all-important exemption, we must see the religious practice as effectively unchosen, rigid and inhospitable to contestation. Consequently, securing an exemption entails rejecting the open-ended, freely constructed and contingent characterization of religious affiliations. Put simply, the more the religious group is seen as just like any other voluntary association or preference, the more difficult it becomes to justify an exemption » (S. BEDI, « Debate : What is so Special About Religion ? The Dilemma of the Religious Exemption », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 15, n° 2, 2007, p. 235-249). Dès lors, à l'inverse, plus des accommodements sont prévus pour la différence religieuse, plus le religieux est considéré comme une circonstance échappant à l'individu.

²⁸¹⁰ A. EISENBERG, « Choice or Identity ? Dilemmas of Protecting Religious Freedom in Canada », *Recode*, n° 24, 2014.

²⁸¹¹ S. BEDI, « Debate : What is so Special About Religion ?... », *art. préc.*

2) La religion comme circonstance extérieure à l'appui d'aménagements : un problème d'objectivité ?

1006. À la vue de ces remarques, quel élément de fond rend la comparaison entre différence résultant d'une conviction et différence résultant d'un handicap si embarrassante ? C'est indirectement la question que pose Najwa El Haïté dans sa thèse, à propos du refus d'aménagement d'une sonnerie d'un immeuble pour une personne de confession juive lors de Shabbat : « [n]eût-on pas trouvé admissible la contestation d'une personne en situation de handicap, à qui l'installation compliquait l'accès à l'immeuble ? ». La réponse s'impose d'elle-même : « [o]n opposera dans cet exemple que le grief est objectif, quand il est subjectif dans le cas religieux »²⁸¹². Le caractère objectif ou subjectif de la différence, ou, plus exactement de la contrainte, en cause semble effectivement peser au sein du débat.

1007. Précisément, dans le cadre théorique de cette égalité par rapport au religieux, l'on ne compense pas une situation de désavantage résultant de l'impossibilité objective, pour un individu, de bénéficier d'un bien ou d'un droit. Par exemple, une personne en situation de handicap peut ne pas accéder à une administration en l'absence d'une rampe d'accès prévue. L'appréciation est objective : l'individu ne peut *de facto* pas bénéficier de la même prestation que les autres. Autrement dit, la différence de situation repose sur des critères objectifs, en l'occurrence un « handicap mesurable et reconnu »²⁸¹³, que chaque humain peut expérimenter et dont la prise en compte ne laisse apparaître aucune injustice²⁸¹⁴. Dès lors, accommoder la règle au titre d'un handicap physique ou d'un problème de santé relève d'un bon sens de la justice²⁸¹⁵. De la même manière, la différence de sexe peut entraîner des différences de situations biologiquement, alors objectivement, constatables²⁸¹⁶.

1008. En revanche, pour la religion, tout droit est physiquement accessible à un individu religieux ou à un individu qui ne l'est pas. La distinction tenant à la croyance reste subjective et rattachée au seul for interne de l'individu. Or, notifiât Félicien Lemaire, « il faut objectiver les discriminations pour s'assurer qu'on a affaire à une inégalité de traitement susceptible d'être sanctionnée »²⁸¹⁷. À titre d'illustration, les jours de congés sont au bénéfice de tous. La

²⁸¹² L'autrice ne s'arrête pas là et prétend que le débat n'est pas adéquat en la matière, que la question se défend davantage en termes de proportionnalité entre les avantages collectifs et l'inconvénient individuel. Nous ne souscrivons pas à ce raisonnement ; l'étape décrite par l'autrice n'exclut pas la caractérisation de la religion comme choix ou circonstance, elle lui est tout au plus postérieure (N. EL HAÏTE, *Laïcité et république. Considérations sur la République Française*, Paris, L'Harmattan, 2019, coll. « Questions contemporaines », p. 227).

²⁸¹³ J.-P. SCHREIBER, *La crise de l'égalité. Essai sur la diversité multiculturelle*, Bruxelles, Espace de Libertés, 2012, coll. « Liberté j'écris ton nom », p. 133.

²⁸¹⁴ D. BARIL, « Les accommodements religieux pavent la voie de l'intégrisme », *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007.

²⁸¹⁵ Tel que l'affirme Anne-Marie le Pourhiet, une « discrimination apparaîtra généralement d'autant plus injuste qu'elle porte sur une qualité qu'il n'a pas été loisible à l'individu de choisir ou maîtriser » (A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, 2001/2, p. 166-177).

²⁸¹⁶ Comme le notifie Danièle Lochak la différence sexuelle peut être prise en compte parce qu'elle peut « effectivement placer les femmes, dans certaines circonstances, comme la grossesse, dans une situation différente de celle des hommes » (D. LOCHAK, « Égalité et différence. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit », p. 55).

²⁸¹⁷ F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301.

contrainte ne pèse pas objectivement sur l'individu religieux, elle n'est pas physique et ne peut susciter l'adhésion collective. La requête implique une appréciation subjective, du poids de la conviction sur la conscience de l'individu s'il se conforme à la norme commune.

1009. Pour juger l'aménagement nécessaire il faudrait assimiler la croyance religieuse à un handicap qui rend impossible l'application de la norme commune. Or, accommoder la règle au titre de la religion n'est pas incontestablement légitime en soi ; elle peut sans nul doute apparaître comme injuste pour beaucoup. Les demandes religieuses sont alors en passe de devenir « des sources de conflits potentiels par la convoitise ou l'inégalité qu'elles entraînent »²⁸¹⁸. Au demeurant, l'existence de cette querelle doctrinale témoigne par elle-même du caractère subjectif de la contrainte religieuse. C'est directement le cœur du modèle de justice qui est débattu.

1010. Si nous envisageons le débat d'un point de vue plus conforme à la logique française, la question se pose aussi vivement, notamment s'agissant de la différence de situation et du régime des cultes. En effet, l'observation d'inégalités et de discriminations dans le cadre du régime des cultes s'appréhende par une appréciation objective de la difficulté, éprouvée par certains, à bénéficier des normes en vigueur. La logique même du régime était en cause. Il s'agissait de prétendre que celui-ci était au bénéfice de tous. Les normes posées visent à s'appliquer à toute religion, alors englobées sous la généralité du droit. La question ne touche pas la qualification de la religion comme contrainte extérieure ou comme choix. Nous ne confrontons pas l'application d'un droit commun, au bénéfice de tous, à la contrainte d'une religion. Nous postulons *ab initio* que le régime des cultes est, par essence, à la jouissance de toute religion dans l'exercice du culte, peu importe lequel. Le régime des cultes vise l'exercice du culte de chaque religion, sans en concerner une en particulier ; il entend prévoir des règles spécifiquement applicables aux religions, mais à toutes les religions. Lorsqu'une norme générale du régime des cultes ne s'applique pas correctement à l'ensemble des religions c'est sa propre cohérence qui est mise en cause. Ainsi, il n'est pas question de débattre de la croyance spécifique de la religion exclue – donc de sa particularité – mais de partir du constat objectif de son absence de bénéfice d'un régime qui est censé lui être accessible. En revanche, quand une norme commune est contestée, car elle ne correspond pas à une tradition religieuse minoritaire, la réflexion porte sur le droit commun, applicable sans distinction de religion et à tous. Toute personne, qu'elle soit croyante, athée ou agnostique, sera soumise au même régime indépendamment de considérations convictionnelles. Dans le régime des cultes, nous ne pouvons que reprocher le manque d'égalité réelle des droits prévus. Au sein du droit commun, nous ne pouvons que reprocher la contradiction entre la norme et la croyance religieuse²⁸¹⁹. Dans ce cadre, la différence de situation révèle une profonde subjectivité.

²⁸¹⁸ D. BARIL, « Les accommodements religieux pavent la voie de l'intégrisme », *art. préc.*

²⁸¹⁹ Mais par là même le manque d'extension du régime des cultes à cette tradition. Cette réflexion sera abordée postérieurement.

1011. En fin de compte, tous ces propos se rejoignent. Quand la religion est comprise comme un choix, l'État a pour seule obligation de garantir aux individus la protection de leur choix de conviction – c'est-à-dire croire ce qu'ils souhaitent ou ne pas croire²⁸²⁰. Du moment qu'une règle est neutre et applicable à tous, il n'a donc pas à aménager le droit, même lorsqu'il porte atteinte à une conviction minoritaire. Certes, des religions minoritaires peuvent se sentir discriminées par l'interdiction de travailler le dimanche au vu de leurs pratiques religieuses. Pour autant, du moment que la loi n'empêche pas les individus de pratiquer leur religion les jours qu'elles préfèrent, avec certes l'existence d'un jour supplémentaire chômé (le dimanche), et ce, pour tous, aucun aménagement ne doit être prévu²⁸²¹. Cette interprétation est formaliste : elle privilégie la non-discrimination directe et qualifie la religion comme un critère prohibé. La différence de situation ne saurait être assimilée à la différence elle-même, puisque, considérée comme un pur choix, elle ne place pas l'individu dans une situation objective de désavantage. C'est à première vue l'idéal universaliste français.

1012. À l'inverse, la caractérisation de la religion comme identité, qui s'inscrit dans l'inclusion et le respect d'une citoyenneté religieuse plurielle, implique que les individus ne doivent absorber seuls les coûts de leur croyance religieuse au risque de les traiter inégalement²⁸²². Cela fait ici référence à une égalité réelle. En reprenant l'exemple ci-dessus, Avigail Eisenberg postule que la loi, avantageant le culte majoritaire, viole la liberté de religion si elle expose les minorités à un désavantage ou si elle porte atteinte à leur dignité, en d'autres termes si elle marginalise certains citoyens²⁸²³. Ainsi, l'appréciation de la discrimination indirecte reposait sur le fait que la norme crée un désavantage purement subjectif aux individus religieux par rapport à d'autres. Ce point de vue est adopté par le multiculturalisme.

1013. En reprenant ces raisonnements, l'observation du droit positif témoignera d'une tendance au différencialisme et permettra une mesure de l'imprégnation des courants en faveur des identités religieuses. La défense d'une prise en compte de ces identités s'appuie, nous l'avons évoqué, sur la faveur accordée au groupe majoritaire. Autrement dit, les demandes différencialistes sont alimentées par des modèles universalistes favorisant indirectement un groupe, à l'image du système français.

PARAGRAPHE 2. Un modèle français stimulant les demandes religieuses particularistes

1014. Nous avons une égalité différencialiste qui favorise la prise en considération des particularismes substantiels ou communautaires, comme ceux que peut exprimer le fait religieux. En France, le fait religieux postule nécessairement et intrinsèquement une telle égalité

²⁸²⁰ A. EISENBERG, « Choice or Identity ?... », *art. préc.*

²⁸²¹ *Ibid.* L'auteur cite en exemple le dimanche comme jour non travaillé au Canada – exemple peu ou prou similaire au cas français.

²⁸²² *Ibid.*

²⁸²³ *Ibid.*

lorsque la règle religieuse à laquelle le croyant se soumet entre en contradiction avec la règle commune qui le contraint alors ; le croyant cherche à ce que sa différence soit reconnue pour aménager le droit commun, ce qu'encourage l'égalité différencialiste (A). Surtout, cette exigence d'égalité différencialiste est d'autant plus forte et importante au sein d'un modèle historiquement imprégné d'une culture religieuse spécifique comme la France (B). Le fait religieux et sa prise en compte sont dans le fond si imprégnés de l'égalité différencialiste que nous constatons, sans surprise, que l'égalité des cultes réelle défendue pour l'appréhension du religieux par la doctrine est en réalité très fréquemment différencialiste (C).

A) La tension constante entre la norme religieuse et le respect de la norme juridique, expression du différencialisme intrinsèque au religieux

1015. Le phénomène religieux s'accompagne de multiples demandes symboliques, politiques et juridiques. L'égalisation au regard du régime des cultes en est une particulièrement nécessaire à l'exercice identique de tous les cultes. Seulement, de nouvelles demandes s'insèrent dans le cadre de l'égalité réelle. Aujourd'hui, la diversité et la pluralité confessionnelle foisonnent considérablement, de telle sorte que la norme se trouvera toujours opposée à une croyance spécifique. La discordance entre norme commune et norme religieuse est d'autant plus vive qu'elle concerne aujourd'hui en priorité les religions minoritaires²⁸²⁴.

1016. En effet, la construction moderne des États s'est fréquemment établie en présence, voire en connivence, avec certaines religions. En outre, si la construction du droit commun put correspondre à ces religions historiquement implantées, tel n'est pas le cas de groupements plus récents, « dont les pratiques n'ont pas déjà fait l'objet d'une forme d'incorporation par l'État au cours du processus de construction de l'État-nation »²⁸²⁵. En France, la confrontation touche les cultes minoritaires, mais avant tout l'islam, qui n'a connu qu'une implantation récente. Le phénomène renforce le sentiment minoritaire et, en conséquence de cela, le droit commun se trouve de plus en plus soumis à la pression, non seulement de la liberté de conscience²⁸²⁶, mais aussi de l'égalité résultant de l'expression d'un différencialisme religieux qui se multiplie. La confrontation entre ce dernier et le droit rend la question particulièrement brûlante.

1017. Ainsi que le souligne Geneviève Koubi, le droit et la religion agissent tous les deux sur la structuration et la vie quotidienne de l'individu ; ils imposent des modes de comportements et des règles²⁸²⁷. En outre, « l'institution religieuse, comme l'institution politique, ont pour fonction de maintenir l'individu dans un cadre social précis, de le préparer

²⁸²⁴ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, op. cit., p. 202.

²⁸²⁵ E. LEPINARD, « La prise en compte de la subjectivité minoritaire dans l'exercice du jugement au Canada et en France » in A. BARRAS, F. DERMANGE et S. NICOLET, *Réguler le religieux dans les sociétés libérales. Les nouveaux défis*, Genève, Labor et Fides, 2015, coll. « Religions et modernités », p. 70.

²⁸²⁶ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, op. cit., p. 201.

²⁸²⁷ G. Koubi, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux », *JCP G*, n° 29, 1987, 3292.

à son insertion dans la société [...] »²⁸²⁸. Pour la religion, ce cadre enroule l'individu « dans un réseau de règles, de rites, et traditions dont l'observance est "obligatoire" »²⁸²⁹. Cette obligation entre alors en opposition avec les prescriptions légales. Le croyant se retrouve à devoir choisir entre deux systèmes d'obligations parfois contraires.

1018. En résulte une approche globale des demandes religieuses qui s'impose dans une contestation d'un droit commun qui ne prendrait pas en compte la tradition religieuse spécifique. Plus encore, ce premier entrerait en contradiction avec cette dernière, qui ne pourrait alors venir s'exprimer. Partant, le religieux serait ici intrinsèquement différencialiste, au sens où il érige ses propres règles au mépris possible de la loi commune²⁸³⁰.

1019. Il y a aujourd'hui pléthore de demandes religieuses particulières au regard du droit²⁸³¹. En France, nous retrouvons l'exigence d'alimentation spécifique (*halal* ou *casher*) dans des lieux « clos » comme les écoles ou les prisons. De la même manière, est exigé le respect du rituel d'abattage des animaux. Il y a aussi le cas des fêtes religieuses qui ne tombent pas en même temps que les jours de congés légalement prévus. Les exemples foisonnent, tant les pratiques religieuses varient. La religion sikhe rencontre également des difficultés quand il est demandé de garder la tête nue lors de photographies d'identité ou de porter un casque sur les véhicules à deux roues.

1020. Bien que ces réclamations puissent s'inscrire dans une logique égalitaire, elles peuvent être particulièrement périlleuses pour le modèle français, en témoignent déjà les exposés précédents sur la place occupée par les identités dans les courants différencialistes de l'égalité. En effet, est exigé que l'individu soit reconnu comme tel, par sa différence. Dans ce cadre il ne s'agit pas d'une égalité des statuts, une égalité des droits, mais une revendication, en droit, d'une différenciation de groupes ou d'individus qui se « considèrent comme authentiquement uniques »²⁸³². C'est ce que nous avons qualifié de droit à la différence²⁸³³. Le problème tient d'un entremêlement des demandes et des finalités rattachées à celles-ci. Certaines d'entre elles visent leur reconnaissance politique en vue de leur effacement juridique au nom du principe de non-discrimination. D'autres, sont différencialistes, mais s'inscrivent dans une logique encore égalitaire par la comparaison opérée avec une communauté majoritaire

²⁸²⁸ *Ibid.*

²⁸²⁹ *Ibid.*

²⁸³⁰ C. LABORDE, « Republicanisme critique et religion », *Mouvements*, n° 89, 2017/1, p. 62-68.

²⁸³¹ Il n'y a qu'à observer le Chapitre II (chronologie d'une crise) du rapport québécois Bouchard-Taylor (*Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008) pour rendre compte de toutes les demandes religieuses qui peuvent naître. Le contexte national n'est pas le même qu'en France et la diversité des groupes confessionnels varie, mais l'illustration que cela fournit sur le fond est parlante, et ce, qu'importe l'État.

²⁸³² E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, p. 172.

²⁸³³ Voir Introduction.

qui se trouve favorisée par le droit commun. Ces demandes sont prégnantes pour la matière religieuse en France²⁸³⁴.

1021. Pour autant, toutes ces revendications peuvent se confondre avec des logiques purement différencialistes qui ne recherchent que l'affirmation d'une identité ou d'une communauté spécifique et distincte. En substance, il est donc « nécessaire de dissocier revendications "égalitaristes" et revendications "différencialistes" »²⁸³⁵. Les demandes de reconnaissance « émanant de groupes sociaux divers (minorités "culturelles" ou "morales") » peuvent alors « relever de deux catégories antinomiques dans leur finalité, et ce, même si elles se confondent sous une rhétorique similaire du "droit à la diversité" »²⁸³⁶. Or, le problème tient précisément au fait qu'il n'est pas toujours possible de différencier les catégories de demandes. Seulement, « si le premier type ne pose pas véritablement de problème (il suppose seulement une volonté politique), le second, que l'on peut seul légitimement désigner par un "droit à la différence", peut se trouver en contradiction avec les principes de l'égalité démocratique »²⁸³⁷. Toujours est-il que ce qui compte avant tout reste la forme que prend le droit pour saisir cette diversité et, dans ce cadre, les revendications différencialistes exigent précisément une contradiction à l'universalisme car elles postulent, non plus la généralité, mais la différenciation.

1022. En France, ces demandes et les contestations de la norme universelle se trouvent en sus appuyées par le processus de sécularisation historique. Souvent apparenté à l'universalisation de la norme, le sécularisme s'avère critiqué pour les mêmes raisons que cette dernière, à savoir une fausse neutralité de la règle, qui ne saurait camoufler une imprégnation religieuse particulière. Cette critique du sécularisme conforte l'expression des différences identitaires²⁸³⁸, surtout lorsqu'elle est religieuse, dans la mesure où l'exclusion du caractère religieux du monde politique et juridique portée par la sécularisation rend toujours plus vives les expressions religieuses excessivement globalisantes et démonstratives.

1023. Celles-ci sont d'autant plus problématiques qu'elles s'opposent au droit commun. Or, le reniement de la différence au titre d'une norme qui se veut sécularisée, commune à tous les individus, indépendamment de tout facteur religieux, produit une recrudescence du sentiment identitaire inscrit en contradiction avec des valeurs universelles que les individus concernés ressentent comme oppressantes par l'ignorance de leur identité²⁸³⁹. Autrement dit, la rigueur de la non-reconnaissance des différences amène à détruire l'égalité pour une telle

²⁸³⁴ Selon les propos de Marcel Gauchet, la politique de la reconnaissance « trouve sur le terrain religieux, en tout cas dans le contexte français, compte tenu des enjeux attachés par l'histoire aux rapports entre les deux puissances, son plus éminent théâtre d'application » (M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., p. 136).

²⁸³⁵ S. VIBERT, « Sociétés pluralistes ou pluralisme des sociétés ? De deux types irréductibles et potentiellement contradictoires de "pluralisme culturel" » in S. VIBERT (dir.), *Pluralisme et démocratie...*, op. cit., p. 232.

²⁸³⁶ *Ibid.*

²⁸³⁷ *Ibid.*

²⁸³⁸ M.-C. HAINCE, « Entre le religieux et le séculier : les apories de la gestion de la diversité », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 46, n° 2, 2017, p. 292-307.

²⁸³⁹ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes Paris, 2003, p. 8.

reconnaissance²⁸⁴⁰ ; la rigidité de l'égalité formelle conforte l'affirmation des différences. Dans ce cadre, le fait religieux ne peut qu'exiger une égalité différencialiste. Le phénomène n'en ressort qu'accentué lorsque s'ajoute l'imbrication entre la norme commune, d'apparence universelle, et la religion historique.

***B) L'expression d'une culture majoritaire en faveur d'une religion :
moteur de contestations différencialistes contre l'universalisme***

1024. Comme l'affirme Danièle Lochak, la différence religieuse minoritaire et l'universalisme ne manquent pas d'entrer en conflit étant donné que « la règle commune, prétendument universelle, a en réalité été édictée en fonction d'un religion majoritaire et dominante »²⁸⁴¹. En effet, le droit commun français favorise historiquement les religions de tradition chrétienne et conforte à ce titre les nombreuses critiques d'une norme faussement universelle. Ce constat ressort dans l'imbrication de la culture et la religion majoritaire (1), mais plus expressément encore dans le parallèle entre la norme commune et la norme religieuse chrétienne (2). L'idée que la norme puisse être contestée, mais aussi que des communautés soient avantagées par celle-ci, interroge nécessairement l'appréciation de la différence de situation qui justifierait des traitements différents au sein du droit commun (3). Ces réflexions font écho à celles déjà abordées à propos des inégalités intrinsèques au régime des cultes, mais, dans la perspective de cette partie, elles suscitent de nouvelles interrogations qu'il est nécessaire d'aborder.

1) L'imbrication entre culture et chrétienté

1025. Le rapport entre la religion chrétienne et l'imprégnation culturelle française accroît la distinction indirecte de traitement entre religion majoritaire et minoritaire. En effet, des éléments religieux se trouvent sécularisés par le biais de la qualification juridique, celle-ci leur donnant alors un simple aspect « culturel », « traditionnel » ou « artistique ». Ce phénomène, à l'évidence irrémédiable, participe de la construction d'un pays et de sa culture. Il appuie en revanche assurément les arguments en faveur d'une égalité réelle différencialiste au profit des cultes minoritaires.

1026. Outre l'autorisation des symboles religieux apposés sur les monuments publics antérieurement à la loi de 1905 qui, *de jure*, concernent tous les cultes²⁸⁴², mais *de facto* n'en favorise que certains, la jurisprudence a pu consacrer la valeur culturelle de pratiques rattachées à la chrétienté à travers d'autres affaires, comme celles des crèches de la nativité. En effet,

²⁸⁴⁰ G. SOULIER, « Droits des minorités et pluralisme juridique », *RRJ*, n° 53, 1993-2, p. 525-638.

²⁸⁴¹ D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit », p. 63.

²⁸⁴² Dans les faits la règle ne valait principalement que pour le culte catholique. Celle-ci était prévue par l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 qui interdit à l'avenir « d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit [...] ».

l'installation de crèches dans des établissements publics fut questionnée, certains défendant l'aspect culturel et artistique de l'exposition, d'autres arguant d'un symbole religieux prohibé. Les juges administratifs de première instance eurent l'occasion de se contredire sur ces affaires²⁸⁴³, avant que le Conseil d'État n'intervienne pour trancher. Ce dernier distingua le symbole de la crèche, selon qu'elle exprime une préférence religieuse ou présente un caractère culturel, artistique ou festif²⁸⁴⁴. Partant, une crèche, pratique d'origine indéniablement religieuse, devint un « objet hybride »²⁸⁴⁵. Elle se trouva autorisée en étant d'une certaine manière « sécularisée » par son caractère culturel. Cette jurisprudence favorise concrètement les symboles chrétiens sous l'apparence du culturel²⁸⁴⁶.

1027. D'autres exemples, plus ou moins éloignés, renvoient à la concordance entre un usage devenu traditionnel ou local et la tradition religieuse. Tel est le cas pour les sonneries de cloches dans les communes, qui furent réglementées par la loi de 1905²⁸⁴⁷, puis par un décret d'application en 1906²⁸⁴⁸. L'article 51 de ce dernier prévoyait notamment l'utilisation des cloches des édifices appartenant aux collectivités publiques puis attribuées aux associations cultuelles, dans le cadre d'usages locaux. Il existe théoriquement une distinction entre les usages locaux et l'usage cultuel des sonneries. Or, le Conseil d'État a bel et bien rapporté la preuve de l'ambiguïté que cette distinction pouvait faire naître en considérant l'angélus²⁸⁴⁹, tant comme une tradition religieuse qu'un usage local²⁸⁵⁰. Au demeurant, en plus de cette hypothèse, les édifices peuvent faire sonner les cloches dans un but religieux, auquel cas le maire est dans l'obligation de concilier le respect de l'ordre et de la liberté de culte, écartant d'emblée toute mesure d'interdiction générale²⁸⁵¹. Sous l'angle de l'égalité, cette situation est opposée par Pierre-Henri Prélôt à celle des appels à la prière depuis les minarets qui, quant à eux, ne bénéficient pas d'un tel traitement de faveur²⁸⁵².

1028. Constat comparable pour les manifestations et cérémonies cultuelles à l'extérieur des édifices cultuels, qui sont communément soumises à déclaration préalable après du maire

²⁸⁴³ Le tribunal administratif de Nantes rattachait la crèche en l'espèce à l'expression d'une croyance religieuse (TA Nantes, 14 nov. 2014, *Fédération de Vendée de la libre pensée*, n° 1211647). À l'inverse, celui de Melun considéra un mois plus tard dans une autre espèce que la crèche constituait « une des décorations traditionnellement associées à Noël comme le sapin ou les illuminations » (TA Melun, 22 déc. 2014, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 1300483).

²⁸⁴⁴ CE, 9 nov. 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 et *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223.

²⁸⁴⁵ Pour reprendre les mots du rapporteur public sous cette affaire (CE, 9 nov. 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 ; Rec., *AJDA*, 2016, p. 2135, concl. A BRETONNEAU).

²⁸⁴⁶ Stéphanie Hennette-Vauchez considère que l'interprétation de l'article 28 de la loi de 1905 « culturalise ou sécularise les représentations liées au catholicisme – et perpétue, ce faisant, une inégalité entre les cultes au regard du principe posé par la loi de 1905 » (*Laïcité*, Paris, Anamosa, 2023, coll. « Le mot est faible », p. 83).

²⁸⁴⁷ Art. 27 de la loi du 9 décembre 1905 : « les sonneries de cloches seront réglées par arrêté municipal, et, en cas de désaccord entre le maire et le président de l'association cultuelle, par arrêté préfectoral ».

²⁸⁴⁸ Décret du 16 mars 1906, *portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État en ce qui concerne l'attribution des biens, les édifices des cultes, les associations cultuelles, la police des cultes*, JORF n° 75, 17 mars 1906, p. 1742.

²⁸⁴⁹ Prière quotidienne de la tradition chrétienne qui est appelée trois fois par jours – matin, midi et soir – par la sonnerie des cloches.

²⁸⁵⁰ CE, 11 mai 1994, *Larcena*, n° 137612.

²⁸⁵¹ CE, 5 févr. 1960, *Commune de Mougins*, n°42735, Rec. p. 83 ; *Rev. adm.*, 1960, p. 101, note HOURTICQ.

²⁸⁵² P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *art. préc.*

selon une jurisprudence constante du Conseil d'État²⁸⁵³. Exception notoire dégagée par le décret-loi du 23 octobre 1935 : cette obligation n'est pas exigée pour les manifestations conformes aux usages locaux²⁸⁵⁴. Or, font majoritairement partie de cette catégorie les processions ayant un caractère traditionnel²⁸⁵⁵ et les convois funèbres catholiques²⁸⁵⁶, alors exemptés de toute déclaration préalable. Frédéric Dieu n'hésite pas à considérer ces interprétations jurisprudentielles comme relevant d'« une certaine adaptation, d'un certain tempérament apportés à la norme commune » et conférant « indéniablement à la religion catholique un sort dérogatoire, et avantageux, par rapport à celui des autres religions, là encore au nom du legs de l'Histoire »²⁸⁵⁷. Dans le même sens, pour Stéphanie Hennette-Vauchez, ce phénomène « culturalise ou sécularise les représentations liées au catholique – et perpétue, ce faisant, une inégalité entre les cultes au regard des principes posés par la loi de 1905 ».

1029. La connivence décrite est judicieusement analysée par Jean-Marie Woehrling : « si la défense de ce patrimoine culturel n'implique pas l'adhésion aux valeurs religieuses qui y sont impliquées, il est cependant impossible que la promotion de l'un se fasse sans une certaine reconnaissance de l'autre »²⁸⁵⁸. Or, cette reconnaissance tacite n'échappe pas aux minorités religieuses et aux courants différentialistes qui appuient à ce titre ces premières. Elle accentue le sentiment d'injustice que peuvent éprouver ces premières et étaye les arguments *contra* universalistes des seconds. Si la règle prétendument neutre et universelle peut connaître une imprégnation culturelle qui, dans les faits, témoigne d'un certain particularisme, les éléments ici exposés en constituent des illustrations criantes. Ils ne sont toutefois pas les seuls.

2) L'imbrication entre norme commune et tradition religieuse chrétienne

1030. Les critiques tenues par les philosophies différentialistes à l'encontre de l'égalité formelle se trouvent confortées par des discriminations indirectes perceptibles et tangibles. Assurément, l'imprégnation de la religion chrétienne dans l'histoire et la culture français s'est aussi exprimée par son inclusion implicite et sécularisée au sein de normes communes. C'est ici un point essentiel des demandes religieuses résonnant en France. Si la contestation d'un droit commun opposé à une pratique religieuse particulière s'exprime, elle est la plupart du temps confortée par un mode de comparaison avec la communauté majoritaire, donc par un raisonnement d'égalité, puisque cette dernière est indéniablement favorisée par ce droit commun. La communauté majoritaire peut respecter ses traditions tout en se conformant à la norme commune, quand « seules les minorités ou les cultures supprimées sont contraintes de

²⁸⁵³ CE, 21 janv. 1966, *Legastelois*, Rec. p. 45.

²⁸⁵⁴ Art. 1 du décret-loi 23 oct. 1935, *portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public*, JORF n° 250, 24 oct. 1935, p. 11203.

²⁸⁵⁵ CE, 4 févr. 1938, *Abbé Nicolet*, Rec. p. 128.

²⁸⁵⁶ CE, 19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, Rec. p. 181.

²⁸⁵⁷ F. DIEU, « Convictions religieuses et ajustement de la norme commune : raideur théorique et souplesse jurisprudentielle », *Revue du droit des religions*, n° 7, 2019, p. 81-108.

²⁸⁵⁸ J.-M. WOEHRLING, « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, Droit et Religion*, n° 1, 2011, p. 63-85.

prendre une forme étrangère »²⁸⁵⁹. En somme, l'idéal universaliste empêcherait l'expression des identités, en plus de porter de profondes discriminations indirectes tenant aux privilèges accordés aux groupes majoritaires²⁸⁶⁰. Le raisonnement offre du poids aux demandes différentialistes en impliquant une certaine notion de justice qui légitime davantage celles-ci. Elsa Forey, lors de son approche sur l'égalité des cultes en France, portait justement un regard sur les inégalités résultant du « poids des valeurs chrétiennes dans le droit français », qui « défavoriserait les fidèles des cultes récemment implantés en France tels que les musulmans, et plus généralement les fidèles des cultes non chrétiens »²⁸⁶¹. Il est vrai qu'en France la plupart des contestations s'agrémentent d'une dénonciation du favoritisme à l'égard de la religion catholique. Pléthore de normes décriées, pourtant générales et communes, respectent *ab initio* les traditions chrétiennes, voire s'en inspirent. Notons que si nous évoquions une situation proche à propos d'un régime des cultes favorisant le culte majoritaire, ici ce sont les normes communes, par essence sans distinction de religion, qui se trouvent contestées.

1031. Nous percevons dans cette réalité un versant de la notion de « catho-laïcité », souvent employée pour dénoncer le favoritisme culturel de la religion majoritaire²⁸⁶². Elle est généralement utilisée pour dénoncer les jours chômés calqués sur les fêtes religieuses chrétiennes ou encore les repas à base de poisson le vendredi, par exemple.

1032. En l'occurrence, l'un des cas les plus sujet à débats est probablement celui des jours chômés, dont la plupart sont alignés sur les fêtes religieuses chrétiennes²⁸⁶³. C'est l'article L. 3132-3 du Code du travail qui prévoit le repos hebdomadaire le dimanche. L'article L. 3133-1 du Code du travail, auquel renvoie le Code général de la fonction publique pour les jours fériés²⁸⁶⁴, précise de son côté les fêtes légales désignées comme jours fériés. Il comprend même des terminologies religieuses traditionnelles pour faire référence aux fêtes chrétiennes comme jours fériés. L'origine religieuse de ceux-ci souligne l'imprégnation et le privilège culturel d'une religion. Preuve de l'embarras de la question, le cas de ces fêtes et de leur dénomination remua quelque peu les débats entourant la loi de 1905, certains suggérant la contradiction entre la séparation et le maintien de fêtes à l'essence confessionnelle²⁸⁶⁵.

1033. Indéniablement, cette réglementation crée un parallélisme entre la norme séculière et une norme religieuse particulière, qui avantage le culte concerné. Dans ce cadre légal, les communautés de tradition chrétienne ont la possibilité de respecter leurs fêtes religieuses, car la loi commune le leur permet. *A contrario*, les religions minoritaires ne bénéficient pas de jours

²⁸⁵⁹ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁶⁰ *Ibid.*

²⁸⁶¹ E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p.52.

²⁸⁶² Voir J.-Y. PRANCHERE, « "Catho-laïcité" », *Revue des Deux Mondes*, avr. 2011, p. 109-132.

²⁸⁶³ Six fêtes légales se trouvent dans ce cas : le lundi de Pâques, celui de la Pentecôte (loi du 8 mars 1886, *déclarant jours fériés légaux le lundi de Pâques et le lundi de la Pentecôte*, JORF n° 67, 9 mars 1886, p. 1125), l'Ascension, l'Assomption, la Toussaint et Noël (Arrêté du 29 Germinal An X).

²⁸⁶⁴ Art. L. 621-8 du Code général de la fonction publique.

²⁸⁶⁵ L'article 42 de la loi de séparation maintint toutefois ces dispositions (J. LALOUETTE, *Jours de fête. Fêtes légales et jours fériés dans la France contemporaine*, Paris, Tallandier, 2010, coll. « Hors collection », p. 36-37).

particuliers légalement prévus qui coïncident avec leurs fêtes religieuses. Les musulmans, par exemple, ne peuvent aller à la mosquées le vendredi, jour de prière, ou s'absenter les jours de l'Aïd²⁸⁶⁶. Ce ne sont que les illustrations les plus connues, mais il en existe bien d'autre²⁸⁶⁷. Cette problématique n'est pas récente et a déjà fait l'objet d'une prise de conscience sérieuse, à commencer par le rapport Stasi²⁸⁶⁸.

1034. La critique est aussi bien portée sur le choix du dimanche comme jour de repos, à l'origine précisément prévu pour l'instruction religieuse dans le cadre scolaire²⁸⁶⁹. Cette mise en place illustra clairement la « prise en considération de l'ordre juridique catholique et de ses contraintes : l'obligation pour les enfants de suivre le catéchisme, et un aménagement corrélatif du droit étatique sous la forme d'une limitation de l'obligation scolaire »²⁸⁷⁰. À noter toutefois que pour le texte de 1906, accordant le repos hebdomadaire à tout salarié²⁸⁷¹, la finalité n'était pas nécessairement religieuse²⁸⁷². Elsa Forey engage en ce sens à nuancer l'influence des valeurs chrétiennes sur le droit français, en prenant notamment comme exemple l'interdiction de bigamie qui coïncide avec le droit canonique alors qu'elle n'a aucune connotation religieuse *ab initio*²⁸⁷³.

1035. Cela dit, le sentiment discriminatoire à l'égard de la majorité ne se soucie guère de l'intention du législateur de 1906 pour rester viv²⁸⁷⁴. Le questionnement de Charles Taylor et Jocelyn Maclure fait sens à ce titre : « [n]'est-il pas juste de dire qu'il est généralement plus facile pour les chrétiens de travailler et de remplir leurs obligations religieuses ou de suivre leurs traditions que ce n'est le cas pour les membres des religions non chrétiennes ? »²⁸⁷⁵. Pour ces auteurs, la réponse affirmative implique l'égalité réelle, dans la mesure où le fardeau que la règle fait peser sur les citoyens n'est pas le même d'un croyant à un autre, d'une religion majoritaire à l'autre minoritaire. De surcroît, l'argument d'Elsa Forey ne se départit que difficilement de l'incorporation de la tradition religieuse dans la tradition culturelle. L'intention législative, bien que dénuée de connotation religieuse directe, est imprégnée d'habitudes

²⁸⁶⁶ De leur côté, les juifs ont pour tradition ancestrale de ne pas travailler le samedi, jour de *Shabbat*.

²⁸⁶⁷ Par exemple, la tradition des adventistes du septième jour qui, à l'instar du judaïsme, interdit de travailler le samedi.

²⁸⁶⁸ Anne Fornerod expose les réflexions à l'égard de cette problématique (A. FORNEROD, « Jours fériés et fêtes religieuses », *Revue du droit des religions*, n° 8, 2019, p. 175-187).

²⁸⁶⁹ Ainsi peut-on lire dans la loi Jules Ferry du 28 mars 1882 *portant sur l'organisation de l'enseignement primaire*, que les écoles « vaqueront un jour par semaine, en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants, l'instruction religieuses en dehors des édifices scolaires » (art. 2).

²⁸⁷⁰ D. LOCHAK, « Les ambiguïtés du principe de séparation », *Actes*, n° 79/80, 1992.

²⁸⁷¹ Loi du 13 juill. 1906, *établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers*, JORF 14 juill. 1906, p. 4831.

²⁸⁷² « Outre qu'il était indispensable d'arrêter un jour commun pour le repos et que la tradition a fait prévaloir le dimanche, le législateur a opté pour ce jour de repos, en 1906, indépendamment de considérations religieuses » (E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, op. cit., p. 52).

²⁸⁷³ *Ibid.*, p. 53.

²⁸⁷⁴ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », art. préc. La question se pose notamment au regard de la religion juive qui pratique le *Shabbat* le samedi, interdisant à tout croyant de travailler ce jour-là. Les pratiquants seraient alors désavantagés du fait de leur religion, leur interdisant de travailler le samedi, mais ne pouvant en outre rattraper le dimanche.

²⁸⁷⁵ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 94.

culturelles et sociales issues des pratiques catholiques. En ce sens, ces éléments permettent d'affirmer que la tolérance revendiquée de certaines pratiques et traditions religieuses revient avant tout à contester « les biais culturels qui grèvent l'application des principes généraux de la citoyenneté démocratique »²⁸⁷⁶.

1036. Généralement moins parlant, d'autres exemples existent toutefois. Nous pouvons citer celui des cimetières, qui sont organisés en fonction des croyances chrétiennes, mettant en difficulté des religions exigeant des dispositifs précis d'inhumations²⁸⁷⁷. Il peut également être fait mention de l'exemple précité des repas servis dans les lieux clos, qui ne correspondent pas nécessairement à certaines traditions religieuses spécifiques, tandis qu'ils avantagent généralement la croyance majoritaire²⁸⁷⁸.

1037. Ces enchevêtrements ne sont, du reste, pas toujours implicites. De manière générale, des éléments déjà exposés sur le manque de neutralité de la norme confortent le sentiment discriminatoire des minorités au regard de la norme commune. À titre d'exemple, peut être indéniablement relevée la situation des institutions représentatives religieuses. Si l'islam a bon gré mal gré rejoint les religions historiques dans les discussions et consultations avec les pouvoirs publics, ces dernières bénéficiaient déjà de relations privilégiées.

1038. Ce sont ici et là des exemples, parmi d'autres, d'une ambiguïté entretenue par le droit français à l'égard de certaines religions. En définitive, que d'illustrations qui confortent les contestations du modèle français et justifient des aménagements juridiques particularistes au profit du fait religieux. En effet, en conjuguant une histoire du modèle français mêlée au culte catholique avec son postulat refusant toute prise en considération des différences et minorités religieuses, le droit français ne pouvait qu'être rattrapé par la réalité de la diversité religieuse. Une diversité déjà intrinsèquement différencialiste et cherchant à affirmer sa différence. Mais une diversité s'appuyant à présent sur la position favorable des groupes majoritaire. L'évocation de cette comparaison entre groupe minoritaire et majoritaire interroge nécessairement l'appréciation de la différence de situation qui justifierait des aménagements.

3) L'interrogation délicate de la différence de situation

1039. Comment le problème de la différence de situation pourrait-il se poser dans le cas du religieux ? Apporter une réponse précise s'avère particulièrement complexe, voire

²⁸⁷⁶ S. GUERARD DE LATOUR, « Justice et multiculturalisme libéral. Ambiguïté et écueil du modèle de la tolérance religieuse », *Éthique, politique et religions*, n° 11, 2017/2, p. 35-51.

²⁸⁷⁷ La croyance musulmane, par exemple, impose une orientation du défunt vers la Mecque et un enterrement à même le sol, sans cercueil, ce qui pose au surplus d'évidents problèmes de santé publique.

²⁸⁷⁸ Comme le précise Pierre-Henri Prélôt dans une note : « [l]e vendredi est traditionnellement jour du poisson, et il n'est guère de cantine où il ne soit pas proposé par habitude, même indépendamment de toute volonté d'accommodement express » (« L'égalité et les religions en droit français », *art. préc.*).

impossible²⁸⁷⁹. À l'aune de ces nouvelles réflexions, nous pouvons toutefois esquisser quelques suppositions.

1040. Nous savons le droit français fermement opposé à l'obligation de différence de traitement de situations distinctes. Pour notre cas, ce refus fait encore moins l'ombre d'un doute que le traitement uniforme s'opère dans le droit commun. Il ne s'agit donc pas d'envisager la contestation contentieuse du régime, par exemple, des congés, dans la mesure où il y a fort à parier que le juge n'y verrait aucune différence de traitement entre musulmans et catholiques²⁸⁸⁰. L'hypothèse la plus plausible est donc celle d'une volonté politique de mise en place de traitements spécifiques en prenant en compte la différence de situation.

1041. Nous savons que l'analyse des situations s'opère par rapport à la norme et au régime concerné. La comparaison s'observerait donc à partir d'une soumission commune à un régime de droit commun indépendant de toute question religieuse. Par exemple, se situer au niveau de la réglementation des jours fériés au sein de la fonction publique entraîne une comparaison entre agents publics. Du point de vue juridique, de leur statut, les individus soumis au droit de la fonction publique se trouvent dans une situation analogue. En ces termes, apprécier la différence de situation par l'existence d'une pratique religieuse reviendrait à instaurer la différence religieuse au sein de tous les rapports de situations considérées comme similaires, cela, par-dessus le commun que le droit a entendu prôner.

1042. Nous pouvons davantage envisager que la situation soit entendue par rapport à la religion majoritaire en s'appuyant sur l'implantation culturelle et historique du culte catholique²⁸⁸¹. En effet, « chacune des religions établies en France est tributaire d'une histoire particulière qui détermine son ancrage dans la communauté nationale, et dont on retrouve toujours plus ou moins l'imprégnation dans le système de droit », analysait Pierre-Henri Prélôt. Cela justifierait, poursuivait-il, « que des dispositions tenant compte de cette situation particulière puissent être adoptées en tant que besoins afin de favoriser » la pleine intégration de groupes minoritaires dans la communauté nationale²⁸⁸². L'auteur citait comme exemple la situation des édifices cultuels, ce qui rejoint nos critiques précédentes, mais pourrait-on imaginer le raisonnement pour les fêtes religieuses, par exemple ? En l'espèce, il s'agirait de considérer que la religion dominante se voit privilégiée par l'existence de normes issues de sa tradition qui facilitent ainsi l'exercice de son culte. Ces considérations seraient susceptibles

²⁸⁷⁹ G. CALVES, « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » in É. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 16-17.

²⁸⁸⁰ Rappelons que le juge a déjà considéré considère, par exemple, que lorsque toute une catégorie d'activité est concernée par une norme, il n'y a pas différence de traitement (CE, Sect., 28 oct. 1960, *Sieur de Laboulaye*, Rec. p. 570). Dans notre cas, la règle soumet tout individu aux mêmes règles ; la différence de traitement n'est que spéculative, fondée sur l'hypothétique impact sur les pratiques religieuses spécifiques d'autres groupes, différence de traitement hypothétique le juge rejette généralement aussi (*ibid.* et CE, 17 janv. 1990, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, Rec. p. 601).

²⁸⁸¹ G. CALVES, « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » in É. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, op. cit., p. 16.

²⁸⁸² P.-H. PRELOT, « Les tentatives d'organisation du culte musulman en France au prisme du principe de laïcité », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 13-26.

d'accentuer la différence de situation, de la consolider et de la légitimer. Pour rejoindre le postulat de Delphine Tharaud, l'idée est de rendre la distinction des situations plus évidente ou tangible, puisque, comme elle l'expose, des situations peuvent ne pas apparaître distinctes à première vue, mais se différencier à mesure que l'on en approfondit l'analyse²⁸⁸³.

1043. En outre, sans reconnaître la tradition religieuse minoritaire, nous pourrions envisager le constat d'un avantage juridique dont jouit la communauté majoritaire qui donne une plus grande possibilité à celle-ci de suivre ses fêtes religieuses. Seulement, comme ces dernières font partie d'une exigence largement partagée de l'exercice du culte, il ne s'agit pas tant de cibler une tradition religieuse spécifique, propre à un culte, que le respect de l'exercice de la tradition religieuse en général. La comparaison de la situation vaudrait alors à l'égard d'une autre religion, non du citoyen areligieux.

1044. En vérité, l'appréciation de cette différence de situation repose par-dessus tout sur le postulat d'un favoritisme culturel incontestable, dissimulé dans la norme ; norme qui n'est, sur certains points, que symétrique au modèle religieux de certaines communautés²⁸⁸⁴. Historiquement nous pouvons rattacher cette symétrie à une contingence certaine. Néanmoins, est-il toujours raisonnable d'attribuer un caractère religieux à une règle aujourd'hui largement sécularisée ? De nombreux auteurs nuancent la persistance du caractère religieux des jours fériés et de repos. Claudine Viard expose cette « perte du sens religieux » pour le dimanche, journée aujourd'hui entièrement consacrée au repos et aux loisirs²⁸⁸⁵. Elsa Forey plaide également pour une relativisation de l'influence religieuse planant sur les jours fériés et de repos²⁸⁸⁶. D'autres voient une certaine imprudence dans la remise en cause constante des jours fériés et de repos légaux²⁸⁸⁷. En outre, elle ouvrirait la voie à de nombreuses contestations fondées sur une différence de situation résultant d'une imprégnation culturelle majoritaire.

1045. Comme la norme ne vise pas de signification religieuse, mais le statut de tout employé ou agent, il semble ardu d'imaginer le juge prendre en compte les situations de deux groupes religieux à l'aune d'un avantage dont bénéficie l'un des deux au regard des dates de ses fêtes religieuses, qui coïncident alors avec les jours de congés. D'autant qu'une nouvelle fois, au regard de la norme concernée, il n'est pas certain que la différence de situation soit prise en considération étant donné que tout individu est soumis à la même règle, indépendamment de tout critère religieux. Point ici une autre limite : il ne paraît pas tellement possible de faire fi de la spécificité religieuse de l'individu du culte minoritaire, puisque sa défense implique de mettre en avant les dates de ses différentes fêtes religieuses.

²⁸⁸³ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 183 et s.

²⁸⁸⁴ Pour avoir une idée générale de cette symétrie entre la législation sur les jours fériés et chômés, et les règles canoniques, on peut se reporter au tableau dans l'article A. JOIN-LAMBERT, « Quel sens pour les fêtes chrétiennes ? », *Études*, t. 412, 2010/3, p. 355-364.

²⁸⁸⁵ C. VIARD, « Congés... pour "prières" », *Droit et Cultures*, n° 51, 2006-1, p. 49-65.

²⁸⁸⁶ E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, op. cit., p. 53.

²⁸⁸⁷ R. DEBRAY et D. LESCHI, *La laïcité au quotidien. Guide pratique*, Paris, Galimard, 2016, p. 32.

1046. Dès lors, l'individu religieux se trouve dans une situation différente, certes parce que la religion majoritaire est favorisée par le droit, mais aussi et par-dessus tout dans la mesure où, de son côté, le droit ne fait pas place à sa religion. Prenons le problème à l'envers : en partant de l'hypothèse inverse d'une politique accordant un traitement juridique spécifique à une religion, la question se poserait de cette façon : existe-t-il une différence de situation objective entre le croyant et un individu quelconque pour que ce premier bénéficie d'un traitement particulier ? Que la religion majoritaire ait été dotée d'une faveur de la part du droit commun ne dissimule pas la réponse tenant à considérer que la seule différence de situation entre les deux tient de la religion du premier. Prévoir, comme le prônait notamment le rapport Stasi²⁸⁸⁸, de jours fériés légaux fondés sur des fêtes religieuses musulmanes et juives ne reviendrait ni plus ni moins qu'à consacrer expressément le caractère religieux de jours fériés. En d'autres termes, ce que l'on reprocherait à l'égard de la tradition chrétienne, le poids de celle-ci sur la législation étant déjà rudement contesté, serait consacré pour d'autres traditions religieuses. Qu'advviendrait-il des autres religions minoritaires ? Ou d'une nouvelle religion en possible expansion qui viendrait à apparaître ? Ou encore de certains courants protestants ? Voire, plus simplement, des individus aux convictions areligieuses ? Le dispositif défendu aboutirait sans nul doute à une inégalité, tant juridique que factuelle.

1047. Il est possible d'envisager les choses encore autrement : des croyants issus de religions minoritaires pourraient à l'inverse arguer qu'ils sont dans la même situation que la religion majoritaire, précisément car ils sont aussi soumis au respect de certaines fêtes religieuses. Avec l'appui de cet argument, ils pourraient contester le traitement privilégié dont les religieux catholiques disposent. Une telle hypothèse a, cependant, peu de chance d'aboutir, dans la mesure où la règle ne distingue aucunement les individus. Les inégalités existantes sont seulement factuelles et la norme porte en elle tous les attributs de l'uniformité. Le cadre juridique reste celui du droit commun, sans distinction de religion ; le calendrier ne vise « aucun objectif religieux »²⁸⁸⁹.

1048. En définitive, pléthore de normes juridiques favorisent certaines religions en prévoyant des règles symétriques à celles qu'une ou des communautés peuvent avoir, quand d'autres ne bénéficient pas d'un tel avantage. Des règles communes, sans visée religieuse, favoriseront toujours des religions plus que d'autres, voire, plus largement, des groupes plus que d'autres. Il reste que les individus, abstraction faite de leur religion, bénéficient tous

²⁸⁸⁸ B. STASI, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003, p. 65.

²⁸⁸⁹ Pour reprendre les mots employés par une Cour d'appel au Québec, dans une affaire concernant la demande de trois enseignantes, ayant pris des jours de congés afin de célébrer *Yom Kippour*, tendant à rembourser les jours d'absence. Contrairement à la Cour d'appel, le tribunal d'arbitrage et la Cour suprême ont relevé une discrimination indirecte résultant d'un effet différent du calendrier sur les enseignants de religion juive (N. BOUTOUBA, *La liberté de religion : Perspectives comparées France-Canada*, Thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 181. La situation fait particulièrement écho à nos propos, dans la mesure où les absences pour motif religieux sont justement payées en France.

également des congés et du repos hebdomadaire²⁸⁹⁰. Les fonctionnaires musulmans, comme ceux catholiques ont les mêmes jours fériés et de repos. Il ne s'agit en aucun cas de satisfaire, par-là, une revendication religieuse. Le raisonnement tenant à prétendre que la même communauté est toujours avantagée ne suffit plus pour contester une règle de droit commun comme celle des jours fériés, sauf à admettre une considération accrue pour les discriminations indirectes. Ces questionnements complexes n'empêchent pas la doctrine française de concevoir que les différences religieuses doivent être reconnues au titre d'une égalité des cultes différencialiste.

C) Une reconnaissance des particularisme religieux encouragée par une égalité des cultes différencialiste

1049. Lors de l'étude de l'égalité réelle dans la doctrine française, nous relevions certaines ambiguïtés. Celles-ci s'accroissent à l'égard du différencialisme religieux. En effet, nous avons pu observer un mouvement général de prise de conscience des inégalités factuelles, notamment illustré par le développement d'une véritable égalité des cultes réelle au sein de la sphère doctrinale et politique. Cependant, nous n'avons volontairement pas toujours pris la peine de développer ce que certains entendaient regrouper sous l'égalité réelle. Si nous révélions que l'égalité des cultes est souvent conçue comme réelle, donc tournée vers la dénonciation des inégalités et discriminations concrètes, nous remarquons à présent que la doctrine ne distingue pas les procédés correctifs et comprend quasi-systématiquement la prise en compte des différences religieuses dans la correction défendue des inégalités. Il faut dire que les commentateurs ne manquent pas d'ambiguïté lorsque la distinction fondamentale entre une visée et des correctifs différencialistes et une visée et des correctifs universalistes n'est pas correctement opérée. Bien sûr, l'universalisation du régime des cultes est toujours défendue, elle ne fait que peu de débats, si ce n'est sur les modalités de mise en œuvre. En revanche, les acteurs soutiennent souvent une reconnaissance des particularismes dans ce qu'ils pensent être une logique d'égalité réelle identique. Cette défense interroge donc davantage à l'égard du modèle français. L'ambiguïté dénoncée, sur l'absence de distinction entre un caractère réel et formel dans l'emploi de la notion d'égalité des cultes²⁸⁹¹, se reproduit ici par l'apport, comme seule solution envisageable, de la différenciation. Par conséquent, est fréquemment défendue une égalité des cultes différencialiste.

1050. Cette confusion s'exprime aussi sur le plan politique. À titre d'exemple, Jean-Pierre Moisset nous fait part de l'évolution des mentalités à travers la politique souhaitée par Paul

²⁸⁹⁰ Comme le dit avec justesse Olivia Bui-Xuan : « ces aménagements étaient destinés à l'ensemble de la population, à chaque individu, non à un groupe religieux particulier ; ils participaient de la structure de l'école publique. Le droit étant le même pour tous, tous les éléments – qu'ils soient ou non chrétiens – étaient dispensés de travailler le dimanche [...] Que ces aménagements ne facilitent pas la pratique des religions minoritaires, le droit n'en avait que faire dans la mesure où il ne reconnaissait pas celles-ci » (O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus », p. 479).

²⁸⁹¹ Voir p. 271 et s.

Dijoud, à la tête du secrétariat d'État aux travailleurs immigrés en 1974²⁸⁹². Ce dernier s'inscrit dans une logique d'égalité réelle marquée par une prise de conscience de la situation de l'islam en France, mais défend dans ce cadre des mesures par la différenciation. Parmi celles-ci : les aménagements de carrés musulmans dans les cimetières ou encore des aménagements sur les lieux de travail au profit de la pratique de leur religion. L'auteur ne s'y trompe pas en jugeant que cette politique « ne s'articule que médiocrement avec le modèle laïque français étant donné qu'elle vise spécifiquement une religion »²⁸⁹³. Dès les années 1970, cette pensée témoigne du développement postérieur d'un autre pan de l'égalité réelle aux influences pluralistes et multiculturalistes. D'ailleurs, le rapport Stasi dans les années 2000 englobera également telles mesures dans le cadre de l'égalité réelle²⁸⁹⁴.

1051. Sur le plan doctrinal, les auteurs ne semblent pas clairement distinguer les implications de l'égalité réelle. Il n'est pas rare que des écrits traitent dans leur globalité les problématiques rattachées aux inégalités de fait et à l'égalité réelle en mélangeant, sans aucune distinction, des questions impliquant une différenciation juridique et celles tenant à une universalisation du droit²⁸⁹⁵.

1052. Ainsi, il arrive que soit dénoncée l'absence de véritable égalité entre les religions par l'illustration d'une faveur accordée à la religion majoritaire au sein du régime des cultes et au sein du droit commun. Sont ainsi mis côte à côte les problèmes tenant aux congés légaux et fêtes religieuses avec ceux des lieux de cultes ou aumôneries²⁸⁹⁶. Concernant les biens culturels, par exemple, la question porte sur le besoin universel d'édifices religieux, qui est largement plus garanti pour le culte majoritaire, en raison d'une situation de fait figée par le droit – notamment à cause du principe du régime des cultes de non subventionnement –, que pour les minorités. S'instaure une inégalité au sein du régime des cultes. La situation des congés légaux touche quant à elle intégralement tous les individus, sans distinction de religion. Le domaine concerné n'est pas religieux, mais entraîne l'interrogation de sa place dans la norme commune. Pourtant, l'égalité réelle est employée dans ces deux cadres, sans distinction, alors que les implications diffèrent largement et, surtout, que les demandes ne sauraient être les mêmes.

1053. Ainsi, alors que l'égalité réelle s'impose avant tout comme une prise de conscience et la réalisation des limites de l'uniformité formelle, pour la plupart cette étape se confond d'ores et déjà avec le procédé suivant, c'est-à-dire la mise en place d'outils de correction. Dans cette logique, nous constatons finalement que la doctrine défend fréquemment une égalité des

²⁸⁹² J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987. Contribution à l'histoire de la laïcité française*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire », p. 196-197.

²⁸⁹³ *Ibid.*, p. 197.

²⁸⁹⁴ B. STASI, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003, p. 38 et s.

²⁸⁹⁵ Voir par exemple P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *art. préc.*

²⁸⁹⁶ Danièle Lochak qui, dénonçant l'absence de véritable égalité entre religions, précise que le droit favorise la religion majoritaire « qu'il s'agisse de la détermination des congés légaux ou de l'utilisation des édifices du culte » (« Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, *op. cit.*, p. 40). De même, Marie-Joëlle Redor-Fichot postule l'interrogation de discriminations entre les cultes qui découleraient des régimes des lieux de cultes, des aumôneries, mais également des fêtes religieuses (M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87).

cultes réelle ouvertement différencialiste. Tout porte à croire que la prise en compte du fait religieux sous-entend intrinsèquement l'égalité réelle différencialiste, ce qui s'avère peu contestable au regard de tous les éléments exposés. Cependant, il semble que l'égalité différencialiste ne soit pas le seul appui pour que la différenciation religieuse soit introduite en droit.

SECTION 2. Les rapports ambigus entre égalité et liberté : une saisie différencialiste appuyée par la liberté de religion

1054. Certes les croyants se satisfont inévitablement de l'égalité différencialiste en ce qu'elle encourage et justifie l'insertion des particularismes religieux dans le droit commun. Pour autant, l'égalité forme-t-elle le seul principe susceptible d'encourager à cela ? Qu'en est-il de la liberté de religion ? Après tout, nous avons maintes fois souligné toute l'ambiguïté qu'elle présentait à l'égard de l'égalité universaliste.

1055. La liberté de religion permet de caractériser les droits et libertés globalement rattachés au fait religieux. Elle renvoie habituellement au for interne, par la liberté de conscience, et à ses expressions extérieures, par la liberté de culte. Sa garantie suscite de nombreuses interrogations. En ce sens, pour Pierre-Henri Prélôt il « n'est pas possible de concevoir l'aménagement de la liberté religieuse par la simple extension d'un modèle, en l'occurrence le modèle chrétien catholique, à l'ensemble des groupes religieux » ; il est nécessaire de considérer la variabilité des spécificités propres aux pratiques de chaque culte²⁸⁹⁷. Rejoignant cet auteur, Gwénaële Calvès soutient qu'avant l'égalité, les nouvelles demandes religieuses opposées à la norme commune étaient classiquement formulées au titre de la liberté de religion²⁸⁹⁸ ; celle-ci agissant donc *ab initio* comme un moyen de revendiquer la différence religieuse en droit (**PARAGRAPHE 1**). Pourtant, affirmer qu'elle forme ce moyen par elle-même ne relève pas de l'évidence. L'égalité, évoluant vers des conceptions toujours plus réalistes, semble pousser la liberté de religion vers ces particularismes (**PARAGRAPHE 2**). Ces allégations montrent la complexité des rapports entre les deux principes et de leurs implications propres. C'est en tentant de clarifier le rôle respectif de chacun que nous mettons en lumière l'indéniable implication de la liberté de religion comme moteur originel et fondamental de différenciation religieuse en droit (**PARAGRAPHE 3**).

PARAGRAPHE 1. Une liberté de religion en faveur de la différenciation religieuse

1056. La liberté de religion est de plus en plus défendue comme un droit devant effectivement et concrètement être garanti. Cette recherche n'est pas récente. Cependant –

²⁸⁹⁷ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *art. préc.*

²⁸⁹⁸ G. CALVÈS, *La laïcité*, Paris, La Découverte, 2022, coll. « Repères », p. 74.

preuve de l'ambiguïté de la liberté de religion –, elle participe indéniablement à l'octroi progressif d'une place en droit pour la différence (A). Ce constat ranime la question posée plus haut à l'égard de l'égalité sur la caractérisation de la religion comme choix ou circonstance. En effet, à partir du moment où la liberté de religion induit des particularismes religieux, elle ne peut qu'avoir une place ambiguë dans le débat sur cette caractérisation (B).

A) Le mouvement continu vers une garantie active de la liberté de culte : un moteur de différenciation

1057. Des développements antérieurs ont montré combien des aménagements avaient été établis après 1905 au profit du culte majoritaire. Presque systématiquement, la liberté de religion, implicitement ou expressément, en avait motivé la mise en place. De toute évidence, cela fait maintenant longtemps que la liberté de religion exige plus qu'une simple abstention de l'État à l'égard des croyants. En réalité, elle commande une défense active qui incorpore, puis accentue, la place de la religion dans le droit (1). Ces propos rejoignent et complètent des observations précédentes²⁸⁹⁹. Toutefois, cette exigence empêche une délimitation claire de la liberté de religion dans la place qu'elle octroie à la différence religieuse (2).

1) La défense d'une garantie active de la liberté de culte au profit d'aménagements juridiques constants

1058. Schématiquement, la liberté de conscience de l'individu est protégée par des mesures de condamnation contre les pressions sur les consciences ou convictions, voire par l'interdiction de discriminer à raison d'une croyance. Pour l'exercice du culte, contrairement à la conscience, nous sommes dans un domaine extérieur, qui a trait aux relations sociales, et qui se trouve indéniablement restreint par le droit, notamment au titre de l'ordre public. Dans tous les cas, la liberté de religion renvoie traditionnellement à un devoir d'abstention de l'État²⁹⁰⁰ : est exigée une sphère d'autonomie pour l'individu afin de ne pas entacher sa croyance et sa pratique religieuse. Dans la réalité, les choses ne sont pas si simples. Preuve en est : en premier lieu, pour la seule liberté de conscience, Dominique Laszlo-Fenouillet établissait que le système juridique devait s'engager « dans la voie de la protection positive pour que l'individu jouisse effectivement d'une autonomie de conscience pleine et entière »²⁹⁰¹. En outre, la question se pose fréquemment de la garantie concrète de la liberté de religion. C'est cette ambiguïté qui construit le constat d'un rôle proactif de la liberté de religion au profit de la différenciation.

1059. Ce débat fait immédiatement écho à celui des « droits-libertés » et « droits-créances ». Catherine Audard explique qu'au sein du libéralisme classique, « la liberté était essentiellement conçue dans le cadre d'un espace privé inviolable, comme

²⁸⁹⁹ À propos de la liberté de culte devant être garantie effectivement, voir p. 275 et s.

²⁹⁰⁰ J.-F. SPITZ, *La République ? Quelles valeurs ?*, Paris, Gallimard, 2022, coll. « NRF Essais », p. 222.

²⁹⁰¹ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993, p. 74.

l'affranchissement vis-à-vis des autorités abusives »²⁹⁰². Cette sphère privée était protégée des empiètements, « que ce soit le pouvoir exercé par autrui, par le groupe »²⁹⁰³, donc dans les rapports horizontaux, ou qu'il s'agisse des immixtions de l'État, dans les rapports verticaux. Une telle garantie devait justement permettre aux individus de développer leur sphère privée, et concomitamment leurs différences, librement, sous l'autorité d'un État se contentant du minimum²⁹⁰⁴. Cette approche se conjugue indéniablement avec une conception individualiste et formelle de l'égalité et du principe de non-discrimination.

1060. L'avènement de l'État-providence marqua un tournant pour les droits et libertés. Il témoigne du passage d'un État minimum, prônant le laisser-faire à un État interventionniste, en faveur d'un bénéfice véritable des droits et libertés. Dans ce domaine, la doctrine distingue traditionnellement les droits-libertés des droits-créances, ou les « droits de... » des « droits à... ». Rattachés à la DDHC²⁹⁰⁵, ces premiers se veulent « défensifs ». Ils représentent la branche traditionnelle des libertés, en ce qu'ils visent à garantir aux individus une sphère individuelle de liberté par l'abstention de l'État²⁹⁰⁶. Les seconds exigent une intervention publique positive en vue de leur réalisation, souvent financière ; ils ne visent donc pas l'abstention de l'autorité publique mais, au contraire, à provoquer son action²⁹⁰⁷.

1061. La liberté de religion est traditionnellement située dans la première catégorie, la seconde renvoyant la plupart du temps aux droits sociaux (droit à la santé, droit à l'emploi, etc.). Pourtant, la place de celle-ci peut être plus profondément interrogée : se limite-t-elle réellement à l'abstention de l'État ? Dans cette perspective, Patrice Rolland divisait la liberté de religion en deux facettes : « en premier lieu de l'abstention de l'État qui libère un espace où il n'intervient plus »²⁹⁰⁸, comme nous l'avons suggéré. Cependant, poursuivait-il, « pour respecter la liberté, l'État ne peut jamais durablement s'en tenir là »²⁹⁰⁹. Celui-ci rajoutait alors que la liberté de religion « a besoin d'un authentique statut juridique plus ou moins différencié du droit commun des libertés (réunion, association, propriété) pour exister pleinement,

²⁹⁰² C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société, op. cit.*, p. 289.

²⁹⁰³ *Ibid.*

²⁹⁰⁴ S'exprime ici la doctrine allemande des droits publics subjectifs avec l'idée de droits et libertés « défensifs » ou « négatifs » ; « gages de l'autonomie individuelle, ils constituent le noyau d'une sphère "libre d'État" » (A. GAILLET, *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2012, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses », p. 64. Voir également T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, 2003, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique »).

²⁹⁰⁵ S. GOYARD-FABRE, « La Déclaration des droits ou le devoir d'humanité : une philosophie de l'espérance », *Droits*, n° 8, 1988, p. 41-54.

²⁹⁰⁶ L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2021, coll. « Précis », p. 512.

²⁹⁰⁷ *Ibid.* Bien entendu, la question des droits-libertés et droits-créances a fait couler beaucoup d'encre depuis et suscite des réflexions sur l'articulation entre les deux (voir, par exemple la conception de Hayek et sa critique par Aron, synthétisée dans l'article L. FERRY et A. RENAUT, « Droits-libertés et droits-créances », *Droits*, n° 2, 1985, p. 75-84). Voir notamment, en complément pour le sujet, la thèse de Marc Pichard (*Le droit à... Étude de la législation française*, Paris, Economica, 2006, coll. « Recherches juridiques »), ainsi que l'article de Dany Cohen dédié (« Le droit à... » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF, 1999, p. 393-400).

²⁹⁰⁸ P. ROLLAND, « Liberté » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadriège », p. 708.

²⁹⁰⁹ *Ibid.*

organisant la propriété collective des lieux de culte, la personnalité morale des Églises, leur financement, etc. »²⁹¹⁰. En somme, un véritable régime permettant la réalisation effective de cette liberté²⁹¹¹. Ce n'est pas moins ce qu'affirme Valérie Amiraux et David Koussens, pour qui la neutralité de l'État ne signifie pas l'ignorance du religieux mais sa saisie « pour assurer effectivement l'accomplissement de la libre expression des croyances »²⁹¹². Rejoignant ces auteurs, qu'il s'agisse, par exemple, de Jacques Robert²⁹¹³ ou de Jean Rivero²⁹¹⁴, nombreux sont ceux à reconnaître que la garantie du libre exercice du culte doit être effective et possible. La liberté de religion n'est pas un simple droit-liberté dépourvu de toute intervention étatique.

1062. Pour aller plus loin, dans un numéro de la revue *Société, droit et religion* dédié aux financements publics des cultes, Fabrice Bin s'interroge sur les principes susceptibles de les justifier. Il dégage alors comme fondement le plus plausible la protection des libertés individuelles, « la mise en œuvre d'un droit fondamental, sa garantie matérielle en somme »²⁹¹⁵. Cette « garantie » serait d'ailleurs exigée par la loi de 1905 elle-même, l'article 1^{er} du texte reprenant le terme pour le libre exercice des cultes²⁹¹⁶. En découlerait alors pour beaucoup d'auteurs une conception positive-active de la liberté de culte, moteur d'aménagements particularistes²⁹¹⁷. C'est ensuite ce que confirme l'auteur précité : « il est aisé d'identifier ici un couple “droit subjectif” assorti d'un “droit-créance” entre les principes de la liberté de conscience/liberté de religion et l'aspect plus matériel du financement des cultes »²⁹¹⁸. Les propos qu'il rapporte d'autres commentateurs sont parlants : « qu'est-ce qu'une liberté ? Qu'est-ce qu'un droit fondamental, si cette liberté-franchise n'est pas accompagnée par un droit-créance, le droit à obtenir un certain nombre de moyens pour rendre l'exercice de la liberté effectif ? »²⁹¹⁹. En outre, Fabrice Bin conteste l'existence d'une liberté purement « négative »²⁹²⁰, c'est-à-dire par abstention, dans les affaires religieuses. Au demeurant, tous nos développements et la structure même du régime des cultes corroborent l'assertion, ne

²⁹¹⁰ *Ibid.*

²⁹¹¹ *Ibid.* Ou, comme le disait Jean-Marie Woehrling : « il [l'État] a l'obligation de contribuer à créer le cadre légal et matériel permettant la réalisation effective de la liberté de religion [...] » (J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur le principe de la neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 101, 1998, p. 31-52).

²⁹¹² V. AMIRAUX et D. KOUSSENS, « Introduction. La neutralité de l'État à l'épreuve du pluralisme » in V. AMIRAUX et D. KOUSSENS (dir.), *Trajectoires de la neutralité*, Montréal, PUM, 2014, p. 11.

²⁹¹³ J. ROBERT, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris, PUF, 1977, coll. « Le juriste », p. 99.

²⁹¹⁴ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, t. II, 7^e éd., 2003, p. 156.

²⁹¹⁵ F. BIN, « Le problème d'un principe fondamental indéfini », *Société, droit et religion*, n° 3, 2013/1, p. 67-86.

²⁹¹⁶ « La République assure la liberté de conscience. Elle *garantit* le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Pierre-Henri Prélôt soutient que l'emploi du verbe « garantir » dans cette disposition « implique une obligation positive d'aménagement » ; « la liberté de religion doit être réelle et effective, c'est-à-dire que l'État est tenu, comme pour toute liberté publique, d'aménager les règles qui garantissent son exercice concret » (P.-H. PRELOT, « L'aménagement juridique de la liberté de religion : principes » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité français des religions*, Paris LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 721).

²⁹¹⁷ G. CACERES, « L'aménagement raisonnable en matière religieuse : lorsque les concepts franchissent l'Atlantique », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 1, 2012, p. 8-57.

²⁹¹⁸ F. BIN, « Le problème d'un principe fondamental indéfini », *art. préc.*

²⁹¹⁹ Propos tenus lors de la table-ronde in J.-F. HUSSON (dir.), *Le financement des cultes et de la laïcité : comparaisons internationales et perspectives*, Namur, Les éditions namuroises, 2005, p. 251 cité dans *Ibid.*

²⁹²⁰ *Ibid.*

serait-ce qu'avec les ajouts constants des sources de financements pour les cultes. Le rapprochement avec la notion de droit-créance s'est constamment développé.

1063. En opposition avec cette approche, Laurie Marguet rappelle que nulle obligation n'existe pour l'État d'agir positivement pour les cultes, tout au contraire de l'obligation d'abstention²⁹²¹. Les pouvoirs publics ne sont pas tenus d'assurer « la bonne réalisation du *droit à exercer sa religion* », donc aucun droit-créance n'est décelable pour l'autrice. Poussant jusqu'à l'étude téléologique de la loi de 1905, elle constate la domination d'une recherche de compromis derrière celle-ci et non « la logique de "garantie" de l'exercice du culte assimilable à un "droit-créance" »²⁹²².

1064. Il pourrait paraître effectivement difficile d'établir l'existence d'une véritable obligation de garantie positive en France, surtout en la présence d'une conception rigoureuse de la neutralité. Pourtant, la défense d'une liberté de religion entièrement « droit-liberté » n'est plus conforme à la réalité²⁹²³. Et si, de manière générale, les auteurs se divisent sur cette question, qui recoupe au demeurant celles sur la conception négative-positive de la laïcité ou de la neutralité, l'actualité doctrinale est toutefois à l'avantage de l'obligation de faire pour l'État²⁹²⁴.

²⁹²¹ L. MARGUET, « Liberté religieuse et séparation : les ambivalences du financement du culte », *RFDA*, 2021, p. 1041.

²⁹²² *Ibid.*

²⁹²³ Cette thèse est pourtant soutenue par Catherine Kintzler, pour qui la liberté de religion reste un *droit-liberté* et non un *droit-créance*. À l'appui de cette approche, elle compare celle-ci au droit de propriété : « j'ai le droit de m'acheter une voiture de luxe, et si je n'en ai pas les moyens, il n'appartient pas à l'État de m'y aider ! J'ai également le droit de ne pas exercer ce droit même si j'en ai les moyens. C'est en ce sens que, comme la propriété, les cultes sont privés. Or, ceux qui soutiennent la thèse d'un financement public des cultes font comme si le libre exercice des cultes était un droit-créance, alors qu'il s'agit d'un droit-liberté » (C. KINTZLER, « Construire philosophiquement le concept de laïcité. Quelques réflexions sur la constitution et le statut d'une théorie », *Cités*, n° 52, 2012/4, p. 51-68). Bien entendu, cette position est dogmatique mais n'est plus représentative de la réalité, comme nous le développons dans cette partie.

²⁹²⁴ Comme en témoignent, par exemple, les propos de Jean-Marie Woehrling, celui-ci faisant reposer cette exigence sur le principe du respect de toutes les croyances J.-M. WOEHRLING, « Le droit constitutionnel des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité français des religions*, op. cit., p. 626. Au demeurant, cet important ouvrage témoigne d'une approche globalement active de la liberté de religion. Les développements opérés par différents auteurs défendent un pan positif de cette liberté qui exigerait une garantie effective de la part des pouvoirs publics. De même, Geneviève Koubi semble adhérer à une conception active et différencialiste de la liberté de culte au nom du respect de toutes les croyances : « [c]ertaines mesures spécifiques peuvent être énoncées afin de prendre en considération les particularismes sociaux et les prescriptions religieuses diversifiées que la pratique d'une religion peut supposer pour un individu. Le respect des croyances" énoncé dans la Constitution (art. 1^{er}) se réalise ainsi sans peser sur les processus de décision politique. L'affirmation du libre exercice des cultes oblige une association entre la formule constitutionnelle selon laquelle la République "respecte toutes les croyances" et la détermination des libertés individuelles par rapport aux droits collectifs : la liberté de religion est reconnue sur le plan individuel et son exercice pratique dépend de l'organisation des cultes. Ce constat justifie les règles dérogatoires relatives à certaines activités, comme dans les abattoirs afin de permettre l'abattage rituel indispensable aux tenants des confessions juives et musulmanes » (G. KOUBI, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, op. cit., p. 342). Dans un autre chapitre du même ouvrage, elle confirmera sa pensée : « [I]es modes d'adaptation de ces règles révèlent la mesure du "respect de toutes les croyances" dans les États pluralistes, ils se présentent parfois en des mesures de discriminations positives entendues comme des formes d'accommodement ou d'accommodation qui soulignent les exceptions aux règles générales qui les caractérisent » (G. KOUBI, « Penser les minorités en droit » in *ibid.*, p. 423). Soit dit en passant, il est intéressant d'imaginer la mise en avant du respect des croyances et sa conceptualisation en tant que lien fondamental entre l'égalité et la liberté en matière religieuse ; il y a peut-être une source de réflexion non négligeable sur le différencialisme.

1065. De toute manière, il est même possible de dépasser l'hypothèse du lien entre l'avènement de l'interventionnisme étatique et l'évolution des rapports entre l'État et les religions²⁹²⁵. Cela passe par une relativisation de la distinction entre « droits créances » et « droits libertés » largement analysée par la doctrine²⁹²⁶. En effet, sur la même tonalité que Fabrice Bin, Jacques Robert suggère l'incontestable existence d'une « liberté matérielle » comme condition de la liberté juridique : « cela suppose que l'individu à qui la liberté juridique est donnée doit être mis en possession des moyens nécessaires à son exercice »²⁹²⁷. Comprendons par-là que la liberté exige toujours peu ou prou une créance, qu'elle aille dans le sens de l'abstention ou de la prestation²⁹²⁸. Ces propos rejoignent Cédric Roulhac qui explique, plus généralement, que la dichotomie droit-créance et droit-liberté est ébranlée, dans le sens où les droits de l'homme impliquent toujours, « dans une proportion qui peut certes varier pour chacun d'eux, une part d'abstention des pouvoirs publics et privés, et une part d'intervention de ces derniers »²⁹²⁹. Pour Véronique Champeil-Desplats, cela découle directement de « l'effectivité de toute liberté et tout droit (y compris les droits dits “créances”) », qui « suppose, certes dans une proportion variable pour chacun d'eux, une part d'abstention des pouvoirs publics ou privés et une part d'intervention de ces derniers »²⁹³⁰. Prenant l'exemple de la liberté d'aller et venir, elle poursuit que celle-ci « exige que les autorités de police ne procèdent pas à l'arrestation arbitraire des personnes, de même que le droit à la santé appelle une limitation et une sanction des activités polluantes. Réciproquement, tout droit et toute liberté sont susceptibles de justifier des interventions positives des pouvoirs publics pour agir sur leur niveau d'effectivité. La liberté d'aller et venir suppose que des routes soient entretenues ou que les individus aient accès à des moyens de locomotion de qualité, réguliers et à prix abordables, exigences qui jusqu'à présent ont toujours requis une forme d'intervention publique »²⁹³¹. Elle termine avec l'exemple du droit de la santé, qui « présume que chacun puisse avoir accès à des soins de qualité à un prix non prohibitif, ce qui justifie l'institution d'une assurance-maladie ou d'hôpitaux publics »²⁹³². L'observation de l'autrice vaut parfaitement pour la liberté de religion et l'existence, par exemple, de structures associatives spécifiques ou d'aumôneries instituées dans les lieux clos en témoigne. La liberté de religion n'est finalement pas conçue comme le simple droit de faire, mais un véritable « pouvoir de faire »²⁹³³. Plus encore, elle témoigne peut-être de

²⁹²⁵ Notamment montré par Jean-Pierre Moisset (*L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987. Contribution à l'histoire de la laïcité française*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire », p. 318-319).

²⁹²⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2022, coll. « HyperCours », p. 14-15.

²⁹²⁷ J. ROBERT et J. DUFFAR, *Les libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 1982, coll. « Précis Domat », p. 18.

²⁹²⁸ R. CAPITANT, *Cours de principes du Droit public*, 1956-1957, Paris, Les Cours de droit P. 37 cité dans *Ibid.*

²⁹²⁹ C. ROULHAC, « Les droits de l'homme sans la loi ? Conception(s) et effectivités des droits de l'homme en droit français », *Revue des Droits de l'Homme*, n° 5, 2014. Voir plus précisément sa thèse *L'opposabilité des droits et libertés*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, Coll. « Thèses ».

²⁹³⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, coll. « Sciences juridiques et politiques », p. 25.

²⁹³¹ *Ibid.*

²⁹³² *Ibid.*

²⁹³³ R. DE BELLESCIZE, *Droit des cultes et de la laïcité*, Paris, Gualino/Lextenso, 2017, coll. « Droit Expert », p. 3.

toute la véritable nuance que cache la garantie des droits et libertés, par-delà la simple dichotomie entre droit-liberté et droit-créance.

1066. À l'évidence, le développement du régime des cultes révèle que la liberté de religion n'a définitivement jamais été qu'une forme de « laisser-faire ». Le nombre d'interventions de l'État et les textes suivant la loi de 1905 corroborent ces assertions dans la mesure où ils n'ont cessé d'accroître le régime des cultes. En effet, la religion catholique, alors majoritaire en France, a plusieurs fois joui d'aménagements du régime des cultes afin que lui soit garantie une liberté de religion accrue. Souvenons-nous de l'étude sur les mesures d'égalité réelle développée tout au long du XX^e siècle²⁹³⁴. Nous avons, à la fin, décrété qu'il s'agissait avant tout d'aménagements servant l'intérêt de l'Église catholique. Ces mesures, pour la plupart, ne reposaient pas sur une préoccupation égalitaire, mais sur la facilitation de l'exercice du culte majoritaire, notamment en améliorant ses conditions matérielles et de financement²⁹³⁵. Dans certains cas, la justification tenant à la protection de la liberté de religion apparaissait même clairement²⁹³⁶. La création d'un tel régime, nous l'avons vu, a rapidement fait de se mêler à la mise en place d'avantages spécifiques. Certes, l'obligation devait, très certainement et avant tout, découler d'une forme de pression sociale et politique. Malgré cela, il paraissait difficilement envisageable, face à une population en grande majorité catholique, de se départir de tout esprit conciliateur envers l'Église à la suite de la loi de séparation. Ce n'était toutefois pas sans lien avec la liberté de culte²⁹³⁷.

1067. De façon plus générale encore, comme la loi de 1905 avait posé des principes stricts – non subventionnement, neutralité, non-reconnaissance – qui risquaient de rendre la liberté de culte prévue à l'article 1^{er} purement formelle²⁹³⁸, le XX^e siècle a été marqué par une atténuation

²⁹³⁴ Voir p. 293 et s.

²⁹³⁵ Par exemple, la mise en place du BEA cultuel par les chantiers du Cardinal, n'illustrait que la recherche de solutions concrètes pour garantir le libre exercice du culte (J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, op. cit., p. 67).

²⁹³⁶ Ainsi, pour la loi de finances rectificative du 29 juillet 1961, qui établissait les garanties d'emprunt, le député René Ribière put soutenir afin de défendre les dispositions qu'« il ne saurait y avoir de libre exercice du culte si les fidèles n'ont pas la possibilité de pratiquer la religion de leur choix par suite de la pénurie d'édifices au regard de leur nombre » (2^e Séance du 11 juill. 1961, *Débats parlementaires. Assemblée nationale*, JORF n° 41 A. N., 12 juill. 1961, p. 1601).

²⁹³⁷ Partant du principe que la loi de 1905 insiste sur la liberté de culte, pour Marie-Joël Redor-Fichot, « l'État ne peut rester totalement indifférent à l'existence d'un culte majoritairement pratiqué dans la société qu'il gouverne. Si la séparation de l'Église et de l'État a permis à ce dernier de s'affranchir de l'emprise de l'Église catholique, ce n'est pas pour autant que les pouvoirs publics peuvent ignorer totalement l'influence de cette religion dans la société » (M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87).

²⁹³⁸ « Il est vrai que cette situation paradoxale révèle une certaine incohérence de la loi : l'article 2 prohibant tout financement public des cultes ne ferait-il pas du libre exercice des cultes énoncés par l'article 1^{er} une liberté purement formelle ? Car, pour que les cultes puissent s'exercer librement, encore faut-il qu'ils en aient les moyens. C'est bien ce constat qui est à l'origine des interrogations actuelles devant l'impossibilité pour une nouvelle religion de se doter de ses infrastructures juridiques et matérielles avec ses seules ressources. Or, la loi ne se contente pas de proclamer la liberté des cultes, elle impose à la République de la garantir. Jusqu'à présent, cette garantie a été uniquement négative en ce sens qu'elle n'a visé qu'à prémunir l'exercice des cultes de tout empêchement ; désormais, certains voudraient qu'elles deviennent positives en allant jusqu'au financement, donc au prix d'une révision de l'article 2 » (J.-B. D'ONORIO (dir.), *La Religion dans la République laïque*, Paris, Pierre Téqui, 2005, p. 23).

constante de ceux-ci au profit d'une garantie accrue du libre exercice du culte²⁹³⁹. Que le principal esprit de la loi de séparation eût été la conciliation n'empêche pas une certaine vision, partagée par certains, d'une garantie active de la liberté de culte. D'ailleurs, les deux semblent aller de pair. Ainsi, le libre exercice des cultes mettrait à la charge de l'État un certain nombre d'obligations positives qui doivent permettre « à chacun la possibilité d'assister aux cérémonies de son culte et de s'instruire dans les croyances propres à la religion de son choix », cela, pour « que soient réalisées partout les conditions concrètes permettant l'exercice des cultes, dans le respect de chaque religion »²⁹⁴⁰.

1068. Au surplus, il nous semble aujourd'hui difficile d'imaginer une situation où l'État peut éviter tous les mécanismes mis en place. D'abord, le droit européen veille à une garantie effective de la liberté de religion²⁹⁴¹. Ensuite, les juges français ont eux-mêmes fait part d'une certaine ambiguïté en la matière, comme l'illustrent les conclusions sous l'un des arrêts de juillet 2011, par lesquelles le rapporteur public défendait la mise en place de mesures positives au titre de la garantie de la liberté de culte. Il justifiait la décision d'octroi de locaux pour l'abattage rituel justement par des mesures favorables à l'exercice du culte²⁹⁴². Certes, le rapporteur public abordait ces mesures comme de simples facultés, en prenant bien soin d'exclure toute obligation positive, mais le doute subsista pour beaucoup²⁹⁴³. Il faut dire que le rapporteur public soulignait par là même la nécessité de telles mesures au regard des situations d'inégalités réelles décriées. Pour Jacques Fialaire, il ne fait aucun doute qu'il se dégage un

²⁹³⁹ « Depuis la loi du 9 décembre 1905, le non-financement public des cultes est un principe juridique réputé intangible. Cependant, sa rigueur est atténuée par quelques innovations postérieures destinées à résoudre les nouveaux problèmes posés par l'exercice du culte. Dans l'entre-deux-guerres, le plus prégnant était celui des constructions d'église, à la fois sur le plan foncier et sur le plan financier. Rien n'était prévu pour faciliter la poursuite de l'équipement culturel au-delà de 1905, alors que la République avait pris l'engagement de garantir l'exercice des cultes » (J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987...*, op. cit., p. 67).

²⁹⁴⁰ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Droit et religions en France », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, 1998, p. 335-360.

²⁹⁴¹ Voir *infra*.

²⁹⁴² E. GEFFRAY, *RFDA*, 2011, p. 967 concl. sous l'arrêt CE, 19 juill. 2011, *Mme Vayssière*, n° 320796.

²⁹⁴³ C'est ce que sous-entendit par la suite le Conseil d'État dans son arrêt, en ne s'opposant pas à « ce qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ou qui sont prévues par ses statuts, construise ou acquière un équipement ou autorise l'utilisation d'un équipement existant, afin de permettre l'exercice de pratiques à caractère rituel relevant du libre exercice des cultes, à condition qu'un intérêt public local, tenant notamment à la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public, en particulier de la salubrité publique et de la santé publique, justifie une telle intervention et qu'en outre le droit d'utiliser l'équipement soit concédé dans des conditions, notamment tarifaires, qui respectent le principe de neutralité à l'égard des cultes et le principe d'égalité et qui excluent toute libéralité et, par suite, toute aide à un culte » (CE, Ass., 18 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans métropole* ; AJDA, 2011, p. 1667, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; D., 2011, p. 2025, édito F. ROME et p. 2375, note M. TOUZEIL-DIVINA ; AJCT, 2011, p. 515, obs. M. PERRIER). Certains des commentateurs (Mathieu Touzeil-Divina, Xavier Domino et Aurélie Bretonneau *préc.*) interrogeaient la présence sous-jacente d'une obligation d'aide à l'exercice public du culte dans l'arrêt précité. En effet, comme l'explique Elsa Forey, dans la mesure où l'abattage rituel doit être effectué dans le respect de l'ordre public, donc au sein d'abattoirs prévus à cet effet. Seulement, l'abattage découle du libre exercice du culte et l'absence de local prévu empêche ladite pratique culturelle. Comme la règle permettant l'exercice du culte en conformité avec l'ordre public interdit l'abattage sans local réglementaire, le juge trouve l'intérêt public local dans la mise à disposition d'un local. Pour ainsi dire, il découle l'intérêt public local de la recherche de conciliation entre la liberté de culte et l'ordre public (E. FOREY, « L'interdiction de financer les cultes dans la jurisprudence administrative », *Société, droit et religion*, vol. 3, n° 1, 2013, p. 87-111). C'est cette décision qui peut amener à interpréter les exigences tenant au respect de l'ordre public comme imposant une action des collectivités en faveur d'un exercice public rendu conforme à celui-ci.

mouvement jurisprudentiel depuis les années 2010 marquant le passage de la « liberté-droit » à la « liberté-prestation » pour les religions²⁹⁴⁴. Au demeurant, n'oublions pas qu'Aristide Briand défendit une vision libérale de l'interprétation du texte de 1905. Pour beaucoup, cette incitation, qui découlait de l'article 1^{er} de la loi de 1905, entraînait une garantie immodérée de la liberté de culte²⁹⁴⁵. Aujourd'hui, c'est cette absence de limite qui porte à confusion à l'égard de la différenciation.

2) Un mouvement et une liberté difficiles à délimiter favorisant les différenciations religieuses

1069. Ladite liberté pousse constamment à des aménagements juridiques, à une extension du régime des cultes, sans qu'une frontière claire soit établie entre ce phénomène et la consécration, au titre de la liberté de religion, d'aménagements particularistes religieux. La garantie, assurée par l'État et exigée par cette liberté, englobe implicitement le problème des traditions propres à certaines religions.

1070. Ici aussi, nos exposés précédents ont évoqué des aménagements au droit commun un faveur de l'Église catholique. Qu'en était-il, par exemple, de la formation du régime de sécurité sociale pour les ministres de cette dernière²⁹⁴⁶ ? La norme a même directement fait mention de leur statut religieux²⁹⁴⁷. Nous verrons d'autres aménagements par la suite. Pour le moment, nous constatons que l'accommodement du régime de sécurité sociale est indirectement assuré au titre de la liberté de culte. Nous pouvons en faire le lien en admettant qu'il a respecté l'autonomie et l'organisation religieuse prévue par l'Église. Il s'agissait de trouver une règle conforme au culte, mais dérogoratoire au droit commun. Nous pourrions multiplier les exemples, pour la plupart déjà exposés dans nos développements. D'autres le seront encore par la suite. L'important réside dans le constat d'aménagements constants au droit commun ou au régime des cultes établi en 1905, et ce, tout le long du XX^e siècle. Il aurait donc été faux d'assurer que les problématiques égalitaires ont intégralement amené avec elles la mise en avant des différences sur la scène publique.

1071. L'objet religieux en lui-même n'a pas su se tenir à l'écart de toute distinction juridique. La liberté de religion, toujours sous-jacente au respect des convictions, des rites, d'organisation communautaire et des dogmes, opère en faveur d'un tel mouvement. Elle reste

²⁹⁴⁴ L'auteur regroupe dans ce mouvement l'utilisation des BEA culturels ou les jurisprudences de 2011. Il ne distingue pas l'objectif tenant à l'égalité ou à la liberté. En toute hypothèse, c'est cette dernière qui justifie avant tout les aides, y compris quand il s'agit en fond d'un objectif égalitaire. Cela ne retire en rien la pertinence du constat selon lequel la garantie de la liberté de culte s'est considérablement accrue (F. FIALAIRE, « Les rapports entre les collectivités territoriales et les cultes. Quel nouveau cadre théorique forgé par la jurisprudence ? », *AJDA*, 2012, p. 2305).

²⁹⁴⁵ Pour une approche peu ou prou à rebours de celle de Laurie Marguet sur la loi de 1905, voir par exemple N. EL HAÏTE, *Laïcité et république. Considérations sur la République Française*, Paris, L'Harmattan, 2019, coll. « Questions contemporaines », p. 266).

²⁹⁴⁶ Voir p. 371 et s. et 595-596.

²⁹⁴⁷ Loi n° 50-222, 19 févr. 1950, *précisant le statut des ministres du culte catholique au regard de la législation sociale*, JORF n° 46, 22 févr. 1950, p. 2087.

pour ainsi dire soumise à un aléa propre à son objet. La matière religieuse, nous l'avons maintes fois suggéré, est évolutive, plurielle, diverse. Par conséquent, la liberté de religion rencontre une forme d'instabilité qui la rend mouvante, mais surtout susceptible d'être constamment étendue. Précisément, « attribuée de façon égalitaire à tous les sujets de droit, la liberté de religion investit l'individu d'un pouvoir au contenu indéterminé »²⁹⁴⁸. La reconnaissance juridique des différences entre les cultes découle de la logique même de la liberté des cultes, dans la mesure où les religions diffèrent sur de nombreux aspects²⁹⁴⁹. Ce constat ouvre la voie à l'accroissement des droits religieux, étant donné que chaque religion fait part de ses revendications selon ses traditions. En résulte une frontière très fine entre l'idée de différenciation et celle d'action positive à la charge de l'État.

1072. En ce sens, si nous évoquons les propos de Patrice Rolland sur un volet abstentionniste et actif de la liberté de religion²⁹⁵⁰, nous n'avons volontairement pas poursuivi sa pensée sur l'exigence d'une action positive de l'État qui s'avère, dans ce paragraphe, éloquente. En effet, parmi les obligations positives contraignant l'État « à intervenir pour qu'une liberté connaisse son plein développement »²⁹⁵¹, l'auteur citait la prise en compte des « particularités des pratiques religieuses comme l'abattage rituel ou les prescriptions alimentaires »²⁹⁵². Les propos de l'auteur montrent la facilité avec laquelle l'idée d'obligations positives de l'État côtoie le différencialisme. Après tout, ne pas respecter une tradition propre à un culte revient à le restreindre, à « priver d'effectivité la liberté religieuse » de celui-ci²⁹⁵³. Cette ambiguïté se dégage également des propos de Pierre-Henri Prélôt qui, après avoir défendu l'obligation de garantie positive de la liberté de culte abordée plus haut, postulait : « [L]orsqu'elle élabore une norme qui affecte, de près ou de loin, les convictions ou les pratiques religieuses, l'autorité publique est tenue de s'assurer que cette norme ne porte pas atteinte à la liberté de religion, et si c'est le cas de procéder à un aménagement de cette norme afin qu'elle puisse dans la mesure du possible être respectée de tous sans que soit portée atteinte à un impératif de conscience »²⁹⁵⁴.

1073. L'extension intrinsèque au respect de la liberté de religion établit une ambiguïté au regard de l'égalité qui ressort des propos de Geneviève Koubi : « [c]e respect s'organise dans la mise en œuvre du principe de l'égalité des citoyens devant la loi, de l'égalité des individus en face du droit, et par la suite, dans la recherche d'une atténuation de l'emprise des normes juridiques sur les comportements individuels et collectifs conduits par les prescriptions

²⁹⁴⁸ C. CHRISTELLE LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007, p. 239.

²⁹⁴⁹ « [T]outes les religions ne reposent pas sur les mêmes dogmes, elles ne font pas référence aux mêmes morales, elles n'ont pas les mêmes fonctions » (G. Koubi, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux », *JCP G*, n° 29, 1987, 3292).

²⁹⁵⁰ Voir p. 293-294.

²⁹⁵¹ P. ROLLAND, « Liberté » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, op. cit., p. 708.

²⁹⁵² *Ibid.*

²⁹⁵³ *Ibid.*

²⁹⁵⁴ P.-H. PRELOT, « L'aménagement juridique de la liberté de religion : principes » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING, *Traité français des religions*, op. cit., p. 721.

religieuses ». Cette recherche d'atténuation, est-elle véritablement compatible avec une égalité formelle dont l'autrice fait part ? Celle-ci souligne un paradoxe qu'elle explicite ensuite : « [d]ès lors, quelle que soit la qualité de l'opinion, existe un droit d'expression et de manifestation qui fait éclore le droit à la différence ». Le malaise apparaît quand elle affirme en suivant que « [l]a fonction de "l'égalité" ne nie pas un "droit à la différence". Quand la différence repose sur (l'effectivité de) la liberté d'opinion (l'exercice de) la liberté d'expression, la liberté d'adhésion à un ensemble collectif partageant cette opinion (culte), elle n'est que la traduction du droit de chacun à son épanouissement personnel (qui est aussi conçu comme un droit de l'homme) ». Du moment que la liberté de religion se limite à une sphère privée maintenue par l'abstention de l'État, cette affirmation peut être, de prime abord, entendue. Pourtant, la liberté de religion a *de facto* rapidement fait de s'immiscer dans l'action même de l'État pour exiger de nouvelles abstentions de celui-ci, et avant tout chaque fois que la conviction ou l'expression religieuse rencontre les limitations prévues par le droit public²⁹⁵⁵. En d'autres termes, avec la liberté de culte, la frontière entre public et privé devient extrêmement incertaine²⁹⁵⁶.

1074. Si la liberté de religion ne venait qu'à censurer les mesures et les immixtions flagrantes et explicites à l'encontre du religieux, le dicton selon lequel la liberté est la règle et la restriction l'exception n'aurait que peu de sens. C'est justement parce qu'elle permet de contester des règles également neutres en apparence qu'elle est effective. Ainsi que le résume Jacques Amar, l'étude de l'identité religieuse dans les rapports entre droits de l'homme et religion revient alors à observer la volonté que porte l'individu « d'imposer la propre représentation qu'il a de soi à partir de la religion qu'il pratique aux normes étatiques générales et indifférenciées qu'il est censé respecter »²⁹⁵⁷, mais – rajoutons – qu'il conteste au titre de sa liberté fondamentale.

1075. La préférence du modèle français pour une liberté de culte garantie au travers de normes passives prévoyant des statuts généraux que les religions peuvent rejoindre, plutôt que pour une liberté active, positive, en somme dynamique, et qui s'adapte aux mouvements religieux, trouve peut-être ici une justification inconsciente.

1076. Pourtant, nous l'avons vu, la liberté de culte porte en elle-même l'exigence d'aménagements ; l'objet religieux n'est pas ignoré. Plus encore, elle pousse à une extension constante de celui-ci, au titre d'une nécessaire garantie active de l'État. En rajoutant à cela la « subjectivisation de la garantie des cultes, de son utilisation comme fondement de droits

²⁹⁵⁵ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes Paris, 2003, p. 35.

²⁹⁵⁶ Michel Miaille en venait à cette conclusion en déclarant que le discours plaçant l'appartenance religieuse comme relevant du seul domaine privé était insuffisant ou simplificateur, la liberté de culte venant brouiller cette assertion (M. MIAILLE, « À propos de citoyenneté et laïcité : débat sur l'universel » in V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, coll. « Droit et Société », p. 78).

²⁹⁵⁷ J. AMAR, *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'Homme. Contribution à une sociologie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat en sociologie, Paris, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2012, p. 8.

individuels à obtenir telle ou telle action positive de la puissance publique au nom de la pleine jouissance effective de la liberté religieuse »²⁹⁵⁸, l'on aboutit à l'impossibilité d'assurer un régime purement passif, dénué d'accommodements au profit des religions²⁹⁵⁹. Danièle Lochak résume cette évolution en ces termes : « [t]raditionnellement, le respect de la liberté de conscience était conçu comme impliquant la neutralité de l'État, l'indifférence à toutes les convictions, à toutes les croyances. [...] La laïcité, principe de tolérance, était en même temps un principe d'indifférence : indifférence de l'État aux croyances individuelles, qui ne doivent entraîner aucune discrimination entre les citoyens [...] »²⁹⁶⁰. Or, poursuit-elle, « à partir du moment où la revendication de la liberté de conscience se mue en revendication d'un véritable droit à la différence, du droit de vivre selon ses convictions qui deviennent opposables à l'État, celui-ci ne peut plus ignorer les conscience »²⁹⁶¹.

1077. Nous pouvons être tentés de distinguer les cas où la religion est l'affaire d'une croyance et lorsqu'elle exprime l'identité d'un individu²⁹⁶². Toutefois, un tel processus s'avère délicat et concrètement inenvisageable en droit ; c'est un enjeu fondamental qui traverse en filigrane toute notre thèse. Pourtant, ce serait distinguer ce qui relève de la liberté de religion et de l'égalité : la première permettant l'expression d'une croyance, la seconde – sous son approche réelle – mettant en avant l'identité religieuse. Malgré tout, la question du rapport de la liberté à la croyance ou l'identité mérite d'être posée. Elle rejoint substantiellement celle de la catégorisation de la croyance religieuse comme choix ou circonstance.

B) La conviction entre choix personnel et contrainte extérieure : l'ambiguïté de la liberté de religion

1078. Précédemment, il était observé que l'acceptation d'aménagement, dans le champ de l'égalité, supposait l'appréhension de la croyance religieuse comme une identité, une circonstance extérieure et pesant sur la vie de l'individu. Nous venons pourtant d'exposer que la liberté de religion véhicula nombre d'aménagements en droit. Ces derniers ne témoignent-ils pas du fait que la liberté de religion induit une caractérisation de la religion comme circonstance extérieure ?

²⁹⁵⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... Les multiples grammaires de la laïcité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, oct. 2016.

²⁹⁵⁹ En continuité, c'est l'interrogation que notifie Jacques Amar : « si les textes n'avaient pas permis à l'individu religieux d'exprimer judiciairement ses prétentions, ce fait aurait-il entraîné la mutation sociale à laquelle nous assistons : une plus grande prise en compte de la religion dans un contexte sécularisé » (J. AMAR, *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'Homme. Contribution à une sociologie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat en sociologie, Paris, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2012, p. 270).

²⁹⁶⁰ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, op. cit., p. 204.

²⁹⁶¹ *Ibid.*

²⁹⁶² Rappelons les propos de Jacques Amar qui éclairent cette distinction : « [l]a religion n'est plus simplement une affaire de croire et de transmission ; elle est aussi un mode d'identification de l'individu dans la société dans laquelle la relation aux normes est déterminante. Il n'en va pas différemment pour l'athée dont l'affirmation identitaire découle de la liberté de ne pas avoir de religion » (J. AMAR, *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'Homme...*, op. cit., p. 329).

1079. Dans ce débat, l'on considère généralement la liberté de religion comme renvoyant à un « libre choix de l'option religieuse, de croire ou de ne pas croire (opinion) » qui guide le comportement de l'individu²⁹⁶³. Il s'inscrit comme le fondement de cette liberté²⁹⁶⁴. Par cette approche, l'élément premier de la liberté de religion relève du choix exprimé sous la protection de la liberté d'opinion. C'est ici un fondement traditionnel du libéralisme, relate outre-Atlantique Benjamin Berger ; se focalisant généralement sur l'individu, il repose avant tout sur son autonomie, sa liberté de choix et de jugement, sans contrainte extérieure, sans contrainte étatique²⁹⁶⁵. Cette liberté de choix pose deux exigences : la non-interférence dans l'autonomie de l'individu, d'une part, et l'intervention de l'État dès lors que cette liberté est restreinte, d'autre part²⁹⁶⁶. Cette forme négative de liberté rejette toute restriction de cette autonomie, affirme l'auteur précité²⁹⁶⁷.

1080. Un raisonnement identique est tenu par le professeur Richard Moon, pour qui la liberté de religion renvoie à la protection d'un engagement personnel²⁹⁶⁸. De son côté, l'auteur sous-entend que l'approche par la liberté n'exclut pas des aménagements juridiques. Il explique que la protection de la liberté de religion est à la base comprise comme l'exclusion de contraintes religieuses. Autrement dit, l'individu doit pouvoir s'engager dans la pratique religieuse de son souhait sans restriction ou coercition de la part de l'État pour cela²⁹⁶⁹. L'aide apportée à certaines religions n'apparaît pas contraire à cette logique. Ce fut notamment, explique Richard Moon, le point de vue Locke. En revanche, d'autres auteurs considèrent le support apporté à certaines religions comme interférant dans la conscience de l'individu, donc comme contraire à la liberté de religion²⁹⁷⁰. Il reste que l'idée que des aménagements existent au titre de la liberté de religion découle peut-être d'une opinion générale et ancienne tendant à considérer la religion comme différente d'un simple choix.

1081. En ce sens, Benjamin Berger souligne un élément fondamental qui apparaît d'ailleurs à travers tous nos développements précédents : « [i]l ne fait aucun doute qu'il existe une certaine dimension de la liberté de religion qui comporte une composante culturelle ou identitaire »²⁹⁷¹. L'auteur constate simplement, à l'appui de ses propos, que la religion n'est jamais un choix comme les autres et que son traitement constitutionnel – en l'occurrence canadien, mais la remarque vaut pour la France – en témoigne²⁹⁷².

²⁹⁶³ G. KOUBI, « En marge d'un "conflit" : observations sur la liberté d'opinions, "mêmes" religieuses... », *LPA*, n° 36, 1991, p. 16.

²⁹⁶⁴ G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *art. préc.*

²⁹⁶⁵ B. BERGER, « Law's Religion: Rendering Culture » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009, p. 285.

²⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 286.

²⁹⁶⁷ *Ibid.*

²⁹⁶⁸ R. MOON, « Freedom of Religion Under the Canadian Charter of Rights: The Limits of State Neutrality », *UBC Law Review*, vol. 45, n° 2, 2012, p. 497-549.

²⁹⁶⁹ R. MOON, « Government Support for Religious Practice » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009, p. 234.

²⁹⁷⁰ *Ibid.*

²⁹⁷¹ B. BERGER, « Law's Religion: Rendering Culture » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, *op. cit.*, p. 289 (nous traduisons).

²⁹⁷² *Ibid.*

1082. D'ailleurs, l'histoire du libéralisme met en évidence ces considérations, puisque la défense pour la liberté de religion put reposer, lors de l'élaboration des premières déclarations des droits, justement, sur le caractère « immuable » de la croyance religieuse. En outre, la Déclaration de Virginie pour l'établissement de la liberté de religion débuta sa justification sur la liberté de religion en déclarant : « les opinions et croyances des hommes ne dépendent pas de leur propre volonté, mais suivent *involontairement* les preuves proposées à leur esprit »²⁹⁷³. Assertion que rejoignent par ailleurs d'autres auteurs²⁹⁷⁴. Plus proche de nous, la CEDH avait mis en avant la protection de l'identité religieuse que permettait l'article 9 de la Convention²⁹⁷⁵.

1083. Catherine Audard semble rejoindre Berger en dénonçant l'approche trop restrictive de la philosophie libérale qui rattache la liberté de religion avant tout au choix, précisément à la liberté de choix de conviction²⁹⁷⁶. À ses yeux, « [l]a liberté de conscience suppose plus que des choix "libres" en conscience, elle est inséparable de la liberté d'exercer sa religion, qui suppose des droits, mais aussi des obligations, la soumission à des pratiques collectives et le respect de traditions non choisies »²⁹⁷⁷. Elle poursuit en arguant que la conception libérale, partagée par le modèle français, passe à côté des réelles implications de l'obligation confessionnelle en la considérant comme découlant d'un choix. Pour l'autrice, la liberté de religion doit s'exprimer sans entraves ni discriminations, et dans l'espace public²⁹⁷⁸.

1084. Pour autant, si Richard Moon voit dans la liberté de religion un engagement personnel, d'après lui c'est l'égalité qui, quant à elle, met l'accent sur la religion en tant qu'identité individuelle et qu'elle protège à ce titre²⁹⁷⁹. Rejoignant le débat précédemment abordé, les propos de l'auteur laissent entendre que sous l'angle de la liberté, la religion n'est qu'affaire de choix et, sous celui de l'égalité d'identité²⁹⁸⁰. Ainsi, Richard Moon perçoit un déplacement, d'une considération portée sur la coercition à une considération portée sur l'exclusion. En d'autres termes, le passage d'un point de vue de la liberté à celui de l'égalité, ou le regard porté sur l'engagement religieux à celui porté sur l'identité culturelle²⁹⁸¹. Une fois encore, le rappelle l'auteur, considérer la religion comme une identité implique d'aménager la norme *a priori* neutre au nom de l'égal respect des individus²⁹⁸².

²⁹⁷³ Nous soulignons.

²⁹⁷⁴ T. L. HALL, « Religion, Equality, and Difference », *Temple Law Review*, vol. 65, n° 1, 1992, p. 1-90 (nous traduisons). L'auteur explique que c'est un tel raisonnement qui poussa parfois la jurisprudence à faire un parallèle entre les minorités religieuses et raciales.

²⁹⁷⁵ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, §31. Mais la Cour s'était employée à déconnecter la protection de l'identité religieuse de ces dispositions pour les rattacher, dans les affaires sur le voile, à l'article 8 portant sur le respect de la vie privée. Peut-être les juges ont-ils perçu l'ouverture dangereuse qu'offrait la liberté de religion aux demandes différencialistes et communautaristes (voir le Chapitre suivant).

²⁹⁷⁶ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p. 622 et s.

²⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 623.

²⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 624-625.

²⁹⁷⁹ R. MOON, « Freedom of Religion Under the Canadian Charter of Rights... », *art. préc.*

²⁹⁸⁰ C'est aussi ce qu'affirme Benjamin Berger (« Law's Religion: Rendering Culture » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, *op. cit.*, p. 289).

²⁹⁸¹ R. MOON, « Government Support for Religious Practice » in *ibid.*, p. 235.

²⁹⁸² *Ibid.*, p. 239.

1085. Plus important, un autre auteur outre-Manche, Ronan McCrea, fait par la suite l'analogie entre l'acceptation des discriminations indirectes et le caractère identitaire du religieux²⁹⁸³. Il conclut de ses recherches que considérer la religion comme une forme d'identité ouvre plus facilement la voie aux accommodements dans le cadre du principe de non-discrimination indirecte, en ce sens que la croyance se trouve redéfinie comme un désavantage particulier²⁹⁸⁴. Il faut comprendre par-là que l'aspect individuel de la liberté de religion met l'accent sur la croyance, quand la non-discrimination – notamment par sa visée groupale – prend en compte la religion comme une identité ou, en d'autres termes, tel que semble le sous-entendre l'auteur, comme une contrainte extérieure et possiblement désavantageuse. Le lien entre la non-discrimination indirecte et la religion considérée comme circonstance extérieure semble ainsi difficilement contestable. Faisant écho à ces propos, Richard Moon termine justement son écrit en spécifiant que la distinction doit alors être opérée entre la religion comme choix protégés au titre des droits fondamentaux et la religion comme traits ou attributs devant être respectés au titre de l'égalité²⁹⁸⁵.

1086. Or, la recherche d'une telle distinction est finalement rendue peu évidente par l'existence d'aménagements spécifiques au titre de la liberté de religion, et non de l'égalité. Les propos d'auteurs rapportés ci-dessus démontrent bien que la distinction est à la fin absconse. Nous serions alors tentés d'affirmer qu'un traitement particulier est induit par l'égalité, considérant la religion comme une identité, tandis que la liberté de religion, mettant l'accent sur la notion de choix, ne laisserait pas de place aux différences religieuses. Cette analyse s'avérerait pourtant trompeuse au regard de nos assertions et éléments sus-exposés. En effet, encore une fois selon Moon, la liberté de conscience ou de religion mettait en avant les choix individuels et autonomes, mais, aujourd'hui, la sécularisation de la liberté de religion a tourné cette dernière vers l'identité culturelle, comme fondement de celle-ci²⁹⁸⁶. Le rejet de la différence religieuse n'induit alors pas seulement celui des croyances, mais un reniement de l'égalité des valeurs ou de l'égale dignité²⁹⁸⁷.

1087. Par ces développements, nous avons bien l'idée sous-jacente que garantir une liberté de religion moins indirectement discriminatoire implique une reconnaissance plus active des traditions religieuses. Cela se justifie par le fait que la liberté de religion n'est pas qu'une liberté de choix. Une fois encore, ne pas réduire la religion à une affaire de choix est le corollaire d'une acceptation des aménagements à son titre. Il semble que l'exercice cultuel de la religion déborde le simple choix pour beaucoup d'auteurs et pour les croyants. Bien que le fondement de la liberté de religion soit le choix d'adhérer à la croyance souhaitée, ou de ne pas y adhérer, les implications de cette adhésion supposeraient un engagement supérieur. Or, la liberté de

²⁹⁸³ R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination and the Seculare State », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 183-210.

²⁹⁸⁴ *Ibid.*

²⁹⁸⁵ R. MOON, « Government Support for Religious Practice » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, *op. cit.*, p. 248.

²⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 231.

²⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 231.

religion se compose d'une liberté de conviction, certes, mais aussi du libre exercice du culte. Les obligations rituelles et cultuelles sont irrémédiablement liées à l'importance de la croyance individuelle. Nous avons d'ailleurs vu que ces premières pouvaient être considérées comme une contrainte extérieure à l'individu si l'on pousse le raisonnement à son paroxysme. La ligne entre le respect de la croyance de l'individu et le respect de l'exercice de son culte s'opacifie à mesure que l'on considère le poids de l'obligation morale découlant du respect du rite en question. Or, progressivement, « l'individu ne revendique plus seulement le droit de conformer sa conduite à ce que lui dicte sa conscience ; il entend afficher à la fois ses convictions et son appartenance à une communauté »²⁹⁸⁸, et ce, dans la sphère commune à tous les individus. Finalement, tel que le note Lucy Vickers, un paradoxe primordial entourant la liberté de religion et la subjectivité de son objet point alors : « la religion acquiert une valeur de la notion de choix [issue des fondements de la liberté de religion] ; mais pour beaucoup d'individu elle n'est pas vécue comme un choix »²⁹⁸⁹ – cela reste un constat sociologique.

1088. En conséquence de cela, il semblerait que le phénomène s'entremêle avec celui de la non-discrimination directe et indirecte. La première protège avant tout la liberté de conscience, quand la seconde s'attaque en sus aux rites religieux ne pouvant être respectés à cause d'une norme générale et neutre.

1089. À travers ces propos, nous réalisons en premier lieu à quel point la liberté de religion peut être un vecteur d'expression et de consécration des identités religieuses. Le risque n'en apparaît que plus vif pour le modèle français. D'autant que la distinction entre un engagement religieux et l'expression d'une identité ne relève pas de l'évidence²⁹⁹⁰. Ensuite, nous en arrivons à conclure à une extension de la liberté de religion, surtout dans un sens différenciateur, qui va de pair avec la qualification de la religion comme identité plutôt que comme un choix. Cette évolution est indéniablement imprégnée par une approche matérielle de l'égalité qui implique ce postulat.

PARAGRAPHE 2. L'égalité comme moteur d'une liberté de religion davantage différencialiste

1090. La liberté de religion semble *a priori* impliquer une prise en compte progressive des différences. Or, cette ouverture aux particularismes, est-elle une seule affaire de liberté ? Il semblerait que les éléments analysés jusqu'ici ne soient pas indépendants d'un mouvement spécifique de l'égalité lié aux droits et libertés qui vise à en assurer l'effectivité (A). De surcroît, le particularisme est en passe de pénétrer la liberté de religion par le biais de la non-discrimination, principe anciennement lié à cette première (B).

²⁹⁸⁸ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, op. cit., p. 197.

²⁹⁸⁹ L. VICKERS, « Achbita and Bougnaoui : One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace », *European Labour Law Journal*, vol. 8, n° 3, 2017, p. 232-257 (nous traduisons).

²⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 232.

A) Une évolution égalitaire globale des droits fondamentaux en faveur de leur effectivité concrète

1091. La question abordée des droits-créances mêle profondément celle de l'égalité. La doctrine parle d'une deuxième génération de droits qui « ne postulent plus une nature humaine éternelle et immuable, mais prennent au contraire en considération l'insertion de l'individu dans le social »²⁹⁹¹. Les droits-libertés, exigeant une sphère de liberté et une immixtion de l'État réduite, laissent la place aux droits-créances, qui nécessitent une intervention et garantie positive de l'État au profit de certains besoins sociaux. Cette approche plus concrète des droits et libertés substitue à, ce que l'on nomme traditionnellement, la liberté formelle, une liberté réelle. Nous retrouvons un vocabulaire similaire à celui de l'égalité – alors formelle ou réelle. La problématique est peu ou prou la même et peut aussi être rattachée à l'avènement de l'État-providence.

1092. Ce dernier est par moments défini à travers l'essor d'une forme de solidarité collective. Cela dit, des auteurs définissent l'État-providence comme changement du paradigme du rôle de l'État en faveur d'une défense de l'égalité réelle et d'une correction concomitante des inégalités sociales et structurelles²⁹⁹². Cette correction est devenue une exigence auprès de l'État, alors « providentiel », qui a « pour fonction de créer une société plus juste et mieux intégrée, par la réduction des inégalités et la possibilité donnée à tous d'accéder aux mêmes biens essentiels »²⁹⁹³. La nécessité découlait de l'observation d'inégalités dans le bénéfice des droits et libertés proclamés. Il s'agissait de corriger le formalisme abstrait du modèle libéral classique en assurant un bénéfice effectif des libertés déclarées. Ce n'est ni plus ni moins que la dichotomie entre égalités formelle et réelle, mais plus précisément appliquée aux droits fondamentaux.

1093. Nous avons observé la discussion entourant la place de la religion par rapport aux droits-créances. L'évolution marquée de celle-ci peut être liée à celle que l'égalité réelle a engendrée à l'égard des droits et libertés en général. Si l'intervention prônée des pouvoirs publics s'exprimait avant tout dans le domaine économique et social, l'État-providence était sûrement porteur d'un mouvement global en faveur d'une garantie effective des droits fondamentaux.

1094. Jean-Pierre Moisset établit un lien étroit entre l'évolution des rapports étatiques avec l'Église et l'avènement de l'interventionnisme étatique²⁹⁹⁴. Vincent Valentin va plus loin puisque, pour lui, « il ne saurait y avoir de libre exercice du culte si les fidèles n'ont pas la possibilité de pratiquer leur religion pour des raisons matérielles, donc les pouvoirs publics, qui

²⁹⁹¹ D. LOCHAK, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *RIEJ*, vol. 13, 1984/2, p. 49-88.

²⁹⁹² Inégalités notamment marquées dans le milieu ouvrier (S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, p. 206).

²⁹⁹³ J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et État providence » in D. BORRILLO, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, coll. « Recherches », p. 42.

²⁹⁹⁴ J.-P. MOISSET, *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987. Contribution à l'histoire de la laïcité française*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire », p. 318-319.

garantissent la liberté doivent la rendre effective en apportant une aide matérielle »²⁹⁹⁵. Selon lui, cette « (re)définition des droits fondamentaux » est portée par « l’extension de l’État-providence ». Difficile d’entièrement nier l’impact de cette évolution sur le domaine des droits fondamentaux. L’immixtion de la sphère étatique ne s’est pas limitée au domaine économique et social. Il s’agit d’un mouvement global, d’une habitude prise et marquée par l’interventionnisme. Il s’avère qu’elle a pénétré le domaine culturel, comme le décrit l’auteur anglo-saxon Frederick Mark Gedicks, qui considère une mutation de la liberté à l’égalité, particulièrement prononcée dans le cadre de la liberté de religion, et ce, en raison de l’accroissement de l’État-providence et de l’explosion de la diversité religieuse²⁹⁹⁶. Rattacher la problématique de la liberté de religion à celles des droits-créances implique nécessairement d’y lier l’évolution vers l’égalité réelle. Évolution dont le principe de non-discrimination est également porteur.

B) La non-discrimination comme levier du différencialisme au sein de la liberté de religion

1095. Le principe de non-discrimination entretient de longue date un lien étroit avec la liberté de religion, et plus spécifiquement par le biais de la liberté de conscience. En effet, des règles discriminatoires envers des individus en raison de leur religion restreignent fréquemment la liberté de religion, « dans la mesure où elles ont pour effet de les décourager de rester fidèles à celle-ci »²⁹⁹⁷. En d’autres termes, la discrimination en raison de l’adhésion – ou de la non-adhésion – à une conviction constitue une atteinte à la liberté de conscience²⁹⁹⁸. Elle recoupe donc la vision classique, exposée plus haut, du modèle libéral que Benjamin Berger exprimait par l’importance de la non-interférence dans l’autonomie de l’individu²⁹⁹⁹. Cet élément constitue l’un des fondements des modèles libéraux modernes et, à l’évidence, la non-discrimination est pour certains aux fondements des droits fondamentaux³⁰⁰⁰. L’article 10 de la DDHC en est le parfait exemple, en joignant une dose essentielle d’égalité à la liberté d’opinion : « *nul* ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses »³⁰⁰¹. Liberté de conscience – ou à l’époque d’opinion – et non-discrimination apparaissaient liées.

²⁹⁹⁵ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.

²⁹⁹⁶ F. M. GEDICKS, « Religious freedom as equality » in S. FERRARI (dir.), *Routledge Handbook of Law and Religion*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 133

²⁹⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁹⁸ F. AST, « L’apport du droit à la non discrimination à la protection du pluralisme religieux : regards croisés des juridictions de la HALDE » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L’Harmattan, 2011, p. 175

²⁹⁹⁹ B. BERGER, « Law’s Religion : Rendering Culture » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada, op. cit.*, p. 285-286.

³⁰⁰⁰ Notamment L. FAVOREU *et al.* (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2012, coll. « Précis », p. 93 et s.

³⁰⁰¹ Art. 10 DDHC (nous soulignons). Voir, pour la substance égalitaire de l’article, notamment à travers l’adverbe « même » de la disposition, l’article G. KOUBI, « En marge d’un “conflit” : observations sur la liberté d’opinions, “mêmes” religieuses... », *art. préc.* Comme nous l’avons exposé précédemment, le Conseil consacra la liberté de conscience en tant que PFRLR en s’appuyant sur l’article 10 de la DDHC et sur l’alinéa 5 du Préambule de 1946 qui prohibe toute discrimination en raison des opinions ou des croyances (décision n° 77-87 DC, 23 nov. 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l’enseignement*, cons. 5).

1096. Nous avons d'ailleurs pu éprouver le lien intime qu'il existe entre la liberté de conscience et la non-discrimination lors de nos exposés historiques, notamment à propos de l'émancipation des protestants³⁰⁰². Il n'est alors guère étonnant que la liberté de conscience et/ou de religion fût l'une des premières historiquement consacrées en droit international³⁰⁰³, quand les premiers triomphes de la non-discrimination furent de leur côté également voués à la religion. La première passait en réalité par la seconde³⁰⁰⁴.

1097. Cette relation entre égalité et les libertés en matière religieuse paraît indéniable ; nombreux sont aujourd'hui les auteurs à caractériser la liberté de religion ou de culte par une partie égalitaire³⁰⁰⁵. Précisément, la non-discrimination s'inscrit comme une composante, comme un moyen³⁰⁰⁶, voire un corollaire³⁰⁰⁷, de la liberté de religion.

1098. Cette dernière serait finalement articulée par deux dimensions : « l'une fonde l'interdit de toute discrimination à raison de la croyance ou de la religion et consacre les libertés individuelles et personnelles telles que les libertés de pensée, d'opinion, d'expression, de croyance, de conscience, de manifestation des convictions ; l'autre suppose que les institutions publiques s'abstiennent d'interférer dans l'organisation des cérémonies, dans le fonctionnement interne des associations culturelles, sous réserve du respect de l'ordre public »³⁰⁰⁸. La non-discrimination, notamment protégée par le principe de neutralité, suggère l'abstention de l'État. Pour être primordial, ce lien n'en reste pas moins porteur d'ambiguïté au contact de l'évolution récente que connaîtrait le concept de non-discrimination et qu'observe la doctrine.

³⁰⁰² Nous avons déjà observé que les discriminations subies par les protestants ou les juifs durant le XVIII^e et le XIX^e siècle portaient une atteinte profonde à leur liberté de conscience. Les mesures étaient certes excessives, mais elles illustraient particulièrement le poids sur les consciences quand elles visaient particulièrement une communauté. Ce n'est pas pour rien que l'octroi de la liberté de conscience aux protestants durant le Moyen Âge passa par le recul des discriminations religieuses, notamment dans l'accès aux charges publiques et à certains métiers. Avant l'octroi de la liberté de culte public, la première étape dans la libéralisation du régime en matière confessionnelle se concrétisait par l'acceptation générale des protestants ou juifs dans la société commune. Ainsi, l'édit de Nantes, vu comme l'un des premiers textes accordant la liberté de conscience, apportait quasiment comme seules mesures l'intégration des protestants dans divers éléments du droit commun (voir p. 82 et s.).

³⁰⁰³ L. FERRAJOLI, « Théorie des droits fondamentaux » in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 3, 2012, coll. « Traités Dalloz », p. 222.

³⁰⁰⁴ Frédéric Edel consacre un écrit à la genèse de l'interdiction de discrimination dans le droit international et constate que, « historiquement, le droit à l'égalité de traitement et, indissociablement, le droit à la liberté de conscience et de culte ont même constitué les premiers droits individuels de l'ère moderne à accéder à la garantie du droit international ». Les premiers traités relatifs à l'égalité étaient en rapport avec la matière religieuse et l'exigence de liberté de conscience (F. EDEL, « La genèse de l'interdiction de la discrimination par le droit international : les clauses d'égalité de traitement dans les traités de protection des minorités de 1814 à 1945 » in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss. L'homme et le droit*, Paris, Pedone, 2014, p. 324).

³⁰⁰⁵ « Ce que signifie le principe constitutionnel de la liberté des cultes, à la lumière de deux siècles mouvementés d'histoire constitutionnelle, c'est d'une part le principe du pluralisme religieux et de l'égalité des cultes du point de vue de leur traitement juridique [...] » (P.-H. PRELOT, « La religion dans les constitutions françaises. De la Constitution civile du clergé à la laïcité constitutionnelle (1789-1958) » in S. AKGÖNÜL (dir.), *Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*, Strasbourg, PUS, 2008, coll. « Société, droit et religion », p. 116).

³⁰⁰⁶ M. D. EVANS, « Religious Liberty and Non-Discrimination » in T. LOENEN et P. M. RODRIGUES (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 120.

³⁰⁰⁷ E. TAWIL, « Fait religieux et services publics locaux : quelle marge de manœuvre pour les collectivités locales ? », *JCP A*, n° 44, 2006, p. 1259.

³⁰⁰⁸ L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, n° 2, 2005, p. 427.

1099. Selon Geneviève Koubi, à partir du moment où l'égalité, davantage tournée vers les inégalités sociales, tolère certaines différenciations, elle mute en non-discrimination, c'est-à-dire en principe prohibant seulement les distinctions non objectivement justifiées, mais autorisant les autres³⁰⁰⁹. À l'origine nettement distingués, les deux principes se seraient entremêlés dès l'instant où l'égalité ne se comprit plus nécessairement comme un traitement identique de tous les individus. Ce dernier, interprété comme la non-discrimination, « proscrit seulement les différences de traitement arbitraires, illégitimes »³⁰¹⁰. En raison de cette confusion, l'égalité se serait rapprochée du concret en mettant au centre de son analyse le relevé des situations différentes. Tel que nous le soutenions, cette mutation permit par la suite la recherche d'égalité réelle³⁰¹¹. D'ailleurs la dissémination du principe d'égalité dans la lutte contre la discrimination a participé de ce mouvement ; en multipliant les critères de distinction interdits, l'égalité s'est scindée et recentrée uniquement sur ces derniers³⁰¹². Ces éléments n'ont eu de cesse d'accentuer le mouvement vers une égalité plus concrète, puisque le principe induisit la possibilité de distinguer, du moment, seulement, que les critères restent légitimes. Le regard est alors davantage porté sur les faits³⁰¹³.

1100. Jimmy Charruau opère dans sa thèse le constat d'une affirmation progressive de la non-discrimination comme outil de réalisation de l'égalité³⁰¹⁴. Il fait cette observation, notamment, à travers l'évolution doctrinale qui vit justement dans la non-discrimination « un principe dynamique »³⁰¹⁵, qui « prend en compte le contexte social » et permet entre autres la possibilité « de moduler dans un sens positif l'égalité »³⁰¹⁶. Cette première vient « en aide à l'égalité » conclut l'auteur³⁰¹⁷. Pour Robin Medard Inghilterra, la non-discrimination serait « un agent mutagène placé dans une position préférentielle, au cœur du processus de réalisation de l'égalité, accélérant à certains égards sa concrétisation »³⁰¹⁸. En outre, la non-discrimination renfermerait en elle-même les prémices et objectifs d'une approche matérielle et réelle de l'égalité³⁰¹⁹. Plus encore, cette vision élargie de la non-discrimination permet même d'inclure « une théorie des obligations positives à la charge des pouvoirs publics »³⁰²⁰. Ces considérations

³⁰⁰⁹ G. Koubi, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité et Inégalités*, Paris, Odile Jacob, 2003, coll. « Université de tous les savoirs », p. 119.

³⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 121-122.

³⁰¹¹ F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301.

³⁰¹² E. KOLO FAVOREU, *La nation à l'épreuve de la diversité ethnoculturelle. Étude comparative France/États-Unis*, Thèse de doctorat en droit public, Aix-Marseille, Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, 2012, p. 393.

³⁰¹³ J. PORTA, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1) », *RDT*, 2011, p. 290.

³⁰¹⁴ Voir notamment *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Anger, Université d'Angers, 2017, p. 191 et s.

³⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 193.

³⁰¹⁶ *Ibid.*

³⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 205.

³⁰¹⁸ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 258.

³⁰¹⁹ X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *art. préc.*

³⁰²⁰ G. CALVES, « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » in É. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 22.

se multipliaient avec l'apparition – probablement non indépendante de ce mouvement général de la notion – de la discrimination indirecte. En effet, lorsque cette dernière est invocable, la différence de traitement peut être exigée en présence d'une norme à première vue neutre et générale. Or, la porosité entre les approches directe et indirecte de la discrimination³⁰²¹ conforte le rapprochement de la non-discrimination vers les faits, vers une conception plus réaliste de l'égalité. Enfin, offrant l'opportunité d'aller plus loin qu'avant, la non-discrimination surmonterait « les faiblesses de l'État-providence [...] en objectivant les inégalités, affiliées à la notion de vulnérabilité et finalement de minorité »³⁰²². Elle fait ainsi le lien avec une attention davantage rapportée aux différences communautaires et identitaires qu'économiques et sociales.

1101. Partant du principe que la non-discrimination et la liberté de religion sont donc, depuis longtemps, profondément liées, il était évident que cette évolution de la non-discrimination, concomitante à celle de l'égalité, vers une approche plus matérielle allait influencer sur la conception de la liberté de religion. Pour preuve, l'inclusion de la non-discrimination indirecte dans l'approche de la liberté de religion apparaît de plus en plus fréquemment et logique. Dès lors, le droit à la différence sous-jacent à la liberté de religion se trouve notamment mu par la lutte contre les discriminations indirectes. Cela la conduisit à exiger, non plus de laisser une sphère privée de liberté et d'indifférence aux croyants, mais, d'un côté d'étendre cet espace de liberté au sein de la sphère publique³⁰²³ – par l'acceptation des différences religieuses –, de l'autre, concomitamment, d'étendre l'intervention de l'État au sein de la sphère privée afin d'assurer une protection dorénavant active de la liberté de religion. C'est pourquoi les politiques multiculturelles « doivent aussi garantir la liberté religieuse en étant attentives, au-delà des discriminations explicites, aux exclusions indirectes [...] »³⁰²⁴.

1102. Suivant l'évolution constatée, la non-discrimination indirecte devient, en définitive, un principe pivot de la différenciation religieuse, surtout en étant reliée à la liberté de religion. Il n'est pas étonnant de le voir de plus en plus fréquemment invoqué en la matière, y compris devant les prétoires³⁰²⁵, pour affirmer la liberté de religion des plaignants. La prise en compte de telles discriminations induit forcément la reconnaissance d'un particularisme et la religion stimule des revendications allant dans le sens de ces deux. En substance, il semble que le particularisme religieux trouve deux voies possibles d'immixtion dans le droit, toutes deux interconnectées : liberté de religion et égalité. Quelle est la véritable place de chacun dans ce débat ?

³⁰²¹ Voir R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 210 et s.

³⁰²² X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 55.

³⁰²³ C'est-à-dire au sein de l'État, des relations avec celui-ci, de la formation du droit, voire de la sphère politique. En outre, toute la sphère où la différence religieuse est habituellement ignorée.

³⁰²⁴ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2010, p. 139.

³⁰²⁵ D. ANDOLFATTO et al. (dir.), *Rapport de recherche : Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Université de Bourgogne, CREDESPO, 2016, p. 140. Voir également le prochain chapitre.

PARAGRAPHE 3. Essai de systématisation : la constatation finale d'une liberté en faveur de la différenciation religieuse

1103. D'un côté la liberté de religion semble impliquer une prise en compte des différences. De l'autre, l'égalité connaît une évolution en faveur des particularismes qui s'immisce dans la liberté de religion, car les deux principes sont fondamentalement liés. Malgré nos exposés, le lien entre les deux principes rend toutes les hypothèses confuses. L'ambiguïté demeure alors : lequel des deux principes, de liberté de religion ou d'égalité, a poussé à l'extension du régime des cultes ? Plus encore, lequel pousse *ab initio* à la différenciation ? Particulièrement complexe, et bien que peu abordé en France, ce questionnement mobilise considérablement la doctrine anglo-saxonne³⁰²⁶, et, plus spécifiquement encore les auteurs constitutionnalistes américains³⁰²⁷. La réponse exige avant tout l'étude de tous les paramètres du rapport entre égalité et liberté s'agissant du domaine cultuel (A). Pour autant, la distinction entre une approche formelle et abstraite, d'un côté, réelle et concrète, de l'autre, tant pour l'égalité que la liberté, permet de très vite réaliser que la liaison des deux rend particulièrement complexe toute tentative de distinction dans un contexte actuel propice aux différences (B). Nous nous évertuerons malgré tout d'en extraire une piste de clarification (C).

A) Un rapport égalité-liberté aux multiples paramètres

1104. Initialement, le rapport entre égalité et liberté dans le domaine religieux se conçoit à travers l'approche formelle de ces deux, qu'il est nécessaire de bien appréhender (1). S'il s'agit du postulat de la relation le plus classique, un regard porté sur la réalité des faits et de l'application concrète des droits complexifie tout de suite le rapport (2). Il inclut alors la différence en son centre (3).

1) Le rapport simple et initial de la liberté de religion avec l'égalité formelle

1105. En théorie, égalité et liberté sont distinguées par les rapports observés entre acteurs. L'on distingue alors ceux s'exprimant sur un axe vertical et ceux s'exprimant sur un axe horizontal. Selon cette approche, la liberté de religion met l'accent sur des rapports verticaux en protégeant l'indépendance éthique de chaque personne dans les échanges, tant avec l'État qu'avec les autres individus³⁰²⁸. L'injustice subie par la personne dont la liberté de religion est

³⁰²⁶ Ce débat est relativement actif dans la doctrine anglo-saxonne. Pour une synthèse des approches, voir I. TRISPIOTIS, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *Modern Law Review*, vol. 82, n° 5, p. 864-896.

³⁰²⁷ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009.

³⁰²⁸ I. TRISPIOTIS, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *art. préc.*

atteinte est ainsi appréciée de manière « solipsiste »³⁰²⁹ et « non-comparative » : une interférence disproportionnée avec la pratique ou croyance de l'individu viole sa liberté, qu'importe qu'un autre ait subi le même traitement ou pas³⁰³⁰. La non-discrimination, de son côté, s'intéresse aux rapports horizontaux en s'attardant sur l'analyse comparative entre les différents traitements apportés aux individus.

1106. Le rapport en apparence le plus simple est celui comprenant l'égalité civile, ou la non-discrimination dans le droit commun : il s'agit des situations, décrites ci-dessus, dans lesquelles un individu se voit refuser une norme applicable à tous en raison de sa religion. Prenons l'exemple d'une personne exclue d'un concours de la fonction publique en raison de sa religion. De prime abord, nous serions tentés de dire qu'il y a discrimination directe, mais pas atteinte à la liberté de religion. Or, la proposition semble fragile au vu d'arguments déjà avancés. L'atteinte discriminatoire est ici telle que l'individu ressent sur sa conscience un fardeau supplémentaire qui porte atteinte à la composante convictionnelle de la liberté de religion³⁰³¹. Il s'agit ici des origines de la liberté de conscience. Cette interprétation est historique, mais elle ne se départit pas de la complexité tenant à la garantie de ce qui relève du for intérieur. L'on préférera donc de nos jours une appréciation plus objective qu'offre en ce cas l'égalité, tel que l'illustre notre exemple.

1107. L'étude se complexifie ensuite étant donné que l'égalité n'est pas qu'impliquée dans les rapports purement séculiers, mais s'affirme aussi bien au sein du régime des cultes. Dans ce cadre d'analyse, comme l'explique Malcolm D. Evans, si un chrétien est autorisé à construire un édifice cultuel, mais non un musulman, il y a une discrimination éclatante. En revanche, si toutes les religions se trouvent interdites d'une telle construction il n'y a pas discrimination, mais une atteinte à leur liberté de religion³⁰³². Autrement dit, l'égalité seule pourrait vouloir signifier l'égale suppression de toutes les religions³⁰³³.

1108. Pour la première situation, l'Église catholique voit sa liberté de religion mieux garantie, mais nous rajouterions qu'il y a une atteinte, en sus, à la liberté de religion du musulman. Cette affirmation implique une distinction nécessaire entre les situations où l'on octroie un avantage et celles où l'on restreint l'exercice du culte. Par exemple, accorder un avantage à une seule religion, tel qu'un financement public, au titre de sa la liberté de religion, tout en laissant une liberté à tous de construction d'édifices cultuels, entre en contradiction avec

³⁰²⁹ Terme employé par Frédéric Edelman, qui différencie l'approche de la non-discrimination de celle de la liberté en qualifiant cette dernière de solipsiste, abordant une situation en elle-même, de manière isolée, et cette première de relative ou sociale à travers la comparaison avec d'autres situations individuelles (F. EDELMAN, « Quel apport du droit à la non-discrimination au régime français de laïcité dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation ? » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, op. cit., p. 61.

³⁰³⁰ *Ibid.*

³⁰³¹ T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « Religion in human rights law: A normative restatement », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, n° 1, 2020, p. 111-129.

³⁰³² M. D. EVANS, « Religious Liberty and Non-Discrimination » in T. LOENEN et P. M. RODRIGUES (dir.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 120.

³⁰³³ T. C. BERG, « Religious Freedom and Nondiscrimination », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 50, n° 1, p. 181-210.

l'égalité, mais non avec la liberté de religion des cultes extérieurs à la mesure avantageuse. En outre, ces derniers ne sont pas financés par les autorités publiques, mais ne sont pas restreints dans l'exercice de leur culte ; un autre culte est en revanche aidé pour celui-ci. En l'espèce, il n'y a pas d'atteinte à la liberté de religion puisqu'il n'y a pas de restriction, mais un privilège accordé à un culte³⁰³⁴. Seule la non-discrimination se trouve alors bafouée.

1109. *A contrario*, nous pouvons imaginer des mesures restrictives, par exemple une interdiction de construire des édifices religieux : elles entreraient systématiquement en contradiction avec la liberté de religion, mais attenteraient à l'égalité uniquement dans les cas où la restriction ne viserait pas toutes les religions pareillement. Cependant, même cette interprétation s'avère délicate. Il n'est pas si aisé de caractériser un avantage et une restriction *in abstracto* en matière religieuse. Après tout, un avantage accordé à une religion, puis étendu à tous les cultes, peut apparaître comme une restriction lors de sa suppression. La défense d'une garantie effective de la liberté de culte brouille encore plus la délimitation. Dans cette situation, le regard doit justement être porté sur la liberté de culte comme droit-liberté. Seule est prise en considération la possibilité pour toute religion de répondre à ses besoins spécifiques dans la sphère privée. Cela peut être la réunion ou la construction d'un édifice cultuel, par exemple. En conséquence, priver les religions de ces droits bafoue leur liberté de religion. En revanche, ne pas octroyer de statut d'association cultuel ou supprimer ce statut ne contrevient théoriquement pas à la liberté de culte – si tant est que les religieux aient encore la possibilité de s'associer sous le droit commun –, mais peut porter atteinte au principe d'égalité dans l'hypothèse où toutes les religions ne sont pas identiquement concernées par la mesure.

1110. La question des « besoins spécifiques » à toute religion reste cependant en suspens. Affirmer que chaque religion a besoin de construire des édifices cultuels semble difficilement réfutable, mais la matière religieuse enseigne bien à quel point la spécificité vient fréquemment bousculer la recherche d'un commun.

1111. Il est intéressant de constater que si toute violation d'une liberté fondamentale n'est pas constitutive d'une discrimination et, à l'inverse, qu'une discrimination ne porte pas nécessairement atteinte à une liberté fondamentale, le cas de la religion est probablement l'un des seuls à autant s'imposer dans les deux domaines. Celle-ci fait tant l'objet d'une protection au nom de la liberté de religion que de la non-discrimination. Le lien entre les deux est, par ailleurs, constitutif de cette première, dans la mesure où la liberté de conscience ou de conviction exige en tout premier point qu'un individu ne soit pas discriminé en raison de sa croyance. Ajoutée aux présents propos, cette dernière remarque constitue le postulat initial et formel des rapports entre égalité et liberté de religion. Dès lors que nous observons la réalité des faits et d'application, tout de suite, les paramètres changent.

³⁰³⁴ C'est ce que Tarunabh Khaitan et Jane Calderwood Norton appellent l'avantage à somme non-nulle (« Religion in human rights law: A normative restatement », *art. préc.*).

2) L'observation des faits ou le potentiel d'une liberté de religion illimitée

1112. En reprenant l'exemple cité plus haut à propos d'une construction pour un chrétien et un musulman, les termes se posent différemment si nous observons, non plus seulement le droit, mais les faits. Reprenons : du moment que les deux individus peuvent construire un édifice cultuel, leur liberté de religion est garantie et le principe de non-discrimination respecté. Cependant, si ce dernier s'oriente vers les faits il en vient à modifier l'appréciation de la situation. Ainsi, l'égalité réelle implique d'apprécier si, dans les faits, le musulman jouit matériellement de la même liberté de religion. Autrement dit, l'importance réside dans l'exercice réel du droit de construction d'un édifice par rapport au chrétien. Cela dit, la priorité donnée aux faits n'est pas exclusive à l'égalité.

1113. Du point de vue de la liberté de religion, un regard porté sur les faits peut également permettre de constater une restriction indirecte à son exercice. En outre, « rien n'oblige à analyser comme une “inégalité de fait”, ou une “discrimination indirecte”, les effets défavorables d'une mesure générale : il est tout à fait possible de les appréhender comme une atteinte directe à la liberté de religion, et de mettre en œuvre le classique contrôle de proportionnalité applicable aux mesures qui blessent une liberté »³⁰³⁵. Par exemple, dans l'hypothèse où les financements publics furent autorisés, imaginons une nouvelle règle les prohibant à présent. Dans cette situation, supposons qu'une religion soit, dans les faits, entièrement financée par l'autorité publique, historiquement propriétaire des édifices cultuels, et l'autre seulement par les fonds privés. La règle, ne discriminant pas *de jure*, restreindrait la liberté de religion d'un seul et pas de l'autre. C'est la mise en lumière d'une situation de fait qui permet d'établir qu'une religion voit sa liberté de religion atteinte, mais cela, par rapport à une autre religion. Ainsi, il paraît difficile d'imaginer l'appréciation de la restriction de la liberté de religion sans inclure un raisonnement comparatif dans l'examen de proportionnalité de la mesure. Une telle interprétation rejoint substantiellement celle d'une garantie effective de la liberté de religion, dans la mesure où l'approche formelle, étudiée plus haut, ne peut que renvoyer au droit-liberté. Ici, la comparaison dans les faits ouvre la voie aux besoins propres à chaque culte pour permettre l'exercice de leur culte.

1114. La liberté de religion suggère une interrogation en lien avec ces développements : qu'en serait-il, imaginons, si la norme générale, tout en évitant de directement viser les cultes dans l'interdiction, introduisait une réglementation qui *de facto* empêcherait la majorité des religions de construire des édifices cultuels ? Sont en jeu les besoins généraux de la plupart des religions mais la norme pose une restriction globale, dépourvue de caractère religieux. Pourtant, certains cultes se trouvent factuellement privés de leur liberté de religion. Cet exemple met en lumière le fait que la liberté de religion ne s'arrête pas à la contestation des règles restreignant expressément l'exercice du culte ; elle porte en elle les germes d'un regard obligatoire sur les effets indirects de la règle. Dès lors, nous pouvons postuler qu'à première vue c'est la liberté

³⁰³⁵ G. CALVES, « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » in É. LAMBERT ABDELGAUD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, op. cit., p. 23.

de religion de plusieurs cultes qui est bafouée, en ce sens qu'un élément essentiel à l'exercice du culte de la grande majorité des religions est entaché. Demeure toutefois l'interrogation abordée plus haut : comment caractériser ces éléments hypothétiquement « universels » aux religions ? En ces termes, la liberté de religion s'accommode particulièrement d'une égalité plus réelle dans la mesure où les deux portent un regard sur les effets d'une norme même générale à l'égard d'un croyant. Pourtant, il n'est pas même question ici de différencialisme, mais seulement du potentiel « contestatoire » de la liberté de religion à l'égard d'une règle générale. Cette interprétation conduit à une prise en compte accrue de la réalité religieuse qui, en vérité, est marquée d'une recherche constante de la différenciation.

3) Un potentiel irrémédiablement étendu à l'inclusion des différences religieuses

1115. L'appréciation fait preuve de davantage de complexité à la vue d'une liberté de religion toujours plus différenciatrice, dont le respect s'oppose au maintien de la norme générale que l'égalité formelle impose³⁰³⁶. À l'évidence, l'application de règles uniforme à un objet profondément divers devait rapidement montrer ses limites. En effet, si l'égalité étend le régime formel de liberté au bénéfice de plus de cultes, cette dernière postule davantage, et au-delà du modèle universaliste, puisqu'elle exige la reconnaissance des particularismes. Le fait religieux est intrinsèquement différencialiste, pluriel, communautaire. Il pousse à ce titre à dépasser un modèle uniforme que prône l'égalité universaliste ; que serait la liberté de religion « si l'on venait à considérer qu'elle n'inclut ni ne suppose de protection contre le fait d'être amené à méconnaître une règle religieuse »³⁰³⁷ ? Pour aller plus loin, un lien est directement faisable entre la différence de traitement des cultes et leur liberté : « en vertu du principe de la liberté des cultes, la reconnaissance juridique de la différence entre les cultes paraît logique : toutes les religions ne reposent pas sur les mêmes dogmes, elles ne font pas référence aux mêmes morales, elles n'ont pas les mêmes fonctions »³⁰³⁸. Autrement dit, la liberté de religion exigerait par elle-même la non-discrimination indirecte, donc des accommodements raisonnables.

1116. Au demeurant, ces observations mettent en lumière l'indétermination de la liberté de religion évoquée plus haut. D'un point de vue égalitaire, la règle générale, du moment qu'elle ne vise pas directement une personne à raison de sa religion, n'est pas discriminatoire en soi. Nous distinguons clairement cette approche de celle indirecte consistant à observer les restrictions qu'une norme neutre peut apporter à un individu religieux. En revanche, comme cela a été dit, s'agissant de la liberté de religion la délimitation n'est pas si claire. Celle-ci ne connaît pas un tel *distinguo*.

³⁰³⁶ « S'abriter derrière l'égalité de traitement pour assujettir chacun, en toute circonstance, à une même norme peut conduire, dans certains cas, à méconnaître ces libertés » (R. ERRERA, « Liberté religieuse et laïcité », *Études*, t. 403, 2005/11, p. 475-486).

³⁰³⁷ C'est la question soulevée par Stéphanie Henneville-Vauchez qui, en suivant expose le débat des aménagements propres à la liberté de religion et les problèmes qu'ils posent. Elle rejoint alors indirectement nos propos (« Nous sommes Achbita », *RTD eur.*, 2019, p. 105).

³⁰³⁸ G. KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux », *art. préc.*

1117. Quand s'arrête la liberté par rapport aux différences religieuses et en dehors des problématiques d'ordre public ? Il n'existe pas de frontière claire à l'égard du différencialisme en son sein, puisque, d'une part son objet (le religieux) est par essence particulariste et, d'autre part, la restriction s'apprécie par rapport aux effets de la règle. Ainsi, l'atteinte excessive à la liberté de religion peut toujours renvoyer à l'atteinte à un particularisme que la norme universelle contredirait factuellement. C'est en cela que la question diffère des cas précédents : il ne s'agit pas d'une règle ayant un impact sur la réglementation des cultes, donc sur l'exercice potentiel du culte en général (comme le financement ou la mise à disposition d'un statut d'association cultuelle), mais d'une règle pratique spécifique d'une religion qui se trouve restreinte, contrainte, par une règle applicable à tous.

1118. Comme le sous-entend Ilias Trispiotis, dans sa distinction entre non-discrimination et liberté de religion, lorsqu'il aborde cette dernière et son approche verticale : « cette approche verticale est cruciale pour illustrer en quoi les conceptions de l'égalité ou d'équité, qui traitent toutes les croyances comme identiquement sans conséquences ou sans importances, sont invraisemblables »³⁰³⁹. Il est nécessaire de comprendre que la liberté de religion ne permet pas une égale ignorance. Elle ne peut réellement s'exprimer que dans une « égale reconnaissance » juridique. La liberté de religion peut toujours davantage pousser à des contestations des règles étatiques. Les rapports verticaux sont *a priori* illimités du point de vue des demandes religieuses particularistes.

1119. Suivant ce raisonnement, cette extension véhiculée par la liberté de religion semble contraire à l'égalité formelle. Michel Fromont décèle cette opposition patente en expliquant que la liberté de religion met l'accent sur l'autonomie, mais que, poussée à l'extrême, elle peut aller « jusqu'à reconnaître aux individus le droit d'agir plus selon leurs croyances que dans le respect des valeurs communes à la société dans laquelle ils vivent »³⁰⁴⁰. D'un autre côté, il souligne que l'égalité, quant à elle, poussée également à son paroxysme, peut impliquer une ignorance excessive du religieux. En d'autres termes, la liberté de religion véhicule du différencialisme contraire à l'égalité formelle qui, de son côté, peut contredire la garantie effective de cette première.

1120. Dès lors, si l'égalité formelle semble s'opposer à la différence religieuse, elle trouve un arrangement avec la liberté de religion au travers de la généralité de la norme, puisqu'il n'est objectivement pas possible que la religion soit absolument en dehors du droit. Cette impossibilité résulte d'une exigence qui fonde le problème central de cette liberté de religion : la nécessité d'une réglementation, voire d'une garantie juridique effective. C'est aussi en ces termes qu'elle porte en elle les germes de la différenciation, car elle permet l'expression

³⁰³⁹ I. TRISPIOTIS, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *art. préc.* (nous traduisons : « [t]his vertical emphasis is crucial to illustrate why conceptions of equality or fairness that treat everyone's beliefs as equally inconsequential or as matter of no concern are implausible »).

³⁰⁴⁰ M. FROMONT, « Conclusion générale. Les discriminations religieuses et les moyens de lutte contre celles-ci » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 281.

de la différence quand l'égalité universaliste a pour fondement l'unité. L'une recherche l'unité quand l'autre, par son objet et son principe, pousse à la particularisation.

1121. L'égalité se réconcilie toutefois avec la liberté de religion dès lors qu'elle s'habille d'une conception réaliste et matérielle. En effet, la non-discrimination indirecte rejoint les contestations issues de la liberté de religion. En réalité, « les normes qui restreignent la liberté de religion affectent presque toujours certaines personnes, convictions ou croyances plus que d'autres, si bien qu'elles peuvent être considérées discriminatoires »³⁰⁴¹. Cela est d'autant plus avéré que, souvent, « l'autorité publique sanctionne, pour des raisons laïques, des règles qui correspondent aux pratiques des religions traditionnelles »³⁰⁴². Ainsi, une croyante musulmane peut se sentir indéniablement restreinte dans sa liberté quand une norme d'application générale interdit la dissimulation du visage. Dans un tel cas, l'individu considère sa liberté de religion comme lésée, souvent en rapport avec la majorité. Le droit commun est susceptible de représenter une restriction à la liberté de religion. Pour cet exemple, que la règle soit proportionnée ou non, le moyen appuyé sur l'atteinte à la liberté de religion est recevable du point de vue de la croyante musulmane. D'un autre côté, celui reposant sur l'existence d'une discrimination indirecte peut l'être tout autant. Chacun est alors en mesure de trouver dans le respect de sa tradition religieuse une exigence de la liberté de religion, et plus encore de l'égalité lorsqu'une perspective majorité-minorité est induite.

1122. En tout état de cause, égalité et liberté de religion s'entremêlent pour former un couple particulariste. D'ailleurs, Elsa Forey semble discerner le mélange entre les deux qui pousserait à la différenciation : « le droit permettant à tous d'exercer librement son culte reconnaît à chacun un droit à la différence individuel »³⁰⁴³. Anciennement, le droit d'exercer librement son culte était conçu abstraitement, à travers une vision générale du culte. Aujourd'hui, il s'agit du culte de chacun, et non d'une notion générale du culte. Cette égalité de libre exercice de chacun passe inévitablement par le respect du culte spécifique à chacun. C'est aussi en ce sens que la permission accordée « à tous » d'exercer librement son culte implique un droit à la différence, car il s'agit d'une égalité relative, en fonction des traditions religieuses propres à chaque communauté. L'opacité de la distinction entre égalité et liberté de religion n'en ressort qu'accrue.

³⁰⁴¹ J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de McGill*, n° 43, 1998, p. 325.

³⁰⁴² *Ibid.*

³⁰⁴³ E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 64.

B) La complexité d'une distinction égalité-liberté au regard des demandes différencialistes

1123. Certains auteurs ont tenté de différencier non-discrimination et liberté de religion dans un objectif de clarification (1), mais la proximité des deux principes au regard du différencialisme est, en vérité, profondément marquée (2).

1) Des propositions doctrinales de distinctions des principes

1124. Des auteurs tentent de distinguer l'égalité de la liberté. Ilias Trispiotis, à titre d'exemple, explique que la non-discrimination sert indéniablement la liberté de religion en s'attaquant aux désavantages que subissent certains groupes, considérant qu'ils portent atteinte à l'habilité offerte aux individus de suivre leurs croyances³⁰⁴⁴. La garantie de l'indépendance éthique, qu'Ilias Trispiotis emprunte à Ronald Dworkin et met au cœur de la distinction entre les deux principes, est garantie par la recherche de conditions de fond équitables ; elle s'attaque aux désavantages que subissent des groupes dans la poursuite de leurs obligations religieuses³⁰⁴⁵. La non-discrimination vise donc les groupes pour mieux rendre libres les individus. Autrement dit, si l'État ne peut assurer la liberté de religion à tous, il a la responsabilité de rendre aussi juste que possible le cadre permettant la poursuite de cette liberté. C'est le rôle de la non-discrimination, plus précisément, *indirecte*, comme le soutient Ronan McCrea, qui rejoint la distinction tenue précédemment³⁰⁴⁶. L'auteur postule que tout choix individuel peut entrer en contradiction avec une norme spécifique. C'est alors seulement lorsque la contrainte est partagée par un groupe ou une minorité qu'il est audible au titre de la non-discrimination indirecte.

1125. En somme, la non-discrimination porterait en elle une visée globale qui chercherait à endiguer les désavantages généralement subis par des groupes d'individus en raison d'une caractéristique³⁰⁴⁷. Il est vrai que l'égalité agit dans une certaine mesure en élargissant le scope d'observation des restrictions au regard des pratiques religieuses existantes lors de l'établissement d'une norme. La liberté de religion des groupes majoritaires peut être plus aisément prise en considération lors de la production d'une règle. En effet, ces groupes, plus connus des pouvoirs publics, verront généralement leurs traditions indirectement prises en compte durant la rédaction de la norme et subiront de moindres restrictions. « En revanche, des groupes confessionnels peu nombreux, mal connus, auront beaucoup plus de peine [...], à obtenir que les spécificités de leur pratique religieuse soient prises en considération dans le

³⁰⁴⁴ I. TRISPIOTIS, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *art. préc.*

³⁰⁴⁵ *Ibid.*

³⁰⁴⁶ Il s'agit en vérité davantage d'une distinction dégagée des directives et jurisprudences européennes, mais nous y reviendrons plus avant (R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet?... », *art. préc.*).

³⁰⁴⁷ T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17, n° 4, p. 1125-1145.

processus législatif [...] »³⁰⁴⁸. Les considérations égalitaires endigueraient ce phénomène en privilégiant une vision comparative des groupes en présence. En outre, que la discrimination soit directe ou indirecte, le changement réside uniquement dans le moyen d'intervention et l'orientation du regard porté sur la discrimination – sur la norme ou ses effets. L'objectif, quant à lui, reste le même et la cible demeure le groupe. Cet objectif se distinguerait alors de celui de la liberté de religion³⁰⁴⁹.

1126. Tarunabh Khaitan et Jane Calderwood Norton ont, à leur tour, tenté de systématiser la distinction entre la non-discrimination et la liberté³⁰⁵⁰. Pour résumer leur approche, ils ont établi un tableau.

Figure 2 : T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « Religion in human rights law: A normative restatement », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, n° 1, 2020, p. 111-129

Table 2.

			Intentional	Unintentional
1. Affecting adherence	1.1 Non-zero-sum benefiting	1.1.1 State	A1 (DD)	A3 (ID?)
		1.1.2 Private	A2 (DD)	A4 (ID?)
	1.2 Burdening or zero-sum-benefiting	1.2.1 State	B1 (DD; RF)	B3 (ID? RF)
		1.2.2 Private	B2 (DD)	B4 (ID?)
2. Affecting group membership		2.1 State	C1 (DD; RF?)	C3 (ID)
		2.2 Private	C2 (DD)	C4 (ID)

A1 See, e.g., *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, Eur. Ct. H.R. 2412 (2011), 54 Eur. H.R. Rep. 3 (2012) (cross in public school classroom) and establishment cases from the United States such as *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005) (public display of Ten Commandments). Here the state provides a non-zero-sum benefit to one religion/group but not to others.

A2 Provision of an Anglican chapel at a private workplace would be an example of a non-zero-sum benefit to the adherence of one religion.

A3 An example of unintentionally benefiting adherence to a particular religion in a non-zero-sum manner would be a preference in public employment for candidates who know more than one language, assuming that this is likely to disproportionately benefit Orthodox Jews and Muslims who know Hebrew or Arabic for religious reasons.

A4 A university that has a flexible holiday policy for academic staff would disproportionately benefit adherence to those religions that require a religious pilgrimage on specific dates. Such a policy, however, would almost certainly satisfy any proportionality-based justification threshold in indirect discrimination law.

B1 Examples would include state prohibition of the Muslim headscarf or kosher slaughter (shechita).

B2 E.g. a private employer banning its employees from wearing the Muslim headscarf.

B3 For examples of unintentional burdening of religious adherence, see *Employment Div., Dep't of Human Res. of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) (a prohibition on the consumption of peyote); *R (Ghai) v. Newcastle City Council* [2011] Q.B. 591 (a prohibition on the outdoor cremation of a dead body); *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567 (Canada) (a requirement that driver licenses include a photo).

B4 Examples of B4 include a private employer's workplace dress code that prohibits wearing of all head coverings or jewelry.

C1 E.g. a state that has different classes of citizenship or imposes differential levels of taxes depending on religion.

C2 An example here might be an employer who refuses to interview an applicant because he or she has a Jewish surname.

C3 See, e.g., *Naeem v. Secretary of State for Justice* [2017] U.K.S.C. 27, where it was found that Muslim chaplains were at a disadvantage in the pay scale because of their shorter lengths of service (the Prison Service having not employed Muslim chaplains on a salaried basis until 2002).

C4 E.g. a requirement that a high school diploma is needed for higher-paid positions, which then results in members of certain religious groups being disqualified at a substantially higher rate than members of other groups (a "religious" *Griggs* case: *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)).

³⁰⁴⁸ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009.

³⁰⁴⁹ « [I]t is not the *purpose* of discrimination law to secure religious freedom, nor is it the *purpose* of the right to religious freedom to reduce religious group disadvantage » (T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions », *art. préc.*).

³⁰⁵⁰ T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « Religion in human rights law: A normative restatement », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, n° 1, 2020, p. 111-129.

1127. Dans la première colonne, ils distinguent des normes qui seraient susceptibles d'affecter, d'un côté l'adhésion ou la non-adhésion à une religion, et de l'autre l'appartenance à un groupe. Au sein de la ligne des effets sur l'adhésion à une religion, les auteurs discernent, ceux qui auraient, ou pas, un bénéfice à somme non nulle pour les individus. Par ces termes, ils entendent les règles qui favorisent l'adhésion à une religion, mais qui, dans un même temps, ne portent pas atteinte à l'éventuelle adhésion d'un individu à d'autres religions ou à aucune religion. Khaitan et Calderwood Norton citent comme exemple le financement spécifique octroyé à des musulmans pour pouvoir accomplir le pèlerinage à la Mecque. De telles mesures, directes ou indirectes, ne contreviennent pas à la liberté de religion d'autres individus³⁰⁵¹ ; elles ne portent pas atteinte à la liberté de religion. En revanche, elles impliquent des discriminations, dans la mesure où elles entraînent un raisonnement comparatif mettant en lumière l'avantage de l'un et le désavantage d'un autre. Ils opposent ces mesures à d'autres qui, quant à elles, contraignent et ont un bénéfice à somme nulle. Les auteurs distinguent selon que la mesure s'impose dans un rapport entre l'État et l'individu ou entre ces derniers. Enfin, ils distinguent l'aspect intentionnel et non intentionnel de la mesure. Ce tableau permet d'observer avec pertinence les cas où la liberté de religion est en jeu et où la non-discrimination, directe comme indirecte (intentionnel ou non intentionnel), avec des exemples à l'appui (en-dessous du tableau).

1128. Les auteurs apportent d'ailleurs une réponse à une interrogation inhérente aux problématiques religieuses actuelles : de plus en plus, la distinction entre approche horizontale et celle verticale est mise à mal par l'extension de la liberté de religion dans les rapports privés, en invitant les individus, par exemple un employeur, à accommoder la réglementation prévue en permettant à des employées de porter le voile au sein d'une entreprise. Cette extension est indéniablement confortée par les approches réelles et matérielles de l'égalité et de la non-discrimination indirecte³⁰⁵².

1129. Les commentateurs postulent que, dans les relations privées, la liberté de religion doit se limiter à une *liberty* et non un *claim*³⁰⁵³. Les auteurs expliquent qu'un individu a la liberté (*liberty*) de ϕ , qui n'est pas identique à la revendication (*claim*) qu'on le laisse ϕ ou qu'on lui facilite la possibilité de ϕ . Selon eux, dans les rapports privés, la liberté de religion doit seulement être considérée en tant que *liberty* et non en tant que *claim*. Dans ce cadre, d'autres individus peuvent contester le droit religieux, car, eux-mêmes, peuvent prôner leur liberté de religion. Pour Khaitan et Calderwood Norton, il y a toujours un individu Y qui peut s'opposer à la liberté de religion de X en justifiant du fait qu'il (Y) n'est pas un sujet des normes religieuses de X. Suivant ce raisonnement, tel pourrait être le cas d'une employée musulmane

³⁰⁵¹ Par exemple, ça ne contraint la capacité d'un croyant hindou à adhérer à sa religion.

³⁰⁵² J.-M. WOEHLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 68.

³⁰⁵³ Ces notions se rapprochent de l'idée de droit-liberté et de droit-créance, ou à revendiquer (T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « Religion in human rights law: A normative restatement », *art. préc.*).

travaillant à l'accueil des clients et souhaitant dissimuler son visage quand son employeur le lui interdit. Pour les auteurs, si ϕ a un caractère religieux prôné par X, alors ne pas ϕ doit aussi avoir un caractère religieux permettant à Y de contester ϕ . Seul l'État ne peut pas avoir de liberté de religion selon cette théorie. Il ne peut donc exister d'atteinte à la liberté de religion dans les relations privées puisqu'elles s'annuleraient immédiatement. C'est en suivant cette conception qu'au sein de leur tableau, les auteurs établissent qu'une règle intentionnelle, dans le cadre privé, dont l'avantage est à somme nulle, tout en étant discriminatoire, n'est pas contraire à la liberté de religion. En exemple est citée la situation d'une personne exclue de son travail pour avoir porté un voile islamique³⁰⁵⁴. Cela permet de distinguer quand un principe peut jouer et pas l'autre.

1130. Toutefois, comme pour l'exemple que nous trouvons plus haut, il semble difficile de suivre la théorie des auteurs sur cet aspect : peut-on véritablement affirmer qu'ici la liberté de religion de la personne congédiée n'est pas atteinte ? C'est un parti pris qui nous semble difficile à admettre. D'ailleurs, sur d'autres aspects, les auteurs concèdent eux-mêmes qu'il existe certaines contestations, ne serait-ce que dans le fait qu'octroyer une subvention pour le pèlerinage à la Mecque peut inciter à adhérer à cette religion bénéficiant d'un avantage pour la pratique de son culte. Les auteurs y répondent en soulignant seulement le caractère subjectif et indirect de l'interférence. Néanmoins, qualifier une atteinte à la liberté de religion dans de telles situations rend la distinction avec la non-discrimination encore plus ténue. Suivant le tableau des auteurs, il y aura atteinte des deux principes dans quasiment l'intégralité des mêmes cas. Cela n'est point étonnant : non-discrimination indirecte et liberté de religion peuvent avoir chacun des raisonnements proches, voire corollaires.

2) Une liberté de religion et une non-discrimination indirecte concrètement assimilables sur plusieurs plans

1131. Prenons l'exemple de la loi de 2010 sur l'interdiction de dissimulation intégrale du visage dans l'espace public. D'aucuns pointèrent du doigt le texte pour la discrimination indirecte qu'il a engendrée à l'encontre des musulmans³⁰⁵⁵. Le Conseil constitutionnel valida la loi et émit comme seule réserve l'exclusion de l'application de la loi dans les lieux de cultes au titre, uniquement, de la liberté de culte³⁰⁵⁶. Nulle mention n'est faite du principe d'égalité.

1132. Une première remarque s'impose. Le fait que le juge constitutionnel considère une atteinte possible à l'exercice du culte en l'état d'une telle interdiction au sein des lieux de cultes prouve qu'il a tenu compte de l'effet concret que la norme pouvait avoir à l'égard d'une pratique religieuse spécifique. Autrement dit, est prise en considération une tradition religieuse, donc la

³⁰⁵⁴ Voir B2 dans la figure 2.

³⁰⁵⁵ Il s'agit de l'un des arguments principaux de contestation de la loi de 2010.

³⁰⁵⁶ Considérant 5 de la Décision n° 2010-613 DC, 7 oct. 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ; JCP G, 2010, n° 42, p. 1930, note M. BERTRAND ; n° 43, p. 1977, note A. LEVADE ; AJDA, 2010, n° 42, p. 2373, note M. VERPEAUX ; RFDC, 2011, n° 87, p. 548, note S. M. FATIN-ROUGE et P. XAVIER ; Constitutions, n° 2014-4, p. 483, note M. AFROUKH.

contrainte qu'elle subit par la règle d'interdiction de dissimulation³⁰⁵⁷. S'agissant de l'égalité, le juge constitutionnel aurait aussi bien pu exclure les lieux de cultes au titre d'une inégalité de traitement entre les religions. L'appréciation se serait cependant fondée en tout premier lieu sur l'effet de la règle sur la pratique spécifique, et, seulement ensuite, en comparaison aux religions pour lesquelles une telle pratique, donc un tel effet, n'existent pas. La conséquence pouvait, en ce cas, s'avérer identique³⁰⁵⁸, mais le Conseil se contenta d'un renvoi à la liberté de religion³⁰⁵⁹.

1133. Il n'en reste pas moins que l'appréciation du juge a très probablement été influencée par un raisonnement comparatif, dans la mesure où l'exclusion des lieux de cultes de l'application de la norme vise avant tout les religions pour lesquelles la pratique exige la dissimulation du visage. En d'autres termes, c'est en prenant en compte le fait que les musulmans seraient « désavantagés » dans la pratique de leur culte, au sein même de leur lieu de culte, par rapport aux religions qui ne connaissent pas une telle obligation confessionnelle, que le Conseil a dû émettre la restriction d'application. Voici un exemple d'une imbrication très forte entre la liberté de religion et la non-discrimination, une fois qu'elle devient indirecte. L'approche de cette première peut en vérité très fréquemment dissimuler un système de comparaison. Certes, l'on évalue la restriction imposée par rapport aux intérêts publics en jeu, mais cette opération se fait souvent en tenant compte des religions en présence, des pratiques de chacun, des « avantages » et « désavantages », donc des obstacles que certains peuvent subir par rapport aux autres.

1134. Surtout, les deux principes peuvent entraîner des résultats et solutions juridiques identiques. C'est en ces termes que l'idée selon laquelle la non-discrimination, contrairement à la liberté de religion, ne concernerait que les groupes paraît limitée. Cette distinction est plus politique que juridique. Dans la réalité, la liberté de religion, dès lors qu'elle permet de contester l'application d'une norme qui la restreint, est susceptible d'entraîner un effet similaire à la reconnaissance d'une discrimination indirecte. Il n'est alors pas étonnant de constater, à titre d'illustration, que la Cour Suprême des États-Unis accorde des accommodements raisonnables au seul motif d'un respect à la liberté de religion³⁰⁶⁰. Issue en premier lieu d'une décision de la

³⁰⁵⁷ Preuve, s'il en est, de la difficulté de dégager des pratiques considérées comme traditionnelles à certaines religions, le port du voile intégral n'était pour certains pas même considéré comme une obligation religieuse (note A. LEVADE, *JCP G*, 2010, n° 43, p. 1977). Cet argument est fragile ; du moment qu'une telle pratique existe *de facto* au nom d'une religion, que des autorités en aient réfuté l'obligation n'importe que peu – surtout dans un contexte aussi sensible à l'égard du voile que celui que connaissait la France à ce moment-là. Il s'agissait ici d'un débat théologique qui ne remet pas en question l'existence concrète d'une telle pratique. C'est d'ailleurs l'interprétation prônée par d'autres commentateurs de la décision : « [i]l convient également de souligner de très nombreux courants dans le culte musulman, comme il y a de nombreuses interprétations du Coran et de nombreuses coutumes religieuses issues à la fois d'une évolution des interprétations et d'une distinction difficile entre pratique cultuelle et pratique culturelle. Le port du voile intégral est la manifestation de l'une de ces interprétations » (note S. M. FATIN-ROUGE et P. XAVIER, *RFDC*, 2011, n° 87, p. 548). Le constat d'une possible contrainte à l'égard de certains croyants par le Conseil constitutionnel nous semble ainsi cohérent.

³⁰⁵⁸ Il aurait été intéressant d'observer les éventuels moyens à l'appui de la requête, mais, pour cette loi, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat se sont contentés de saisines blanches.

³⁰⁵⁹ Le commentaire de la décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel ne semble pas non plus témoigner d'un raisonnement comparatif (Commentaire de la décision n° 2010-613 DC, *préc.*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30).

³⁰⁶⁰ G. CALVES, « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » in É. LAMBERT ABDELGAUD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, op. cit., p. 23.

Cour Suprême étasunienne de 1963³⁰⁶¹, l'acceptation des accommodements raisonnables s'est ensuite accrue et trouvée justifiée par le *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA). Ce texte précise qu'au nom de la protection du libre exercice du culte, le gouvernement ne devra pas substantiellement restreindre l'exercice religieux d'une personne, et ce, même si l'entrave résulte d'une règle d'application générale, excepté s'il est démontré qu'elle répond d'un intérêt impérieux de l'État et qu'elle représente le moyen le moins restrictif de poursuivre cet intérêt³⁰⁶². Nulle mention n'est expressément faite de l'égalité. Pour être tout à fait complet, nous ne pouvons toutefois ignorer la finalité égalitaire sous-jacente à l'initiative de ces dispositifs. La décision de 1963 visait en l'occurrence à « restaurer l'égalité des droits pour les minorités défavorisées par le biais inévitablement majoritaire de la loi »³⁰⁶³.

1135. Une illustration différente provient du droit canadien, pour lequel l'atteinte à la non-discrimination peut être opposée à une règle, concomitamment à la restriction de la liberté de religion. Certains requérants ont vraisemblablement perçu le lien entre les principes et n'hésitent alors pas à invoquer une atteinte aux deux³⁰⁶⁴. Le juge canadien n'est également pas indifférent aux deux demandes. En effet, il considère qu'une atteinte à la liberté de religion peut résulter d'une restriction qui oblige ou empêche quelqu'un de se conformer à sa croyance, mais également d'une inégalité de traitement d'une religion par rapport à une autre³⁰⁶⁵. Ici, les deux motifs ne sont pas distingués, mais, tous deux regroupés comme composantes de la liberté de religion. Depuis l'établissement de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui garantit le droit à l'égalité, les tribunaux mettent davantage l'accent sur la restriction du culte comme atteinte à la liberté de religion au titre de l'article 2a). C'est donc l'article 15 qui est devenu réservé pour l'égalité dans la plupart des cas³⁰⁶⁶. Néanmoins, il arrive que les deux se mélangent et qu'il soit particulièrement complexe de déterminer la disposition constitutionnelle au fondement de la contestation³⁰⁶⁷.

1136. Du reste, nos propos sur la dimension objective de la liberté de religion minimisent tout autant la distinction entre égalité et liberté reposant sur le groupe. Sous un système d'acception objective de la religion, comme la France, la liberté de religion favorise intrinsèquement la prise en compte des groupes, sans implication de l'égalité³⁰⁶⁸.

1137. Finalement, dans les deux cas d'argumentaires, est contestée une règle du simple fait, soit qu'elle restreint l'exercice du culte, soit qu'elle en restreint l'un plus que l'autre. En

³⁰⁶¹ Cour Suprême des États-Unis, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

³⁰⁶² *Religious Freedom Restoration Act*, 3 nov. 1993, disponible en ligne sur : <https://www.congress.gov> (consulté le 9 avr. 2022).

³⁰⁶³ A. BARB, « Une laïcité ouverte aux religions ? Le modèle américain », *Études*, n° 4223, 2016/1, p. 19-34.

³⁰⁶⁴ J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *art. préc.*

³⁰⁶⁵ Cour Suprême du Canada, *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 *in ibid.*

³⁰⁶⁶ J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *art. préc.*

³⁰⁶⁷ Ce sont les propos des juges Sopinka et Major, rapportés par José Woehrling : « pendant les plaidoiries, il est devenu de plus en plus difficile de déterminer si un argument donné appuyait une revendication fondée sur l'al. 2a) ou une revendication fondée sur l'art. 15 » (*Adler c. Ontario*, 1996, juge Sopinka *in* J. WOEHLING, *art. préc.*).

³⁰⁶⁸ Voir Partie 1, Titre 3, Chapitre 1.

conséquence, la limitation est appréciée, soit dans un rapport horizontal, c'est-à-dire entre deux religions, soit dans un rapport vertical, c'est-à-dire au regard des intérêts de l'autorité publique. L'appréciation différera sur le jeu de la proportionnalité et le poids de chaque élément se différenciera selon l'approche par la liberté ou celle par l'égalité. En tout état de cause, la conséquence peut être identique, à savoir l'atténuation, la dérogation ou la suppression d'une règle. Il reste ainsi encore difficile d'y voir très clair. Peut-être avons-nous, à présent, suffisamment d'éléments pour faire le bilan de ces réflexions à l'aune de tous nos développements sur l'égalité des cultes et la liberté de religion.

C) Essai de clarification

1138. À l'origine, la liberté de religion, et plus particulièrement de conscience, exigeait une égalité civile formelle. L'abstention de l'État devait théoriquement caractériser ces prémices : la non-discrimination découlait de cette liberté et permettait ainsi à chacun un libre épanouissement et développement dans la société³⁰⁶⁹. De la sorte, les individus étaient libres de développer leurs particularismes, leurs coutumes, leurs traditions, à l'extérieur de la vie publique nationale. Tel était ce qu'impliquait la liberté sous la lumière de l'égalité unitaire issue de la Révolution³⁰⁷⁰, y compris – et peut-être surtout – en matière religieuse.

1139. Toutefois, les exigences politiques, la réalité du phénomène social religieux, et les exigences concomitantes de la liberté de culte portèrent les germes d'un régime des cultes. L'égalité devait être plus concrètement générale. Celle-ci ne postule pas en elle-même d'aménagement à ce niveau. De son côté, en revanche, la liberté de culte justifiait des aménagements et une réglementation spécifique, ne serait-ce que dans un intérêt de police administrative. L'histoire témoigne d'avantages constamment et nommément octroyés à l'Église catholique. L'égalité put progressivement agir au profit de l'extension de ces normes pour d'autres. L'égalité formelle opéra donc comme un vecteur d'extension du régime quand une seule religion bénéficiait de certains avantages au nom de sa liberté de religion. Dès lors qu'une parcelle de liberté de religion est accordée, automatiquement l'égalité suppose qu'elle le soit juridiquement pour toute autre religion³⁰⁷¹. La loi de 1905 posa par la suite la liaison entre la liberté de culte et l'égalité formelle. Tous les éléments de réglementation devaient concerner toutes les religions. À ce stade-là, c'est encore la liberté de religion qui pouvait justifier l'extension du régime des cultes, quand l'égalité se contentait, ensuite, d'assurer que ces ajouts concernent toutes les religions.

³⁰⁶⁹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2021, coll. « Cours », p. 422.

³⁰⁷⁰ A. FENET, « Le droit français des différences à l'épreuve de la langue » in D. LACORNE et T. JUDT (dir.), *La politique de babel. Du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2009, coll. « Recherches internationale », p. 30.

³⁰⁷¹ Nous nous focalisons sur la liberté de culte, mais le régime des cultes était aussi largement parsemé de restrictions et de réglementations purement politiques, extérieures à la liberté de culte. L'égalité agissait ainsi comme une extension des avantages dont la religion catholique jouissait mais, par là même, comme une extension de la contrainte que subissaient les religions reconnues, alors soumises à un contrôle étatique fort.

1140. Seulement, dès lors que la liberté de religion implique l'action normative, elle introduit un moment de tri tenant aux conditions d'application, donc indirectement une sélection entre les religions en présence. Dans ce cadre l'égalité formelle a connu de nombreuses remises en cause. C'est lors de sa mutation vers une approche davantage portée sur l'application effective de ces normes que l'égalité a participé à l'accroissement de la liberté de religion. Tous les avantages décrits³⁰⁷², qui ont été octroyés à la religion catholique au nom de sa liberté, ont ensuite été employés pour les autres religions. En droit, la plupart étaient égalitaires, mais dans les faits le régime était à l'avantage d'un culte. C'est l'égalité réelle qui permit un tel constat et qui stimula l'extension *effective* de la liberté de culte. C'est à ce titre que l'égalité exige une révision constante de la liberté de religion en vue de l'extension de son bénéfice à tous les groupements. Cette égalité demeurerait dans le cadre de l'universalisme et de la généralité, en cherchant seulement la correction des excès du formalisme. Cependant, cela pouvait bien passer par l'établissement de nouvelles normes qui permettait, par là même, une liberté de religion plus effective. Nous nous remémorons alors les propos de Sébastien Fath, qui appelait de ses vœux, au titre de l'égalité, un retrait généralisé de l'intervention étatique en matière religieuse, mais qui constatait, *a contrario*, un « nivellement par le haut des statuts et des avantages »³⁰⁷³. Ce mouvement n'est finalement pas forcément initié par l'égalité réelle ; il découlait déjà d'une approche formelle couplée à l'action préalable de la liberté de culte. Nous voyons néanmoins l'effet « boule de neige » de ce phénomène : la liberté de religion justifie des aménagements et l'égalité justifie leur extension, d'abord *de jure* (égalité formelle), ou, surtout ensuite, *de facto* (égalité réelle) au profit des autres religions.

1141. À la lumière des réflexions précédentes, nous devons constater que la liberté de religion porte en elle l'impossible distinction entre la dimension formelle et réelle. Autrement dit, celle-ci n'est que difficilement délimitable en ce qu'elle postule la contestation de normes générales qui restreindrait l'exercice d'un culte. Dès lors, nous pouvons avancer que la liberté de religion pousse à la différenciation avant même l'égalité matérielle et les discriminations indirectes. D'ailleurs, historiquement c'est celle-ci qui justifia d'importantes dérogations au droit commun³⁰⁷⁴. La liberté de religion offre l'opportunité à la diversité confessionnelle d'exprimer sa contrainte spécifique, tenant précisément à sa tradition particulière. D'ailleurs, le fait que Claude Proeschel et David Koussens introduisent une réflexion sur la contestation des normes civiles au titre de la religion en abordant la liberté de religion est révélateur. Ils soulignent que toute la question de la contestation des normes civiles au nom de normes religieuses dans les sociétés sécularisées découle de la liberté de religion ; la séparation de l'État

³⁰⁷² Voir Partie 1, Titre 2.

³⁰⁷³ S. FATH, « De la non-reconnaissance à une demande de légitimation ? Le cas du protestantisme évangélique », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 151-162.

³⁰⁷⁴ Nous le constatons dans l'histoire, surtout pour le culte majoritaire (voir Partie 1, Titre 1). Voir nos propos ultérieurs dans cette Partie au Titre 2.

avec la religion permet l'établissement d'une égale liberté de religion dont l'exercice « ouvre la voix, en retour, à des objections à d'autres normes civiles pour des raisons religieuses »³⁰⁷⁵.

1142. Par ailleurs, le fait que la liberté de religion favorise un traitement particulier des convictions religieuses et une prise en compte des communautés religieuses corrobore ces arguments³⁰⁷⁶ ; la liberté de religion étend le régime applicable aux faits religieux par des procédés qui en particularisent toujours plus le traitement juridique.

1143. Pour faire encore écho à d'autres propos antérieurs, nous pouvons admettre qu'en opérant de la sorte, la liberté de religion brouille la distinction entre droit commun et régime des cultes ; conséquemment entre égalité civile et égalité des cultes. Puisqu'elle constitue très souvent le moteur du régime des cultes, mais aussi, par nature, la contestation des normes de droit commun, la liberté de religion étend d'une certaine façon le régime des cultes dans les rapports de droit commun. Du moins, elle en brouille la frontière. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point³⁰⁷⁷.

1144. En conséquence, cette liberté permet la découverte de la contrainte que subit l'individu, donc le constat d'une éventuelle circonstance extérieure qui pèse sur l'individu et qui paraît invocable au titre de la non-discrimination indirecte. La liberté de religion semble donc préalable à cette dernière. Cependant, de nos jours, la part laissée à l'égalité réelle et différencialiste opacifie cette assertion, surtout lorsque la tradition religieuse spécifique d'une communauté est socialement connue. L'invocation de la non-discrimination indirecte peut toujours être considérée comme antérieure à la liberté de religion, bien que cette éventualité nous semble peu plausible.

1145. Il en ressort, en définitive, que la différence religieuse infiltre le droit par deux principes fondamentaux du droit : l'égalité et la liberté. La liaison des deux, « l'égale liberté » semble alors s'employer dans les sens d'une extension réaliste du régime des cultes, jusqu'à l'inévitable respect des différences religieuses³⁰⁷⁸. La preuve en est de la liaison souvent opérée entre les deux au profit des particularismes. Par exemple, pour Xavier Bioy, si la liberté de religion s'exerce spontanément, elle peut exiger de l'État des obligations positives ; exigence que « l'argument de l'égalité et de la discrimination ne tardera pas à rappeler »³⁰⁷⁹. Pour Jean-Marie Woehrling l'application active d'une égalité réelle est exigée par la protection effective des droits de l'homme afin de garantir aux minorités, par le biais d'obligations positives de la part de l'État, un statut équivalent à la majorité dans la jouissance des droits de

³⁰⁷⁵ C. PROESCHEL et D. KOUSSENS, « Introduction: contesting in the name of religion? » in C. PROESCHEL, D. KOUSSENS et F. PIRAINO (dir.), *Religion, Law, and the Politics of Ethical Diversity*, Londres/New-York, Routledge, 2021, p. 2.

³⁰⁷⁶ Voir Partie, Titre 3.

³⁰⁷⁷ Voir p. 754 et s.

³⁰⁷⁸ Par exemple, Gérard Soulier parle d'égale liberté comme ayant conduit l'État français et réglementer l'abattage rituel des animaux (G. SOULIER, « Droits des minorités et pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, n° 53, 1993-2, p. 525-638).

³⁰⁷⁹ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2016, coll. « Cours », p. 736.

l'homme³⁰⁸⁰. Pour d'autres encore, la liberté de religion suggère en elle-même une adaptation pour davantage garantir la liberté de culte des nouveaux cultes, absents ou peu présents lors de l'élaboration de la loi de 1905³⁰⁸¹. Si nous avons notifié une trace de l'égalité formelle dans le deuxième article de la loi de 1905, ce même article, en garantissant le libre exercice des cultes, semble être considéré comme instaurant des aménagements, selon une logique d'égalité réelle³⁰⁸².

1146. Par ailleurs, si nous nous reportons à nos propos sur la décision du Conseil constitutionnel à l'égard de la loi de 2010, plusieurs constats peuvent être opérés. D'abord, la décision illustre à quel point la liberté de religion peut intrinsèquement avoir un effet similaire à la non-discrimination. En l'espèce, le juge constitutionnel put d'emblée exclure la non-discrimination, car la formulation générale de la norme – justement recherchée à ce titre – évinça d'entrée de jeu une telle approche³⁰⁸³. En effet, d'une part la discrimination directe est exclue d'elle-même, du fait de l'absence de distinction normative. D'autre part la discrimination indirecte, pour cette même raison et au nom de l'idéal universaliste, n'est pas prise en compte par le juge français. Au sein de la liberté de religion, il n'existe pas une démarcation aussi nette. La preuve en est que le Conseil constitutionnel apprécie les effets indirects de la règle sur une pratique religieuse particulière à travers la liberté de culte. Ce constat prouve que la liberté de religion offre la possibilité d'observer les effets indirects de la norme, de la même manière que la non-discrimination indirecte l'exige, sans prendre le risque de renvoyer à cette dernière. À la fin, les deux sont susceptibles de produire un effet similaire.

1147. Cette décision et ses réflexions induisent aussi de réfuter la supposition selon laquelle la liberté de religion pourrait être abordée sous un regard général à l'égard *des* religions et de leur restriction, quand la non-discrimination exigerait une attention spécifique envers *une* religion et sa pratique spécifique restreinte. Suivant cette hypothèse, pour la non-discrimination, il aurait donc fallu que le Conseil constitutionnel remarque les effets de la norme sur une religion en particulier, par rapport à sa tradition religieuse spécifique. *A contrario*, la liberté de religion serait supposément appréhendée *in abstracto*, au regard d'une restriction, dans l'absolu, de l'exercice du culte³⁰⁸⁴. Ce n'est cependant qu'un faux-semblant, caractéristique du contrôle abstrait de constitutionnalité. En vérité, le juge n'accorde pas moins d'importance à l'existence véritable d'une contrainte propre à une tradition religieuse, rattachée à une unique religion. Il ne s'agit pas d'une atteinte à la réunion cultuelle ou à la construction d'un édifice religieux, mais bien de celle portée à une tradition religieuse impliquant la dissimulation du

³⁰⁸⁰ J.-M. WOEHRLING, « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 139.

³⁰⁸¹ D. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *art. préc.*

³⁰⁸² F. WERBERT, « La France et les minorités » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1996, p. 329.

³⁰⁸³ A. GAILLET, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », *Société, Droit et Religion*, n° 2, 2012/1, p. 47-71.

³⁰⁸⁴ P. RAPI, « Le "contrôle abstrait" de constitutionnalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016.

visage. Nous retombons sur la distinction complexe entre les éléments universels ou spécifiques du fait religieux et de l'exercice du culte, et ceux renvoyant à une pratique propre à une religion. Dans la décision, c'est cette dernière hypothèse qui est en jeu.

1148. L'antériorité systématique de la liberté de religion par rapport à la non-discrimination ressort également de ces propos. En effet, si l'appréciation de la restriction de l'interdiction de dissimulation du visage peut être portée en comparaison avec une éventuelle pratique majoritaire, s'agissant de ce type d'expressions religieuses spécifiques à une croyance, c'est l'atteinte à la liberté de religion qui reste la plus évidente. Car, pour la musulmane interdite de son voile intégral, c'est l'effet direct de la règle sur sa pratique spécifique qui compte. La comparaison avec un groupe majoritaire est secondaire et pas toujours limpide. Contrairement à la situation où l'on retire le financement public à toutes les religions et où l'une en souffre plus qu'une autre, dans le cas du voile islamique l'atteinte comprend beaucoup plus indirectement un élément comparatif, dans la mesure où elle touche l'individu dans son for interne³⁰⁸⁵. Bien entendu, c'est aussi ici tout le rôle de la non-discrimination (indirecte) que de mettre en lumière les discriminations plus systématiques, structurelles, voire imperceptibles au premier abord. Elle vient alors en appuie à la liberté de religion. Toute sa pertinence ressort lorsque la règle révèle plus clairement l'avantage qu'elle octroie à un groupe. Tel peut être le cas des jours fériés calqués sur les fêtes chrétiennes. Toujours est-il que la liberté de religion, sous sa dimension différencialiste, se passe *a priori* d'une telle appréciation. En revanche, en mettant en avant l'effet d'une règle sur une pratique religieuse spécifique, la liberté de religion fait à nouveau jaillir tout ce qu'il y a de subjectif dans cette appréciation, donc dans le différencialisme religieux.

1149. À ce titre, est-ce que la liberté de religion ne serait pas justement l'instrument d'insertion de la non-discrimination indirecte dans le droit et la politique ? La liberté de religion est assurément mieux acceptée, surtout dans un modèle universaliste comme la France, que la non-discrimination indirecte. Pourtant, cette première peut amener à des dispositions similaires. Plus encore, elle peut comprendre un raisonnement égalitaire les justifiant. Il reste que la notion de liberté de religion n'entraîne pas forcément l'appréhension de la différenciation quand, à l'inverse, la non-discrimination indirecte porte en elle celle-ci.

1150. Concomitamment, la liberté de religion reste toutefois, à notre sens, bien plus pernicieuse dans la voie qu'elle ouvre à la différenciation au sein du droit ; voie qu'elle a finalement toujours ouverte. C'est paradoxalement et probablement ce qui permet à certains auteurs anglo-saxons d'affirmer que la liberté de religion présente beaucoup plus de difficultés à primer dans une affaire que la non-discrimination religieuse³⁰⁸⁶. Celle-ci serait bien plus à

³⁰⁸⁵ Il peut cependant arriver qu'une règle générale et neutre vise toutefois la restriction de convictions tout en n'ayant un impact particulier, dans les faits, que pour certaines religions. Dans un tel cas, toutes les religions sont visées, donc la discrimination indirecte s'appréhenderait plus logiquement entre les religions elles-mêmes, bien que la contrainte pèse sur une croyance subjective et spécifique à une religion (c'est l'exemple finalement de *Achbita* étudié ci-après) (J. H. H. WEILER, « Je suis *Achbita* ! », *RTD eur.*, 2019, p. 85).

³⁰⁸⁶ T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « Religion in human rights law: A normative restatement », *art. préc.*

même d'offrir le succès à un intérêt religieux que la liberté de religion dans la mesure où le juge ne saurait totalement adopter la perspective du croyant, ce qui rendrait l'approche par la liberté bien plus aléatoire et nécessairement limitative³⁰⁸⁷.

1151. Selon nous, il n'est pas certain que la non-discrimination soit plus saisissable que la liberté de religion. Cette première ouvre tout autant la voie à toutes les contestations à l'aune de sa qualification d'indirecte³⁰⁸⁸. Elle paraît faire l'objet de plus de contrôles, d'outils, de méthodologies éprouvés au fil du temps, qui permettent une meilleure objectivité, quand la non-discrimination semble ouvrir la voie à tous les excès. L'invocation de la non-discrimination religieuse semble, qui plus est, particulièrement soumise à l'aléa de la diversité religieuse³⁰⁸⁹. C'est probablement ce qui explique la préférence pour cette première plutôt que la seconde lors des litiges³⁰⁹⁰.

1152. En fin de compte, le frein à tout risque de toute différenciation excessive ne peut qu'être le maintien d'un formalisme égalitaire et universaliste rigoureux. Il n'empêche que ce frein semble plus délicat à garantir face à la liberté de religion, compte tenu du fait que si la non-discrimination indirecte est par essence opposée à l'égalité formelle, ce n'est pas le cas de la liberté de religion – du moins, en apparence. La protection qu'offre l'égalité universaliste est d'autant plus fragilisée qu'elle se conçoit symétriquement à une liberté qui permet, finalement, la contestation de normes établies sous son respect. Malgré tout, l'égalité formelle constitue peut-être la délimitation que la liberté de religion ne saurait permettre à l'égard du différencialisme. Elle permet un maintien de la généralité, de l'impersonnalité, de l'abstraction, donc la prohibition de la différence religieuse en droit. Cette proscription est certes fragile, mais elle demeure primordiale puisqu'elle rappelle, en dehors du respect des autres libertés et du respect de l'ordre public, que la contestation des restrictions étatiques ne saurait devenir un droit à la différence.

³⁰⁸⁷ Comme les disent les auteurs, la portée de la liberté de religion serait, dans l'absolu, telle qu'elle exige en vérité indéniablement d'être limitée pour que le politique puisse fonctionner normalement (*ibid.*).

³⁰⁸⁸ Nous avons d'ailleurs pu voir d'importantes difficultés que présentait l'approche de la non-discrimination indirecte.

³⁰⁸⁹ Tel que le développe Malcolm D. Evans, en appuyant par là même tous nos propos tenus jusqu'ici : « the problem with using non-discrimination as a means to protect religious liberty is that the content of the right to be enjoyed on a non-discriminatory basis is unclear and the relevance of its content will vary from one groupe of believers to another: it is very difficult to compare like with like because each case is unique. This is compounded by the well-known problem of identifying the protected "class", i.e. what "counts" as a religion or belief for these purposes, to which might be added problems of determining what counts as a legitimate manifestation of religion or belief, and what limitations might be placed upon it *in* furtherance of other legitimate goals of society? » (M. D. EVANS, « Religious Liberty and Non-Discrimination » *in* T. LOENEN et P. M. RODRIGUES (dir.), *Non-Discrimination Law: Comparatives Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 120).

³⁰⁹⁰ Gwénaële Calvès décrit les difficultés rencontrées dans le processus de comparaison propre à l'analyse d'une discrimination en matière religieuse. Elle conclut que « l'absence de comparateur rend vaine toute tentative de caractérisation d'une discrimination, et c'est uniquement sur le terrain de l'atteinte à la liberté de religion que ce type d'affaire est examiné » ; le juge se contentant de ne débusquer « que les situations de discriminations les plus frustrées ou les plus criantes » (G. CALVES, « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » *in* É. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, *op. cit.*, p. 16-17).

1153. En définitive, il semble que nous pouvons distinguer deux mouvements. D’abord, l’égalité formelle et l’égalité réelle dans le sens d’une égalisation juridique semblent correspondre à une vision, semble-t-il, *passive* de la liberté de religion. Celle-ci se trouve assurée par des statuts globaux, des structures et avantages à la portée de toute religion grâce à une généralité de la norme constamment révisée par l’égalité réelle. Ces statuts doivent être formellement et réellement accessibles à tout groupement. Ensuite, cette égalité, qui respecte le modèle universaliste, entre en contradiction avec une conception dynamique de la liberté de religion. Cette dernière s’entend par une approche plus réaliste de la religion, en faisant entendre les rites et pratiques propres à chaque groupement. Pour autant, cette approche réaliste paraît intrinsèquement liée à la nature même de la liberté de religion dès lors qu’elle est un droit subjectif invocable contre les autorités publiques.

1154. Finalement, ressortent les anciennes tensions entre l’égalité et la liberté. Vieilles de plusieurs siècles³⁰⁹¹, celles-ci ne mettaient pas forcément en avant la question des différences. Aujourd’hui, ces tensions prennent vraisemblablement cette forme et la religion en constitue le principal terrain de bataille. Olivier Jouanjan soulignait judicieusement toute la complexité de l’équilibre entre égalité et liberté en relevant, d’une part, que « faire abstraction des critères d’appartenance des personnes », contribue « à rendre les droits fondamentaux, dont elle est le principe même de répartition (égalité des droits), des libertés largement formelles dont l’exercice tend à devenir effectivement inégalitaire », mais que, d’autre part, « prendre en compte ces critères afin de pratiquer une politique redistributive de l’accès aux positions à partir desquelles ces droits pourront être effectivement exercés (promotion des minorités, parité) », revient à remettre en cause « le fondement individualiste [et – nous rajoutons – universaliste] même de l’égalité »³⁰⁹².

Conclusion du chapitre

1155. Le fait religieux peut être intrinsèquement différencialiste. En ce sens, nous avons perçu qu’il était en mesure de s’opposer à des règles communes au nom de la norme religieuse. Pourtant, l’étude nous révèle ensuite tous les moyens possibles d’insertions de la différence religieuse en droit. Par sa dimension particulariste et en confrontation avec un modèle universaliste culturellement imprégné de certaines valeurs religieuses, le fait religieux va aujourd’hui de pair avec une conception différencialiste de l’égalité. Cependant, nous avons rapidement constaté à quel point c’est la liberté de religion qui opère comme moteur principal et originel de différenciation religieuse. Plus encore, son implication permet de mieux comprendre pourquoi l’intégration du fait religieux en droit est adjointe à l’égalité différencialiste, tant la liberté de religion et cette égalité s’entremêlent. Les porosités

³⁰⁹¹ Nous en mesurons la confrontation avec la question historique du fait religieux abordée en Partie 1, Titre 1.

³⁰⁹² O. JOUANAN, « Égalité » in S. RIALS et D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p. 589.

démontrées – parfois quasiment irrémédiables – au sein des principes expliquent un possible glissement vers le différencialisme.

1156. Le religieux est censé être avant tout saisi, notamment à travers la non-discrimination directe et le laisser-faire, comme une question d'autonomie et de choix personnel. Or, la liberté de religion a toujours exigé plus qu'une sphère d'autonomie, car la conviction religieuse a vraisemblablement toujours été plus qu'une question de choix. C'est en ce sens que l'exigence d'adaptation, souvent réclamée, de la religion à l'ordre juridique n'est que partiellement vraie. Le droit s'est indéniablement adapté aux exigences religieuses, qu'elles soient universelles, comme spécifiques à certaines religions. Le droit a vraisemblablement intégré de tout temps que porter atteinte à la liberté de religion représentait pour le croyant une contrainte supérieure qui constituait pour lui une forme de handicap³⁰⁹³. La place première de la liberté de religion dans l'extension des aménagements et de l'insertion juridique de la différenciation corrobore cette hypothèse. Cette dernière est aussi appuyée par tous nos développements précédents sur la place de la liberté de religion par rapport aux autres convictions et aux groupes. Elle a toujours particularisé une branche du droit au profit du fait religieux.

1157. Partant, l'égalité formelle et universaliste s'entend avec la toute première phase de la liberté de religion, qui repose sur le laisser-faire et l'autonomie, mais elle entretient un rapport profondément conflictuel avec l'exigence supérieure de la liberté de religion. Cette dernière, donc le fait religieux, trouve alors un appui dans une nouvelle tendance de l'égalité plus matérielle et ouverte aux particularismes. Il reste que la liberté de religion opère comme le principal « passeur » entre la dimension différencialiste du fait religieux et son insertion en droit ; de façon sûrement plus dissimulée et efficace que la discrimination indirecte. Cela tient de la nature intrinsèquement diverse, subjective et protéiforme du religieux.

1158. Suivant ces éléments, la frontière entre le régime des cultes et le droit commun se brouille, car la différence religieuse exprime un besoin d'expression religieuse qui ne s'insère plus dans une réglementation propre au fait religieux en général, mais qui s'insère dans la réglementation commune aux individus, en implantant un élément propre à *une* religion particulière. Avant 1905 les distinctions dans le droit commun sonnaient comme des injustices considérant qu'elles n'avaient aucune justification objective et qu'elles désavantageaient la plupart du temps. À présent c'est à l'appui de nouveaux principes de justice qu'il apparaît légitime que le droit commun, en apparence, extérieur à tout intérêt religieux, mais en vérité favorable à certaines majorités religieuses, soit aménagé au profit de certains particularismes, souvent minoritaires.

³⁰⁹³ Bien qu'il reste difficile, et au-delà du cadre de notre étude, de savoir véritablement si la religion bénéficia d'un tel traitement pour des raisons de lutte de pouvoir historiques, de poids social, d'ordre public, etc., ou réellement, car la religion est plus vue comme une circonstance pesant sur l'individu. C'est tout le paradoxe de l'œuf ou la poule. Notre intuition nous amène à penser que tous les premiers éléments découlent du fait que la religion ne se limite pas à une affaire de choix ou de préférence.

1159. Toutes ces ambiguïtés stimulent des réflexions profondes, particulièrement complexes, mais non moins nécessaires pour comprendre la tendance envisageable en la matière. Encore une fois, c'est l'articulation entre l'égalité et l'inclusion juridique du fait religieux qui témoigne de toute sa complexité. La tendance inexorable au différencialisme et tous ces questionnements nécessitent d'être éprouvés, si ce n'est éclaircis, à la lumière du droit concret.

CHAPITRE 2. Des débats aux implications concrètes : l'exemple de l'insertion irrémédiable de la différenciation en droit européen

1160. Le contexte mondial fait face aux expressions particularistes identitaires et communautaires. En droit international, comme au sein des modèles nationaux, la question est celle de la place laissée à ces différences. Si à la suite de la Seconde Guerre mondiale le droit international s'affirma comme défenseur d'une égalité formelle, par un principe fort de non-discrimination³⁰⁹⁴, par la suite la protection des minorités et cette prohibition des discriminations, ainsi que de la liberté de religion, participèrent à la protection d'un droit à la différence plus ou moins poussé. La question de ce dernier se pose alors indéniablement et plus précisément sur le plan européen, dans la mesure où l'influence est plus directe à l'égard du droit français

1161. En effet, les problématiques religieuses sont particulièrement traitées par les institutions principales de l'Europe : l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Au sein de cette première, les directives, les traités comme la Cour de justice abordent à plusieurs reprises la question du religieux, principalement sous l'angle de l'égalité (SECTION 2). Pour le Conseil de l'Europe, c'est précisément dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation par la Cour homonyme (CEDH) que la religion est abordée. Par sa finalité de protection des droits fondamentaux – et donc de la liberté de religion et de la non-discrimination – elle se confronte peut-être encore plus vivement au différencialisme (SECTION 1). Deux précisions préalables s'imposent pour les prochains développements.

1162. Premièrement, il convient de se reporter aux interrogations soulevées dans les développements précédents pour la lecture des prochaines analyses. L'observation concrète permettra d'apporter des réponses ou de mettre en lumière des choix opérés. La question principale sera pour sûr celle du mode d'appréhension de la différence religieuse, mais d'autres demeurent importantes : comment est appréciée la différence de situation au regard des particularismes religieux ? Comment semble être considérée la religion : comme un choix ou circonstance ? Quelles sont les places respectives de l'égalité et de la liberté ? A-t-on la véritable présence d'accommodements raisonnables ?

1163. Pour cette dernière question, une définition claire apparaît nécessaire. L'accommodement raisonnable, corollaire d'une mise en œuvre concrète et réelle du droit à l'égalité, « consiste à prévoir l'aménagement d'un traitement différent et adapté pour une

³⁰⁹⁴ Voir, par exemple, les articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; les articles 1^{er}, 2 et 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, ou encore la Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discriminations fondées sur la religion ou la conviction (résolution des Nations Unies n° 36/55, 25 nov. 1981). Au demeurant, la préoccupation de la non-discrimination religieuse est l'un des premiers acquis libéraux du droit international (F. EDEL, « La genèse de l'interdiction de la discrimination par le droit international : les clauses d'égalité de traitement dans les traités de protection des minorités de 1814 à 1945 » in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss. L'homme et le droit*, Paris, Pedone, 2014, p. 323).

personne, afin que l'application de la norme, à son égard, ne puisse compromettre la jouissance pleine et entière de ce droit »³⁰⁹⁵. L'obligation, pour les pouvoirs publics ou les personnes privées, de tenir compte de ces contraintes est contrebalancée par le critère de raisonabilité, c'est-à-dire « la démonstration d'une contrainte excessive pouvant résulter de cette obligation »³⁰⁹⁶. Au Canada, l'octroi d'accommodements raisonnables se fondait en tout premier lieu sur l'égalité et la non-discrimination indirecte³⁰⁹⁷. L'origine de tels aménagements fut jurisprudentielle et fondée sur les « lois sur les droits de la personne ». Par la suite, ceux-ci furent constitutionnalisés par la Charte canadienne des droits et libertés qui vint s'appliquer aux organes publics et obliger le législateur à tenir compte des discriminations indirectes lors de ses actions³⁰⁹⁸.

1164. Ces précisions impliquent, deuxièmement, une distinction entre l'accommodement raisonnable et la discrimination indirecte. Ces premiers sont des moyens pour remédier aux secondes, mais ces dernières n'induisent pas nécessairement l'idée d'accommodement raisonnable. La correction d'une discrimination indirecte peut bien passer par une reformulation de la norme, par la suppression d'une condition ou une réinterprétation, comme nous l'avons déjà exposé. Nous parlons dans ce cadre d'aménagements ou d'accommodements. La notion d'accommodement *raisonnable*, quant à elle, a une connotation juridique spécifique et renvoie à une différence de traitement, à une dérogation, fondée sur un critère particulier. Elle fait donc partie de ce que nous qualifions plus généralement des aménagements ou accommodements différencialistes, donc par la différenciation dans la norme et/ou son application.

1165. Nous retombons sur les deux étapes de l'égalité réelle : l'observation et la prise en compte des inégalités ou discriminations indirectes, suivies, seulement ensuite, des outils mis en place pour corriger ces injustices. L'accommodement raisonnable s'impose comme l'un des outils les plus approfondis d'une égalité matérielle et du différencialisme, mais il n'est pas l'unique moyen de corriger des discriminations indirectes. En réalité, s'agissant des différences au sein du droit commun, nous le verrons, la distinction est la plupart du temps stérile, tant les deux notions s'entremêlent et se confondent fréquemment, notamment du fait d'une acception généralisée de la notion d'accommodement³⁰⁹⁹.

1166. Cela nous amène à une ultime précision : la notion de discrimination indirecte sera par moment employée sous son acception juridique. Nous avons précisé employer le terme de façon à décrire les critiques du formalisme et d'une norme pouvant être considérée comme

³⁰⁹⁵ M. MONTPETIT et S. BERNATCHEZ, « Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 7, 2019, p. 13-40.

³⁰⁹⁶ *Ibid.*

³⁰⁹⁷ J. WOEHRLING, « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 139.

³⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 140.

³⁰⁹⁹ « [...] l'accommodement raisonnable semble être devenu un terme générique désignant l'ensemble des arrangements auxquels aboutit la "gestion" des conflits de valeurs ou de droits, particulièrement dans les rapports interculturels » (P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable » in M. JEZEQUEL et P. BOSSET (dir.), *Les accommodements raisonnables, quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 6).

pouvant potentiellement exclure³¹⁰⁰. Ici, lorsqu'il s'agira de l'approche purement juridique traitée par les juridictions, la discrimination indirecte ne sera alors avérée qu'en l'absence de certaines conditions tenant à la justification de la mesure. Ne mettons toutefois pas entièrement de côté son approche conceptuelle, car les deux se rejoignent nécessairement sans que le droit emploie directement la notion. Par exemple, nous verrons les contestations d'un traitement uniforme en présence de situations différentes ; l'acceptation de ce contrôle peut en filigrane mener à une prise en compte de la discrimination indirecte. En effet, la norme égalitaire, neutre et générale omet des situations qui diffèrent. Or, la discrimination indirecte touche justement une règle uniforme qui défavoriserait certaines situations³¹⁰¹. C'est aussi en ce sens que l'on considère la réticence française envers les discriminations indirectes : accepter de constater qu'une règle générale défavorise dans les faits certaines situations revient à inclure le contrôle d'un traitement uniforme.

SECTION 1. Le cas de la Convention européenne des droits de l'homme

1167. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protège, parmi bien d'autres droits, la liberté de religion, mais aussi l'égalité. Nos développements précédents interrogeaient nécessairement et avant tout le rôle concret du principe de non-discrimination. La Convention prend cette dernière en considération, qu'elle soit directe comme indirecte, en matière religieuse, permettant timidement, une certaine reconnaissance de la différence religieuse (**PARAGRAPHE 1**). Pour autant, tel que le laissent supposer les débats abordés, la liberté de religion donne également l'illustration d'une inclusion des différences religieuses en droit au titre de sa protection par la Convention (**PARAGRAPHE 2**). L'observation de ces droits dans la jurisprudence de la CEDH exprime leur proximité patente (**PARAGRAPHE 3**). Au-delà, l'approche de l'égalité comme de la liberté conduit, finalement, à observer l'acception choisie par la CEDH, choix ou circonstance extérieure, afin d'aborder la religion (**PARAGRAPHE 4**).

³¹⁰⁰ Nous disions l'envisager avant tout comme une notion, au-delà du droit positif, qui regroupe l'observation des critiques de normes générales renfermant une exclusion de catégories d'individus. Elle forme un potentiel contestataire ; elle vise à se placer du point de vue éventuel d'individus susceptibles de remettre en cause la norme formelle en vertu de leur caractéristique personnelle. En d'autres termes, tout ce que nous avons développé, sur les catégories générales qui peuvent ne pas comprendre certains individus dans leur substance, peut être appréhendé sous les termes de discriminations indirecte, indépendamment de l'emploi du terme en droit positif (voir notamment p. 226 et s. et p. 454).

³¹⁰¹ « Prenez l'ancienne exigence anglaise voulant que les hommes et femmes policiers soient hauts de six pieds. Cela produit un effet différencié sur la possibilité, pour les femmes, de travailler dans la police » (J. H. H. WEILER, « Je suis *Achbita* ! », *RTD eur.*, 2019, p. 85). Ici, la différence de situation entre les femmes et les hommes n'est pas prise en compte par la règle générale, ce qui crée un effet discriminatoire, dans les faits, donc indirect.

PARAGRAPHE 1. Une inclusion timide des différences religieuses par l'égalité

1168. La Convention européenne des droits de l'homme et sa Cour consacrent indéniablement un pan formel de l'égalité, en bannissant notamment les discriminations directes par son article 14³¹⁰². Hormis pour les États ayant ratifié le Protocole 12 qui rend l'article 14 autonome³¹⁰³, ce dernier doit être joint à un autre droit garanti par la Convention, mais il n'est pas nécessaire que le droit concerné soit en lui-même violé pour que la discrimination soit établie³¹⁰⁴.

1169. Forte d'une tradition individualiste et universaliste originelle³¹⁰⁵, la CEDH affirme l'importance de l'aspect formel de l'égalité, qui exige l'absence de distinction fondée sur la religion pour tout individu³¹⁰⁶. Sans surprise, la Convention protège en tout premier lieu l'indifférenciation religieuse, qui s'impose comme un véritable droit de taire ses opinions religieuses. Elle se fonde généralement sur l'article 9 de la Convention³¹⁰⁷. Plus généralement, la Cour affirme fermement et constamment l'interdiction de discrimination sur la base d'une différence religieuse dans l'exercice de tout droit que la Convention garantit³¹⁰⁸.

1170. Dans ce cadre, la Cour adopte même une conception davantage pluraliste et égalitaire de la religion que les juges français. Pour elle, « les croyances religieuses ne sauraient se limiter aux “grandes” religion »³¹⁰⁹, comme en témoignent les affaires entourant les mouvements sectaires. L'absence de définition des « sectes » et l'impossible différenciation avec la religion se font également ressentir au niveau européen. Au détail près, comme le

³¹⁰² Il avait au départ été proposé d'introduire une disposition consacrant le principe d'égalité, mais la non-discrimination fut privilégiée, ce qui n'empêche pas la Cour européenne des droits de l'homme de parfois appliquer le premier (H. SURREL, « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII*, n° 4, avr. 2020).

³¹⁰³ Voir G. GONZALEZ, « Le protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA*, 2002, p. 113-123. La France ne l'a, à ce jour, toujours pas signé.

³¹⁰⁴ Comme l'explique la Cour dans une affaire : « 9. [...] une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14 (art. 14), pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire. Ainsi, les personnes soumises à la juridiction d'un État Contractant ne peuvent puiser dans l'article 2 du Protocole (P1-2) le droit d'obtenir des pouvoirs publics la création de tel ou tel établissement d'enseignement ; néanmoins, l'État qui aurait créé pareil établissement ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 (art. 14) » (CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, n° 1474/62 et autres).

³¹⁰⁵ F. BENOIT-ROHMER, « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? », *RTDH*, n° 48, 2001, p. 999-1015.

³¹⁰⁶ La Cour l'a notamment rappelé lorsqu'un requérant grec souhaitait que la mention de sa religion apparaisse sur sa carte d'identité. Les juges avaient alors précisé que la mention de la religion sur la carte d'identité risquait « d'ouvrir la porte à des situations discriminatoires dans les relations avec l'administration ou même dans les rapports professionnels » (CEDH, 12 déc. 2002, *Sofianopoulos et a. c. Grèce*, 1988/02).

³¹⁰⁷ CEDH, 21 févr. 2008, *Alexandridis c. Grèce*, n° 19516/06, §38.

³¹⁰⁸ Par exemple, la condamnation du Royaume-Uni à cause d'une législation nationale qui prévoyait des conditions particulières pour le mariage des étrangers devant une Église autre qu'anglicane (CEDH, 14 déc. 2010, *O'Donoghue et a. c. Royaume-Uni*, n° 34848/07). De même, la discrimination religieuse a pu être établie pour le refus d'appliquer un régime similaire aux autres cultes pour les alévis en Turquie (CEDH, Gr. Ch., 26 avr. 2016, *İzzettin Doğan et a. c. Turquie*, n° 62649/10).

³¹⁰⁹ J.-F. RENUCCI, *L'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004, p. 16.

précise Frédéric Dieu, que la CEDH « est à cet égard plus libérale et plus positive, faisant bénéficier de ces stipulations des mouvements qui ont pu être qualifiés de mouvements sectaires »³¹¹⁰. L'arrêt *Kokkinakis c./ Grèce* de 1993, pourtant rendu dans un contexte général de crispations autour des mouvements sectaires, en fait une première illustration³¹¹¹. Le juge n'a pas hésité à affirmer la garantie de liberté de religion, combinée avec le principe de non-discrimination, aux témoins de Jéhovah et à condamner la Grèce qui avait sanctionné à de nombreuses reprises des membres du groupement religieux pour prosélytisme abusif. La liberté de religion vaut alors pour tous, y compris pour les « sectes », au titre de la combinaison entre l'article 14³¹¹² et l'article 9 protégeant la liberté de religion³¹¹³. Certains États sont allés très loin dans les discriminations religieuses³¹¹⁴ et la France aussi se sera rendue coupable d'un montage législatif fallacieux visant à sanctionner des groupements sectaires³¹¹⁵.

1171. La plupart du temps, la Cour s'assure de l'absence de discrimination religieuse en vérifiant que les justifications d'une différence de traitement ne reposent pas essentiellement sur des « considérations de religion », notamment sur les éventuels risques et conséquences rattachés à la pratique d'une religion minoritaire, et pour beaucoup sectaire³¹¹⁶. En outre, les juges européens s'évertuent à éviter les distinctions entre cultes traditionnels et nouveaux mouvements³¹¹⁷. Ce qui explique une réaction plus égalitaire face aux dérives sectaires. Ils adoptent pour ainsi dire une position pluraliste et s'assurent qu'aucune religion, aussi minoritaire soit-elle, ne soit défavorisée³¹¹⁸. En ce sens, la CEDH rappelle l'exclusion, pour tout État, d'appréciation de la légitimité d'une croyance religieuse et de ses modalités d'expression³¹¹⁹. Il ne saurait être fait de distinction entre « les grandes et les petites religions,

³¹¹⁰ F. DIEU, « Les mouvements dits “sectaires” appréhendé par le droit : aperçu général », in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 120

³¹¹¹ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88.

³¹¹² Rappelons l'article 14, accolé à une autre disposition de la Convention, protège la non-discrimination dans le bénéfice d'un droit.

³¹¹³ A ainsi été condamné l'État autrichien, au titre de l'article 14 combiné avec le 9, pour délai excessif dans la reconnaissance de la personnalité morale aux Témoins de Jéhovah (20 ans) (CEDH, 21 juill. 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et a. c. Autriche*, n° 40825/98). La Turquie a également traité de manière discriminatoire des requérants témoins de Jéhovah en fermant certains lieux de cultes pour des raisons inadaptées ou disproportionnées selon un montage législatif douteux (la Cour condamne la Turquie avant tout sur le fondement de l'article 9, mais considère ensuite que l'inégalité de traitement que les requérants ont subie a été suffisamment prise en considération pour constater l'atteinte à la liberté de religion (CEDH, 24 mai 2016, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13)). L'État russe a, quant à lui, tenté de dissoudre le groupement des Témoins de Jéhovah et d'en interdire les activités, portant atteinte de façon excessive à la liberté de religion (CEDH, 10 juin 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, n° 302/02).

³¹¹⁴ Notamment l'Espagne qui avait été condamnée pour avoir prêté son concours à la séquestration de certains membres d'une « secte » afin de leur faire subir un traitement dit de « déprogrammation », la Cour consacrant ici indirectement la liberté de choix des croyances (CEDH, 14 oct. 1999, *Riera Blume et a. c. Espagne*, n° 37680/97).

³¹¹⁵ Voir, par exemple, CEDH, 31 janv. 2013, *Association culturelle du Temple pyramide c. France*, n° 50471/07.

³¹¹⁶ En l'espèce il était question de la détermination de l'autorité parentale entre deux époux, dont l'un était témoin de Jéhovah (CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, §30 et s.). Pour une jurisprudence proche, récente, mais avec un résultat inverse : CEDH, 19 mai 2022, *T.C. c. Italie*, n° 54032/18.

³¹¹⁷ Voir par exemple pour la religion dite druidique CEDH, 14 juill. 1987, *Chappell c. Royaume-Uni*, n° 12587/86.

³¹¹⁸ La liberté de religion permet « aussi aux courants minoritaires de la religion en cause d'accomplir les rites selon leurs convictions propres » (P. WASCHMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2017, p. 815, sur la décision CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France*, n° 27417/95).

³¹¹⁹ CEDH, 26 sept. 1996, *Manoussakis et a. c. Grèce*, n° 18748/91.

entre les traditionnelles et les nouveaux mouvements religieux, *a fortiori* entre les “bonnes” et les “mauvaises” religions au regard du principe de non-discrimination »³¹²⁰. Cette approche connaît toutefois des limites propres à l’organisation religieuse et à sa réglementation, qu’illustra la décision *Cha’are Shalom Ve Tsedek c. France*³¹²¹, dans laquelle la Cour ne jugea pas contraire à l’article 14, combiné au 9, le refus d’agrément pour l’abattage rituel à un groupement minoritaire de la religion juive, au motif qu’il n’était pas assez représentatif de la communauté³¹²². Nous y reviendrons.

1172. Au-delà, l’article 14 recèle bien des nuances, qui évoquent certes l’égalité formelle, mais qui ne se départissent jamais d’une dose de réalisme.

1173. Avant toute chose, notifions que la Cour exige certaines « obligations positives » pour protéger des droits fondamentaux, tels que ceux issus l’article 8³¹²³. Généralement, cette obligation positive peut renvoyer à une simple exigence d’extension d’un droit général. Par exemple, elle peut exiger la mise en place « d’une procédure effective et accessible en vue de protéger les droits garantis [...] et notamment la création d’un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures spécifiques appropriées »³¹²⁴. Dans cette perspective, c’est l’exigence d’obligations positives pour la défense de l’article 14 de la Convention qui nous intéresse. Ainsi, dans la décision *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et a. c. Géorgie*, la Cour conclut à une discrimination notamment à cause du manque d’intervention des pouvoirs publics pour protéger les requérants³¹²⁵. Elle a avant tout opéré ce constat pour la protection de la liberté de religion, mais l’a réitérée pour dénoncer l’absence de justification rattachée au traitement discriminatoire résultant de l’inaction des pouvoirs publics envers un groupe religieux particulier. Dans cette affaire, les juges ne mirent pas l’accent sur la comparaison, mais sur le critère – en l’espèce religieux – qui fondait l’inaction des pouvoirs publics, et ce, en l’absence de justification objective apportée par le gouvernement³¹²⁶. Notons cependant que les obligations positives imposées à l’État afin d’assurer le respect effectif des droits que la Convention garantit se différencient des « actions positives » qui seraient obligées au nom d’une correction des inégalités de fait³¹²⁷.

³¹²⁰ I. RIASSETTO, « Discrimination religieuse. Droit français » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire. Droit des Religions*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 190.

³¹²¹ CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Cha’are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95.

³¹²² Voir surtout pour ce point Partie 3.

³¹²³ Dans sa thèse ... explique que l’on ne peut objectivement parler d’obligation « positive » ou « négative » dans la mesure où le juge européen est en mesure dans une même situation, « de considérer alternativement que l’organe étatique avait l’obligation positive d’assurer une protection au droit en cause, soit l’obligation négative de ne pas y porter atteinte » (C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, Dalloz, 2014, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », p. 332). De notre côté, nous employons le terme en référence aux décisions de la CEDH qui parlent expressément d’« obligation positive ».

³¹²⁴ CEDH, 12 juin 2012, *Savda c. Turquie*, n° 42730/05, §98.

³¹²⁵ CEDH, 3 mai 2007, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et a. c. Géorgie*, n° 71156/01, §140.

³¹²⁶ *Ibid.*, §140.

³¹²⁷ F. SUDRE, « Rapport introductif » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 38.

1174. Cependant, la Cour s’est également employée à user de l’article 14 pour justifier et valider l’emploi de discriminations positives visant à corriger des inégalités de fait. Dans la décision *Stec c. Royaume-Uni*, les juges européens ont validé une législation accordant comme avantage spécifique aux femmes le droit à des prestations lors d’un accident du travail. Ils précisèrent alors que l’article 14 « n’interdit pas à un État membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des “inégalités factuelles” entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l’absence d’un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause »³¹²⁸. Nonobstant l’ambiguïté de la dernière partie du considérant, la Cour s’est toujours refusée à obliger la mise en place de mesures de discriminations positives³¹²⁹, du moins ouvertement. De manière générale, les juges européens lient les obligations positives à une conception matérielle de la discrimination prévue à l’article 14 et précisent que, dans certaines circonstances, le fait de ne pas corriger des inégalités par un traitement différent donne lieu, en l’absence de justification objective, à une violation de la Convention³¹³⁰. Comment comprendre cette précision autrement que comme une obligation de correction des inégalités de fait ? L’observation d’obligation ou « d’action » positive découlant du principe de non-discrimination de l’article 14 n’est plus inédite³¹³¹.

1175. En matière religieuse il n’existe pas à proprement parler de discriminations positives dans la jurisprudence de la CEDH. Nous pouvons néanmoins voir dans les approches de la discrimination indirecte des obligations d’aménagements qui s’en rapprochent. D’autant que la distinction entre l’aspect formel et matériel de la non-discrimination reste ambiguë. En se fondant sur la prohibition des discriminations directes, il arrive que la Cour recherche dans l’application concrète de la règle. En effet, lorsque l’État prévoit un régime spécifique aux lieux de cultes, afin de garantir « une possibilité équitable de solliciter » son bénéfice par tous les groupes qui le souhaitent, celui-ci doit reposer sur des critères objectifs et non discriminatoires³¹³². Ainsi, la Cour apprécie l’application concrète du régime, donc les conditions d’application des normes par les tribunaux pour observer une discrimination. Généralement, ces critères doivent être clairement établis par une autorité, au nom de la sécurité juridique et la procédure de reconnaissance encadrée par un texte législatif ou, au moins, réglementaire, pour réduire le risque d’arbitraire³¹³³.

1176. Plus encore, tandis que la liberté de religion fait preuve d’ambiguïté face aux exigences d’aménagements de la loi commune³¹³⁴, le principe de non-discrimination n’est pas non plus allé dans le sens d’une plus grande clarté depuis les années 2000. En effet, la Cour a

³¹²⁸ CEDH, Gr. Ch., 12 avr. 2006, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01, §51.

³¹²⁹ CEDH, Gr. Ch., 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95.

³¹³⁰ CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, n° 51362/09, §81.

³¹³¹ H. SURREL, « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l’homme », *Titre VII*, n° 4, avr. 2020. Voir, par exemple, CEDH, 23 févr. 2016, *Çam c. Turquie*, n° 51500/08 ou CEDH, 29 janv. 2013, *Horvath et Kiss c. Hongrie*, n° 11146/11.

³¹³² CEDH, 2 déc. 2014, *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, n° 32093/10, §48-49.

³¹³³ CEDH, 5 avr. 2022, *Assemblée chrétienne des témoins de Jéhovah d’Anderlecht et a. c. Belgique*, n° 20165/20, §52, 53 et 54.

³¹³⁴ Voir *infra*.

consacré ce qui s'apparente pour beaucoup à une notion de discrimination indirecte dans le domaine religieux. C'est par la fameuse décision *Thlimmenos c. Grèce* que la Cour rajouta à l'interdiction de traitement différent, sans justification objective et raisonnable, de personnes se trouvant dans des situations analogues, l'interdiction de prévoir, sans justification objective et raisonnable, « un traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »³¹³⁵. En l'espèce, le requérant, témoin de Jéhovah, ne se fondait pas sur l'existence d'une différence de traitement, mais voyait une discrimination dans l'exercice de la liberté de religion en ce qu'il avait « subi le même traitement que toute autre personne convaincue d'un crime, alors que sa propre condamnation découlait de l'exercice même de cette liberté »³¹³⁶. La CEDH en conclut alors la responsabilité de l'État qui, « en adoptant la législation pertinente sans introduire les exceptions appropriées à la règle excluant la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime, a enfreint le droit du requérant de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit au regard de l'article 9 de la Convention »³¹³⁷. Olivier De Schutter vit à travers cette jurisprudence, non seulement la consécration des discriminations indirectes, mais aussi celle de l'exigence d'accommodements raisonnables. Plus encore, d'après lui, la décision ne concernait pas en premier lieu ces premières mais bien les seconds³¹³⁸. De toute évidence, cette jurisprudence marquait la remise en cause d'un traitement uniforme de situations distinctes, ce qui signalait une potentielle prise en compte des discriminations indirectes – comprises sous notre acception conceptuelle. Du moins, la saisie de celles-ci passe par la nécessaire remise en cause d'un traitement uniforme. Au surplus, comme la Cour admet une atteinte au droit « de ne pas subir de discrimination » et qu'il est question d'une règle qui n'a précisément pas inclus de différence de traitement souhaitée – donc une règle générale –, le juge ne peut ici pas parler d'une discrimination directe.

1177. La jurisprudence *Thlimmenos* a surpris par son annonce, mais peu de décisions ont suivi l'opportunité qu'elle laissait. Pis encore, une décision rendue en Grande Chambre le 10 avril 2007 laissait présager l'abandon de la jurisprudence de 2000³¹³⁹, et ce, alors que la Cour avait constaté l'existence d'une discrimination pratique, donc indirecte, l'année d'avant³¹⁴⁰. En vérité, *Thlimmenos* reste encore une décision isolée principalement en matière religieuse, quand l'acceptation des discriminations indirectes en général fut réaffirmée³¹⁴¹. En effet, loin d'être tombée en désuétude, la jurisprudence *Thlimmenos* a été rappelée en 2013 dans l'affaire *E.B. et*

³¹³⁵ CEDH, Gr. Ch., 6 avr. 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, §44.

³¹³⁶ En l'espèce, le croyant s'était vu refuser le poste d'expert-comptable en raison d'une condamnation passée pour refus de port de l'uniforme. La loi prévoyait l'exclusion du poste de tout individu rendu antérieurement coupable d'un crime (*ibid.*, §42).

³¹³⁷ *Ibid.*, §48.

³¹³⁸ « [I]ndirect discrimination occurs where an apparently neutral measure has a disproportionate impact or imposes a particular disadvantage on a certain category, and cannot be justified as a measure pursuing a legitimate aim by means both appropriate and necessary; the failure to provide effective accommodation is a failure to create an exception, where one would be required to take into account the specific situation of a category of persons, although the general rule is justified to the extent that it applies to the generality » (O. DE SCHUTTER, « Reasonable Accommodations and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights » in A. LAWSON et C. GOODING (dir.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Londres, Hart Publ., 2005, p. 53).

³¹³⁹ CEDH, Gr. Ch., 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n°6339/05.

³¹⁴⁰ CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02.

³¹⁴¹ Voir par exemple CEDH, 13 nov. 2007, *D. H. et a. c. République tchèque*, n° 57325/00.

a. c. Autriche, la Cour condamnant l'État autrichien pour avoir injustement traité à l'identique des individus dans des situations manifestement différentes³¹⁴². Plus encore, la jurisprudence a été affinée. La Cour fait tant découler la discrimination indirecte des effets d'une règle en apparence neutre, sans nécessairement d'intention discriminatoire³¹⁴³, que d'une situation de fait elle-même³¹⁴⁴.

1178. Cela n'a pas empêché la Cour de rappeler, dans l'affaire *S.A.S. c. France*, l'existence incontestable de discriminations indirectes en matière religieuse, même si, en l'occurrence, la mesure fut jugée objective et raisonnable. La requérante, dénonçant une discrimination indirecte, avait intelligemment souligné qu'avec la loi de 2010 sur l'interdiction de dissimulation du visage, elle appartenait « à une catégorie de personnes tout particulièrement exposées à l'interdiction »³¹⁴⁵. La Cour rappelait effectivement la possibilité que des règles « même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire » puissent discriminer³¹⁴⁶. Peu de temps avant, les affaires *Eweida et a. c. Royaume-Uni* avaient déjà réaffirmé le principe de l'existence du caractère indirect des discriminations en matière religieuse, auparavant dégagé par l'arrêt *Thlimmenos*. Pour autant, elles ne consacrèrent pas leur existence en l'espèce³¹⁴⁷. Pour *S.A.S. c. France*, si l'argument de la discrimination indirecte fut, à la fin, également rejeté, c'est la liberté de religion qui occupa le principal de la décision. Son atteinte était immanquablement première et plus évidente. D'ailleurs, la Cour établit clairement que la règle crée une contrainte spécifique sur la croyante au regard de sa pratique spécifique du culte³¹⁴⁸.

1179. Remarquons que des auteurs ont pu rejoindre l'argument apporté plus haut, selon lequel la non-discrimination indirecte impliquerait la recherche d'un groupe défavorisé dans la jurisprudence de la CEDH³¹⁴⁹. Pourtant, à la lecture de la décision *Thlimmenos*, il n'apparaît aucune exigence de communauté pour apprécier la discrimination indirecte. D'autant que, en l'espèce, il était question du traitement spécifique d'un unique individu témoin de Jéhovah.

³¹⁴² CEDH, 7 nov. 2013, *E.B. et a. c. Autriche*, n° 31913, 38357/07, 48098/07, 49777/07 et 48779/07 (fondée sur l'orientation sexuelle).

³¹⁴³ CEDH, 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10, §103.

³¹⁴⁴ CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, §76.

³¹⁴⁵ CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juill. 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, §160.

³¹⁴⁶ *Ibid.*, § 161.

³¹⁴⁷ CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

³¹⁴⁸ CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juill. 2014, *préc.*, §110.

³¹⁴⁹ C. PICHERAL, « L'incertaine détermination des différences de traitement » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 95. D'ailleurs, Caroline Picheral cite pour appuyer son propos l'article d'Olivier De Schutter « Le droit au mode de vie tsigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droit des minorités, discriminations positives », *RTDH*, n° 29, 1997, p. 47-93.

Cependant, la Cour a déjà visé la protection spécifique de groupes dans ce cadre³¹⁵⁰. L'approche de la discrimination indirecte est en effet fréquemment reliée à la recherche d'un « groupe protégé »³¹⁵¹. Il semble seulement que l'exigence d'une communauté discriminée ne soit pas obligatoire. D'autant que la conception initiale de l'article 14, et plus largement de la Convention, est profondément individualiste, ce qui freine son emploi comme mode de protection des minorités³¹⁵². *A contrario*, la Cour a déjà approché la liberté de religion en soulignant le caractère minoritaire d'une communauté³¹⁵³. Nous rejoignons finalement Ilias Trispiotis pour réfuter la pertinence de l'approche par l'individu ou par le groupe servant à distinguer la liberté de religion de la non-discrimination en droit positif³¹⁵⁴.

1180. Abstraction faite de ces réflexions, nous nous interrogerons sur la pénétration de la non-discrimination indirecte au sein des rapports privés. Dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni* la Commission des droits de l'homme étudia les moyens fondés sur l'article 14 de la Convention qui critiquaient un traitement à l'avantage des travailleurs chrétiens, ceux-ci pouvant concilier leurs obligations professionnelles et religieuses. Les juges relevèrent, en premier lieu, l'absence de traitement individuel défavorable par rapport aux individus placés en situation comparable³¹⁵⁵. De manière somme toute lacunaire, la Commission constatait effectivement que seules les fêtes religieuses de la majorité de la population formaient des jours fériés. Elle n'alla pas plus loin du point de vue de la discrimination, considérant que « les fêtes protestantes par exemple ne sont pas toujours fériées en pays catholique et inversement »³¹⁵⁶. Le rejet du moyen ne s'appuya sur aucun argumentaire supplémentaire. L'absence de véritable justification montra peut-être la méfiance des juges et la difficulté, lorsqu'est acceptée la discrimination indirecte, de justifier un refus d'y faire droit en matière religieuse. La remarque précitée de la Commission laisse envisager un problème supplémentaire, que relève Gérard Gonzalez, puisque, si une telle pratique s'instaurait, elle devrait s'appliquer sans discrimination à l'égard de toutes les croyances religieuses, fussent-elles minoritaires, ce qui n'est pas sans poser

³¹⁵⁰ Pour la précision d'une discrimination envers un groupe, voir CEDH, 28 mai 2002, *Mc Shane c. Royaume-Uni*, n° 43290/98, §135. Du reste, le Cour a elle-même précisé que « l'article 14 interdit, dans le domaine des droits ou libertés garantis, un traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle, par laquelle des *personnes ou des groupes de personnes* se distinguent les uns des autres » (nous soulignons) (CEDH, 7 déc. 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72, §56). Dans la décision *Biao c. Danemark*, la Cour a réitéré une acception de la discrimination indirecte comme pouvant « aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un *groupe* » (nous soulignons) (CEDH, Gr. Ch., 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10, §103).

³¹⁵¹ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018, p. 62 et s.

³¹⁵² Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes. Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme » in SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 197-222.

³¹⁵³ CEDH, 24 mai 2016, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13.

³¹⁵⁴ I. TRISPIOTIS, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *Modern Law Review*, vol. 82, n° 5, p. 864-896

³¹⁵⁵ Comm. EDH, 12 mars 1981, *X. c. Royaume-Uni*, n° 8160/78, §27.

³¹⁵⁶ *Ibid.*, §28.

certaines difficultés³¹⁵⁷. Au demeurant, l'idée selon laquelle d'autres minoritaires n'auraient pas été mieux traités que le croyant musulman semble bien fragile. La comparaison se fonde théoriquement à l'égard du culte majoritaire et non des autres minorités. Le juge semblait pourtant partir du postulat selon lequel la comparaison vaut entre les minoritaires. L'époque dénotait encore peut-être d'un manque de sensibilité à l'endroit des problématiques minoritaires. Cela étant, la décision s'inscrivait dans une ligne jurisprudentielle classique de la Commission à l'égard des discriminations indirectes. Elle put réitérer le rejet de leur prise en compte en 1996, en s'appuyant sur une approche strictement formelle de l'égalité³¹⁵⁸. Olivier De Schutter constate ces refus de discriminations indirectes et les compare à la décision *Thlimmenos c. Grèce*. À la lumière des interprétations distinctes, il conclut que la Cour paraît seulement prompte à exiger des accommodements lorsque le croyant concerné n'a pas consenti à la restriction menée sur sa croyance³¹⁵⁹. Les relations privées du milieu du travail renvoient généralement à la conclusion d'un contrat, donc au consentement du croyant, ce qui exclurait, selon cette interprétation, tout accommodement au sein de l'entreprise en vertu de sa conviction.

1181. Dans la plupart des situations sur les rapports privés, la question reste portée sur la réglementation en vigueur, c'est-à-dire sur un rapport somme toute vertical. La protection accordée par la Convention vise avant tout à contester les règles étatiques, bien qu'elles s'immiscent parfois dans les relations privées. Cependant, la Cour a accepté d'étendre l'application de la non-discrimination aux rapports purement privés et horizontaux dans sa décision *Pla et Puncerneau c. Andorre*, affaire dans laquelle il était question de l'autonomie de la volonté découlant d'un testament³¹⁶⁰. La Cour a, en premier lieu, rappelé qu'elle ne réglait pas, « en principe », les différends purement privés, mais qu'il lui incombait, en l'espèce, d'intervenir lorsque l'interprétation d'un acte juridique, même entièrement privé, donnée par une autorité publique apparaissait notamment discriminatoire³¹⁶¹. La plupart du temps, toutefois, la Cour se contente de toucher les relations interindividuelles par le biais des obligations positives imposées à l'État pour couvrir les violations privées qui lui seraient imputables³¹⁶². À notre connaissance, il n'y a pas d'exemple d'application de la jurisprudence *Pla et Puncerneau* dans le domaine religieux.

1182. Nous constatons en tout état de cause une application très diversifiée du principe de non-discrimination dans le cadre de la Convention, qui entraîne de multiples rapports aux faits et qui côtoie, sur bien des points, l'égalité matérielle. En matière religieuse toutefois, la

³¹⁵⁷ G. GONZALEZ, « L'exigence de neutralité des services publics » in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2006, coll. « Droit et Justice », p. 186.

³¹⁵⁸ Comm. EDH, 3 déc. 1996, *Konttinen c. Finlande*, n° 24949/94.

³¹⁵⁹ O. DE SCHUTTER, « Reasonable Accommodations and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights » in A. LAWSON et C. GOODING (dir.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Londres, Hart Publ., 2005, p. 57.

³¹⁶⁰ Une question tout à fait inédite, comme le soulignaient les requérants eux-mêmes (CEDH, 13 juill. 2004, *Pla et Puncerneau c. Andorre*, n° 69498/01, §30).

³¹⁶¹ *Ibid.*, §59.

³¹⁶² F. SUDRE, « Rapport introductif » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 31.

Cour reste timide. L'ouverture opérée par *Thlimmenos* laissait présager l'acceptation d'une plus ample place pour les différences religieuses, mais cette jurisprudence est quelque peu restée lettre morte pour la religion. C'est finalement la liberté de religion qui intègre plus amplement la différence religieuse au sein de la Convention.

PARAGRAPHE 2. L'inclusion perceptible mais ambiguë des différences religieuses par le truchement de la liberté de religion

1183. La Convention européenne des droits de l'homme protège la liberté de religion au titre de son article 9. Celui-ci comprend tant le respect du for intérieur que la liberté de manifestation religieuse individuelle et collective. La protection du domaine personnel des convictions et croyances passe notamment par l'absence de contraintes, directes ou indirectes, exercées sur les consciences par l'État³¹⁶³. Pour la manifestation des croyances religieuses, la Cour encadre les mesures de restriction de la liberté de religion en appréciant si elles sont établies par la loi, le caractère proportionné de celles-ci, notamment à travers l'existence d'un but légitime que l'article 9§2³¹⁶⁴ énumère, ainsi que la nécessité de la mesure par rapport à ce but légitime³¹⁶⁵. Les exemples de restrictions justifiées à la liberté de religion ne manquent pas³¹⁶⁶.

1184. Il reste que, à l'instar du droit français, le principe européen est aussi celui de la liberté, quand la restriction reste l'exception³¹⁶⁷. En effet, les États doivent justifier d'un but légitime, spécifiquement caractérisé par la Convention, pour restreindre la liberté de religion. Tout but n'est alors pas suffisant pour limiter cette dernière. Nous savons pourtant que cette liberté peut être indirectement entachée par une règle religieusement neutre. *A priori*, que la norme vise une religion ou pas, cela n'importe pas du point de vue européen. Seul un but assez légitime peut être accepté pour restreindre un culte. C'est une conception assez libérale, qui n'est pas sans risque à l'aune de nos exposés précédents concernant le caractère illimité des revendications religieuses.

³¹⁶³ CEDH, 7 déc. 1976, *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, n° 5095/71.

³¹⁶⁴ « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

³¹⁶⁵ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « La manifestation de sa religion vue de Strasbourg. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 6.

³¹⁶⁶ Entre autres : au nom de la sécurité publique, les juges européens ont déjà validé des sanctions prises à l'encontre de militaires en raison d'actions qui découlent d'opinions religieuses extrémistes (CEDH, 1^{er} juill. 1997, *Kalac c. Turquie*, n° 20704/92) ; au nom de la santé publique, ils ont considéré comme justifiée la condamnation de pharmaciens qui refusaient de vendre des produits contraceptifs en raison de ses convictions (CEDH, 2 oct. 2001, *Pichon et Sajous c. France*, n° 49853/99) ; au nom, enfin, de la protection des droits et libertés d'autrui, les juges ont, certes autorisé, mais limité le prosélytisme abusif (CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88).

³¹⁶⁷ Y. B. ACHOUR, *La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté de religion*, Paris, Pedone, 2005, coll. « Cours et Travaux », P. 18.

1185. Cependant, par ce contrôle, la Cour de Strasbourg est confrontée à des modèles nationaux qui se distinguent incontestablement. La place accordée aux différences religieuses – sujet d’après débats – diffère d’un État à un autre. Pour ne pas excessivement froisser les principes étatiques qui gouvernent le domaine culturel, les juges laissent alors une marge d’appréciation aux autorités nationales « pour déterminer l’existence et l’étendue de la nécessité » des ingérences en matière religieuse³¹⁶⁸. Si la pluralité et la particularité se dégagent du fait religieux, l’imprégnation culturelle de certaines religions dans les États réduit le champ de vision des juges et les amène tendanciellement à concevoir une acception nationale orientée de la religion. C’est aussi le constat de cette diversité qui pousse la CEDH à concéder une marge d’appréciation aux États en la matière³¹⁶⁹. La décision précitée *Cha’are Shalom Ve Tsedek c. France*³¹⁷⁰ témoigne au passage de la souplesse et de l’importance accordée à cette marge d’appréciation³¹⁷¹. Le raisonnement semble judicieux et, surtout au regard de tout notre exposé, particulièrement nécessaire dans le domaine religieux.

1186. Cela étant, des auteurs n’ont pas manqué de souligner le potentiel de l’article 9 à l’égard des accommodements raisonnables³¹⁷². À plus forte raison que les juges européens ont déjà estimé qu’une restriction disproportionnée à un droit que la Convention garantissait, tel que le droit à la vie privée, pouvait résulter du maintien d’une norme sans exception prévue³¹⁷³. Comme nous l’affirmions, la crainte est justifiée pour l’article 9. C’est justement parce que la liberté est la règle et parce que la liberté de religion est un outil contestataire important à l’égard de mesures religieusement neutres qu’elle entraîne des ambiguïtés s’agissant des accommodements juridiques. Ledit article est un support de choix pour permettre aux croyants de demander des dérogations distinctes au droit commun en raison de leur conviction religieuse

³¹⁶⁸ CEDH, 23 août 1994, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, n° 13470/87, § 50. La Cour s’est déjà fondée sur cette marge d’appréciation dont disposent les États pour accepter la place culturelle laissée au christianisme dans des programmes scolaires (CEDH, Gr. Ch., 29 juin 2007, *Folgero et a. c. Norvège*, n° 15472/02) ou le maintien d’un crucifix dans les salles de classe d’écoles publiques (CEDH, Gr. Ch., 18 mars 2011, *Lautsi et a. c. Italie*, n° 30814/06).

³¹⁶⁹ La Cour affirme : « [c]omme pour la “morale”, il n’est pas possible de discerner à travers l’Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société ». Et celle-ci de rajouter avec pertinence que « semblables conceptions peuvent même varier au sein d’un seul pays ». Les juges en concluent qu’« il n’est pas possible d’arriver à une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d’expression lorsque celui-ci s’exerce contre les sentiments religieux d’autrui » (CEDH, 23 août 1994, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, n° 13470/87, §50).

³¹⁷⁰ CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Cha’are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95.

³¹⁷¹ J.-P. SCHOUBE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, Pedone, 2015, coll. « Publications de l’Institut international des droits de l’homme », p. 292.

³¹⁷² « [D]ans plusieurs affaires, elle [la Cour] a considéré que le caractère proportionné d’une mesure supposait notamment que, parmi plusieurs moyens d’atteindre une finalité, les autorités aient opté pour le moins attentatoire aux droits et libertés. Dans cette optique, il est possible de soutenir que lorsqu’une norme, justifiée par un objectif légitime, entrave la liberté de certains individus d’observer leur religion, et qu’il apparaît qu’un aménagement de cette norme permettrait d’éviter cette ingérence dans la liberté religieuse sans pour autant compromettre la réalisation du but recherché, cette deuxième solution doit être privilégiée, car elle constitue le moyen le moins restrictif d’atteindre l’objectif poursuivi » (E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009).

³¹⁷³ Par exemple en application de l’article 8 de la Convention : CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83, §49.

et des affaires tenues devant la CEDH illustrèrent cela. La ligne jurisprudentielle ne sembla toutefois pas claire.

1187. En 1978, sous l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, le refus d'accorder des dérogations à la loi commune avait rigoureusement été affirmé³¹⁷⁴. Plus tard, la Commission avait réitéré que la liberté de religion ne devait pas permettre de se soustraire des mesures neutres et d'application générale, mais la Cour ne l'avait à l'époque pas suivie sur ce point³¹⁷⁵. Pourtant, cette dernière a, parallèlement, plusieurs fois rejoint l'approche de la Commission. Tel est le cas d'une affaire concernant l'État français qui rejetait la demande d'une musulmane dénonçant son interdiction d'accéder au consulat de France à Marrakech en raison de son refus d'ôter le voile – sauf en présence d'une femme seule – pour un contrôle d'identité³¹⁷⁶. La Cour réitéra l'importance donnée à la marge d'interprétation, comme lors des tentatives de dérogations à la loi du 15 mars 2004 sur l'interdiction de signes religieux à l'école, intentées par des élèves de confession sikhe et musulmane³¹⁷⁷. Vincent Coussirat-Coustère conclut des interprétations données par la CEDH qu'elle semble étendre « démesurément la notion de réglementation religieusement neutre, en privilégiant l'objet de la réglementation sur la motivation de son édicton »³¹⁷⁸. Il cite comme exemple les affaires sur les signes religieux dans lesquelles la Cour se fondait généralement sur le fait que la règle « ne vise pas l'appartenance de la requérante à une religion »³¹⁷⁹. L'auteur précité y voit des motivations parfois « bizarres ». À nos yeux, l'interprétation ne surprend pas. Le commentateur a l'air de confondre l'appréciation portée sur l'article 14 et celle découlant de l'article 9. Si la discrimination indirecte devait permettre de contester n'importe quelle règle en apparence neutre, la volonté portée par la Cour de limiter la liberté de religion au seul régime cultuel relève d'une certaine logique. Ainsi, il nous semble cohérent qu'une distinction entre normes réglementant le culte et normes communes soit opérée. Néanmoins, l'approche n'est pas aisée et les contestataires ne différencient pas selon qu'il s'agisse d'un régime des cultes ou du droit commun. Chaque croyant peut aujourd'hui voir une atteinte à sa conviction dans une règle générale qui n'a aucunement pris en considération sa tradition spécifique. La Cour peine à maintenir l'importance de la règle neutre et générale.

³¹⁷⁴ Sur une affaire classique d'un recours d'un pratiquant sikh contre l'obligation de port du casque sur une motocyclette. La Commission rejeta la demande au titre de la protection de la santé (Comm. EDH, 12 juill. 1978, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7992/77).

³¹⁷⁵ CEDH, 18 déc. 1996, *Valsamis c. Grèce*, n° 21787/93.

³¹⁷⁶ CEDH, 4 mars 2008, *El Morsli c. France*, n° 15585/06.

³¹⁷⁷ Voir les six décisions rendues le 30 juin 2009, toutes conclues par un rejet des demandes au titre de la marge d'interprétation laissée à l'État français pour apprécier le caractère ostensible ou non du signe (*Aktas c. France*, n° 14308/08 ; *Ghazal c. France*, n° 29134/08 ; *Bayrak c. France*, n° 14308/08 ; *Gamaleddyn c. France*, n° 18527/08 ; *Jasvir Singh c. France*, n° 25463/08 ; *Ranjit Singh c. France*, n° 27561/08).

³¹⁷⁸ V. COUSSIRAT COUSTÈRE, « La manifestation de sa religion vue de Strasbourg. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion...*, op. cit., p. 27.

³¹⁷⁹ (CEDH, 24 janv. 2006, *Kurtulmus c. Turquie*, n° 65500/01 cité dans *ibid.*, p. 27). Vincent Coussirat-Coustère explique que, pour le cas de la France, cette justification n'est plus envisageable étant donné que la loi de 2004 vient concerner le domaine religieux (l'auteur cite en exemple l'affaire du 4 décembre 2008 *Kervanci et Dogru c. France*, n°31645/04 et 27058/05).

1188. L'ambiguïté ressort dès lors à propos d'une décision de la CEDH sur les autorisations d'absence à l'école pour les fêtes religieuses³¹⁸⁰. La Cour valida l'appréciation du tribunal administratif luxembourgeois tendant à rejeter la demande de dispense de cours le samedi en ce qu'elle portait un caractère systématique. La demande visait effectivement à exclure l'enfant de tous les cours portés ces jours-là. Julie Ringelheim remarque que « ni le gouvernement, ni la Cour n'invoque en l'espèce, pour justifier l'ingérence dans la liberté de religion des requérants, le caractère général de la règle contestée, laquelle s'appliquait à tous sans distinction et n'avait pas pour but de restreindre la pratique religieuse »³¹⁸¹. L'autrice estime que si la demande de dispense avait été plus raisonnable – le caractère systématique de celle-ci étant le seul fondement pour débouter le requérant – la Cour aurait accepté « qu'une règle générale puisse porter atteinte de manière *indirecte* à la liberté de religion »³¹⁸². Cette décision ouvre la voie à toute possibilité de contestation d'une règle qui n'a même pas un caractère religieux. En revanche, elle n'étonne guère ; une telle interprétation n'est d'ailleurs pas isolée dans le cadre de la liberté de religion. L'immixtion accrue du rôle de l'État et l'essor progressif de nouveaux cultes dont les traditions minoritaires n'ont que peu accompagné la formation du droit expliquent la confrontation entre certaines pratiques religieuses et la règle générale³¹⁸³. Cette confrontation, à notre sens inhérente à la liberté de religion, est aujourd'hui largement observable dans la jurisprudence de la Cour.

1189. Une décision rendue en 2004 illustra l'acceptation concrète de l'opposition entre une norme générale, extérieure à la matière religieuse, et une conviction religieuse. Des requérants exigeaient devant la CEDH la modification des règles d'aménagements du territoire afin d'accorder un permis de construire pour un édifice cultuel, et ce, au titre de l'article 9³¹⁸⁴. La Cour releva qu'en l'espèce « le requérant n'a pas sollicité la mise en œuvre par l'administration d'un droit lié à l'exercice de sa liberté de religion », mais « demanda ainsi, au nom de l'exercice de sa liberté de culte, une dérogation aux règles préétablies sur l'aménagement du territoire de sa bourgade »³¹⁸⁵. La législation culturelle nationale ne concernant pas les requérants, la Cour était alors « appelée à se prononcer sur la compatibilité avec la Convention de l'interprétation d'une loi *prima facie* neutre à l'égard de l'exercice de la liberté de culte »³¹⁸⁶. Cette situation exigeait donc un contrôle de proportionnalité, mettant en confrontation l'interprétation faite par le Conseil d'État grec des dispositions générales et l'article 9 de la Convention. En l'espèce, la Cour jugea l'absence d'arbitraire et laissa une large marge d'appréciation aux autorités nationales afin de débouter les requérants³¹⁸⁷. Si les juges

³¹⁸⁰ CEDH, 27 avr. 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c. Le Luxembourg*, n° 44888/98.

³¹⁸¹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, coll. « Du centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain », p. 148.

³¹⁸² *Ibid.* (nous soulignons).

³¹⁸³ *Ibid.*, p. 162.

³¹⁸⁴ CEDH, 24 juin 2004, *Vergos c. Grèce*, n° 65501/01, §26.

³¹⁸⁵ *Ibid.*, §38.

³¹⁸⁶ *Ibid.*, §40.

³¹⁸⁷ *Ibid.*, §41.

ne consacrerent pas la dérogation dans cette affaire, ils acceptèrent clairement la confrontation d'une règle dénuée de toute visée religieuse avec la liberté de religion de l'individu.

1190. Ce type d'interprétation corrobore des propos antérieurs concernant le potentiel « contestatoire » de la liberté de religion à l'encontre de règles générales. Elle témoigne, par là même, des possibilités offertes par la liberté de religion en matière de dérogation juridique, puisque, dans l'hypothèse où la Cour avait validé la requête, elle n'aurait rien consacré d'autre qu'une sorte d'accommodement raisonnable.

1191. La protection des droits fondamentaux accordée par la Cour peut même présenter certaines ambiguïtés qui rapprochent davantage de ces formes d'accommodements. Précisément, si la principale dimension de la liberté de religion repose sur l'abstention des pouvoirs publics – encore qu'il soit dorénavant possible de douter du terme « abstention » lorsqu'est contestée une règle neutre – nous précisons que la Cour dégage une protection active de celle-ci, exigeant certaines obligations pour rendre concrets et effectifs les droits garantis par la Convention³¹⁸⁸. Elle a clairement pu opposer deux conceptions de la garantie des droits qui n'est pas sans rappeler celle tenue entre droit-liberté et droit-créance : « [u]n exercice réel et effectif de la liberté d'association et de réunion ne se limite pas à un simple devoir de non-ingérence de sa part : une telle conception négative ne cadrerait pas avec le but de l'article 11 ni avec celui de la Convention en général. Il peut ainsi exister des obligations positives inhérentes à un respect effectif de cette liberté »³¹⁸⁹. Comme nous l'expliquions, il n'est pas question, la plupart du temps, d'aménagements au droit commun au profit de certains groupes, mais d'une libéralisation procédurale ou matérielle afin qu'un droit fondamental soit davantage garanti³¹⁹⁰. Pour autant, cette obligation s'apparente également à une sorte d'exigence de lutte contre la stigmatisation, le racisme ou les phénomènes discriminatoires patents³¹⁹¹. Elle trouve, partant, une certaine application à l'égard des minorités³¹⁹². En matière religieuse, si elles restent rares³¹⁹³, les obligations positives découlant de l'article 9 justifient de véritables aménagements juridiques.

1192. Dans la décision *Jakobski c. Pologne*, il était question d'un détenu bouddhiste qui protestait contre le refus opposé par l'État de lui accorder un repas végétarien au nom de sa

³¹⁸⁸ CEDH, 2 juill. 2002, *Wilson, National Union of Journalists et a. c. Royaume-Uni*, n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96.

³¹⁸⁹ CEDH, 3 mai 2007, *Baczowski et a. c. Pologne*, n° 1543/06, §64.

³¹⁹⁰ Par exemple, dans la décision *Baczowski et a. c. Pologne* la Cour estime que pour rendre effective la liberté de réunion « il est important que la législation applicable prévoie des délais raisonnables dans lesquels les autorités publiques devront statuer sur les questions qui leur sont soumises » (§83).

³¹⁹¹ Comme le dit la Cour : « [c]es obligations revêtent une importance toute particulière pour les personnes dont les opinions sont impopulaires ou qui appartiennent à des minorités, du fait qu'elles sont plus exposées aux brimades » (*ibid.*, §64). Voir également CEDH, Gr. Ch., 6 juill. 2005, *Natchova et a. c. Bulgarie*, n° 43577/98 et 43579/98.

³¹⁹² F. TULKENS et S. PIEDIMONTE, « La protection des minorités nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Comité d'experts sur les questions relatives à la protection des minorités nationales (DH-MIN)*, 7^e réunion, 12-13 mars 2008, Strasbourg.

³¹⁹³ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « La manifestation de sa religion vue de Strasbourg. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion...*, *op. cit.*, p. 7.

croyance³¹⁹⁴. Les juges se positionnèrent en partie sur le champ de l'obligation positive imposée aux États de « prendre des mesures raisonnables et appropriées pour protéger les droits de requérant au titre du paragraphe 1 de l'article 9 »³¹⁹⁵. La Cour contesta la justification, apportée par l'État, de la contrainte excessive qu'emportait l'acceptation d'un tel repas et jugea, en conséquence, qu'il y avait une atteinte disproportionnée à la liberté de religion du détenu³¹⁹⁶. Dans l'absolu, la Cour aurait difficilement pu admettre le contraire. Servir un repas végétarien pour le détenu n'impliquait effectivement pas de contraintes réelles, comme le soutenait la Cour. Il faut dire que les juges européens n'étaient pas à leur coup d'essai ; la Commission avait déjà affirmé la nécessité de faire tout ce qui était possible pour respecter la religion du requérant dans le milieu carcéral³¹⁹⁷. Plus récemment, la décision *Jakobski c. Pologne* connut même une confirmation, dans des termes quasiment similaires, qui valut la condamnation de la Roumanie³¹⁹⁸.

1193. C'est la logique même de la liberté de religion qui oblige la Cour à accepter une obligation d'aménagement en la matière puisqu'elle exige une justification dans la restriction apportée et/ou une obligation positive à la charge de l'État. La Cour parsème effectivement son appréciation de différents contrôles – notamment celui consistant à rechercher si le rite en question rentre sous la protection de l'article 9 –, mais elle ne peut éternellement récuser les nécessités d'aménagements que requière la liberté de religion.

1194. En tout état de cause, nous rejoignons Julie Ringelheim qui rapproche certaines décisions de la CEDH, notamment sur les repas dans les prisons, « de la notion d'*aménagement raisonnable* développée par la Cour suprême du Canada ». En effet, la CEDH « n'exclut pas la possibilité de déduire de l'article 9 de la Convention une obligation, à charge de l'État, de prendre des mesures raisonnables pour assurer aux fidèles des différents cultes une jouissance effective de leur liberté de religion, au besoin en ajustant des règles générales, dans les limites du principe de proportionnalité »³¹⁹⁹. Dans une décision récente concernant encore la Roumanie, la CEDH confirma cette analyse, en jugeant cette fois-ci que les autorités avaient « satisfait, à un *degré raisonnable* dans les circonstances de l'espèce, à leurs obligations positives découlant de l'article 9 de la Convention »³²⁰⁰. Comme le notait pertinemment Gwénaële Calvès, la décision laisse clairement apparaître le contrôle du caractère raisonnable des aménagements prévus par les autorités³²⁰¹. Une sorte d'approche de l'accommodement raisonnable résulte ainsi de l'application de l'article 9.

³¹⁹⁴ CEDH, 7 déc. 2010, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06.

³¹⁹⁵ *Ibid.*, § 47 (nous traduisons de l'anglais). La Cour précise que l'appréciation de l'obligation positive précitée est peu ou prou similaire au contrôle porté sur la justification de l'interférence d'une autorité publique dans la liberté de religion, garanti par le paragraphe 2 de l'article 9 (*ibid.*).

³¹⁹⁶ *Ibid.*, § 54 et 55.

³¹⁹⁷ Comm. EDH, 5 mars 1976, *X. c. Royaume-Uni*, n° 5947/72.

³¹⁹⁸ CEDH, 17 déc. 2013, *Vartic c. Roumanie*, n° 14150/08, pour la reprise des principes de *Jakobski* spécifiquement § 44 et 45.

³¹⁹⁹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme...*, op. cit., p. 168-169.

³²⁰⁰ CEDH, 9 juin 2020, *Erlich et Kastro c. Roumanie*, n° 23735/16 et 23740/16, § 44 (nous soulignons).

³²⁰¹ G. CALVÈS, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *RDLF*, chron. n° 29, 2021.

1195. Cela étant, l'affaire touchait un détenu et, comme ce qui justifiait les aumôneries en France, les restrictions à la liberté de religion dans les lieux clos peut difficilement s'appuyer sur le choix de l'individu. Intégralement contraint, le détenu ne peut respecter ses rites comme le pourrait – justifie-t-on souvent – un employé à la fin de sa journée de travail³²⁰². Cette argumentation est rapidement court-circuitée par des décisions allant au-delà du milieu carcéral. En effet, la Cour a pu estimer qu'une mesure d'application générale et neutre, comme un plan d'urbanisme, puisse interférer dans l'exercice de la liberté de religion³²⁰³. Une telle règle fut soumise au contrôle de proportionnalité – bien qu'elle n'ait en aucun cas visé le domaine religieux –, en ce qu'elle affecte, par exemple, « indirectement la capacité du requérant à tenir des réunions religieuses sur son propre terrain »³²⁰⁴. À propos des règles d'urbanisme, il était plus tôt arrivé que les juges européens contestent l'atteinte portée à l'article 9 de la Convention en considérant le requérant lésé dans l'exercice de son culte, après la modification de règles urbanistiques générales³²⁰⁵.

1196. Malgré ces ambiguïtés, l'article 9 ne saurait imposer à l'État la mise à disposition d'un lieu de culte pour une communauté religieuse³²⁰⁶. Plus encore, il ne peut imposer un régime juridique particulier pour les lieux de cultes³²⁰⁷. En revanche, la disposition condamne logiquement l'impossibilité pour une communauté de disposer d'un lieu de culte afin d'y pratiquer sa religion³²⁰⁸. Plus poussée, cette obligation positive peut potentiellement s'immiscer dans les rapports privés quand il est reproché aux pouvoirs publics un manquement à la protection de la liberté de religion d'un individu contre l'ingérence de son employeur³²⁰⁹.

1197. S'agissant justement des relations privées, la Cour européenne des droits de l'homme a longtemps été réticente à aisément accorder des obligations d'aménagements religieux dans le milieu professionnel au titre de la liberté de religion³²¹⁰. Les juges établissent souvent la responsabilité du croyant pour refuser tout accommodement. Assurément, en se soumettant volontairement à des règles contractuelles, l'individu a entendu se contraindre aux règles communes prévues et ne peut, à ce titre, se prévaloir de sa religion pour y déroger³²¹¹. Cette approche restrictive reposant sur le choix de l'individu a vivement été critiquée. Nicolas Hervieu voit alors dans la décision *Eweida c. Royaume-Uni*³²¹² une tentative de rédemption de la part de la Cour, qui put assouplir son approche en favorisant à la place une balance des

³²⁰² Voir *infra*.

³²⁰³ CEDH, 10 nov. 2020, *Association chrétienne des témoins de Jéhovah de Bulgarie c. Bulgarie*, n° 5301/11, §101.

³²⁰⁴ *Ibid.*, §100 (nous traduisons de l'anglais).

³²⁰⁵ CEDH, 24 mai 2016, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13.

³²⁰⁶ CEDH, 18 sept. 2007, *Griechische Kirchengemeinde München et Bayern c. Allemagne*, n° 52336/88.

³²⁰⁷ CEDH, 2 déc. 2014, *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, n° 32093/10, §48.

³²⁰⁸ CEDH, 17 oct. 2016, *Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13, §90.

³²⁰⁹ CEDH, 3 févr. 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02, §37-38.

³²¹⁰ L'illustre l'affaire où des employés d'une pharmacie refusèrent de vendre des moyens contraceptifs au nom de leur conviction religieuse, argument que la Cour rejeta (CEDH, 2 oct. 20001, *Pichon et Sajous c. France*, n° 49853/99).

³²¹¹ Comm. EDH, 12 mars 1981, *X. c. Royaume-Uni*, n° 8160/78, §9.

³²¹² CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

intérêts en présence (du croyant et de l'employeur)³²¹³. En ce sens, la Cour admit l'atteinte à la liberté de religion découlant de l'injonction faite à l'employé de dissimuler sa croix portée en pendentif en ce que l'intérêt de l'entreprise à interdire ce signe religieux avait été surestimé³²¹⁴. L'auteur précité ne manque d'ailleurs pas de lier cette décision à celles qui ont fait preuve « d'une conciliation optimale – voire d'un “accommodement raisonnable” – », telles que *Jakobski c. Pologne* au sujet du détenu bouddhiste³²¹⁵. Cette possibilité devenait de toute évidence une réalité dans la mesure où liberté de religion était dorénavant clairement invocable dans les relations privées d'une entreprise.

1198. Ces décisions, ajoutées à toutes celles exposées plus haut, illustrent la capacité d'extension de la liberté de religion, surtout arrimée aux nouvelles demandes religieuses. Avec le temps, ces dernières trouveront dans la première un outil d'expression et de contestation du droit toujours plus important si nous suivons le constat général de Jean-Pierre Schoupe, selon lequel, loin de s'effacer, « la liberté de religion prend toujours plus d'ampleur au sein de la jurisprudence européenne »³²¹⁶. Preuve d'ailleurs de cette extension, si la Cour avait constamment refusé de garantir un droit à l'objection de conscience sous les termes de l'article 9 pour les convictions religieuses³²¹⁷, l'arrêt *Bayatyan c. Arménie* opéra un revirement jurisprudentiel remarquable³²¹⁸. À présent, l'article 9 est susceptible d'être invoqué dans le cadre d'une protection de l'objection de conscience³²¹⁹.

1199. En dépit du constat de cette extension générale, la ligne jurisprudentielle de la juridiction strasbourgeoise, à propos de la liberté de religion, demeure finalement confuse. Celle-ci montre de manière générale une réticence à permettre trop aisément des dérogations

³²¹³ Comme le traduit l'auteur, la Cour précise que face à une « restriction de la liberté de religion sur le lieu de travail, au lieu de soutenir que la possibilité de changer de travail écarterait toute ingérence au sein de cette liberté, la meilleure approche consiste à tenir compte de cette possibilité [de démission] à l'heure de mettre en balance [l'ensemble des intérêts en présence] pour déterminer si ladite restriction était proportionnée » (N. HERVIEU, « Liberté de religion (Art. 9 et 14 CEDH) : Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », *La Revue des Droits de l'Homme*, janv. 2013, disponible en ligne sur : <https://revdh.wordpress.com> (consulté le 7 juin 2022)).

³²¹⁴ Puisque l'entreprise avait notamment par la suite modifié son règlement intérieur afin d'autoriser le port de tels signes ; preuve, pour la Cour, de l'absence d'impact réel négatif de ceux-ci sur son image (CEDH, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, préc., §94).

³²¹⁵ N. HERVIEU, « Liberté de religion (Art. 9 et 14 CEDH)... », *art. préc.*

³²¹⁶ L'auteur tire en partie cette conclusion de la multiplication des requêtes concernant la liberté de religion et de l'emploi de libertés connexes qui étendent la protection de la liberté de religion au-delà de l'article 9 (J.-P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 189).

³²¹⁷ Depuis 1966 (12 déc. 1966, *Grandrath c. Allemagne*, n° 2299/64), la Commission européenne des droits de l'homme permettait au titre de l'article 4 de la Convention de substituer un service civil au service militaire, mais ne garantissait pas réellement de protection pour les objecteurs de conscience et jugeait même superflue toute réflexion sur ce sujet à l'aune de l'article 9 (voir également Comm. EDH, 2 avr. 1973, *G. Z. c. Autriche*, n° 5591/72).

³²¹⁸ CEDH, 27 oct. 2009, *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03 ; *RFDA*, 2012, p. 455, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO.

³²¹⁹ Ce qu'a rappelé très récemment la Cour, dans une décision, à propos d'une communauté de témoins de Jéhovah en Lituanie qui, bien que reconnue comme organisation religieuse, ne bénéficiait du droit à l'objection de conscience comme les neuf religions nationalement reconnues. Sur le motif de l'article 9, les juges européens sanctionnèrent cette absence de droit à l'objection de conscience (CEDH, 7 juin 2022, *Teliatnikov c. Lituanie*, n° 51914/19).

aux règles générales en vertu de la religion, probablement consciente de l'ouverture qu'offre l'article 9. Pour autant, l'acceptation d'une confrontation entre la liberté de religion et des règles générales révèle que cette ouverture semble inhérente au mode de contrôle de ces dispositions. Ajouté à cela les obligations positives de garantie et le cas complexe des relations privées, la situation de la liberté de religion au sein de la Convention semble tout aussi ambiguë que ce que nous escomptions. Comme nous le montrions également, cette incertitude à propos de la liberté de religion est corroborée, au sein du droit de la Convention, par ses rapports avec l'égalité.

PARAGRAPHE 3. La proximité entre l'égalité et la liberté : une liberté de religion concrètement plus propice à la différenciation

1200. L'hypothèse selon laquelle les raisonnements propres à l'égalité et propres à la liberté ne sont pas imperméables est éprouvée par le droit de la CEDH. Nous avons évoqué la contestation d'une modification de règles urbanistiques générales, au titre de la liberté d'exercice du culte³²²⁰. L'ambiguïté de cette décision ne s'arrête pas à la seule opposition à une norme neutre. En rejetant les demandes de modification de ces règles, les juridictions nationales « n'ont aucunement eu égard à des besoins spécifiques d'une petite communauté de croyants » déclare la Cour³²²¹. Précisément, bien que la formulation de la norme soit neutre, il lui est reproché d'être « complètement muette s'agissant de ce type de besoins des petites communautés »³²²². Les requérants se trouvèrent donc dans l'impossibilité de disposer d'un lieu de culte, ce qui constitua une violation de l'article 9 de la Convention. Si la Cour agrémentait son appréciation du constat d'un comportement apparemment discriminatoire à l'encontre de la communauté de la part des pouvoirs publics³²²³, elle a avant tout tenu compte du caractère minoritaire du groupe et de la nécessité, pour lui, de disposer d'un lieu de culte. En d'autres termes, les pouvoirs publics se trouvent contraints de permettre aux requérants d'avoir un lieu de culte³²²⁴. Une obligation apparaît alors. Qui plus est, l'arrêt comprend un raisonnement comparatif en établissant le caractère minoritaire dudit groupe, celui-ci devant, comme toute communauté réduite, jouir du régime des cultes adéquat. À la lecture de la décision, il semble même que ce soit le caractère minoritaire de la communauté qui justifie une obligation positive. L'égalité réelle est en l'espèce complètement jointe à la liberté de religion. Le bénéfice concret de cette dernière justifie une action positive au profit d'une communauté oubliée par la règle générale. Par là même, la Cour contredit les arguments tendant à distinguer l'approche de la discrimination de celle de la liberté de religion par l'appréhension, respectivement, du groupe ou de l'individu.

³²²⁰ CEDH, 24 mai 2016, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13.

³²²¹ *Ibid.*, §105.

³²²² *Ibid.*

³²²³ *Ibid.*, §106.

³²²⁴ Le principe est notamment rappelé dans la décision CEDH, 17 sept. 2019, *Aikaterini-Veatraki Pantelidou c. Grèce*, n° 36267/19, §21 et s.

1201. La Cour a même essayé de lutter indirectement contre les inégalités résultant de normes du régime des cultes trop restrictives, mais par l'article 9. En effet, dans l'affaire *Izzettin Dogan et a. c. Turquie*, la Cour décida que la protection accordée par la Convention ne devait pas être théorique et, qu'à ce titre, l'État devait donner à la notion de culte une définition qui ne saurait être restrictive au point « de priver une forme non traditionnelle et minoritaire d'une religion d'une protection juridique »³²²⁵. Les juges exigent des critères objectifs et non discriminatoires, pour offrir à toutes les communautés la possibilité d'accéder au régime³²²⁶.

1202. Par cette interprétation la Cour rejette toute norme qui, bien que formulée en termes neutres, s'applique qu'à certains cultes et exclut ceux minoritaires ou moins traditionnels. Nous pouvons y voir un remède possible contre les discriminations indirectes résultant de l'application d'un régime en apparence égalitaire. Avec la marge d'appréciation laissée aux États, toutefois, la Cour ne se permettrait de censurer que les restrictions démesurées. En dépit des critiques formulées à l'encontre du régime français, il est peu probable qu'on lui reproche une définition trop restreinte pour les cultes minoritaires. Il n'empêche que les juges européens préservent une ligne jurisprudentielle de l'article 9 des plus inclusives, à l'égard de mouvements religieux tant anciens et traditionnels, que récents et contestés³²²⁷. Cela, par une approche concrète du bénéfice des droits, mais aussi comparative.

1203. À l'inverse, et logiquement, l'appréciation de la discrimination en matière religieuse repose avant tout sur celle portée à l'égard de la liberté de religion, précisément à la lumière du degré d'ingérence constatée au titre de l'article 9. Ainsi, dans l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, par exemple, la Cour prend en considération « l'effet limité de la mesure incriminée », permettant de conclure à l'absence d'ingérence dans le droit de la requérante de manifester sa religion, pour estimer l'absence de différence de traitement³²²⁸. Elle se permet même de rajouter que, si différence de traitement il y avait eu, elle se trouvait justifiée objectivement et raisonnablement par le but légitime et la proportionnalité de la mesure, en l'occurrence antérieurement appréciés lors de l'examen de l'article 9³²²⁹. Dès lors, l'existence d'une discrimination injustifiée découlera fréquemment de ce que l'une des conditions exigées pour l'atteinte à la liberté de religion n'a pas été remplie³²³⁰. Plus encore, le but légitime exigé dans le cadre de l'article 9 semble équivalent à l'exigence de justification objective et raisonnable prévue pour l'application de l'article 14, de sorte que les conditions d'application peuvent apparaître identiques³²³¹.

³²²⁵ CEDH, Gr. Ch., 26 avr. 2016, *Izzettin Dogan et a. c. Turquie*, n° 62649/10, §114.

³²²⁶ *Ibid.*, §181.

³²²⁷ Voir les décisions appliquant l'article 9 aux anciennes religions, comme aux nouvelles, citées dans le Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2022, disponible en ligne sur : <https://www.echr.coe.int> (consulté le 25 mai 2022), p. 9-10.

³²²⁸ CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95, §87.

³²²⁹ *Ibid.*

³²³⁰ R. DE GOUTTES, « Les discriminations religieuses et la Convention européenne des droits de l'homme » in T. MASSIS et C. PETTITI (dir.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2004, coll. « Droit et Justice », p. 92.

³²³¹ I. TRISPIOTIS, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *art. préc.*

1204. Cependant, l'article 9 ne fait pas forcément exception, puisque le 8 entretient déjà un rapport ambigu avec la non-discrimination. Les juges européens ont plusieurs fois préféré l'emploi de ces dispositions, plutôt que celles de l'article 14, pour consacrer une protection de certains groupes qui aurait pu découler de la non-discrimination. L'approche de l'article 8 relève parfois plus de l'évidence quand le constat de discriminations, surtout factuelles et/ou indirectes, s'avère plus délicate, conclut Manuela Brillat³²³². Mieux encore, la problématique discriminatoire, lorsqu'il est question d'effets indirects de la norme, occupe une place malaisée au sein de sociétés libérales profondément influencées par une approche formelle de l'égalité, étant donné qu'elle côtoie toujours les débats sur le différencialisme, la reconnaissance des groupes, donc la crainte du communautarisme. Il est parfois plus simple d'employer la protection classique des droits fondamentaux et des libertés pour obtenir un résultat, *in fine*, similaire.

1205. De toute évidence, l'exposé ci-dessus sur la liberté de religion montre que le rapprochement avec la discrimination n'est pas que théorique. La proximité entre la liberté de religion et la non-discrimination s'exprime même dans certaines affaires qui expriment le caractère interchangeable entre les deux à l'égard de traitements discriminatoires. Ainsi, dans l'affaire *Ivanova c. Bulgarie* la Cour conclut comme contraire à l'article 9 de la Convention le licenciement de la requérante, car reposant, en vérité, sur ses convictions religieuses et son appartenance à une communauté à l'époque décriée³²³³. Habituellement, un tel constat permet l'établissement d'une discrimination fondée sur la religion, dont l'existence ne fait pas de doute en l'espèce. C'est ce que confirme la Cour lorsqu'elle analyse les moyens fondés sur l'article 14 : « [l]a Cour note que le grief de la requérante tiré de l'article 14 de la Convention ne fait que reprendre ceux qu'elle a formulés au titre de l'article 9 »³²³⁴. La proximité des résultats obtenus par l'article 9 et 14 ne fait aucun doute. Qu'il s'agisse de la discrimination directe, comme indirecte, la décision peut impliquer les mêmes effets en matière religieuse, par la liberté de religion.

1206. En effet, les juridictions européennes ont déjà jugé comme proportionnées des atteintes qui, ici aussi, pouvaient relever d'une approche par la discrimination indirecte. Tel est le cas lorsque les juges valident l'obligation pour un sikh de retirer son turban lors d'un contrôle de sécurité dans un aéroport³²³⁵, ou encore d'une enseignante se voyant sommée, au nom de la neutralité de l'État, d'enseigner sans voile islamique à l'école³²³⁶. Plus encore, l'équivalence des résultats est observable. Dans l'affaire précitée *Jakobski c. Pologne*³²³⁷, par exemple, la Cour n'avait pas considéré nécessaire de juger sur le fondement de l'article 14, comme le demandait le requérant, mais avait toutefois laissé sous-entendre qu'un résultat similaire était

³²³² M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, coll. « Collection des Thèses », p. 115 et s.

³²³³ CEDH, 12 avr. 2007, *Ivanova c. Bulgarie*, n° 52435/99, §84.

³²³⁴ *Ibid.*, §92.

³²³⁵ CEDH, 11 janv. 2005, *Suku Phull c. France*, n° 35753/03.

³²³⁶ CEDH, 15 févr. 2001, *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98.

³²³⁷ CEDH, 7 déc. 2010, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06.

envisageable par le biais de la non-discrimination³²³⁸. Notons, du reste, que pour l'objection de conscience, avant le revirement *Bayatyan c. Arménie*, la seule faille qu'il y eut dans la ligne jurisprudentielle refusant de la consacrer – et l'une des seules fois où la Cour se prononça sur l'objection de conscience avant *Bayatyan* – fut permise par l'article 14 de la Convention. La décision *Thlimmenos* concernait justement le cas de l'objection de conscience et, si l'application de l'article 9 seul n'avait pas été envisagée, la non-discrimination avait permis d'exiger une sanction différente pour un individu ayant refusé de porter l'uniforme.

1207. Des auteurs conclurent des jurisprudences sur la liberté de religion que cette dernière « n'offre pas un terrain favorable au développement d'une obligation d'aménagement raisonnable », quand il en irait « autrement de la règle de non-discrimination garantie à l'article 14 »³²³⁹. En ce sens, Julie Ringelheim décèle dans la décision *Thlimmenos* la possibilité d'envisager différemment d'anciennes requêtes, formulées au moyen de l'article 9, rejetées par les juges européennes³²⁴⁰. Il semble cependant que l'application de la décision de 2000 reste tout à fait exceptionnelle. D'autant que le constat selon lequel la règle ne touche pas le religieux a déjà suffi pour exclure l'atteinte à la conviction religieuse ou l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur la religion³²⁴¹. La déduction de Vincent Coussirat Coustère à propos de ces jurisprudences est peut-être plus éclairante. Il écrit : « la Cour est totalement imperméable à l'argument selon lequel l'application d'une réglementation neutre puisse être la cause d'une discrimination indirecte dans l'expression individuelle de convictions religieuses »³²⁴². Bien que, précise l'auteur, la Cour n'ait pas manqué de protéger des discriminations, même indirectes³²⁴³, elle « n'a jamais fait droit au grief qu'une réglementation neutre discriminerait des croyants exprimant par leur comportement leurs convictions religieuses »³²⁴⁴. L'imperméabilité de la Cour reste nuancée par quelques décisions, notamment *Eweida* de 2013, qui montrent la possibilité de contrôler l'existence de discriminations indirectes fondées sur la religion, laissant ainsi la porte ouverte à d'éventuelles condamnations sur ce fondement. À ce

³²³⁸ « In the circumstances of the present case the Court considers that the inequality of treatment, of which the applicant claimed to be a victim, has been sufficiently taken into account in the above assessment that led to the finding of a violation of a substantive Convention provision » (CEDH, *Jakobski c. Pologne*, préc., §59).

³²³⁹ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « L'aménagement raisonnable pour motif religieux : un concept issu d'Amérique du nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe ? » in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Actualité du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges/Bruxelles, de Keure/la Charte, 2010, p. 374.

³²⁴⁰ Julie Ringelheim, par exemple, prétend que la décision *X. c. Royaume-Uni* de 1978, sur le croyant sikh refusant de porter le casque sur sa motocyclette, pourrait être vue différemment à l'aune de la décision *Thlimmenos* (J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme...*, op. cit., p. 332).

³²⁴¹ Voir, par exemple, CEDH, 30 juin 2009, *Aktas c. France*, n° 43563/08 par rapport à la loi du 15 mars 2004 sur l'interdiction de signes exprimant ostensiblement une appartenance religieuse. Selon la Cour, « les dispositions législatives litigieuses ne visent pas l'appartenance de cette dernière à une religion, mais poursuivent notamment le but légitime de protection de l'ordre et des droits et libertés d'autrui » (voir également CEDH, 24 déc. 2006, *Köse et a. c. Turquie*, n° 26625/02).

³²⁴² V. COUSSIRAT COUSTÈRE, « La manifestation de sa religion vue de Strasbourg. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion...*, op. cit., p. 28.

³²⁴³ CEDH, 13 nov. 2007, *D.H. et a. c. République tchèque*, n° 57325/00.

³²⁴⁴ V. COUSSIRAT COUSTÈRE, « La manifestation de sa religion vue de Strasbourg... » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion...*, op. cit., p. 28.

jour, la jurisprudence donne toutefois globalement raison à l’assertion de Vincent Coussirat Coustère.

1208. C’est pourquoi, contrairement aux propos rapportés plus haut, la liberté de religion paraît en vérité plus à même de permettre des aménagements que l’article 14. Notre exposé a montré une plus importante reconnaissance des différences par le biais de liberté de religion que par l’application de l’article 14, en dépit du potentiel que recèle la jurisprudence *Thlimmenos*. Certes, sur le plan contentieux, l’article 9 isolé est quasiment toujours étudié par la Cour avant l’article 14, qui lui est ensuite joint, ce qui rend les contrôles opérés au titre de l’article 9 plus nombreux. La réflexion ne saurait cependant se limiter à un aspect purement technique.

1209. Peut-être est-il possible de supposer que l’acceptabilité est plus importante quand l’exigence d’accommodement repose sur la liberté de religion ? Après tout, la liberté a toujours permis de contester les restrictions imposées par une règle et le contrôle n’a pas grandement changé. Une application en apparence classique de la liberté de religion permet la contestation de règles pourtant générales. D’un autre côté, la mise en avant du caractère neutre et général de la norme par les juges européens démontre une prise de conscience du potentiel différenciateur de la liberté de religion. Malgré tout, la prudence concernant cette capacité reste partielle en matière de liberté de religion tandis qu’elle est bien plus attentive s’agissant de la discrimination indirecte. Rien d’étonnant à cela ; cette dernière implique d’elle-même l’idée de contestation de règles générales d’apparence neutre. La contestation de celles-ci est substantielle à la définition de la discrimination indirecte. Nous l’avons déjà affirmé, rien n’est moins évident concernant la liberté de religion pour laquelle il n’existe pas de frontière claire entre une approche formelle et une réelle. Les aménagements juridiques au profit de la religion font toujours polémiques, surtout sous les nouveaux enjeux révélés par les politiques et philosophies de la discrimination indirecte, ce qu’évite davantage l’ancestrale application de la liberté de religion. Rien n’est pour autant clairement et simplement tranché, à l’instar du débat porté sur la caractérisation de la religion en tant que choix responsable ou circonstance extérieure.

PARAGRAPHE 4. Le débat choix-circonstance : entre primauté ambiguë de l’autonomie et prise de conscience du caractère identitaire de la religion

1210. Ronan McCrea rappelait bien que prendre en compte l’identité religieuse pouvait stimuler une certaine protection³²⁴⁵. Attester du caractère identitaire d’une religion revient à mesurer le fardeau que peut impliquer pour le croyant une restriction normative. La CEDH n’ignore pas le caractère identitaire dont peut se doter la religion. Il faut dire que la Cour s’est

³²⁴⁵ R. MCCREA, *Religion et ordre juridique de l’Union européenne* (Ministre l’anglais par I. BLAKE-JAMES), Bruxelles, Bruylant, 2013, coll. « Collection droit de l’Union européenne », p. 311 et s.

appuyée sur l'article 8³²⁴⁶ de la Convention, portant sur le respect de la vie privée, pour reconnaître à plusieurs titres le respect des identités individuelles³²⁴⁷. Elle a par la suite précisé que cela exigeait que chacun « puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations [en l'espèce connaître l'identité du géniteur] est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité »³²⁴⁸, la connaissance de l'identité de son géniteur participant à la découverte de l'identité personnelle³²⁴⁹. Évoquant ensuite « l'identité sociale »³²⁵⁰, « l'identité sexuelle »³²⁵¹, voire « l'identité ethnique »³²⁵², la Cour a rapidement abordé le cas de l'identité religieuse, non sans ambiguïté.

1211. L'article 9 de la Convention a avant tout permis à la Cour d'affirmer que la liberté de religion « figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie [...] »³²⁵³. Pourtant, elle semble se refuser de voir dans la religion un élément intangible, immuable en rappelant que les convictions religieuses « relèvent du *for intérieur* de chacun », mais qu'elles « peuvent aussi, comme d'autres données, changer au cours de la vie d'un individu »³²⁵⁴. C'est d'ailleurs une composante fondamentale que celle reconnue par la Cour de croire, de ne pas croire ou de changer de conviction³²⁵⁵. L'autorisation d'un prosélytisme – non abusif – en forme le corollaire logique³²⁵⁶. Cette idée de choix transparaît même dans certaines de ses décisions³²⁵⁷.

1212. La mise en avant de la notion de choix découle en vérité d'une nécessité de remédier aux traités internationaux antérieurs qui, pour ne pas froisser certains États, s'étaient refusés à consacrer un droit au libre choix convictionnel. La Convention innovait alors en consacrant tant un droit de changer de religion que celui d'en adopter une³²⁵⁸. Comme le souligne Ronan McCrea, cette approche individualiste par l'autonomie est d'ailleurs critiquée

³²⁴⁶ L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales déclare : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

³²⁴⁷ Précisément, la Cour en a déduit la garantie d'« un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel » (CEDH, 6 févr. 2001, *Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, §47).

³²⁴⁸ CEDH, 7 févr. 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 54 ; CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83, §39.

³²⁴⁹ CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, §29.

³²⁵⁰ CEDH, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, §161.

³²⁵¹ CEDH, 11 juill. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, §91 ; CEDH, 6 avr. 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52595/13, §123 ; CEDH, 11 oct. 2018, *S.V. c. Italie*, n° 52216/08, §54.

³²⁵² CEDH, 4 déc. 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, §66.

³²⁵³ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, §31.

³²⁵⁴ CEDH, 12 déc. 2002, *Sofianopoulos et a. c. Grèce*, 1988/02.

³²⁵⁵ Y. B. ACHOUR, *La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté de religion*, Paris, Pedone, 2005, coll. « Cours et Travaux », p. 25.

³²⁵⁶ CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, préc.

³²⁵⁷ Dans la décision *Otto-Preminger-Institut*, la Cour laisse échapper : « [c]eux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion [...] ne peuvent s'attendre à le faire à l'abri de toute critique » (CEDH, 23 août 1994, *Otto-Preminger Institut c./ Autriche*, n° 13470/87, §47).

³²⁵⁸ G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, 1997, coll. « Coopération et développement », p. 91-92.

en ce qu'elle méconnaîtrait le caractère incarné des croyances et pratiques religieuses pour l'individu³²⁵⁹ – en somme, son caractère involontairement contraignant.

1213. Pour l'auteur précité, la tendance dominante de la Cour à ne pas arroger de droits dérogatoires au nom d'une croyance religieuse manifeste cette caractérisation de la religion « comme une question d'ordre purement volontaire, ordre dont les adhérents peuvent être considérés comme ayant renoncé à leurs droits d'adhésion à leur religion dès qu'ils quittent la sphère privée et personnelle »³²⁶⁰. Les décisions concernant des croyants engagés par un contrat de travail auquel ils ne peuvent déroger pour raison religieuse illustreraient cette approche par le choix³²⁶¹. Pourtant, il est permis de voir dans l'affaire *Eweida*³²⁶² quelques nuances à ce constat. La situation de l'employé religieux est observée avec plus d'équilibre par rapport à celle de l'employeur³²⁶³. Pour le dire autrement, la religion constitue un peu plus une circonstance qui doit être prise en considération dans la balance des intérêts en jeu.

1214. De toute évidence, la Cour a déjà déclaré que la croyance était plus qu'une affaire de choix. Dans la décision *S.A.S. c. France*, la juridiction strasbourgeoise a bien admis que des requérants puissent percevoir l'interdiction du voile intégral comme une atteinte à leur identité³²⁶⁴. Elle rajouta même que, « dans sa différence, il est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit »³²⁶⁵. Concomitamment, elle caractérisa pourtant aussi clairement le port du voile islamique comme un « choix que lui dicte son approche de sa religion »³²⁶⁶. La Cour mêla ici l'article 8 et le 9 pour apprécier l'atteinte au choix vestimentaire de l'espèce.

1215. Cette ambiguïté n'est pas la première. En effet, il est déjà arrivé que la Cour considère une pratique religieuse comme une circonstance extérieure. Ce fut le cas avec le port du voile islamique avant *S.A.S. c. France*, dont l'interdiction dans une université turque fut validée par les juges européens³²⁶⁷. L'argument tenu par la Cour, selon lequel le foulard islamique serait difficilement compatible avec le principe d'égalité de sexe part d'un principe de soumission de la femme lorsqu'elle le porte. Autrement dit, une telle pratique ne serait pas libre : « la thèse de l'atteinte à l'égalité de sexes serait indéfendable à partir du moment où le port du foulard islamique résulterait du choix libre d'une personne adulte », dénonce

³²⁵⁹ R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination and the Seculare State », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 183-210.

³²⁶⁰ R. MCCREA, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne* (Ministre l'anglais par I. BLAKE-JAMES), *op. cit.*, p. 157.

³²⁶¹ P. W. EDGE, « Religious rights and choice under the European Convention on Human Rights », *Web Journal of Current Legal Issues*, n° 3, 2000.

³²⁶² CEDH, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, *préc.*

³²⁶³ « Au lieu de fonder une logique d'exclusion pure et simple des prétentions de l'employé, la possible démission vient nourrir la mise en balance des intérêts communs » (N. HERVIEU, *art. préc.*).

³²⁶⁴ CEDH, 1^{er} juill. 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11.

³²⁶⁵ *Ibid.*, § 120.

³²⁶⁶ CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juill. 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, §110.

³²⁶⁷ CEDH, 10 nov. 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 44774/98.

Jean-Pierre Flauss³²⁶⁸. D'ailleurs la Cour avait abordé le port du voile islamique uniquement au travers de l'article 9³²⁶⁹, quand elle lui joint maintenant l'article 8. Ce changement révèle potentiellement l'évolution du contexte mondial et de l'appréhension du religieux sous l'angle d'une protection de l'identité culturelle et minoritaire, véritable influence des thèses multiculturalistes³²⁷⁰. Malgré tout, comme toujours en la matière, la ligne directrice des juges européens est loin d'être limpide.

1216. D'un autre côté, qu'il s'agisse d'un handicap, plutôt qu'un critère religieux, la Cour ne fait pas nécessairement part de plus de clémence. Elle s'est plusieurs fois montrée réticente à consacrer des exigences d'accommodements raisonnables en ayant une appréciation du handicap très formelle, c'est-à-dire en le comparant quasiment à une personne dotée de toutes ses capacités physiques³²⁷¹. Force est de constater que l'idée de circonstance extérieure n'induit pas forcément l'exigence d'accommodements pour la Cour. Le formalisme prime malgré tout. D'autant que la liberté de religion brouille l'analyse. Bien qu'elle soit fondée sur l'autonomie et le libre choix de l'individu, elle est le moteur principal des accommodements au droit commun dans le cadre de la CEDH. C'est là tout son paradoxe. La même supposition se répète : peut-être est-ce parce que la liberté de religion ne s'est jamais limitée à une question de choix ? En tout état de cause, les revendications identitaires actuelles brouillent les lignes claires de ces réflexions.

1217. Il reste que, pour la doctrine, l'approche de la Cour à propos de la religion ne se limite plus au seul caractère convictionnel. Elle est alors résumée par les propos de Xavier Bioy : « croire et pratiquer son culte ne se comprend pas comme une activité comme une autre, effectuée à moment donné et que l'on peut circonscrire, elle est un élément de la personnalité »³²⁷². Nous pouvons décemment déduire de la conception de la Cour que « les croyances et les pratiques religieuses ne doivent pas être protégées simplement au titre de la liberté de conscience, mais aussi parce que la religion est un élément essentiel de l'identité

³²⁶⁸ J.-P. FLAUS, « Le port de signes religieux distinctifs » in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2006, coll. « Droit et Justice », p. 212.

³²⁶⁹ C'est le constat opéré par Danièle Lochak, qui explique qu'en 2005 (CEDH, 10 nov. 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98), la Cour avait analysé l'interdiction du port du foulard islamique aux étudiantes sur le seul terrain de l'article 9 de la Convention, et non sur celui de l'identité personnelle et du respect de la vie privée, contrairement à la décision précitée de 2014 (D. LOCHAK, « Les identités saisies par le droit : quelles identités ? quelle protection ? », *Revue du droit des religions*, n° 10, 2020, p. 15-31).

³²⁷⁰ C'est ce que Danièle Lochak soutient avec à l'appui une décision dans laquelle la Cour déclare que le pluralisme repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques » et qu'« une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale » (CEDH, 17 févr. 2004, *Gorzelik et a. c. Pologne*, n° 44158/98 ; CEDH, 26 avr. 2016, *Izzetin Dogan et a. c. Turquie*, n° 62649/10 cité dans D. LOCHAK, « Les identités saisies par le droit... », *art. préc.*).

³²⁷¹ Concernant la décision *Farças c. Roumanie* (14 sept. 2010, n° 32596/04), Manuela Brillat fait remarquer que la Cour débouta un requérant en situation de handicap qui n'avait pu accéder à certains lieux publics en ce qu'il n'aurait pas suffisamment fait tout ce qu'il était en son pouvoir pour accéder auxdits lieux (M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, coll. « Collection des Thèses », p. 258).

³²⁷² Xavier BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2016, coll. « Cours », p. 731.

personnelle des croyants »³²⁷³. Nonobstant ses ambiguïtés, il est difficile d'affirmer que la religion reste qu'une affaire de choix dans la jurisprudence de la Cour.

1218. Enfin, nous aurions pu trouver des réponses dans la jurisprudence sur la non-discrimination, en relevant une prise en compte des différences de situation fondées sur la religion pour établir la caractérisation de la religion comme une forme de fardeau établissant un désavantage. L'acceptation des discriminations indirectes implique nécessairement de qualifier une différence de situation en vertu de la religion, d'autant que le critère est inscrit au sein de l'article 14. Le manque de décisions consacrant de telles discriminations en matière religieuse rend l'analyse difficile.

1219. Il arrive à la Cour de traiter de « caractéristique identifiable » comme synonyme de « situation »³²⁷⁴. Après avoir rappelé ce principe, la Cour se contente dans *Eweida* de constater que « la religion » se trouve expressément mentionnée à l'article 14³²⁷⁵. Cette affaire aurait pu être l'occasion d'assimiler clairement la religion à une situation. Le cas d'une confrontation d'une pratique religieuse aux règles d'une entreprise relèverait en toute hypothèse d'une question de différence de situation fondée sur le particularisme religieux. Seulement, les juges analysèrent principalement les affaires sous l'angle de la liberté de religion. Dans la décision *Thlimmenos*, la CEDH ne s'arrête pas sur la qualification de la situation, mais considère indéniablement une différence de situation rattachée à la religion puisqu'est reproché un traitement uniforme de situations distinctes³²⁷⁶. Il arrive toutefois que la Cour parle, en matière religieuse, de « situation des femmes musulmanes »³²⁷⁷, ce qui tend à objectiver l'approche. Toujours est-il que considérer une discrimination indirecte en vertu de la religion reviendrait précisément à voir, dans certains cas, à travers la tradition culturelle du requérant, une situation défavorable. Sa religion est donc, d'une façon ou d'une autre, assimilée à une contrainte au regard de la norme générale, et non un choix responsable. *Eweida* semble exprimer cette prise de conscience. Rien n'est toutefois très net. Les choses ne sont pas nécessairement plus claires pour l'Union européenne.

SECTION 2. Le cas de l'Union européenne

1220. L'Union européenne n'opère pas du tout dans le même cadre. Elle visait avant tout la construction d'un espace économique. C'est pourquoi la protection de la liberté de religion reste encore timide, nonobstant la mise en place de la Charte des droits fondamentaux (**PARAGRAPHE 1**). Le différencialisme religieux trouve davantage de place à travers le principe d'égalité, qui forme l'un des piliers de la construction de l'Union (**PARAGRAPHE 2**). En effet, comme pour la Convention, le droit de l'UE protège alors tant l'aspect formel que matériel de

³²⁷³ D. LOCHAK, « Les identités saisies par le droit... », *art. préc.*

³²⁷⁴ CEDH, Gr. Ch., *Carson et a. c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, §61.

³²⁷⁵ CEDH, *Eweida et a c. Royaume-Uni*, *préc.*, §86.

³²⁷⁶ CEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, *préc.*, §44.

³²⁷⁷ CEDH, *S.A.S. c. France*, *préc.*, §161.

l'égalité. Les décisions de la Cour de justice de l'UE à l'égard de la discrimination indirecte interrogent à la fin également la caractérisation de la religion comme choix ou circonstance (**PARAGRAPHE 3**). Plus encore, elles confirment, à l'image de la CEDH, l'interdépendance entre l'égalité et la liberté (**PARAGRAPHE 4**).

PARAGRAPHE 1. La modeste application de la liberté de religion

1221. La mission initiale propre à l'UE, de garantir une réglementation légale et unique sur le marché du travail, fait de la liberté de religion une préoccupation bien moindre que pour la CEDH³²⁷⁸. Dans l'histoire de l'UE, les choses ont surtout évolué à partir du moment où elle s'est dotée d'une Charte des droits fondamentaux³²⁷⁹. En matière religieuse, elle reprend textuellement l'article 9§1 de la CEDH à son article 10³²⁸⁰. Véritable révolution pour d'aucuns³²⁸¹, le texte opère également des renvois aux sens et à la portée que la CEDH donne aux droits compris dans la Charte et qui sont garantis par la Convention³²⁸². Il est toutefois prévu que l'Union européenne puisse accorder une protection plus étendue pour certains droits. En conséquence, la Cour de justice reconnaît un rôle primordial à la CEDH et sa jurisprudence, ce qui vaut nécessairement en matière religieuse³²⁸³.

1222. C'est principalement à travers les questions d'interprétations du droit primaire et dérivé que la Cour de justice donne corps à la liberté de religion³²⁸⁴, bien que les décisions à son propos demeurent assez rares³²⁸⁵. Cela n'empêche pas la liberté de religion d'entretenir une nouvelle fois certaines ambiguïtés juridiques. Il est effectivement déjà arrivé que la Cour de justice doive justement se prononcer sur des tentatives de dérogations à la loi commune au titre dudit droit fondamental. C'est le cas de la fameuse affaire *Vivien Prais c. Conseil des*

³²⁷⁸ R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet?... », *art. préc.*

³²⁷⁹ Voir C. PINHEL ARAUJO, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la lumière de la Charte des droits fondamentaux*, Mémoire de Master 2 en droit européen des affaires, Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, 2013.

³²⁸⁰ Article 10 al. 1 de la Charte : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ».

³²⁸¹ Voir notamment R. TINIERE, « La cohérence assurée par l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux et l'Union. Le principe d'alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondants » in L. COUTRON et C. PICHERAL (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 3-19.

³²⁸² Article 52 al. 2. Spécifiquement pour le rappel d'une portée et d'un sens identique à l'article 9 de la Convention, voir la décision CJUE, 14 mars 2017, *Boungaoui et ADDH*, C-188/15, §29.

³²⁸³ R. MCCREA, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne* (Ministre l'anglais par I. BLAKE-JAMES), *op. cit.*, p. 152.

³²⁸⁴ G. GONZALEZ, « La liberté de religion à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDH*, n° 122, 2020, p. 103-120.

³²⁸⁵ Voir, par exemple, la décision CJUE, Gr. Ch. 5 sept. 2012, *Y. et Z. c. Bundesrepublik Deutschland*, n° C-71/11 et C-99/11. Il s'agissait d'apprécier si le degré d'atteinte à la liberté de religion des requérants dans leur pays d'origine était tel qu'ils puissent bénéficier du statut de réfugié au sens de la directive 2004/83/CE. Pour cela, la Cour s'est refusée à dégager un « noyau dur » de la liberté de religion (§62) et a préféré se fonder sur la nature de la répression exercée sur l'intéressé et de ses conséquences sur celui-ci (§65). Ainsi, un risque de persécution de l'individu en raison de sa religion constitue une atteinte à la liberté de religion (§80).

Communautés européennes qui s'impose d'ailleurs comme une des seules décisions abordant au principal la liberté de religion et comme la seule l'ayant fait avant l'instauration de la Charte³²⁸⁶.

1223. En l'espèce, une candidate à un concours organisé par le Conseil des communautés européennes pour le recrutement d'un traducteur avait fait savoir que le jour de déroulement des épreuves, le vendredi, tombait le premier jour de la fête juive de *Chavouoth*³²⁸⁷. La requérante s'est vu refuser sa demande tendant à déplacer le jour de l'épreuve et alléguait donc devant la Cour de justice une atteinte à l'égalité de sélection des fonctionnaires sans distinction de race, de croyance ou de sexe, mais aussi à la liberté de religion protégée par la Convention européenne des droits de l'homme. Les juges acceptèrent étrangement – la Charte des droits fondamentaux de l'UE n'existant pas encore – l'invocation de la Convention en affirmant simplement que la partie défenderesse n'avait pas contesté l'invocation de la Convention pour la requérante³²⁸⁸. L'importance de la liberté de religion ne fut admise qu'à demi-mot, mais cela suffisait. La Cour débouta la requérante, mais notifia « qu'il est souhaitable que l'autorité investie du pouvoir de nomination s'informe, de façon générale, des dates qui pourraient ne pas convenir pour des motifs d'ordre religieux, et tâche d'éviter de fixer les épreuves à telles dates »³²⁸⁹, à condition seulement qu'elle ait été avertie des demandes religieuses à temps, c'est-à-dire avant la convocation des autres candidats³²⁹⁰. Suivant cette interprétation, une demande formulée suffisamment en amont permettrait d'accommoder la date des concours. Pour aboutir toutefois à une mesure juridiquement différencialiste, il faudrait d'abord supposer une obligation, puis que la formulation de la règle prenne en compte la différence religieuse. Cette seconde possibilité est d'emblée exclue, puisque le décalage de la date n'implique pas de particularisme juridique. En revanche, qu'en est-il de l'obligation imposée à l'autorité par la Cour ? Cette dernière employa d'abord un vocabulaire peu contraignant en précisant qu'il « est souhaitable » que l'autorité s'informe des éventuelles obligations religieuses. Or, dans le paragraphe suivant, la Cour précisa que l'autorité « est *tenue* de prendre toute mesure raisonnable »³²⁹¹ pour éviter que la date du concours corresponde à celle d'une fête religieuse. L'emploi du terme « raisonnable » marque même une certaine proximité avec le vocabulaire d'outre-Atlantique. Il semble que la Cour ait effectivement ouvert la porte à l'idée d'accommodements raisonnables. Cette initiative jurisprudentielle dépasse, pour certains, les exigences de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg³²⁹². Il ne s'agissait pourtant là que d'un potentiel. Une jurisprudence aussi ambiguë en la matière est restée, à ce jour, isolée.

³²⁸⁶ CJCE, 27 oct. 1976, *Vivien Prais c. Conseil des Communautés européennes*, n° 130-75.

³²⁸⁷ Cette fête lui interdisait de se déplacer et d'écrire.

³²⁸⁸ *Ibid.*, §10.

³²⁸⁹ *Ibid.*, §18.

³²⁹⁰ *Ibid.*, §18-19.

³²⁹¹ Nous soulignons.

³²⁹² R. MCCREA, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne* (Ministre l'anglais par I. BLAKE-JAMES), *op. cit.*, p. 186.

1224. Pour autant, l’ambiguïté des rapports entre la différenciation et la liberté de religion ressort parfois de la politique même de l’UE, cette dernière étant également soucieuse du respect de la liberté de religion dans bien des situations³²⁹³. L’exemple le plus parlant reste celui de l’abattage rituel, pour lequel le règlement n° 1099/2009 autorise une dérogation au principe de l’obligation d’étourdissement des animaux avant la mise à mort³²⁹⁴. Une telle disposition permet précisément, affirme la Cour de justice dans une décision récente, l’effectivité de la liberté de religion³²⁹⁵. C’est une justification de toute évidence assumée pour tous les textes de l’Union établissant des dérogations religieuses³²⁹⁶. En d’autres termes, la concrétisation de la liberté de religion opère par la dérogation à une règle générale en vertu de la religion, que l’UE prévoit elle-même.

1225. La décision précitée de la Cour à propos de l’abattage rituel se montre également pertinente du point de vue de la protection de la liberté de religion. En effet, la CJUE analyse la conformité de la mesure à la liberté de religion, en s’appuyant sur les conclusions de l’avocat général qui justifie la conformité de l’exigence en vigueur d’un agrément des autorités religieuses³²⁹⁷ à l’égalité, en ce qu’elle « vise de manière générale et indifférenciée chaque organisateur d’abattage d’animaux, indépendamment d’un quelconque lien avec une religion donnée, et concerne ainsi de manière non discriminatoire tous les producteurs de viande animale dans l’Union »³²⁹⁸. Le caractère égalitaire entre toutes les formes d’abattage, religieux ou non, rentre en ligne de compte en tout premier lieu pour apprécier le respect de la liberté de religion. L’intrication entre l’égalité et la liberté de religion est une nouvelle fois soulignée. Notons aussi, au passage, l’emploi de la généralité de la norme pour justifier cela.

1226. Le cas de l’abattage rituel connaît une certaine actualité. Le 4 avril 2019, une question préjudicielle des juridictions belges imposait à la Cour de juger si une réglementation obligeant l’étourdissement portait atteinte à la liberté de religion³²⁹⁹. Nous sommes alors dans une situation paradoxale où l’on a à juger de la réinstauration de la règle générale, en dérogation à l’exception initiale. C’est en tout cas ainsi que l’analyse la Cour dans la mesure où il s’agit d’apprécier si l’obligation d’étourdissement porte atteinte à la liberté de religion, alors que l’autorisation de l’abattage rituel est venue préalablement en dérogation à cette règle³³⁰⁰. Peu auparavant, une brèche avait quelque peu été formée dans la protection de la dérogation à

³²⁹³ En témoignent, par exemple la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 (*concernant certains aspects de l’organisation du temps de travail*, JOUE L299/9) qui prévoit des dérogations spécifiques sur le temps de travail pour les travailleurs dans le domaine liturgique des églises et des communautés religieuses.

³²⁹⁴ Article 4 (règlement (CE) n° 1099/2009, du 24 sept. 2009, *sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort*).

³²⁹⁵ CJUE, Gr. Ch., 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. c. Vlaams Gewest*, n° C-426/16, §56.

³²⁹⁶ L.-L. CHRISTIANS, « La délimitation de la liberté religieuse en droit de l’Union européenne » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L’Harmattan, 2011, p. 109-110.

³²⁹⁷ La réglementation de l’abattage passe généralement par la consultation des autorités religieuses représentatives pour octroyer l’agrément aux sacrificateurs rituels.

³²⁹⁸ CJUE, Gr. Ch., 29 mai 2018, *préc.*, §61.

³²⁹⁹ CJUE, 17 déc. 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België e.a. c. Vlaamse Regering*, n° C-336/19.

³³⁰⁰ L’abattage rituel exige que l’animal meure uniquement par la saignée et non par le processus d’étourdissement. La crainte étant que ce dernier mène à la mort de l’animal avant la saignée, il fallut mettre en place un abattage sans étourdissement.

l'obligation d'étourdissement, et ce, au nom de la protection animale³³⁰¹. Dans l'affaire belge, les juges ont ainsi opéré un contrôle de proportionnalité mettant notamment en avant le bien-être animal et la marge d'appréciation dont disposent les États, pour valider la réglementation belge établie. Dans le fond surtout, l'obligation d'étourdissement n'empêchait pas l'abattage rituel en tant que tel, du moment que les connaissances scientifiques avaient suffisamment prouvé que l'étourdissement pouvait être opéré de telle sorte que l'animal n'en décède pas. La décision autorise en conséquence la réinstauration du droit commun en la matière, donc la fin envisageable de dérogations anciennes – non moins contestées³³⁰² – aux règles de l'abattage.

1227. Hormis ces quelques affaires, rares sont les situations où la CJUE eut à se prononcer sur la liberté de religion et, quand elle l'a fait, elle suivit la plupart du temps la CEDH, en reprenant la grande majeure partie de ses interprétations. La première s'assure d'une certaine harmonisation avec la seconde et les conceptions se rejoignent à la fin.

1228. Pour autant, Gérard Gonzalez ne néglige pas la possibilité d'une divergence résultant de la place secondaire en vérité accordée à la jurisprudence de la CEDH dans le contentieux d'appréciation de la validité d'une directive, et s'agissant de la liberté de religion³³⁰³. La Cour a, récemment encore, bien pris la peine de rappeler l'autonomie du droit de l'Union et de la CJUE³³⁰⁴. Cela ne l'empêche pas de préciser juste ensuite que l'article 10 de la Charte correspond à la liberté garantie à l'article 9 de la Convention et d'user pleinement de la jurisprudence de la CEDH afin de juger les dispositions en cause³³⁰⁵. La Cour se contente de maintenir la Charte au centre de l'appréciation et comme premier texte à interpréter, dont découle notamment l'interprétation de l'article 9. Il reste qu'aujourd'hui, les jurisprudences des deux Cours sur ces points peuvent prendre des directions similaires.

1229. Au demeurant, malgré le peu de décisions concernant la liberté de religion dans le cadre de la CJUE, nous remarquons que les situations présentées font part de dérogations au

³³⁰¹ CJUE, Gr. Ch., 26 févr. 2019, *Œuvres d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° C-497/17. Dans cette affaire, la Cour avait déclaré que, peu important la méthode, l'absence d'étourdissement lors de l'abattage rituel ne permettait pas de réduire au maximum la souffrance animale et que la dérogation ne pouvait, à cet effet, être équivalente, en termes de protection animale, à la méthode d'abattage avec étourdissement préalable (§49-50).

³³⁰² La place octroyée à l'abattage rituel fit l'objet de contestations au sein même de l'Union européenne, précisément par son Parlement. Le maintien de cette dérogation accordée au titre de la religion rentre difficilement en contradiction avec l'idéal de protection animale que loue l'Union européenne (F. CURTIT, « Bien-être animal et abattage rituel en droit de l'Union européenne : une difficile conciliation », *Revue du droit des religions*, n° 12, 2021, p. 47-63. Voir également : I. PINGEL, « Le bien-être animal en droit de l'Union européenne. À propos de trois décisions de la Cour de justice relatives à l'abattage rituel », *RTD Eur.*, n° 1, 2022, p. 57).

³³⁰³ L'auteur s'appuie sur les conclusions de l'avocat général Wahl sous la décision *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. c. Vlaams Gewest* pour constater que l'influence de l'interprétation donnée par la CEDH semblait rabaissée au simple rang de « source d'inspiration », ce que corrobora un tant soit peu l'arrêt en précisant que l'examen de validité des dispositions ne devait qu'être opéré par rapport à l'article 10 de la Charte, non l'article 9 de la CEDH (G. GONZALEZ, « La liberté de religion à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *art. préc.*).

³³⁰⁴ « [i]l y a lieu de rappeler que l'article 52, paragraphe 3, de la Charte vise à assurer la cohérence nécessaire entre les droits contenus dans cette dernière et les droits correspondants garantis par la CEDH, sans porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne » (CJUE, 17 déc. 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België e.a. c. Vlaamse Regering*, *préc.*, §56).

³³⁰⁵ La situation diffère de celle présente dans *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. c. Vlaams Gewest*, puisque les requérants avaient contesté directement la contradiction des dispositions à l'article 9 de la CEDH. Dans l'affaire de 2020, seule était contestée l'atteinte à la Charte de l'Union.

droit commun à l'égard desquelles la Cour n'a pas été forcément très stricte. Ce n'est pas pourtant même pas à travers la liberté de religion que l'UE se confronte le plus à la problématique des différences, mais bien par le principe de non-discrimination.

PARAGRAPHE 2. Une non-discrimination progressivement sensible aux différences religieuses

1230. Les textes de l'Union européenne consacreront préalablement le principe de non-discrimination directe, donc une dimension indéniable de l'égalité formelle, inhérente à sa raison d'être économique. À sa formation, le traité instituant la Communauté européenne prévoyait alors un principe général de politique de lutte contre les discriminations dans son article 13³³⁰⁶, aujourd'hui repris à l'article 19 du TFUE, puis de façon générale par la Charte des droits fondamentaux³³⁰⁷. Suivant ces principes, des directives ont affirmé l'interdiction de discrimination, principalement dans le milieu de l'emploi et du travail avec l'importante directive du 27 novembre 2000³³⁰⁸, ou encore dans un objectif d'égalité femmes-hommes en matière d'emploi³³⁰⁹. Ces mesures s'appliquent aussi bien dans le domaine de l'emploi public national qu'au niveau de l'organisation de l'Union européenne elle-même³³¹⁰. La plupart du temps, les discriminations directes ne peuvent qu'être justifiées selon des motifs précisément cités par les textes³³¹¹. En matière religieuse, la Cour s'assure précisément du bénéfice du droit commun pour tout individu, sans distinction de religion. C'est à ce titre qu'elle jugea contraire au principe d'égalité une législation accordant un jour férié le Vendredi Saint seulement pour les travailleurs membres de certaines églises chrétiennes³³¹².

1231. L'égalité formelle occupe une place première au sein de l'UE, comme l'illustrent les décisions sur les discriminations positives. En effet, la Cour luxembourgeoise s'est longtemps montrée fermée à cet égard. Avant la question de l'obligation d'actions positives imposée aux États, c'était la simple acceptation de telles mesures que la juridiction rendait difficile. Des pays ont pourtant tenté de prévoir des règles favorables aux femmes pour corriger

³³⁰⁶ « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle » (version consolidée de 2002).

³³⁰⁷ Article 20 et 21.

³³⁰⁸ Directive n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*.

³³⁰⁹ Directive n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail*, notamment art. 2, §1, a).

³³¹⁰ Y. GAUTIER, « Les discriminations religieuses devant le juge de l'Union européenne » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 264-265.

³³¹¹ Ce peut être principalement une exigence professionnelle essentielle (article 4 §1 de la directive 2000/78/CE) ou une raison de sécurité publique (article 2 §2 de la directive), mais également dans le cas d'organisations fondées sur les religions ou les convictions (entreprise de tendance), autorisant alors des discriminations directes fondées sur la religion (article 4 §2 de la directive).

³³¹² CJUE, Gr. Ch., 22 janv. 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, n° C-193/17.

certaines inégalités, mais la Cour restreignit drastiquement l'emploi de telles mesures d'action positive en exigeant qu'elles soient strictement proportionnelles³³¹³. Pourtant, les directives autorisent l'emploi de mesures positives pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle. Les dispositions incluent d'ailleurs le critère religieux³³¹⁴. Cependant, à notre connaissance, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur une mesure positive au profit d'un croyant à proprement parler. Si de telles actions sont souvent menées en faveur des femmes, elles semblent difficilement justifiables pour des religions. D'autant que la Cour se montre assez stricte dans son contrôle, comme l'illustre la décision *X.* de 2014, qui permit à Manuela Brillat d'affirmer abruptement que la Cour, par celle-ci, « rappelle que la discrimination positive n'est pas admise dans le droit de l'Union »³³¹⁵.

1232. Rémy Hernu souligne l'importance du formalisme en notifiant tout le lien opéré par la Cour de justice entre l'égalité et l'idée d'actes normatifs généraux et impersonnels³³¹⁶. Ainsi, poursuit-il, « [l]a conséquence essentielle de la généralité formelle, dans la mesure où le règlement procède à des classifications, est que les membres abstraitement appréhendés d'une même catégorie bénéficient de l'identité de traitement »³³¹⁷. Les institutions doivent « dans le processus d'édiction des actes », privilégier « des règles aussi uniformes que possible »³³¹⁸. Toutefois, cette égalité, rajoute Rémy Hernu, s'est agrémentée d'une non-discrimination qui consiste à « imposer, sous le contrôle de la Cour, une obligation de traitement identique des situations similaires et de traitement différent des situations singulières qui véhicule l'obligation corrélative de les comparer de manière objective et de justifier le traitement »³³¹⁹. La tenue du modèle économique dans le cadre de la communauté ne pouvait se satisfaire d'une égalité purement formelle : « [l]a nécessité d'accompagner l'évolution des marchés conduit ainsi à un

³³¹³ Le juge se fonde sur la directive 76/207/CEE qui permet des mesures promouvant « l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes » (art. 2, §4). Or, « une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive » (CJCE, 17 oct. 1995, *Echkard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, n° C-450/93, §22). La Cour précisa la proportionnalité d'une mesure émise dans le cadre de la directive par une décision postérieure (CJCE, 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a. c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, n° C-158/97, §23). Elle valida par cette décision la mise en place d'une discrimination positive.

³³¹⁴ Article 7 de la directive 2000/78/CE : « [p]our assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ».

³³¹⁵ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, op. cit., p. 100.

³³¹⁶ R. HERNU, « Le juge communautaire (Question 1. Le principe de non-discrimination recouvre-t-il une réalité identique devant les Cours du continent américain et celles du continent européen, notamment au regard du principe d'égalité ?) » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 235. L'auteur cite à ce titre les décisions CJCE, 14 déc. 1962, *Fédération nationale de la boucherie en gros et du commerce de gros des viandes et a. c. Conseil de la Communauté économique européenne*, 19 et 22/62, *Rec.*, p. 943 et la décision CJCE, 11 juillet 1968, *Zuckerfabrik Watenstadt GmbH c. Conseil des communautés européennes*, 6/68, som. P. 596 qui précise que « constitue un règlement une mesure qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et impersonnelle ».

³³¹⁷ R. HERNU, « Le juge communautaire... » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 235-236.

³³¹⁸ CJCE, 17 déc. 1970, *Synacomex et a. c. Office National Interprofessionnel des Céréales*, 34/70, §12 cité dans *ibid.*, p. 236.

³³¹⁹ *Ibid.*, p. 237.

changement de paradigme, de l'égalité de traitement à l'égalité des situations »³³²⁰. Cette évolution connut plusieurs temps.

1233. Un critère spécifique vint exiger cette adaptation et déroger à la tendance générale au refus des discriminations positives. En effet, les normes européennes précisent expressément des obligations d'accommodements raisonnables ou de discriminations positives pour les seules personnes en situation de handicap³³²¹. En revanche, ici aussi, la Cour s'assure de la proportionnalité et de la légitimité de la mesure mise en place au profit de personnes en situation de handicap³³²². Une évolution récente reste constatable, alors plus éloignée de la conception traditionnellement défendue d'une égalité strictement formelle, et qui accroît l'obligation d'accommodements raisonnables pour les employeurs³³²³. Pour les autres critères, y compris celui de la religion, aucune obligation textuelle n'est exigée et c'est la non-discrimination directe, formelle qui prime.

1234. Le Parlement européen ne l'a pourtant pas entendu ainsi : il s'est permis d'adopter une résolution précisant qu'un « devoir d'aménagement raisonnable pour tous les motifs de discrimination – y compris, donc, sur la base de la religion et des convictions – devrait être établi dans le droit de l'Union et la législation nationale, sous réserve que cela n'entraîne pas de charge disproportionnée pour les employeurs ou les prestataires de services »³³²⁴. Une telle affirmation n'est pas sans risque – heureusement demeure-t-elle sans effet juridique.

1235. Ce n'est toutefois pas pour cela que l'idée de discriminations indirectes fondées sur la religion est inexistante dans le cadre de l'Union européenne. Ici, notre distinction entre discrimination indirecte et accommodement raisonnable se révèle importante. Certes, les textes prévoient des accommodements raisonnables pour les personnes en situation de handicap et non pour les autres critères. En revanche, ils consentent à la prise en compte des discriminations indirectes pour ceux-ci, et notamment pour la religion.

1236. Au demeurant, cette ouverture à la discrimination indirecte n'est pas d'origine textuelle mais prétorienne. En effet, pour la Cour de justice, il « s'est agi d'un outil supplémentaire pour pallier les risques de distorsions du marché à travers la sanction des discriminations caches, d'abord en matière de discrimination entre les sexes ou entre les

³³²⁰ R. HERNU, « Le juge communautaire (Question 2. Le principe de non-discrimination ne devrait-il pas, pour être pleinement effectif, impliquer que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes différents ?) » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 258.

³³²¹ Article 5 de la directive 2000/78 : « [a]fin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ».

³³²² M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, op. cit., p. 102.

³³²³ *Ibid.*

³³²⁴ Résolution du Parlement européen, 15 sept. 2016, *concernant l'application de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (« directive sur l'égalité en matière d'emploi ») (2015/2016 (INI))*.

nationalités »³³²⁵. Ainsi, « l'objectif était de pleinement intégrer l'interdiction, prévue par les traités, des discriminations fondées sur ces motifs et d'éviter toute entrave, même dissimulée, à la liberté de circulation »³³²⁶. C'est pourquoi la jurisprudence de la CEDH n'a fait que rejoindre celle de la CJCE, et non l'inverse. Cette dernière affirmait dès 1963 l'ajout d'une conception matérielle de l'égalité : « attendu que le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; qu'une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; que la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »³³²⁷. En d'autres termes, les discriminations peuvent « tout aussi bien consister en ce que des situations non similaires soient traitées de manière identique »³³²⁸. Reconnaître le caractère contestable d'une norme traitant uniformément des situations distinctes était le préalable à la reconnaissance des discriminations indirectes. Quand la règle ne distingue pas directement dans sa formulation, elle peut le faire dans ses effets, précisément par l'ignorance de situations ayant mérité un traitement distinct qui aurait permis d'éviter alors une discrimination indirecte. Dans une décision postérieure, la Cour employait d'autres termes : « attendu que les règles d'égalité de traitement [...] prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »³³²⁹. Le gros des décisions concernait avant tout les distinctions portées sur la nationalité, avec toutefois quelques nuances, comme dans la décision *O'Flynn* qui appréhendait la discrimination indirecte à travers le désavantage subi pour un groupe entier plus qu'un autre³³³⁰. La jurisprudence en la matière put ensuite également s'étendre et s'approfondir à travers les discriminations fondées sur le sexe³³³¹. C'étaient ici et là les principaux domaines d'application du principe de non-discrimination.

1237. Les directives européennes ne sont intervenues qu'en continuité de cette jurisprudence. Elles précisent alors que les discriminations indirectes s'apprécient lorsqu'une mesure ou une pratique, « apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes », fondée sur un critère particulier, et comparativement à d'autres personnes³³³², sauf justification objective légitime et moyens proportionnés par rapport à cet objectif³³³³. En ces termes, le critère religieux est bien de ceux qui ouvrent la voie aux discriminations indirectes, donc à des dérogations juridiques *a priori* plus larges que ne le

³³²⁵ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, op. cit., p. 45.

³³²⁶ *Ibid.*

³³²⁷ Dès CJCE, 17 juill. 1963, *Italie c. Commission*, n° 13/63, p. 360.

³³²⁸ *Ibid.*, p. 361.

³³²⁹ CJCE, 12 févr. 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, n° 152-73.

³³³⁰ CJCE, 23 mai 1996, *John O'Flynn c. Adjudication Officer*, n° C-279/93 in M. BRILLAT, op. cit., p. 48.

³³³¹ Voir, par exemple, CJCE, 31 mars 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing production) Ltd*, n° C-96/80.

³³³² Les critères varient selon les directives.

³³³³ Art. 2 b) des directives 2000/43/CE ou 2004/113/CE. Pour une approche générale des critères, voir le même article de la directive 2000/78/CE.

permet la Convention européenne des droits de l'homme. L'appréhension du critère ne se limite toutefois qu'au domaine de l'emploi³³³⁴.

1238. De manière générale, la Cour de justice est au cœur de l'application de ces textes, et plus largement de l'égalité. Dans ce cadre, elle adopte un contrôle classique de la discrimination en exigeant que les mesures soient « appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés »³³³⁵. De façon classique, la Cour apprécie ainsi l'objectif poursuivi, la nécessité de la mesure et l'adéquation de celle-ci par rapport à l'objectif.

1239. Si dans le contexte d'édification du marché l'exigence de différence de traitement des situations distinctes est admise, en revanche, en matière de protection des droits fondamentaux, la Cour se montre plus timide, et ce, dans le but de maintenir l'égalité formelle et l'identité de traitement comme fondement de la communauté en construction³³³⁶. Ainsi, la Cour se permet une approche plus matérielle, en exigeant un traitement différent de situation différente lorsque la distinction, entre autres fondée sur le sexe, apparaît plus objective et moins contestable³³³⁷. Pour le religieux, la timidité est davantage de mise et la Cour n'a eu que peu à connaître la confrontation à ce critère.

1240. En revanche, lorsqu'elle le fit, à travers deux décisions de 2017 et une de 2021, cela eut un retentissement certain. Dans ces fameuses affaires, il s'agissait de demandes tendant à la prise en compte d'une pratique religieuse au sein d'une entreprise en vertu du principe de non-discrimination. Dans les deux arrêts du 14 mars 2017, la CJUE a d'abord considéré qu'une règle, au sein d'une entreprise, interdisant le port de signes manifestant l'appartenance à une conviction, ne constituait pas une discrimination directe, car elle visait « indifféremment toute manifestation de telles convictions » et traitait *ipso facto* « de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise »³³³⁸. Cette appréciation formelle, néanmoins contestée³³³⁹, entraîna nécessairement la Cour sur le terrain des discriminations indirectes. Elle précisa alors que la juridiction de renvoi pouvait y voir une discrimination indirecte fondée sur la religion s'il était

³³³⁴ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018, p. 37.

³³³⁵ CJCE, 11 juill. 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, n° 265/87, §21.

³³³⁶ R. HERNU, « Le juge communautaire... » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 262.

³³³⁷ Rémy Hernu trouve l'évidence de la différence de situation dans la décision *Brown* du 30 juin 1998 (n° C-394/96), qui confirma l'existence d'une discrimination indirecte résultant d'une réglementation permettant à un employeur de licencier pour cause d'absences consécutives à une maladie, sans tenir compte donc des éventuelles absences pour grossesse. À l'inverse, il constate que la Cour a l'obligation « de traiter les situations de manière identique lorsque l'autorité publique se trouve dans l'impossibilité absolue de les comparer objectivement » (*ibid.*, p. 265).

³³³⁸ CJUE, Gr. Ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, n° C-157/15, §30.

³³³⁹ Voir pour cette critique notamment S. LAULOME, « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1762, 2017, p. 6-10 et J. MOULY, « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte », *Droit social*, n° 4, 2018, p. 330.

établi « que l'obligation en apparence neutre qu'elle contient aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données »³³⁴⁰. C'était le cas en l'espèce. Surtout, selon la Cour, l'interdiction d'arborer un signe religieux devait être strictement limitée au nécessaire. Celle-ci invita alors les juridictions nationales à vérifier si, en l'espèce, plutôt qu'un licenciement direct, une solution accommodante pour le croyant, mais sans « charge supplémentaire » pour l'entreprise, ne pouvait pas être trouvée³³⁴¹. Le même jour, une autre décision fut rendue à l'égard d'un cas d'espèce peu ou prou similaire et dont les motifs portés par les juges étaient identiques³³⁴². Il semble que ces décisions donnent la possibilité de concilier croyance religieuse et obligation salariale. Plus encore, à la lecture du dispositif, la Cour paraît obliger la recherche d'une conciliation afin de limiter les restrictions à la liberté de religion³³⁴³, bien que celle-ci doive largement se faire en faveur des intérêts de l'entreprise. Pour certains commentateurs, la décision n'induit toutefois pas d'obligation d'accommodement raisonnable. D'une part, du fait de la formulation restrictive employée par la Cour³³⁴⁴. D'autre part, et surtout, au vu de la formulation autrement plus impérative, en comparaison, de la directive exigeant de tels accommodements pour les travailleurs handicapés³³⁴⁵. Comme le soulignent ces auteurs : « la possibilité de proposer un autre emploi pour raison religieuse est simplement prise en compte au moment de l'appréciation du caractère nécessaire de la mesure »³³⁴⁶. Il n'est pas étonnant que la Cour de justice adopte également une position restrictive afin de ne pas entraver excessivement les besoins des employeurs et de l'État régulateur³³⁴⁷, de sorte que les dérogations opérées en vertu d'une croyance religieuse se révèlent bien rares. Cette logique procède du caractère, également et avant tout, économique de l'Union européenne, qui tend à privilégier le bon fonctionnement de l'entreprise.

1241. Ces assertions méritent néanmoins quelques nuances. En vérité, la décision suggère manifestement que l'employeur tienne ouvertement compte d'une croyance individuelle pour lui accorder un traitement différent, en vertu, directement, de sa religion. Autrement dit, l'employeur ne peut se prévaloir d'une approche purement formelle de l'égalité et se trouve enjoint de prendre en considération, ne serait-ce qu'un minimum, de la religion d'un individu³³⁴⁸. La décision *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, rendue en 2021, bien que reprenant en grande partie les principes posés en 2017, corrobore ce constat³³⁴⁹.

³³⁴⁰ CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, préc., §34.

³³⁴¹ *Ibid.*, §43.

³³⁴² CJUE, Gr. Ch., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*, n° C-188/15.

³³⁴³ CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, préc., §43.

³³⁴⁴ « Sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire ».

³³⁴⁵ F. KEFER et R. LINGUELET, « L'affaire Achbita c. G4S Secure Solutions : le suspense continue », *J.L.M.B.*, n° 3, 2018, p. 122-129.

³³⁴⁶ *Ibid.*

³³⁴⁷ R. MCCREA, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne* (Ministre l'anglais par I. BLAKE-JAMES), *op. cit.*, p. 193.

³³⁴⁸ Tel que l'affirme très justement Silvine Laulome, « [c]'est donc en tenant compte de la situation de chaque entreprise et de ses moyens, que la situation individuelle devra être examinée et l'employeur devra démontrer qu'il ne pouvait pas proposer aux salariés une solution qui ne heurte pas les convictions religieuses des salariés » (« Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *art. préc.*).

³³⁴⁹ CJUE, Gr. Ch., 15 juill. 2021, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, n° C-804/18 et n° C-341/19.

1242. Dans les deux espèces jointes par cet arrêt, il s’agissait de sanctions appliquées au sein d’une crèche et d’une droguerie à l’encontre d’employées qui portaient le foulard. Une question préjudicielle interrogeait l’existence d’une discrimination indirecte et sur ce point aucune surprise : les juges reprirent le postulat précédent à l’encontre des règles neutres, générales et sans distinction³³⁵⁰. Une sanction prise à l’encontre d’un individu portant un signe spécifique, en application d’un règlement intérieur neutre et général n’est alors pas directement discriminatoire³³⁵¹. Cette approche formelle affiche tout l’intérêt de la généralité de la règle et, par là même, de la notion de discrimination indirecte³³⁵². C’est ainsi sur le plan de cette dernière que la Cour apporta des précisions qui modifièrent considérablement l’orientation prise par les arrêts antérieurs. Un premier changement tint d’une formulation sur l’objectif légitime rattaché à la volonté d’une politique neutre décidée par l’employeur ; *devant* être considérée comme légitime dans la décision *Achbita*³³⁵³, cette volonté *peut* être légitime dans la décision *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*³³⁵⁴. L’emploi du verbe « pouvoir » plutôt que « devoir » montre une reformulation de la balance des intérêts en jeu³³⁵⁵.

1243. Cette nouvelle configuration se trouve ensuite confirmée lors de l’établissement des conditions devant être respectées par l’employeur pour interdire l’expression de signes religieux. Les deux dernières conditions – la poursuite de la politique de neutralité de façon cohérente et systématique, et l’interdiction de signes religieux limitée au strict nécessaire – ne sont qu’une redite des deux décisions antérieures. En revanche, la première condition exige que

³³⁵⁰ *Ibid.*, §52.

³³⁵¹ Voir, pour une synthèse de ces éléments, les conclusions de l’avocat général Athanasios Rantos sous la décision *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ* (pt. 46 à 57).

³³⁵² La qualification d’une discrimination directe ou indirecte anime les discussions entourant les jurisprudences de la Cour de justice (voir notamment E. HOWARD, « Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights or pandering to prejudice », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 28, n° 5, 2021, p. 648-666). Dans ses conclusions, comme dans sa *shadow opinion* de 2021, Eleanor Sharpston défendait l’existence de discriminations directes dans les espèces présentes. Selon elle, les règles qui interdisent des signes religieux en entreprise discriminent directement entre les groupes religieux qui prônent des obligations de port de certains habits religieux par rapport à ceux qui ne présentent pas de telles obligations. De notre côté, la caractérisation d’une discrimination indirecte nous paraît plus adéquate. C’est le principe même de celle-ci de révéler les insuffisances d’une règle neutre et générale. Bien qu’elle découle parfois de stéréotypes concernant certains groupements – ce qui participe, pour Sharpston, de la formation d’une discrimination directe –, la règle s’applique formellement et également pour tous. Le regard, dans cette approche, n’est pas porté sur les faits, donc sur la question d’une règle spécifiquement issue de stéréotypes à l’égard d’un groupe religieux, mais sur sa possible application à tout individu. Lucy Vickers prétend également que quand des restrictions s’appliquent quasiment exclusivement à un seul groupe religieux, on peut défendre l’existence d’une discrimination directe (« Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace », *European Labour Law Journal*, vol. 8, n° 3, 2017, p. 232-257), mais une telle approche porte d’ores et déjà le regard sur l’application réelle de la règle. C’est à la discrimination indirecte de dénoncer les effets de la norme, en ce qu’ils désavantagent particulièrement des croyants. Le risque, dans l’interprétation de l’avocate générale Sharpston ou de Lucy Vickers, est selon nous de brouiller la frontière existante – mais déjà fragile (voir R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 200 et s.) – entre discrimination directe et indirecte, et d’ouvrir trop aisément la voie aux contestations de toute règle, en vertu de particularismes précis. La discrimination indirecte porte déjà un tel risque ; l’assimiler à un traitement directement désavantageux conduit à plus aisément censurer une disposition formellement égalitaire et à progressivement effacer l’égalité par la généralité.

³³⁵³ CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, préc., §37.

³³⁵⁴ CJUE, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., §63.

³³⁵⁵ La même formule est reprise dans un arrêt récent, qui applique ces décisions antérieures : CJUE, 13 oct. 2022, *L.F. c. S.C.R.L.*, n° C-344/20.

la règle de neutralité réponde à « un besoin véritable »³³⁵⁶. S'écarter quelque peu de la dureté des deux décisions de 2017, la Cour de justice semble sensible à un assouplissement qui n'est pas sans rappeler l'évolution jurisprudentielle de la CEDH avec *Eweida*³³⁵⁷, donc une potentielle sensibilité au poids que représente la croyance de l'individu par rapport à la règle l'ignorant.

PARAGRAPHE 3. Le débat choix-circonstance : une sensibilité accrue au caractère identitaire du religieux

1244. Après avoir rappelé que les identités religieuses pouvaient être protégées « pour la seule raison de leur statut en tant qu'élément de l'identité », Ronan McCrea postulait qu'en prévoyant l'interdiction des discriminations indirectes selon divers critères et notamment celui de la religion, les directives plaçaient « la religion d'une personne au même niveau que des caractéristiques telles que l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelles, qui sont considérées, soit comme immuables, soit comme tellement fondamentales dans l'identité personnelle que l'on ne devrait pas demander aux individus de les changer ou de les renier »³³⁵⁸. Cette constatation côtoie alors l'approche tenant à considérer la religion comme une circonstance extérieure qui exige des aménagements spécifiques. L'observation de l'auteur n'est pas non plus sans lien avec l'approche de la religion par le groupe ou par l'individu, puisqu'il défend qu'une approche par le groupe corrobore une vision identitaire du religieux.

1245. À ce titre, au sein de l'Union européenne, l'interdiction de discrimination indirecte ne semble *a priori* valoir qu'à l'égard de groupes. En effet, la directive 2000/78/CE précise bien qu'il y a discrimination indirecte uniquement lorsqu'il y a désavantage particulier « pour *des personnes* d'une religion ou de conviction [...] » par rapport à d'autres personnes³³⁵⁹. McCrea note l'interprétation de cette directive menée par la cour d'appel anglaise en comparaison à celle de la CEDH s'agissant de l'application de l'article 9³³⁶⁰. Dans le premier cas, la juridiction anglaise jugea sur une affaire l'absence de discrimination indirecte selon la directive européenne en ce qu'il n'y avait pas de désavantage envers un groupe particulier, mais seulement un individu croyant. En revanche, dans le cadre de la CEDH, l'affaire *Eweida et a. c. Royaume-Uni* traite avant tout de l'article 9 qui, en l'espèce, se trouva battu en brèche³³⁶¹. L'approche purement individualiste ne vise pas ici le groupe, mais le seul individu. Nous retrouvons la distinction classique entre l'approche individuelle de la liberté et celle collective

³³⁵⁶ *Ibid.*, §64. La politique de neutralité ne justifiant pas en soi une différence de traitement indirecte (aussi repris dans CJUE, 13 oct. 2022, *L.F. c. S.C.R.L.*, n° C-344/20, §40).

³³⁵⁷ A. DJELASSI, R. MERTENS et S. WATTIER, « Principe de neutralité dans les entreprises privées : la Cour de justice étoffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux », *RTDH*, n° 130, 2022, p. 373-395.

³³⁵⁸ R. MCCREA, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne* (traduit de l'anglais par I. BLAKE-JAMES), Bruxelles, Bruylant, 2013, coll. « Collection droit de l'Union européenne », p. 190.

³³⁵⁹ Nous soulignons (art. 2).

³³⁶⁰ R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination and the Seculare State », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 183-210.

³³⁶¹ CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

de la discrimination indirecte. Il reste que cette distinction ne peut que valoir dans un cadre comparatif entre l'article 9 de la Convention et la directive 2000/78/CE de l'UE, puisque nous avons vu qu'au sein de la jurisprudence de la CEDH, l'approche par le groupe n'est en revanche pas obligatoire³³⁶². La non-discrimination indirecte n'entraîne pas toujours d'approche collective du désavantage. La distinction individu-groupe vaut donc davantage au sein des textes de l'Union européenne, comme séparation entre l'approche de la liberté de religion et celle de la non-discrimination indirecte. Dans les faits cependant, la CJUE ne vérifie pas l'existence d'un groupe pour apprécier l'existence d'une discrimination. Comme pour la CEDH, mais de façon probablement plus marquée s'agissant de l'UE, la non-discrimination a effectivement un objectif de réduction des inégalités ciblant les groupes, mais l'existence de ces derniers n'est pas une condition *sine qua non* à l'analyse juridique des discriminations.

1246. En ces termes, pour McCrea, l'Union européenne voit la discrimination indirecte en raison d'une religion comme un droit de groupe basé, non seulement sur la protection des droits fondamentaux, mais sur le fait que la religion est une forme d'identité, ce qui permettrait de plus amples acceptations d'exemptions religieuses³³⁶³. Par l'approche groupale de l'UE l'on protège l'identité partagée par un groupe spécifique. L'exemption est plus aisée à accorder selon l'auteur, car elle vise à compenser un désavantage subi par plusieurs individus qui partagent une même identité³³⁶⁴. La religion ne peut qu'être vue ici comme une circonstance extérieure et non plus comme un choix. Rejoignant nos propos, c'est ce qui amène Ronan McCrea à conclure que la religion induit des traitements juridiques différents selon une approche identitaire ou par la croyance³³⁶⁵.

1247. Dans le même sens, pour Gyneth Pitt, la directive 2000/78, qui précise l'absence de discriminations dans le milieu du travail, ne fait pas de distinction entre la religion comme choix ou comme identité³³⁶⁶. Selon elle, l'inclusion de « religions » et « convictions » signifie que la protection vaut tant pour les croyances individuelles que pour l'identité religieuse. Elle admet néanmoins que, pour cette dernière, l'on se rapproche plus de l'approche des discriminations raciales³³⁶⁷. Cet aveu témoigne d'une approche du critère religieux par l'identité. C'est d'ailleurs ce que souhaite l'autrice, qui prêche que la religion soit plus clairement approchée de la même manière que les distinctions de race, par exemple, c'est-à-dire à la façon d'un critère ascriptif³³⁶⁸.

³³⁶² « Therefore the understanding of indirect religious discrimination under the ECHR will remain focused on protecting individual holders of belief from unjustified indirect discrimination. This deviates from the more group-focused concept of indirect discrimination on grounds of religion or belief under EU law which relates to a freestanding right to require justification of measures that create particular disadvantage for identifiable groups holding particular beliefs » (R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet?... », *art. préc.*).

³³⁶³ *Ibid.*

³³⁶⁴ *Ibid.*

³³⁶⁵ *Ibid.*

³³⁶⁶ G. PITT, « Religion or belief; aiming at the right target? » in H. MEENAN (dir.), *Equality Law in an Enlarged Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 225.

³³⁶⁷ *Ibid.*

³³⁶⁸ *Ibid.*, p. 228.

1248. En réalité, les jurisprudences *Achbita* et *Bougnaoui* se sont imposées pour, en partie, contredire cette approche. La Cour luxembourgeoise est comme venue répondre à ces argumentaires et s'éloigner du caractère identitaire du critère religieux que la directive pouvait laisser suggérer. Pour cela, elle exigea que le contrôle de la discrimination au titre de la directive 2000/78, exercé en l'espèce, comprenne la notion de religion telle qu'elle est interprétée par la CEDH au titre de l'article 9 de la Convention³³⁶⁹. Pourtant, c'était la caractérisation identitaire qui était recherchée par l'avocate générale de l'affaire *Bougnaoui* afin d'obtenir le constat d'une discrimination indirecte. En effet, pour Eleanor Sharpston, les convictions religieuses peuvent former une véritable règle de vie qui « ne peut être poliment écartée pendant les heures de travail »³³⁷⁰. Elle poursuivait que l'identité religieuse fait alors « partie intégrante de son être même » et que l'on « aurait tort de supposer que, en quelque sorte, tandis que le sexe ou la couleur de peau suivent une personne partout, la religion ne le ferait pas »³³⁷¹. L'avocate générale réaffirma d'ailleurs cette approche dans une *shadow opinion* sur la décision de 2021³³⁷².

1249. Gwénaële Calvès explique ainsi qu'en invoquant le caractère identitaire de la religion de la requérante, l'avocate générale entraînait la CJUE sur le terrain de la discrimination³³⁷³. Il semble que c'eût également été la volonté du commentateur Joseph H. H. Weiler, qui déplore le peu de place accordée à la non-discrimination indirecte et qui, au passage, manifeste une caractérisation de la religion comme circonstance imposée à l'individu³³⁷⁴. Or, à la lumière de l'emploi par la Cour de la notion de religion sous le même angle que celle employée par la CEDH pour l'article 9, Gwénaële Calvès conclut alors que la Cour de Strasbourg n'opta pas pour cette vision identitaire de la religion, c'est-à-dire une vision qui tend à assimiler la religion à une caractéristique sur laquelle l'individu n'a aucune prise. Elle préféra accorder « un rôle déterminant à la notion de choix »³³⁷⁵. En effet, contrairement à ce qu'avait pu affirmer Ronan McCrea à la seule lecture de la directive, l'interprétation donnée par la Cour en 2017 témoigne d'une volonté d'éloigner le critère religieux de ceux compris comme étant ascriptifs, en définissant la religion par l'article 10 de la Charte, indirectement par le 9 de la

³³⁶⁹ La Cour de justice renvoie le critère de la religion précisé dans la directive à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, celui-ci dispose du même sens et de la même portée que l'article 9 de la Convention européenne, comme interprété par la Cour homonyme (CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, préc., § 26-28).

³³⁷⁰ E. SHARPSTON, concl. sous CJUE, *Asma Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*, préc., pt. 118.

³³⁷¹ *Ibid.*

³³⁷² « For present purposes, what is important is that a significant number of observant female Muslims regard themselves as being obliged to wear a hijab in order to comply with a requirement of their religion; and that the two employees who are the applicants in the two cases giving rise to the present references take that view » (E. SHARPSTON, « Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19) », disponible en ligne sur : <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html> (consulté le 17 juin 2022), pt. 118).

³³⁷³ G. CALVÈS, « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, 2018, p. 323.

³³⁷⁴ Le commentateur distingue l'expression d'une appartenance religieuse (porter une croix de David, par exemple) de la pratique, de l'obligation, religieuse (porter, par exemple une *kippa* ou un voile) qui, quant à elle, exprime une obligation pour le croyant, n'ayant alors d'autre choix que de la respecter (J. H. H. WEILER, « Je suis *Achbita* ! », *RTD eur.*, 2019, p. 85).

³³⁷⁵ *Ibid.*

Convention ; en somme, à travers la liberté. En suivant cette interprétation, la Cour évite judicieusement de placer la religion sur le même plan que le sexe ou encore l'ethnie. Elle favorise l'approche par la liberté, et ce, nonobstant le regroupement de tous ces critères au sein des dispositions de la directive. C'est, par ailleurs, le postulat de l'avocate générale dans *Achbita*, qui, à rebours de l'approche défendue par Sharpston dans *Bougnaoui*, précisa que la discrimination s'appliquait habituellement à « des particularités physiques inséparables de la personne ou de caractéristiques liées à la personne, par exemple, le sexe, l'âge ou l'orientation sexuelle, et non de comportements reposant sur une décision ou une conviction subjective comme, en l'espèce, le fait de porter ou ne pas porter un couvre-chef »³³⁷⁶. Pour des commentateurs, cette approche est des plus contestables, tant l'atteinte à la dignité résultant d'une obligation de retirer le foulard « ne serait [...] pas moins vif que si une femme ou une personne de couleur noire se voyait imposer de telles mesures du fait de son genre ou de sa couleur de peau »³³⁷⁷. D'autres reprochent en ce sens que « la frontière retenue dans les conclusions entre les motifs est en réalité poreuse », tant « la pratique religieuse se situe précisément à la limite de l'identité personnelle et du choix de l'individu »³³⁷⁸. Or, cette difficulté est justement celle qui poussa l'avocate à trancher dans le sens d'une conception moins identitaire du religieux. D'ailleurs, des commentaires révèlent toute la porosité entre la non-discrimination directe et indirecte au regard de la caractérisation identitaire du religieux : d'un critère devant être ignoré au nom de la discrimination directe, car portant sur un élément de la personnalité profonde des individus, la religion est devenue un critère à prendre en compte par la discrimination indirecte au titre de cette même caractérisation. C'est ainsi qu'*Achbita* ne va, pour certains, pas assez loin au regard de la lutte contre la discrimination religieuse³³⁷⁹. Il semble toutefois que la Cour ait accepté de considérer le juste équilibre entre l'intérêt de l'employeur et du religieux au nom de cette lutte ou, tel qu'elle le dit, « par le souci d'encourager par principe la tolérance et le respect, ainsi que l'acceptation d'un plus grand degré de diversité »³³⁸⁰.

1250. Si nous pouvons habituellement reprocher l'équivoque, la caractérisation ici opérée paraît, de prime abord, claire. Elle ne le reste toutefois pas entièrement : l'avocate générale n'employa la distinction que pour rejeter l'existence d'une discrimination directe. Or, c'est précisément dans le cadre des discriminations indirectes que l'on caractérise la religion comme choix pour rejeter l'acceptation de ce type de discrimination. Pour Gwénaële Calvès, il ne pourrait en être autrement étant donné que la Convention protège en tout premier lieu la liberté de changer de religion ou de conviction, ce qui impose aux juges « d'affirmer qu'en droit, elles

³³⁷⁶ J. KOKOTT, concl. sous CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, préc., pt. 45.

³³⁷⁷ J. H. H. WEILER, « Je suis *Achbita* ! », art. préc.

³³⁷⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ et C. WOLMARK, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire sur le port du voile au travail, CJUE, *Achbita*, aff. C. 157-15 », *Semaine sociale Lamy*, n° 1728, 2016, p. 5-8.

³³⁷⁹ Voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Nous sommes *Achbita* », *RTD eur.*, 2019, p. 105 et J. H. H. WEILER, « Je suis *Achbita* ! », *RTD eur.*, 2019, p. 85.

³³⁸⁰ CJUE, 13 oct. 2022, *L.F. c. S.C.R.L.*, préc., §41.

sont choisies et non subies, même si une telle proposition est empiriquement fausse »³³⁸¹. À l'inverse, l'approche par la discrimination repose sur une qualification identitaire du religieux. Dès lors, la distinction découle du fait que la liberté s'impose sur un plan normatif en ce qu'elle affirme ce qui doit être et non ce qui est, quand la discrimination oblige de partir des faits tels qu'ils sont. « [O]r dans les faits, le critère de la religion, dont la spécificité est de renvoyer à l'exercice d'une liberté, se trouve parfois (ou souvent) essentialisé »³³⁸².

1251. En toute hypothèse, la primauté donnée à la notion de choix par l'avocate générale s'accompagna de celle donnée à la liberté de religion plutôt qu'à la discrimination³³⁸³. Cela rejoint la logique selon laquelle cette première s'écarte philosophiquement d'une approche ascriptive, identitaire et substantielle, de la religion. Par là même, l'approche par le choix va dans le sens d'un refus d'accommodement religieux, puisque l'individu serait en mesure de mettre de côté sa croyance dans le milieu de l'entreprise³³⁸⁴, quand celle défendue par Sharpston – de la religion comme identité – conduirait à concilier la règle neutre de l'entreprise avec la pratique religieuse.

1252. Au demeurant, va dans le même sens le fait que la décision satisfasse une forme d'égalité entre les convictions en affirmant que le règlement de l'entreprise privée se réfère « au port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses et vise donc indifféremment toute manifestation de telles convictions »³³⁸⁵. En l'espèce, la comparaison entre convictions sauve la légalité de la mesure. Pourtant, une comparaison, plus habituelle, entre religions aurait établi le désavantage subi par certaines religions dont la pratique impose des prescriptions vestimentaires. Pour certains, cette appréciation est contestable, tant la neutralité de la règle à l'égard de toutes les convictions n'exclut pas que le licenciement pratiqué en l'espèce repose sur une discrimination en raison de la foi religieuse ; elle désavantage en elle-même certaines religions dont les pratiques imposent des prescriptions vestimentaires³³⁸⁶. En réalité, l'interprétation visant à traiter sur un pied d'égalité les convictions évite de particulariser la liberté de religion et corrobore toute la volonté sous-jacente à la décision de ne

³³⁸¹ G. CALVES, « Le critère “religion ou convictions”... », *art. préc.*

³³⁸² *Ibid.*

³³⁸³ J. KOKOTT concl. sous CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV.*, *préc.*, notamment pt. 54 et les nombreuses références à la jurisprudence de la CEDH.

³³⁸⁴ « Accepting the assumption that the manifestation of religious beliefs is a matter of free choice for an individual leads to the conclusion that they can be expected, and even required, to show “goodwill” and to renounce the exercise of one of their fundamental rights in the course of their employment duties, even where the circumstances of the case show that their conduct does not cause any real harm to anyone » (A. JAKUSZEWICZ, « Protection of Pluralism and Religious Diversity in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union » in J. SIEKIERA (dir.), *Unity in pluralism – Europe's underestimated strength*, Varsovie, CBPE, 2022, p. 115.

³³⁸⁵ CJUE, Gr. Ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita*, §29-30.

³³⁸⁶ J. MOULY, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.*, 2017, p. 947.

pas faire de la religion une circonstance ou une identité. Cette forme d'égalité des convictions ne se limite d'ailleurs pas à cette décision³³⁸⁷.

1253. Du reste, toute cette interprétation rejoint celle portée par la CEDH à l'encontre des demandes dans le cadre des relations de travail, au sein desquelles l'individu se trouve responsable de ses choix. Pour autant, la CEDH, servant donc à justifier l'appréhension de la religion comme choix, n'a aussi pas manqué de souligner que l'expression des croyances religieuses engageait l'identité des individus³³⁸⁸. Le fait que cette considération n'échappe pas aux contempteurs des conclusions sous l'arrêt *Achbita*, et appuient leur critique de celles-ci³³⁸⁹, témoigne de toute l'ambiguïté de la juridiction à ce sujet. De surcroît, nous avons observé un assouplissement de l'approche opérée par la CEDH³³⁹⁰, comme nous pouvons constater l'absence d'interdiction stricte d'accommodements de la part de la CJUE. Jeu dangereux d'équilibriste ; toutes deux semblent sensibles aux demandes différenciatrices récentes, mais tentent de préserver la philosophie d'une logique formelle. En conséquence, il est permis de douter d'une remise en cause complète par les décisions de 2017 des approches défendues par Ronan McCrea ou Gyneth Pitt sur le caractère identitaire du religieux. La décision *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ* de 2021 ne fait justement qu'aller dans le sens de leur assertion.

1254. En effet, dans cet arrêt, la CJUE s'éloigne encore un peu plus d'une conception reposant sur la responsabilité de l'individu en entreprise. L'idée, antérieure, que le croyant doit choisir entre sa conviction et son emploi laisse la place à celle d'une balance équilibrée entre la non-discrimination indirecte et la liberté d'entreprendre de l'employeur. La politique tendant à responsabiliser le croyant lors de l'adhésion à un emploi – vivement critiquée – s'est, semblerait-il, amoindrie, si ce n'est effacée. Pourtant, la Cour renvoie à la même approche de la religion, c'est-à-dire sous l'angle de la liberté issue de l'article 10 de la Charte.

1255. D'un autre côté, la Cour a très récemment à nouveau durci sa jurisprudence au regard des demandes religieuses en acceptant que la neutralité justifie l'interdiction de signes philosophiques et religieux, et ce, sans besoin véritable³³⁹¹. Toutefois, la confrontation de cette décision au autres pour notre débat s'avère complexe compte tenu du fait que l'affaire concernait une administration belge, incluant alors une considération portée sur la neutralité du service public. Pourtant, certains voient dans cette décision un déni supplémentaire de l'importance de l'identité religieuse pour le croyant³³⁹².

³³⁸⁷ Très récemment encore, la Cour a clairement réaffirmé que les termes « religion » et « convictions » présents dans la directive 2000/78 « s'analysent comme les deux facettes "d'un même et unique motif de discrimination" » et couvrent tant les convictions religieuses que celles philosophiques ou spirituelles (CJUE, 13 oct. 2022, *L.F. c. S.C.R.L.*, n° C-344/20, §26 et 27. La Cour reprend cette formulation de son arrêt CJUE, Gr. Ch., 15 juill. 2021, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, n° C-804/18 et n° C-341/19).

³³⁸⁸ Par ex. CEDH, *S.A.S. c. France*, préc., §120.

³³⁸⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ et C. WOLMARK, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez... », *art. préc.*

³³⁹⁰ CEDH, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, préc.

³³⁹¹ CJUE, Gr. Ch., 28 nov. 2023, *Commune d'Ans*, n° C-148/22, §33 et s.

³³⁹² A. HUSSER, « La conciliation entre le principe de neutralité du service public et le droit de la non-discrimination religieuse : un acte manqué ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 8, 2024.

1256. À vrai dire, il est impossible d'être catégorique au sein de cette discussion. Les considérations portées sur la religion font seulement tendre vers une plus grande tolérance des aménagements religieux ou, inversement, vers davantage de réticence. Nous discernons souvent les deux pans et le caractère identitaire du religieux n'est jamais totalement omis, ce que manifestent les décisions abordées ci-dessus. Passer par l'interprétation de l'article 9 de la CEDH ne dissimule effectivement ni le fait qu'il ne s'agisse à la fin que de la question d'une discrimination indirecte, ni du principe, alors imposé, exigeant un équilibre strict entre les intérêts du croyant et de l'employeur. Plus un tel aménagement est exigé, plus la religion semble considérée comme une identité créant une forme de contrainte subie pour le croyant. Inversement, plus ce caractère est souligné et mis en avant, plus l'exigence d'accommodement juridique sera forte. Une nouvelle fois, ces décisions, puis ces réflexions montrent à quel point la frontière entre égalité et liberté est brouillée.

PARAGRAPHE 4. Une proximité entre égalité et liberté concrètement affirmée par le droit de l'UE

1257. Lors de son étude sur les deux décisions de 2017, Gwénaële Calvès questionnait la proximité du contrôle de la discrimination religieuse opéré par la CJUE avec celui de la liberté de religion pratiquée par la CEDH. Elle notait certaines convergences³³⁹³. L'observation rejoint le postulat que nous tenions sur la contiguïté entre le contrôle de la liberté de religion et celui de la discrimination. Les deux peuvent quasiment se confondre, se rejoindre, et entraîner des résultats similaires. Le rapprochement des affaires devant la CJUE sur les signes religieux en entreprise avec la décision *Eweida* de la CEDH démontre cette proximité. Si la liberté de religion vaut dans le milieu de l'entreprise comme protection pour le port de signes religieux au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, la non-discrimination en fait de même au sein de l'Union européenne. D'ailleurs, la Cour dit bien que la directive 2000/78 permet d'apprécier la discrimination indirecte à l'égard de travailleurs « qui entendent exercer leur liberté de religion et de conscience »³³⁹⁴.

1258. De surcroît, la Cour de justice a en quelque sorte établi le lien entre les deux principes, à la suite d'une question préjudicielle interrogeant la possibilité que les normes nationales protégeant la liberté de religion soient considérées comme des dispositions « plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement »³³⁹⁵ que celles prévues dans la

³³⁹³ « La question se pose avec une acuité d'autant plus certaine que les formules de contrôle, en tant que telles, ne sont pas si éloignées les unes des autres. Si une discrimination fondée sur la religion est caractérisée à Luxembourg comme une discrimination indirecte, elle sera analysée selon la même procédure qu'à Strasbourg (contrôle de la légitimité de l'objectif, puis de la proportionnalité des moyens retenus). Si la discrimination est considérée comme directe, et qu'elle trouve son origine dans la législation nationale (entendue en un sens très large, qui inclut notamment les accords collectifs), il sera possible de l'analyser du point de vue de la clause générale de dérogation propre à la directive "égalité de traitement", dont le libellé est très proche de celui de l'article 9 § 2 de la Convention » (G. CALVES, « Le critère "religion ou convictions"... », *art. préc.*).

³³⁹⁴ CJUE, 13 oct. 2022, *L.F. c. S.C.R.L.*, n° C-344/20, §42.

³³⁹⁵ Art. 8, §1^{er}.

directive 2000/78³³⁹⁶. De son côté, l’avocat général Athanasios Rantos, pour répondre à la question par la négative, avance que la protection de la liberté de religion et la lutte contre la discrimination ne partagent pas le même but³³⁹⁷. Sans suivre ces conclusions, la Cour répondit par l’affirmative en admettant donc que les dispositions nationales protectrices des convictions religieuses « peuvent être prises en compte en tant que dispositions plus favorables à la protection du principe de l’égalité de traitement »³³⁹⁸. Comme exemple, la CJUE fait référence à « des dispositions nationales qui subordonneraient la justification d’une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions à des exigences plus élevées que ne le fait l’article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive 2000/78 »³³⁹⁹. Contrairement à l’approche tenue dans les conclusions, la Cour voit un lien substantiel entre l’égalité et la liberté en matière religieuse.

1259. Surtout, une telle interprétation n’est pas anodine au regard des aménagements permis par la liberté de religion. La place de cette dernière est parfois plus confortable que la protection de la discrimination indirecte. Une protection accrue de la liberté de religion peut sembler plus légitime et plus « classique » par l’existence du contrôle de proportionnalité, tout en exigeant que ce dernier soit plus dur envers des mesures restrictives pour les croyants. Par ce biais, l’appréciation des discriminations indirectes se trouve également renforcée en ce que la différence indirecte de traitement, soumise à la protection de la liberté de religion, exige des justifications plus exigeantes.

1260. En somme, une liberté de religion plus affirmée peut induire une égalité matérielle mieux protégée en matière religieuse, et ce, alors que cette première permet déjà des aménagements juridiques spécifiques, parfois plus dissimulés et mieux acceptés que la non-discrimination indirecte. L’interprétation doit être observée en gardant bien à l’esprit que – à l’instar de ce que nous avons affirmé plus haut pour la CEDH – la liberté de religion ne cesse d’accroître son rôle et son importance. Affirmation que la CJUE ne manqua pas de rappeler elle-même pour appuyer sa place dans le cadre du contrôle des discriminations³⁴⁰⁰.

Conclusion du chapitre

1261. Le droit de l’Union, comme de la Convention, illustre la proximité entre la discrimination indirecte et la liberté de religion. Plus encore, nous avons pu observer à quel point cette dernière pouvait impliquer, plus aisément que par l’égalité matérielle, des

³³⁹⁶ CJUE, Gr. Ch., 15 juill. 2021, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, n° C-804/18 et n° C-341/19.

³³⁹⁷ A. RANTOS, concl. sous CJUE, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., pt. 87.

³³⁹⁸ CJUE, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., §89.

³³⁹⁹ *Ibid.*

³⁴⁰⁰ « Il s’ensuit que les dispositions nationales protégeant la liberté de pensée, de conviction et de religion, en tant que valeur à laquelle les sociétés démocratiques contemporaines attachent une importance accrue depuis de nombreuses années, peuvent être prises en compte en tant que dispositions plus favorables à la protection du principe de l’égalité de traitement [...] » (nous soulignons) (CJUE, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., §89).

aménagements au droit commun. Les principes sont indéniablement susceptibles d'entraîner des résultats similaires et de se servir mutuellement, comme l'ont illustré à plusieurs reprises les jurisprudences. Surtout, les rapports entre l'égalité matérielle et la liberté de religion s'accroissent. Ce phénomène va dans le sens d'une acceptation plus ample des aménagements juridiques. Ceux-ci se trouvant justifiés par deux principes interconnectés.

1262. S'agissant de leur distinction, il semble indéniable que la non-discrimination parte en théorie d'une approche plus groupale que la liberté. Néanmoins, dans la jurisprudence européenne l'existence d'un groupe défavorisé ne semble pas être une exigence rédhibitoire pour apprécier les discriminations. Le critère ne paraît pas fiable. Tout au plus peut-on déduire du principe de non-discrimination, surtout indirecte, qu'il vise à réduire les désavantages subis par des groupes, mais dans sa concrétisation il peut aussi bien s'appliquer à un seul individu. De surcroît, la proximité, illustrée plus haut, de ces principes rend vaine une telle distinction.

1263. Sur la question de la religion comme choix ou circonstance, l'ambiguïté demeure quelque peu. En partant du postulat selon lequel la liberté privilégie la notion de choix et exclut l'idée d'aménagements juridiques, quand l'égalité matérielle tend à « identifier » le religieux et à exiger certains accommodements, nous portons une vision bien simplifiée de la réalité. En témoigne l'étude du droit européen. Dans son postulat de base, la liberté de religion se fonde indéniablement sur la notion de choix de conviction quand la non-discrimination indirecte appréhende effectivement les critères de différences substantielles. À ce titre, il semble que la CEDH, en abordant principalement la religion par le prisme de la liberté, ait mis en avant la notion d'autonomie. L'UE, quasiment absente en matière de liberté, était indéniablement influencée par la voie identitaire, puisque le critère religieux rejoignait celui d'autres différences ascriptives dans le cadre de la lutte contre les discriminations. Pourtant, la CEDH a déjà fait preuve d'ambiguïté en soulignant le caractère identitaire du religieux et a admis des aménagements au titre de la liberté de religion qui laissent entrevoir la prise de conscience d'une circonstance pesant sur le croyant³⁴⁰¹. De son côté, la CJUE a fait en sorte d'approcher le religieux par la liberté, mais s'est trouvée, plus expressément encore, influencée par une conception identitaire du religieux dans ses décisions récentes, suivant pour beaucoup la voie d'*Eweida*.

1264. En conclusion, un constat s'impose : ni la CJUE, ni la CEDH, ne sont fermées à la différenciation religieuse en droit. La recherche de conciliation se ressent plus que tout rejet strict. Cette conciliation laisse toutefois apparaître la faveur accordée au formalisme, source de l'égalité dans les deux institutions et probablement preuve de méfiance envers le différencialisme. Malgré tout, l'impulsion différencialiste de la prise en compte du fait religieux, au travers tant de l'égalité, mais surtout de la liberté, est tout à fait perceptible. Les nouvelles demandes, arrimées aux deux principes, ne laissent pas les juges européens indifférents. Des formulations et méthodes très proches de l'accommodement raisonnable canadien ou étasunien apparaissent alors.

³⁴⁰¹ Voir la décision CJUE, *Eweida et al. c. Royaume-Uni*, préc.

Conclusion du titre

1265. Le fait religieux a toujours occupé une place spécifique, même quand il n'était que question de liberté. Les exemples européens illustrent parfaitement cela. Plus encore, ils montrent que des dérogations au droit commun, souvent motivées par des revendications identitaires de la religion, s'envisagent par le biais de la liberté de religion. La liberté de religion « s'identitariserait-elle » ? Ou a-t-elle toujours sous-entendu l'idée d'aménagement comme nous le disons ? Ce qui est indéniable, c'est qu'elle permet plus aisément des mesures différencialistes. Elle les camoufle – parfois probablement inconsciemment – et les rend moins polémiques que la non-discrimination indirecte. Pour autant, la distinction entre les deux se montre de plus en plus ténue, de la même façon qu'il s'avère toujours quasiment impossible de différencier une demande identitaire d'une convictionnelle, ou l'expression d'une conviction de celle d'un particularisme. L'étude du droit européen montre bien ces difficultés de manière concrète, ne serait-ce que par la décision *Achbita* qui révèle que s'écarter du critère discriminatoire pour aborder sous l'angle de la liberté n'induit pas l'exclusion de tout aménagement.

1266. En vérité, l'approche de la Cour de justice décrite par Gwénaële Calvès semble révélatrice : « [s]ans ignorer la centralité de la religion dans "l'identité des croyants et leur conception de la vie"³⁴⁰², elle accorde un rôle déterminant à la notion de choix »³⁴⁰³. Autrement dit, le caractère identitaire du religieux n'est jamais ignoré, mais tire son origine avant tout de l'autonomie de l'individu – encore que, de tels propos furent tenus avant la décision de 2021. La liberté de religion opère une balance qui, selon la conformité à l'universalisme ou au différencialisme, selon l'influence de l'un ou de l'autre, va tendre, ou pas, vers une approche par l'identité. En l'état actuel, il serait excessif de voir d'un côté une conception par le choix, de l'autre par l'identité, car la première semble toujours sous-jacente³⁴⁰⁴, et la deuxième aujourd'hui est tout autant considérée. Peut-être que la liberté de religion laisse ainsi de plus amples marges de manœuvre, et davantage de nuances que l'égalité matérielle en la matière.

1267. En tout état de cause, nous percevons à quel point le phénomène religieux que les systèmes politiques et juridiques ont entendu saisir comprend substantiellement une dimension différencialiste. L'insertion des particularismes n'étonne guère lorsqu'il est donc question de religion. L'égalité reste un principe comprenant deux pendants, mais d'application générale. Le fait religieux n'est qu'un des multiples critères qu'elle touche. La liberté de religion, quant à elle, est l'instrument par excellence d'inclusion de la religion en droit. Elle l'a saisie en décrétant que tout être avait droit au libre choix en vertu de son autonomie morale. Ce regard

³⁴⁰² CEDH, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, préc.

³⁴⁰³ G. CALVES, « Le critère "religion ou convictions"... », *art. préc.*

³⁴⁰⁴ Pour une approche concrète par l'identité, justement opposée à des décisions rendues notamment par la CEDH, voir la conception développée par Sylvie Bacquet (« Manifestation of Belief and the "Liberal" Law of Religion: Why It Is Time to Rethink the Status-Quo? », *Religion & Human Rights*, vol. 17, n° 1, 2022, p. 1-22).

prescriptif de la liberté de religion – tout être a droit à l'autonomie – rencontre forcément une approche plus descriptive tenant à la réalité de ce que peut être la religion : une identité fondamentale. Cette réalité s'impose inévitablement au droit, comme en témoigna le droit européen.

1268. Cette réalité révèle aussi une nouvelle fois à quel point le fait religieux est en tension avec l'égalité universaliste du fait de sa dimension différencialiste. Ici, sa prise en compte présente un risque flagrant de différencialisme. Seulement, elle paraît, à la lumière de tous nos propos, inévitable. Même le droit français, de substance universaliste, en témoignera.

TITRE 2. UNE PENETRATION INEVITABLE DU DIFFERENCIALISME RELIGIEUX EN DROIT FRANÇAIS

1269. Au nom de l'égalité universaliste, tout porte à croire que le droit positif français rejette les discriminations indirectes et demandes différencialistes. La distinction fondamentale entre le modèle français et un système tel que celui du Canada repose sur l'obligation d'égalité matérielle. Ayant à cœur l'indifférenciation, en France, aucune obligation de traitement différent n'est imposée face à des situations distinctes quand, au Canada, la mise en place d'accommodements raisonnables est une obligation³⁴⁰⁵. Nous retrouvons l'application classique du principe d'égalité à la française : si l'État, de sa volonté, peut mettre en place des différences de traitement en fonction de situations différentes, nul individu ne peut en revanche exiger une telle différence de traitement. Cette assertion vaut encore plus, théoriquement, en matière religieuse. *A contrario* du Canada, aucun individu n'a alors le droit d'exiger un aménagement juridique au titre de sa religion.

1270. Le juge administratif se montre alors très formel à l'égard des discriminations indirectes³⁴⁰⁶. Les rejetant en bloc auparavant, il dut un tant soit peu les intégrer dans son contrôle sous la pression de l'Union européenne³⁴⁰⁷. Il ne le fit toutefois que de manière limitée, tant sur les domaines concernés, strictement circonscrits, que par le refus d'employer directement le terme de discrimination indirecte³⁴⁰⁸. Qui plus est, la jurisprudence n'est pas stable et la reconnaissance d'une discrimination indirecte est loin d'être automatique, comme l'illustre un arrêt du 14 novembre 2008 à propos du handicap³⁴⁰⁹.

1271. Exception faite de ces dérogations, le juge administratif a plusieurs fois réaffirmé sa réticence à consacrer les discriminations indirectes en matière religieuse, notamment

³⁴⁰⁵ T. GRÜNDLER, « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Délibérée*, n° 2, 2017/2, p. 60-64.

³⁴⁰⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ et E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? » in B. HAVELKOVÁ et M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 64-65.

³⁴⁰⁷ Notamment, et une première fois – sans en dire véritablement le nom –, par l'arrêt CE, 18 oct. 2002, *Spaggiari*, n° 224804 ; *AJDA*, 2003, p. 36, concl. R. SCHWARTZ ; *AJFP*, 2003, p. 12, note S. SLAMA. Un arrêt plus récent renvoie plus directement à la notion de discrimination indirecte, le juge traitant d'une « différence de traitement dont bénéficient indirectement les femmes mères d'enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004 » (CE, 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426). Jimmy Charruau déduit néanmoins de cet arrêt la recherche par le juge administratif de s'approprier le raisonnement européen relatif à la discrimination indirecte, dans le but précis de mieux rejeter sa reconnaissance en l'espèce et d'« ainsi prendre ses distances avec la solution prononcée par le juge européen » (J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Angers, Université d'Angers, 2017, p. 301-302).

³⁴⁰⁸ X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315.

³⁴⁰⁹ En l'espèce, il s'agissait de la contestation des exigences imposées aux professeurs du second degré pour se voir qualifiés en sauvetage aquatique et secourisme. Nul accommodement n'était prévu pour les personnes en situation de handicap, alors exclues, pour la plupart, de l'accès à la profession. La haute juridiction administrative s'appuya sur une lecture formelle du principe d'égalité et sur les exigences de sécurité pour rejeter le recours. L'uniformité de la règle prima (CE, 14 nov. 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale*, n° 311312 ; *AJDA*, 2009, p. 380, concl. R. KELLER).

s'agissant de l'interdiction pour un individu de confession sikhe de porter le turban pour une photo d'identité. Si la CEDH avait déjà pu se prononcer sur l'exigence de retrait du turban sikh pour une photo d'identité, elle a fondé son analyse sur la liberté de religion, en jugeant son atteinte en l'espèce proportionnée. Or, perçoit Gwénaële Calvès à juste titre, c'est en France plutôt la conception française de l'égalité qui expliquera le rejet de tels signes religieux³⁴¹⁰. En effet, le Conseil d'État opposa un premier refus, en référés, aux requérants plaissant une discrimination dans la règle³⁴¹¹, puis, au fond, en jugeant que « l'atteinte particulière invoquée aux exigences et aux rites de la religion sikhe [...] n'implique pas qu'un traitement différent aurait dû être réservé aux personnes de confession sikhe »³⁴¹². Pour des contestations peu ou prou similaires, le juge administratif opposa les mêmes refus à l'égard du voile islamique³⁴¹³, et de la même façon au voile catholique³⁴¹⁴. Les décisions du juge ne surprennent guère, tant l'implication de justifications de sécurité et d'ordre public est aiguë dans cette affaire. Le Conseil d'État a toutefois fait preuve de la même inflexibilité s'agissant de l'exclusion d'une élève ne se soumettant pas à l'interdiction de port de signes extérieurs d'appartenance religieuse, laquelle « est prise, sans discrimination entre les confessions des élèves ». Elle ne méconnaît pas, à ce titre, le principe de non-discrimination³⁴¹⁵. Le tribunal administratif de Montreuil, brandissant, un motif quasiment identique en ce qui concerne les parents accompagnateurs interdits de signes religieux lors de sorties scolaires³⁴¹⁶, atteste de l'attachement du juge administratif à une égalité formelle, abstraite et *a priori* imperméable à la différence de traitement indirecte subie par certains croyants, en l'occurrence musulmans³⁴¹⁷.

1272. En vérité, tout cela n'illustre que la face visible de l'iceberg. Nous avons vu la difficulté d'ignorer toute la dimension différencialiste du fait religieux. Pour rappel, le différencialisme renvoie à l'acceptation et l'encouragement de la reconnaissance des particularismes substantiels, identitaires ou communautaires dans la norme et son application, c'est-à-dire la différenciation. Lorsque nous traitons de différencialisme de façon générale, nous faisons référence à tout ce qui postule cette différenciation et que nous avons abordé jusqu'ici, à savoir une certaine conception de l'égalité mais aussi la liberté de religion.

1273. Certes, le fait religieux est globalement incorporé en droit français à travers la généralité du régime des cultes. Mais pas seulement. En effet, la prise en compte du fait

³⁴¹⁰ G. CALVÈS, *La laïcité*, Paris, La Découverte, 2022, coll. « Repères », p. 71.

³⁴¹¹ CE, ord., 6 mars 2006, *Association United Sikhs*, n° 289947.

³⁴¹² Les requérants s'appuyaient sur les articles 9 et 14 de la CEDH. Ils s'appuyaient sur une atteinte à la liberté de religion, mais la dénonciation de la discrimination reposait sur « l'origine ethnique » et non sur leur religion (CE, 15 déc. 2006, *Association United Sikhs et M. Shingara Mann Singh*, n° 289946).

³⁴¹³ Voir pour le port du voile islamique et une contestation – sans succès – de l'exigence d'avoir la tête nue sur les photos d'identité : CE, 27 juill. 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice*, n° 216903. Pour une contestation similaire à l'égard des photos sur les passeports : CE, 24 oct. 2003, *Mme Benchemachk*, n° 250084.

³⁴¹⁴ CAA de Marseille, 13 avr. 2007, *Mme Catherine X*, n° 05MA02458.

³⁴¹⁵ CE, 6 mars 2009, n° 307764.

³⁴¹⁶ « [q]u'en outre, une telle disposition, qui est prise sans distinction entre les confessions des parents d'élèves, ne méconnaît pas, comme il a été dit précédemment, le principe de non-discrimination édicté par les stipulations de l'article 14 de cette Convention » (TA de Montreuil, 22 nov. 2011, n° 1012015).

³⁴¹⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *AJDA*, 2012, p. 163.

religieux vient encore davantage entrer en tension avec l'égalité universaliste. Car en dépit des tentatives de la part des juges et autorités normatives d'enserrer certains aménagements dans les limites de l'égalité universaliste, nous observons qu'ils expriment indéniablement – et inévitablement – des prises en compte par la différenciation en droit français (**CHAPITRE 1**). Comme nous aurions pu le prédire au vu des éléments précédents, cette inclusion conduit à établir que la traduction concrète de l'égalité universaliste à travers le principe d'égalité formelle s'efface finalement au profit de la liberté de religion (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1. Une sensibilité au différencialisme difficilement et insuffisamment dissimulée

1274. Indéniablement, à son tour, le droit positif manifeste plus d'ambiguïtés que la rigueur théorique du modèle ne le laisse de prime abord supposer. D'ailleurs, nous avons déjà pu observer une part de différenciation dans la correction du régime des cultes à travers l'instauration d'une institution représentative du culte musulman. Pour Olivia Bui-Xuan cela exprime nettement une acceptation du différencialisme³⁴¹⁸. N'a pas non plus échappé à de nombreux commentateurs le renvoi répété du rapport Stasi de 2004 à la notion d'accommodements raisonnables ; la mention apparut comme un véritable évènement, signe d'une mutation du paysage politico-juridique français³⁴¹⁹. Le droit positif et la jurisprudence offrent alors toute l'illustration du malaise subi par un État universaliste qui aménage pourtant indéniablement son droit au profit des particularismes religieux.

1275. Nous avons jusqu'ici volontairement mis de côté cette question pour entièrement centrer la première Partie sur l'égalité par la généralité. Cette dernière n'est pourtant pas l'unique modalité de saisie du fait religieux en droit. À présent, nous pouvons constater que le droit français témoigne depuis plus d'un siècle de nombreux aménagements visant à satisfaire des demandes religieuses différencialistes (**SECTION 1**). Par aménagements ou accommodements nous entendons des assouplissements (exception, dérogation ou autre) des règles communes au profit de la différence religieuse. Ceux-ci peuvent prendre plusieurs formes et modalités, comme nous le verrons, mais les juges et les autorités tentent de leur faire épouser les exigences de l'universalité. La différenciation demeure malgré tout (**SECTION 2**).

SECTION 1. Une tendance constante à la différenciation religieuse en droit français

1276. La sensibilité à l'emploi de normes qui différencient selon la religion perdura malgré la loi de 1905. Nous n'avons volontairement pas abordé certains aménagements employés pour l'Église catholique après la séparation et qui, pourtant, entretiennent un lien

³⁴¹⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus », p. 481.

³⁴¹⁹ Voir, par exemple, dans un article justement dédié à la mutation du principe de laïcité : J. BAUBEROT, « Les mutations actuelles de la laïcité en France au miroir de la Commission Stasi », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 13, n° 3, 2005, p. 69-78. Ou dans un article consacré à la notion d'accommodement raisonnable à travers le monde, sous une approche internationaliste : P. BOSSET, « Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 62, 2009/1, p. 1-32. Cet emploi est donc souligné par les auteurs canadiens, auxquels il n'échappe pas le contresens fait par la commission à l'égard de la notion d'accommodement raisonnable, qui pose l'aménagement en principe et son refus en exception, contrairement à la conception utilisée dans le rapport Stasi (par exemple : P. COTE, « Politiques religieuses et exercice de la raison publique en France et au Canada, *Éthique publique*, vol. 8, n° 1, 2006, ou de l'auteur précité P. BOSSET, « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 13, n° 3, 2005, p. 79-95).

étroit avec une formulation différencialiste de la norme (**PARAGRAPHE 1**). La logique n'était assurément pas celle de l'égalité réelle, mais la finalité est la même : un particularisme est inclus en droit. L'exemple de cette sensibilité juste après 1905 augurait ce qu'allait être la réalité du droit français universaliste face à la dimension particulariste de la religion. Effectivement, jusqu'à nos jours de nombreux dispositifs ont été mis en œuvre pour satisfaire des demandes différencialistes religieuses au sein du droit commun français (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. Des dispositions anciennes aux limites de la différenciation

1277. Ce n'est pas une révélation, la loi de séparation, et les textes suivants qui la complètent, sont le fruit de compromis³⁴²⁰. Il n'est pas étonnant que l'on qualifie fréquemment la loi de séparation de « loi de cohabitation »³⁴²¹ ou de « modèle d'équilibre »³⁴²². En dépit des grands principes que le texte pose, il s'est rapidement trouvé confronté aux oppositions de l'Église catholique, en conséquence de quoi, la généralité et l'égalité formelle – tout juste affirmées – ont en vérité été bafouées *ab initio*.

1278. Tout part de l'opposition formulée par le pape Pie X – dans un contexte déjà conflictuel³⁴²³ – contre la loi de 1905 et ses principes³⁴²⁴, puis de son interdiction dictée aux catholiques d'obéir au texte³⁴²⁵. Tous les efforts entrepris pour trouver un compromis sur l'article 4 se trouvaient réduits à néant. La situation exigea pour Briand et ses collaborateurs d'établir de nouvelles dispositions afin d'imposer la légalité à l'Église³⁴²⁶. Ce furent les

³⁴²⁰ Surtout avec l'Église majoritaire. Voir ci-après dans ce paragraphe.

³⁴²¹ D. BLANC, « Au panthéon des principes, la laïcité reconnaissante », *LPA*, n° 65, 2017, p. 9. À noter que Jean Baubérot critique un certain emploi de ce qualificatif pour la loi de 1905 (voir J. BAUBÉROT, « La loi de 1905 est plus qu'une loi » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique », p. 121).

³⁴²² G. UNGER, « Les débats parlementaires lors de la loi de 1905 », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 8-15. L'auteur justifie le terme en expliquant qu'elle n'a pas été votée en tenant compte de toutes ses contradictions, mais en cherchant par-dessus tout un consensus global.

³⁴²³ L'application de la loi de 1905 exigeait que soit fait l'inventaire des biens des établissements de culte, ce qu'ordonna la Direction générale du Trésor en obligeant maladroitement les prêtres à ouvrir les tabernacles. En attendant la décision du pape, les évêques invitèrent les fidèles au laisser-faire, ce que beaucoup ne purent accepter. Éclatèrent alors des heurts entre les forces de l'ordre et divers religieux (J.-P. SCOT, « Genèse de la loi de 1905 » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, *op. cit.*, p. 46-47). On parle alors de la crise ou querelle des inventaires.

³⁴²⁴ Par l'encyclique du 11 février 1906 *Vehementer nos*. Les raisons de l'opposition sont variées, comme en témoigne l'encyclique : des associations cultuelles qui ne respectent pas la hiérarchie catholique, une spoliation des biens de l'église, une police intérieure des édifices cultuels qui prive d'une véritable liberté... De manière générale, le Vatican n'acceptait pas le principe-même d'une séparation, qui plus est imposée. L'opposition était la conséquence logique des tensions survenues auparavant, ces mêmes tensions qui menèrent d'ailleurs à discuter de la loi de séparation.

³⁴²⁵ Par l'encyclique du 10 août 1906 *Gravissimo Officii munere*.

³⁴²⁶ Comme l'affirma Aristide Briand, alors ministre des cultes, à plusieurs reprises, le but de la loi était « de mettre – et c'est toute notre tactique – l'Église catholique dans l'impossibilité, même quand elle le désirerait d'une volonté tenace, de sortir de la légalité » (Séance du 28 déc. 1906, *Débats parlementaires. Sénat*, JORF, p. 1229).

objectifs des lois du 2 janvier et 28 mars 1907, puis celle du 13 avril 1908, véritables « lois de circonstances », pour reprendre les termes d'Esmein³⁴²⁷.

1279. Les deux premières vinrent remédier à l'impossibilité pour le culte catholique d'exercer son culte, conséquence de son refus de constituer des associations cultuelles prévues à cet effet et pour la transmission des biens des anciens cultes reconnus³⁴²⁸. Le problème avait au moins eu le mérite d'aboutir à un texte de libéralisation du régime et applicable à tous, qui autorisait toute réunion publique sans déclaration préalable. La loi du 2 janvier, quant à elle, réglait une partie du problème des biens de l'Église en précisant la réception par les autorités publiques de ceux non réclamés par des associations cultuelles nouvellement constituées, passé un certain délai³⁴²⁹. Surtout, l'article 5 permettait la mise à disposition aux fidèles et ministres du culte des édifices affectés à l'exercice du culte dans le cas où il n'y aurait pas d'association cultuelle. L'article a le mérite d'être ici formulé dans la généralité³⁴³⁰, bien que dans les faits, quasiment un seul culte était manifestement concerné.

1280. Cela dit, le vocabulaire employé par la loi montre clairement sa cible, ne serait-ce que par le terme d'« établissement ecclésiastique », mais également de « menses », d'« archevêchés » ou « presbytères ». S'exprime l'idée de degré de la généralité, car ces notions renvoient clairement à une tradition religieuse. D'un autre côté, la norme ne nomme pas expressément une religion. Cela manifeste toute la difficulté pour établir ce qu'est finalement une règle générale, mais nous y reviendrons³⁴³¹. En tout état de cause, l'égalité juridique n'est à la fin que partielle. Le texte, en plus de viser spécifiquement un culte, n'arrive pas, dans sa formulation, à s'extraire de ce but. La loi de 1908 qui régla définitivement le problème de

³⁴²⁷ Dans son exposé sur la généralité de la loi, Adhémar Esmein percevait toutefois l'existence de lois de circonstances, qui perdaient leur caractère d'abstraction et de généralité, mais avaient « pour but de résoudre, d'une manière définitive, les difficultés graves que certains faits ont soulevées » (A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1914), rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, 2001, coll. « Droit public » p. 1091).

³⁴²⁸ En l'absence de ces structures, l'Église était privée du libre exercice du culte. Briand eut donc l'idée d'autoriser ce dernier dans le cadre de la loi de 1881 sur les réunions, avec comme seule exigence la déclaration préalable. C'était l'objet de l'article 4 de la loi du 2 janvier 1907 : « [i]ndépendamment des associations soumises aux dispositions du titre IV de la loi du 9 décembre 1905, l'exercice public d'un culte peut être assuré tant au moyen d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901 (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12 et 17) que par voie de réunions tenues sur initiatives individuelles en vertu de la loi du 30 juin 1881 et selon les prescriptions de l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905 ». *Bis repetita* : l'Église catholique opposa le refus de toute déclaration en la matière. La loi du 28 mars 1907 fut en réponse promulguée pour permettre toute réunion publique sans déclaration préalable, légalisant ainsi les rassemblements cultuels de catholiques ayant refusé l'ancienne formalité.

³⁴²⁹ Article 1^{er} : « Dès la promulgation de la présente loi, l'État, les départements et les communes recouvreront à titre définitif la libre disposition des archevêchés, évêchés, presbytères et séminaires qui sont leur propriété et dont la jouissance n'a pas été réclamée par une association constituée dans l'année qui a suivi la promulgation de la loi du 9 décembre 1905, conformément aux dispositions de ladite loi ». Article 2 : « Les biens des établissements ecclésiastiques qui n'ont pas été réclamés par des associations constituées dans l'année qui a suivi la promulgation de la loi du 9 décembre 1905, conformément aux dispositions de ladite loi, seront attribués à titre définitif, dès la promulgation de la présente loi, aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance dans les conditions déterminées par l'article 9, premier paragraphe de ladite loi, sans préjudice des attributions à opérer par application des articles 7 et 8, en ce qui concerne les biens grevés d'une affectation étrangère à l'exercice du culte ».

³⁴³⁰ Il n'est pas question directement du culte catholique, mais des « fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion ».

³⁴³¹ Voir *infra*.

l'attribution des biens culturels s'inscrit dans la même lignée, en plus de présenter un véritable problème tenant à l'avantage accordé à l'Église catholique par rapport aux cultes qui se sont conformés à la loi de 1905³⁴³².

1281. Nous avons déjà abordé le cas de lois formulées de manière générale, mais visant concrètement et précisément un groupe spécifique ou un nombre réduit d'individus. En plus d'être à la limite de la différenciation dans leur formulation pour certaines d'entre elles, les lois exposées ici offrent en sus un parfait exemple de textes visant dans les faits qu'un groupement spécifique. Celles-ci, pour certaines marquées de la généralité, pour d'autres peu ou prou différentielles, rompaient avec la dose d'abstraction que la loi de 1905 avait tenté de maintenir. L'embarras ne s'arrêtait pourtant pas là.

1282. L'absence d'associations culturelles pour la religion catholique perdura jusqu'à l'après-guerre. Il fallut attendre 1923 pour trouver un accord entre le Saint-Siège et le gouvernement. Des négociations, aboutirent les associations diocésaines : formes d'associations culturelles présentant des garanties souhaitées par l'Église, notamment et avant tout l'assurance de la soumission de la structure à l'autorité épiscopale. En effet, avec les associations culturelles classiques, « l'État ne pouvait reconnaître l'Église que comme un groupe de citoyens engagés dans une certaine activité, en l'occurrence la dévotion » expliquait Maurice Larkin, qui poursuivait, non sans une touche d'ironie : « activité qui, d'un point de vue légal, ne différerait pas de l'élevage de pigeons voyageurs ou de la philatélie »³⁴³³. L'auteur tirait la conséquence suivante : « ainsi, le projet de Séparation ne mentionnait ni pape ni évêque, puisqu'il n'était pas dans les attributions de la loi de donner des définitions. [...] le projet ne stipulait pas l'introduction d'un prêtre catholique dans chaque association »³⁴³⁴. Ces points, qui confortaient l'égalité, contrevenaient au fonctionnement de l'Église. En d'autres termes, satisfaire l'un entraînait le risque de bafouer l'autre.

1283. Il ne faut pas s'y tromper néanmoins, les associations diocésaines n'ont pas fait l'objet d'un texte spécifique ou d'une loi. Elles sont issues d'une négociation entre le gouvernement et le Saint-Siège. Elles se sont concrétisées seulement par l'élaboration de statuts associatifs communs pour l'Église catholique et conformes à ses préceptes. Il n'empêche que, par l'accord de 1923, « la République reconnaissait le caractère propre de l'Église catholique »³⁴³⁵, ce qui revenait de prime abord à fragiliser un peu plus l'égalité proclamée en 1905. Seulement, étant donné qu'aucune dérogation claire n'a été formulée pour ces associations, l'appréciation au regard de l'égalité s'avère ardue.

1284. Ce n'est pas ce qui retint Pierre-Henri Prélôt de voir dans les associations diocésaines qu'une « forme de mise en œuvre différenciée de la liberté d'association

³⁴³² J. BAUBEROT, « La laïcité » in V. DUCLERT et C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2007, p. 207.

³⁴³³ M. LARKIN, *L'Église et l'État en France. 1905 : la crise de la Séparation*, Paris, Privat, 2004, p. 186.

³⁴³⁴ *Ibid.*

³⁴³⁵ R. REMOND, « Les raisons d'un révision » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, op. cit., p. 66.

religieuse »³⁴³⁶. Plus ouvertement, il concéda que la réalité des associations diocésaines déforme quelque peu le modèle abstrait, uniforme et égalitaire brandi par la loi de 1905, au profit d'une prise en compte des spécificités propres au culte catholique³⁴³⁷. Plus concrètement, Jacqueline Lalouette explique que ces associations se différenciaient des cultuelles par leur objet : quand celles issues de l'article 18 de la loi de 1905 devaient être créées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte, les associations diocésaines se défaisaient du dernier objet³⁴³⁸. Partant de ce constat, l'accord relatif à ces associations qui ne respectent pas intégralement les exigences de la loi de 1905 – malgré ce que semblait en conclure le Conseil d'État³⁴³⁹ –, ne revient-il pas en définitive à consacrer un aménagement à la norme commune et au régime des aux cultes ?

1285. Peut-être pouvons-nous supposer que les trois exigences ne seraient pas cumulatives pour être associations cultuelles, mais que l'objet ne peut simplement pas être différent d'au moins un des trois cités. Si tel est le cas nous comprenons mal en quoi la négociation était nécessaire, puisque la simple production d'un statut commun à toutes les associations catholiques, sous l'égide de la réglementation commune des cultuelles, mais sans la précision de l'exercice du culte, suffisait. D'autant que la loi de 1907 avait bel et bien permis l'exercice du culte sans association, ce qui permettait à Pierre Savouret d'affirmer dans sa thèse que « les Associations cultuelles n'étaient pas indispensables pour que l'Église gardât comme avant la jouissance des édifices et si même, par la suite, il s'en formait, elles pourraient fort bien exclure de leur objet l'exercice du culte »³⁴⁴⁰. La raison était très certainement politique : l'accord trouvé donnait l'impression d'une rupture et d'un renouveau par rapport à la loi de 1905, souhaité par le nouveau pape, même si, dans le fond, cet accord n'en faisait que l'application³⁴⁴¹.

1286. Cependant, la difficulté se trouvait également à l'article 19 de la loi de 1905, qui précise que les associations cultuelles « devront avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte ». Certes, la loi du 2 janvier 1907 avait permis l'exercice du culte par le biais de simples réunions publiques ou de la loi de 1901, mais cela ne renseignait pas sur le fait de savoir si, pour être cultuelle, une association devait obligatoirement avoir pour objet, au moins, l'exercice du culte. Nous aurions pu alors supposer que les associations diocésaines ne relevaient que de la loi de 1901, mais l'ambiguïté persista, surtout pour le Conseil d'État, qui considéra qu'elles

³⁴³⁶ P.-H. PRELOT, « Qui sont les minorités religieuses en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 312.

³⁴³⁷ P.-H. PRELOT, « Constitution » in F. MESSNER (dir.), *Droit des Religions. Dictionnaire*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 174.

³⁴³⁸ J. LALOUETTE, *L'État et les cultes. 1789-1905-2005*, Paris, La Découverte, 2005, coll. « Repères », p. 93.

³⁴³⁹ Qui affirme d'un côté que les associations « doivent avoir pour objet exclusif de subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte », mais qui déclare ensuite la conformité des statuts des associations diocésaines alors qu'il constate lui-même « qu'elles auraient pour objet exclusif de subvenir aux frais et à l'entretien du culte catholique » (CE, avis n° 185707, 13 déc. 1923).

³⁴⁴⁰ P. SAVOURET, *Les associations diocésaines*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Imprimerie du Montparnasse et de Persan-Beaumont, 1928, p. 56. Le même auteur accorde d'importants développements à la légalité réelle des associations diocésaines et conclut qu'en définitive celles-ci semblent conformes à la loi de séparation (p. 99 et s.).

³⁴⁴¹ Pie X avait souhaité une modification de la loi de 1905, quand Pie XI se contentait d'un accord en 1923, bien qu'il regrettât l'absence de vote solennel au Parlement (*ibid.*, p. 83).

relevaient également de la loi de 1905³⁴⁴². La juridiction expliqua que c'est l'article 4 qui justifiait les associations diocésaines, prenant alors la forme d'une sorte de dérogation au sein de la loi elle-même, dans la mesure où ces structures devaient respecter l'organisation propre aux religions³⁴⁴³. Pierre Savouret réfute en partie cette interprétation dans sa thèse par l'appui d'arguments peu contestables. Selon lui, l'article 4 visait seulement à empêcher que le transfert des biens culturels se fasse au profit d'associations culturelles non orthodoxes. Il ne concernait pas celles souhaitant simplement l'exercice du culte. Constituées sans se voir transférer les biens, les associations diocésaines ne rentraient donc que dans ce dernier cadre³⁴⁴⁴. Pour l'auteur, ce n'est que plus tard, avec la loi de finances du 29 avril 1926 qui attribua les anciens biens ecclésiastiques encore sous séquestre aux associations diocésaines, qu'elles purent être rattachées à la loi de 1905 par le biais de son article 4³⁴⁴⁵. Du reste, d'autres considèrent enfin que l'établissement des lois de 1907 rendit obsolète l'obligation d'objet exclusif d'exercice du culte, puisque celui-ci pouvait dès à présent être rempli en dehors de toute association culturelle³⁴⁴⁶. Cela contredit tant la lettre du texte que son esprit³⁴⁴⁷. Plus encore, cela contredit quelque peu la jurisprudence contemporaine du Conseil d'État qui exige précisément un exercice exclusif du culte pour les associations culturelles, ce qui n'est pas sans poser de problèmes, nous l'avons mentionnée³⁴⁴⁸, pour des religions plus récentes³⁴⁴⁹. Et la question peut significativement se poser à l'égard des associations diocésaines : difficilement assimilables aux associations culturelles classiques de la loi de 1905 sur certains points, elles se rapprochent de celles-ci sur bien des autres ; elles bénéficient tout de même de tous les avantages propres aux associations culturelles³⁴⁵⁰. Pourtant, quand nous observons la stricte exigence d'exercice

³⁴⁴² L'ambiguïté est d'autant plus importante que le Conseil d'État a écrit : « considérant que les associations *pour l'exercice des cultes* doivent observer les prescriptions de la législation relative aux associations en général et qu'elles doivent, en outre, d'après les textes spéciaux qui les régissent, avoir pour objet exclusif de subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte [...] » (nous soulignons) (CE, avis n° 185707, 13 déc. 1923). Pour englober les diocésaines, il parle bien d'associations « pour l'exercice des cultes », ce dont s'exonère, volontairement, ces premières...

³⁴⁴³ Dans la citation de l'avis précédente, le Conseil d'État poursuivait : « [...] avoir pour objet exclusif de subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte, se conformer aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice [...] » (*ibid.*).

³⁴⁴⁴ « Si à un certain moment on a parlé d'autoriser à leur profit l'attribution de biens encore sous séquestre et non liquidés conformément à la loi du 13 avril 1908, ce ne fut qu'un projet dont aucun ministre ne semble avoir voulu prendre la responsabilité ; elles se sont donc constituées librement en dehors du champ d'application de l'article 4 et il nous paraît impossible de dire, *stricto sensu*, qu'elles sont régies par ce texte » (P. SAVOURET, *Les associations diocésaines*, *op. cit.*, p. 102-103).

³⁴⁴⁵ L'application ne sera réelle que grâce au premier article de loi du 15 février 1941.

³⁴⁴⁶ J.-P. DURAND, « Les associations diocésaines » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 1257.

³⁴⁴⁷ Les articles 18 et 19 témoignent d'une volonté initiale d'un exercice du culte exclusivement à travers les associations culturelles. Les concessions accordées par la suite pour imposer la légalité aux catholiques a modifié cet état d'esprit et a quelque peu rendu caduque, plus spécifiquement celui du premier paragraphe de l'article 19.

³⁴⁴⁸ Voir p. 254 et s.

³⁴⁴⁹ David Koussens affirme : « si le critère de l'exclusivité dans l'exercice du culte ou celui du respect de l'ordre public sont problématiques, c'est parce que l'on peut douter que toutes les associations culturelles catholiques, juives ou protestantes s'y conforment pleinement aujourd'hui ». Il conclut que la neutralité est donc mise à mal par les transformations de la société et que le cadre égalitaire de la loi de 1905 produit des inégalités que la jurisprudence ne peut pas toujours corriger (D. KOUSSENS, « La religion "saisie" par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France ? », *Recherches sociographiques*, vol. 52, n° 3, 2011, p. 811-832).

³⁴⁵⁰ E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, Paris, Juris éditions/Dalloz, 2019, coll. « Juris Corpus », p.125.

exclusif du culte, nous nous interrogeons sur l'application d'une telle jurisprudence aux associations diocésaines, dont le statut exclut précisément l'exercice du culte.

1287. En toute hypothèse, cet élément témoigne de la particularité des associations diocésaines et d'une tendance à la limite de la dérogation. L'argument de l'article 4 et de l'objet de l'association, couplé avec le fonctionnement particulier lié à la place de l'évêque dans l'association³⁴⁵¹, confortent l'idée d'un traitement spécifique dont l'Église catholique a pu faire l'objet. Seulement, ce traitement minimise considérablement sa spécificité étant donné que les textes de 1907 sont applicables à tous et que les associations diocésaines ne semblent pas clairement entrer en contradiction avec la législation³⁴⁵². C'est plutôt un esprit général d'accommodement qui se dégage, et dont se sont passés les autres cultes qui, quant à eux, se sont pleinement soumis à la loi de 1905. Tout le paradoxe du « compromis » qu'acte cette loi transparaît ici : il ne s'est assurément opéré qu'entre l'État et l'Église catholique³⁴⁵³.

1288. Néanmoins, pouvait-il en être autrement ? Comme le résume parfaitement Anne Fornerod, depuis 1789, « les relations entre l'État et les groupes religieux se sont caractérisées par un traitement égalitaire imparfait, au sens où la situation de religion socialement majoritaire du catholicisme et le statut de minorités du protestantisme et du judaïsme s'opposaient à une approche formelle du principe d'égalité entre les cultes et se traduisaient par des relations privilégiées des pouvoirs publics avec l'Église catholique »³⁴⁵⁴. Pouvait-on réellement nier ce poids historique ? La réponse est formellement négative, que la loi de 1905 en témoigne ! Pour Jean Rivero les arrangements avec l'Église catholique n'étonnent guère : « le catholicisme est un fait ; en ce début du XX^e siècle, il restait, en France, la religion du plus grand nombre ; et le fait catholique a des caractères propres ». Et l'auteur de conclure : « [i]gnorer ce fait, c'était tout à la fois jeter le pays dans le trouble et [...] déchirer le tissu social et compromettre l'unité du pays »³⁴⁵⁵. Un tel traitement amoindrissait concurremment la rupture avec la situation inégalitaire du Concordat et développa tout au long les discriminations à rebours, de nos jours, décriées.

1289. Certains auteurs emploient des mots lourds de sens à l'égard de ces faits historiques. Jean-Paul Willaime considère, par exemple, que pour des raisons historiques le catholicisme bénéficie « d'une discrimination positive »³⁴⁵⁶. Ce sont également les termes

³⁴⁵¹ Si les associations se veulent, au départ, fondées sur une base démocratique, la hiérarchie catholique imposait que les statuts octroient une place prééminente à l'évêque et sa nomination d'office à la tête de l'association.

³⁴⁵² Cet argument est conforté par la qualification de convention internationale des échanges de lettres entre le Saint-Siège et le gouvernement de l'époque, ce qui justifierait, en toute hypothèse, le caractère dérogatoire à la loi des associations diocésaines.

³⁴⁵³ Il n'y a qu'à voir dans les propos de Louis Méjan, tout le long de l'ouvrage de sa fille, à quel point les débats portaient sur celle-ci et très peu sur le protestantisme ou le judaïsme (L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959).

³⁴⁵⁴ A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions », p. 241.

³⁴⁵⁵ J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés », p. 282.

³⁴⁵⁶ J.-P. WILLAIME, « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 67-82.

employés par Jean Baubérot à propos de la loi du 2 janvier 1907³⁴⁵⁷. Sur les intentions motivant les discriminations positives le terme ne nous semble pas judicieux³⁴⁵⁸. Sur les aménagements pratiqués, il est clair que le culte catholique fit l'objet de traitements juridiques favorables et spécifiques, *in fine* d'accommodements qui furent refusés aux autres cultes alors minoritaires, bien que reconnus de longue date³⁴⁵⁹. Jean Baubérot, rejetant fermement l'affirmation d'une égalité des cultes consacrée par la loi de 1905, oppose justement toutes les dérogations des textes la suivant et tous les privilèges qu'ils octroyèrent à l'Église catholique³⁴⁶⁰. Le constat de cette inégalité est également partagée par Brigitte Basdevant-Gaudemet³⁴⁶¹.

1290. Maire-Joëlle Redor-Fichot, quant à elle, justifie l'existence de ces inégalités³⁴⁶². L'autrice constate effectivement un statut privilégié pour le culte catholique, mais conteste l'existence d'une discrimination, considérant que « les différences de traitement pouvaient se fonder sur une différence objective de situation ». Selon elle toujours, la différence de situation tint au fait que la majorité de la population était catholique, « phénomène dont l'État ne pouvait pas ne pas tenir compte ». Cette interprétation, pour être intéressante, n'en reste pas moins limitée.

1291. Tout d'abord, bien que la consécration concrète de l'égalité « sans distinction de religion » n'apparût qu'en 1958, nous pouvons présumer son affirmation dès la loi de 1905. Celle-ci a justement rompu avec le régime antérieur qui, en l'occurrence, accordait des différences de traitement en fonction de l'importance du culte. Nous l'avons vu, la séparation et la non-reconnaissance supposaient l'égalité des cultes et civile. Il serait difficile d'approuver sa consécration pour ensuite justifier tout traitement distinct des religions au titre d'une différence de situation, à l'exemple du Concordat fraîchement abrogé. Plus encore, nous pouvons penser qu'une telle égalité avait ses prémices dès 1789, mais que la réalité sociétale et le poids de l'histoire ont rendu impossible son application. En toute hypothèse, une telle justification pouvait être tenue sous le Concordat et expliquait d'importants privilèges pour l'Église catholique. La loi de 1905 souhaitait tout sauf faire perdurer ce système. Le critère de la représentativité d'un culte, le nombre d'adhérent à une religion, n'est *a priori* plus un élément

³⁴⁵⁷ « [...] [C]ar elle permet au clergé catholique d'occuper les églises “sans titre juridique” » (J. BAUBÉROT, « La laïcité » in V. DUCLERT et C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, op. cit., p. 207).

³⁴⁵⁸ Il ne s'agit pas véritablement de rattraper un retard social d'un groupe au regard d'autres. Paradoxalement c'est quelque peu le contraire ; c'est parce que le culte est majoritaire que de telles tolérances n'ont pas pu être évitées.

³⁴⁵⁹ V. ZUBER (dir.), *La laïcité en débat. Au-delà des idées reçues*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2017, coll. « Idées reçues », p. 120.

³⁴⁶⁰ J. BAUBÉROT, « La laïcité » in V. DUCLERT et C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, op. cit., p. 207. Dans un autre écrit, il explique que dans la course effrénée derrière le catholicisme pour le soumettre à la légalité, « la République a laissé sur le bord de la route les autres ex-cultes reconnus (protestants et juifs) et ne s'est pas souciée des autres cultes (présents ou futurs) » (J. BAUBÉROT, « La loi de 1905 est plus qu'une loi » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, op. cit., p. 128). Encore ailleurs, il réaffirmait après l'exposé des textes de 1907, 1908, puis les accords de 1923-1924, qu'il fallait « donc en finir avec la fiction que la “laïcité républicaine” réaliserait l'égalité des religions. Elle en affirme le principe de la non-reconnaissance de tous les cultes. Mais elle y déroge de différentes manières » (J. BAUBÉROT, « La laïcité » in V. DUCLERT, C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, op. cit., p. 207).

³⁴⁶¹ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Un siècle de régime de cultes reconnus, un siècle de séparation », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 82, n° 1, 2004, p. 45-69.

³⁴⁶² M.-J. REDOR-FICHOT, « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87.

à prendre en compte pour justifier un traitement particulier ; Jean Carbonnier l'aura affirmé³⁴⁶³, avec un retentissement certain³⁴⁶⁴.

1292. Enfin, si tant est qu'un tel critère puisse exister, qu'en est-il aujourd'hui ? La religion catholique reste majoritaire, surtout à l'égard du judaïsme et du protestantisme. Pourtant, ceux-ci ont pu se sentir discriminés par rapport aux lois suivant celle de 1905, intervenues pour régler le problème catholique³⁴⁶⁵. Dirions-nous que le traitement reste satisfaisant du moment que la différence de situation perdure ? Le contrôle de l'égalité exige une forme d'adéquation entre la différence de traitement et la différence de situation³⁴⁶⁶. Or, il paraît difficile d'accepter qu'une inégalité de fait déjà patente – la propriété publique de la grande majorité des biens culturels catholiques avant 1905 – ait pu être tout bonnement aggravée par autant de dispositions particulières au profit du culte catholique³⁴⁶⁷.

1293. Il est aisé de remettre les choix de l'époque en question, mais nul ne saurait sous-estimer l'importance culturelle de la religion catholique, comme en témoignait déjà la crise des inventaires plus tôt. Pouvait-on lutter contre une vision de la société encore largement partagée à l'époque ?³⁴⁶⁸ Une telle problématique se répète bien souvent, y compris aujourd'hui. Seulement, elle illustre un processus difficilement détachable de la différenciation. Qu'il s'agisse des avantages octroyés ou de la formulation de la forme même de l'association (« diocésaine »), le droit connut un aménagement particulariste. Celui-ci concerne tant le régime des cultes que le droit commun. Nous l'avons évoqué : la reconnaissance d'une spécificité peut impliquer une inégalité au sein du régime des cultes comme de la norme commune. En l'occurrence ici, l'association diocésaine est une forme d'association à part inaccessible pour d'autres associations culturelles, mais aussi pour tout individu non religieux.

1294. Toutefois, si ressort de tous ces propos l'ambiguïté du « moment » 1905 à l'égard de la religion catholique, le privilège qu'elle connut ne se résume pas à cette période. Plus encore, l'Église catholique fit déjà l'objet de différenciations claires et explicites. Nous l'avons évoqué, tel est le cas de la loi du 19 février 1950 – dont le titre s'avère déjà révélateur – *précisant*

³⁴⁶³ J. CARBONNIER, note sous CA de Nîmes, 10 juin 1967, *D.*, 1969, p. 367.

³⁴⁶⁴ Nous aurons l'occasion d'analyser plus profondément ce critère et le sens du mot sciemment ajouté « *a priori* » (voir p. 717 et s.).

³⁴⁶⁵ Voir le rapport houleux déposé par la Fédération Protestante de France à l'égard de la loi de 1905 en 2002 (*Cultes, équité, laïcité : l'expérience protestante. Éléments d'évaluation de la loi de 1905 et propositions*, déc. 2002).

³⁴⁶⁶ Lorsque le juge est saisi d'un traitement différent. En l'occurrence, la difficulté serait probablement de faire voir au juge un traitement différentiel aujourd'hui pour une situation qui ne le justifie plus.

³⁴⁶⁷ Surtout s'agissant du financement public de ces biens.

³⁴⁶⁸ Cette crise des inventaires découlait d'un attachement profond, même culturel, à l'Église catholique, sans qu'il soit forcément question de pratique religieuse. Jean-Marie Mayeur décrit ce phénomène : « [m]ais l'élément déterminant fut bien la volonté de défendre des églises qu'elles considéraient comme leurs et dont elles croyaient qu'on allait les dépouiller. Qu'est-ce à dire, sinon que tout un peuple s'insurge pour défendre une religion qui s'incarne profondément dans sa vie quotidienne ? ». Il poursuit que « la sensibilité populaire est atteinte au point où le sacré imprègne tous les actes de la vie profane » et conclut alors : « [l]a carte de la résistance aux inventaires n'est pas celle d'une France plus "pratiquante" [...]. Elle est celle d'une France qui a en propre une certaine manière de concevoir le catholicisme et de considérer les rapports entre le politique et le religieux » (J.-M. MAYEUR, « Religion et politique : géographie de la résistance aux inventaires (février-mars 1906) », *Annales. Économies, Société, Civilisations*, n° 6, 1966, p. 1259-1272).

le statut des ministres du culte catholique au regard de la législation sociale³⁴⁶⁹, qui dispensait les ministres du culte catholique du paiement des cotisations d'allocations familiales et de sécurité sociale³⁴⁷⁰. En créant au profit de ces seuls ministres un régime particulier et dérogatoire, la loi pouvait légitimement interroger l'égalité³⁴⁷¹. En effet, dénonçait François Méjan, si la loi « avait entendu respecter au moins la terminologie de la loi de 1905 (laquelle ne vise nommément aucun culte) », égalité des cultes oblige, elle « aurait dû concerner “les ministres des cultes imposant le célibat” »³⁴⁷². Cette importante remarque met en lumière le fait que la norme reconnaissait expressément un groupe religieux et le traitait clairement de manière différente³⁴⁷³. L'absence de contrôle de constitutionnalité des lois a très certainement permis l'entrée en vigueur d'un texte pourtant contraire à l'égalité. Dans tous les cas, la différenciation a accompagné la généralité peu de temps après 1905 en matière religieuse. Cette réalité ne s'est en aucun cas limitée à la religion catholique.

PARAGRAPHE 2. De nombreuses différences de traitements particularistes acceptées

1295. Le modèle français a par la suite perduré dans sa prise en compte des différences religieuses, mais, plus précisément, au profit d'autres cultes. Les pouvoirs publics ont ainsi progressivement pris en compte les différences religieuses afin d'aménager le droit commun, notamment au sein des services publics, au titre d'une égalité plus concrète³⁴⁷⁴. Le juge accepta aussi clairement la prise en compte d'une différence de situation pour ces traitements.

1296. Tel est le cas de la restauration scolaire et dans le milieu carcéral. Pour le premier, la règle générale impose que confection des repas respecte des règles d'hygiène et nutritionnelles communes³⁴⁷⁵. D'aucuns reprochent à cette règle de favoriser indirectement les individus areligieux ou ceux qui professent la religion majoritaire, en ne proposant pas des repas accommodés selon les convictions. Surtout qu'il arrive que soient servis le vendredi des repas sans viande, avec du poisson par tradition chrétienne. *A priori*, ces règles ne prévoient aucune

³⁴⁶⁹ Loi n° 50-222, 19 févr. 1950, *précisant le statut des ministres du culte catholique au regard de la législation sociale*, JORF n° 46, 22 févr. 1950, p. 2087.

³⁴⁷⁰ Dès 1946, explique Jean-Daniel Roque, le secrétariat de l'Épiscopat français se chargea de souligner les oppositions canoniques à adhésion des ministres du culte au régime général. L'église obtint gain de cause dans la loi du 17 janvier 1948 qui exempta expressément le ministère du culte catholique, ce qu'affirma davantage la loi Viatte du 19 février 1950 déjà abordé pour son absence de généralité dans sa formulation. Le tableau que présente Jean-Daniel Roque sur le régime applicable à cette époque à la religion catholique et protestante témoigne profondément de l'exceptionnalité caractérisant celui de cette première (J.-D. ROQUE, « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (II) », *Études théologiques et religieuses*, t. 73, 1998/3, p. 403-431).

³⁴⁷¹ E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », p. 259.

³⁴⁷² F. MEJAN, « La laïcité de l'État en droit positif et en fait » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité, op. cit.*, p. 230.

³⁴⁷³ Les articles 1 et 3 de la loi réitèrent la qualification de « ministre du culte catholique » pour appliquer un traitement spécifique.

³⁴⁷⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Laïcité*, Paris, Anamosa, 2023, coll. « Le mot est faible », p. 102 et s.

³⁴⁷⁵ Cela résulte de l'article L. 230-5 du Code rural et de la pêche maritime, puis du décret d'application n° 2011-1227, du 30 septembre 2011, *relatif à la qualité nutritionnelle des repas servis dans le cadre de la restauration scolaire*, JORF n° 0229, 2 oct. 2011.

dérogação pour motifs religieux, ceux-ci risquant en sus de contrevenir aux besoins nutritionnels des élèves. Tout au plus, trouve-t-on au niveau législatif l'article L. 141-2 du code de l'éducation disposant que « l'État prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse »³⁴⁷⁶. L'absence de plus de précisions normatives n'entrava aucunement l'évolution en la matière.

1297. Les controverses autour des repas aménagés apparurent véritablement, et bruyamment, dans les années 1990³⁴⁷⁷, si bien que le tribunal administratif de Marseille dut trancher la question. Saisi pour contester le menu unique établi par la commune de Marignane, le juge favorisa une approche formelle de l'égalité en excluant toute obligation de prise en compte des revendications religieuses³⁴⁷⁸. Peu de temps après, une première ordonnance fut rendue par le Conseil d'État, dans laquelle il sembla également appliquer le principe d'égalité formelle³⁴⁷⁹. Le juge des référés avait ici opté pour le refus de considérer une distinction religieuse résultant d'une règle neutre et générale.

1298. Ce n'est que récemment que le Conseil d'État put de nouveau se prononcer sur ces affaires et modifier sa jurisprudence avec l'arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône* du 11 décembre 2020³⁴⁸⁰. En l'espèce, ladite commune, qui garantissait la fourniture de repas de substitution de longue date, avait modifié son règlement des restaurants scolaires afin de ne proposer qu'un seul repas à l'ensemble des élèves, et ce, au titre de l'interdiction de « prise en considération de prescriptions d'ordre religieux dans le fonctionnement d'un service public ». Une association avait formulé un recours et obtenu l'annulation, en appel, des dispositions³⁴⁸¹. La Commune s'est donc pourvue en cassation contre l'arrêt rendu.

1299. Dans sa décision, le Conseil d'État rappela immanquablement le principe d'absence d'obligation pesant sur les collectivités, donc l'absence de droit octroyé aux usagers d'exiger des aménagements juridiques au titre de leur religion³⁴⁸². Les choses changèrent quand il affirma dans la foulée que ces principes ne s'opposent pas à ce que les collectivités territoriales proposent des « repas différenciés »³⁴⁸³. En effet, les collectivités « ayant fait le choix d'assurer le service public de restauration scolaire définissent ou redéfinissent les règles

³⁴⁷⁶ Que le Conseil d'État cite cependant parmi les textes qu'il rappelle dans son considérant (notamment aux côtés de l'article 10 de la DDHC ou encore de l'article 1^{er} de la loi de 1905) lorsqu'il justifie la possibilité d'établir des menus de substitution (CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483 ; *DA*, n° 3, 2021, comm. 16, comm. G. ÉVEILLARD) (voir ci-après).

³⁴⁷⁷ Antérieurement, une note de service du ministre de l'Éducation nationale encourageait la prise en compte des coutumes alimentaires familiales pour les enfants, notamment d'origine étrangère (21 déc. 1982, n° 82-598, BO éduc. nat. n° 1, 6 janv. 1983)

³⁴⁷⁸ TA de Marseille, 26 nov. 1996, *Mmes Zitouni, Ghribi et a. c. Commune de Marignane*, n° 96-4627.

³⁴⁷⁹ L'établissement d'un règlement de cantine dont les dispositions « ne font référence à aucun interdit alimentaire ne présente pas non plus un caractère discriminatoire en fonction de la religion des enfants ou de leurs parents », précisait la haute juridiction. La requérante n'avait apporté aucun élément nouveau de nature à infirmer les motifs du juge des référés. Le Conseil d'État s'est donc limité à répéter les arguments avancés par ce dernier (CE, ord., 25 oct. 2002, *Commune d'Orange*, n° 251161).

³⁴⁸⁰ CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483.

³⁴⁸¹ CAA de Lyon, 23 oct. 2018, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 17LY03323 et 17LY03328.

³⁴⁸² CE, 11 déc. 2020, *préc.*, cons. 6.

³⁴⁸³ *Ibid.*

d'organisation de ce service »³⁴⁸⁴ en tenant compte de « l'intérêt général qui s'attache à ce que tous les enfants puissent bénéficier de ce service public, au regard des exigences du bon fonctionnement du service et des moyens humains et financiers dont disposent ces collectivités »³⁴⁸⁵. Le Conseil d'État valida donc l'interprétation de la cour administrative d'appel selon laquelle les principes de laïcité, de neutralité et d'égalité des usagers ne s'opposent pas à la mise à disposition de repas conformes à certaines convictions religieuses.

1300. Un premier constat simple : les aménagements juridiques visant à satisfaire une pratique religieuse ne sont *a priori* pas obligatoires mais sont autorisés. La prise en compte de l'intérêt général tenant à ce que tous les élèves puissent bénéficier du service est possible dans l'établissement des règles de restauration³⁴⁸⁶. Cet intérêt général semble nettement renvoyer à l'égalité réelle, en permettant de cibler certains élèves qui ne bénéficieraient pas des services de cantine scolaire. Au regard de l'espèce, il semble davantage s'agir d'un bénéfice « effectif » du service, plutôt que purement juridique. Dans le contexte de l'arrêt, comprenons d'ailleurs que la prise en compte des spécificités religieuses dans la fourniture de repas répond à la nécessité d'ouvrir davantage le bénéfice du service et que ceci représente une justification d'intérêt général.

1301. À l'instar du milieu scolaire le législateur a spécifié le droit à la liberté d'opinion, de conscience et de religion des détenus dans le milieu pénitentiaire³⁴⁸⁷. Seulement, à la différence des dispositions applicables pour les élèves, la loi est allée plus loin, en ouvrant déjà la voie aux interprétations tolérantes et favorables à certains accommodements : « [e]lles [les personnes détenues] peuvent exercer le culte de leur choix, selon les conditions adaptées à l'organisation des lieux, sans autres limites que celles imposées par la sécurité et le bon ordre de l'établissement pénitentiaire »³⁴⁸⁸. S'agissant de l'alimentation, la partie réglementaire du

³⁴⁸⁴ Les services de restauration scolaires ne sont qu'une dépense facultative pour les communes, s'agissant des établissements scolaires du premier degré (CE, Sect., 5 oct. 1984, n° 47875).

³⁴⁸⁵ CE, 11 déc. 2020, *préc.*, cons. 7. C'est ce que confirme le jugement TA de Nîmes, 9 févr. 2021, *Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*, n° 1900310. En l'espèce, la commune supprimait des repas de substitution, mais le juge – en application de l'arrêt du Conseil d'État – opposa que « [l]a commune n'établit pas non plus, en se prévalant du coût global du service de restauration municipale et de l'engagement financier que représenterait l'implantation de self-services dans les différents lieux de restauration, que l'organisation jusqu'alors mise en place ne répondait pas à un besoin d'intérêt général et qu'elle ne disposait pas des moyens humains et financiers lui permettant de poursuivre une telle organisation ». En outre, poursuivait le jugement, la commune avait entaché sa décision d'une erreur de droit, notamment en fondant la décision de suppression des repas de substitution sur la seule atteinte aux principes de laïcité et de neutralité, « sans prendre en compte l'intérêt général s'attachant au maintien de l'organisation précédente ».

³⁴⁸⁶ Notons que le juge emploie « il leur appartient de prendre en compte l'intérêt général [...] » quand il préfère « s'il est loisible [...] » dans l'ordonnance *Commune de Grenoble* étudiée ci-après (CE, ord., 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, n° 464648, *AJDA*, 2022, p. 1255 ; *AJDA*, 2022, p. 1736, note X. BIOY ; *D.*, 2022, p. 1210 ; *AJCT*, 2022, p. 451, obs. G. LE CHATELIER ; *RFDA*, 2022, p. 689, note J.-P. CAMBY et J.-E. SCHOETTL ; *Dr. adm.*, 2022, Alerte 109, obs. A. COURREGES ; *Dr. adm.*, 2022, Alerte 109, comm. 38, note G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, 2022, p. 2237, note L. ECK ; *JCP G*, 2022, actu. 803, obs. G. GONZALEZ ; *LPA*, 31 août 2022, n° 7-8, p. 4, note F. CHALTIEL). La phrase de l'arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône* peut paraître ambiguë et laisser imaginer une obligation pesant sur l'autorité administrative (voir ci-après).

³⁴⁸⁷ Ancien article 26 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire* (JORF n° 0273, 25 nov. 2009), aujourd'hui codifié à l'article L. 351-1 du nouveau Code pénitentiaire (issu de l'ordonnance n° 2022-478 du 30 mars 2022, *portant partie législative du code pénitentiaire*).

³⁴⁸⁸ *Ibid.*

Code pénitentiaire prévoit que « chaque personne détenue reçoit une alimentation variée, bien préparée et présentée, répondant tant en ce qui concerne la qualité que la quantité aux règles de la diététique et de l'hygiène, compte tenu [...], dans toute la mesure du possible, de ses convictions philosophiques ou religieuses »³⁴⁸⁹.

1302. Ces dispositions, sous leur ancien article³⁴⁹⁰, furent contestées devant le Conseil d'État. Ce dernier rejeta le moyen tenant à considérer ces dispositions comme portant une atteinte excessive à la liberté de religion, d'abord en ce qu'elles n'imposent pas à l'administration de garantir, « en toute circonstance », une alimentation respectant les convictions, et, surtout, « eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements et dans le respect de l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires »³⁴⁹¹. Nous retrouvons ici l'absence d'obligation de traitement différent pour les services pénitentiaires. Cependant, et la précision a toute son importance, c'est une absence d'obligation « en toute circonstance ». Elle n'est donc pas absolue et provient très certainement du terme « dans toute la mesure du possible » issue des dispositions du Code pénitentiaire³⁴⁹².

1303. Plus récemment, un arrêt offrit davantage d'éléments d'analyse. Il portait sur le fond d'un refus de distribution régulière de repas certifiés *halal* à des détenus de confession musulmane³⁴⁹³. Étaient invoquées tant la violation de la liberté de religion, pour le refus de fournir de la nourriture *halal*, que celle du principe d'égalité résultant de la situation défavorable des détenus de confession musulmane par rapport aux autres. La haute juridiction put reprendre ce que regroupait la notion de « toute la mesure du possible » et réaffirmer l'absence d'obligation d'aménagement, « en tout circonstance », pesant sur l'administration³⁴⁹⁴. Ainsi, l'administration doit, « dans toute la mesure du possible eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements et dans le respect de l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires », permettre l'observance des prescriptions alimentaires religieuses. Le juge employa une formulation proche de celle utilisée pour les repas scolaires, à savoir le renvoi au bon fonctionnement et aux nécessités du service.

1304. Comme la possibilité pour les détenus musulmans de se conformer pleinement à leurs traditions religieuses exigeait de passer par les cantines, le risque était celui d'un inégal

³⁴⁸⁹ Art. R. 323-1 (ancien article 9 de l'article annexe au R. 57-6-18 du Code de procédure pénale). La disposition est reprise par l'article R. 351-5 du Code pénitentiaire.

³⁴⁹⁰ La contestation portait donc sur l'article 9 de l'article annexé au R. 57-6-18 du CPP.

³⁴⁹¹ CE, 25 févr. 2015, n° 375724, cons. 4 ; *AJDA*, 2015, p. 421, obs. J.-M. PASTOR ; *JCP A*, 2015, n° 243, obs. É. LANGELEIER.

³⁴⁹² Le Conseil d'État avait déjà eu à faire à la contestation, par le ministre de la Justice d'une injonction (validée en appel) émise par le tribunal administratif de Grenoble tendant à imposer des menus *halal* pour un centre pénitentiaire. Si la première y avait vu une obligation qui pesait sur l'administration (TA de Grenoble, 7 nov. 2013, n° 1302502), la juridiction suprême considéra l'impact sur le fonctionnement du service public comme déraisonnable (CE, 16 juill. 2014, *M. B. c. Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, n° 377145). L'arrêt n'est pas avare en détails, mais établit néanmoins que les moyens tirés notamment d'une atteinte au principe de laïcité étaient sérieux.

³⁴⁹³ CE, 10 févr. 2016, *Khadar*, n° 385929.

³⁴⁹⁴ *Ibid.*, cons. 3.

accès à celles-ci dans le cas où certains manqueraient des ressources nécessaires pour bénéficier du système. Or, la loi prévoit des aides pour les détenus dont les ressources manquent. Le Conseil d'État exigea, afin de respecter les obligations législatives visant les libertés de conscience et de religion, que soient pourvues ces aides aux détenus souhaitant bénéficier de la cantine dans le but de respecter leur pratique confessionnelle³⁴⁹⁵, et ce, alors que les textes n'incluaient nullement les repas selon les convictions religieuses comme motifs d'aides³⁴⁹⁶. Cette exigence est tout de même limitée en fonction des contraintes budgétaires et d'approvisionnement de l'établissement³⁴⁹⁷. Enfin, le juge concluait que, dans ces conditions, l'offre journalière de menus dans le centre pénitentiaire n'induisait pas « de discrimination entre les personnes détenues à raison de leur religion ou entre les personnes détenues pratiquant une même religion à raison de leurs ressources »³⁴⁹⁸. Le Conseil d'État rajouta alors, par ces précisions, l'exigence de fournitures de ressources pour les croyants afin d'effectivement pouvoir bénéficier de la cantine. Le juge prit donc en considération l'effectivité de la mesure justifiant le caractère équilibré de l'accommodement, à savoir le bénéfice de la cantine. Il est alors permis de considérer que le regard se porte sur les faits, précisément sur les inégalités entre musulmans pouvant résulter des difficultés économiques, ce que les aides visent à éviter³⁴⁹⁹. La juridiction semble s'être souciée en la matière de l'inégalité de fait résultant des ressources entre les détenus de confession musulmane. D'ailleurs, lorsqu'il exclut par ce procédé l'existence de discriminations il ne put que faire référence à une approche concrète des inégalités, considérant que l'égalité formelle en droit, quant à elle, ne faisait aucun doute.

1305. L'arrêt peut également être compris comme consacrant une différence de traitement de situations distinctes dans la mesure où le Conseil d'État rappela, dans le considérant précédent (considérant 5), l'application du principe d'égalité en matière de différence de traitement³⁵⁰⁰. Est-ce que l'exigence d'aide posée par le considérant suivant relève d'un traitement différent de situations différentes ou de l'intérêt général ? Le manque de précision de l'arrêt laisse subsister le doute³⁵⁰¹. En admettant qu'il s'agisse de situations différentes, ce constat résulterait de la disparité des moyens financiers au sein des détenus de

³⁴⁹⁵ *Ibid.*, cons. 6.

³⁴⁹⁶ La disposition précisait néanmoins : « l'aide est fournie prioritairement en nature, *notamment* par la remise de vêtements [...] » (ancien article D. 347-1 du CPP, modifié depuis et aujourd'hui codifié aux articles D. 333-1 et s. du Code pénitentiaire). La liste ne semblait pas limitative. Ce détail n'échappa pas aux juges. Notons que les dispositions actuelles ne précisent plus la nature de l'aide (art. D. 333-3).

³⁴⁹⁷ CE, 10 févr. 2016, *Khadar*, *préc.*, cons. 6.

³⁴⁹⁸ *Ibid.*

³⁴⁹⁹ D'où la conclusion du Conseil d'État quant à l'absence de discriminations « entre les personnes détenues pratiquant une même religion à raison de leurs ressources » (cons. 6).

³⁵⁰⁰ « Considérant, en second lieu, que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des situations différentes soient réglées de façon différente ni à ce qu'il soit dérogé à l'égalité pour des motifs d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un et l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier ; que, par ailleurs, aux termes de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

³⁵⁰¹ Pierre Tifine, dans un commentaire de l'arrêt en question, semble l'entendre ainsi par exemple (P. TIFINE, « Les menus confessionnels dans les prisons : à la recherche d'un équilibre entre les nécessités du service public et les droits des détenus », *La lettre juridique*, n° 646, mars 2016, disponible en ligne sur : <https://www.lexbase.fr> (consulté le 28 juin 2022)).

confession musulmane. Pour l'intérêt général, il découlerait des obligations prévues par la loi pour satisfaire la liberté de conscience et de religion.

1306. Cette ouverture touche inmanquablement les jours chômés et de repos, historiquement alignés sur les fêtes religieuses chrétiennes³⁵⁰². *A priori* bien des religions n'ont pas la possibilité de respecter leurs traditions comme le peuvent celles de culture chrétienne. Du moins, c'est ce qu'induit la loi. Néanmoins, les administrations, puis les juges, ont entendu assouplir ses dispositions, et ce, il y a de cela quelques temps.

1307. En effet, comme l'a remarquablement révélé Ferdi Youta, déjà en 1962 un arrêt peu connu laissa apparaître une conception matérielle de l'égalité en autorisant la clause d'un concessionnaire du service public qui permettait, en plus du congé annuel, des journées payées correspondant aux fêtes légales en distinguant agents non musulmans (fêtes chrétiennes) et ceux musulmans (fêtes musulmanes)³⁵⁰³. Contestant les conclusions du commissaire du gouvernement, qui clamait une profonde atteinte à la conception française traditionnelle du principe d'égalité, la haute juridiction administrative considéra la mesure comme visant à adapter « le régime des fêtes chômées et payées aux usages et convenances propres à chaque communauté de citoyen »³⁵⁰⁴. Malgré le caractère hautement contextuel de la décision³⁵⁰⁵, l'auteur y voit une véritable égalité réelle et les prémisses d'un mouvement plus général de sensibilité aux différenciations religieuses³⁵⁰⁶. Cette tendance s'illustra d'ailleurs dès 1963, par une circulaire, aussi contextuelle³⁵⁰⁷, qui inscrivit dans le marbre la pratique préexistante des tolérances accordées par les chefs de service aux fonctionnaires désirant s'absenter pour raison religieuse³⁵⁰⁸. Les termes du texte ne visaient que les fonctionnaires « qui pouvaient user de cette faculté outre-mer ». Pourtant, la brèche était déjà ouverte³⁵⁰⁹ : une circulaire de 1967 reprit rapidement cet assouplissement, en ne se limitant cependant plus à une simple mesure

³⁵⁰² Six fêtes légales se trouvent dans ce cas : le lundi de Pâques, celui de la Pentecôte (loi du 8 mars 1886, *déclarant jours fériés légaux le lundi de Pâques et le lundi de la Pentecôte*, JORF n° 67, 9 mars 1886, p. 1125), l'Ascension, l'Assomption, la Toussaint et Noël (Arrêté du 29 Germinal An X).

³⁵⁰³ F. YOUTA, « Conseil d'État, 16 mars 1962, *Compagnie des Tramways électriques d'Oran* : un grand arrêt oublié ? », *RFDA*, 2022, p. 957.

³⁵⁰⁴ *Ibid.*

³⁵⁰⁵ La décision est rendue à propos et dans le cadre de l'Algérie coloniale de l'époque (*ibid.*).

³⁵⁰⁶ *Ibid.*

³⁵⁰⁷ Un mouvement inédit de rapatriés sur le territoire métropolitain suivit logiquement le processus de décolonisation. La mesure visait donc à répondre aux demandes des populations arrivées en France métropolitaine et issues des territoires d'outre-mer qui bénéficiaient en ces lieux de telles dérogations.

³⁵⁰⁸ « Certains fonctionnaires peuvent éprouver le désir légitime de participer à des fêtes ou des cérémonies religieuses qui ne sont pas inscrites dans le calendrier des fêtes chômées [...] Il appartient [au chef de service] d'accorder, pour ces motifs, aux fonctionnaires qui pouvaient user de cette faculté outre-mer, les autorisations d'absence pour convenance personnelle que les fonctionnaires peuvent solliciter dans le courant de l'année » (circulaire n° 649/FP, 4 sept. 1963, *concernant les fonctionnaires désireux de participer à des fêtes ou à des cérémonies religieuses qui ne sont pas inscrites au calendrier des fêtes chômées tel que celui-ci est fixé par la législation et par l'usage*). Avant cette circulaire, une instruction ministérielle de 1950 avait précisé les modalités d'application de la loi en matière de congés et d'autorisations d'absences. Mais nulle mention n'était faite d'un éventuel motif religieux (Instruction n° 7, 23 mars 1950, *pour l'application des dispositions du statut général des fonctionnaires relatives aux congés annuels et autorisations exceptionnelles d'absence*, JORF n° 0074, 26 mars 1950, p. 3335).

³⁵⁰⁹ G. KOUBI, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *La Revue administrative*, n° 236, 1987, p. 133-138.

provisoire au profit des fonctionnaires rapatriés. Les autorisations d'absence pour motif religieux se trouvaient bel et bien consacrées, tant qu'elles demeuraient compatibles « avec le fonctionnement normal du service »³⁵¹⁰. Aujourd'hui, la circulaire du 10 février 2012 rappelle et reprend le principe du texte de 1967³⁵¹¹. Chaque année les administrations précisent les dates des fêtes religieuses légales et celles concernées par les autorisations d'absences en concertation avec les autorités religieuses des principales communautés.

1308. Concernant plus substantiellement la légalité de ces dérogations, dès 1977 le Conseil d'État eut l'occasion de se prononcer. Il en consacra alors la légalité, dans un arrêt par lequel il annula la décision d'un centre national d'art et de culture tendant à refuser à une agente une autorisation d'absence fondée sur sa religion³⁵¹². En l'espèce, le directeur de l'établissement considérait simplement que seules les fêtes légales religieuses pouvaient donner lieu à une autorisation d'absence. Or, le juge précisa que cette assertion ne faisait pas obstacle à ce que soient accordées des autorisations d'absence visant la participation à d'autres fêtes religieuses. Reprenant quelque peu la circulaire, la seule réserve envisagée par le Conseil d'État fut celle « des nécessités du fonctionnement normal du service »³⁵¹³.

1309. La circulaire de 1967 avait indéniablement pour objectif de corriger les inégalités soudainement apparues entre religions au sein de la fonction publique et à la suite de la décolonisation³⁵¹⁴. De toute évidence, ce texte et la jurisprudence ultérieure sont motivés par le souci de garantir une plus ample égalité réelle entre les religions. Dorénavant, la situation devient plus égalitaire.

1310. L'insertion d'une logique d'égalité réelle est aussi perceptible pour les autorisations d'absence à l'école. Dans un arrêt issu d'une contestation d'une règle ne prévoyant pas d'aménagement pour motif religieux, le Conseil d'État invoqua la liberté de culte, résultant de la DDHC et de la loi de 1905, mais, surtout, la garantie de l'égal accès à l'instruction issue du préambule de la Constitution de 1946 (et de la CEDH)³⁵¹⁵. Il est délicat de savoir exactement en faveur de quels intérêts ces principes pèsent, mais Elsa Forey considère qu'à travers cette égalité, le juge « a entendu rappeler que ce droit impliquait que les élèves soient accueillis dans

³⁵¹⁰ Circulaire n° 901/FP, 23 sept. 1967, *relative aux autorisations d'absence pour fêtes religieuses* : « [...] je vous serais obligé de bien vouloir appeler aux chefs de service placés sous votre autorité qu'il leur appartient [...] d'accorder aux agents qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession les autorisations d'absence nécessaires dans la mesure, toutefois, où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du service ».

³⁵¹¹ Circulaire, 10 févr. 2012, *relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différences confessions*, NOR/MFP/F/12/02144/C.

³⁵¹² CE, 12 févr. 1997, *Mlle Henny*, n° 125893.

³⁵¹³ *Ibid.*

³⁵¹⁴ M. TOUZEIL-DIVINA, « Des autorisations d'absence de service pour motif religieux », *AJCT*, 2021, p. 290 ; F. YOUTA, « Conseil d'État, 16 mars 1962... », *art. préc.* ; G. KOUBI, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *art. préc.*

³⁵¹⁵ CE, Ass., 14 avr. 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n° 125148 et CE, Ass., 14 avr. 1995, *Koen*, n° 157653 ; *RFDA*, 1995, p. 585, concl. Y. AGUILA ; *AJDA*, 1995, p. 501, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *D.*, 1995, p. 481, note G. KOUBI ; *RDP*, 1995, p. 867, note C. HAGUENAU.

leur diversité au sein de l'école de la République »³⁵¹⁶. Si nous rejoignons l'analyse de l'autrice, précisons que l'égalité invoquée est purement « réelle », dans la mesure où l'inclusion de la diversité par les autorisations d'absence touche une problématique de fait. C'est également la conception de l'égalité soutenue par certains commentateurs : « la prohibition des discriminations peut impliquer des obligations positives tendant à rendre la fréquentation de l'école publique compatible avec l'observation des prescriptions religieuses »³⁵¹⁷. Il n'est dès lors pas extravagant d'interpréter « l'égal accès » du préambule comment impliquant une approche réelle et des aménagements spécifiques. Dans ce cas, le Conseil d'État fait, de façon tout à fait exceptionnelle, droit à la prise en compte d'une discrimination indirecte accompagnée de la mise en place d'accommodements raisonnables. Le principe d'égalité, selon cette approche, viendrait à l'appui des dérogations, aux côtés de la liberté de religion³⁵¹⁸.

1311. Enfin, nous avons pu de nouveau observer le soutien de cette prise en compte des différences de situations lors d'une affaire récente concernant la modification d'un règlement intérieur d'une piscine municipale à Grenoble qui permettait le port du « burkini » dans l'établissement³⁵¹⁹. Se prononçant sur le règlement, le Conseil d'État rappela aussi la possibilité de prendre en compte les différences de situation³⁵²⁰. Le juge précisa d'abord que l'autorité peut prendre des mesures qui, dans un but d'intérêt général, visent une égalité réelle d'accès au service, y compris – et c'est une précision nouvelle – si la spécificité du public concerné correspond à des convictions religieuses³⁵²¹. À en croire cette formulation, la recherche d'une correction des discriminations indirectes fondées sur la religion – en l'espèce l'impossibilité pour des croyantes musulmanes de profiter d'un service public tout en respectant leur pratique – constitue un intérêt général. L'administration peut ainsi se fonder sur une situation inégalitaire résultant de convictions religieuses pour tenir « compte pour l'organisation du service public [des] convictions religieuses de certains usagers ».

1312. En substance, malgré les apparences, les pouvoirs publics suivent une voix plus « inclusive » qu'il n'y paraît³⁵²² ; ils mettent en place certaines différences de traitement en

³⁵¹⁶ E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 63.

³⁵¹⁷ J.-H. STAHL et D. CHAUVAU, « Obligation d'assiduité des élèves de l'enseignement public et liberté religieuse », *AJDA*, n° 7-8, 1995, p. 501. Les auteurs ne font en revanche pas découler cette égalité du préambule, mais directement de l'égalité sans distinction de religion, aujourd'hui prévue à l'article 1^{er} de la Constitution, rattachée à la laïcité de l'enseignement public qui prohibe toute discrimination dans l'accès à l'enseignement.

³⁵¹⁸ C'est ce que déduisent les auteurs précités lorsqu'ils concluent ensuite que les autorisations d'absence peuvent donc être exigées, tant par le respect de la liberté religieuse que par celui du principe de non-discrimination. Pour assimiler les deux en la matière, il ne qu'entre question d'égalité matérielle, ce qui témoigne d'une contingence avec la liberté s'agissant des dérogations religieuses (*ibid*).

³⁵¹⁹ Contraction de « burqa » et « bikini », le « burkini » permet d'allier le port du voile islamique avec la tenue de bain. Il couvre le tronc avec une tenue près du corps et s'accompagne la plupart du temps d'un hijab de bain. Enfin, la tenue s'agrément d'une tunique, par-dessus le maillot près du corps, plus ample donc non ajustée près du corps.

³⁵²⁰ CE, ord., 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, n° 464648, *préc.*

³⁵²¹ « S'il lui est loisible, pour satisfaire à l'intérêt général qui s'attache à ce que le plus grand nombre d'usagers puisse accéder effectivement au service public, de tenir compte, au-delà des dispositions légales et réglementaires qui s'imposent à lui, de certaines spécificités du public concerné, et si les principes de laïcité et de neutralité du service public ne font pas obstacle, par eux-mêmes, à ce que ces spécificités correspondent à des convictions religieuses [...] ».

³⁵²² Pour reprendre les mots de Stéphane Henneville-Vauchez (*Laïcité, op. cit.*, p. 105).

prenant en compte les inégalités de fait. Sans ligne directrice nettement établie, le juge permet ces aménagements et corrobore la prise en compte des différences de situation. Il pare cependant ses appréciations d'exigences tendant à rendre les aménagements conformes à l'idéal universaliste. Il ne dissimule qu'à peine la différenciation dans la norme et son application.

SECTION 2. Des tentatives vaines de rendre les aménagements différencialistes conformes à l'universalisme

1313. Nous retrouvons dans le cadre de cette étude des méthodes déjà exposées pour aménager le droit en vigueur³⁵²³. À la différence près qu'au sein des développements ci-dessous il ne s'agit pas d'universaliser le régime applicable aux religions, mais d'inclure des aménagements au profit de différences religieuses au sein du droit commun. Ceux-ci, selon certaines exigences et modalités, n'entrent pas toujours frontalement en opposition avec l'idéal universaliste (**PARAGRAPHE 1**). Néanmoins, ils maintiennent de fortes ambiguïtés qui ne dissimulent pas totalement leur contradiction avec l'égalité universaliste (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. Des aménagements dissimulant la contradiction avec l'idéal universaliste

1314. Le juge administratif fait encore preuve d'audace pour justifier des assouplissements à la règle commune. Il profite de son interprétation et application de la règle générale pour faire découler de celle-ci la prise en considération de différences de traitement et ainsi la légitimer (**A**). Bien qu'ils visent la différence religieuse, ces aménagements, suivant certaines exigences et modalités, n'entrent pas frontalement en opposition avec l'universalisme (**B**).

A) La justification d'aménagements par l'interprétation de la règle supérieure générale

1315. Il existe plusieurs possibilités d'aménagements à la règle de droit. Tel que l'explique Gwénaële Calvès, l'adaptation à la demande religieuse peut être satisfaite de plusieurs façons : « ouverture d'une faculté de dérogation à la règle, modification de la règle pour la rendre plus "inclusive", création d'une règle ou d'une prestation *ad hoc*, en complément de la règle générale »³⁵²⁴. Aux yeux de certains auteurs, une façon pour le droit français de préserver son universalisme reste de maintenir la généralité de la règle en passant alors par le système de la dérogation, qui, selon Danièle Lochak, ne modifierait pas la règle elle-même et

³⁵²³ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphes 1 et 2.

³⁵²⁴ G. CALVÈS, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *RDLF*, chron. N° 29, 2021.

n'induirait pas de tenir compte de la différence dans l'énoncé de la règle de droit³⁵²⁵. L'exception, en revanche, est une règle à part entière – branche de la règle principale et générale ; marquée par sa généralité et sa permanence, elle apporte la limite à l'étendue de la règle générale en ne régissant qu'une sous-catégorie soustraite de la catégorie principale³⁵²⁶. Les dispositifs pour la plupart étudiés ici s'apparentent selon l'autrice précitée au modèle de la dérogation.

1316. Cependant, pour encadrer ces dérogations de plus de garanties, le juge les fait justement découler de la règle supérieure elle-même, ou du moins certifie que cette dernière n'y est pas opposée. En effet, à plusieurs reprises, le Conseil d'État soutient que la norme ne s'oppose pas à ce qu'il soit prévu des dérogations.

1317. Cette méthode du juge administratif s'illustra tout particulièrement par une affaire concernant un marché parisien qui imposait une obligation de présence des commerces tous les samedis. Les requérants opposèrent devant le juge leur impossibilité d'ouvrir de tels jours au nom de leur religion – le samedi étant le jour de *shabbat*³⁵²⁷. L'affaire interrogeait donc le refus de dérogation de la ville résultant de son silence face à la demande des requérants³⁵²⁸. Dans son arrêt, le Conseil d'État dégagea de la règle générale fixant les restrictions la possibilité d'y assortir, même si celle-ci ne le prévoyait pas, des dérogations individuelles et pratiques³⁵²⁹. Plus encore, le règlement fixant les jours et heures d'ouverture du marché « ne saurait, même s'il ne prévoit aucune possibilité expresse de dérogation, avoir pour objet ni avoir légalement pour effet d'interdire à des titulaires d'emplacements de vente qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations de fermeture nécessaires au respect d'une pratique religieuse ou à l'exercice d'un culte »³⁵³⁰. Les mots sont forts : pour le juge, la règle sous-entendrait l'appréciation obligatoire de la demande d'aménagement. La seule condition, maintenant classique, tient à la compatibilité de telles dérogations avec le bon fonctionnement, en l'espèce du marché, notamment au regard de l'objectif de continuité du service³⁵³¹. Par ce procédé, le

³⁵²⁵ D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 18.

³⁵²⁶ T. H. NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 210. agdan

³⁵²⁷ La tradition juive pose un jour de repos le septième jour de la semaine, qui commence dès la tombée de la nuit le vendredi pour se terminer dans la nuit du samedi. Durant ce moment, tout travail est prohibé, le moment étant au repos et à la dévotion spirituelle.

³⁵²⁸ Les demandeurs invoquaient également le risque tenant à ce que leur soit retirées les certifications cacher en ouvrant le samedi, mais il n'était pas démontré, pour le juge, que le marché en question était le seul lieu de vente susceptible d'accueillir le commerce des requérants dans le quartier considéré. La haute juridiction s'exerce donc au contrôle d'une juste proportion entre les contraintes pesant sur l'individu au regard de ses prescriptions religieuses et celles du bon fonctionnement du service concerné. L'arrêté a *in fine* bien été jugé légal, mais uniquement en raison des contraintes liées au service.

³⁵²⁹ CE, 23 déc. 2011, *Halfon et a.*, n° 323309 ; *Revue juridique de l'économie publique*, n° 701, oct. 2012, concl. F. ALADJIDI ; *Civitas Europa*, n° 29, 2012/2, p. 137-146, note L. SEUROT.

³⁵³⁰ *Ibid.*

³⁵³¹ Appliqués à l'espèce, ces critères avaient permis à la cour administrative d'appel de juger conforme à la « liberté religieuse » et à celle du commerce et de l'industrie l'arrêté en question, justement en raison d'une atteinte au bon fonctionnement. Le Conseil d'État valida donc cette interprétation en écartant l'erreur de droit. En l'espèce la dérogation s'avérait excessive au regard du fonctionnement du marché. En outre, faire droit à la demande conduisait à une fermeture, tous les samedis de l'année, de plus d'un tiers des emplacements du marché.

juge donne une légitimité aux dérogations en ce qu'elles ne contrediraient pas la règle supérieure générale, comme si celle-ci prévoyait implicitement les accommodements. Le Conseil d'État rend d'autant plus légitimes ces aménagements qu'il les apprécie au cas par cas, sans automatisme³⁵³².

1318. Si, en l'espèce, le Conseil d'État ne tira pas de cette interprétation une annulation, tel fut la conséquence de celle opérée à propos des autorisations d'absence dans le milieu scolaire. En effet, dans le cadre précité de leur contestation de la règle ne prévoyant pas d'aménagement pour motif religieux à l'école, les requérants arguèrent que les dispositions du règlement donnaient « à l'obligation de respecter les horaires définis par l'emploi du temps de l'établissement un caractère général et absolu, sans prévoir la possibilité de dérogations fondées sur la pratique religieuse »³⁵³³. Pour appuyer leur demande, les requérants justifiaient d'une atteinte à leur liberté de religion en l'absence « de possibilité de dérogations fondées sur la pratique religieuse ». Les mots sont limpides : il s'agissait d'une véritable demande d'accommodement religieux. Le Conseil d'État ne fit pas montre d'une approche universaliste de la question. Il invoqua une formulation de principe en considérant que « lesdites dispositions n'ont pas eu pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet d'interdire aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse ». Il exigea, en revanche, leur compatibilité avec « l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public »³⁵³⁴. Par cette interprétation, la juridiction sauva l'annulation d'un acte en interprétant la norme supérieure comme laissant la possibilité d'établir des dérogations religieuses. Le Conseil d'État préféra que la problématique soit réglée au cas par cas en interprétant la règle générale comme non opposée aux dérogations religieuses. Pourtant, la règle nationale paraissait de prime abord explicite : une obligation d'assiduité s'imposait à tous les élèves. En réalité, la formulation laissait suffisamment de doutes, dans lesquels s'engouffrèrent le Conseil d'État et son commissaire du gouvernement³⁵³⁵, pour établir cette interprétation.

1319. La méthode est peu ou prou similaire à celle employée dans le cadre de la fonction publique³⁵³⁶. D'ailleurs, la circulaire de 1967 posait elle-même une véritable dérogation, mais affirmait mot pour mot « [s]ans qu'il soit question de modifier le régime général des

³⁵³² Nous reviendrons sur ce point ultérieurement.

³⁵³³ CE, Ass., 14 avr. 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n° 125148.

³⁵³⁴ *Ibid.*

³⁵³⁵ Les conclusions sont éclairantes pour comprendre en quoi la formulation pouvait s'interpréter comme non opposée aux dérogations individuelles. Le commissaire du gouvernement voit une définition « quasiment tautologique de l'obligation d'assiduité, sans pour autant poser une interdiction d'absence », en témoignerait l'emploi du verbe « consiste » (« l'obligation d'assiduité [...] consiste, pour les élèves, à se soumettre [...] »). Surtout, le commissaire du gouvernement soulève que l'article 10 de la loi du 23 mars 1882 énumère trois motifs légitimes d'absences et d'autres motifs renvoyant aux « autres circonstances exceptionnellement invoquées ». Ces dispositions, non remises en cause par la législation plus récente, permettent selon le conseiller d'État de faire droit à la liberté de religion (Y. AGUILA, concl. sous CE, Ass., 14 avr. 1995, *Koen*, n° 157653 et *Consistoire central des israélites de France et a.*, n° 125148, *RFDA*, 1995, p. 585).

³⁵³⁶ En déduisant des dispositions légales l'absence d'interdiction de ces dérogations. Pour la fonction publique, l'existence des fêtes légalement prévues ne s'oppose pas à la reconnaissance d'autorisations d'absences pour célébrer d'autres fêtes religieuses.

congrés »³⁵³⁷. De façon étonnante, le Conseil d'État considéra que les dispositions de cette circulaire étaient « dépourvues de tout caractère impératif », ce qui exclut toute interprétation extensive, voire modificative, du cadre légal³⁵³⁸.

1320. En passant ainsi par des autorités supérieures, comme le pouvoir réglementaire, mais surtout législatif, la distinction religieuse est davantage fondue. Les normes supérieures posent la plupart du temps des obligations de prises en considération de différences religieuses, mais par le biais de formulations générales. Surtout, le juge octroie une légitimité à la dérogation en la faisant découler de la règle supérieure, comme ça peut être parfois expressément le cas.

1321. En effet, il arrive que la norme nationale prévoit elle-même la possibilité de satisfaire des demandes religieuses individuelles, ce qui implique pour le juge, non « d'autoriser des ajustements à cette norme, mais tout simplement d'appliquer la norme qui les autorise elle-même »³⁵³⁹. Dans certains des exemples étudiés, le législateur avait auparavant pris la peine d'exiger que la liberté de culte soit satisfaite pour les élèves³⁵⁴⁰, comme pour les détenus³⁵⁴¹. La mise en place de certains aménagements ne faisait alors que répondre à ces impératifs législatifs³⁵⁴². Le dispositif est finalement habile : le législateur établit une obligation générale de satisfaction que les autorités administratives respectent en posant certains aménagements. Les règles maintiennent alors une ambiguïté au regard du principe d'égalité. En revanche, par cette interprétation, notons que le juge n'éloigne pas véritablement le système de la dérogation de celui de l'exception. Certes, la différence religieuse n'est pas mentionnée étant donné que la règle reste générale. Il s'agit à première vue d'une forme de procédé de dérogation prévu en amont mais général, dont l'application concrète instaure une dérogation nette pour un motif religieux. Pourtant, la seule exigence textuelle est celle de la garantie de la liberté de religion des individus ; elle n'induit pas nécessairement un droit à la dérogation, bien que l'adoption de solutions différentes demeure ardue. Ce constat est encore plus contestable lorsqu'aucune norme prévoit la garantie de la liberté de religion et que le juge déduit du silence de celle-ci la prise en compte d'aménagements³⁵⁴³. À cette méthode, le juge ajoute d'autres garanties.

³⁵³⁷ C'est ce que précisait – de mauvaise foi (?) – la circulaire précitée au début de son paragraphe.

³⁵³⁸ CE, 19 nov. 2004, *M. X.*, n° 265064.

³⁵³⁹ F. DIEU, « Convictions religieuses et ajustement de la norme commune : raideur théorique et souplesse jurisprudentielle », *Revue du droit des religions*, n° 7, 2019, p. 81-108.

³⁵⁴⁰ L'article L. 141-2 du code de l'éducation disposant que « l'État prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse ».

³⁵⁴¹ « [e]lles [les personnes détenues] peuvent exercer le culte de leur choix, selon les conditions adaptées à l'organisation des lieux, sans autres limites que celles imposées par la sécurité et le bon ordre de l'établissement pénitentiaire » (art. L. 351-1 du nouveau Code pénitentiaire).

³⁵⁴² Par exemple, dans l'affaire *Commune de Chalon-sur-Saône* le Conseil d'État cite bien, lors du rappel des textes et principes applicables, l'article L. 141-2 du Code de l'éducation.

³⁵⁴³ En filigrane le Conseil d'État rattache la possibilité d'aménagement résultant du silence à la garantie de l'exercice du culte, comme ne témoigne l'arrêt *Halfon* précité.

B) Un respect méthodique de l'égalité formelle dans les aménagements

1322. Les aménagements exposés prennent globalement deux formes. D'une part, ils peuvent exiger une demande du croyant à la personne publique afin de bénéficier de l'aménagement prévu. D'autre part, l'aménagement peut être mis en place sans exiger une demande ou un tri des bénéficiaires. Ainsi, sont posées certaines exigences qui tendent à maintenir une forme d'égalité dans l'application même d'assouplissements juridiques qui reposent sur une demande du croyant (1). Au-delà de tels aménagements, ce sont ceux prenant la forme d'une ouverture plus générale des prestations et de la norme, qui doivent être encouragés pour rester conformes à l'idéal universaliste (2).

1) Les garanties égalitaires encadrant les aménagements avec « demandes »

1323. Le juge encadre un tant soit peu les aménagements de la règle qui supposent une demande de la part du croyant pour en bénéficier. Il faut dire que pour cas les risques ne sont pas des moindres³⁵⁴⁴. Alors, le juge administratif pose comme première exigence l'appréciation individuelle et non systématique des demandes. En effet, il est la plupart du temps question d'un règlement « au cas par cas ». Autrement dit, les aménagements ne se veulent pas automatiques ; chaque individu doit en faire la demande et, au regard de la situation, celle-ci peut être refusée. Le Conseil d'État illustra cette exigence en considérant qu'une circulaire précisant en annexe les principales fêtes religieuses pouvant bénéficier d'autorisations d'absence n'était qu'informative. Elle laissait alors la possibilité à tout chef de service d'apprécier les demandes d'autres fêtes religieuses. L'arrêt du Conseil d'État sur le caractère non impératif de la circulaire de 1967 concernait – donc incluait – également les recommandations annuelles listant des cérémonies religieuses et leurs dates pour les absences³⁵⁴⁵. Plus récemment, alors que le ministre de la fonction publique avait précisé, à travers une circulaire, que les autorisations d'absence ne concernaient que les « religions pour lesquelles la fonction publique assure une publication annuelle », le Conseil d'État considéra le contraire et commanda que les autorisations d'absence soient appréciées au cas par cas, avec pour seule exigence le nécessaire fonctionnement normal du service³⁵⁴⁶. L'arrêt *Koen*, également, spécifia l'impossibilité d'une dérogation systématique au règlement pour s'absenter tous les samedis³⁵⁴⁷. Il s'agissait du même cadre que l'arrêt *Halfon*, où accorder la dérogation pour le respect de la tradition juive du samedi côtoie le risque de systématiser l'absence, étant donné que le *shabbat* se tient tous les samedis.

³⁵⁴⁴ Voir *infra*.

³⁵⁴⁵ CE, 19 nov. 2004, *M. X.*, n° 265064.

³⁵⁴⁶ CE, 26 oct. 2012, *Lliboutry*, n° 346648.

³⁵⁴⁷ En l'espèce, les contraintes de l'établissement d'une classe supérieure tenant notamment à l'existence d'examen fréquents le samedi s'y opposaient. La question reste posée pour un autre établissement. Si le commissaire du gouvernement rejetait les demandes systématiques, en l'espèce la nature des contraintes de l'établissement semblait peser pour rejeter le caractère systématique des demandes d'absence le samedi (CE, Ass., 14 avr. 1995, *Koen*, *préc.*).

1324. En lien avec cette absence d'automatisme, le procédé se veut individualiste, c'est-à-dire qu'il ne vise pas une communauté d'appartenance en tant que telle, à laquelle l'on accorderait systématiquement, par la mention de sa différence, une dérogation. Il cible plutôt chaque individu, pris isolément, peu importe la religion de celui-ci, comme l'illustrent les demandes d'autorisation d'absence dans la fonction publique³⁵⁴⁸. C'est à ce titre qu'il ne peut y avoir une liste prédéterminée de fêtes religieuses acceptées pour les autorisations d'absence qui fait droit.

1325. En lien étroit avec ces modalités, le juge exige – paradoxalement dira-t-on – le respect du principe d'égalité dans le traitement des demandes. Le dispositif, de substance différencialiste, se dotait au moins d'une première forme de garantie d'égalité. Après tout, le Conseil d'État avait déjà clairement précisé qu'une dérogation prévue par les textes doit être appliquée avec égalité entre les individus³⁵⁴⁹, « sans préférence ni faveur » lorsqu'ils se trouvent dans une situation analogue³⁵⁵⁰.

1326. L'exemple d'aménagements à la règle de non-confessionnalité des cimetières illustre la teneur et l'importance de cette exigence. Le problème part de l'interdiction faite au maire qu'en matière d'inhumation soient établies « des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte défunt ou des circonstances qui ont accompagné sa mort »³⁵⁵¹. Les dispositions sont plus que claires en excluant même l'idée de « prescriptions particulières ». Cette règle est confrontée à certaines religions dont les pratiques exigent des modalités d'inhumation spécifiques que la réglementation ne permet pas³⁵⁵², mais comme pour les autres situations décrites plus haut, des assouplissements progressifs ont été mis en place.

1327. Les premières dérogations à la règle de neutralité virent le jour après la Première Guerre mondiale, dans le but d'inhumer des soldats musulmans ayant combattu sous le drapeau français³⁵⁵³. Encourageant cette pratique, une circulaire de 2008 exigea le strict respect des dispositions législatives, mais encouragea les maires « à favoriser, en fonction des demandes, l'existence d'espaces regroupant les défunts de même confession »³⁵⁵⁴. De manière générale, les circulaires prirent bien la peine de préciser qu'il ne s'agissait que de « regroupements de fait des sépultures »³⁵⁵⁵ ou « d'un espace réservé dont la disposition générale permet l'orientation

³⁵⁴⁸ C'est en tout cas la défense du Conseil d'État dans son rapport de 1996 (*Rapport public sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 67).

³⁵⁴⁹ CE, 10 juill. 1995, *Contremoulin*, n° 147212, Rec. p. 293.

³⁵⁵⁰ CE, 13 janv. 1932, *Société La Grande Taverne*, n° 2871, Rec. p. 36.

³⁵⁵¹ Art. L. 2213-9 CGCT. La disposition provient de la loi du 5 avril 1884 qui faisait suite à la loi du 14 novembre 1881 imposant la neutralité et non-confessionnalité des cimetières, donc la fin des carrés confessionnels (l'ancien article 15 du décret du 23 prairial an XII précisait effectivement : « [d]ans les communes où on professe plusieurs cultes, chaque culte a un lieu d'inhumation particulier. Lorsqu'il n'y a qu'un seul cimetière, on le partage par des murs, haies ou fossés, en autant de parties qu'il y a de cultes différents, avec une entrée particulière pour chacune, et en proportionnant cet espace au nombre d'habitants de chaque culte »).

³⁵⁵² Ces demandes ont été exposées précédemment (voir p. 477 et s.).

³⁵⁵³ S. PAPI, « Neutralité dans les cimetières : carrés confessionnels et inhumations religieuses », *AJCT*, 2017, p. 363.

³⁵⁵⁴ Circulaire, 19 févr. 2008, *relative à la police des lieux de sépulture*, NOR INTA 0800038C ; qui fait suite aux circulaires, allant dans le même sens, des 28 nov. 1975 et 14 févr. 1991.

³⁵⁵⁵ Circulaire du 28 novembre 1975.

des tombes dans une direction déterminé »³⁵⁵⁶, de sorte qu'il ne soit pas possible de véritablement parler de « carré confessionnel » comme auparavant.

1328. Seulement, pour Olivier Guillaumont, cet aménagement « impose implicitement mais nécessairement un critère de distinction »³⁵⁵⁷. Plus encore, selon le rapport Machelon de 2006 cette pratique, *contra legem*, imposerait fondamentalement au maire de s'interroger sur l'appartenance religieuse du défunt³⁵⁵⁸. En réalité, l'exigence de l'application égale de l'aménagement tend à sauver le procédé.

1329. En effet, la circulaire de 2008 tente de contrecarrer la critique en exigeant du maire – non sans frôler l'absurde³⁵⁵⁹ – qu'il respecte le principe de neutralité et d'égalité. Pour ce faire, la délimitation ne doit pas être matériellement marquée mais, surtout, le maire ne peut que se fonder sur la demande du proche ou du défunt lui-même. Le juge administratif s'est personnellement assuré que le maire ne puisse s'opposer à une demande d'inhumation au sein d'un regroupement confessionnel d'un cimetière en justifiant la vérification auprès d'une autorité religieuse la véracité de l'appartenance religieuse du défunt³⁵⁶⁰. Il est donc possible d'en déduire que le maire ne peut s'opposer à la demande d'un catholique, par exemple, souhaitant se faire inhumer dans un carré musulman prévu au sein d'un cimetière³⁵⁶¹. Bien qu'il s'agisse d'une dérogation religieuse au principe de neutralité des cimetières, le fait que la règle puisse s'appliquer à tous, sans qu'il ne soit exigé devant l'autorité la mention de la différence religieuse, change la confrontation à l'égalité³⁵⁶².

1330. À l'aune de ces éléments nous nous demandons cependant si nous pouvons envisager la contestation d'une décision d'un maire faisant droit à une demande d'inhumation dans un espace confessionnel fondée sur une inégalité de traitement ? Certes, la circulaire encourage l'emploi de tels dispositifs, mais le maire ne peut vérifier la religion de l'individu. Le traitement doit s'appliquer également à tout individu, tout en laissant la « possibilité » aux croyants, en ayant le besoin, de faire une demande particulière. C'est cet argument qui permet à la commission des lois de soutenir, dans un rapport de 2008, que le dispositif est légal, car conforme au principe d'égalité, du moment que tout individu se voit accorder une sépulture

³⁵⁵⁶ Circulaire du 14 février 1991.

³⁵⁵⁷ O. GUILLAUMONT, « Du principe de neutralité des cimetières et de la pratique des carrés confessionnels », *JCP A*, n° 50, 2004, 1799.

³⁵⁵⁸ J.-P. MACHELON, *Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 61.

³⁵⁵⁹ « Par quels prodiges de l'interprétation juridique pourrait-on s'assurer du respect de la neutralité d'un cimetière public tout en incitant le maire à ne pas en tenir compte, en regroupant les sépultures par confession ? » s'interroge Katarzyna Kmonk (K. KMONK, « Les “carrés confessionnels” : requiem pour la neutralité des cimetières publics ? », *RFDA*, 2016, p. 1201).

³⁵⁶⁰ TA de Grenoble, 5 juill. 1993, *Époux Darmon*, n° 922676.

³⁵⁶¹ G. CALVES, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *art. préc.*

³⁵⁶² Bien entendu, cette exigence d'égalité crée des tensions à l'égard des communautés religieuses et une certaine pression s'exerce par les autorités religieuses sur les maires étant confrontés à une demande d'inhumation dans un espace confessionnel contre l'avis de celles-ci (D. DUTRIEUX, « Cimetières et cultes : la solution des carrés confessionnels illégaux dans les cimetières communaux », *AJCT*, 2012, p. 298).

dans un espace confessionnel, même s'il n'appartient pas à la religion concernée³⁵⁶³. En théorie, l'assouplissement est ainsi prévu à la faveur des religieux, mais ses conditions de mise en place ne suggèrent qu'une demande dénuée d'évocation de la différence religieuse.

1331. Il n'empêche que certaines circulaires ne font qu'encourager les maires à satisfaire de telles prescriptions religieuses, et ce, « en fonction des demandes »³⁵⁶⁴. Ces dernières, soumises aux aléas politiques, courent le risque de se heurter aux refus de certains maires. Cependant, les justifications avancées par ceux-ci doivent uniquement reposer sur des considérations techniques et ne sauraient s'appuyer sur la religion de l'intéressé³⁵⁶⁵.

1332. La solution se trouve donc clairement dans l'inexistence d'une quelconque vérification ou d'un tri lors de la demande. C'est ce qui sépare l'exemple précité de celui des autorisations d'absence. Les implications suivant les demandes ne sont pas non plus identiques dans les deux cas ; l'autorisation d'absence reste une faveur ayant un coût³⁵⁶⁶.

1333. Du reste, cela rejoint certains assouplissements qui s'accompagnent de demandes, mais préservent une forme d'ouverture qui maintient l'ambiguïté à l'égard de l'égalité. La question peut se poser, par exemple, pour une prison qui délivre des repas *halal* et *casher* dans une cantine, mais à tous ceux qui le désirent et sans qu'il ne soit possible de vérifier la religion du demandeur. D'un côté, les individus n'ont pas à faire part de leur religion ; un détenu peut assurément demander un repas *halal* à la cantine prévue, sans être nécessairement musulman. Tout individu peut demander de tels repas sans vérification de la croyance.

1334. Comme pour les autres aménagements ci-dessus, nous nous interrogeons : si la prison décidait de retirer de tels repas, des musulmans ou juifs pourraient-ils contester une différence de traitement en ce qu'ils ne peuvent bénéficier de repas conformes à leurs croyances ? C'est ici tout un paradoxe, puisque l'aménagement est dédié à des individus religieux, mais il ne distingue pas véritablement. Pourtant, sa suppression serait très probablement contestée. C'est d'ailleurs ce qu'illustre la jurisprudence sur les repas des détenus ou encore en milieu scolaire. D'ailleurs, l'ambiguïté de ces décisions à propos du caractère obligatoire de ces aménagements ne fait que vivifier tout ce questionnement³⁵⁶⁷.

1335. À travers tous ces cas, il est question d'une « possibilité » prévue pour les croyants, mais mise à la disposition de tout individu. La généralité de la règle ne saurait suffire, mais la généralité de l'application compte, et ce, même si la norme en amont différencie au profit du religieux³⁵⁶⁸. Il n'y aurait donc théoriquement pas de différence de traitement. Ainsi, une éventuelle contestation de la règle établissant ces dispositifs, fondée sur une atteinte au principe

³⁵⁶³ P. GOSSELIN, *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 51), adoptée par le Sénat, relative à la législation funéraire*, n° 664, 30 janv. 2008.

³⁵⁶⁴ Circulaire, 19 févr. 2008, *préc.*

³⁵⁶⁵ K. KMONK, « Les “carrés confessionnels” : requiem pour la neutralité des cimetières publics ? », *art. préc.*

³⁵⁶⁶ Voir ci-après.

³⁵⁶⁷ Voir la Section suivante, Paragraphe 1.

³⁵⁶⁸ Cantine avec repas *halal* et *casher*, les autorisations d'absence dans la fonction publique, les espaces confessionnels dans les cimetières.

d'égalité, pourrait être sauvée en justifiant d'une application concrète du dispositif, sans distinction de religion. Souvenons-nous alors de la clairvoyance de Louis Méjan, pour qui « les moyens les plus propres à parer au danger politique de l'exercice de la puissance catholique ne sont pas dans une restriction de la liberté, mais dans un aménagement judicieux de la loi applicable d'ailleurs à tous les groupements, même non confessionnels »³⁵⁶⁹ ; remarquable écho à nos propos. Au regard de ces éléments, il semble que les aménagements posant le moins de problèmes sont finalement ceux dépourvus d'un quelconque « tri » entre les demandes.

2) L'encouragement d'aménagements « généraux et sans tri »

1336. Au-delà des dispositifs suggérant des demandes, certaines formes d'aménagements posent encore moins de difficultés par leur maintien de la généralité. Le juge semble les favoriser. Nous les qualifierons d'aménagements « généraux et sans tri », car ils satisfont une prescription religieuse par l'établissement de prestations générales, accessibles à tous, ou par l'ouverture de la norme générale, pour qu'elle devienne, en sus, plus accessible pour certains. De plus, et surtout, ces aménagements n'exigent pas une validation d'une demande de prestation, donc un tri entre les bénéficiaires – contrairement à l'autorisation d'absence, par exemple.

1337. En effet, dans l'affaire *Khadar* l'établissement pénitentiaire fournissait des menus sans porc et végétariens et laissait aux détenus la possibilité de demander des menus conformes aux prescriptions religieuses à l'occasion de fêtes religieuses. Les requérants avaient argué en appel que ce système révélait une discrimination fondée sur la religion, ce que la cour administrative d'appel contesta, « dès lors que l'offre onéreuse de produits alimentaires concerne l'ensemble des personnes détenues, quelle que soit la religion ou l'absence de religion de ces dernières »³⁵⁷⁰. Ici, le juge refusa la reconnaissance d'une discrimination indirecte, la règle s'appliquant sans distinction. Le Conseil d'État valida cette interprétation. Il est intéressant de constater qu'est prévu un aménagement spécifique qui semble respecter l'égalité formelle. C'est peut-être pour cette raison que la juridiction suprême en valida les modalités. En effet, en optant pour des repas sans porc et/ou végétariens, l'établissement satisfait à plusieurs exigences convictionnelles sans pour autant différencier les individus selon un critère précis. C'est même le maintien de ce formalisme dans l'accommodement qui permet aux juges d'assurer que le principe d'égalité est respecté dès lors que « les conditions dans lesquelles l'offre journalière est organisée [...] sont identiques pour toutes les personnes détenues, qu'elles pratiquent ou non une religion et quelle que soit la religion qu'elles pratiquent, y compris en ce qu'elles prévoient la faculté de recourir au système de cantine »³⁵⁷¹. La différence de situation

³⁵⁶⁹ L. V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959, p. 523.

³⁵⁷⁰ CAA de Lyon, 22 juill. 2014, *Ministre de la justice c. M. A.*, n° 14LY00113, cons. 7.

³⁵⁷¹ CAA de Lyon, 22 juill. 2014, *préc.*, cons. 6.

des musulmans est pour partie prise en compte par l'établissement, mais n'aboutit pas à une différence de traitement, ce que conforte le Conseil d'État³⁵⁷².

1338. À la fin, nous retrouvons ici la possibilité d'aménagements généraux, dénués de toute connotation religieuse, mais qui satisfont à certaines prescriptions. Pour les écoles, par exemple, au regard de l'égalité, la meilleure solution semble être celle consistant à offrir la possibilité pour les élèves de choisir un menu ou plat alternatif, sans pour autant que de tels menus ne soient réservés aux élèves d'une conviction particulière³⁵⁷³. Tout individu peut alors bénéficier des repas, sans qu'aucune distinction dans le traitement ne soit opérée. Certaines communes se sont essayées à satisfaire entièrement les prescriptions religieuses, en servant de la viande *halal*. Si aucun recours n'a été intenté, nous savons que le dispositif pose toutefois d'autres problématiques³⁵⁷⁴. Leur bilan resta très mitigé, de sorte que la pratique est aujourd'hui en grande majorité à la suppression du porc et/ou à la préparation de poisson le vendredi³⁵⁷⁵. En effet, la solution la plus cohérente consiste à prévoir un menu alternatif dénué de viande, pour satisfaire tant les convictions religieuses que celles philosophiques³⁵⁷⁶, comme le pratiquait la ville de Lyon³⁵⁷⁷. Le pouvoir réglementaire sembla pourtant exclure cette éventualité en 2011³⁵⁷⁸, et le Conseil d'État n'y vit rien à redire³⁵⁷⁹. Il fallut d'abord attendre 2019 avec la loi « EGalim » pour que soit expérimentée pendant deux ans l'obligation de proposer un menu végétarien hebdomadaire dans les cantines scolaires³⁵⁸⁰. Ce n'est qu'en 2021 que cette obligation hebdomadaire devint définitive et qu'une nouvelle expérimentation fut mise en place, pour prévoir, dans les collectivités qui le souhaitent, des menus végétariens

³⁵⁷² Contrairement à ce qu'affirme Xavier Bioy qui voit une différence de traitement entre les détenus musulmans et les autres (X. BIOY, « Dans toute la mesure du possible... À propos de l'alimentation halal en détention », *AJDA*, 2016, p. 1127). En vérité, il y a un traitement similaire d'individus dans des situations possiblement différentes, selon que l'on considère la religion comme une situation ou non. Mais le traitement est identique, et c'est bien le problème posé d'un point de vue des discriminations indirectes. Le Conseil d'État se contente d'une application formelle du principe d'égalité.

³⁵⁷³ Cela participerait également de l'intérêt de convivialité et de l'absence de ségrégation en permettant à tous les élèves de prendre leur repas ensemble, comme l'explique Anne Kimmel-Alcover en réponse aux pratiques de certaines communes tendant à séparer les élèves par tables en fonction des restrictions alimentaires (A. KIMMEL-ALCOVER, « Restauration scolaire et laïcité : quand la religion de l'élève s'invite à la table de la cantine », *RDSS*, 2014, p. 146).

³⁵⁷⁴ Voir *supra*.

³⁵⁷⁵ *Ibid.*

³⁵⁷⁶ Comme le végétarisme, voire le véganisme.

³⁵⁷⁷ S. PAPI, « Islam, laïcité et commensalité dans les cantines scolaires publiques », *Hommes & migrations*, n° 1296, 2012, p. 126-135. Voir également pour les détails pratiques de cette mise en place : D. BOUZAR, « Des cimetières et des cantines à Lyon. Une gestion laïque de la diversité par l'«élargissement de la norme générale» » in A.-S. LAMINE (dir.), *Quand le religieux fait conflit. Désaccords, négociations ou arrangements*, Rennes, PUR, 2014, coll. « Science des religions », p. 77-94.

³⁵⁷⁸ Décret n° 2011-1227, 30 sept. 2011, *relatif à la qualité nutritionnelle des repas servis dans le cadre de la restauration scolaire*, JORF n° 0229, 2 oct. 2011, texte n° 29 et arrêté du même nom et titre. Ce dernier définissait le plat protidique comme « plat principal à base de viandes, poissons, œufs, abats ou fromages » (Annexe I).

³⁵⁷⁹ Ces textes ne faisaient, pour le juge, pas eux-mêmes obstacles « à l'exercice des choix alimentaires dictés à leurs usagers par leur conscience », les repas comportant également « d'autres nutriments que les protéines animales » et la restauration scolaire restant facultative (CE, 20 mars 2013, *Association végétarienne de France c. Ministre de l'Agriculture*, n° 354547).

³⁵⁸⁰ Article L. 230-5-6 modifié par l'article 24 de la loi n° 2018-938, 30 oct. 2018, *pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*, JORF n° 0253, 1^{er} nov. 2018.

quotidiennement³⁵⁸¹. Cela a précisément le mérite ne serait-ce que d'uniformiser les réponses données par les collectivités, à ce jour trop diverses. Le procédé a également pour qualité de permettre un retour à une « déconfectionnalisation » du débat³⁵⁸², auparavant centré sur la mise en place de simples repas sans protéines animales.

1339. Cependant, pour certains la mise en place des menus spécifiques, même sans porc ou sans viande, impliquent « le développement par le service d'une prestation » et non une « simple autorisation du comportement religieux des usagers », substituant une logique d'action – donc plus coûteuse – à celle du « laisser-faire »³⁵⁸³. Pour autant, cette prestation peut répondre, lorsqu'elle implique une simple absence de viande, à la satisfaction de demandes plus généralement végétariennes. Il ne s'agit pas forcément de répondre à un intérêt religieux. Quant à la suppression du porc dans les repas, le dispositif peut également répondre à une telle demande. Il n'y a pas d'inclusion d'un repas répondant à une prescription religieuse (*halal* ou *casher*, par exemple), mais seulement la suppression d'une viande précise. La règle conserve sa généralité, au bénéfice de tous. Par là même, établir un menu végétarien évite les éventuelles inégalités futures résultant d'une absence de prise en compte d'autres impératifs religieux exigeant, par exemple pour le bouddhisme, de ne pas manger de bœuf.

1340. Cette méthode d'accommodement par l'ouverture des prestations ou de la règle générale fut appliquée pour les piscines grenobloises en permettant certaines tenues de bains qui incluaient, *de facto*, le « burkini ». Dans l'arrêté, nulle mention n'était faite du religieux. L'article 10 précisait simplement l'interdiction de tenues ajustées près du corps, puis se contentait d'ajouter que les tenues, non près du corps, plus longues que la mi-cuisse (robe ou tunique longue, large et évasée) étaient interdites. Il fallait comprendre par-là que les tenues près du corps plus courtes que la mi-cuisse étaient à présent permises dans la piscine municipale. Ce procédé se rapproche en définitive de ce qui est opéré au sein du régime des cultes, à savoir l'ouverture des conditions d'application de la norme pour, en l'espèce, y inclure des pratiques religieuses spécifiques. Pour autant, certains des aménagements exposés posent encore des difficultés profondes.

PARAGRAPHE 2. Les limites de ces méthodes ou la persistance des contradictions à l'universalisme

1341. Malgré ces précautions, les assouplissements ne dissimulent qu'en partie le différencialisme qui les sous-tend. Les méthodes employées par le juge, notamment en maintenant la généralité de la règle supérieure, révèlent toute l'ambiguïté et le paradoxe d'une

³⁵⁸¹ Le même article est de nouveau modifié par l'article 252 de la loi n° 2021-1104, 22 août 2021, *portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, JORF n° 0196, 24 août 2021.

³⁵⁸² Terme employé par Stéphane Papi (« Islam, laïcité et commensalité dans les cantines scolaires publiques », *art. préc.*).

³⁵⁸³ G. ÉVEILLARD, « La licéité des menus de substitution dans les cantines scolaires », *Dr. adm.*, n° 3, 2021, comm. 16, commentaire sous CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483.

volonté d'assurer une égale application d'un aménagement pourtant différencialiste (A). De plus, en dépit des garanties brandies par le juge, les aménagements exigeants une « demande » par le croyant auprès de la personne publique restent enfermés dans une forme de cercle pernicieux au regard de l'égalité universaliste (B). Pour ne rien arranger, dans sa décision sur le « burkini », le Conseil d'État lui-même vint fragiliser la solution la plus cohérente de l'ouverture de la norme générale comme aménagement (C).

A) Les limites des aménagements dans la pratique

1342. Nous faisons l'éloge de l'application par l'administration d'exigences, très générales, d'aménagements prévues par la loi. Pourtant, « d'autant plus indéterminée [...] est une loi, d'autant plus l'administration doit prendre en considération les situations particulières »³⁵⁸⁴ et, comme ces dernières, le traitement accordé s'avère souvent tout aussi particulier. C'est le problème du règlement de revendications qui s'opère dans les faits, sans encadrement normatif clair. L'affirmation selon laquelle la satisfaction de demandes individuelles relève d'une simple application de la loi générale mérite une nuance, puisque le juge donne forcément forme à l'aménagement. Si la loi exige le respect de la liberté de religion, il incombe aux autorités administratives, et en dernier ressort au juge, de choisir la forme qui sera exigée, donc en l'espèce celle d'une sorte de dérogation à la règle commune. La mise en place de tels accommodements est poussée par le législateur lui-même. Il s'avère alors complexe, au sein du domaine plus concret de l'application des règles dans les administrations et services, de rester conforme à l'égalité. Ces aménagements, plus bas dans la hiérarchie des normes, tendent aisément à la différenciation.

1343. En somme, malgré les mérites de l'individualisation, au cas par cas et non systématique, des dérogations, la méthode fait perdre de la valeur à la généralité de la règle. Tout devient pragmatique, parfois arbitraire, et sans ligne directrice clairement établie. La règle générale, par laquelle rayonne l'égalité, s'atténue. Le législateur pousse finalement aux mesures difficilement conciliables avec l'égalité.

1344. Par là même, ces modalités de gestion donnent une place au juge particulièrement importante³⁵⁸⁵, dans la mesure où la protection des aménagements est tributaire de ses décisions et qu'il en reste garant, surtout en appréciant les motifs invoqués par les administrations, parfois aux limites de la discrétion politique. Le juge se retrouve alors, non sans difficulté face à la diversité, à gérer deux positions à la fois, comme le rappelait Anne Wyvekens avec pertinence : « celle de garant des principes – égalité, universalité – et celle d'application de la loi au cas par

³⁵⁸⁴ C. STARCK, « l'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité » in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 184.

³⁵⁸⁵ C'est une critique générale, propre aux accommodements raisonnables qui ne se limite pas au cas de la France (J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 345.

cas. Deux positions qui, dans ce domaine, apparaissent bien souvent incompatibles ». Elle poursuivait : « on les voit se rencontrer, de façon récurrente, notamment dans les débats ou colloques relatifs aux accommodements raisonnables. À une intervention appelant [...] parfois le législateur à poser des principes de référence, en succède généralement une autre, à base empirique, qui montre comment les choses se règlent – souvent avec facilité et de façon satisfaisante – sur le terrain »³⁵⁸⁶. Seulement, cette base empirique ne peut qu’être d’essence particulariste : elle procède d’un mouvement ascendant, qui part du fait et des spécificités, non plus de la norme et de sa généralité.

1345. Par conséquent, au vu du caractère erratique des modalités de dérogations à la loi commune par égard pour une conviction religieuse, le problème se pose de la construction de nouvelles inégalités. Pourtant, si une partie des minorités religieuses a bénéficié de nouveaux aménagements pour compenser le favoritisme historique du culte catholique, il n’est pas certain que cette égalité puisse dépasser la théorie. Il est aisé d’affirmer qu’un dispositif se doit de respecter l’égalité, quand il vise en vérité une pratique religieuse particulière³⁵⁸⁷. Les aménagements portent en eux le risque de réitérer les anciennes limites. Par exemple, Mathieu Touzeil-Divina s’interrogeait sur l’emploi de l’égalité dans l’arrêt de juillet 2011 à propos de la mise à disposition des abattoirs : « cela implique – au nom de l’égalité – que tous les citoyens (athées ou religieux) puissent utiliser sans discrimination ledit équipement »³⁵⁸⁸. Le rapporteur public confirmait en ce sens que les aménagements consentis, en l’espèce l’abattoir, ne peuvent « être réservés à un seul culte – tous les autres cultes recourant à ce type d’abattage doivent pouvoir y accéder – ou d’ailleurs aux seuls cultes en général »³⁵⁸⁹. L’affirmation de cette égalité perd de sa splendeur quand l’on admet que l’aménagement ne bénéficiera factuellement qu’aux cultes prescrivant une forme rituelle d’abattage. En outre, n’est-il pas un peu vain d’affirmer l’égalité dans le bénéfice d’une dérogation spécifiquement prévue pour une pratique religieuse particulière ? De surcroît, les aménagements, seraient-ils pratiqués dans d’autres cas, par exemple pour un mouvement religieux inconnu ? Rien n’est moins sûr. D’autant que le système actuel de l’abattage rituel fait l’objet d’un tri sur le plan national, s’agissant des organismes agréés³⁵⁹⁰.

³⁵⁸⁶ A. WYVEKENS, « La croisée es savoirs – les magistrats et la diversité culturelle : “comme M. Jourdain...” », *Les cahiers de la justice*, 2013, p. 139.

³⁵⁸⁷ Par exemple, lorsque le rapporteur public précise, pour l’arrêt de juillet 2011 sur l’aide aux abattages rituels, que peuvent les locaux ne peuvent « ni être réservés à un seul culte – tous les autres cultes recourant à ce type d’abattage doivent pouvoir y accéder – ou d’ailleurs aux seuls cultes en général » (E. GEFFRAY, concl. sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, préc.). Cette égalité est d’autant plus utopique que le système de l’abattage rituel implique de lui-même un tri entre communautés, qui exclut certaines minorités peu représentatives.

³⁵⁸⁸ L’auteur poursuivait par des interrogations légitimes : « Or, comment ne pas voir une telle discrimination si l’abattoir n’est ouvert que pendant les jours (fluctuant chaque année) de l’Aïd-el-Kébir et par exemple à partir du 6 novembre prochain ? Ne faut-il pas, en conséquence, que le lieu puisse être accessible (comment ? sur demandes ? et de qui ?) pour d’autres fêtes ou sacrifices (religieux ou non) ? Doit-on ouvrir les portes de l’abattoir à des usagers qui se déclareraient hindous et souhaiteraient, au nom de la déesse Karly, sacrifier quelques boucs ou encore, à la romaine, à des adeptes *vintages* de Jupiter désirant égorger une chèvre en offrande ? De plus, en été, un athée pourra-t-il disposer à son gré du lieu pour simplement préparer un méchoui ? » (M. TOUZEIL-DIVINA, « Laïcité latitudinaire », *D.*, n° 34, 2011, p. 2375, note sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, n° 309161).

³⁵⁸⁹ E. GEFFRAY, concl. sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, préc.

³⁵⁹⁰ Voir *infra*.

1346. Gwénaële Calvès expose un autre exemple clair de ce phénomène en citant comme cas de dérogation tolérée la circoncision³⁵⁹¹. Elle constate qu'*a contrario* la Cour de cassation a rejeté l'invocation de la liberté de religion à une prêtresse vaudou souhaitant pratiquer le sacrifice de poulets et de chèvres sans poursuite pour sévices sur animal³⁵⁹². L'autrice conclut de cette absence de gain de cause qu'il est permis de penser « que c'est seulement lorsque les prescriptions de la loi pénale contrarient frontalement les préceptes de "grandes" religions que les pouvoirs publics tolèrent, parfois, qu'elle ne soit pas appliquée »³⁵⁹³. La tolérance – à demi-mot seulement – du différencialisme, à bien des niveaux normatifs, empêche de l'encadrer de cohérence. Dans les faits, bien des aménagements dépendent de la bonne volonté des autorités. Tel est le cas des repas *halal* et *casher* mis à la disposition, principalement, des détenus. En amont de leur mise à disposition, ces menus impliquent un choix qui induit la reconnaissance de produits agréés, donc de communautés religieuses spécifiques. S'impose alors la problématique des religions minoritaires ne bénéficiant pas d'une telle prise en compte de leurs obligations religieuses. Le risque d'inégalité ne fait qu'être décalé dans ce cadre.

1347. En fin de compte, s'il est reproché au Canada de faire la part belle aux différences religieuses, les autorités y prennent au moins conscience des minorités religieuses. Il y demeure la tentative de faire bénéficier les accommodements juridiques à tout groupement. En France, les choix peuvent être arbitraires, sans cohérence globale, parsemés de contrôles maladroits, malaisés, qui malmènent, tant la conception formelle de l'égalité universaliste, qu'une approche réaliste, d'ores et déjà existante mais non assumée, de cette égalité. La dénonciation d'un système de « tolérance » à la française n'en ressort qu'exacerbée.

1348. En effet, beaucoup dénoncent une égalisation réelle imparfaite et incomplète. Pis encore, elle préserverait, voire accentuerait, à nouveau un système d'exclusion. Cette appréciation est portée par le constat selon lequel ces dispositifs ne seraient pas de véritables aménagements, mais de simples « tolérances »³⁵⁹⁴. Pourtant, la tolérance fit également le cheval de bataille des tenants du différencialisme en ce qu'elle permet une atténuation de la règle de droit³⁵⁹⁵. Dans cette optique, elle est employée en tant que politique ou philosophie d'acceptation des particularismes³⁵⁹⁶. Sur le plan pratique et juridique, au fur et à mesure des analyses des dispositifs en place, une critique s'est toutefois installée concernant le mot

³⁵⁹¹ G. CALVES, *La laïcité*, Paris, La Découverte, 2022, coll. « Repères », p. 56. Voir aussi sur ce point précis A. CHARPY et P. JUSTON, « Réflexions sur la circoncision rituelle de l'enfant », *JDA*, chron. n° 9, art. 225, disponible en ligne sur : <http://www.journal-du-droit-administratif.fr> (consulté le 15 avr. 2024).

³⁵⁹² Cass., crim., 5 nov. 2019, *Mélotte J.* cit. *ibid.*

³⁵⁹³ G. CALVES, *La laïcité*, op. cit., p. 56.

³⁵⁹⁴ Par exemple D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 245.

³⁵⁹⁵ Pour une description de cette approche, précisément dans le cadre de la religion et la laïcité, mais surtout une déconstruction et critique de celle-ci, voir la thèse de Frédérique de la Morena (*Recherche sur le principe de laïcité en droit français*, Thèse de doctorat en droit public, Université Toulouse I Capitole, 1999, tome 1 et 2). Pour un résumé de son approche, voir F. DE LA MORENA, *Les frontières de la laïcité*, Paris, LGDJ, 2016, coll. « Systèmes », p. 33 et s. Consulter également en la matière les ouvrages de Catherine Kintzler : *Tolérance et laïcité*, Paris, Pleins Feux, 1998, coll. « version originale » et, plus récemment *Qu'est-ce que la laïcité*, Paris, Vrin, 3^e éd., 2014, coll. « Chemins philosophiques ».

³⁵⁹⁶ M. RÜEGGER, « Tolérance et neutralité : incompatibles ou complémentaires ? », *Les ateliers de l'éthique*, vol. 4, n° 2, 2009, p. 175-86.

tolérance pour prôner une prise en compte supérieure des différenciations en droit³⁵⁹⁷. En ce sens, la tolérance est décrite comme un simple assouplissement de la règle de droit³⁵⁹⁸, mais qui se définit uniquement par rapport à l'ordre majoritaire³⁵⁹⁹. Elle accentuerait ainsi toujours plus la situation de minorité religieuse de certaines communautés³⁶⁰⁰, dans la mesure où elles seraient soumises au bon vouloir de la majorité, les administrations ayant une simple faculté d'accorder des aménagements. Pour éradiquer ce phénomène d'exclusion qui persiste, une véritable égalité doit être garantie par une reconnaissance obligatoire, pleine et entière des différences³⁶⁰¹. La mise en place des aménagements à la française vogue donc entre toutes ces problématiques, surtout ceux qui exigent une demande du croyant auprès de la personne publique pour déroger à la règle commune.

B) Les insuffisances d'une garantie égalitaire pour les aménagements avec « demandes »

1349. Les aménagements qui supposent une demande de la part de l'individu impliquent implicitement, mais forcément qu'il fasse part de sa différence (1). De surcroît, en corollaire, certains d'entre eux manifestent très clairement un privilège octroyé au sein du droit commun en raison de la religion (2).

1) La difficulté concrète de garantir l'égalité dans le traitement des demandes

1350. L'importance de la contradiction des aménagements impliquant une demande de l'individu avec l'universalisme se mesure par le risque pour l'individu de devoir évoquer sa différence.

³⁵⁹⁷ C'est comme si l'on avait schématiquement deux étapes de la tolérance. Une première, historiquement ancienne, traduisait la seule acceptation, précaire, de la pratique d'autres cultes ou de leur existence civile, à côté d'une église majoritaire étatique. C'est l'exemple des protestants sous l'Ancien Régime. Une seconde tolérance apparaît bien après, lorsque la liberté de culte et l'égalité civile sont pleinement acquises, en défendant à présent que l'on tienne compte des particularismes religieux propres à certaines communautés religieuses, au sein du droit commun. Seulement, la tolérance induit systématiquement que l'on « souffre » ou « subit » l'acceptation de la différence voisine : sous l'Ancien Régime il s'agissait d'offrir à contre-cœur un semblant d'existence commune aux autres individus, quand de nos jours il est question d'octroyer, à l'encontre du système universaliste, un semblant de place à la différence religieuse. On exige donc aujourd'hui davantage ; c'est-à-dire la reconnaissance pleine et entière du particularisme, de façon égalitaire, et non plus comme un « geste » de charité supporté en marge de la règle commune.

³⁵⁹⁸ Cela passe notamment par la notion de dérogation, sans prise en compte de la différence dans l'énoncé de la règle de droit ; « de sorte que les dérogations apparaissent non pas comme un véritable droit mais comme une simple tolérance » (D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre..., op. cit.*, p. 197).

³⁵⁹⁹ Voir la notion de tolérance que nous abordons s'agissant de l'édit de Nantes (voir p. 82-83).

³⁶⁰⁰ G. Koubi, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. Koubi et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 345.

³⁶⁰¹ La reconnaissance viendrait alors s'opposer à la tolérance car la critique de cette dernière réside justement dans l'absence de cette première, alors insuffisante pour témoigner à autrui le respect qui lui est dû (J. PELABAY, « De la tolérance à la reconnaissance. Une lecture des débats philosophiques sur la diversité », *Toiles @ penser*, Doss. n° 2009 – 010 – 005, 2009, disponible en ligne sur : <https://lapenseeetleshommes.be> (consulté le 29 juill. 2020)).

1351. Le plus préoccupant et explicite est le cas des autorisations d'absence des fonctionnaires. Certes, en théorie, le chef de service n'a pas à chercher la véracité de l'appartenance religieuse de l'agent faisant la demande³⁶⁰². Ne se limitant pas à la liste établie par le gouvernement, il est dans l'obligation de prendre en considération toute demande individuelle, aussi « excentrique » soit-elle. Autrement dit, le « chef de service saisi d'une demande d'autorisation spéciale d'absence pour l'Aïd n'a pas à rechercher si l'agent est bien musulman, ni à se demander pourquoi le même agent, l'année précédente, avait demandé un congé pour Kippour ou la fête de la Médaille miraculeuse »³⁶⁰³. À vrai dire, l'analogie est trompeuse. Certes, l'appréciation du chef de service ne doit se limiter qu'aux nécessités du service pour refuser la demande³⁶⁰⁴. Cette interprétation privilégierait une approche égalitaire entre les religions des autorisations d'absence³⁶⁰⁵. Néanmoins, dans la réalité, l'individu véritablement religieux souhaitant s'absenter « se voit contraint d'afficher ses convictions religieuses ou son appartenance communautaire, ce qui n'est jamais exigé des autres agents, quelles que seraient leurs adhésions à des systèmes de croyance non signifiées dans la liste diffusée, comme de ceux qui relèveraient des confessions chrétiennes »³⁶⁰⁶. De surcroît, le fonctionnaire doit tout de même justifier les raisons de son absence. Le Conseil d'État a validé la légalité des dispositions d'une circulaire exigeant la présentation d'une justification pour pouvoir demander une autorisation d'absence, tout en spécifiant néanmoins que « ce rappel n'a pas pour objet et ne saurait d'ailleurs avoir légalement pour effet de permettre que ce document soit versé au dossier de l'agent concerné »³⁶⁰⁷. Tout au plus, le chef de service peut-il vraisemblablement exiger une déclaration sur l'honneur ou un document – déjà plus contestable – attestant de la présence à une manifestation religieuse prévue³⁶⁰⁸. La question de la teneur des motifs invoqués, de leur précision, reste en suspens. Partant de ce principe, la question se pose : à quel point le fonctionnaire doit-il justifier son motif d'absence et/ou sa croyance religieuse ? Dans tous les cas, le chef de service ne peut vérifier la véracité de cette seconde, ce qui permettrait théoriquement à tout agent d'abuser du dispositif. Pourtant – c'est là tout le paradoxe que nous étudierons plus avant –, l'autorisation d'absence a déjà été refusée pour la célébration de la mort d'une figure athée³⁶⁰⁹.

1352. À l'aune de tous ces éléments, nul doute de l'exigence pesant sur le fonctionnaire de spécifier clairement son appartenance religieuse, bien que celle-ci ne puisse être ensuite mentionnée ailleurs. C'est toute la contradiction d'un procédé qui permet à l'individu de se

³⁶⁰² C. VIARD, « Congés... pour "prières" », *Droit et Cultures*, n° 51, 2006-1, p. 49-65.

³⁶⁰³ G. CALVES, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *art. préc.*

³⁶⁰⁴ C. VIARD, « Congés... pour "prières" », *Droit et Cultures*, n° 51, 2006-1, p. 49-65.

³⁶⁰⁵ Voir, par exemple, CAA de Paris, 22 mars 2001, *M. Crouzat*, n° 99PA02621, pour l'annulation d'un refus opposé à un adepte du mouvement raëlien.

³⁶⁰⁶ C. VIARD, « Congés... pour "prières" », *art. préc.*

³⁶⁰⁷ CE, 26 oct. 2012, *Lliboutry*, *préc.*

³⁶⁰⁸ C'est du moins ce qu'affirmait une réponse ministérielle à un député dont la question, par ailleurs, soulevait les importantes problématiques que nous abordons (Q.E. n° 41857 de J.-L. MASSON, JOAN (Q), 29 juill. 1996, p. 4059, réponse Ministre de la fonction publique, JOAN (Q), 7 oct. 1996, p. 5297).

³⁶⁰⁹ CE, 3 juin 1988, *Mme Barsacq-Adde*, *préc.*

conformer à sa religion, en contradiction même du droit de taire ses convictions³⁶¹⁰ ; qui, tout en garantissant la liberté de culte du fonctionnaire, donc celle d'être différent, bafoue irrémédiablement son droit à l'indifférence.

1353. La question se pose également pour l'arrêt *Koen*, par lequel le juge exige que les absences soient nécessaires à l'exercice du culte. Frédéric Dieu considéra de son côté que le motif de la demande d'absence, renvoyant aux absences « nécessaires » à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse, constitue une condition supplémentaire pour bénéficier de la jurisprudence *Koen*³⁶¹¹. Difficile de mesurer le poids de cette exigence et la mesure de la « nécessité » de l'absence. Cela étant, telle appréciation n'est jamais éloignée de celle portée sur la véracité de la croyance de l'enfant.

1354. Ces exemples soulignent l'importance du respect du principe d'égalité dans le traitement des demandes. Il évite ainsi toute considération portée sur la différence. La moindre entorse à cette condition montre tout l'embarras du procédé au regard de l'universalisme. Il reste toujours que le respect de cet impératif entraîne le risque de « la boîte de Pandore », à savoir celui d'un cercle vicieux tenant à une extension constante des demandes et revendications particularistes. Consacrer des différences ouvre la voie à d'autres demandes de consécration³⁶¹² : « dès lors que l'on accorde quelque chose à l'un, il faut nécessairement l'accorder à l'autre »³⁶¹³. C'est probablement ce qui explique aussi la réticence de certaines autorités publiques face à certaines demandes.

2) Des aménagements ne dissimulant que peu la différenciation

1355. Tous les aménagements traînent avec eux une forte ambiguïté au regard de l'idéal universaliste. Seulement, certains aménagements, précisément à l'aune des éléments précédents, deviennent plus ouvertement la manifestation d'une différenciation dans la norme.

1356. Tout d'abord, certes nous avons relevé les qualités de l'indistinction lors de l'application des aménagements. Il reste pourtant à notre sens un ultime blocage que l'égale application décrite ci-dessus ne semble pouvoir dépasser. Celui-ci s'illustre dans le cadre des autorisations d'absence, par l'existence d'un avantage ouvertement octroyé en raison d'une conviction. En effet, pour ce qui est de la fonction publique, les agents susceptibles de demander de telles absences bénéficient en réalité de journées fériées supplémentaires, dont les fonctionnaires athées, par exemple, ne peuvent bénéficier. Les absences pour motifs religieux ne sont pas décomptées des jours de congés prévus. S'impose dès lors un point central du

³⁶¹⁰ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP », p. 203.

³⁶¹¹ F. DIEU, « Quand le centre absorbe la périphérie : l'assimilation des occupants du domaine public aux agents publics en matière d'autorisation d'absence pour motif religieux », *JCP A*, n° 35, 2012, p. 2281, commentaire sous CE, 23 déc. 2011, *Halfon et a.*, n° 323309.

³⁶¹² Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individu*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, p. 548.

³⁶¹³ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 309.

problème des autorisations d'absences : celles justifiées pour motif religieux constituent de véritables privilèges. Le système de la dérogation n'éluie alors pas la contradiction à l'égalité formelle. Elle induit forcément une différenciation de droit en marge de la règle générale. Une pratique administrative visant à satisfaire une demande religieuse, par dérogation à la règle uniforme, n'est pas exemptée du respect du principe d'égalité. Cela ressort corroboré par le fait que seules les convictions religieuses puissent bénéficier du régime, à l'exclusion de tout autre type de croyance, comme nous le verrons ultérieurement³⁶¹⁴.

1357. Au demeurant, preuve de la vigueur du débat encore aujourd'hui, ces éléments ont plus récemment fait l'objet d'âpres discussions mettant en lumière une tension « entre des jours fériés adossés à une tradition chrétienne, mais qui ont perdu de leur teneur religieuse et la possibilité d'absence pour des fêtes qui ont, elles, conservé toute leur portée rituelle »³⁶¹⁵.

1358. Plus ambigu, mais non moins parlant est le cas de l'aide financière accordée pour les détenus musulmans afin d'obtenir les menus souhaités. D'un côté, le juge considérerait qu'avec l'octroi de cette aide l'offre journalière de menus n'impliquait pas de discriminations. Xavier Bioy vit alors dans cette précision l'évincement du caractère religieux et l'affirmation d'une égalité de droit, purement formelle, « alors que les besoins de chacun ne sont pas comparables du point de vue religieux »³⁶¹⁶. De l'autre, il nous apparaît davantage que le Conseil d'État rajoute une condition spécifique d'octroi de ressources qui n'est pas même prévue par la loi : celle de pouvoir « se procurer par le système de la cantine une alimentation complémentaire conforme aux prescriptions » de la religion³⁶¹⁷. Ce faisant, il ne saurait être question d'une aide apportée « par la remise de vêtements, par le renouvellement de la trousse de toilette [...] par la remise d'un nécessaire de correspondance », mais bien d'une aide en nature précisément « appropriée à cette fin »³⁶¹⁸. Si l'appréciation semble être portée *in concreto* par le directeur de l'établissement, le critère d'octroi de l'aide paraît en grande partie reposer sur la différence religieuse. À l'instar de l'exemple précité, le juge s'est ici aussi permis une interprétation extensive d'une règle, mais qui crée un avantage spécifiquement religieux.

1359. Enfin, des procédés comme la mise à disposition de repas *halal* ou *casher* dans les établissements pénitentiaires ne font aussi que décaler le problème de la différenciation. Certes, ils ne distinguent pas clairement lors de la demande de leur bénéfice, mais ils impliquent un coût supplémentaire indéniable qui repose, comme nous l'avons souligné plus haut, précisément sur le choix d'aliments marqués d'un agrément religieux. En d'autres termes,

³⁶¹⁴ CE, 3 juin 1988, *Mme Barsacq-Adde*, n° 67791, Rec. p. 227 (voir p. 749 et s.).

³⁶¹⁵ A. FORNEROD, « Jours fériés et fêtes religieuses », *Revue du droit des religions*, n° 8, 2019, p. 175-187. L'autrice cite des questions parlementaires qui posent cette tension et une proposition de loi faite à l'Assemblée nationale. Restée sans suite, celle-ci visait à rétablir l'égalité entre les fonctionnaires en décomptant les jours d'absences pour motif religieux des jours de congés accordés par an (n° 2567, *tendant à assurer l'égalité des droits à congé dans la fonction publique*).

³⁶¹⁶ X. BIOY, « Dans toute la mesure du possible... À propos de l'alimentation halal en détention », *AJDA*, 2016, p. 1127.

³⁶¹⁷ CE, 10 févr. 2016, *Khadar*, *préc.*, cons. 6.

³⁶¹⁸ *Ibid.*

prendre la décision d'inclure de tels repas implique, en amont de leur mise à disposition, une reconnaissance de communautés religieuses et de leurs exigences particularistes³⁶¹⁹.

1360. Ces éléments mettent en lumière la complexité du choix entre les types d'aménagements. La systématisation de ceux-ci est au moins aussi ardue. L'existence d'une demande d'aménagement entraîne d'inévitables embarras. La persistance d'un tri reposant sur le critère religieux met à mal l'idéal universaliste. C'est l'égalité de traitement des demandes qui le sauve. Seulement, la problématique diffère selon qu'il s'agit d'une prestation coûteuse ou d'un simple laisser-faire. Indéniablement, l'octroi d'une aide ou d'une autorisation d'absence implique un coût matériel quantifiable qui se concilie difficilement avec une absence de tri des demandes et une hypothétique ouverture à tous. De même, l'absence de tri ne doit pas camoufler en fond une reconnaissance déjà en amont d'une communauté ou d'une différence religieuse. Par exemple, les repas *halal* ou *casher* ne font que dissimuler le problème au regard de l'égalité universaliste. En fin de compte, l'aménagement général, sans quelque demande, semblait le plus judicieux. Du moins jusqu'à peu.

C) Une remise en cause douteuse, par le juge, des aménagements « généraux et sans tri »

1361. Dans le cadre d'un « déferé laïcité »³⁶²⁰, le préfet contesta l'article 10 du règlement intérieur sur les piscines municipales de Grenoble³⁶²¹, en ce qu'il établissait la reconnaissance d'un droit particulier accordé à une communauté religieuse, donc une dérogation à la règle générale. Le tribunal administratif de Grenoble donna d'abord raison au préfet par un jugement surprenant et contesté³⁶²². L'ordonnance rendue par le Conseil d'État ne fut pas plus engageante.

1362. En tout premier lieu, le juge rappela que l'autorité administrative peut tenir compte de convictions religieuses pour satisfaire à l'intérêt général – qui, quant à lui, semble devoir être pris en compte – résultant d'une recherche d'égalité de fait. Il précisa toutefois que cette

³⁶¹⁹ Voir p. 703 et s.

³⁶²⁰ Il s'agissait de la première application de la procédure mise en place par la loi du 24 août 2021 permettant aux préfets de déférer au juge administratif un acte qui serait « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, ou à porter gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics » (art. L. 2131-6, al. 5). Le juge dispose de quarante-huit heures pour se prononcer et le jugement est susceptible d'appel devant le Conseil d'État, dans un délai de quinze jours. Ce dernier dispose alors à son tour de quarante-huit heures pour rendre sa décision.

³⁶²¹ « Les tenues de bain doivent être faites d'un tissu spécifiquement conçu pour la baignade, ajustées près du corps, et ne doivent pas avoir été portées avant l'accès à la piscine. Les tenues non prévues pour un strict usage de la baignade (short, bermuda, sous-vêtements etc), les tenues non près du corps plus longues que la mi-cuisse (robe ou tunique longue, large ou évasée) et les maillots de bain-short sont interdits. (...) ».

³⁶²² TA de Grenoble, ord., 25 mai 2022, *Préfet de l'Isère*, n° 2203163.

prise en compte n'est en aucun cas de droit pour les usagers concernés³⁶²³. Le juge rajouta que les adaptations prévues ne doivent, en plus, pas porter atteinte à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service. Suivant son considérant, elles nuiraient au bon fonctionnement du service « notamment » dans deux cas : si elles rendaient le respect des règles communes par les usagers communs plus difficiles ou si elles provoquaient une rupture d'égalité de traitement³⁶²⁴. Ces atteintes résulteraient de deux éléments, non dénués de liens avec l'espèce³⁶²⁵ : du caractère excessivement dérogatoire de l'adaptation et de l'absence de justification réelle de celle-ci³⁶²⁶. À la fin, en résulterait une atteinte au principe de neutralité³⁶²⁷. Du reste, le considérant applique à l'espèce les principes posés et c'est ici que les incohérences surgissent.

1363. Sur bien des points, cette ordonnance manque de clarté. Si le principe d'égalité semble y être appliqué, les étapes de son contrôle sont particulièrement complexes à établir. Ce qui est certain, c'est que la décision montre toute la relativité du contrôle en la matière et à quel point une norme, même générale, n'est pas à l'abris d'être jugée inégalitaire.

1364. La requête est avant tout responsable du caractère quelque peu relatif de l'égalité, notamment à travers l'influence des moyens invoqués³⁶²⁸. Souvenons-nous : le contrôle d'égalité implique finalement de s'interroger « sur les choix qui guident le champ d'application des normes »³⁶²⁹. Dans le domaine, alors que le contentieux est généralement marqué d'une opposition à un traitement uniforme ou de la suppression d'un traitement différenciateur, l'affaire du « burkini » est paradoxalement un des rares cas de contestation d'un traitement

³⁶²³ Cette précision est déjà contestable. En l'espèce, est-il question d'individus qui se prévalent de leurs convictions religieuses ? La réponse est justement négative. La règle, générale dans sa formulation, n'exige la mention d'aucune appartenance religieuse. Si elle donne droit de cité à son expression à travers la règle commune, elle n'exige en aucun cas sa mention et ne répond pas à une demande formelle d'accommodement. Certes, dans les faits, la règle est défendue par une association. Mais, pour l'appréciation du jugement, cette défense n'a pas de valeur. Sa prise en considération n'intervient qu'à travers le processus politique de prise de décision de la commune.

³⁶²⁴ Notons que la formulation suggère une distinction entre, d'un côté le respect rendu plus difficile aux usagers de la règle, de l'autre une rupture au principe d'égalité de traitement. Tout porterait pourtant à croire en temps normal que le premier est une composante du second...

³⁶²⁵ Certes il s'agit du considérant rappelant l'application des principes, mais il est clair qu'au sein de celui-ci, le juge fait déjà maintes fois références à l'espèce, surtout en rajoutant certaines conditions comme l'intensité du caractère dérogatoire.

³⁶²⁶ « Le gestionnaire de ce service ne peut procéder à des adaptations qui porteraient atteinte à l'ordre public ou qui nuiraient au bon fonctionnement du service, notamment en ce que, par leur caractère fortement dérogatoire par rapport aux règles de droit commun et sans réelle justification, elles rendraient plus difficile le respect de ces règles par les usagers ne bénéficiant pas de la dérogation ou se traduiraient par une rupture caractérisée de l'égalité de traitement des usagers, et donc méconnaîtraient l'obligation de neutralité du service public » (cons. 8).

³⁶²⁷ Au début du considérant 8, le Conseil d'État rappelle l'exigence de respect de la neutralité du service « et notamment de l'égalité de traitement des usagers ». Cette dernière semble une composante de la première, ce que confirme le considérant par la suite en justifiant que les adaptations doivent respecter l'ordre public et le bon fonctionnement du service, la nuisance à ce dernier pouvant résulter du respect plus difficile des règles communes par les usagers a-religieux ou d'une inégalité de traitement entre usagers, « et donc méconnaîtraient l'obligation de neutralité ». L'égalité des usagers semble regroupée dans le bon fonctionnement qui, lui-même est une exigence de la neutralité.

³⁶²⁸ Nous avons signalé le caractère quasiment illimité des contestations fondées sur le principe d'égalité et, d'un même mouvement, les nombreuses possibilités de dénunciations de traitements différents (voir Introduction).

³⁶²⁹ A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, Lille, ANRT, 1993, p. 444.

particulier appliqué à une religion, surtout dans le cadre d'un service public³⁶³⁰. Cela explique probablement en partie l'approche du juge quant à la différence de traitement.

1365. La requête guide alors le commencement du contrôle d'égalité en dénonçant la différence de traitement qui s'apprécie au regard de l'acte ; la différence de traitement constitue l'objet de l'acte³⁶³¹. En général, il est possible pour un justiciable de dénoncer un traitement distinct résultant de l'omission d'une catégorie de personnes ou de situations par l'autorité³⁶³². Ainsi, le traitement différent n'apparaît pas directement dans la règle générale, mais résulte d'une situation non prise en compte, à présent revendiquée comme égale pour les requérants³⁶³³. Dans l'affaire du « burkini » s'exprime une situation quelque peu inversée : le traitement différent n'apparaît pas directement dans la règle générale, mais résulte d'une situation prise en compte, revendiquée comme différente pour des religieux. Le requérant « découvre » ainsi la différence religieuse en arguant que la norme accorde un traitement spécifique aux usagers de confession musulmane par rapport aux autres. Dès lors, il influence indéniablement l'étape préalable au contrôle du juge. Or, en l'espèce, le préfet conteste plus l'intention derrière la règle, que la règle elle-même, car les polémiques entourant son édicton ont trahi les intentions réelles de certains élus municipaux. Nous touchons le cœur du dilemme.

1366. Sur le plan formel, la distinction religieuse n'apparaît pas telle quelle dans la norme, alors générale. Or, la doctrine s'entend traditionnellement pour considérer que si « la norme est de portée générale, le principe d'égalité devant la loi ne se trouve pas méconnu »³⁶³⁴. Autrement dit, « [c]'est sa forme qui lui permet d'être en adéquation avec le principe d'égalité »³⁶³⁵. Par exemple, dans l'arrêt *Camps* du 19 octobre 1979 était modifié le règlement de chasse d'une association agréée qui venait à interdire l'une des formes de chasses à la palombe³⁶³⁶. Face au moyen arguant de l'atteinte au principe d'égalité de la mesure, les juges constataient que la modification « ne fai[ait] pas par elle-même obstacle à ce que tous les membres de l'association pratiquent les autres modes de chasse de cet oiseau », qu'ainsi, « elle ne cré[ait] pas une discrimination entre des chasseurs se trouvant dans une situation identique »³⁶³⁷. Nous observons en l'espèce à quel point l'application générale de la règle sauve

³⁶³⁰ Le cas de l'abattage rituel est légèrement différent puisque sa réglementation est ancienne et qu'il n'est pas question du service public. Pour le burkini il s'agit d'un recours suivant directement l'établissement d'une règle répondant, politiquement du moins, à une demande spécifiquement religieuse, et ce, au sein d'un service public. En revanche, le contentieux sur l'abattage reste proche au regard de la requête, alors portée contre un traitement différent fondé sur la religion.

³⁶³¹ G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, coll. « Systèmes », p. 33 et 47.

³⁶³² C'était le cas pour la décision n° 2010-92 QPC concernant l'interdiction de mariage pour les personnes de même sexe (voir X. MAGNON, « Le juge face à l'exception. (Re)lecture générale du jugement d'égalité par le prisme de l'exception illustrée par la jurisprudence QPC » in A. VIDAL-NAQUET et M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 4).

³⁶³³ Pour les couples homosexuels, la différence de traitement résultait de l'absence de prise en compte de leur situation qui devrait être regardée comme identique à celle des couples hétérosexuels du point de vue de leur traitement juridique.

³⁶³⁴ M. GUYOMAR et B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, oct. 2018, point 35.

³⁶³⁵ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 70.

³⁶³⁶ CE, 19 oct. 1979, *Camps*, n° 03861, Rec. p. 381.

³⁶³⁷ *Ibid.*

le principe d'égalité. Cela ne surprend pas : d'un pur aspect légistique, la généralité ne comprend pas, dans son appréhension, la prise en considération d'individus précis, donc de groupes ou religions spécifiques, « dès lors qu'elle vise non pas la seule personne ou situation particulière mais une catégorie de personnes ou de situations »³⁶³⁸. Pourtant, nous voyons également combien les requérants peuvent contester toute norme sur le fondement du principe d'égalité. Après tout, pour des chasseurs qui pratiquent essentiellement la chasse prohibée par la modification, s'impose une différence de traitement particulière. Le Conseil d'État s'est contenté de vérifier la soumission égale à toute une catégorie d'individus que forment les chasseurs³⁶³⁹, comme il aurait pu le faire s'agissant de la modification du règlement intérieur des piscines de Grenoble à l'égard de toute la catégorie des usagers de la piscine³⁶⁴⁰.

1367. Avec plus de précision, Bruno Genevois et Mattias Guyomar soutiennent que le principe d'égalité est préservé « si les règles édictées offrent aux intéressés une même vocation à en bénéficier »³⁶⁴¹. Cette acception s'avère davantage réaliste et le Conseil d'État a déjà pu constater la conformité au principe d'égalité du régime plus libéral des centres de détention par rapport aux autres maisons centrales, « dès lors que chacun a vocation à être détenu dans un tel centre »³⁶⁴². Les auteurs précités rajoutent plus loin, s'agissant de l'égalité des citoyens devant le service public – dont « la jurisprudence ne diffère pas fondamentalement des autres cas d'application du principe d'égalité »³⁶⁴³ –, que le Conseil d'État considère le principe d'égalité respecté « lorsqu'une égalité formelle est réalisée au stade de l'édition de la réglementation »³⁶⁴⁴. En effet, la différence de traitement des usagers relèverait de l'évidence ; il s'agit dans la plupart des cas d'une différence de tarif qui, dès lors, laisse clairement entrevoir une distinction de régime³⁶⁴⁵.

1368. Pour autant, nous ne sommes pas certains que le contrôle soit chaque fois si simple. L'ordonnance ici commentée prouve bien sa complexité et, malheureusement pour le juriste, les juges ne prennent pas toujours la peine d'étoffer dans la rédaction les modalités du

³⁶³⁸ E. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 53.

³⁶³⁹ Dans le même sens, nous avons déjà abordé un cas où le juge se contente d'observer le domaine juridique des entreprises du secteur économique de la distribution et de constater qu'une règle spécifique s'applique à toute cette catégorie, qu'importe qu'elle soit *de facto* plus bénéfique ou plus dure à l'égard de certaines entreprises qu'à d'autres (CE, 17 janv. 1990, *Association des centres distributeurs Édouard Leclerc*, n° 86166, Rec. p. 601).

³⁶⁴⁰ La comparaison a forcément ses limites. Dans l'arrêt de 1979 le Conseil d'État vérifie d'abord le moyen fondé sur le détournement de pouvoir avant celui du principe d'égalité. Par ce biais, il s'assure des justifications de la modification du droit de chasse. Il constate alors l'absence de considérations étrangères à l'exercice rationnel du droit de chasse et rejette le moyen. Dans l'affaire du « burkini », la mauvaise justification de la modification apparaît clairement, même si elle ne sert que le contrôle de l'égalité. On ne peut alors prétendre que dans l'affaire des chasseurs si l'initiative avait été de viser spécifiquement certains chasseurs la généralité de la norme aurait tout de même assuré le respect du principe d'égalité puisqu'en l'occurrence, la finalité est vérifiée.

³⁶⁴¹ M. GUYOMAR et B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit... », *art. préc.*, point 36.

³⁶⁴² CE, Sect., 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, n° 00096, Rec. p. 182 (nous soulignons).

³⁶⁴³ M. GUYOMAR et B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit... », *art. préc.*, point 349.

³⁶⁴⁴ *Ibid.*, point 350.

³⁶⁴⁵ Voir L. JANICOT, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, n° 4, 2013, p. 722.

contrôle³⁶⁴⁶. La décision rendue par le juge des référés à propos du « burkini » est d'ailleurs la preuve de ce manque de clarté. Elle est aussi celle d'une appréciation de la différence de traitement non fondée sur la norme contestée. En effet, les motifs surprennent notamment Stéphanie Hennette-Vauchez en matière d'examen du principe d'égalité, qui s'étonne qu'ils reposent sur l'intention³⁶⁴⁷. Rejoignant des auteurs susmentionnés, elle soulève à ce titre que l'application à tous de la même règle est habituellement réputée conforme aux exigences d'égalité³⁶⁴⁸. Pour être plus exact, si l'établissement de la différence de traitement ne renvoie habituellement pas aux intentions, les étapes qui le suivent concernent fréquemment les motifs, le but, les finalités, l'objectif, donc l'intention³⁶⁴⁹. D'ailleurs, la commentatrice précitée concède elle-même que le juge renvoie par moments aux intentions de l'auteur de l'acte³⁶⁵⁰. Il est en l'occurrence déjà arrivé que le Conseil d'État rapporte directement la différence de traitement à une « justification fondée sur l'objet ou la finalité de la réglementation »³⁶⁵¹. Cet emploi reste limité et, dans l'espèce concernée par cette formule, la différence de traitement

³⁶⁴⁶ Il y a de rares cas où le juge agrmente ses motifs de précisions qui se montrent appréciables. Tel est le cas d'une décision du Conseil constitutionnel où il prend la peine de préciser « qu'en effet, des élus investis d'un mandat de même nature, comme les conseillers régionaux et les conseillers à l'Assemblée de Corse, se trouvent soumis à un régime discriminatoire quant à la possibilité d'exercer le mandat de conseiller général » (Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 22). Dans le domaine de la réglementation culturelle, à propos de la loi d'août 2021 confortant le respect des principes de la République, le Conseil constitutionnel a récemment fait preuve d'un déroulé, tout en précision, du contrôle d'égalité suivant : « [L]e principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *Union des associations diocésaines de France et a.*, cons. 20). Le Conseil emploie ici une formulation plutôt dépassée du contrôle ; il n'est, par exemple, pas fait référence à la proportionnalité exigée au regard des motifs. Pour autant, le juge constitutionnel applique avec précision les étapes préalablement posées. Il établit très clairement la différence de traitement : « [L]es dispositions contestées du quatrième alinéa du paragraphe II de l'article 19-2 de la loi du 9 décembre 1905 limitent à 50 % des ressources annuelles totales des associations culturelles la part des ressources annuelles qu'elles peuvent tirer des immeubles de rapport dont elles sont propriétaires. Ce faisant, elles établissent une différence de traitement entre ces associations et celles exerçant des activités d'intérêt général ou reconnues d'utilité publique qui peuvent tirer des revenus de certains de leurs immeubles sans être soumises à un tel plafonnement » (cons. 21). Il constate ensuite que les associations culturelles sont dans une situation différente des autres formes d'associations citées, au regard de « leur objet exclusif qui est d'assurer l'exercice du culte » (cons. 22). S'illustre alors un exemple supplémentaire de l'établissement d'une dissemblance de situation par la réglementation même. Le choix du point de comparaison est l'objet des associations. Cela ne surprend que peu étant donné que l'association est une pure création juridique. Mais on sait que la comparaison des situations aurait pu reposer sur un tout autre critère. Enfin, le Conseil constitutionnel établit le lien entre la différence de situation et de traitement, et l'objet de la loi, « qui est de permettre aux associations culturelles de retirer des ressources de leur patrimoine immobilier tout en s'assurant que leur financement demeure en rapport avec les ressources recueillies auprès de leurs fidèles » (cons. 23). Suivant cette formulation, l'objet céans ne se distingue que peu du but ou de l'objectif de la loi.

³⁶⁴⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Commentaire : Conseil d'État, ord., 21 juin 2022, n° 464648, Commune de Grenoble », *Vigie de la Laïcité*, disponible en ligne sur : <https://vigie-laicite.fr> (consulté le 22 juill. 2022).

³⁶⁴⁸ *Ibid.*

³⁶⁴⁹ Le principe d'égalité induit très fréquemment un indéniable contrôle des motifs. Voir à ce propos un des rares écrits approfondissant le principe d'égalité à travers la technique contentieuse et qui souligne l'ambiguïté entre l'erreur manifeste d'appréciation dans le contrôle dudit principe (J.-M. GALLARDO, « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 2003, p. 219).

³⁶⁵⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Commentaire : Conseil d'État, ord., 21 juin 2022, n° 464648, Commune de Grenoble », *art. préc.*

³⁶⁵¹ CE, 15 mai 2000, *M. Barroux*, n° 200903, Rec. p. 172.

était nette³⁶⁵². Une telle méthode transparaît dans l'ordonnance de 2022, mais il reste à l'évidence peu usuel de faire partir le contrôle de l'intention comme le fait le Conseil d'État, surtout lorsque la généralité de la norme est aussi franchement maintenue et que la règle ne distingue pas même directement les catégories d'usagers³⁶⁵³.

1369. Habituellement, c'est au moment du contrôle de l'adéquation entre la différence de traitement que les motifs sont étudiés³⁶⁵⁴, car, rappelons-le, la différence de traitement doit être « en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit » et ne pas être « manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier »³⁶⁵⁵. Cette conception est tout aussi applicable en matière d'égalité des usagers³⁶⁵⁶. Il est également arrivé, à plusieurs reprises, que le Conseil d'État renvoie aux buts de la disposition contestée³⁶⁵⁷.

1370. Pour l'affaire de Grenoble, le juge aurait pu pourtant, en cherchant la justification d'une différence de traitement, souligner, seulement à ce moment précis, l'absence de différence de situation ou d'intérêt général. Ainsi, il aurait moins été étonnant que le juge se réfère aux travaux préparatoires pour chercher la justification de la différence de traitement³⁶⁵⁸. L'objet de la modification relevant d'un critère religieux, cette différence, même si elle n'est pas directement fondée sur un critère religieux, serait apparue peu pertinente. Le respect du contrôle d'égalité serait resté sauf, du moins davantage.

1371. L'ordonnance fait toutefois preuve d'ambiguïté en ne faisant pas intervenir l'objet de cette façon, c'est-à-dire après l'établissement d'une différence de traitement, mais plutôt, précisément, pour établir cette distinction dans le traitement. En outre, la formulation de l'adaptation n'importe pas pour la juridiction ; elle recherche si la commune a « tenu compte » de convictions, et ce, au regard des modifications apportées au règlement et « du contexte dans lequel il y a été procédé ». Ainsi, le juge en déduit que le seul objet de l'adaptation prévue est d'autoriser le « burkini » et qu'elle vise à satisfaire une revendication de nature religieuse³⁶⁵⁹. Le Conseil d'État en conclut donc que la dérogation, « très ciblée », vise à satisfaire « à une demande d'une catégorie d'usagers ». La juridiction tire précisément de l'objet de l'adaptation

³⁶⁵² *Ibid.* On retrouve une application proche dans l'arrêt CE, 2 avr. 2003, *M. X. et Syndicat Lutte pénitentiaire*, n° 225728 dans lequel le Conseil d'État rappelle que la différence de traitement ne pouvait qu'être introduite « au regard de justifications fondées sur l'objet ou la finalité de la réglementation dont il s'agit ».

³⁶⁵³ Il est en soi question des formes des tenues de bain.

³⁶⁵⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, « Contrôle de proportionnalité » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 74.

³⁶⁵⁵ CE, 20 nov. 2009, *Mme A.*, n° 324376.

³⁶⁵⁶ Voir CE, Sect., 18 janv. 2013, *Association SOS racisme*, n° 328230, Rec. p. 1.

³⁶⁵⁷ CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et a.*, n° 194658 et 196116.

³⁶⁵⁸ Bien qu'il s'agisse d'une autre juridiction et d'un tout autre domaine juridique, pour un renvoi aux travaux préparatoires afin d'analyser l'objectivité de la différence de traitement par rapport aux buts du texte, voir la décision n° 97-393 DC, 18 déc. 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, cons. 13 et s.

³⁶⁵⁹ Le juge souligne probablement ici la mauvaise foi de la collectivité, qui dissimule le véritable motif de la mesure. Pourtant, l'adaptation, en elle-même – dans le sens de la rédaction de la nouvelle règle –, répond bien aux motifs invoqués, à savoir permettre à tout individu de couvrir son corps à la piscine, peu importe la raison. Cette formulation, aussi générale que la règle, inclut bien entendu la possibilité pour les femmes de confession musulmane se couvrir le corps. Mais cette éventualité n'est qu'une composante, certes importante, de la première. En soi, ces usagères peuvent se couvrir le corps, peu importe la raison, qui ne regarde ni le juge ni l'autorité. En tout cas, la rédaction de la règle contestée répond à cela.

une différence de traitement entre le « burkini » et les autres tenues de bain³⁶⁶⁰. Elle fait ainsi dire à cette adaptation qu'elle est une dérogation religieuse. Ce n'est qu'après que le Conseil d'État déduit de « son caractère très ciblé » et « fortement dérogoratoire à la règle commune » une absence de « réelle justification de la différence de traitement qui en résulte ». Le juge retient de ces constatations que l'adaptation implique un respect par les autres usagers des règles de droit commun trop différentes, ce qui révèle une atteinte au bon fonctionnement. Elle affecte l'égalité de traitement.

1372. À ce titre, Gwénaële Calvès considère que le caractère trop ciblé de la dérogation résulte de la règle de la longueur qui, loin de permettre à tout usager de plus se couvrir le corps, vise précisément la tunique du « burkini ». Or, poursuit-elle, « [u]n grand nombre d'usagers souhaiteraient, notamment mais pas exclusivement pour des raisons religieuses, se soustraire à la règle générale qui impose une tenue moulante. Ils demandent notamment à pouvoir se baigner en bermuda »³⁶⁶¹. S'ajoute à cela le fait que la commune n'ait pas distingué, pour des raisons d'hygiène, le bermuda de la tunique. L'autrice tire de ces constatations une différence de traitement et l'inexistence de réelles justifications³⁶⁶².

1373. La justification peut être discutée. La règle ne distingue pas le bénéfice d'un droit en particulier octroyé à une catégorie spécifique d'usagers. Partant, le juge paraît créer une catégorie factuelle d'usagers caractérisés comme portant le « burkini », semblant alors considérer que seules les personnes de conviction musulmane seront *de facto* concernées par la règle. Prenons pourtant l'exemple du fameux arrêt *Denoyez et Chorques* : la règle distinguait clairement le tarif en fonction du lieu de résidence. Les individus se trouvent dans l'une ou l'autre des catégories d'usagers, qui sont *de jure* traitées différemment³⁶⁶³. Dans l'affaire du « burkini », la différence de traitement peut exister entre les tenues non près du corps, plus courtes que la mi-cuisse et celles près du corps, ou entre ces premières et celles non près du corps, plus longues que la mi-cuisse. Dans tous les cas, les usagers ne sont pas distingués en tant que tels, car chacun peut être concerné par l'une ou l'autre des catégories de règles.

1374. Si, dans les faits, les usagers musulmans se verront en grande majorité bénéficiaires de la règle autorisant les tenues non près du corps, plus courtes que la mi-cuisse, ils n'en tireront aucun avantage particulier. Porter un « burkini » ne peut être objectivement considéré comme un privilège par rapport à un individu portant un short de bain³⁶⁶⁴. De surcroît, un usager

³⁶⁶⁰ « Cependant, d'une part, au regard des modifications apportées par la délibération du 16 mai 2022 au précédent règlement et du contexte dans lequel il y a été procédé, tel que rappelé à l'audience, l'adaptation exprimée par l'article 10 du nouveau règlement doit être regardée comme ayant pour seul *objet* d'autoriser les costumes de bain communément dénommés " burkinis " » (nous soulignons) (CE, *Commune de Grenoble, préc.*, cons. 8).

³⁶⁶¹ G. CALVÈS, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *RDLF*, chron. n° 29, 2021.

³⁶⁶² *Ibid.*

³⁶⁶³ CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. p. 274.

³⁶⁶⁴ Comme l'affirme Aboubacry Kebe, les autres usagers « ne seraient pas défavorisés par la délibération contestée puisqu'elle ne leur impose nullement de s'habiller comme les musulmans de Grenoble en portant une tenue près du corps » (« Le nouveau déféré laïcité à l'épreuve de la libre adaptation du service public. Réflexions à partir de l'ordonnance du Conseil d'État du 21 juin 2022, Commune de Grenoble, n° 464648 », 2023, disponible en ligne sur : <https://univ-rochelle.hal.science> (consulté le 18 févr. 2024)).

areligieux peut manifestement porter une tenue de bain correspondant à la description faite par le règlement³⁶⁶⁵, notamment pour des raisons de santé ou physiques, tant qu'elle ne dépasse pas la mi-cuisse pour des raisons de respect des règles d'hygiène et de sécurité de la piscine³⁶⁶⁶. Cet usager bénéficiera autant de la règle que celui de confession musulmane.

1375. De toute évidence, si l'on suit le principe de l'ordonnance et l'auteur précitée, s'interroge Jeanne de Gliniasty, « [s]'agissant du caractère ciblé de la dérogation, offrir un menu sans porc dans les écoles ou les prisons est-il une dérogation moins ciblée du fait que plusieurs religions prônent l'interdiction d'en manger ? Si, en termes plus généraux, le règlement intérieur avait seulement autorisé les dérogations vestimentaires fondées sur des motifs religieux, la délibération aurait-elle échappé à la suspension ? »³⁶⁶⁷. Cette remarque met en lumière l'incohérence de l'argument du juge au regard de sa jurisprudence sur d'autres affaires³⁶⁶⁸. Elle met aussi en avant le danger de cette jurisprudence, dans la mesure où, comme nous l'avons exprimé, toute dérogation ne porte « pas en soi le risque d'affaiblir la règle générale »³⁶⁶⁹. Précisément, des aménagements qui ne distinguent pas constituent la solution idéale pour tenir compte des différences sans inclure juridiquement les différences.

1376. L'ordonnance traite ensuite aussi du caractère fortement dérogatoire de la règle, ce qui suggérerait des « degrés dans la dérogation et un seuil au-delà duquel elle doit être jugée trop attentatoire au bon fonctionnement du service public »³⁶⁷⁰. D'après Gérard Gonzalez la réponse est affirmative, les aménagements devant demeurer exceptionnels, mineurs et/ou anecdotiques³⁶⁷¹. Certes, il est déjà arrivé que le juge administratif soit ambigu sur l'intensité de la différence de traitement et l'atteinte à l'égalité, au-delà des justifications. Nous avons déjà pu voir l'idée d'« atteinte excessive à l'égalité » des usagers³⁶⁷². Toutefois, la formulation, pour être rare de manière générale, laisse, concernant l'affaire du « burkini », perplexe : la dérogation ne serait pas interdite en soi, mais seulement quand elle serait excessive ? Pour le juge, cette interprétation renvoie au caractère anormalement restrictif de la règle établie. Elle aurait pu être plus large, sans forcément s'arrêter à la règle de « la mi-cuisse », afin d'inclure davantage de situations sous son application³⁶⁷³. De plus, et surtout, le caractère très ciblé et dérogatoire de la mesure intervient pour le juge comme justification de la différence de traitement et non, comme nous aurions été en droit de l'attendre, dans l'établissement de celle-ci. Enfin, il ne nous

³⁶⁶⁵ J. DE GLINIASTY, « Laïcité dans les piscines municipales : entre principe juridique et argument politique (CE ord., 21 juin 2022, Commune de Grenoble) », *RDLF*, chron. n° 33, 2022.

³⁶⁶⁶ Stéphanie Hennette-Vauchez considère que le nouveau règlement permettait donc le port du monokini (S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Commentaire : Conseil d'État, ord., 21 juin 2022, n° 464648, Commune de Grenoble », *art. préc.*

³⁶⁶⁷ J. DE GLINIASTY, « Laïcité dans les piscines municipales... », *art. préc.*

³⁶⁶⁸ Nous pensons notamment à l'abattage rituel.

³⁶⁶⁹ *Ibid.*

³⁶⁷⁰ J. DE GLINIASTY, « Laïcité dans les piscines municipales... », *art. préc.*

³⁶⁷¹ G. GONZALEZ, « Le burkini, l'édile grenoblois et le juge administratif. À propos de l'ordonnance du Conseil d'État du 21 juin 2022 », *JCP G*, n° 26, 2022, p. 1292-1294.

³⁶⁷² CE, 26 juill. 1985, *L'association « Défense des intérêts des lecteurs de la bibliothèque nationale »*, n° 50132, Rec. p. 544.

³⁶⁷³ Et le juge aurait probablement validé la disposition (P. GARDIEN, « Pas de burkini à la piscine : ce qu'a jugé le Conseil d'État », *Village de la justice*, juin 2022, disponible en ligne sur : <https://www.village-justice.com> (consulté le 18 févr. 2024)).

semble pas que parmi les autres aménagements religieux exposés tous demeurent exceptionnels, mineurs ou anecdotiques³⁶⁷⁴. Indéniablement, la crainte d'une multiplication des mesures visant à satisfaire ouvertement des demandes religieuses émane de cette décision.

1377. Plus tôt, l'ordonnance semblait aborder le caractère fortement dérogatoire, précisément par rapport « aux règles de droit commun », des adaptations prévues en ce qu'elles impliquent un respect plus difficile de « ces règles par les usagers ne bénéficiant pas de la dérogation »³⁶⁷⁵. En quoi le respect de la règle commune est-il plus complexe qu'avant ? Il est probable que le juge ait voulu signifier que le respect de ces règles est rendu plus difficile pour les usagers ordinaires, par rapport à ceux bénéficiant de la dérogation. Pourtant, même dans ce sens, rien ne permet d'arguer objectivement que l'obligation d'une tenue près du corps est plus difficile que le port d'une tenue non près du corps, plus courte que celle qui se porte à mi-cuisse. Il reste envisageable que par cette obscure formulation le juge fasse référence à la difficile acceptation de la règle, donc à son respect par les usagers, du fait de son manque de cohérence et d'un avantage qu'il peut donner à certains³⁶⁷⁶. Cela dit, est-ce que la cohérence et l'acceptation caractérisent réellement ces types d'aménagements ? La question peut être appliquée pour d'autres cas : « autoriser un élève à s'absenter pour un motif religieux ne comporte-il pas le risque de voir d'autres élèves revendiquer également le droit de ne pas assister au cours fondé sur d'autres motifs ? »³⁶⁷⁷.

1378. En dernier lieu, un doute persiste dans l'interprétation du juge concernant la place accordée au « contexte »³⁶⁷⁸ pour établir la différence de traitement. En plus du « contexte », le juge renvoie à l'instruction et semble faire référence à des éléments matériels qui ne sont malheureusement pas développés³⁶⁷⁹. À l'instar de la place donnée à l'intention, cette interprétation demeure contestable, tant elle déploie le contrôle au-delà de la seule règle et lui assigne une différence de traitement qui ne résulte pas nécessairement de sa lettre. Elle fait ainsi « primer une lecture politique de l'affaire sur un strict raisonnement juridique qui aurait mené à ce que la délibération soit lu (seulement) pour ce qu'elle dit (le texte) et non ce qui l'éclaire (le contexte) »³⁶⁸⁰. Qui plus est, ce rajout rend encore plus délicate la distinction entre le renvoi à ces éléments contextuels et ceux rattachés aux motifs et finalités de la décision. Car, dans tous les cas, le juge recherchait le but exact de la règle, aussi générale soit-elle.

1379. Il n'a indéniablement pas échappé au Conseil d'État que la modification visait, en fond, très clairement à satisfaire des demandes à caractère religieux³⁶⁸¹. Il faut dire qu'en

³⁶⁷⁴ La mise en place de repas halal et ou casher est-elle plus mineure et anecdotique ? Celle des autorisations d'absence qui octroie des jours non décomptés d'absence aussi ?

³⁶⁷⁵ Considérant 8.

³⁶⁷⁶ C'est l'interprétation globalement partagée par les commentateurs de la décision (notamment X. BIOY, G. CALVES, L. ECK, G. GONZALEZ, *préc.*).

³⁶⁷⁷ J. DE GLINASTY, « Laïcité dans les piscines municipales... », *art. préc.*

³⁶⁷⁸ Terme qu'emploie le Conseil d'État dans l'ordonnance, au considérant 9.

³⁶⁷⁹ On peut notamment penser au pictogramme que la mairie avait employé pour illustrer son nouveau règlement et qui comprenait un dessin assez clair d'une tenue de « burkini ».

³⁶⁸⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Commentaire : Conseil d'État, ord., 21 juin 2022, n° 464648, Commune de Grenoble », *art. préc.*

³⁶⁸¹ Impulsées par des associations locales.

matière religieuse les motifs politiques visant à satisfaire ou à léser des groupes religieux sont courants. D'ailleurs, l'arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône* illustre en filigrane le court-circuitage d'une tentative de défavorisation à l'encontre des musulmans³⁶⁸². Paradoxalement, le juge le fit pour sauver un aménagement spécifique, quand dans l'ordonnance de 2022 il apprécie la finalité pour fonder l'inégalité d'un tel procédé. Par tous ces éléments et les remarques précitées nous percevons les risques d'une telle appréciation.

1380. En effet, la décision bat en brèche le processus même de l'égalité réelle et la distinction la parcourant entre la prise en considération d'une situation inégalitaire et la mise en place de correctifs. La première s'illustre dans la finalité de la règle, et l'intention de l'autorité. La seconde peut donc, de son côté, respecter l'approche universaliste par la forme que prendra l'aménagement. En outre, c'est le traitement juridique qui compte et appréhendera d'une certaine façon la différence, pour lui octroyer une place, possiblement sans compromettre l'égalité formelle. Par l'interprétation du Conseil d'État, la généralité ne saurait davantage suffire. Pourtant, le juge prend bien la peine de préciser que de tels aménagements sont envisageables pour des raisons d'égalité d'accès au service public. Il en réduit drastiquement la portée quand, en suivant, il reproche en majeure partie cette finalité et par une recherche excessive de la différence de traitement. Ainsi, pouvons-nous interroger, « un tel raisonnement ne revient-il pas à fragiliser, juridiquement, toute décision qui modifierait des règles générales dans un effort d'inclusion du plus grand nombre, dès lors que la modification pourrait être lue comme mue, en tout ou partie, par le souhait d'améliorer l'accessibilité de certains groupes d'utilisateurs à raison de leurs convictions ? »³⁶⁸³. Indéniablement.

1381. Car si la généralité ne suffit pas à sauver la légalité du règlement des piscines de la ville de Grenoble, elle est louée pour la mise en place des repas dans les prisons. La cour administrative d'appel, comme le Conseil d'État ensuite, mettent en avant l'identité d'application de la règle des repas à tous les détenus³⁶⁸⁴. Certains des plats sont dénués de viande, pour satisfaire à certaines obligations religieuses, quand, dans les piscines, certaines formes de maillots deviennent autorisées pour les mêmes raisons. Seulement, du moment que la formulation neutre et générale ne s'avère plus suffisante, que l'intention peut créer la dérogation différencialiste, il serait légitime de reconsidérer toutes les normes qui font droit à une demande religieuse à travers la généralité. Dès lors, les règles prévues à cet effet, nonobstant leur généralité, devraient être jugées à l'aune de cette nouvelle jurisprudence qui rend encore plus opaque une ligne directrice déjà incertaine.

1382. En ce sens, s'il est possible d'imaginer qu'une prestation ou action nécessitée par la différence religieuse et pour le service impliquera un coût matériel supplémentaire qui rendra

³⁶⁸² B. BONNET, « Repas de substitution et principe de laïcité : de l'intérêt d'un accommodement raisonnable », *AJDA*, 2019, p. 117.

³⁶⁸³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Commentaire : Conseil d'État, ord., 21 juin 2022, n° 464648, *Commune de Grenoble* », *art. préc.*

³⁶⁸⁴ CAA de Lyon, 22 juill. 2014, *Ministre de la justice c. M. A.*, n° 14LY00113, cons. 7 et CE, 10 févr. 2016, *Khadar*, n° 385929, cons. 6.

plus complexe la légalité de la mesure³⁶⁸⁵, l'ordonnance de 2022 fragilise tout autant un aménagement par une règle de laisser-faire³⁶⁸⁶. Cela, *a contrario*, justement, des autorisations d'absence³⁶⁸⁷ ou des repas dans les cantines et prisons, quant à elles, validées par le juge.

1383. De toute évidence, le contrôle du principe d'égalité a une portée politique que l'espèce en question pousse à son paroxysme. À ce titre, Aude Rouyère avait correctement analysé les modalités de contrôle du Conseil d'État qui le conduiraient parfois à « s'impliquer dans la construction et le contenu des catégories normatives lorsqu'il juge l'instauration d'un traitement particularisé du type exception ou dérogation »³⁶⁸⁸. L'écho à l'ordonnance de 2022 est retentissant quand l'autrice rajoute que ce type de contrôle se positionne davantage en amont, à proximité de l'arbitrage politique³⁶⁸⁹, et fréquente les projets de particularisation d'intérêts, de groupes, de territoires, et autres³⁶⁹⁰, ce dont témoigne parfaitement l'affaire du « burkini ».

1384. Peut-être que le manque de cohérence de cette décision réside aussi dans l'entremêlement, voire dans la confusion, du principe d'égalité avec celui de neutralité³⁶⁹¹. Peut-être est-ce alors ce dernier qui pousse le juge à rechercher jusque dans les intentions et le contexte. La neutralité est indéniablement plus large et moins délimitée que le principe d'égalité³⁶⁹². Il n'empêche que le contrôle opéré et les termes employés relèvent tous du principe d'égalité, bien que le considérant de principe habituel le concernant n'ait pas même été mentionné³⁶⁹³.

³⁶⁸⁵ C'est ce que semblait envisager Gweltaz Éveillard dans son commentaire de l'arrêt *Chalon-sur-Saône* lorsqu'il comparait la mise en place de repas « confessionnels » dans les cantines aux autorisations d'absence ou de ports de signes religieux. Soulignant la « logique d'action », il questionnait la vocation des services publics à satisfaire de telles demandes plus coûteuses (G. ÉVEILLARD, « La licéité des menus de substitution dans les cantines scolaires », *Dr. adm.*, n° 3, 2021, comm. 16, commentaire sous CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483).

³⁶⁸⁶ Sans quelconque action positive de la part de l'autorité publique.

³⁶⁸⁷ Nous ne rejoignons pas entièrement Gweltaz Éveillard sur la caractérisation d'une logique de laisser-faire pour les autorisations d'absence, compte tenu du fait que ces journées s'ajoutent aux jours de congés classiques. En quelque sorte offertes pour les individus justifiant de fêtes religieuses, ces autorisations forment un coup indirect supplémentaire pour l'autorité publique.

³⁶⁸⁸ A. ROUYÈRE, « Réflexions sur la sanction juridictionnelle du principe d'égalité » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 234.

³⁶⁸⁹ *Ibid.*

³⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 235.

³⁶⁹¹ En effet, on ne situe plus tellement la place de l'égalité par rapport au bon fonctionnement et à la neutralité. La première semble faire partie du bon fonctionnement au sein du considérant 8, mais paraît ensuite distinguée celui-ci dans le considérant 9. Le communiqué de presse accompagnant l'ordonnance confirme la dernière interprétation : « [i]l estime que la dérogation très ciblée apportée [...] est de nature à affecter le bon fonctionnement du service public et l'égalité de traitement des usagers dans des conditions portant atteinte au principe de neutralité des services publics » (disponible en ligne sur : <https://www.conseil-etat.fr> (consulté le 1er juill. 2022)).

³⁶⁹² La neutralité, qui va jusqu'aux apparences, peut s'étendre dans les intentions de la personne publique. Cette dernière doit être ontologiquement neutre, y compris dans sa volonté et la finalité de la norme.

³⁶⁹³ « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme dans l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit, et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier ».

1385. Toujours est-il que la décision n'est qu'une ordonnance rendue en référé et non un jugement sur le fond. Son importance est à relativiser. De surcroît, l'arrêté municipal fut très rapidement rattrapé par un tourbillon médiatique et politique qui ne laisse probablement pas toujours le juge de marbre. Le droit est souvent à la limite du politique, mais cette décision montre plus que jamais la porosité de cette frontière. Aussi, peut-être le juge était-il coincé par sa propre ligne jurisprudentielle qui admet plus qu'elle ne rejette ; qui, d'une certaine façon, oblige plus qu'elle ne permet, ces aménagements³⁶⁹⁴ ? Par-dessus tout, relativisant encore davantage tout cela, il est permis de considérer cette ordonnance comme une décision d'espèce, de passage, de circonstance, qui ne marque en rien un changement jurisprudentiel de taille. Du moins, nous l'espérons.

Conclusion du chapitre

1386. La tension patente du fait religieux avec l'égalité universaliste s'est traduite en droit français. La contradiction la plus flagrante avec cette égalité dans la prise en compte du fait religieux est perceptible. À la lumière de tous les éléments décrits, nous devons admettre sans nul doute que le modèle français, en façade fermement opposé au différencialisme et à ses procédés, s'est plus accommodé des revendications particularistes qu'il ne l'est généralement admis³⁶⁹⁵. En plus de la généralité, et parfois mêlée à celle-ci, se révèle une prise en compte du religieux par la différenciation. Cela n'est pas récent, car même après 1905 il fut difficile pour le législateur d'ignorer des particularités propres à l'Église catholique. C'est déjà une preuve de la tendance intrinsèquement différencialiste du religieux et la difficulté profonde de l'ignorer. Seulement, l'autorité publique et les juges ne s'arrêtèrent pas là ; ces nombreux aménagements au sein du droit commun manifestent prise en considération d'une forme de différence de situation entre les cultes tenant à leurs particularismes.

1387. Force est d'admettre que l'on fit en sorte de maintenir l'égalité universaliste à travers un étrange cocktail mélangeant différenciation, généralité et égalité d'application. Les dispositifs montrent cependant toute leur insuffisance lorsqu'il est aussi clairement question de satisfaire une demande différencialiste au sein du droit commun. Nous avons vu toutes les limites des procédés afin de révéler l'insertion nette des particularismes religieux et des atteintes à l'égalité universaliste. Cependant, certains aménagements minimisent, voir éradiquent, les tensions avec l'égalité universaliste. Il nous semble que les aménagements exigeant une demande à l'autorité administrative, mais sans qu'elle ne puisse trier pour d'autres raisons que celles liées aux intérêts du service ou de l'ordre public, sont judicieuses. Elles présentent toutefois des risques, par exemple en exigeant de l'individu qu'il fasse part de sa différence. Elles peuvent aussi parfois dissimuler un avantage clair au profit des croyants. Ainsi, ce sont

³⁶⁹⁴ Voir *infra*.

³⁶⁹⁵ Témoignant « d'un grand décalage entre le modèle officiel et la réalité » (S. HEINE, « La dimension communautarienne du républicanisme français : l'affaire du foulard islamique comme réactivation d'un imaginaire national », *Raison publique*, n° 9, oct. 2008, p. 59-85).

les aménagements généraux, sans un quelconque tri, qui présentent le moins de risque. Du moment, seulement, qu'ils ne traduisent pas, en amont, un choix religieux – à l'image des repas *halal* ou *casher*. Rejoignant les méthodes appliquées au sein du régime des cultes, l'aménagement peut passer par une libéralisation, une ouverture, de la norme commune, par exemple en supprimant certaines restrictions. Néanmoins, ces aménagements sont marqués par une sorte de malaise qui les rend peu clairement encadrés, assez pragmatiques et toujours sujets aux aléas politiques. Le juge administratif lui-même n'a pas manqué de mettre en danger la solution qui nous semble la plus conforme à l'égalité universaliste. Toujours est-il qu'en poussant l'analyse, certains des aménagements exposés et d'autres que nous allons évoquer relèguent fortement l'égalité universaliste au second rang.

CHAPITRE 2. Une égalité sans distinction de religion effacée au profit de la liberté de religion

1388. Les dispositifs abordés ci-dessus connaissent certes des incohérences et limites qui révèlent d’ores et déjà une atteinte à l’égalité universaliste. En poussant davantage la réflexion, nous pouvons dégager une atteinte encore plus profonde aux traductions de cette égalité universaliste en droit positif. Il nous semble effectivement que le principe d’égalité, dans l’application concrète de sa dimension formelle en droit positif, s’efface derrière la prise en compte du religieux par la différenciation (**SECTION 1**). Pour être plus précis, cette égalité, donc plus largement l’égalité universaliste, s’efface derrière une liberté de religion irrémédiablement différencialiste (**SECTION 2**).

SECTION 1. Un principe d’égalité formelle finalement effacé

1389. Au-delà des implications plus abstraites de l’égalité universaliste tenant notamment à la formulation de la norme, le droit positif français met en œuvre cet idéal à travers un principe d’égalité stricte et formelle. Ce principe d’égalité s’exprime avant tout par l’absence absolue d’obligation de traiter différemment des situations différentes³⁶⁹⁶. À l’aune des éléments de droit positif étudiés, il nous semble précisément percevoir dans le traitement des aménagements une forme d’obligation de différence de traitement (**PARAGRAPHE 1**). De la même façon, mais plus largement, nous pouvons admettre que le principe d’égalité sans distinction de religion, inscrit à l’article 1^{er} de la Constitution comme rempart universaliste, est finalement dépourvu d’effets (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. L’ambiguïté de l’absence d’obligation de traitement différent

1390. Les autorités publiques et les juges s’efforcent de constamment rappeler, notamment au nom d’une conception universaliste et formelle de l’égalité, que les aménagements au profit des convictions religieuses ne sont jamais obligatoires (**A**). Cette position de principe n’est en vérité pas une certitude. La jurisprudence du juge administratif recèle une forme d’obligation de prise en compte des discriminations indirectes religieuses (**B**).

³⁶⁹⁶ Pour un rappel sur ces deux implications de l’égalité universaliste, voir Introduction p. 34 et s.

A) Le rappel constant d'un principe universaliste

1391. Le point de départ est la réponse donnée à toute demande de prise en compte de la différence religieuse. Au Canada – ou au Québec – ce qui caractérise avant tout cette prise en compte est l'obligation. L'ambiguïté de celle-ci, comme nous l'avons maintes fois révélé, tient d'une double origine en matière religieuse : la liberté de religion et l'égalité matérielle. Celles-ci obligent l'administration, outre-Atlantique, à se justifier quand elle oppose un refus d'aménagement. Cette obligation inverse la charge de la justification puisque c'est le refus qui doit être légitime, et conséquemment motivé, tandis que l'acceptation est de principe.

1392. En revanche, en France, les aménagements juridiques français se veulent par principe être une affaire de choix pour l'autorité publique. Ainsi que le rappela en premier le Conseil constitutionnel, nul ne pouvant se prévaloir de sa religion pour déroger à la règle commune, l'accommodement n'est *a priori* jamais un droit³⁶⁹⁷. C'est une traduction claire de l'absence d'obligation de traitement différent des situations distinctes qui pèse sur l'autorité publique. Elle traduit une absence de droit à la différenciation souvent rappelé³⁶⁹⁸.

1393. Cette rigueur est fréquemment rappelée, surtout de nos jours. En, effet, par exemple, si la charte de la laïcité établie en 2007 dans les services publics précisait effectivement que « le service s'efforce de prendre en compte les convictions des usagers dans le respect des règles auquel il est soumis et de son bon fonctionnement »³⁶⁹⁹, la nouvelle charte de la laïcité imposée en 2022 n'a pas réinstauré la disposition polémique de 2007. Elle lui a préféré la formulation du Conseil constitutionnel qui « interdit à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes [...] »³⁷⁰⁰. Dans le milieu scolaire, la charte de 2013 rappela également ce principe strict³⁷⁰¹. En matière de restauration scolaire, une circulaire du 16 août 2011 vint rappeler le droit positif et, surtout, que la présence de menus de substitution n'est en aucun cas un droit pour l'utilisateur du service public, ou une obligation pour la commune³⁷⁰².

1394. De son côté, le Conseil d'État réaffirme fréquemment la formulation, que ce soit, par exemple, en 2022 lors de l'affaire du « burkini »³⁷⁰³, comme lorsqu'il est question de restauration scolaire à Chalon-sur-Saône³⁷⁰⁴. Notons que si le Conseil constitutionnel avait interdit l'invocation de croyances religieuses, en vue de déroger à la loi commune, comme

³⁶⁹⁷ Décision n° 2004-505 DC, 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 18.

³⁶⁹⁸ L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2021, coll. « Précis », p. 604-605.

³⁶⁹⁹ Circulaire n° 5209/SG, 13 avr. 2007, *relative à la charte de la laïcité dans les services publics*.

³⁷⁰⁰ Disponible en ligne sur : <https://www.gouvernement.fr> (consulté le 28 juin 2022).

³⁷⁰¹ « Nul ne peut se prévaloir de son appartenance religieuse pour refuser de se conformer aux règles applicables dans l'École de la République » (circulaire n° 2013-144, 6 sept. 2013, *relative à la Charte de la laïcité à l'École*, NOR/MENE1322761/C).

³⁷⁰² « [L]es collectivités locales disposent d'une grande liberté dans l'établissement des menus et le fait de prévoir des menus en raison de pratiques confessionnelles ne constitue ni un droit pour les usagers ni une obligation pour les collectivités (cf. TA Marseille, 1^{er} octobre 1996, n° 963523, n° 963524) » (circulaire, 16 août 2011, *relative au rappel des règles afférentes au principe de laïcité – Demandes de régimes alimentaires particuliers dans les services de restauration collective du service public*).

³⁷⁰³ CE, ord., 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, préc., cons. 8.

³⁷⁰⁴ CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483, cons. 6.

définition du principe de laïcité, le Conseil d'État parle plus généralement d'une application de l'article 1^{er} de la Constitution. En l'absence de référence au principe de laïcité, il est permis de considérer que la règle est une application, soit du principe de neutralité comme découlant directement de celui de laïcité, soit, surtout, du principe d'égalité compris dans l'article 1^{er} de la Constitution³⁷⁰⁵. Ce principe est de toute façon réemployé à chaque décision concernant des aménagements au sein de services publics.

1395. Est souvent invoquée l'absence d'obligation d'aménagement pour assurer que la France ne saurait reconnaître un droit à l'accommodement raisonnable³⁷⁰⁶. Plus nuancée, Gwénaële Calvès voit alors en France un semblant d'accommodement raisonnable, mais lui paraît restrictif, celui-ci étant consenti généralement « dans la mesure du possible »³⁷⁰⁷. La réalité va encore plus loin : il n'est plus véritablement affaire d'une simple faculté.

B) Un principe à considérablement nuancer à la lumière des aménagements religieux

1396. La plupart des arrêts étudiés témoignent d'une ambiguïté sur le caractère obligatoire de certaines dérogations motivées par des convictions religieuses. Ainsi, les exigences qui pèsent sur les administrations pour refuser ces aménagements nuancent l'absence absolue d'obligation d'accommodement et rendent inapproprié l'emploi du terme de « faculté » dont disposeraient les administrations à cet égard.

1397. C'est ce qui ressort de la décision *Chalon-sur-Saône* dans laquelle le juge précise que, lors d'une modification des règles d'organisation du service de restauration scolaire, il appartient aux collectivités « de prendre en compte l'intérêt général qui s'attache à ce que tous les enfants puissent bénéficier de ce service public, au regard des exigences du bon fonctionnement du service et des moyens humains et financiers dont disposent ces collectivités ». Glissée comme une apparente garantie de la primauté des intérêts du service, cette exigence crée en filigrane une obligation de justification à la charge de la collectivité fondée sur les moyens techniques et financiers. Ajoutée à cette formulation l'exclusion par le juge d'une prise en compte par la collectivité du principe de laïcité, de neutralité ou d'égalité pour refuser des repas de substitution, apparaît l'idée selon laquelle la commune doit justifier

³⁷⁰⁵ Tel que l'affirmait Gweltaz Éveillard, cette interdiction n'est pas une spécificité de la laïcité : elle résulte, « plus largement, de la conception française du principe d'égalité qui réfute tout droit à la différence » (G. ÉVEILLARD, « La licéité des menus de substitution dans les cantines scolaires », *art. préc.*).

³⁷⁰⁶ Par exemple, Pierre-Henri Prélôt : « mais en pratique toutefois de tels aménagements réglementaires ou de fait restent l'exception [...] » (P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, n° 3, 2001, p. 738-775).

³⁷⁰⁷ « On trouve cette formule dans un certain nombre de textes, comme la circulaire Joxe du 15 mai 1992, qui suggère de proposer aux militaires “dans la mesure du possible” des rations certifiées halal ou casher, la circulaire Alliot-Marie du 19 février 2008, qui invite les élus locaux à prévoir des regroupements confessionnels de sépulture et à créer, “autant que faire se peut”, un ossuaire confessionnel, ou encore le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, qui prévoit que “les détenus doivent recevoir une alimentation répondant dans toute la mesure du possible [à] leurs convictions philosophiques ou religieuses” » (G. CALVES, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *art. préc.*).

autrement et légitimement l'établissement d'une telle règle. La place du principe d'égalité parmi ces justifications rejetées étonne d'autant plus. Par la force des choses, il est permis de douter de l'absence d'obligation d'une prise en compte d'un intérêt général rattaché à l'accès égal au service de restauration scolaire.

1398. En théorie, l'absence d'obligation de menus de substitution supposerait, pour le service, « de laisser un pouvoir d'appréciation maximal sur l'ampleur des contraintes qu'impliquerait pour lui une telle mesure, et sur leur caractère supportable ou non », donc d'exclure tout recours contre ces motifs³⁷⁰⁸. En effet, si cette prise en compte était une simple faculté, la commune devrait être libre d'établir un repas unique, sans être restreinte dans sa justification. Elle ne répondrait alors pas à cet intérêt général dont traite le juge, mais n'aurait donc pas à justifier de motifs techniques. Or, l'imposition de ces derniers rend en partie obligatoire la prise en compte de l'intérêt général rattaché à une sorte d'égalité réelle d'accès dans la mesure où elle devient le principe. Pour le juge, seules les nécessités du bon fonctionnement du service sont en mesure de justifier la suppression de repas spécifiques, et ce, sous le contrôle du juge.

1399. L'arrêt reste néanmoins ambigu en ce qui concerne un défaut de justification de l'autorité publique. Celle-ci a justifié un refus sur des principes qui, par eux-mêmes ne s'opposeraient pas aux menus accommodants ; l'autorité a fait preuve d'une mauvaise interprétation, donc d'une erreur de droit. Difficile de saisir si cela sous-entend que la seule justification offerte à la collectivité repose sur le bon fonctionnement et les moyens matériels du service. Pour autant, à la lecture de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, intégralement validé en cassation, le raisonnement semble clair. Celle-ci déclare en tout premier lieu que le gestionnaire du service public ne peut modifier les modalités d'organisation et de fonctionnement que pour des motifs en rapport avec les nécessités de ce service³⁷⁰⁹. Le Conseil d'État a certes jugé ce considérant comme surabondant, mais il doit être lu à la lumière du paragraphe suivant qui précise : « [L]es principes de laïcité et de neutralité auxquels est soumis le service public ne font, par eux-mêmes, pas obstacle à ce que, *en l'absence de nécessité se rapportant à son organisation ou son fonctionnement*, les usagers du service public facultatif de la restauration scolaire se voient offrir un choix leur permettant de bénéficier d'un menu équilibré sans avoir à consommer des aliments proscrits par leurs convictions religieuses ou philosophiques »³⁷¹⁰. Comprenons effectivement que seules des nécessités de service, renvoyant précisément à l'organisation et au fonctionnement – pour le Conseil d'État au « bon fonctionnement » et aux « nécessités matérielles » –, peuvent exclure les menus de substitution. Comprenons aussi, et finalement, que si l'autorité met en place de tels aménagements, elle est en partie liée à cette mise en place et ne peut plus revenir en arrière librement. Dans tous les cas, le principe d'égalité ne permet, paradoxalement, pas de justifier le refus de tels aménagements. En d'autres termes, le principe substantiellement opposé à toute obligation de

³⁷⁰⁸ G. ÉVEILLARD, « La licéité des menus de substitution dans les cantines scolaires », *art. préc.*

³⁷⁰⁹ CAA de Lyon, 23 oct. 2018, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 17LY03323 et 17LY03328.

³⁷¹⁰ CAA de Lyon, 23 oct. 2018, *préc.*, cons. 12.

différence de traitement ne permet pas de refuser de telles différences de traitement. Nous pouvons nuancer cette remarque en notifiant que l'aménagement en question ne distingue toutefois pas entre les usagers. En adoptant la forme souhaitée d'une ouverture générale de la norme commune, par le biais de menus parallèles sans porcs, l'assouplissement respecte certainement, comme nous le défendions, le principe d'égalité. C'est précisément l'avantage d'une préférence pour des menus de substitutions plutôt que des repas conformes à des prescriptions religieuses spécifiques.

1400. En toute hypothèse, l'arrêt suscite l'interrogation quant à sa motivation évoquant une obligation d'aménagement ; défaut de formulation ou rédaction à dessein ? Les doutes persistent à la lecture d'un arrêt qui laisse un sentiment d'inachevé, tant le juge de cassation se contente de valider l'interprétation de la cour administrative d'appel. À la fin, il reste possible de supposer qu'il s'agissait, pour le juge, de court-circuiter la volonté politique insidieusement discriminatoire de la municipalité, qui n'avait que peu de réels arguments à faire valoir³⁷¹¹. Cependant, les affaires suivantes corroborent une motivation jurisprudentielle calculée.

1401. En effet, dans le cadre pénitentiaire, l'administration doit, « dans toute la mesure du possible eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements et dans le respect de l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires », permettre l'observance des prescriptions alimentaires religieuses³⁷¹². Cette contrainte découle, nous l'avons précisé, de dispositions législatives et réglementaires. Le juge reste toutefois plus explicite sur le minimum d'obligation qui pèse sur l'administration pour garantir le respect des prescriptions religieuses, même si en l'espèce les aménagements prévus suffisaient³⁷¹³. Dans ce même arrêt, par l'inclusion du critère religieux dans l'octroi d'aides en fonction des ressources s'impose une forme d'obligation pour la personne publique – certes limitée par ses moyens financiers et matériels –, visant à rendre effectif l'aménagement.

1402. Au niveau des autorisations d'absence des fonctionnaires, le débat se reporte sur la caractérisation de celles-ci comme faisant partie intégrante du statut des agents. D'aucuns, parmi les commentateurs, estiment que l'autorisation d'absence pour motif religieux n'est pas un droit à part entière pour le fonctionnaire croyant³⁷¹⁴. À l'instar des analyses incomplètes portées sur les repas de substitution, il est fréquemment soutenu que les autorisations d'absence

³⁷¹¹ B. BONNET, « Repas de substitution et principe de laïcité : de l'intérêt d'un accommodement raisonnable », *AJDA*, 2019, p. 117.

³⁷¹² CE, 10 févr. 2016, *Khadar*, *préc.*, cons. 3.

³⁷¹³ En l'espèce, l'établissement fournissait des menus sans porc et végétariens et laissait aux détenus la possibilité de demander des menus conformes aux prescriptions religieuses à l'occasion des principales fêtes religieuses. À cela s'ajoutait une cantine qui permettait la préparation de menus certifiés *halal*. Le Conseil d'État concluait alors que le directeur du centre pénitentiaire n'avait pas méconnu les obligations législatives prévues pour garantir la liberté de religion. L'administration n'était ainsi pas directement soumise à la prescription religieuse, mais trouvait un juste milieu qui permettait aux croyants de ne pas contrevenir à leurs préceptes par les menus classiques et, éventuellement, de respecter plus profondément ceux-ci par le biais de la cantine à disposition.

³⁷¹⁴ Par exemple G. KOUBI, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *La Revue administrative*, n° 236, 1987, p. 133-138. L'article date de 1987, mais permet justement d'observer une inversion dans le principe. L'auteur explique que « l'absence n'est autorisée que [...] si elle ne nuit pas au fonctionnement normal du service ». Or, au regard de la jurisprudence actuelle, il serait aujourd'hui plus judicieux de dire que « l'absence n'est interdite que si elle nuit au fonctionnement normal du service ».

restent une faculté pour l'administration et ne peuvent être imposées comme un droit par les agents publics. Une telle assertion ne porte une analyse que partielle de la situation. L'arrêt *Mlle Henny* donne déjà un élément en ce sens, puisque les juges du Palais-Royal considérèrent les autorisations d'absence comme un élément du statut des agents publics, « au même titre que les congés proprement dits », titulaires ou non³⁷¹⁵. Certes, le juge traita d'autorisations d'absence en général, mais il était en l'espèce bien question d'absences pour motif religieux. L'arrêt établit une autre ambiguïté. En effet, en l'espèce, le directeur de l'établissement public commettait une erreur de droit en s'appuyant sur le fait que seules les fêtes légales justifiaient des absences. Le Conseil d'État rétorqua que ce motif ne s'opposait pas aux autorisations d'absences pour participer à d'autres fêtes religieuses. De telles autorisations sont en l'espèce permises en raison de justifications inexactes visant à les interdire. Néanmoins, demeurerait la question d'une autre justification pour appuyer le refus du directeur : qu'en aurait-il été s'il s'était fondé sur le principe d'égalité ? Le juge n'aurait très certainement pas changé la finalité de sa décision pour autant. Les décisions précédentes du Conseil d'État rendues à propos des repas de substitutions sous-tendent cette idée.

1403. À l'évidence, comme le relève Mathieu Touzeil-Divina, un éventuel refus d'autorisation d'absence peut être contesté devant le juge, y compris des référés en postulant une atteinte à la liberté de croyance³⁷¹⁶. Et « [d]ès lors qu'est en cause une telle liberté, il semble donc plus pertinent de parler d'un droit à l'autorisation d'absence qui doit cependant être compatible avec le bon fonctionnement du service et le principe, à valeur constitutionnelle, de continuité du service public »³⁷¹⁷. À tout le moins, « ne peut-on affirmer la subsistance d'un pouvoir discrétionnaire du chef de service »³⁷¹⁸. Pour être plus précis, peut-être pouvons-nous parler, pour reprendre Mathieu Touzeil-Divina, d'un véritable droit, non à l'obtention, mais à la demande d'autorisation d'absence « puisque l'employeur est tenu de répondre au regard de l'intérêt concret du service et qu'est toujours mise en évidence la liberté religieuse protégée de l'agent »³⁷¹⁹ ?

1404. Traiter d'une « faculté » offerte à l'administration de faire droit ou pas aux demandes religieuses en la matière n'est plus en phase avec la réalité. Il semble pourtant que la conception initiale était celle d'une pure tolérance, celui d'un geste de bienveillance, de faveur³⁷²⁰. Tel n'est plus la conception qui domine à l'heure actuelle. Cela va dans le même sens que la jurisprudence sur les repas dans les services publics. Aujourd'hui, la seule nuance à ce constat tient du bilan des décisions rendues : le juge administratif est généralement conciliant avec les autorités administratives et les annulations de refus opposés restent rares³⁷²¹.

³⁷¹⁵ CE, 12 févr. 1997, n° 125893, *Mademoiselle Henny*.

³⁷¹⁶ M. TOUZEIL-DIVINA, « Des autorisations d'absence de service pour motif religieux », *AJCT*, 2021, p. 290.

³⁷¹⁷ F. DIEU, « Quand le centre absorbe la périphérie : l'assimilation des occupants du domaine public aux agents publics en matière d'autorisation d'absence pour motif religieux », *JCP A*, n° 35, 2012, p. 2281, commentaire sous CE, 23 déc. 2011, *Halfon et a.*, n° 323309.

³⁷¹⁸ *Ibid.*

³⁷¹⁹ M. TOUZEIL-DIVINA, « Des autorisations d'absence de service pour motif religieux », *art. préc.*

³⁷²⁰ G. Koubi, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *art. préc.*

³⁷²¹ F. DIEU, « Quand le centre absorbe la périphérie... », *art. préc.*

Pour autant, la situation de ces dérogations dans le cadre scolaire conforte les remarques ci-dessus.

1405. Enfin, l'arrêt *Halfon* sur les marchés parisiens offre l'exemple le parlant sur ces points. Si le juge rappela d'abord qu'il « *appartient* à l'autorité compétente [...] de prendre en compte » la compatibilité des dérogations au bon fonctionnement du marché³⁷²² – la formulation suggérant une faculté offerte à l'administration –, la demande de dérogation ne fut pas rejetée *ab initio*. L'arrêt précisa que la demande devait être étudiée, et ce, peu importe le règlement de marchés. Si, dans le milieu scolaire, le juge semble déduire de la règle qu'elle n'exclut pas, par elle-même, les dérogations individuelles, dans l'arrêt *Halfon* la formulation est toute autre : le juge interdit expressément que le règlement ait pour objet ou effet l'interdiction de dérogations religieuses individuelles.

1406. Pouvons-nous qualifier cela autrement qu'une obligation d'accommodement raisonnable³⁷²³ ? Le caractère raisonnable de l'accommodement résulte des impératifs de bon fonctionnement du service et l'autorité se voit obligée d'apprécier cette proportionnalité. La seule différence avec l'outil canadien, non des moindres toutefois, réside dans le caractère obligatoire de l'aménagement. L'accommodement raisonnable à proprement parler établit l'aménagement comme le principe et le refus comme une exception reposant sur la justification légitime du caractère déraisonnable. Pour le cas français, le principe s'en rapproche implicitement, puisque l'administration n'est pas libre d'exclure, par principe, la possibilité de déroger. En effet, contrairement à ce qu'affirme catégoriquement Gwénaële Calves³⁷²⁴, la prise en compte de la différence religieuse ne semble plus être qu'une simple faculté. Elle frise, de fait, l'obligation : d'une part, parce que la prise en compte définitive de la différence ne se distingue pas tant que cela de l'obligation préalable de contrôle de la compatibilité de l'aménagement au fonctionnement du service, d'autre part, parce que l'autorité administrative ne peut refuser sans raison, pour n'importe quel motif, l'aménagement. En l'espèce la ville de Paris a précisément refusé la demande, mais le juge a justement contrôlé les motifs justifiant cette décision. S'il s'agissait d'une simple faculté de prise en compte pour les autorités, le refus relèverait d'une décision discrétionnaire. Or, il y a une obligation de justification, nécessairement fondée sur le bon fonctionnement du service. Pouvons-nous véritablement parler de liberté, de faculté, offerte à l'administration dans ce cas ? La différence religieuse occupe une place singulière, illustrée par l'obligation d'une justification rattachée au bon fonctionnement du service pour être rejetée. Théoriquement, justifier d'une égalité sans distinction de religion devrait suffire, mais la logique est quelque peu inversée. S'impose finalement un seuil minimum de prise en compte de la différence.

³⁷²² Nous soulignons.

³⁷²³ Pour la définition, voir p. 533-534.

³⁷²⁴ Celle-ci classe l'aménagement comme une simple faculté, en ce que « [l']administration reste libre de considérer que leur absence, chaque samedi, n'est pas compatible avec le "bon fonctionnement" du marché » (G. CALVES, *La laïcité*, Paris, La Découverte, 2022, coll. « Repères », p. 77-78).

1407. Cette décision fait écho à nos propos sur les décisions *Achbita* et *Bougnaoui* de la CJUE³⁷²⁵ où il y avait bien obligation minimum pour l'employeur de tenir compte d'une croyance, de rechercher la conciliation³⁷²⁶. Dans *Halfon*, c'est la prise en considération de la demande et le contrôle au regard du bon fonctionnement qui sont obligatoires³⁷²⁷. Il n'est donc pas établi que la priorité est donnée à la demande religieuse. L'administration peut ensuite refuser en appréciant l'atteinte au bon fonctionnement du marché, cela sous le contrôle du juge.

1408. Cet arrêt fait d'autant plus sens une fois lu à la lumière des décisions précitées, que ce soit pour les autorisations d'absence comme pour les repas confessionnels. Quant au caractère facultatif des aménagements aujourd'hui consacrés, si ce n'est protégés, par le juge, le doute plane constamment. L'ambiguïté véritable des jurisprudences, derrière une ligne directrice superficiellement claire, conforte une intégration difficilement contestable des différences religieuses dans les secteurs étudiés. En somme, ces contestations de normes neutres et générales aboutissent à la lecture en filigrane d'une obligation de traitement différent, la plupart du temps au nom de la liberté de culte. L'existence d'une substance, absolue et intouchable, d'une égalité formelle sans distinction de religion semble contestée.

PARAGRAPHE 2. Le recul de l'égalité sans distinction de religion : l'exemple de l'abattage rituel

1409. Le principe d'égalité suppose également l'absence de distinction fondée sur certains critères prohibés, parmi lesquels figure la religion. Ce principe est inscrit au premier article de notre Constitution. Nous interrogeons déjà l'existence de cette affirmation. Tous les développements traités depuis n'ont fait qu'accentuer le doute à ce sujet. D'autant qu'il est ici question de la prise en considération d'une différence de situation qui se confond avec le particularisme substantiel, présentant ainsi une importante ambiguïté au regard de l'égalité sans distinction de religion et de sa teneur³⁷²⁸ (A). Mieux encore, c'est l'analyse de la réglementation sur l'abattage rituel qui informe davantage sur ses exigences, car la jurisprudence la concernant était jusqu'à peu le seul exemple de contestation d'un traitement différent fondé sur la religion au titre de l'article 1^{er} de la Constitution. Expliquant aussi ce premier point, cette réglementation forme l'exemple français le plus parlant et réaffirme d'une soustraction à la règle commune en raison d'une religion³⁷²⁹. Dès lors, le cas de l'abattage rituel est venu balayer toute hésitation quant aux exigences rattachées à l'égalité sans distinction de religion (B). Nécessairement, cette inclusion des différences en droit amène à réinterroger l'emploi des catégories juridiques employées dans le cadre religieux (C).

³⁷²⁵ CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, préc. ; CJUE, Gr. Ch., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*, préc.

³⁷²⁶ Voir p. 575 et s.

³⁷²⁷ La formulation employée porte sur la prise en compte sur « la compatibilité des dérogations ainsi demandées avec le bon fonctionnement du marché ». Il n'est pas question de tenir compte, dans la mesure du possible, de l'obligation religieuse.

³⁷²⁸ Ces éléments sont à lire à la lumière de ceux exposés p. 280 et s.

³⁷²⁹ Par exemple G. CALVES, *La laïcité*, op. cit., p. 72.

A) Une reconnaissance de la différence de situation ambiguë au regard de l'article 1^{er} de la Constitution

1410. Nous avons questionné la prise en compte des différences de situations au regard de l'article 1^{er} de la Constitution³⁷³⁰. Nous remarquons ici combien une telle prise en compte semble contredire ces dispositions dès lors que les situations à considérer se rattachent à des particularismes dans le droit commun.

1411. L'ambiguïté ressort des propos de Charles Taylor qui résume parfaitement l'approche de l'égalité réelle sous-tendue, et conséquemment sa contradiction avec le modèle français : « [a]lors que la politique de la dignité universelle a lutté pour des formes de non-discrimination qui étaient parfaitement "aveugles" aux façons dont les citoyens diffèrent entre eux, la politique de la différence redéfinit souvent la non-discrimination comme requérant que nous fassions de ces distinctions le fondement d'un traitement différentiel »³⁷³¹. Ce traitement différentiel implique nécessairement une différence de situation. Or, l'auteur, fait-il véritablement référence à une différence de situation entre individus ou à une différence directe entre les individus ? La défense habituelle du courant de pensée qu'il arbore est celle des particularismes propres aux personnes. L'approche ouvre la voie à l'assimilation de ceux-ci aux différences de situations. En effet, l'égalité réelle postulée dans ces développements envisage les différences religieuses mêmes au sein du droit commun. Nous avons perçu comment l'argument de la différence de situation objective entre les religions pouvait interroger à l'égard du modèle universaliste. C'était sans compter sur cette nouvelle ambiguïté entre particularismes et différences de situation qui, une nouvelle fois, parcourt la doctrine française.

1412. Lors de ses développements sur ces aspects, Pierre-Henri Prétot semblait quelque peu confondre les enjeux quand il soutenait que les religions ont chacune des spécificités et des traditions qui ne le rendent pas identiques et qui justifient des aménagements³⁷³². En réalité, ce n'est pas la situation qui diffère ici, mais la spécificité propre à une religion ou, en d'autres termes, la différence religieuse elle-même. La remarque vaut également lorsqu'il est soutenu qu'au titre de la liberté des cultes « la reconnaissance juridique de la différence entre les cultes paraît logique », mais que ses différences font référence aux dogmes, aux morales et aux fonctions³⁷³³. Comme pour le régime des cultes inégalitaire, la différence de situation est défendue par la doctrine en faveur d'aménagements pour les religions minoritaires, mais la question ne se pose pas dans les mêmes termes.

³⁷³⁰ Voir p. 387 et s.

³⁷³¹ C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), Paris, Flammarion, 2009, coll. « Champs essais », p. 58-59.

³⁷³² « De surcroît, toutes les religions présentent un certain nombre de spécificités qui font qu'aucune n'est identique à une autre, et qui sont de nature à justifier un aménagement juridique particulier de la liberté de religion » (P.-H. PRÉTOT, « Les tentatives d'organisation du culte musulman en France au prisme du principe de laïcité », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 13-26.

³⁷³³ G. KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux », *JCP G*, I, 1987, doct. 3292.

1413. D'abord, une prise en compte juridique du particularisme est réclamée, mais elle s'appuie en sus sur une différence de situation qui s'enchevêtre avec la différence elle-même. Jean-Marie Woehrling paraît évoquer cette nuance lorsqu'il interroge l'égalité en matière religieuse : « [L]a question qui se pose est de savoir quelles sont les différences de situation ou les caractéristiques d'une croyance qui peuvent justifier une différence de traitement »³⁷³⁴. Par ces mots, l'auteur évoque deux possibilités pouvant justifier la différence de traitement. Il songe donc à la différence de situation à proprement parler et la différence de situation résultant de croyances spécifiques.

1414. Pourtant, il est en tout premier lieu nécessaire de rappeler qu'en dépit de l'importance du lien entre l'égalité réelle différencialiste, l'identité et les revendications minoritaires, du point de vue du principe juridique, la différence de traitement ne vaut qu'en cas de différence de situation³⁷³⁵. Or, « le simple constat d'une différence entre des individus ou des groupes ne permet pas de prétendre que, *ipso facto*, ils sont placés dans une situation différente »³⁷³⁶. Autrement dit, « les individus peuvent différer par la couleur de leur peau, par leur sexe, par leur orientation sexuelle, par leur religion ou leurs opinions politiques... : il n'en résulte pas pour autant qu'ils se trouvent dans des situations différentes »³⁷³⁷. Suivant ce raisonnement, Delphine Tharaud rappelle que l'on « estime qu'il y a discrimination lorsque notre propre situation est moins favorable que celle de notre voisin qui est pourtant dans une situation de départ identique à la nôtre »³⁷³⁸. C'est pourquoi, discerne-t-elle, « on ne veut pas comparer la personne du voisin à la nôtre, ce qui serait inepte, mais la situation dans laquelle il se trouve par rapport à la nôtre »³⁷³⁹.

1415. Lors d'un détour par la philosophie du droit, nous constatons que Hart expliquait déjà ce rejet d'un traitement dissemblable qui reposerait sur une différence propre à la nature humaine en ce qu'il serait, dans nos modèles libéraux, contraire à nos principes moraux³⁷⁴⁰. Ce n'est pas l'application de la règle qui révèle l'injustice, mais les catégories que la règle entend toucher *ab initio*. La règle de droit fixant elle-même les catégories qu'elle touche, caractériser le critère employé comme juste ou injuste relève de « conceptions générales aussi bien morales que politiques »³⁷⁴¹. Indéniablement, le rejet de cette prise en compte des différences comme différence de situation pour un traitement différent, même positif, découle d'une approche universaliste de l'homme. Elle s'y oppose donc.

³⁷³⁴ J.-M. WOEHRLING, « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 82.

³⁷³⁵ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individu*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, p. 550.

³⁷³⁶ D. LOCHAK, « Égalité et différence. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit », p. 53.

³⁷³⁷ *Ibid.*

³⁷³⁸ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 47.

³⁷³⁹ *Ibid.*

³⁷⁴⁰ D'ailleurs, Hart citait comme exemple la couleur de peau, mais aussi la croyance (H. L. A. HART, *Le concept de droit* (traduit de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2^e éd., 2005, p. 179).

³⁷⁴¹ *Ibid.*

1416. Le glissement périlleux est pourtant perceptible aujourd'hui. Geneviève Koubi le dépeint précisément, avec pour point de départ le passage du principe d'égalité à celui de non-discrimination qui développa « une réflexion sur les inégalités sociales déterminées par le relevé de différences objectives de situation qui nuancent fortement la teneur du principe d'égalité »³⁷⁴². L'autrice décrit en l'occurrence le développement de l'égalité réelle. Elle voit dans ce processus un approfondissement des mesures égalitaires qui mène « à évoquer une notion de discrimination positive qui finalise les différences de traitement juridique sans assurer de correspondances entre situation de fait et traitement de droit »³⁷⁴³. Si cette approche de la discrimination positive est discutable, le constat qu'elle fait en suivant est particulièrement éclairant : « la notion de discrimination positive se joue entre deux champs, entre champ social et champ culturel », implémentant dès lors dans le débat « une idée de *différences* dépourvue de tout rapport avec les différences de situation justifiant des différences de traitement juridique »³⁷⁴⁴. Ici, Geneviève Koubi fait référence aux différences substantielles, identitaires et communautaires. Dans un autre écrit, elle rejoint ce raisonnement et la mutation des différences considérées dans le cadre de l'égalité réelle : « il ne s'agit plus de signifier *la* différence de *situation* : l'objectif est de signaler *des* différences dont les composantes ne seraient plus exclusivement sociales et économiques mais *aussi* culturelles »³⁷⁴⁵.

1417. Ce mouvement visait initialement à réduire les inégalités sociales, mais s'entremêle avec des revendications de justice qui renouvellent la question des différences et entraînent celle du droit à la différence. À ce propos, nous avons déjà évoqué que ce dernier ne s'identifiait pas par des situations sociales ou économiques, « par nature destinées à évoluer »³⁷⁴⁶, qu'ainsi il ne renvoyait pas à la prise en compte des différences de situations.³⁷⁴⁷ L'approche s'oppose ainsi aux particularismes ontologiques, identitaires, c'est-à-dire à ceux qui mettent en péril le modèle universaliste, et qui, par conséquent, ne sont pas assimilables à une différence de situation³⁷⁴⁸. Ces distinctions concernent directement les citoyens et leurs différences, non plus leur situation³⁷⁴⁹. Pour ces particularismes, prime initialement l'indifférenciation universaliste. *A contrario*, considérer certaines différences d'un individu comme une différence de situation

³⁷⁴² G. Koubi, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité et Inégalités*, Paris, Odile Jacob, 2003, coll. « Université de tous les savoirs », p. 117.

³⁷⁴³ *Ibid.*

³⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 118.

³⁷⁴⁵ G. Koubi, « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence » in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, coll. « Laboratoire de théorie juridique », p. 270

³⁷⁴⁶ « [...] [E]lles ne suscitent pas la constitution d'un ensemble de droits "différenciés" » (G. Koubi, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité et Inégalités*, *op. cit.*, p. 128-129).

³⁷⁴⁷ *Ibid.*

³⁷⁴⁸ Alexandre Nanchi considérerait en ce sens que les distinctions prévues au premier article de la Constitution de 1958 sont interdites « car elles touchent les citoyens et non plus leurs situations », permettant alors de leur reconnaître des dérogations sur le fondement de caractéristiques minoritaires (A. NANCHI, *Vers un droit des minorités en droit constitutionnel français*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2006, coll. « Collection des Thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand », p. 360).

³⁷⁴⁹ *Ibid.*

reviendrait « à réifier des catégories qui n'ont pas la même objectivité et la même inéluctabilité »³⁷⁵⁰.

1418. Bien sûr, nous pourrions alors soutenir que la différence religieuse crée elle-même une différence de situation au regard du droit. Nous pourrions alors en conclure que le problème exposé n'a pas lieu d'être dans la mesure où cette situation s'avère temporaire et peut être corrigée. C'est en l'occurrence seulement déplacer, voire inverser, le problème. Dans la perspective différencialiste, l'origine de la différence de situation n'est pas juridique, mais bien religieuse, c'est là la distinction fondamentale.

1419. La différence de situation au regard du régime des cultes se veut, en somme, objective, en ce qu'elle s'apprécie par la différence historique d'implantation ou de traitement juridique, par le bénéfice de certains avantages pour une religion spécifique, voire par une inégalité de fait quantifiable à travers le nombre d'édifices cultuels. Il n'est nullement question d'une caractéristique propre à une religion, mais de l'exercice général et universel du culte. Il est donc affaire de situations au regard du bénéfice du droit. Le religieux qui clame qu'il se trouve dans une situation différente n'a pas à faire part d'une pratique spécifique ; il se contente de souligner qu'il bénéficie moins d'édifices cultuels que la religion majoritaire ou qu'il est exclu du statut d'association cultuelle. Tandis que la différence de situation comme différence religieuse découle avant toute chose de la pratique spécifique de la religion concernée ; entendons au regard d'une situation toute subjective, car dépendante d'une norme religieuse non objectivable. Qui plus est, il n'est pas question du bénéfice d'un droit commun aux religions, mais bien de la prise en considération de la spécificité propre à une religion. Finalement, ce n'est pas une affaire de situation objective (par exemple : factuellement, la religion catholique a des lieux de culte et la deuxième religion de France beaucoup moins, car historiquement moins avantagée), mais de différences religieuses subjective (par exemple : la religion musulmane a des procédés d'abattage rituel qui ne seraient pas pris en compte par le droit commun).

1420. Par conséquent, la difficile frontière entre différence de situation et différence même montre la dangerosité d'une prise en compte de la religion en la matière. D'autant que, tel que nous l'avons abordé³⁷⁵¹, l'idée même de pratiques « universelles » ou générales du cultes, distinguées des pratiques plus spécifiques, est contestable.

1421. En dernière analyse, il convient de se remémorer les observations tenues par Olivia Bui-Xuan sur la différence de situation et les critères prohibés. Celle-ci constate la proximité entre la différence de traitement fondée sur une différence distincte et l'existence d'un critère pourtant prohibé³⁷⁵². La ligne est relativement fine entre les deux, ce dont témoigne particulièrement la religion. Nous avons d'ailleurs pu constater la fragilité d'une différence de

³⁷⁵⁰ D. LOCHAK, « Égalité et différence. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit », p. 53.

³⁷⁵¹ Voir p. 515 et s.

³⁷⁵² O. BUI-XUAN, « Différence de situation » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 99.

situation appréciable en matière de régime des cultes. La frontière entre la distinction de fait objective et la distinction religieuse subjective s'avère très fine, donc périlleuse pour le système français. Ces nuances tendent alors à confirmer la contradiction fondamentale au modèle universaliste de l'assimilation de la différence à la situation d'un individu. C'est pour cette raison qu'un pas supplémentaire, consistant à découvrir une différence de situation à l'endroit de la norme commune et au titre de la religion, nous semble cette fois-ci contredire l'article 1^{er} de la Constitution³⁷⁵³. Dès lors, l'observation de tous les aménagements précités, en partie au titre de l'égalité démontre l'effacement de ces dispositions constitutionnelles. La réglementation sur l'abattage rituel corrobore la considération portée sur une différence de situation assimilée à une différence substantielle et communautaire ; elle corrobore alors d'autant plus l'effacement de l'égalité sans distinction de religion.

B) Les caractères différentialistes de la réglementation pour l'abattage rituel

1422. Si la jurisprudence encadra déjà auparavant l'abattage rituel³⁷⁵⁴, sa réglementation provient d'un décret du 16 avril 1964 qui établit l'imposition d'étourdissement des animaux avant leur mise à mort³⁷⁵⁵. Il précisait une exception à la pratique de l'étourdissement dans le cas de l'égorgeage rituel³⁷⁵⁶. Danièle Lochak, lors de sa distinction entre dérogations et exceptions, affirme que si les autres aménagements peuvent relever de la dérogation, l'abattage

³⁷⁵³ C'était le sens des propos de Alexandre Nanchi lorsqu'il précisait que les distinctions en question touchent les citoyens et non plus leurs situations. Pour lui, c'est à ce titre qu'intervient l'interdiction affirmée par l'article 1^{er} de la Constitution (A. NANCHI, *Vers un droit des minorités en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 360).

³⁷⁵⁴ Dès 1914, le Conseil d'État fit face à une requête contestant une décision du maire d'Alger qui octroyait un monopole à certains sacrificateurs pour la viande vendue certifiée *casher* dans l'abattoir de la commune au titre, notamment, de leur liberté de culte (CE, 6 févr. 1914, *Minoun Amar*, n° 43695, Rec. p. 151). En fond, se trouve impliquée une question égalitaire. Le juge déclara qu'il ne pouvait, « sans méconnaître le caractère public de l'abattoir » – donc son accès égal – « et sans porter atteinte aux principes de la liberté des cultes [...] et de la liberté du commerce et de l'industrie », être interdit l'accès à toute autre personne prétendant abattre les animaux selon la tradition mosaïque. La problématique égalitaire apparaît en vérité sous-jacente à de nombreux cas rapportés à l'abattage rituel. Surtout, cette jurisprudence signalait d'ores et déjà l'obligation d'aménagement que la liberté de culte pouvait imposer.

³⁷⁵⁵ Décret n° 64-334, 16 avr. 1964, *relatif à la protection de certains animaux domestiques et aux conditions d'abattage*, JORF n° 92, 18 avr. 1964, p. 3485. Le décret n° 70-886 du 23 septembre 1970 (*complétant les dispositions du décret n° 64-334 du 16 avril 1964 relative à la protection de certains animaux domestiques et aux conditions d'abattage*, JORF n° 229, 2 oct. 1970, p. 9178) vint quelque peu modifier les dispositions du texte de 1964 en précisant notamment que « l'égorgeage rituel ne peut être effectué que par des sacrificateurs habilités par des organismes religieux agréés par le ministre de l'agriculture, sur proposition du ministre de l'intérieur » (art. 2). Le décret n° 80-791 du 1^{er} octobre 1980 (*pris pour l'application de l'article 276 du code rural*, JORF n° 233, 5 oct. 1980, p. 2326) précisa à son tour de nouvelles règles en exigeant l'immobilisation préalable des animaux, pratiquée « en cas d'abattage rituel, avant la saignée » (art. 8). S'ajoutaient des règles tenant au bien-être animal, comme l'interdiction de suspension des animaux avant la saignée dans le cadre de l'abattage (art. 8) ou l'exigence d'emploi d'installations, d'appareils ou d'instruments pour l'immobilisation de l'animal (art. 11). L'article 10 interdit tout abattage rituel en dehors des abattoirs et rajouta quelques précisions à la procédure d'agrément. C'est par la suite un décret du 1 octobre 1997 (n° 97-903, *relatif à la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort*, JORF n° 231, 4 oct. 1997), venant transposer une directive européenne de 1993, qui modifia quelques dispositions de la réglementation. Le décret n° 2003-768 du 1^{er} août 2003 (*relatif à la partie réglementaire du livre II du code rural*, JORF n° 0181, 7 août 2003, texte n° 36) codifia enfin les dispositions dans la partie réglementaire du Code rural (ancien CRPM).

³⁷⁵⁶ Art. 2.

s'apparente davantage à une exception³⁷⁵⁷. Il n'y a effectivement nul doute sur le fait que cette réglementation dévoile une exception au droit commun très clairement appuyée sur une revendication religieuse. Le Conseil d'État l'a lui-même plusieurs fois certifié³⁷⁵⁸. L'abattage rituel est une forme de pratique religieuse exercée par deux principales communautés : les juifs et les musulmans. La spécificité du rite en cause renvoie sans l'ombre d'un doute à une particularité religieuse, même s'il n'est pas fait référence à une religion nommément désignée. La procédure explique cela.

1423. En effet, l'article 1 de l'arrêté du 28 décembre 2011 précise les modalités du dossier de l'autorisation prévue au III. de l'article R. 214-70 et exige notamment l'habilitation des sacrificateurs conformément à l'article R. 214-75 du CRPM³⁷⁵⁹. Ce dernier prévoit une telle habilitation par « les organismes religieux agréés » choisis, sur proposition du ministre de l'Intérieur, et par le ministre chargé de l'agriculture. Dès lors, nul sacrificateur qui n'est pas agréé par une autorité religieuse, alors reconnue par les pouvoirs publics, ne peut exercer d'abattage rituel³⁷⁶⁰. Ces sacrificateurs sont donc désignés sur un critère religieux et dérogent aux règles classiques d'abattage des animaux. Indéniablement, le terme d'agrément évoque une véritable reconnaissance d'une religion³⁷⁶¹, d'une communauté et de ses normes. Il n'est pas spécifiquement question d'une dérogation individuelle dans le cadre d'un service public, mais d'une dérogation nationale à une réglementation, alors fondée sur des considérations religieuses. Nous contestons alors, au passage, les conclusions mentionnées de l'avocat général lors d'une affaire devant la CJUE qui considérerait l'exigence d'agrément comme égalitaire³⁷⁶². Cette interprétation omet toute la différenciation et la reconnaissance parcourant toute la procédure, ainsi que la prise en compte même du rituel de l'abattage des animaux.

1424. Tout le problème supplémentaire posé par cette réglementation – et par là même la confirmation de son caractère différencialiste – s'imposa par un arrêt de 2013 ; *Œuvre*

³⁷⁵⁷ D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 18.

³⁷⁵⁸ « Considérant, d'autre part, qu'en précisant que l'abattage rituel, *pratiqué dans des conditions dérogatoires au droit commun*, ne peut être effectué que par des sacrificateurs habilités par des organismes religieux agréés par le ministre de l'Agriculture sur proposition du ministre de l'Intérieur » (nous soulignons) (CE, 2 mai 1973, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris*, n° 81861).

³⁷⁵⁹ Art. 1 de l'arrêté du ministère de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche, de la ruralité et de l'aménagement du territoire, 28 déc. 2011, *relatif aux conditions d'autorisation des établissements d'abattage à déroger à l'obligation d'étourdissement des animaux*, JORF n° 0301, 29 déc. 2011.

³⁷⁶⁰ Il y a à ce jour quatre organismes agréés en France : la commission rabbinique intercommunautaire de l'abattage rituel (depuis un arrêté du 1^{er} juillet 1982, JORF n° 0171, 27 juill. 1982, p. 7039), la Grande Mosquée de Paris (depuis un arrêté du 15 décembre 1994, JORF n° 298, 24 déc. 1994), la grande mosquée de Lyon et la grande mosquée d'Évry-Courcouronnes (depuis deux arrêts du 27 juin 1996, JORF n° 150, 29 juin 1996).

³⁷⁶¹ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 146.

³⁷⁶² Car visant « de manière générale et indifférenciée chaque organisateur d'abattage d'animaux, indépendamment d'un quelconque lien avec une religion donnée, et concerne ainsi de manière non discriminatoire tous les producteurs de viande animale dans l'Union » (CJUE, Gr. Ch., 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. c. Vlaams Gewest*, n° C-426/16, §61).

*d'Assistance aux Bêtes d'Abattoir*³⁷⁶³. L'arrêt est particulièrement avare en références à l'égalité, sous plusieurs de ses dimensions, ce que nous ne manquerons pas d'aborder.

1425. En l'espèce, l'Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs (OABA) contestait directement l'exception à l'obligation d'étourdissement prévue pour l'abattage rituel. C'est l'article R. 214-70 du Code rural et de la pêche maritime qui prévoit expressément l'exception à l'étourdissement « si cet étourdissement n'est pas compatible avec la pratique de l'abattage rituel »³⁷⁶⁴. Le Conseil d'État devait donc se prononcer sur un système dérogatoire mis en place depuis fort longtemps et dont la légalité ne semble, à nos yeux, pas si aisée à démontrer. Était d'abord rappelé par le juge l'obligation qui incombe au Premier ministre d'établir des mesures de police permettant d'effectuer l'abattage des animaux « dans des conditions conformes à l'ordre public, à la salubrité et au respect des libertés publiques ». Cette conciliation relève de la logique classique des libertés publiques, mais elle soulèvera d'autres questionnements³⁷⁶⁵. Pour l'instant, c'est surtout la place de l'égalité qui interpelle au sein du considérant suivant qui précise « la disposition contestée a été édictée dans le but de concilier les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses »³⁷⁶⁶.

1426. La formulation n'est pas sans rappeler une doctrine spécifique de l'égalité réelle et des cultes que nous exposions³⁷⁶⁷. Le respect des croyances se mêle en l'occurrence à l'égalité pour lui donner un penchant semble-t-il matériel. De fait, selon le considérant de l'arrêt, la conciliation porte entre, d'un côté la restriction et l'interdiction de police, de l'autre la nécessité de garantir et d'aménager pour un certain rite. En d'autres termes, l'égal respect des croyances et traditions religieuses intervient comme principe en faveur de l'aménagement juridique pour le respect de l'abattage rituel³⁷⁶⁸, et contre les exigences restrictives de l'ordre public. De surcroît, le fait que soit employée l'égalité suggère une comparaison avec d'autres cultes, donc la nécessité de prendre également en compte les traditions propres aux religions majoritaires comme aux autres. C'est ce que considère Anne Fornerod pour qui jusqu'aux années 1970, la pratique de l'abattage ne concernait que la communauté juive, ce qui explique que « la question du respect de l'égalité entre les cultes ne se posait pas », contrairement à aujourd'hui³⁷⁶⁹. À la lecture des arrêts plus anciens, il n'est effectivement pas fait référence à l'égalité mais seulement à la liberté de culte³⁷⁷⁰. En somme, l'égal respect des croyances et traditions

³⁷⁶³ CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441 ; *DA*, déc. 2013, p. 44-48, note G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, n° 29, 2013, note M. TOUZEIL-DIVINA.

³⁷⁶⁴ Avant 2009 (décret n° 2009-1658, 18 déc. 2009), il était simplement précisé que l'étourdissement est obligatoire, « à l'exception des cas suivants : 1° Abattage rituel ». Avant 2012 (décret n° 2011-2006, 28 déc. 2011), les règles devaient être précisées par un arrêté du ministre chargé de l'agriculture, mais depuis la disposition prend la peine de préciser l'exigence d'une autorisation préalable à la mise en œuvre de la dérogation et les modalités de cette autorisation (art. R. 214-70, III. et R. 214-75 du CRPM).

³⁷⁶⁵ Voir *infra*.

³⁷⁶⁶ Cons. 5.

³⁷⁶⁷ Voir p. 275 et s.

³⁷⁶⁸ « [L]a disposition contestée a été édictée dans le but de concilier les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses ».

³⁷⁶⁹ A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions », p. 247.

³⁷⁷⁰ Voir l'arrêt CE, 6 févr. 1914, *préc.*

religieuses intervient comme vecteur d'aménagement et ne peut, à ce titre, qu'être insufflé par une conception réaliste et matérielle de l'égalité³⁷⁷¹.

1427. Au demeurant, loin d'être une rédaction maladroite et passagère, l'affirmation de « l'égal respect des croyances et traditions religieuses » a été réitérée, d'abord dans un arrêt de 2017³⁷⁷², ensuite dans un arrêt du 1^{er} juillet 2022, à propos d'un recours formé par l'association OABA tendant à imposer aux autorités la traçabilité des viandes issues d'abattages sans étourdissements³⁷⁷³. Dans cet arrêt, le Conseil d'État corrobore particulièrement l'idée d'une égalité réelle qui doit être conciliée avec les objectifs de police sanitaire, en vue de permettre l'effectivité de la liberté de religion³⁷⁷⁴. Le fait que ce principe revienne systématiquement pour les seules affaires en rapport avec l'abattage rituel accroît sa connotation différencialiste.

1428. Malgré tout, persiste un doute sur la teneur de ce principe, puisque, quelques considérant plus tard dans l'arrêt de 2013, le Conseil d'État oppose parmi les composantes de la laïcité, l'égalité sans distinction de religion et le respect de toutes les croyances, avec la garantie du libre exercice des cultes. Or, en l'occurrence, c'est ce dernier qui permet de déroger au principe d'égalité³⁷⁷⁵. Dès lors, le juge emploie le respect de toutes les croyances aux côtés de l'égalité quand auparavant l'égal respect des croyances et traditions religieuses opère dans le sens de l'aménagement juridique. L'égal respect des croyances se différencierait alors du respect de toutes les croyances ? Délicat d'en connaître la réponse, mais l'arrêt laisse envisager une telle interprétation.

1429. En toute hypothèse, la principale ambiguïté à propos du principe d'égalité concerne le moyen invoqué par l'association qui soulève une atteinte de la réglementation au principe d'égalité sans distinction de religion, du fait de la dérogation religieuse. Une telle contestation, suffisamment rare en la matière, est primordiale pour notre étude et nos réflexions sur l'égalité sans distinction de religion. Malheureusement, l'arrêt recèle bien des déceptions. En réponse à ce moyen, le Conseil d'État rappelle d'abord son considérant de principe classique sur le principe d'égalité³⁷⁷⁶. L'application du contrôle à l'espèce reste ensuite très lacunaire et manque de clarté. Le juge soutient qu'en prévoyant la dérogation, « le pouvoir réglementaire a entendu

³⁷⁷¹ Pour le lien entre l'égal respect et la liberté de religion, voir *infra*.

³⁷⁷² L'affirmation suit « le principe de laïcité impose que la République garantisse le libre exercice des cultes ». Elle est formulée de manière suivante : « [L]es dispositions contestées ont été édictées dans le but de concilier les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses » (CE, 13 mars 2017, *Association de sensibilisation, d'information et de défense de consommateurs musulmans*, n° 391499).

³⁷⁷³ Sans succès toutefois (CE, 1^{er} juill. 2022, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 441260).

³⁷⁷⁴ « Les dispositions [...] ont été édictées [...] dans le but de concilier, dans le respect du principe de laïcité qui impose que la République garantisse le libre exercice des cultes, les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses, en vue d'assurer, en autorisant à titre dérogatoire la pratique de l'abattage rituel par mise à mort de l'animal sans étourdissement, le respect effectif de la liberté de religion garantie par les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CE, 1^{er} juill. 2022, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, *préc.*).

³⁷⁷⁵ Voir *infra* pour plus de précisions sur ce point.

³⁷⁷⁶ « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier » (CE, 5 juill. 2013, *préc.*).

définir le champ d'application de cette mesure de protection dans le respect de la liberté de culte et de croyance garantie par la Constitution », qu'ainsi, la dérogation n'est ouverte pour l'abattage que quand celui-ci n'est pas compatible avec l'étourdissement préalable de l'animal. Le Conseil d'État rejette à ce titre le moyen fondé sur la méconnaissance du principe d'égalité.

1430. La première interrogation porte sur l'emploi d'un des deux motifs de justification de la différence de traitement. S'agit-il d'une différence de situation ou d'une raison d'intérêt général ? L'arrêt est avare en détails sur ce point. Pour le rapporteur public la différence de traitement résulte de situations distinctes, « selon que l'animal abattu est destiné ou non à la production de viande selon des prescriptions religieuses excluant l'étourdissement préalable »³⁷⁷⁷. La formulation évite de renvoyer directement à la différence religieuse. La multiplicité des diversités de situation offre aux juges le large choix de sa caractérisation. Nul n'ignore qu'en vérité la différence de situation réside dans le rite, et conséquemment dans la religion des communautés exigeant l'abattage. Tout juste pouvons-nous supposer que la différence de situation n'est prise en compte qu'indirectement. Le juge se garde d'y faire expressément référence, mais les dérogations mises en place répondent nécessairement à la prise en considération d'une différence de situation à raison de la religion.

1431. Cependant, dans l'arrêt, tout porte à croire qu'il est question d'intérêt général. En effet, la juridiction ne mentionne à aucun moment une différence de situation existante et, dans la continuité de ses arrêts antérieurs, elle semble postuler que la conciliation opérée entre l'ordre public et la garantie des libertés constitue un intérêt public (parfois local)³⁷⁷⁸. Plus encore, dans le considérant de l'arrêt, le Conseil d'État opère seulement une balance entre le champ d'application de la protection des animaux contre les mauvais traitements et le respect de la liberté de culte et de croyance³⁷⁷⁹. La garantie de cette dernière apparaît très clairement comme une justification d'intérêt général. La phrase suivante ne fait qu'établir la proportionnalité du système en place en ce que la dérogation est uniquement ouverte lorsque l'abattage rituel n'est pas compatible avec l'étourdissement³⁷⁸⁰. Cette déduction relève du truisme : le principe de l'abattage rituel tient justement de son incompatibilité avec le recours à l'étourdissement compte tenu du risque, pour certaines autorités religieuses, de décès de l'animal résultant de l'emploi de ce procédé.

³⁷⁷⁷ V. DAUMAS, concl. sous CE, 5 juill. 2013, *préc.*

³⁷⁷⁸ C'est également l'interprétation d'un commentateur qui analyse en premier lieu que « [l]e Conseil d'État ne précise pas si les abattages rituels sont placés dans une situation différente par rapport aux abattages à finalité uniquement alimentaire : c'est très probablement le cas, car les premiers touchent à l'exercice d'une liberté publique, pas les seconds ». Il poursuit ensuite : « [e]n tout état de cause, la protection des libertés publiques relève d'une finalité d'intérêt général de nature, à elle-seule, à justifier la différence de traitement » (G. ÉVEILLARD, « Abattage rituel et police administrative », *Dr. adm.*, déc. 2013, p. 44-48, commentaire sous CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441).

³⁷⁷⁹ « [q]u'en prévoyant la possibilité de déroger à l'obligation d'étourdissement imposée aux établissements d'abattage par le I de l'article R. 214-70 du code rural et de la pêche maritime, le pouvoir réglementaire a entendu définir le champ d'application de cette mesure de protection dans le respect de la liberté de culte et de croyance garantie par la Constitution ».

³⁷⁸⁰ « [q]u'ainsi la dérogation instituée par les dispositions contestées n'est ouverte pour l'abattage rituel que lorsque celui-ci n'est pas compatible avec le recours préalable à l'étourdissement ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ».

1432. À bien y regarder, toute cette interprétation laisserait la place à l'hypothèse d'un contrôle du Conseil d'État encore plus lapidaire. Il est effectivement possible de conclure à l'absence d'établissement d'un intérêt général. Le juge semble davantage opérer le contrôle de l'objet de la règle en édictant ce que le pouvoir réglementaire « a entendu » prévoir. De toute évidence, la juridiction administrative manque de clarté s'agissant de la référence à l'objet, à la finalité³⁷⁸¹, ou aux deux³⁷⁸². Tel que nous le disions, l'approche de l'objet de la règle est complexe à appréhender et à délimiter, mais il n'est jamais imperméable aux finalités poursuivies par l'auteur de l'acte³⁷⁸³. Il n'est alors pas rare que le juge fasse référence à ce que le pouvoir législatif ou réglementaire « a entendu » en édictant la norme³⁷⁸⁴. Plus encore, il

³⁷⁸¹ Voir, pour un renvoi clair à la finalité : Décision n° 78-101 DC, 17 janv. 1979, *Loi portant modification des dispositions du titre 1^{er} du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes*, cons. 3 et 5. Au passage, le Conseil constitutionnel dit bien la finalité « qui a pour seul objet la désignation des membres d'une juridiction ». En employant « la règle » qui « a pour seul objet [...] » le juge aurait pu compléter avec le même morceau de phrase.

³⁷⁸² Dans l'arrêt *M. X. et le Syndicat Lutte pénitentiaire* le Conseil d'État opère un contrôle complet de la différence de traitement et de son rapport à l'objet, mais également à la finalité (en revanche, nulle mention de la différence de situation ou de l'intérêt général...). Le considérant témoigne d'un contrôle fortement ciblé sur les intentions, le but, ce que le pouvoir réglementaire vise avec la règle : « [c]onsidérant que l'objet poursuivi par les décrets du 12 avril 1989 et du 28 mai 1990, qui règlent les conditions de prise en charge des frais de changement de résidence des personnels civils de l'État, est de tenir compte des sujétions imposées par le transfert de résidence de la famille dans le lieu d'affectation où se poursuivra la vie familiale ». La question est ici celle de ce que le pouvoir réglementaire cherche à faire avec la règle concernée. La ligne entre cette interrogation et celle du but est fine, si ce n'est inexistante. L'arrêt poursuit : « [c]onsidérant que, si l'autorité investie du pouvoir réglementaire pouvait légalement instituer des règles différentes pour le remboursement des frais de déplacement des personnels civils de l'État, et notamment des frais liés à un changement de résidence, selon le lieu de destination ou de provenance du déplacement, elle ne pouvait légalement introduire des différences de traitement qu'au regard de justifications fondées sur l'objet ou la finalité de la réglementation dont s'agit ; que la différence de traitement contestée, qui prévoit la prise en charge des frais liés au changement de résidence des concubins ou partenaires d'un pacte civil de solidarité ainsi que de leurs enfants à charge et des ascendants à charge des partenaires de pacte civil de solidarité dans le cas où l'agent fait l'objet d'une mutation à l'intérieur du territoire métropolitain mais l'exclut dans le cas d'un changement d'affectation à destination, en provenance ou à l'intérieur d'un département d'outre-mer, ne repose sur aucune justification fondée sur l'objet ou la finalité de la réglementation dont s'agit ; qu'elle crée, par suite, une rupture illégale d'égalité entre les personnels civils de l'État selon leur lieu d'affectation » (CE, 2 avr. 2003, *M. X. et Syndicat Lutte pénitentiaire*, n° 225728).

³⁷⁸³ M. SWEENEY, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 515. Si l'on prend par exemple l'arrêt *Ville de Paris et Bureau d'aide sociale de Paris c. Levy* on observe deux renvois différents à l'objet de la règle. Dans un des premiers considérants consacrés au principe d'égalité, la règle a pour « objet d'exclure du bénéfice de l'allocation susmentionnée les familles où aucun des parents n'est de nationalité française sauf si l'un au moins est titulaire de la carte de ressortissant d'un pays membre de la communauté économique européenne ». Par cette formulation, le juge fait quasiment référence à la règle en place, à ce qu'elle prévoit exactement. Tandis que dans un considérant postérieur l'objet « est d'encourager le développement démographique de la population parisienne et de permettre à cette fin aux parents de se consacrer plus aisément au soin de leurs jeunes enfants ». L'objet de la règle renvoie ici largement au but, voire aux finalités, de la règle en place. Ce sont deux appréciations distinctes de l'objet de la règle, qui ne se limitent pas à cet arrêt, mais caractérisent le caractère aléatoire du principe d'égalité. Il semble toutefois que prime la dernière interprétation de l'objet dans la jurisprudence portée sur le principe d'égalité.

³⁷⁸⁴ Par exemple, pour le Conseil constitutionnel : « [c]onsidérant que les personnels de La Poste sont composés de fonctionnaires et d'agents contractuels de droit public et de droit privé ; qu'en prévoyant un régime spécifique de représentation du personnel et de concertation au sein de cet établissement public, la loi du 2 juillet 1990 susvisée a entendu tenir compte de cette pluralité de régimes juridiques, que la transformation de La Poste en société anonyme ne fait pas disparaître ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté » (décision n° 2010-601 DC, 4 févr. 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, cons. 12). Pour le Conseil d'État : « [c]onsidérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre : "Toute personne physique ou morale qui édite ou importe des livres est tenue de fixer, pour les livres qu'elle édite ou importe, un prix de vente au public ... - Les détaillants doivent pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 p. 100 et 100 p. 100 du prix fixé par l'éditeur

arrive fréquemment que le contrôle évince toute appréciation de la différence de situation ou de l'intérêt pour ne fonder la décision que sur l'objet, la finalité de la règle et la proportionnalité du traitement³⁷⁸⁵. Nous l'avons aussi éprouvé avec l'ordonnance sur le « burkini », il semble même inusuel de retrouver toutes les étapes du contrôle dans les arrêts.

1433. À la lumière de ces arguments, deux hypothèses s'offrent à nous. La première reviendrait à considérer que lorsque le Conseil d'État aborde ce que le pouvoir réglementer « a entendu » définir, il renvoie à l'objet de la règle en l'assimilant quelque peu à sa finalité. Le rapporteur public déduit comme objet de l'intervention réglementaire celle « d'assurer le respect de la salubrité publique tout en permettant le libre exercice des cultes ». L'arrêt précise, quant à lui, que « le pouvoir réglementaire a entendu définir le champ d'application de cette mesure de protection dans le respect de la liberté de culte et de croyance garantie par la Constitution ». Une autre hypothèse reviendrait à affirmer que le contrôle exercé ne se réduirait qu'à la proportionnalité de la différence de traitement au regard des motifs. Dans ce cadre, le renvoi à ce que le pouvoir réglementaire « a entendu » exprime les motifs de la règle et la phrase suivante, tentant de limiter la généralité de la dérogation, renvoie à la proportionnalité de la mesure en cause³⁷⁸⁶. Dans toutes les hypothèses, l'arrêt ne donne pas de réponse évidente, mais conforte son ambiguïté. La lacune de la rédaction évite peut-être au juge de s'aventurer davantage dans une problématique houleuse qui confronte égalité et différenciation religieuse. Il semble que le contrôle ne soit dans ce cadre qu'un maigre examen, très succinct, de la proportionnalité³⁷⁸⁷. Pour l'universalisme, cela ne rassure pas forcément lorsque la faveur est donnée, en l'espèce, au particularisme religieux.

1434. Force est de constater qu'à l'instar d'autres décisions étudiées, même ici, le principe d'égalité sans distinction de religion semble d'une bien maigre influence. D'une part, il est en l'espèce contrecarré par la garantie du libre exercice de culte et vraisemblablement supplanté par un « égal respect des croyances et traditions religieuses ». D'autre part, il est totalement absent du contrôle de l'égalité dans le sixième considérant. Si, de façon générale, les auteurs de l'ouvrage *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel* ont déduit de la

ou l'importateur" ; qu'il résulte de ces dispositions que le législateur a entendu imposer le respect du prix de vente au public d'un livre fixé par l'éditeur ou l'importateur de ce livre ; qu'ainsi, en définissant les peines contraventionnelles applicables en cas de méconnaissance desdites dispositions, le décret attaqué s'est borné à faire application des règles posées par le législateur ; que l'association requérante ne saurait donc utilement invoquer une prétendue méconnaissance du principe de l'égalité des citoyens devant la loi » (CE, 22 nov. 1991, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, n° 70946).

³⁷⁸⁵ Les décisions précitées, telles que *M. X. et Syndicat Lutte pénitentiaire* ou *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales* appliquent un contrôle totalement dénué d'une approche de la différence de traitement ou de l'intérêt général.

³⁷⁸⁶ Anne Fornerod déduit de l'arrêt cette interprétation, en évinçant totalement l'exigence habituelle de différence de situation ou d'intérêt général : « [p]our être légale, une telle rupture doit être justifiée et proportionnée aux objectifs poursuivis par la règle qui prévoit une différence de traitement ». En ce sens, elle cite la première partie du considérant (« le pouvoir réglementaire a entendu définir [...] »). Elle poursuit en citant la suite du considérant : « [l]a proportionnalité serait respectée dans la mesure où "la dérogation instituée par les dispositions contestées n'est ouverte pour l'abattage rituel que lorsque celui-ci n'est pas compatible avec le recours préalable à l'étourdissement » (A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, op. cit., p. 249).

³⁷⁸⁷ Voir ci-après.

plume des juges de l'Aile Montpensier un contrôle strict concernant les critères prohibés³⁷⁸⁸, la jurisprudence du Conseil d'État cède quant à elle un contrôle tout à fait normal pour la distinction religieuse, pourtant prohibée par l'article 1^{er} de la Constitution³⁷⁸⁹. La description faite par les auteurs de l'ouvrage précité du contrôle normal correspond à celui exercé dans l'arrêt *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*³⁷⁹⁰ : « le contrôle exercé est en réalité un simple contrôle de proportionnalité limité à la vérification de l'adéquation entre les moyens employés et les fins poursuivies »³⁷⁹¹.

1435. En définitive, confrontés à ces jurisprudences, nous ne pouvons qu'observer une consolidation de la dérogation à l'obligation d'étourdissement par les juges. Pourtant, l'actualité de la jurisprudence européenne en la matière put suggérer la mise en place d'une obligation d'étourdissement, sans dérogation religieuse³⁷⁹². Les juges validèrent un tel dispositif. Cela questionne l'évolution de la réglementation française en la matière, qui pourrait judicieusement se passer d'une dérogation particulariste des plus problématiques à bien des égards³⁷⁹³. Contrairement aux jurisprudences européennes et aux contestations publiques actuelles du système français³⁷⁹⁴, le Conseil d'État ne semble à aucun moment fragiliser l'abattage rituel sans étourdissement, comme le confirme de plus belle un autre arrêt récent³⁷⁹⁵.

³⁷⁸⁸ P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVIA et A. ROUX (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2018, coll. « Grands arrêts », p. 707. Voir également F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (le contrôle du respect du principe d'égalité) », *LPA*, n° 46, 2009, p. 70).

³⁷⁸⁹ Pour le Conseil constitutionnel, il n'y a pas vraiment de jurisprudence concernant le critère religieux. La seule recensée, concernant les fonctionnaires musulmans, se dissimulait derrière une problématique procédurale pour éviter de se prononcer sur le critère religieux (décision n° 60-6 DC, 15 janv. 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958* ; D., 1960, n° s.n., p. 293, note L. HAMON).

³⁷⁹⁰ CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441 ; DA, déc. 2013, p. 44-48, note G. ÉVEILLARD ; JCP A, n° 29, 2013, note M. TOUZEIL-DIVINA.

³⁷⁹¹ P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVIA et A. ROUX (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 707.

³⁷⁹² CJUE, 17 déc. 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België e.a. c. Vlaamse Regering*, n° C-336/19 et, rejoignant très récemment la CJUE : CEDH, 13 févr. 2024, *van de Moslims van België et a. c. Belgique*, n° 16760/22.

³⁷⁹³ Comme nous aurons encore l'occasion de le voir plus avant.

³⁷⁹⁴ A. FORNEROD, « L'encadrement de l'abattage rituel en droit français : une irréductible exception ? », *Revue du droit des religions*, n° 12, 2021, p. 65-78.

³⁷⁹⁵ CE, 4 oct. 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 423647. L'association demandait que soit imposée pour l'abattage rituel des bovins, soit un étourdissement irréversible immédiatement après la saignée, soit un étourdissement réversible préalable à celle-ci. Les requérants s'appuyaient sur le droit de l'UE, moyen que le Conseil d'État rejeta en premier lieu, et le mauvais traitement envers les animaux. Pour ce second cas, en s'appuyant sur la réglementation nationale, la haute juridiction administrative conclut que « la dérogation à l'obligation d'étourdissement au moment de la mise à mort des animaux prévue par le I de l'article R. 214-70 ne peut être regardée comme autorisant des mauvais traitements envers les animaux au sens de l'article L. 214-3 du code rural et de la pêche maritime » (cons. 6). Le dernier considérant n'adopte pas le raisonnement que portera la Cour de justice de l'Union européenne un an plus tard dans sa décision *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België e.a. c. Vlaamse Regering* (préc.). En effet, le Conseil d'État ne fait pas place aux recommandations scientifiques et à l'étourdissement réversible. Ces éléments n'établissent pas l'illégalité des dispositions réglementaires au motif, avancé par l'association, que le pouvoir réglementaire n'a pas imposé le recours à des mesures qui seraient plus protectrices des animaux au moment de leur mise à mort par abattage rituel (cons. 7). Il reste permis d'envisager qu'une modification de la réglementation prenant en considération des éléments scientifiques similaires à ceux avancés par l'État belge dans l'affaire devant la CJUE serait validée par le Conseil d'État. Mais en l'état actuel des choses, si, dans une affaire, est contesté le refus d'imposer l'étourdissement réversible, quand, dans la seconde, est contestée la mise en place de l'obligation d'étourdissement réversible, le

1436. Finalement, l'égalité sans distinction de religion n'existe pas en tant que prohibition brute de la différence religieuse. Elle induit seulement un contrôle classique, mais non moins lacunaire, se limitant vraisemblablement à un simple contrôle de proportionnalité parcellaire. En imaginant la prise en considération de la différence de situation ou de l'intérêt général les choses ne seraient pas forcément plus cohérentes, tant les deux iraient dans le sens d'une place prépondérante pour la liberté de religion. À moins que les catégories employées ne sauvent les apparences.

C) Le renouvellement de la question patente des catégories employées

1437. Il s'avère particulièrement complexe de faire un point sur la situation du droit français, tant la jurisprudence manque de cohérence. D'un côté, un traitement général est censuré, de l'autre un renvoi clair à une norme religieuse ne pose pas de difficulté lors de l'examen du principe d'égalité. Tout au plus pouvons-nous émettre des hypothèses qui complètent des réflexions précédentes tenues dans le cadre des critiques de l'égalité générale³⁷⁹⁶.

1438. Il est possible de supposer que les distinctions religieuses bénéficient des mêmes ambiguïtés, au niveau des catégories employées, que celles, déjà abordées, qui sont portées sur l'origine. Tel que cela a été exposé, la distinction est tenue entre les différences de traitement fondées sur un critère prohibé et celles fondées sur une différence de situation³⁷⁹⁷. Or, nous savons que le législateur a déjà employé des catégories proches de l'origine ou de l'ethnie en les dissimulant sous un critère territorial validé par les juges³⁷⁹⁸. Ces derniers ne s'empêchent pas de jouer sur l'ambiguïté des formules³⁷⁹⁹.

1439. Pour certains, concernant l'article 1^{er} de la Constitution, aucune distinction, pas même celles prohibées, n'est *a priori* inconstitutionnelle³⁸⁰⁰. Il faut dire que l'article est peu appliqué, ce qui le fragilise par ailleurs. Le Conseil constitutionnel a quelques fois usé de ces critères et fait preuve d'une interprétation stricte³⁸⁰¹, mais le Conseil d'État n'a eu que peu

Conseil d'État rejette, dans celle-ci, tout propos scientifique, quand la CJUE se fonde, dans celle-là, en grande partie sur une telle argumentation.

³⁷⁹⁶ Voir p. 287 et s. Nous interrogeons déjà l'article 1^{er} de la Constitution.

³⁷⁹⁷ O. BUI-XUAN, « Différence de situation » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 99.

³⁷⁹⁸ Voir notamment p. 35 et s.

³⁷⁹⁹ A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 232.

³⁸⁰⁰ D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, 1987, p. 778-790.

³⁸⁰¹ Ferdinand Mélin-Soucramanien constatait un contrôle strict de la part du juge constitutionnel lorsqu'étaient en causes des distinctions expressément interdites par la Constitution (*Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-Marseille, PUAM/Economica, 1997, coll. « Droit public positif », p. 140-145).

d'occasions de se prononcer³⁸⁰². Dans l'interstice de cette lacune, put précisément se développer l'idée selon laquelle la prohibition des critères prévus à l'article 1^{er} de la Constitution ne proscrirait que les discriminations négatives, c'est-à-dire les seuls traitements défavorisant des individus et non ceux en avantageant³⁸⁰³. Le fait est que l'intention au sujet des constituants n'était peut-être pas l'affirmation du rejet des particularismes substantiels et minoritaires ; particularismes à l'époque cependant pas aussi revendiqués, identarisés et opposés aux modèles occidentaux qu'aujourd'hui.

1440. Nous ne pouvons qu'admettre que la distinction religieuse n'est jamais exclue *ab initio* de l'examen de l'égalité. En effet, la majorité des contestations sont celles portant sur un traitement uniforme, le refus d'appliquer un traitement différencialiste, ou la suppression d'un tel traitement ; nous serions donc au préalable tentés d'imaginer un rejet très strict de ces demandes systématiquement fondées sur une différence religieuse. Pourtant, à partir du moment où l'on admet que la distinction religieuse n'est pas interdite *ab initio* et que le contrôle entier du principe d'égalité tend à s'appliquer, il va s'agir de rechercher la légitimité du traitement. Et l'analyse précédente des jurisprudences révèle qu'il n'y a jamais une exclusion rigoureuse et sans appel de ces demandes. Au contraire, le juge les admet pleinement en appréciant la contestation par les requérants. Dans ses décisions, il a, chaque fois, pesé les différents intérêts et principes en cause, tant dans le contrôle rapporté à l'égalité qu'à la liberté, réduisant à néant toute idée d'absence totale de distinction religieuse. Le juge reste néanmoins exigeant, tant la laïcité, la neutralité, et en toile de fond l'égalité et l'universalisme, pèsent dans le modèle français. Il reste que l'égalité sans distinction de religion fait part d'ambiguïtés.

1441. Pourtant, la nécessité d'établir des critères territoriaux pour dissimuler, même mal, le critère de l'origine montre que l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas vide d'implications en matière de traitement positif. Finalement, pour la matière religieuse, c'est comme si les catégories ne posaient pas de problème, tant que la distinction religieuse ne disait pas expressément son nom³⁸⁰⁴.

1442. Les dissimulations possibles sont d'autant plus applicables qu'en matière religieuse l'emploi de catégories générales comme « cultes » ou « religions » ne paraît pas désigner une distinction entre des religions spécifiques à proprement parler. Pourtant, si une norme prévoyait

³⁸⁰² Benoît Jorion constate effectivement la rareté des arrêts en la matière. Il cite certaines jurisprudences : CE, 21 nov. 1962, *République malgache c. Dame Razafindranaly*, rec. p. 618, concernant la réservation des congés à certains agents en fonction de leur origine ; CE, 21 oct. 1988, *SE chargé des P. et T. c. Mme Capro-Placide*, rec. p. 371 et CE, 24 oct. 1990, *Ministre des Postes, des Télécommunications et de l'Espace c. M. Vignon*, n° 99.457, concernant une priorité de mutation donnée aux fonctionnaires originaires d'outre-mer vers ces départements et territoires (« Égalité et non-discrimination en droit public français » in G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, coll. « Recherches », p. 143.

³⁸⁰³ C'est quelque peu l'hypothèse d'Alexandre Nanchi, qui déclare que les dispositions du préambule de 1946, réaffirmées par l'article 1^{er} de la Constitution, ne sont posées qu'en réaction aux régimes fascistes et qu'en conséquence « ces dispositions ne feraient pas obstacle à ce que le législateur adopte des discriminations positives en faveur des citoyens d'origine, de race ou de religion minoritaire qui ont subi des traitements dégradants » (*Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 388-389).

³⁸⁰⁴ Pour reprendre la formulation d'Anne-Marie le Pourhiet, selon qui il n'y a vraisemblablement pas discrimination tant que ces distinctions « ne disent pas leur nom » (« Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, n° 14, 1998, p. 519-525).

un critère général reposant sur « l'ethnie », sans délimiter à quelle ethnie il est fait référence, une censure serait presque inévitable. À côté, pour le droit des cultes, tout se passe comme s'il était acquis que ces catégories générales n'induisaient pas de distinctions fondées sur la religion. La différence passe par des intermédiaires catégoriels qui renvoient notamment, comme nous l'avions précisé, à ce que les individus font. La distinction religieuse est encore plus diluée lorsque ces catégories se trouvent dans des normes qui nécessitent une application au cas par cas, par exemple par des administrations. Ainsi en est-il des autorisations d'absence, qui exigent ni plus ni moins que les individus fassent part d'une appartenance religieuse. Tel est également le cas des exigences – relatives, certes – d'aménagements pour les repas dans les prisons : les prescriptions alimentaires propres à certaines religions doivent être considérées. Dans toutes ces situations, la distinction religieuse ne se trouve la plupart du temps que retardée et appliquée à un niveau normatif plus bas et au cas par cas.

1443. Mais qu'en est-il lorsque ce que les individus font relève d'une pratique ou tradition religieuse particulière à une religion ? Pouvons-nous considérer qu'un renvoi, dans la loi du 2 janvier 1907, aux « archevêchés » ou « presbytères » préserve la généralité de la règle ? Mieux encore, pouvons-nous considérer que l'abattage rituel est une catégorie suffisamment générale pour ne pas être considérée comme visant très précisément une pratique religieuse, propre à deux communautés précises ? La pratique jurisprudentielle sème le doute.

1444. Ces questionnements amènent, par-dessus tout, à s'interroger sur la généralité de la règle. *A fortiori*, il n'est pas possible de prétendre précisément établir ce qu'est une règle entièrement générale et celle qui n'en est pas. En matière religieuse, l'ambiguïté s'intensifie étant donné que l'objet, en lui-même, renvoie à un phénomène social particulièrement diversifié et, conséquemment, difficile à définir. Si la notion de « culte » est susceptible d'être caractérisée comme une catégorie générale, tel n'est pas le cas de l'abattage rituel. L'on objectera pourtant que la norme de la réglementation française est générale, qu'elle n'inclut pas directement la différence religieuse et qu'elle est applicable à toute religion.

1445. En définitive, la généralité se relativise. Il semblerait que nous n'ayons pas non plus *une* généralité, mais plutôt divers degrés de celle-ci³⁸⁰⁵, qui varient selon l'histoire et les textes³⁸⁰⁶. En effet, cette constatation dévoile l'impossibilité probable d'établir absolument et

³⁸⁰⁵ B. DUPRET, « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 34/2018, p. 123-142. Rejoignant ce postulat, Jean-Louis Thireau dit que « [d]ans nos droits unifiés et codifiés, la notion de droit commun n'introduit qu'une distinction selon le degré de généralité ou de spécialisation de normes de même origine ou de même nature, et n'a de ce fait qu'une portée réduite » (« Droit commun » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op.cit., p.446).

³⁸⁰⁶ Comme le relève avec perspicacité François Grua : « [e]n réalité, une loi est plus ou moins générale et plus ou moins abstraite [...]. Au sommet de la généralité et de l'abstraction, on trouve des lois par lesquelles l'esprit, fort de ses propres exigences, entend commander aux circonstances dans toute leur variété. Exemple : l'article 1134, 1382 ou 1384 alinéa 1. Mais, entre ces lois-là et l'espèce concrète soumise à un juge, il peut y avoir toute une gradation dans l'abstraction et la généralité, toute une succession de règles par lesquelles l'esprit adapte ses exigences à des circonstances de plus en plus précises. Par exemple, entre un accident de voiture et la loi la plus générale et la plus abstraite appelée a priori à régir ses conséquences, l'article 1384 alinéa 1, il y a la loi Badinter ; et dans cette loi, tel article ; et dans cet article tel membre de phrase. Le droit passe rarement de l'abstrait au concret d'un seul coup. Il y descend le plus souvent par un escalier plus ou moins long de règles de plus en plus circonstanciées » (F. GRUA, « Les divisions en droit », *RTD civ.*, 1993, p. 50).

objectivement ce qu'est une catégorie totalement générale. Nous avons précisé que la généralité ne peut finalement bien s'appliquer qu'à un nombre réduit de personnes, et soulever en ce sens de plus amples exclusions concrètes. Nous avons ainsi émis l'hypothèse selon laquelle, plus la catégorie se rapprochait du réel et tirait sa consistance et dénomination du réel (processus ascendant), plus les problématiques égalitaires se posent³⁸⁰⁷. L'échelle de généralité a alors toute sa place ici. Il semble que les catégories employées camouflent encore la différenciation sous-jacente.

1446. Pour l'abattage, sur une échelle de généralité, la formulation se montre précisément trop en lien avec un réel spécifique pour s'avérer véritablement générale. Plus encore, la norme trouve son origine et son vocabulaire dans la pratique particulière d'une ou plusieurs religions. Bien qu'en théorie – et en théorie seulement – chaque individu puisse user des dispositions en vigueur, « il s'agit d'une pratique partagée par les seuls juifs et musulmans, soulignant ce que la diversité religieuse a d'irréductible et qu'une égalité formelle perd de son sens »³⁸⁰⁸. Le formalisme ne fait que camoufler une norme applicable à un nombre réduit, si ce n'est précis, d'individus. De plus, en pratique, les pouvoirs publics trient les organismes religieux habilités à autoriser des sacrificateurs et nous savons qu'une communauté juive minoritaire put être exclue de ce bénéfice³⁸⁰⁹. Un groupe méconnu du grand public se targuant d'une croyance exigeant un abattage rituel se verrait-il agréé ? Des propos postérieurs démontreront une réponse probablement négative³⁸¹⁰.

1447. Peut-être est-il possible de convenir d'une caractérisation de la généralité par l'inspiration de la règle de droit ? Pour être plus précis, la notion de culte procède du pouvoir normatif qui impose une vision globale de la religion à travers certains critères que le juge dégage. Il s'agit de prévoir une norme générale applicable à toutes les religions. Le processus est descendant. En revanche, pour l'abattage il s'agit, pour reprendre les termes d'Olivia Bui-Xuan, d'une « particularisation des règles de droit à partir des spécificités des normes religieuses »³⁸¹¹. En employant cette idée, force est de constater que la règle inclut une pratique religieuse particulière, issue des faits. Tout au plus la formulation de la norme est un peu plus générale, mais cela ne saurait suffire : elle fait mention d'une tradition religieuse spécifique. Le processus est ici descendant en ce que la règle tire sa formulation d'une inspiration, d'une tradition, d'une règle, d'une différence, purement religieuse³⁸¹². S'exprime toute la complexité

³⁸⁰⁷ Voir notamment Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

³⁸⁰⁸ A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, op. cit., p. 250.

³⁸⁰⁹ CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95.

³⁸¹⁰ Voir p. 710 et s.

³⁸¹¹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus », p. 487 (nous soulignons).

³⁸¹² Ces qualifications sont inspirées des termes portés par Hugues Moutouh, qui constatait le passage d'une élaboration normative qui surplombe le corps social, issue d'une certaine abstraction, à une élaboration plus proche du réel, où la construction de la norme part de bas en haut. Autrement dit, « [à] la marche normative moderne, symbolisée par l'axe contraignant *top/down*, se substitue une dynamique revendicative *bottom/up* » (H. MOUTOUH, « La différence dans l'égalité. Chronique nécrologique de l'universalisme juridique français » in G. LEBRETON (dir.), *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 116).

tenant à l'analyse de la différenciation et de la légistique puisqu'il n'est jamais question d'un particularisme expressément désigné, mais de divers éléments rapportés au religieux, voire à une religion. Il n'empêche que, tant l'existence d'une reconnaissance du particularisme, que l'inexistence de l'égalité sans distinction de religion, ne font ici plus aucun doute. Si l'abattage rituel illustre le cœur de la problématique, des exemples datant de 1905 n'interrogent pas moins ; lorsque nous pensons aux associations diocésaines, voire aux congrégations, nous ne pouvons qu'admettre que la réflexion au regard de la généralité ne diffère pas véritablement.

1448. Tout cela conforte la légitimité d'une question soulevée par Henri Dupeyrou il y a de cela quasiment un siècle : « mais puisque [...] on admet nécessairement que le législateur peut créer impersonnellement des privilèges pour mille, pour cent, pour dix citoyens, pourquoi s'opposer irréductiblement à ce que les privilèges en question soient accordés nommément ? »³⁸¹³. Probablement pour maintenir un semblant d'idéal universaliste. Pour autant, quand cette généralité dissimule aussi peu la distinction religieuse, elle ne devient plus un véritable outil de l'universalisme, tant elle exprime la différenciation. Dans cette situation, l'universalisme ne devient ni plus ni moins qu'un idéal concrètement laissé lettre morte.

1449. En fin de compte, survient un important paradoxe : nous disions que les limites des catégories générales découlaient majoritairement d'un excédent d'abstraction et d'ignorance du réel, alors que nous soutenons ici qu'une prise en compte trop importante du réel, précisément d'individus ou groupes spécifiques accroît les limites de la généralité. En vérité, les deux se rejoignent puisqu'une catégorie, bien qu'en apparence générale, trop ciblée ne revient à rien d'autre qu'exclure implicitement ceux n'y correspondant pas. Or, en se fixant excessivement sur certaines différences religieuses, la catégorie accroît considérablement ce risque. En tout état de cause, des catégories trop proches du réel accompagnent toujours de nombreuses atteintes à l'idéal universaliste, alors que les excès de l'abstraction restent conformes à celui-ci. Plus encore, si ces premières catégories passent sans trop de difficultés l'examen du principe d'égalité, de notre côté nous soutenons leur contradiction nette à l'idéal universaliste par l'expression d'une différenciation que trop peu dissimulée.

1450. Nous pourrions alors voir dans l'ordonnance sur le « burkini » un renforcement de cet idéal par l'appréhension de la finalité de la catégorie juridique. En effet, le juge immobilise la pratique classique de l'emploi de la généralité pour tenir compte de tout particularisme religieux. De la sorte, il refuse de se laisser berner par les manœuvres de certaines collectivités cherchant à dissimuler une satisfaction effrénée des demandes religieuses. Par cette décision de 2022, le juge pourrait renverser cette solution en ne se contentant plus seulement d'une règle d'apparence générale, mais qui se montre en vérité particulièrement restrictive dans son applicabilité. Il aurait seulement fallu accompagner le refus d'une simple généralité par des critères plus précis et débattus en matière d'aménagements différenciateurs au profit de croyances religieuses. Seulement, l'ambiguïté de la décision et son caractère circonstanciel remettent en cause une telle vision. Nous avons montré toutes les limites d'un examen de

³⁸¹³ H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 142.

l'égalité reposant excessivement sur les finalités de la norme. En l'occurrence, l'ordonnance le dirigea justement sur une catégorie juridique semblant convenablement respecter un certain niveau de généralité. Toutes ces ambiguïtés et tensions découlent pour partie de l'égalité, mais avant tout de la liberté de religion.

SECTION 2. Un effacement de l'égalité universaliste au profit de la liberté de religion

1451. Le droit français contredit sur de nombreux aspects son égalité universaliste ; il semble même l'effacer au contact du religieux. Cependant, nous avons vu les débats que le différencialisme entraînait avec lui, notamment concernant la place de la liberté de religion. Ainsi, si la consécration formelle de la liberté de religion reste timide en droit français³⁸¹⁴, la place qui lui est accordée, notamment par les libertés la composant, suffit à faire d'elle le moteur principal de différenciation en droit français (**PARAGRAPHE 1**). Dans le prolongement de toute cette réflexion, nous comprenons que si nous sommes en droit d'attendre du modèle français qu'il privilégie une caractérisation de la religion comme un choix dont il est responsable – et non comme une contrainte extérieure –, la réalité est bien plus ambiguë (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. Une liberté de religion poussant à la différenciation au détriment de l'égalité formelle

1452. La notion d'accommodement raisonnable vit le jour au Canada par le principe d'égalité. C'est seulement par la suite que la liberté de religion devint à son tour vecteur du dispositif. C'est la même chose pour les États-Unis ; l'égalité justifia la mise en place d'accommodements que la liberté rendit plus acceptables et étendus. Qu'en est-il pour la France ? S'il peut être soutenu que la liberté ne pousse pas aux aménagements comme le pourraient l'égalité ou la non-discrimination³⁸¹⁵, nous avons déjà sous-entendu le contraire. L'étude du droit positif nous donne raison. C'est la liberté de religion qui comprend celle d'établir des aménagements. Ainsi, tandis que des auteurs canadiens s'interrogent sur la

³⁸¹⁴ Y. GAUDEMET, « Liberté de religion. Droit français » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire du droit des religions*, Paris, CNRS Éditions, 2^e éd., 2022, p. 460. Les composantes de la liberté de religion sont consacrées par l'article 10 de la DDHC et la loi de 1905. Certains lui rattachent aussi le respect des croyances de l'article 1^{er} de la Constitution. Le juge constitutionnel est resté très timide à l'égard de la liberté de religion, mais le juge administratif en fait davantage mention, comme nous le verrons ci-dessous.

³⁸¹⁵ Le droit positif donne en partie tort à Gabrielle Caceres, qui soutient « que le fondement de la liberté religieuse ne semblait pas pouvoir être invoqué afin d'obtenir de tels accommodements – du moins il ne confère pas un droit d'aménagement, auquel correspondrait une obligation corrélative », quand, en revanche, « le droit à l'égalité pourrait peut-être constituer une assise plus concluante » (G. CACERES, « L'aménagement raisonnable en matière religieuse : lorsque les concepts franchissent l'Atlantique », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 1, 2012, p. 8-57).

réception des accommodements raisonnables autrement que par l'égalité, au titre de la garantie de la liberté de culte³⁸¹⁶, la France offre l'exemple de cette possibilité.

1453. En effet, parmi tous les éléments exposés, nous avons volontairement omis toutes les fois où la liberté de religion constituait le moteur de l'aménagement religieux. Telle est pourtant la réalité de la réglementation, ensuite de la jurisprudence, car c'est souvent la loi qui a prévu la mise en place d'assouplissements, par exemple dans le milieu scolaire ou carcéral, chaque fois au titre de la liberté de religion³⁸¹⁷. Ce sont ensuite les arrêts précités du Conseil d'État qui confirment la place de la liberté de religion, surtout s'agissant de l'abattage rituel.

1454. Pour ce dernier, avant le cas de sa réglementation *per se*, c'est l'arrêt rendu à propos de la mise à disposition de locaux pour l'exécution de l'abattage rituel durant l'*Aïd-el-Kébir* qui recela bien des ambiguïtés en ce sens³⁸¹⁸. Comme dans les autres arrêts rendus la même date, le Conseil d'État accepta qu'une collectivité « construise ou acquière un équipement ou autorise l'utilisation d'un équipement existant, afin de permettre l'exercice de pratiques à caractère rituel relevant du libre exercice des cultes » à plusieurs conditions : qu'un intérêt public local le justifie, que l'équipement soit concédé dans des conditions respectant le principe de neutralité, d'égalité et d'absence de toute aide à un culte. Le juge justifia l'intérêt public local en l'espèce précisément sur « la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public ». Comprendons que le risque que l'exercice du culte soit pratiqué dans des conditions non conformes aux règles d'ordre public justifie d'un intérêt local. Elsa Forey synthétise avec clarté le raisonnement suivi : « 1. L'abattage rituel doit être admis comme garantie du libre exercice du culte. 2. Les exigences de l'ordre public interdisent de pratiquer ces abattages en dehors des abattoirs. En l'espèce, l'abattage rituel ne peut être pratiqué conformément à la réglementation que dans des abattoirs éloignés. 3. Cela empêche les fidèles de pratiquer leur culte. C'est donc le libre exercice des cultes lié aux exigences de l'ordre public qui justifie une intervention des collectivités territoriales »³⁸¹⁹. Elle en conclut qu'il y a effectivement « quelque chose d'inédit à mobiliser l'ordre public à la faveur des fidèles »³⁸²⁰. Ce qui étonne en l'espèce, c'est que le respect de l'ordre public « n'a normalement pas pour objet de rendre la pratique contrevenante conforme aux exigences de l'ordre public »³⁸²¹. En théorie, « le respect de l'ordre public passe nécessairement (sauf changement législatif) par la cessation immédiate de l'action contrevenante et non par son accompagnement »³⁸²². Or, dans

³⁸¹⁶ Par exemple P. FOURNIER et E. JACQUES, « Voiles/Voiler » ou J. WOEHLING, « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien », tous deux in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », respectivement pages 135 et s. et 289 et s.

³⁸¹⁷ Respectivement article L. 141-2 du Code de l'éducation et article L. 351-1 Code pénitentiaire.

³⁸¹⁸ CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, n° 309161 ; *RFDA*, 2011, p. 967, concl. E. GEFFRAY ; *AJDA*, 2011, p. 1667, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *D.*, 2011, p. 2025, édito F. ROME et p. 2375, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *AJCT*, 2011, p. 515, obs. M. PERRIER.

³⁸¹⁹ E. FOREY, « L'interdiction de financer les cultes dans la jurisprudence administrative », *Société, droit et religion*, vol. 3, n° 1, 2013, p. 87-11.

³⁸²⁰ *Ibid.*

³⁸²¹ N. DEILLER, *La métamorphose religieuse de la France. Vers une nouvelle laïcité ?*, Versailles, VA, 2019, p. 260.

³⁸²² *Ibid.*

le cas étudié, la garantie du libre exercice du culte ne devient alors pas moins qu'un véritable intérêt public puisqu'afin de le permettre dans le respect de l'ordre public, l'autorité administrative peut prévoir certains aménagements. En renversant la perspective, ne pourrions-nous pas imaginer qu'un requérant s'appuie sur une atteinte à l'ordre public résultant de l'absence d'aménagements pour permettre l'exercice du culte ? Pour le rapporteur public, cette hypothèse est exclue³⁸²³. Du côté de la doctrine, l'interrogation reste quelque peu sous-tendue par l'arrêt. L'hypothèse d'une obligation d'aménagement au nom de la liberté de culte s'avère tout à fait plausible³⁸²⁴. Par ailleurs, le Conseil d'État s'est récemment prononcé sur la circulaire annuelle précisant les conditions d'organisation de l'*Aïd-el-Kébir* de 2019³⁸²⁵ et n'a pas démêlé les ambiguïtés³⁸²⁶. Tout le malaise entourant la place de l'abattage rituel s'est, par-dessus tout, trouvé conforté par un arrêt qui, au-delà de l'abattage en période de fête, touche le système même de la dérogation prévue en France.

1455. Concernant l'arrêt de 2013 sur l'abattage, la première question que nous évoquions sur la conciliation entre le maintien de l'ordre public et le respect des libertés est ici particulièrement importante puisqu'elle manifeste une forme d'obligation pesant sur les pouvoirs publics³⁸²⁷. Cette conciliation relève de la logique classique des libertés publiques mais, au regard des développements précédents, elle laisse d'ores et déjà envisager une obligation positive qui pèserait sur les pouvoirs publics. Le rapporteur public semble adhérer à cette approche lorsque, d'après lui, en prévoyant la dérogation, le pouvoir réglementaire a entendu mettre en œuvre le principe de laïcité, « en ce qu'il implique que les pouvoirs publics *doivent* garantir le libre exercice des cultes »³⁸²⁸. Cette ambiguïté, également apparente à travers

³⁸²³ E. GEFFRAY, concl. sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans, préc.*

³⁸²⁴ Selon Mathieu Touzeil-Divina : « en poursuivant ce raisonnement basé sur la seule atteinte potentielle à l'ordre public et non sur la question religieuse, ne serait-il pas possible qu'un contribuable d'une autre commune attaque pour défaut d'action (et donc incompétence négative) une collectivité publique qui refuserait de mettre en place un tel système d'abattoir temporaire ? Sur le terrain de la police administrative – répond l'auteur –, cette action [...] nous semble tout à fait plausible » (M. TOUZEIL-DIVINA, « Laïcité latitudinaire », *D.*, n° 34, 2011, p. 2375, note sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans, préc.*). Xavier Domino et Aurélie Bretonneau se questionnent également dans une note : « [f]aut-il déduire du terme de "nécessité" [...] un intérêt public local tenant à la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public » (CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans, préc.*) que pèse sur les collectivités une obligation de procéder aux aménagements nécessaires ? » (X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Le sacré et le local », *AJDA*, n° 29, 2011, p. 1667). Les auteurs répondent par la négative et n'y voient qu'une possibilité d'aménagement ouverte aux collectivités, mais n'excluent toutefois pas d'être un jour démentis.

³⁸²⁵ Circulaire, 28 mai 2019, *relative à la célébration de la fête religieuse musulmane de l'Aïd-el-kébir*, NOR/INT/K/1/00175/J.

³⁸²⁶ À travers cet arrêt, le juge a soigneusement évité de se prononcer sur une éventuelle obligation pesant à ce titre sur les pouvoirs publics, mais a validé indirectement l'aide envisageable de leur part concernant l'installation d'abattoirs durant ces fêtes religieuses (CE, 27 déc. 2019, *Association Vigilance Halal, protection et respect de l'animal et du consommateur*, n° 433067). En revanche, le Conseil d'État refuse strictement qu'une circulaire autorise, pour pallier le manque d'abattoirs lors de fêtes religieuses, à déroger la tenue obligatoire des abattages dans les abattoirs (CE, 10 oct. 2001, n° 219645). Cet arrêt témoigne au passage de la recherche par les pouvoirs publics d'une solution aux manques d'abattoirs lors de l'*Aïd-el-Kébir* et permet de comprendre la solution aujourd'hui adoptée.

³⁸²⁷ La juridiction rappelle l'obligation qui incombe au Premier ministre d'établir des mesures de police permettant d'effectuer l'abattage des animaux « dans des conditions conformes à l'ordre public, à la salubrité et au respect des libertés publiques » (CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs, préc.*).

³⁸²⁸ V. DAUMAS, concl. sous CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs, préc.*, disponible en ligne sur : <https://www.conseil-etat.fr> (consulté le 15 juill. 2022).

les arrêts antérieurs, est confortée par le cinquième considérant dans lequel est précisé que « la disposition contestée a été édictée dans le but de concilier les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses ». L'abattage rituel constitue une expression claire d'un rite propre à certaines religions et qui exige des aménagements particuliers. Il est alors fréquent de considérer l'interdiction de l'abattage, ou plus généralement l'obligation d'étourdissement sans aménagement, comme une atteinte à la liberté de religion³⁸²⁹, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence européenne³⁸³⁰. En l'espèce, l'exigence de conciliation semble ainsi exclure une interdiction pure et simple de la dérogation à l'étourdissement. Gweltaz Éveillard, dans son commentaire sur l'arrêt de 2013, expose la confusion : « il n'entre pas dans les finalités de la police administrative d'agir dans un but de protection des libertés publiques, du moins pas directement : elle ne protège que l'ordre public, et s'il lui arrive de protéger les libertés publiques, ce n'est qu'indirectement, lorsque des comportements contraires à l'ordre public troublent en même temps les libertés d'autrui »³⁸³¹. En outre, le raisonnement suivi par le juge « reviendrait à considérer que c'est l'étourdissement qui serait contraire à l'ordre public et troublerait l'exercice de leur religion par les fidèles »³⁸³².

1456. Plus tard, un arrêt corrobore cette assertion en affirmant purement et simplement, au beau milieu des motifs justifiant l'existence de la dérogation religieuse, que le « principe de laïcité impose que la République garantisse le libre exercice des cultes »³⁸³³. L'emploi du verbe « imposer » suggère l'exigence d'une garantie effective du libre exercice du culte. Cette garantie s'impose auprès des pouvoirs publics par la dérogation à l'obligation d'étourdissement. L'arrêt s'inscrit dans le droit-fil de celui de 2011 sur l'*Aïd-el-Kebir* : l'exigence d'ordre public devient un appui à la dérogation religieuse plutôt qu'une cessation absolue de celle-ci³⁸³⁴. Ce

³⁸²⁹ C. BENELBAZ, « L'abattage rituel et l'animal », *JDA*, 2021, art. 371, disponible en ligne sur : <http://www.journal-du-droit-administratif.fr> (consulté le 12 juill. 2022).

³⁸³⁰ L'Union européenne a également réglementé en la matière lorsqu'elle se soucia de la protection animale. Plusieurs textes vinrent légiférer et inclurent à leur tour une dérogation pour l'abattage rituel. La première de 1974 imposa certaines règles pour l'abattage des animaux, mais précisa dans son article 4 que le texte n'affectait pas « les dispositions nationales relatives aux méthodes particulières d'abattage nécessitées par certains rites religieux » (directive n° 74/577/CEE, 18 nov. 1974, *relative à l'étourdissement des animaux avant leur abattage*, JOCE, n° L 316, 26 nov. 1974, p. 10-11). L'exception fut peu ou prou reprise par une autre directive de 1993 (le 2 de l'article 5 excipait l'abattage rituel des exigences d'étourdissement avant abattage ou de mise à mort instantanée (directive n° 93/119/CE, 22 déc. 1993, *sur la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort*, JOCE, L 340, 31 déc. 1993, p. 21-34)), puis un règlement de 2009 (règlement (CE) n° 1099/2009, 24 sept. 2009, *sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort*, JOUE, L 303, 18 nov. 2009, p. 1-30). De son côté, la CEDH avait pu préciser que l'exception à l'étourdissement rentrait sous la protection de l'article 9 de la Convention (CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95, §73-74) ; plus encore, qu'elle concrétisait un engagement positif de l'État au titre de la liberté de religion (*ibid.*, §76). La Cour de justice de l'UE vit également la dérogation pour l'abattage comme un moyen de rendre effectif la liberté de religion (CJUE, Gr. Ch., 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. c. Vlaams Gewest*, n° C-426/16, §56).

³⁸³¹ G. ÉVEILLARD, « Abattage rituel et police administrative », *Dr. adm.*, déc. 2013, p. 44-48, commentaire sous CE, 5 juill. 2013, *préc.*

³⁸³² *Ibid.*

³⁸³³ CE, 13 mars 2017, n° 391499, *préc.*

³⁸³⁴ La remarquée, citée plus haut, connaît le même retentissement pour cet arrêt : « le respect de cet ordre public n'a normalement pas pour objet de rendre la pratique contrevenante conforme aux exigences de l'ordre public. Le respect de l'ordre public passe nécessairement (sauf changement législatif) par la cessation immédiate de l'action contrevenante et non par son accompagnement » (N. DEILLER, *La métamorphose religieuse de la France...*, *op. cit.*, p. 260).

raisonnement apparaît sous la plume de la juridiction administrative suprême dès 1936 : face à une requête dirigée contre un arrêté qui interdisait l'abattage rituel en application d'un arrêté prescrivant la mise à mort par pistolet automatique, le juge opposa la nécessité de concilier l'intérêt de l'ordre public avec « le respect des libertés publiques »³⁸³⁵. Pour le juge, les impératifs d'ordre public « n'exigeaient pas l'interdiction de l'abattage des animaux selon les rites du culte israélite ». Émergèrent les prémices d'une jurisprudence favorable aux dérogations pour l'abattage rituel.

1457. Il faut dire que « lorsque le droit impose une obligation ou édicte une interdiction qui va à l'encontre du comportement dicté par la conscience, le respect de la liberté de conscience oblige à imaginer des modalités d'articulation entre les exigences du droit étatique et celles de la conscience »³⁸³⁶. Surtout, « cette articulation est d'autant plus délicate à réaliser que la liberté de conscience, on l'a dit, ne se résume pas à la liberté de conviction, de pensée, mais implique aussi le droit de conformer son comportement à ses convictions, aux normes morales qu'on s'est fixées ou auxquelles on adhère »³⁸³⁷. C'est toute l'ambiguïté du procédé. La liberté de religion ne fait pas l'objet de limites claires et ce qui s'apparente à la réduction d'une restriction en son nom peut n'être rien d'autre qu'un aménagement raisonnable. Cela, d'autant que la conception positive de cette liberté ne fait aujourd'hui plus de doute en France.

1458. Malgré tout, l'égalité n'est pas absente de cette jurisprudence : nous avons souligné que le respect de toutes les croyances et traditions opérait dans le sens d'une garantie effective de la liberté de religion³⁸³⁸. Suivant ce considérant et la jurisprudence ancienne sur l'abattage montrant sa protection au titre de la liberté de culte³⁸³⁹, nous pouvons affirmer deux choses : d'une part, c'est la liberté de culte seule qui poussa déjà à cet aménagement, d'autre part, l'égal respect des croyances et traditions intervint au profit de l'abattage rituel comme un principe d'extension de l'aménagement de la garantie d'une prise en compte égale des traditions – donc différences – religieuses. Le fait que le juge ait très récemment encore confirmé que la conciliation opérée au profit de l'abattage rituel se fait entre l'égal respect des croyances et des traditions et les objectifs de police sanitaire, et ce, pour permettre l'effectivité de la liberté de religion³⁸⁴⁰, confirme cette hypothèse.

1459. Après l'appréciation sur l'égal respect des croyances, c'est l'opposition faite par le juge, parmi les composantes du principe de laïcité, entre l'égalité de tous sans distinction de religion et le respect de toutes les croyances, avec la garantie du libre exercice des cultes qui

³⁸³⁵ CE, Sect., 27 mars 1936, *Association culturelle israélite de Valenciennes*, n° 32147, Rec. p. 383.

³⁸³⁶ D. LOCHAK, « For intérieure et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP », p. 194.

³⁸³⁷ *Ibid.*

³⁸³⁸ « La disposition contestée a été édictée dans le but de concilier les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses » (CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, *préc.*).

³⁸³⁹ Ne pouvait être interdit l'accès à toute autre personne prétendant abattre les animaux selon la tradition mosaïque au risque de porter atteinte aux principes de la liberté des cultes (CE, 6 févr. 1914, *Minoun Amar*, *préc.*).

³⁸⁴⁰ CE, 1^{er} juill. 2022, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, *préc.*

pousse à la réflexion³⁸⁴¹. C'est le poids de ce dernier qui justifie la conformité de la dérogation au principe d'égalité. Ce postulat n'est pas anodin, car il appuie l'opposition que nous soutenons entre l'égalité formelle et la liberté de culte. En outre, l'invocation du principe de laïcité peut revenir à brandir la liberté de culte comme dérogation au principe d'égalité. Elle opère une conciliation entre des exigences opposées : l'égalité formelle et la liberté de culte. Le principe a d'ailleurs déjà été rappelé et appliqué comme tel pour les repas *halal* dans les prisons par le juge administratif³⁸⁴². Une nouvelle fois, la liberté de culte postule une protection active de certaines dérogations particularistes. Ce constat ressort corroboré par l'hypothèse soutenue selon laquelle la liberté de religion peut être envisagée comme une justification d'intérêt général dérogeant à l'égalité sans distinction de religion³⁸⁴³.

1460. À l'aune de ces observations, il est paradoxal d'observer que la non-discrimination indirecte est rejetée en France au titre de son caractère différencialiste et trop matériel de l'égalité. Parallèlement, la liberté de religion injecte en droit ce différencialisme. Son invocation est de tout temps prioritaire en matière religieuse. Ce phénomène est probablement la conséquence d'une mentalité universaliste largement imprégnée et diffusée en France, qui véhicule une égalité formelle hermétique aux demandes différencialistes religieuses. La prise de conscience généralisée de cette philosophie sous-jacente au modèle français dirige les requérants davantage vers la liberté. Ces derniers avaient bien perçu le potentiel de la liberté de religion en l'invoquant contre l'absence de dérogation à la règle d'assiduité à l'école³⁸⁴⁴. Gwénaële Calvès remarquait également qu'en matière d'autorisation d'absence pour motif religieux le caractère discriminatoire d'un éventuel refus n'est jamais invoqué³⁸⁴⁵.

1461. Il faut dire qu'à propos des aménagements abordés dans le service public, c'est la liberté de religion qui fonde leur impulsion. Par exemple, si l'arrêt *Halfon* interroge vivement l'égalité, cette dernière n'est en aucun cas évoquée alors que la liberté de religion fonde le principal argument en faveur de l'aménagement³⁸⁴⁶. De même, bien que les autorisations d'absence portent en elles une volonté d'égalisation réelle, elles sont davantage protégées et motivées par la liberté de culte. Pour ces autorisations dans le milieu scolaire, le Conseil d'État

³⁸⁴¹ La formulation ne laisse que peu de doute : « [c]onsidérant [...] que, s'il résulte du principe de laïcité que celui-ci impose l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et le respect de toutes les croyances, ce même principe impose que la République garantisse le libre exercice des cultes ; que, par suite, la possibilité de déroger à l'obligation d'étourdissement pour la pratique de l'abattage rituel ne porte pas atteinte au principe de laïcité ». Nous soulignons la conjonction « si » qui induit l'opposition entre les deux parties, donc entre l'égalité et le respect des croyances et la garantie du libre exercice des cultes. Ainsi, si le principe impose cela, il ne s'y réduit pas et implique également ceci. Comprenons que le principe de laïcité a deux facettes, que si le premier tend vers l'opposition à la dérogation, le second est également une composante de la laïcité, justifiant « par suite », la possibilité de dérogation à l'obligation d'étourdissement.

³⁸⁴² En effet, s'agissant des menus comprenant de la viande *halal* dans les prisons, le juge administratif a pris la peine d'invoquer la décision du Conseil d'État n° 361441 du 5 juillet 2013 pour rappeler que le principe de laïcité impose « l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et le respect de toutes les croyances », mais également « que la République garantisse le libre exercice des cultes », qu'ainsi, la laïcité ne s'oppose pas à la mise à disposition de menus spécifiques pour les musulmans (TA de Grenoble, 7 nov. 2013, n° 1302502). De son côté, le Conseil d'État n'a pas réitéré cette définition en dehors du cadre de l'abattage rituel.

³⁸⁴³ Voir plus haut.

³⁸⁴⁴ CE, Ass., 14 avr. 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n° 125148.

³⁸⁴⁵ G. CALVÈS, *La laïcité*, Paris, La Découverte, 2022, coll. « Repères », p. 78.

³⁸⁴⁶ CE, 23 déc. 2011, *Halfon et a.*, préc.

put déjà invoquer l'égal accès à l'instruction, certes, mais aussi la liberté de culte résultant de la DDHC et de la loi de 1905³⁸⁴⁷. Dans ce cadre, le principe d'égalité, ici sous sa dimension réelle, viendrait à l'appui des dérogations, aux côtés de la liberté de religion³⁸⁴⁸. Cette place pour l'égalité dans le cadre des autorisations d'absence, le Conseil d'État l'a lui-même confirmée pour les fonctionnaires³⁸⁴⁹. S'agissant des repas en milieu carcéral, au-delà du rôle du législateur, la place accordée à la liberté de religion pour octroyer des aménagements étonne moins. En effet, il est traditionnellement soutenu qu'en milieu contraint ou clos pour un croyant, pèse sur l'autorité publique une obligation d'aménagement permettant l'exercice du culte de celui-ci³⁸⁵⁰. Comme pour l'abattage rituel, certes l'égalité peut être alors liée à la liberté de culte ou être induite par ces jurisprudences, il n'en reste pas moins que cette liberté forme le cœur des aménagements.

1462. Cela s'explique peut-être par l'ombre que la laïcité fait à l'égalité en matière religieuse. Cette première est largement invoquée comme le principe objectif fondamental dans le domaine religieux. Or, la liberté de religion apparaît presque systématiquement comme une composante de la laïcité, davantage que l'égalité d'ailleurs, et, nous l'avons montré plus haut, en opposition à cette seconde. De la même manière, les textes ont toujours fait référence, pour la religion, à la liberté, autrement plus qu'à l'égalité. En témoignage, avant tout autre texte, la loi de 1905. De manière générale, la laïcité, la neutralité et la liberté sont au cœur des litiges³⁸⁵¹.

1463. En tout état de cause, l'emploi de la liberté de religion camoufle certainement davantage la problématique différencialiste : ce qui peut s'apparenter à une suppression d'une restriction au titre de la liberté n'est rien de moins qu'une mesure différencialiste d'un point de vue égalitaire. Le droit français joue davantage dans la discrétion du cas par cas ou des avancées jurisprudentielles.

³⁸⁴⁷ CE, Ass., 14 avr. 1995, *Koen, préc.*

³⁸⁴⁸ C'est ce que déduisent les auteurs précités lorsqu'ils concluent ensuite que les autorisations d'absence peuvent donc être exigées, tant par le respect de la liberté religieuse que par celui du principe de non-discrimination. Pour assimiler les deux en la matière, il ne qu'être question d'égalité matérielle, ce qui témoigne d'une contingence avec la liberté s'agissant des dérogations religieuses (*ibid.*).

³⁸⁴⁹ Dans une ordonnance le Conseil d'État a confronté la liberté de culte au fonctionnement d'un service public, justement au sujet d'une autorisation d'absence. Il a alors pu préciser, pour la première fois, le caractère de « liberté fondamentale » de la liberté de culte au titre de l'article L. 521-2 du CJA, exprimée en l'espèce par l'exigence d'absence pour une fête religieuse. Comme à son habitude lorsqu'il s'agit d'un arrêt de principe, le Conseil d'État n'a toutefois pas fait primer la liberté fondamentale nouvellement consacrée, les nécessités du fonctionnement normal du service public faisant obstacle à la demande du requérant (CE, ord., 16 févr. 2004, *Benaissa*, n° 264314).

³⁸⁵⁰ Laurent Mortet, par exemple, avance que dans un contexte contraint la garantie de la liberté fondamentale suppose la mise à la charge de l'administration d'obligations positives (L. MORTET, « Les limites de la liberté religieuse du détenu », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 117-128). Le tribunal administratif de Grenoble l'a jugé comme tel (TA de Grenoble, 7 nov. 2013, n° 1302502). Généralement, cette interprétation découle de la dérogation au principe de non financement prévue pour les aumôneries dans certains services publics, précisément « fermés ».

³⁸⁵¹ Frédéric Edel partage ce constat : « [à] bien observer la jurisprudence du Conseil d'État [...] le traitement du fait religieux par le juge administratif n'est pas tant appréhendé sur le fondement du principe d'égalité ou droit à la non-discrimination, que sur la base d'autres principes, tels que celui de laïcité, ou le droit à la liberté de conscience et de religion [...] » (F. EDEL, « Quel apport du droit à la non-discrimination au régime français de laïcité dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation ? » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 66).

1464. En somme, si la non-discrimination indirecte n'est pas ouvertement prise en compte ; d'abord, elle apparaît en filigrane à travers la possibilité de prendre en compte certaines caractéristiques, précisément religieuses, pour permettre une plus ample égalité d'accès aux services en question ; ensuite, elle l'est implicitement à travers la liberté de religion qui est en mesure de produire des effets d'accommodements similaires. Il en devient alors difficile de distinguer les deux finalités. D'autant, qu'il arrive que la liberté de religion soit invoquée pour contester une mesure considérée comme discriminatoire³⁸⁵². Le juge des référés avait précisé que la commune n'avait pas mis en place « un système discriminatoire portant atteinte à une liberté fondamentale », interprétation que confirma le Conseil d'État en l'absence de nouveaux moyens de la part des requérants³⁸⁵³. Ainsi, le juge ne semblait pas séparer l'atteinte à la liberté et la discrimination.

1465. Dès lors, pour le croyant, la liberté de religion permet en droit français d'obtenir, si ce n'est d'obliger, les mêmes aménagements que la non-discrimination indirecte. Cela, tout en évitant de l'évoquer aux côtés, notamment, de la notion d'accommodement raisonnable. Partant, elle opère indéniablement aux côtés de l'égalité réelle – comme l'exprime le respect de toutes les croyances et traditions – et en dérogation, donc opposition, à l'égalité formelle. Suivant ces éléments, il est difficile de réduire la liberté de religion à une affaire de choix responsable.

PARAGRAPHE 2. Une religion irrémédiablement caractérisée comme une circonstance extérieure

1466. La question de la caractérisation de la religion en tant que choix libre ou de circonstance, contrainte, fardeau, extérieur à l'individu et pesant sur son mode de vie se révèle particulièrement complexe confrontée au cas français.

1467. De prime abord, le modèle français, prônant son universalisme, aborderait la religion en tant que pure affaire de conscience, sous le seul angle d'un choix libre³⁸⁵⁴. Cela correspondrait d'ailleurs à la préférence constatée pour la liberté en matière religieuse. C'est une logique purement individualiste, parfois décrite comme comprenant « mal le phénomène de la soumission aux obligations religieuses, de la conformité de la pratique à une règle d'observance, l'orthopraxie, qui seule donne corps à la liberté de conscience et assure la continuité entre les croyances et les actes »³⁸⁵⁵. Selon cette approche, le modèle français n'y

³⁸⁵² Dans une affaire sur les repas de cantine, une requérante soutenait « que la composition des repas servis dans les cantines scolaires de la commune d'Orange portait atteinte à la liberté religieuse en ce que [...] elle privilégiait les enfants de confession chrétienne ».

³⁸⁵³ CE, ord., 25 oct. 2002, *Commune d'Orange*, n° 251161.

³⁸⁵⁴ « [...] and it goes a step further *in* actively seeking to ban practices with it sees as potentially restricting the choice that the individual ought to have as an autonomous being », expose Sylvie Bacquet, en faisant référence aux polémiques sur le port du foulard islamique (S. BACQUET, « Manifestation of Belief and the “Liberal” Law of Religion: Why It Is Time to Rethink the Status-Quo ? », *Religion & Human Rights*, vol. 17, n° 1, 2022, p. 1-22).

³⁸⁵⁵ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p. 624.

voit surtout et seulement qu'une perte de liberté³⁸⁵⁶. C'est en cela que l'approche française favorise la caractérisation de la religion comme une seule affaire de conscience et une simple affaire de choix, sans mesurer l'importance de la pratique dans l'espace public. L'article 10 de la DDHC va d'ailleurs dans ce sens³⁸⁵⁷, tout comme la loi de 1905, en posant l'État comme étranger « aux confessions qui ne relèvent que du libre choix des particuliers »³⁸⁵⁸.

1468. Dès lors, il n'y aurait pas lieu de comparer la conviction religieuse à une forme d'handicap. L'objection n'a d'ailleurs pas échappé à Jean-Philippe Schreiber qui dénonce la mise sur le même plan des discriminations « à l'égard de ceux qui sont victimes d'une situation physique de faiblesse – un handicap –, et la supposée discrimination exercée à l'égard des jeunes filles voilées », ramenant, selon ses dires, « à un état que l'on connaît par nature un état que l'on a délibérément choisi »³⁸⁵⁹. Dans cet élan, l'auteur fait part d'une conception partagée par une partie des commentateurs français : « [i]l n'y a pas de raison objective à considérer l'appartenance religieuse ou la conviction religieuse autrement que toute autre appartenance ou tout autre choix philosophique. La religion ne mérite pas de considération supérieure, elle n'a pas de légitimité supérieure, et ne devrait souffrir aucun privilège ou traitement de faveur »³⁸⁶⁰. Ce raisonnement part d'un principe de supériorité de l'État qui exigerait une adaptation des individus à la norme de celui-ci et non l'inverse³⁸⁶¹. Pour reprendre l'analogie de Jean-Philippe Schreiber, l'on attend des démocraties libérales que ce soit aux religions d'opérer des accommodements raisonnables en vue de respecter le droit, non à l'État³⁸⁶². En théorie donc, la religion relevant d'une décision personnelle interchangeable, la liberté de religion doit s'incliner devant l'égalité uniformisatrice³⁸⁶³.

1469. Ces considérations sont dénoncées. Par exemple, Delphine Tharaud déclare au sujet des autorisations d'absence dans la fonction publique, que le système relègue une caractéristique fondamentale d'un individu « à un simple accessoire dont le sort dépend du bien vouloir de l'administration »³⁸⁶⁴. L'autrice dénonce l'absence de considération de la religion comme véritable circonstance extérieure à l'individu par l'administration, cette dernière semblant davantage considérer celle-ci comme un choix. Comprenons qu'à l'inverse, une prise

³⁸⁵⁶ *Ibid.*

³⁸⁵⁷ « Après bien des débats, c'est une formule négative qui fut adoptée, l'adverbe "même" devant "religieuses" renvoyant à la position selon laquelle l'adhésion de foi relevait d'un choix individuel comme toutes les autres "opinions" » (D. AVON, *La liberté de conscience. Histoire d'une notion et d'un droit*, PUR, 2020, p. 613).

³⁸⁵⁸ J.-P. SCOT, « Liberté-égalité-laïcité. Genèse, caractères et enjeux de la loi de 1905 », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n° 100, 2007, p. 161-183.

³⁸⁵⁹ J.-P. SCHREIBER, *La crise de l'égalité. Essai sur la diversité multiculturelle*, Bruxelles, Espace de Libertés, 2012, coll. « Liberté j'écris ton nom », p. 29.

³⁸⁶⁰ *Ibid.*

³⁸⁶¹ Jean-Philippe Schreiber cite un exemple servant ses propos : « [o]n peut voir la chose de manière plus triviale – mais le constat demeure le même –, en usant de l'exemple souvent cité du motard sikh : celui-ci demande une dérogation au port obligatoire du casque afin de pouvoir rouler en portant son turban, comme sa règle religieuse le lui impose, qui contrevient ici au code de la route. Mais pourra-t-on me dire ce qui contraint un sikh à rouler en [sic] moto ; serait-ce aussi une obligation religieuse ? » (J.-P. SCHREIBER, *La crise de l'égalité...*, *op. cit.*, p. 140).

³⁸⁶² *Ibid.*, p. 41.

³⁸⁶³ X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice en Belgique » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse...*, *op. cit.*, p. 241.

³⁸⁶⁴ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 245.

en compte par l'administration reviendrait ainsi à considérer la religion comme une caractéristique fondamentale. Rappelons en ce sens les propos d'Avigail Eisenberg selon lesquels quand la religion est caractérisée comme un choix, l'État a pour seule obligation de garantir aux individus la protection de leur choix de conviction, c'est-à-dire croire ce qu'ils souhaitent ou ne pas croire³⁸⁶⁵. Les individus étant responsables de leurs choix, la règle neutre et applicable à tous n'a pas à être aménagée, même si elle porte atteinte à une conviction. *A contrario*, considérer la religion comme une identité implique de ne pas laisser l'individu absorber seul le coût de sa croyance, auquel cas il y aurait une inégalité ou discrimination indirecte³⁸⁶⁶. L'autrice citait justement l'exemple du dimanche chômé à l'image de ce que nous soutenions : d'un côté, du moment que la loi n'empêche pas les individus de pratiquer leur religion et de ne pas travailler les jours souhaités, à leurs propres frais, l'égalité est respectée et aucun aménagement n'a à être établi, de l'autre, cette éventualité peut omettre le poids qui peut peser sur les croyants concernés à cause de la règle commune et nécessite la compensation de ce coût, considéré comme inégalitaire, par des aménagements spécifiques³⁸⁶⁷.

1470. En faisant le parallèle avec les exemples cités pour le modèle français, force est de constater que l'on refuse en réalité de remettre intégralement le poids de la règle neutre sur la responsabilité du croyant. Nous avons vu les limitations imposées à l'administration pour refuser un aménagement religieux, voire l'obligation sous-jacente qui pèse sur celle-ci. Tout principe ne peut être invoqué par la personne publique pour exclure les aménagements et seules sont acceptées des justifications techniques contrôlées par le juge. Suivant ce constat, la religion n'apparaît pas comme un simple choix responsable.

1471. Les éléments notamment mentionnés sur la prise en compte des absences pour motif religieux des fonctionnaires viennent à l'appui de cette affirmation. Nous avons déjà abordé cet exemple au sein des discussions sur la caractérisation choix-circonstance de la religion. Nous avons expliqué que les jours fériés, bien que calqués sur une tradition religieuse spécifique, sont au bénéfice de tous les individus et qu'il n'y a pas de différence objective de situation. Autrement dit, il n'y a pas de contrainte physique, de handicap objectif qui pèse sur les individus religieux. Considérer la religion comme un choix pour lequel il ne convient pas d'aménager la norme commune reviendrait à ne pas prévoir d'autorisations d'absence et à ne pas se confronter au problème de la subjectivité de la contrainte pesant sur le croyant.

1472. Dans l'hypothèse où de telles autorisations sont mises en place, il reste peut-être encore possible d'assimiler la religion à un choix du moment que ces absences sont décomptées des jours de congés. La religion serait assimilée à un choix dont l'individu est entièrement responsable : sacrifier des jours de congés pour participer à une fête religieuse ou non. *A contrario*, octroyer au fonctionnaire croyant le privilège de s'absenter sans décompte de ses jours de congés témoigne de la prise de conscience d'une contrainte que le croyant subit,

³⁸⁶⁵ A. EISENBERG, « Choice or Identity ? Dilemmas of Protecting Religious Freedom in Canada », *Recode*, n° 24, 2014.

³⁸⁶⁶ *Ibid.*

³⁸⁶⁷ *Ibid.*

justifiant légitimement une absence offerte. En outre, la croyance est peu ou prou assimilée à une raison de santé. D'ailleurs, le rapprochement a maladroitement déjà été fait à propos des repas de cantines par une circulaire³⁸⁶⁸. Dans tous les cas, la mise en place d'une possibilité d'autorisation d'absence, même décomptée des jours chômés, manifeste une conception politique et morale en amont qui prend certainement en considération le fardeau pesant sur le croyant à cause de la norme commune. Pourtant, cette contrainte a tout de subjectif. Par cette approche, la croyance peut susciter des convoitises et de nouvelles inégalités³⁸⁶⁹, tant elle interroge le sens de la justice choisi.

1473. De façon plus générale, tous les dispositifs mis en place, et les jurisprudences attenantes, manifestent la prise en considération d'une différence de situation qui, implicitement, est assimilée à la différence religieuse. Que la comparaison des situations vaille au regard d'individus quelconques ou de la religion majoritaire, nous l'avons dit, si la différence de situation apparaît, c'est que la différence religieuse que le croyant minoritaire invoque, par sa pratique contraire au droit commun, est appréhendée comme un poids qui pèse sur sa vie, et conséquemment comme un désavantage par rapport à d'autres au regard du droit commun. Par les aménagements proposés, l'ouverture d'une faculté – si ce n'est d'une obligation – précisée par les juges d'assurer une égalisation réelle accrue, le droit français manifeste assurément une telle caractérisation du religieux.

1474. Malgré tout, là où l'ambiguïté reste maintenue, c'est sur la place accordée à la liberté plutôt qu'à l'égalité dans le cadre des aménagements religieux. En privilégiant une approche uniquement par la liberté, le modèle français évite de considérer plus expressément la religion comme une caractéristique pesant sur l'individu. Ce raisonnement, propre à la non-discrimination indirecte, est soigneusement mis de côté pour une approche par la liberté, qui met l'accent sur le libre choix convictionnel. En apparence, le droit français respecte donc la logique universaliste. Cette explication n'est pourtant que partielle. D'une part, il est complexe de limiter la liberté de religion à un simple laisser-faire de la part des pouvoirs publics. Cela n'a jamais véritablement été le cas et la liberté de choix en matière religieuse s'est toujours teintée d'aménagements juridiques³⁸⁷⁰. Il est peut-être possible d'imaginer, en contradiction avec tout ce qui est soutenu, que la religion est prise en considération en tant que choix, mais que ce choix justifie indéniablement des aménagements. La place accordée à la liberté en France corrobore cela. Pour autant, nous retombons dans la même éternelle boucle : si la religion est prise en compte au sein du droit commun, c'est qu'elle ne peut être considérée

³⁸⁶⁸ Pour les cantines scolaires, est prévu, dans le cadre du projet d'accueil individualisé (PAI), la déclaration et la prise en compte de prescriptions spécifiques alimentaires tenant à certains motifs de santé (allergies, par exemple). À l'époque de la circulaire n° 2003-135 du 8 septembre 2003, spécifiant la mise en place des PAI (aujourd'hui c'est une circulaire du 10 février 2021 (NOR MENE 2104832C) qui encadre le dispositif), la Charte des services publics locaux, cosignée le 16 janvier 2002 par plusieurs associations d'élus, notamment l'AMF, assimilait le traitement des convictions religieuses dans les cantines à des PAI. Les textes spécifient pourtant bien la justification d'un motif de santé. Au demeurant, La cour administrative d'appel de Nantes a pu notifier cette précision, en distinguant clairement les PAI des prescriptions religieuses (CAA de Nantes, 19 octobre 2018, n° 17NT03030).

³⁸⁶⁹ D. BARIL, « Les accommodements religieux pavent la voie de l'intégrisme », *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007.

³⁸⁷⁰ Voir le Titre suivant sur ce point.

comme une simple affaire de choix. En somme, il est aujourd'hui délicat de réduire la liberté de religion à une liberté de choix en omettant l'importance identitaire qui est mise derrière. D'aucuns qualifient en ce sens celle-ci de véritable liberté culturelle³⁸⁷¹. De surcroît, et en lien, nous avons établi le lien intangible entre l'égalité et la liberté, surtout dans le domaine religieux. L'un et l'autre s'entremêlent, de sorte que ce qui semble fréquemment justifié par l'un, l'est en réalité par l'autre. Et inversement. C'est aussi bien pour cet entremêlement que la liberté de religion ne peut être une affaire de pur choix. Nous aurons encore l'occasion d'appuyer davantage ces éléments³⁸⁷².

1475. Par ailleurs, l'article 1^{er} de la Constitution française ne manque pas non plus d'ambiguïté. Finalement, la caractérisation de la religion comme critère prohibé, dans l'article 1^{er} de la Constitution, et la crainte universaliste l'entourant donnent à la religion un caractère de circonstance extérieure. En effet, il ne semble pas que la religion soit en France traditionnellement considérée comme une simple question de choix : d'une part, la crainte universaliste d'une différence religieuse identitaire prouve que la réalisation de la croyance religieuse ne saurait se limiter à un simple choix ; d'autre part, la religion s'avère depuis fort longtemps prise en compte, mais l'aurait-elle tant été s'il s'était agi d'un simple choix ? Le plus paradoxal dans ce constat est que les deux affirmations précédentes se contredisent : la prise en compte de la religion en droit montrerait qu'elle ne se limite pas à une question de choix, mais c'est justement par crainte, parce que la religion est considérée comme davantage qu'un simple choix, que sa prise en compte est rejetée du droit et qu'elle est incluse parmi les critères prohibés. À la lumière des constatations faites dans cette partie, l'équation change toutefois : dans la réalité, l'article 1^{er} s'efface et ne semble pas signifier un rejet strict de la différence religieuse et, concomitamment, la différence religieuse est prise en compte en droit français. Tout laisse, en fin de compte, penser que la religion n'est pas qu'une affaire de choix dont le croyant est entièrement responsable.

Conclusion chapitre

1476. La traduction concrète de l'égalité universaliste au travers de principes et règles juridiques stricts pouvait s'envisager par l'interdiction de toute obligation de traitement différent et par l'égalité sans distinction de religion. Pourtant, la prise en compte du fait religieux est venue remettre en question l'application de ces principes. Ainsi, nous ne pouvons que constater une forme d'effacement de ces exigences au contact du critère particulariste religieux. Les aménagements précédemment exposés manifestent une forme d'obligation de traitements différents et l'abattage rituel manifeste, au côté de tous les autres aménagements, à quel point l'égalité sans distinction de religion ne s'applique pas en matière religieuse. D'autant que la prise en compte de ces situations ne peut qu'impliquer une saisie directe de la différence

³⁸⁷¹ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, Doctorat de droit public, Université de Bordeaux et Université de Montréal, 2014, p. 303.

³⁸⁷² Voir le Titre suivant.

religieuse elle-même. Bien entendu, le droit français ne cède pas pleinement au différencialisme à l'image d'autres systèmes étatiques. L'idéal universaliste – ainsi que les principes afférents en matière religieuse – restreignent toujours la différenciation. Toujours est-il que les brèches existent dans cet idéal et le droit ne s'est nullement contenté d'une généralité absolue pour saisir le religieux en droit. Cela, principalement au titre de la liberté de religion.

1477. En effet, c'est cette dernière qui a majoritairement motivé les aménagements par la différenciation, car c'est elle qui est majoritairement invoquée par la quantité de voies de contestations qu'elle ouvre. Sa capacité d'extension est relativement sans limite. Celle-ci occupe une place tout à fait fondamentale dans le domaine cultuel qui supplante largement le principe d'égalité. Cela, au point de le contredire ouvertement sans que cela ne puisse excessivement interpeler. La liberté de religion entretient donc un lien tout aussi étroit tant avec l'égalité formelle, par l'exclusion de toutes discriminations directes pesant sur les consciences, qu'avec l'égalité réelle à travers la prise en compte des discriminations indirectes. Il est certain que la logique de cette liberté fondamentale a démocratisé les aménagements au profit des communautés religieuses. Toutefois, tous ne peuvent être rattachés à une reconnaissance aussi ancienne et, même si la liberté intervient toujours, l'égalité réelle est aujourd'hui la cause du maintien de certains aménagements et de l'essor d'autres.

1478. Ces éléments corroborent l'absence d'une égalité absolue sans distinction de religion. La liberté de religion occupe une place première qui étend considérablement la saisie juridique de la religion. En substance, elle se limite difficilement au régime des cultes. Par l'objet qu'elle saisit – par essence protéiforme – et ses modalités d'exercice juridique – la contestation d'une règle restreignant l'exercice religieux –, la liberté de religion pousse à la saisie des particularités, alors intrinsèques au religieux. En ce sens, elle ne peut que faire reculer le principe d'égalité sans distinction de religion et, dans la réalité du droit français, tel est le cas. En outre, contrairement aux autres critères prohibés de l'article 1^{er} bien plus sujets à la censure, la religion n'a rien d'une différence strictement exclue du droit.

1479. C'est aussi ici que se brouille la frontière entre ce qui relève du choix ou de la circonstance extérieure. Le droit français a pu, par la mise en avant principale de la liberté de religion, invoquer l'autonomie individuelle et l'universalité, quand, implicitement, il prend manifestement en considération les circonstances extérieures que représente l'emprise des croyances religieuses sur l'individu. La liberté de religion peut être conforme à l'une ou l'autre des philosophies politiques, mais, par la nature de ce qu'elle protège, elle entretiendra toujours avec l'universalisme un rapport conflictuel.

1480. Ces éléments auront tout de même confirmé que supposer que la liberté de religion, parce qu'elle est une question de choix, n'induit pas d'aménagements différencialistes s'avère erroné. De même, tout ceci conforte le caractère limité de théories trop tranchées sur la place du choix par rapport à celles de l'égalité et de la liberté. Peut-être pouvons-nous cependant trouver une partie d'explication dans le constat opéré par Richard Moon, selon lequel la sécularisation de la liberté de religion a orienté cette dernière vers un problème d'identité

culturelle³⁸⁷³. Cela rejoint l'imbrication entre égalité et liberté au profit de l'intégration des différences. Or, le constat suggère qu'une telle imbrication est récente, alors que la prise en compte des différences par la liberté de religion se révèle bien ancienne. Tout au plus pouvons-nous imaginer que l'essor d'une égalité réelle différencialiste, mêlée à la liberté de religion, fait de cette dernière de plus en plus une affaire d'identité, de circonstance, donc une ouverture aux aménagements. En toute hypothèse, notre étude du droit positif conforte les nuances que nous apportions dans nos développements conceptuels et démontre toute l'étendue du problème de la subjectivité de la religion. Le droit révèle en définitive que la liberté de religion semble ne jamais avoir été qu'une affaire de choix, peut-être tout simplement parce qu'elle saisit un objet pluridimensionnel et qui ne s'est, *de facto*, jamais limité à cela. Le droit témoigne également, et en lien, à quel point la liberté de religion *permet* l'inclusion des différences et, plus encore, en substance *oblige* l'inclusion des différences en droit.

³⁸⁷³ R. MOON, « Government Support for Religious Practice » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009, p. 231.

Conclusion du titre

1481. Le droit français n'a en définitive pas fait l'économie de toutes les implications et tensions que pouvait entraîner le fait religieux. Tous ces éléments en apprennent plus sur la complexité des rapports entre égalité et fait religieux, mais également sur la concrétisation de l'égalité universaliste. Ici, plus que jamais, la saisie du fait religieux en droit, principalement sous l'impulsion de la liberté de religion, entre frontalement en tension avec l'égalité universaliste ; au point qu'elle la vide d'une partie de substance.

1482. À l'aune de ce constat, les aménagements mis en place en France ne s'éloignent plus tant des accommodements raisonnables pratiqués dans certains États. Au Québec, José Woehrling explique que l'accommodement raisonnable peut adopter plusieurs formes³⁸⁷⁴. Il peut être une simple dispense des intéressés de l'application de la règle contestée ; c'est le cas d'une dérogation à la règle d'interdiction de possession d'armes par les élèves pour le kirpan sikh³⁸⁷⁵ ou à la règle d'interdiction de port de signe religieux pour l'*hijab* musulman³⁸⁷⁶. Il peut également prendre la forme d'une mise en place d'installations et/ou avantages mis à la disposition des religions par l'État ; c'est le cas de la disposition de menus spécifiques pour certains croyants dans les réfectoires scolaires³⁸⁷⁷. Ces situations sont vérifiées, acceptées, voire imposées par les juges dans cet État. Selon des auteurs, ces procédés sont contextuels, pratiques et relèvent de l'application d'une règle générale qui, quant à elle, ne distingue pas³⁸⁷⁸. Enfin, il existe également une forme d'accommodement « mise à la charge du législateur qui, dans l'élaboration d'une loi, doit prévoir, le cas échéant, des exceptions ou modalités particulières afin d'éviter de discriminer indirectement une catégorie d'individus sur la base d'un motif prohibé, ou de restreindre indûment leur liberté de religion sans justification suffisante »³⁸⁷⁹.

1483. En France, l'État pratique bien des formes d'accommodements raisonnables³⁸⁸⁰ : les autorisations d'absence renvoient à une dérogation prenant la forme d'une dispense ; les repas de substitution peuvent être rattachés à la mise en place d'installations spécifiques, l'auteur en cite d'ailleurs l'exemple. Pour l'autre forme d'accommodement citée, nous pouvons y voir un rapprochement avec le cas de l'abattage rituel. Si ces aménagements sont limités, nous

³⁸⁷⁴ J. WOEHRLING, « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec » in M. JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables, quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 224 et s.

³⁸⁷⁵ Il s'agit d'un poignard, accroché à une ceinture nommée la *Gatra*, et porté, selon la tradition religieuse, en toute circonstance par les croyants sikhs.

³⁸⁷⁶ J. WOEHRLING, « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec » in M. JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables...*, op. cit., p. 224.

³⁸⁷⁷ *Ibid.*

³⁸⁷⁸ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009, p. 319-373.

³⁸⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁸⁰ O. BUI-XUAN, « Sphère publique, espace public et diversité religieuse » in C. RUET (dir.), *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, coll. « Colloques et Essais », p. 271.

avons vu comme ils pouvaient être protégés, garantis, et vraisemblablement difficiles à supprimer.

1484. Malgré tout, si le droit français intègre les différences religieuses, il le fait à sa manière ; en tentant d'enserrer les aménagements dans plusieurs garanties éparses se voulant universalistes. Nous pouvons tant bien que mal essayer d'esquisser une ligne directrice pour établir ceux-ci.

1485. Sans surprise, il convient d'abord de privilégier la généralité de la règle, par une norme qui s'applique à tous les individus, sans critère religieux. Toutefois, quand cette règle forme en elle-même directement l'aménagement³⁸⁸¹, elle ne doit pas dissimuler une différenciation par son caractère trop restrictif. Pour cela, la norme générale doit pouvoir concrètement concerner un nombre important d'autres situations et individus. En d'autres termes, si elle est, de prime abord, prévue pour tout individu, sa cohérence exigerait une applicabilité effective pour tous, et non une formulation alambiquée qui témoigne d'un ciblage sur le groupe religieux. Faute de quoi, la finalité religieuse de la règle en condamnerait la légalité.

1486. De manière générale, sont préférables des aménagements qui visent des besoins religieux plus généraux et qui concernent plusieurs communautés ou un exercice du culte – hypothétiquement – conçu comme universel. Comprenons par-là que certaines pratiques sont anciennes, propres à plusieurs religions et apparaissent comme des besoins généraux de l'exercice religieux. La transcription juridique préfère ainsi des statuts généraux, accessibles pour toute religion. Par exemple, les fêtes religieuses ou les prescriptions alimentaires sont très globalement partagées par toutes les grandes religions. Satisfaire ces demandes c'est répondre au libre exercice du culte. Le « burkini » ne bénéficie sûrement pas de ce label, considérant avant tout qu'il se rattache à l'exercice d'une seule religion, voire d'une fraction de cette religion. Il exprime alors un besoin par trop spécifique. C'est du moins ce qu'il se dégage de l'ordonnance de 2022. Il semble qu'en définitive une demande plus particulariste alerte le juge davantage que lorsqu'il s'agit d'une demande plus ouverte, qui concerne la généralité des cultes. L'appréciation se centrerait dès lors sur la finalité de la règle – celle de viser un besoin spécifique – plus que sa formulation. Nous pouvons également supposer que, dès lors qu'il s'agit de pratiques « universalisées », dans le sens où elles apparaissent anciennes, ancrées comme caractéristiques de l'exercice religieux, elles ne sont pas assimilées à des prescriptions communautaristes ou identitaires. Nous avons vu combien les cas des autorisations d'absence ou de l'abattage pouvaient être anciens. La sévérité du juge concernant le « burkini », en comparaison de sa bienveillance d'autres affaires, conforte ce postulat. Manifestement, un tel critère se montre une nouvelle fois profondément arbitraire, subjectif et nous en avons évoqué les limites.

³⁸⁸¹ Nous pensons à l'exemple de la règle grenobloise pour le « burkini ».

1487. D'un côté, nous pourrions soutenir que l'ordonnance de 2022 se révèle intéressante en ce qu'elle tend à éviter une généralité de façade. Seulement, elle implique nécessairement l'établissement fragile d'une différence de traitement peu apparente dans la norme. De plus, elle intervient postérieurement à la mise en place d'autres aménagements qui, quant à eux, n'emploient pas entièrement la généralité. Il s'agit des situations où sont mises en place des possibilités générales de dérogations individuelles à la loi commune³⁸⁸². Dans ce cadre, l'autorité doit apprécier au cas par cas la dérogation, sans automaticité. Surtout, elle ne doit pas rechercher la véracité du motif religieux invoqué, de sorte qu'une égalité d'application du procédé s'en dégage. Enfin, elle ne peut refuser cette dérogation qu'au titre de nécessités du service, comme son bon fonctionnement. Paradoxalement, ce dispositif est validé par le juge alors qu'il recèle une exigence certaine concernant des règles générales trop incohérentes et concrètement restrictives. Pourtant, le procédé est bien plus proche de la distinction pour motif religieux que celui appliqué pour le « burkini »³⁸⁸³. Cette forme d'aménagement n'est pourtant pas aussi satisfaisante, dans la mesure où elle crée une application spécifique de la règle pour le religieux. Si elle peut minimiser les difficultés tenant aux distinctions religieuses, elle préserve, dans certaines situations, d'importantes ambiguïtés au regard de l'égalité que nous avons maintes fois exposées³⁸⁸⁴.

1488. À notre sens, l'établissement de statuts juridiques généraux, accessibles pour toutes les religions reste pertinent. La seule exigence lors de la mise en place des règles tient de l'ouverture de la règle et de l'adaptation constante des conditions d'application afin que chaque culte, aussi minoritaire soit-il, puisse en bénéficier. Au regard du droit commun, il nous semble plus judicieux d'universaliser la règle, sans employer un quelconque vocabulaire religieux dans sa formulation, afin de tenir compte des impératifs confessionnels. En dépit des considérations jurisprudentielles, l'initiative de la commune de Grenoble est un exemple de ce qui paraît conforme à l'égalité. Dans le droit commun l'extension de la règle commune ne pose pas de véritable difficulté, du moment qu'il ne s'agit pas d'un régime spécifique, mis à la disposition d'une catégorie de convictions. En l'occurrence, il est seulement question d'assouplir une règle pour permettre l'expression d'une religion. Dans le fond personne n'est perdant : des individus peuvent juste davantage se conformer à leur culte et des individus areligieux peuvent tout autant être soumis à la même règle. La seule inégalité qui sera susceptible de surgir à terme reste purement factuelle.

³⁸⁸² Nous pensons ici aux autorisations d'absence ou au repas de substitution.

³⁸⁸³ Imaginons l'hypothèse suivante : la ville de Grenoble établissait comme instruction la possibilité pour des individus d'obtenir des dérogations individuelles, non systématiques – par exemple un certain créneau, un jour par semaine ou par mois –, afin de porter le « burkini » à la piscine, en conformité toutefois avec les règles d'hygiène. Dans ce cadre, il n'y a pas d'atteinte au fonctionnement normal du service, ni un coût supplémentaire. De même, l'autorité n'aurait pas à vérifier la véracité du motif invoqué. Le juge aurait-il validé un tel dispositif ? En suivant la jurisprudence décrite, ce dispositif aurait vraisemblablement davantage de chance d'être accepté que celui effectivement mis en place à Grenoble et qui a fait l'objet d'une annulation.

³⁸⁸⁴ Notamment les risques d'abus de droit si l'autorité ne peut vérifier le motif, le risque d'établir un privilège pour le croyant si un individu avec une autre conviction se voit refuser l'aménagement, le risque pour l'autorité de se conformer à une règle religieuse d'une communauté spécifique pour servir un repas particulier, le risque qu'un individu soit obligé de faire part malgré tout de sa différence, le risque que les demandes se multiplient...

1489. À la lumière de tous ces développements, il n'est pas inutile de rappeler les risques de la différenciation, l'importance de l'universalisme et cette opposition qui transparaît entre la liberté de religion et l'égalité. Myriam Pendu se charge brillamment de cela dans sa thèse : « [s]'il s'agit d'envisager la possibilité de déroger systématiquement aux règles civiles par égard pour la préservation de l'intégrité des convictions religieuses individuelles, cette solution implique de laisser l'opportunité de l'application de la règle de droit à l'appréciation autonome des subjectivités individuelles, lesquelles varient elles-mêmes selon l'intensité de la ferveur spirituelle éprouvée [...] En effet, dès que la consistance de la norme de référence est déterminée non pas par une instance commune et neutre, mais par des volontés individuelles, le risque est grand de voir se multiplier les régimes et statuts applicables aux individus. Ce risque d'une application différenciée des droits, est d'ailleurs accentué par le caractère protestatif des croyances religieuses, dès lors, que conformément aux prérogatives issues de l'affirmation de la liberté de religion, est assurée une totale liberté quant au choix et aux changements des orientations religieuses »³⁸⁸⁵. Et l'autrice de conclure alors que « c'est la généralité et l'impérativité de la règle de droit qui permettent d'assurer une certaine unité et harmonie dans la coexistence des individualités au sein d'un même espace social [...] »³⁸⁸⁶. En somme, l'impossible saisie juridique d'un objet religieux particulièrement protéiforme et subjectif remet certes en question la généralité de la règle, mais en souligne également son importance.

³⁸⁸⁵ M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Paris, Defrénois, 2008, coll. « Doctorat & Notariat », p. 180.

³⁸⁸⁶ *Ibid.*

TITRE 3. LA MISE EN LUMIERE D'UNE AGGRAVATION DES TENSIONS ET DES INCOHERENCES INTRINSEQUES A LA PRISE EN COMPTE FRANÇAISE DU RELIGIEUX

1490. Nous savons que sous la généralité de la règle, la prise en compte du fait religieux peut entraîner certaines conséquences, peu pensées et évoquées, qui contredisent l'égalité universaliste : la reconnaissance des groupes religieux et de la spécificité de la conviction religieuse. Or, l'idée sous-jacente demeurerait que le fait même de saisir le religieux s'accompagnait de ces tensions. Lorsque cette appréhension du religieux se fait dans la reconnaissance des différences, les conséquences ne changent pas réellement. Pis encore, elles s'aggravent.

1491. En effet, intégrer la différence religieuse c'est reconnaître un particularisme substantiel, identitaire, mais aussi souvent communautaire. De l'autre côté, c'est aussi partir du principe que la conviction a ceci de particulier qu'elle influe à tel point sur la vie de l'individu qu'elle exige des aménagements. Dès lors, si la différenciation contredit ouvertement l'égalité universaliste à la française par la reconnaissance expresse des particularismes religieux, elle aggrave d'autres risques de tensions et contradictions avec celle-ci, moins apparentes et déjà, pour partie, évoquées : d'une part, l'appréhension différencialiste intrinsèque au fait religieux est largement susceptible d'accroître une atteinte à l'égalité individualiste en entraînant une reconnaissance accrue des groupes, notamment minoritaires (**CHAPITRE 1**) ; d'autre part, cette appréhension entraîne une reconnaissance accrue de la spécificité de la conviction religieuse (**CHAPITRE 2**). Le différencialisme met alors en lumière de nouvelles perspectives et réflexions sur ces points.

CHAPITRE 1. Une logique différencialiste stimulant une prise en compte des groupes minoritaires

1492. L'égalité réelle, sous certains aspects, s'émancipe peu à peu des origines individualistes pour tendre vers ce que certains qualifient sans hésitation d'« égalité entre groupes »³⁸⁸⁷. Poussée à son paroxysme, cette égalité, ainsi devenue différentielle, défend à son tour la reconnaissance des communautés en accordant de l'importance aux revendications fondées sur « la dérogation, l'exception, la singularité et la particularité en vertu d'un ralliement à un groupe donné »³⁸⁸⁸. Nous serions même tentés de rajouter que du point de vue des plus hardis défenseurs de l'égalité substantielle, la reconnaissance des groupes s'inscrit comme une nécessité que l'universalisme individualiste aurait renié en bloc, donc totalement évincé³⁸⁸⁹. Il n'est pas étonnant de trouver dans la doctrine la dénonciation d'un risque patent de communautarisme³⁸⁹⁰, ce qui explique son rejet en France. À l'inverse, cette approche est partagée par les courants différencialistes, qui défendent une prise en compte des différences « communautaires » ou « minoritaires » que le modèle universaliste et individualiste n'a que trop délaissé et, plus précisément, auquel il s'oppose.

1493. En conséquence, l'intégration des différences religieuses au titre d'une égalité plus proche du réel interroge la saisie des communautés religieuses par le droit³⁸⁹¹. C'est ce qui explique pour partie une opposition farouche du système français aux théories différencialistes issues des États-Unis ou du Canada³⁸⁹². En effet, ces conceptions d'une égalité plus substantielle portent en elles, voire, bien souvent, défendent, une protection importante des communautés minoritaires et présentent ainsi le risque d'accroître la reconnaissance des groupes religieux (SECTION 1). Certes, le modèle français est déjà implicitement sensible à une reconnaissance des communautés religieuses. Seulement, l'immixtion d'une conception plus différencialiste de l'intégration du fait religieux par le droit accroît ce risque de reconnaissance,

³⁸⁸⁷ W. B. ALLEN, « Égalité et droit dans le monde actuel », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 18, 1990, p. 175-188.

³⁸⁸⁸ G. Koubi, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. Koubi et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 466 (nous soulignons).

³⁸⁸⁹ « [e]n niant les appartenances identitaires, en ignorant l'existence des communautés infra-étatiques, on prive les membres des groupes minoritaires de la possibilité d'exercer un certain nombre de droits fondamentaux, notamment d'ordre culturel et politique » (D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, coll. « Les voies du droit »).

³⁸⁹⁰ Voir l'article Sébastien Barles, dans lequel l'auteur expose plusieurs formes d'égalité, jusqu'à atteindre celle qui touche la question de l'*Autre* et par laquelle il observe le glissement vers un risque de communautarisme (S. BARLES, « Complexité et mutabilité du concept d'égalité », *Hommes & Migrations*, n° 1232, 2001, p. 83-89).

³⁸⁹¹ Nous l'avons précisé, mais nous employons le mot « groupe » comme synonyme de « communauté ». Tous deux renvoient à des entités auxquelles un individu se dit appartenir et qui revendiquent, en tant qu'entité à part entière, des considérations politiques et/ou juridiques propres. Le terme de « minorité », quant à lui, rejoint ceux de « groupe » ou « communauté », avec une spécificité marquée par les rapports de domination avec des groupes ou cultures majoritaires. Pour être exact, la minorité est une forme de communauté qui s'inscrit en opposition – parfois volontaire, parfois subie – au modèle dominant.

³⁸⁹² G. Koubi, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. Koubi et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, op. cit., p. 302, note 15

comme en témoignent inévitablement les différenciations mises en place en droit français (SECTION 2). Tous ces développements permettent de nouvelles réflexions sur des limites déjà soulignées, mais ici aggravées. Ils offrent alors un panorama complet sur la situation du régime français au regard des groupes religieux et permettent sa critique (SECTION 3).

SECTION 1. Le différencialisme au service d'une prise en compte des groupes

1494. L'égalité réelle différencialiste, qui, nous l'avons vu, trouve sa place dans la sphère politique et juridique française, entretient un lien étroit avec la prise en compte des communautés. En ce sens, les conceptions différencialistes de l'égalité favorisent indéniablement les considérations portées sur les groupes et les minorités³⁸⁹³. Les courants et politiques différencialistes se veulent effectivement protecteurs de certaines communautés défavorisées (PARAGRAPHE 1). D'ailleurs, comme le droit international s'avère sur certains points sensibles à une forme d'égalité plus différencialiste, il illustre cette ouverture possible, dans cette optique, à la cause des groupes (PARAGRAPHE 2). En conséquence, les outils concrets mis en place dans le cadre de politiques et philosophies différencialistes sous-tendent presque systématiquement une logique de reconnaissance du groupe (PARAGRAPHE 3).

PARAGRAPHE 1. Des politiques et doctrines différencialistes protectrices des communautés

1495. De manière générale, les auteurs qui tentent d'inscrire la gestion religieuse dans un paradigme différent du modèle libéral universaliste qu'arbore la France incluent une certaine reconnaissance des groupes. Rien d'étonnant en soi, puisqu'une partie des limites dénoncées du modèle universaliste tient en son individualisme à outrance, qui ignorerait par trop l'identité des groupes minoritaires³⁸⁹⁴. De plus en plus, l'égalité formelle individualiste mute alors vers

³⁸⁹³ Comme nous le disions en Introduction de cette thèse, nous regroupons dans les notions utilisées l'idée d'un ensemble d'individus unis par une appartenance et identité commune, par des normes généralement propres au groupe, dont la finalité est communautaire (Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individu*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, p. 19). Le terme de minorité renvoie plus spécifiquement à un tel groupe d'appartenance, mais dans une situation de comparaison par rapport à un autre groupe. Cette comparaison s'opère évidemment à l'égard du groupe majoritaire et dévoile précisément la position désavantageuse, d'un point de vue social, politique ou encore juridique, d'un groupe souvent plus d'implantation plus récente numériquement minoritaire (bien que ce critère ne soit pas pertinent *per se*). Ainsi, la discrimination indirecte et, plus largement, l'égalité réelle, appréhende cette situation minoritaire de groupes, précisément en fonction de leurs critères d'appartenance. Les groupes et minorités décrits dans cette partie renvoient donc à des critères substantiels, d'appartenance, qui caractérisent plusieurs et regroupent des individus – souvent sous un sentiment d'appartenance conscience et revendiqué – que l'universalisme exclut du droit. Le critère religieux est évidemment l'un d'eux ; il permet, par exemple en France, de considérer la religion musulmane comme minoritaire dans son traitement social, politique et juridique, par rapport à la religion catholique, alors qu'elle ne l'est plus tellement numériquement (p. 717 et s.).

³⁸⁹⁴ « Et c'est parce que le désir de reconnaissance institutionnelle des identités, individuelles ou communautaires, a été "bridé" par la philosophie universaliste que ressurgissent des revendications identitaires, de manière parfois violente » (B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes Paris, 2003, p. 42).

« une égalité de traitement et de considération entre les diverses origines culturelles et communautaires »³⁸⁹⁵. Beaucoup d'individus, du fait du modèle universaliste, ont été victimes de discriminations à l'égard de leurs identités collectives bafouées et méprisées³⁸⁹⁶. Le rapport égalitaire étudié est toujours celui entre une majorité avantagée et incluse dans l'universel, et une minorité exclue, implicitement effacée. Cela interroge alors la légitimité des droits religieux différenciés et minoritaires. Qu'il s'agisse de réflexions générales renouvelant l'approche des cultures et religions ou de courants classifiés comme le multiculturalisme ou les communautaristes, un point de convergence s'opère sur la question de la place plus importante accordée aux groupes.

1496. D'ailleurs, l'origine d'une grande partie de ces courants de contestation de la philosophie libérale classique découle d'une confrontation dans le cadre du rapport majorités-minorités. L'objectif porté était avant tout celui de combler les carences en matière de respect de ces dernières³⁸⁹⁷. L'impossible neutralité des règles dans les modèles libéraux qui prônent la non-reconnaissance des différences pousse à la défense d'une prise en compte communautaire. De manière générale, tous les débats concourant à la remise en cause du modèle libéral ont trait à la place de l'individu et, surtout, des communautés³⁸⁹⁸.

1497. En effet, la transformation du libéralisme passe par l'introduction d'une « nouvelle dimension collective et culturelle : l'appartenance à un groupe ethnique ou à une communauté culturelle et linguistique dont les valeurs et l'identité ont été humiliées, et qui ont entraîné une citoyenneté de seconde zone pour leurs membres, ce qui pose d'énormes problèmes juridiques pour l'État de droit, ceux de la légitimité des droits minoritaires collectifs³⁸⁹⁹ »³⁹⁰⁰. Dès lors, seule une prise en compte des inégalités entre les groupes religieux peut permettre une véritable relation neutre entre l'État et les différentes communautés³⁹⁰¹. Inévitablement, selon cette approche, la non-discrimination et l'égalité de traitement des religions exigent un équilibre entre les différentes demandes qui prend en considération les inégalités entre la religion majoritaire et les minorités³⁹⁰².

³⁸⁹⁵ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais », p. 565.

³⁸⁹⁶ *Ibid.*

³⁸⁹⁷ Voir l'introduction du Chapitre VIII « Égalité et différences : les défis du multiculturalisme » de l'ouvrage précité (*ibid.*, p. 546 et s.).

³⁸⁹⁸ Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à consulter l'ouvrage d'Alain Renaut et de Sylvie Mesure, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, qui aborde les conceptions cherchant à se substituer au libéralisme (communautarisme, multiculturalisme...). En toile de fond des exposés, il est constamment question de la place des communautés d'appartenance dans le processus philosophique, politique, puis juridique (A. RENAUT et S. MESURE, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999 (réédition Flammarion, 2002)).

³⁸⁹⁹ Nous employons dans ce paragraphe le vocabulaire « droit collectif » car c'est celui adopté majoritairement par la doctrine citée dans ce cadre. Pour plus d'éléments à ce sujet, voir notre note 2041.

³⁹⁰⁰ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?...*, *op. cit.*, p. 565.

³⁹⁰¹ V. BADER, « Religious Pluralism: Secularism or Priority for Democracy ? », *Political Theory*, vol. 27, n° 5, 1999, p. 597-633.

³⁹⁰² *Ibid.*

1498. Une solution pourrait passer par une plus grande implication des groupes religieux dans le processus démocratique. Ce questionnement traverse même des penseurs libéraux qui ne veulent céder à une quelconque domination des communautés privées mais qui prennent conscience de leur importance aujourd’hui dans le processus démocratique³⁹⁰³. Seulement, ces théories procédurales tentent de concilier une vision libérale traditionnelle avec une correction du modèle actuel. Elles s’inscrivent davantage dans un objectif de reconquête démocratique³⁹⁰⁴. D’autres envisagent un processus plus différencialiste, dans lequel les groupes religieux joueraient carrément un rôle politique, institutionnel et social plus crucial³⁹⁰⁵.

1499. Ainsi, une politique d’accommodements impartiale et portée sur l’autonomie accrue des minorités inclurait l’intégration de ces groupes dans les institutions publiques, réduisant alors les risques d’isolement de ceux-ci³⁹⁰⁶. Pour une telle approche, il est résolument question de l’octroi d’un droit spécifique à l’information aux groupes religieux, voire d’une obligation d’information pour les administrations envers ceux-ci, ou d’opportunités accrues de participer aux débats publics, surtout sur des questions morales contestées³⁹⁰⁷. Les groupes sont précisément sélectionnés sur la base de leur critère religieux. Ce postulat inclut également l’organisation de conseils spécifiquement religieux et leur consultation dans certains cas. Une telle conception va même jusqu’à imaginer l’idée que des sièges soient réservés dans les assemblées législatives aux religions, permettant à celles-ci de participer sans voter³⁹⁰⁸.

³⁹⁰³ C’est le cas de John Rawls avec sa théorie du « consensus par recoupement » (J. RAWLS, « L’idée d’un consensus par recoupement » (traduit par A. TCHOUDNOWSKY), *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 1, 1988, p. 3-32 et ensuite *Political Liberalism*, New-York, Columbia University Press, 1993, p. 63). Guy Haarscher explique clairement la conception de Rawls, pour qui « les principes de justice sont toujours définis indépendamment des conceptions du bien, sans quoi l’hétéronomie régnerait » (G. HAARSCHER, *La laïcité*, Paris, Que sais-je ?, 7^e éd., 2021, p. 118). Suivant cette théorie, « les individus sont pour ainsi dire à invités à se “retourner” vers leurs engagements particuliers, de façon à y retrouver les ressources motivationnelles qui conféreront – si tout va bien – à leur engagement pour la justice et à leur loyauté citoyenne un contenu “fort” » (*ibid.*, p. 18-19). Ainsi, le « consensus » apparaît par la recherche au sein de la communauté-même des motivations permettant d’adhérer aux principes de justice ; « il existe donc un consensus entre les individus – puisqu’ils adhèrent aux mêmes principes “laïques” –, mais les raisons de ce consensus seront nécessairement variées dans une société pluraliste ». Le « recoupement » s’exprime donc par la convergence de ces engagements pour des mêmes principes de justice, « à partir des contextes motivationnels différents » (*ibid.*, p. 19). En somme, résume Guy Haarscher, la théorie « revient à demander aux citoyens de trouver dans leurs traditions des ressources libérales à partir desquelles ils pourront adhérer “fortement” aux valeurs laïques » (*ibid.*). Par ce processus, les communautés ne sont pas délaissées, bien contraire, puisqu’elles fondent les défenses communes de certains principes de justice. En revanche, ces défenses sont individuelles et les motivations particulières doivent ensuite pour des principes laïques.

³⁹⁰⁴ Il s’agit de mieux intégrer les individus au processus démocratique aujourd’hui considérablement abîmé. En ce sens, John Rawls s’inscrit dans le courant des théories procédurales, tout comme Jürgen Habermas qui tente d’établir une approche par la communication entre les acteurs aux diverses valeurs (voir I. AUBERT et O. FLÜGEL, « Procéduralisme et politique délibérative. La philosophie politique de Jürgen Habermas », *Philonsorbonne*, n° 2, 2008, p. 31-45). Ces théories passent d’une focale portée sur le contenu ou les effets d’une norme, mais sur la procédure d’édition, qui se doit d’être neutre (voir A. LECLERC, « La contribution de la théorie procédurale de John Rawls à la redéfinition de la laïcité » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d’aujourd’hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica » p. 229-245).

³⁹⁰⁵ C’est notamment l’approche de Veit Bader, par exemple (V. BADER, « Religious Diversity and Democratic Institutional Pluralism », *Political Theory*, vol. 31, n°2, 2003, p. 265-294).

³⁹⁰⁶ Ce sont ici les mots de Veit Bader (*ibid.*), mais une telle thèse est loin de lui être exclusive.

³⁹⁰⁷ *Ibid.*

³⁹⁰⁸ *Ibid.*

1500. Ces approches se rangent souvent dans le courant général cherchant à réécrire, corriger, voire effacer, les termes du libéralisme et de l'universalisme classique³⁹⁰⁹. Il reste qu'un courant de pensée se forme habituellement d'un éventail d'auteurs, donc de thèses. Les nuances pullulent alors. Pourtant, nous retrouvons toujours une ligne directrice qui constitue les soubassements du courant doctrinal. Les auteurs l'utilisent, s'en inspirent, en modifiant la teneur, la corrigent, mais il y a constamment une origine et un objectif philosophiques qui persistent. Autrement dit, les éléments exposés ci-dessus se rejoignent de près ou de loin dans des courants plus généraux et connus comme le multiculturalisme (A) et le communautarisme (B) qui nourrissent la conception différencialiste de l'égalité réelle. Tous deux accordent une certaine importance à la place des groupes et minorités pour corriger des excès du libéralisme et de l'universalisme classiques, tout en le contredisant nécessairement.

A) Un courant multiculturaliste expressément favorable à la reconnaissance des groupes particularistes

1501. Fred Constant définissait le multiculturalisme comme cherchant « d'une part, la nécessité de ne plus refouler l'expression des différences *civiles* dans la seule sphère du privé mais, au contraire, de leur garantir une place dans l'espace public et une représentation dans les institutions politiques ; d'autres part, la *volonté d'accorder plus de droits aux minorités en tant que telles pour compenser les inégalités dont leurs membres pourraient être victimes dans les sociétés modernes* »³⁹¹⁰. Cette acception signale l'importance de la situation des divers groupes et communautés dans l'approche multiculturaliste. En effet, les fondements théoriques du multiculturalisme reposent sur la défense d'une alternative aux modèles libéraux classiques, marqués pour la plupart par l'individualisme et l'universalisme. Le multiculturalisme renvoie alors fréquemment à un projet politique qui a habituellement pour fondement, non l'individu ou l'État, mais les groupes minoritaires³⁹¹¹. C'est justement la place accordée à ces derniers qui lui valut une nécessaire évolution.

1502. En effet, depuis les années 1970-80, le courant multiculturaliste s'est modernisé sous le feu des critiques qui lui ont été rudement adressées et qui visaient les risques immodérés pour les libertés individuelles. Le multiculturalisme des premières années, décrit comme « conservateur, portait les excès d'une jeune et virulente opposition au libéralisme et son individualisme, au point qu'il aurait exagérément priorisé la place des communautés et

³⁹⁰⁹ Les propos qui suivront sont donc à lire en lien avec la partie déjà exposées sur ces courants et leur rapport au différencialisme (p 462 et s.).

³⁹¹⁰ F. CONSTANT, *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000, coll. « Dominos », p. 16 (nous soulignons).

³⁹¹¹ P. FOURNIER, « In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translation *Mahr* as a Bargaining Endowment » in R. MOON, *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009, p. 156.

identités³⁹¹². L'approche plus récente de ce courant concilie davantage les droits individuels et la prise en compte des communautés ; elle ne rompt pas entièrement avec le libéralisme³⁹¹³. Pour autant, même les thèses les plus modernes, dites d'un multiculturalisme libéral, sont intrinsèquement empreintes d'une certaine prise en compte des minorités³⁹¹⁴.

1503. En outre, le courant exprime « un tournant politique », précisément « marqué par la mobilisation de groupes minoritaires en quête de reconnaissance publique et, dans certains pays démocratiques, par toute une gamme de dispositifs juridiques et de programmes politiques visant à institutionnaliser le “droit à la différence” »³⁹¹⁵. Concrètement, le multiculturalisme reste caractérisé par une branche donnant une importance particulière aux groupes, précisément aux minorités. Cependant, cette importance varie au gré des solutions mises en place en pratique. En effet, Catherine Audard scinde en deux catégories les dispositifs prévus dans le cadre multiculturaliste : « soit des droits minoritaires collectifs et transitoires pourraient satisfaire les demandes de reconnaissance et de réparation, et corriger les excès et les défauts de la politique de l'État-nation en le détachant davantage de la culture dominante et majoritaire » ; « soit ces droits sont inscrits dans la Constitution et doivent faire partie des *droits humains universels* dont la déclaration devrait être complétée par des droits “culturels” »³⁹¹⁶. Habermas, par exemple, ne tire pas de son analyse la possibilité d'octroyer des droits collectifs aux groupes³⁹¹⁷. Il reste que, de manière générale, l'approche majoritaire de la doctrine justifie l'octroi de droits collectifs pour les minorités rétorque Patrick Savidan : « chacun doit pouvoir disposer d'un espace institutionnel où il peut exprimer son identité culturelle »³⁹¹⁸.

1504. Assurément, ce courant s'inscrit précisément comme différencialiste et prône le plus souvent la création de droits collectifs, spécifiques aux minorités afin de corriger les inégalités patentées³⁹¹⁹. La plupart du temps, ces droits collectifs sont davantage de véritables droits de groupe, justement parce qu'ils visent l'octroi de droits spécifiques à des minorités que

³⁹¹² Patrick Savidan décrit une réactualisation du multiculturalisme entreprise pour répondre aux nombreuses critiques qu'il subit. En effet, la défense des droits minoritaires fut dénoncée comme un risque pour les libertés des individus quand ces premiers risquaient de primer sur les seconds et d'y porter atteinte dans des cas précis. Ainsi, écrit l'auteur, c'est « précisément pour tenter de régler ce problème fondamental que des auteurs tels que Will Kymlicka, Charles Taylor, Daniel Weinstock ou, plus récemment, Jürgen Habermas se sont attachés à élaborer une position pluraliste qui offre toute garantie sur le plan de la protection des libertés individuelles » (P. *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, coll. « Que sais-je ? », p. 98-99).

³⁹¹³ C. AUDARD, « Le même et l'autre : les *british muslims* face au multiculturalisme libéral » in S. GUERARD DE LATOUR (dir.), *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, Paris, Éditions Hermann, 2013, coll. « Hermann Philosophie », p. 140 et s.

³⁹¹⁴ Ce ne sont pas moins les mots, rapportés par Patrick Savidan de Will Kymlicka, représentant principal du courant libéral du multiculturalisme, lorsqu'il recherchait à « “énoncer quelques principes et concepts clés qui nous permettront de dégager les éléments constitutifs d'une pensée proprement libérale des droits des minorités” » (W. KYMLICKA, *Multicultural Odysseys*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 61 cité dans P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 3^e éd., 2022, coll. « Que sais-je ? », p. 119).

³⁹¹⁵ S. GUERARD DE LATOUR, « Introduction » in S. GUERARD DE LATOUR (dir.), *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, op. cit., p. 7.

³⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 569

³⁹¹⁷ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 94. Si tant est que l'on puisse ranger Habermas parmi les multiculturalistes. Il est plus généralement considéré comme plaidant pour un certain pluralisme, mais rarement rattaché à la branche multiculturaliste.

³⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 95.

³⁹¹⁹ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?...*, op. cit., p. 566.

le modèle universaliste rejette profondément. Dès lors, en dépit de l'évolution d'une doctrine cherchant à corriger l'étouffement des libertés individuelles par celles collectives issues du premier multiculturalisme, l'appréhension des inégalités et discriminations sociales exige substantiellement, dans toute branche, en opposition assumée à l'universalisme, une prise en compte communautaire. L'approche de Charles Taylor est symptomatique d'une telle substance lorsqu'il qui tente d'inscrire une certaine forme de différencialisme dans les limites du libéralisme, mais défend tout de même la prise en compte des communautés sous une politique multiculturaliste. Il met certes avant tout l'accent sur l'épanouissement individuel, mais celui-ci passe précisément par la reconnaissance des communautés³⁹²⁰.

1505. Sur le plan pratique, le multiculturalisme, donc l'acceptation positive des groupes, a connu une implémentation concrète dans certains États. La Canada reste l'exemple le plus parlant d'une reconnaissance incontestable du fait minoritaire, tant politique que juridique, depuis les années 1970³⁹²¹. De manière générale, c'est notamment en inscrivant la discrimination indirecte au cœur de son raisonnement politique contemporain que le Canada fait nécessairement place à un raisonnement porté sur les groupes minoritaires³⁹²². Sa Charte des droits et libertés prévoit par exemple, au paragraphe 1^{er} de son article 15, une protection de l'égalité réelle qui exige l'appréciation de l'incidence concrète d'une mesure sur l'individu, mais également sur les membres du groupe auquel appartient celui-ci. La place du groupe prédomine d'ailleurs dans l'appréciation faite par la Cour Suprême canadienne³⁹²³. Ce système

³⁹²⁰ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, Paris, Presses de Sciences po, 2016, coll. « Références », p. 107-108. Rappelons ces mots de Charles Taylor : « Avec la politique d'égalité [le modèle universaliste classique], ce qui est établi est censé être universellement le même, un ensemble identique de droits et de privilèges ; avec la politique de la différence, ce que l'on nous demande de reconnaître, c'est l'identité unique de cet individu ou de ce groupe, ce qui le distingue de tous les autres » (C. TAYLOR, « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), Paris, Flammarion, 2009, coll. « Champs essais », p. 57).

³⁹²¹ « Durant les années soixante-dix, l'application du multiculturalisme canadien s'appuie sur l'idée que les activités des institutions créées par les immigrés (écoles, associations, églises) facilitent leur intégration et permettent le maintien de leurs coutumes et langues dans un pays dominé par deux autres cultures et langues. Objectifs des programmes établis : apporter une assistance financière aux groupes ethnoculturels détenant une organisation communautaire, assurer un apprentissage des langues officielles ainsi que la transmission des langues maternelles des immigrés à leurs descendants, promouvoir le développement d'une allégeance culturelle (au pays d'origine et au Canada), multiplier les échanges entre minorités ethniques et majorités d'ascendances francophone et britannique [...]. Aujourd'hui, le multiculturalisme met moins l'accent sur le développement communautaire des immigrés et la préservation de leurs cultures que sur la lutte contre la discrimination et le racisme, l'égalité des droits socio-économiques et politiques des groupes ethniques, l'insertion des minorités dans les instances publiques et les échanges interculturels » (D. HELLY, « Le multiculturalisme canadien », *Hommes et Migrations*, n° 1200, juill. 1996, p. 25-34).

³⁹²² Il n'y a qu'à voir les propos de José Woehrling lorsqu'il présente les discriminations indirectes dans le cadre juridique canadien ; la notion de groupe occupe une place prépondérante (J. WOEHRLING, « Liberté de religion, accommodements raisonnables et neutralité religieuse de l'État : les fluctuations de la jurisprudence de la Cour suprême », *Religiologiques*, n° 34, 2016, p. 83-115).

³⁹²³ « Pour ce faire, il faut prendre en compte le contexte global de l'affaire, y compris l'incidence réelle de la mesure sur les demanderesse et les membres du groupe auquel elles appartiennent. [...] Lorsque, comme en l'espèce, la distinction invoquée est le déni d'un avantage prévu par un régime légal de prestations applicable à un grand nombre de personnes, l'évaluation du caractère discriminatoire doit être axée sur l'objet de la mesure contestée, dans le contexte global du régime législatif, compte tenu de l'ensemble des bénéficiaires potentiels. La question est de savoir si, eu égard à tous les facteurs pertinents, la mesure contestée perpétue un désavantage ou applique un stéréotype au groupe des demandeurs, en contravention du par. 15(1) de la Charte » *Withler c. Canada* (Procureur général), 2011, CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396).

affiche un lien profond, mais concret, entre une approche l'égalité réelle différentialiste et l'inclusion des groupes.

1506. D'un côté, à l'instar de plusieurs doctrines multiculturalistes, l'approche canadienne cherche à renouveler le libéralisme sans pour autant rompre fondamentalement avec tous ses principes. Ainsi, les droits individuels ne s'effacent pas derrière la communauté. Le respect de l'individualisme tapisse le fond de la culture multiculturaliste canadienne³⁹²⁴. De l'autre, la conception nationale cherche précisément à octroyer une place aux communautés que le modèle universaliste aurait totalement omise. Si un équilibre est visé entre droits individuels et communautaires au Canada, reste que ces derniers n'ont théoriquement aucun droit de cité dans un régime comme la France. Les similitudes qui peuvent exister dans la volonté de respecter les libertés individuelles n'évincent pas la différence d'acception du principe d'égalité qui se développe dans l'un et l'autre de ces deux pays. À l'égalité formelle, insensible aux demandes communautaires, le multiculturalisme lui superpose – parfois substitue – une égalité matérielle qui favorise la reconnaissance des minorités³⁹²⁵. En conséquence, l'influence de ce courant dans la défense de l'égalité réelle – égalité réelle qui, rappelons-le, est pour partie intégrée au modèle français – et du différentialisme œuvre en faveur d'une reconnaissance politique et juridique des groupes, notamment religieux. Le courant de pensée communautaire rejoint cette approche.

B) Un courant communautaire substantiellement favorable à la prise en compte des groupes

1507. De façon quelque peu similaire au multiculturalisme, le courant communautaire se caractérise avant tout par sa déconstruction des fondements libéraux. Il trouve sa source dans une querelle doctrinale entre Rawls et ses contempteurs. Ce premier cherchait également à remédier aux lacunes du libéralisme classique, mais il fut reproché à ses théories de s'être surtout préoccupées de la liberté individuelle, en délaissant concomitamment la communauté³⁹²⁶. Pour les auteurs communautariens, l'individu du libéralisme est démesurément décontextualisé et insuffisamment situé³⁹²⁷. C'est précisément cette critique qui s'appuie sur une prise en compte des groupes : « le moi libéral leur apparaît certes trop peu

³⁹²⁴ J.-L. GIGNAC, « Le multiculturalisme canadien est-il antijacobin ? », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 9, n° 1, 2000, p. 136-147.

³⁹²⁵ Y compris pour le multiculturalisme libéral, pour lequel la reconnaissance de droits différenciés repose notamment sur l'égalité : « le groupe minoritaire subit une injustice qui peut et doit être corrigée » (P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 90).

³⁹²⁶ M. DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 3^e éd., 2018, coll. « Repères », p. 34.

³⁹²⁷ Hormis, nous précisent Sylvie Mesure et Alain Renaut, concernant la tradition des droits de l'homme, qui serait justement trop située (A. RENAUT et S. MESURE, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999 (réédition Flammarion, 2002), p. 89). On retrouve en ces termes une forme de la critique classique d'une tradition ou norme prétendument universelle, mais qui correspond en vérité à une certaine conception de la justice, propre à des sociétés spécifiques (occidentales). De l'aveu-même du libéralisme, point d'ancrage de la critique communautarienne, « les conceptions du bien sont multiples, le polythéisme des valeurs progresserait pour ainsi dire de la morale vers le droit, en vouant les principes libéraux eux-mêmes à une contextualisation masquant difficilement leur relativisation » (*ibid.*).

situé par rapport à ce dont, à leurs yeux, on ne saurait faire à ce point abstraction pour penser la sphère de l'humain, en l'occurrence l'appartenance à une diversité de communautés dont l'entrecroisement fait de la société une communauté des communautés »³⁹²⁸. Ils défendent donc une vision holiste, percevant la construction morale par le lien avec l'environnement sociale et culturel³⁹²⁹.

1508. Ces penseurs fondent donc au départ leur approche sur un rappel : « aucune identité n'est simplement le résultat d'un choix individuel, mais est liée à l'identification à une communauté de valeurs, de sens, historique, religieuse, etc. »³⁹³⁰. C'est pourquoi, contrairement au modèle français, l'appartenance communautaire forme pour ce courant un élément indissociable de l'épanouissement et du façonnement de l'identité³⁹³¹. Aussi bien que pour le multiculturalisme, cette conception permet par là même l'émergence de la question des appartenances culturelles³⁹³².

1509. Bien que certaines théories libertariennes radicales défendent une entière autonomie pour les groupes sur le fondement de la volonté individuelle, ainsi qu'une liberté nécessaire d'entrée et de sortie³⁹³³, les communautariens traditionnels postulent quant à eux la déférence intégrale à la communauté, spécifiquement pour la protection de celle-ci, en tant que groupe, et sa culture³⁹³⁴. Ils se démarquent au départ alors fondamentalement du multiculturalisme sur ce rejet strict du dogme des droits individuels³⁹³⁵.

1510. En toute logique, le projet politique défendu suggère qu'en fonction des appartenances culturelles et communautaires s'affirme une pluralité de droits³⁹³⁶. Néanmoins, pour certains, les communautariens dits libéraux, la liberté de religion, par exemple, ne saurait être illimitée³⁹³⁷ ; ici aussi, le devoir de protection de l'individu croyant contre son propre groupe religieux est requis³⁹³⁸. À l'image du multiculturalisme, les approches varient donc forcément et les outils visant à concrétiser les politiques défendues divergent en fonction des

³⁹²⁸ A. RENAUT et S. MESURE, *Alter ego...*, op. cit., p. 88.

³⁹²⁹ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 37.

³⁹³⁰ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?...*, op. cit., p. 598.

³⁹³¹ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 38-39.

³⁹³² A. RENAUT et S. MESURE, *Alter ego...*, op. cit., p. 90. Les auteurs expliquent plus loin que « c'est l'appartenance à une communauté, et notamment à une communauté de traditions, qui assure la continuité de notre moi et lui donne son identité, et l'on comprend aisément pourquoi la culture peut apparaître fournir l'exemple privilégié d'une telle communauté de traditions. Contre le moi abstrait des libéraux, on fera ainsi valoir un moi toujours déjà culturellement situé, dont l'identité d'appartenance sera supposée plus intégrante ou plus intégrative que ne l'est l'identité si fragile du sujet moderne » (*ibid.*, p. 92).

³⁹³³ Pour beaucoup, c'est cette notion d'entrée et sortie du groupe qui trace les frontières de l'individualisme. Pour rester dans son périmètre, il convient de permettre à tout individu d'intégrer le groupe qu'il souhaite, mais également, et surtout, d'en sortir quand il le veut. Ceci se traduit fréquemment par la nécessité de faire perpétuellement primer les droits individuels sur ceux éventuellement accordés aux groupes.

³⁹³⁴ V. BADER, « Religious Diversity and Democratic Institutional Pluralism », *Political Theory*, vol. 31, n°2, 2003, p. 265-294.

³⁹³⁵ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 38.

³⁹³⁶ A. RENAUT et S. MESURE, *Alter ego...*, op. cit., p. 94.

³⁹³⁷ « By the equal religious freedoms of other believers and by all other civil, political, and social rights, not only of others, but also of their own members » (V. BADER, « Religious Diversity and Democratic Institutional Pluralism », *art. préc.*).

³⁹³⁸ *Ibid.*

auteurs. Pour autant, « toutes les tendance “communautariennes” ont en commun une finalité commune, une reconnaissance institutionnelle des communautés »³⁹³⁹. La conclusion peut donc être identique à celle tenue pour le multiculturalisme : défendant une approche de l’individu renouvelée, le communautarisme plaide aussi pour une égalité réelle qui défend des droits spécifiques en faveur des groupes. De toute évidence, en ce qu’ils visent le dépassement des lacunes propres au modèle universaliste, et concomitamment individualiste, les courants prônant une forme d’égalité réelle différencialiste postulent intrinsèquement la reconnaissance des groupes. En ce sens, ce lien entre égalité réelle différencialiste et groupe s’observe très concrètement sur le plan de systèmes juridiques, à l’image du droit international.

PARAGRAPHE 2. L’illustration par un droit international moteur d’une égalité réelle favorable aux groupes

1511. Si l’influence individualiste est globalement prépondérante en droit international, elle se trouve parfois de plus en plus atténuée. Ce dernier est plus sensible aux problématiques nouvellement exposées par l’égalité réelles. Dans ce cadre, il a maintes fois prouvé sa préoccupation à l’égard du fait minoritaire, la substance communautaire de l’égalité réelle, et sa volonté d’influer dans la prise en compte des groupes.

1512. La protection des groupes minoritaires débuta à la suite de la Première Guerre mondiale, par la Conférence de la Paix de Paris en 1919. Plus tard, et dans le cadre des droits de l’homme, la protection des minorités fut de nouveau entreprise, mais différemment³⁹⁴⁰. Ainsi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, accorda une protection spécifique aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques par son article 27. Ce dernier article est le premier vrai cap franchi en matière de protection internationale des minorités. La Convention internationale relative aux droits de l’enfant du 26 janvier 1990 suivit ces exigences dans son article 30. Du côté de l’ONU, a été établie la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques du 18 décembre 1992.

1513. De manière générale, bien que l’approche initiale de l’égalité en droit international soit formelle, progressivement l’insuffisance de cette dernière s’est vue complétée, voire supplantée, par une égalité réelle³⁹⁴¹. Cette égalité s’est accompagnée de la protection

³⁹³⁹ B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes Paris, 2003, p. 41.

³⁹⁴⁰ Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale on chercha à résoudre le problème des minorités, mais cette fois-ci dans le cadre des droits de l’homme (B. CORTEZ, « Les enjeux politiques d’une définition juridique des peuples autochtones », *Droits et Cultures*, n° 25, 1993, p. 69-91). En effet, le sujet était devenu tabou, d’une part à cause des atrocités de la guerre (*ibid.*), mais surtout du fait des tensions ethniques qui – contrairement aux espoirs engagés par les textes internationaux suivant 1919 – ont constitué un facteur de déstabilisation à l’intérieur de certains États, « et de révisionnisme au niveau international, finissant par contribuer de manière directe à l’éclatement de la seconde guerre » (B. de WITTE, « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, p. 113-128).

³⁹⁴¹ C. A. KISS, « Le concept d’égalité : définition et expérience », *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 1, 1986.

internationale des minorités ; elle en est même le corollaire³⁹⁴². Plus encore, les principes ont eux-mêmes évolué pour prendre « en compte, beaucoup plus que par le passé, la diversité des contextes culturels concrets des individus de telles sorte que l'on vise désormais parfois, non plus à traiter également des personnes différentes, mais à traiter différemment des personnes différentes du fait de leur appartenance à une minorité »³⁹⁴³. Notons l'idée apparente d'une différence de situation qui reposerait fondamentalement sur la seule appartenance à une minorité.

1514. De surcroît, des éléments du multiculturalisme connaissent un certain retentissement et une traduction plus concrète à travers la notion de droits culturels qui retentit en droit international. Le développement de tels droits véhicule par là même une approche juridique ou politique communautaire, comme en témoigne la définition dépeinte par la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle du terme de « culture »³⁹⁴⁴. Dans le même sens, le rapport sur « La liberté culturelle dans un monde diversifié », issu du Programme des Nations Unies pour le Développement, exprimait l'inscription des libertés culturelles dans le cadre de la protection des minorités et communautés³⁹⁴⁵. Alors certes, pour beaucoup, les droits culturels peuvent s'exprimer dans une perspective individualiste, bien qu'ils visent pour partie la satisfaction d'un intérêt communautaire³⁹⁴⁶. Pour autant, le rapport au groupe ou à la minorité reste dans la plupart des cas prégnant et la logique initiale est celle d'une correction des inégalités résultant des oublis et exclusions de certaines cultures minoritaires, souvent rapportées à des groupes minoritaires.

1515. Au niveau européen³⁹⁴⁷, nous avons pu percevoir la sensibilité aux problématiques différencialistes et en filigrane minoritaires³⁹⁴⁸. En effet, la protection des minorités fait également l'objet de certaines préoccupations. Cherchant à rejoindre le droit international général, le Conseil de l'Europe établit d'abord la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 10 novembre 1994 portant le titre de « traité européen le plus complet protégeant les droits des personnes appartenant à des minorités nationales »³⁹⁴⁹. Fut ensuite établie la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, signée par la France le 7 mai 1999 mais jamais ratifiée.

³⁹⁴² *Ibid.*

³⁹⁴³ E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, p. 206.

³⁹⁴⁴ « [L]'ensemble des *traits distinctifs* spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un *groupe social* » (Préambule de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, adoptée dans le cadre de l'UNESCO (Nations Unies) le 2 novembre 2001).

³⁹⁴⁵ Voir Première Partie du PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2004. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, 2004, Paris, Economica.

³⁹⁴⁶ Ne serait-ce que par la liberté de religion individuelle. Voir, par exemple, D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, coll. « Les voies du droit », p. 129. C'est également une approche décrite par Norbert Rouland citant Pierre-Henri Taguieff (« Le nouveau racisme de la différence », in M. BETTATI et B. KOUCHNER (dir.), *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987, p. 261 cité dans N. ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 381-419).

³⁹⁴⁷ Union européenne et Conseil de l'Europe.

³⁹⁴⁸ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

³⁹⁴⁹ Pour reprendre les propos de présentation du texte sur le site du Conseil de l'Europe (disponible en ligne sur : coe.int (consulté le 6 janv. 2021)).

1516. La jurisprudence de la CEDH n'est pas en reste non plus, notamment avec l'utilisation faite de l'article 14 qui vise à corriger certaines inégalités de fait. La Cour avait précisément rappelé que cette disposition « n'interdit pas à un État membre de traiter des *groupes* de manière différenciée pour corriger des “inégalités factuelles” entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause »³⁹⁵⁰. Ce ciblage sur le « groupe » n'est ni anodin, ni isolé. La Cour rappelle l'existence, à ses yeux, des discriminations indirectes, comme pouvant « aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un *groupe* »³⁹⁵¹. Elle a réitéré une formulation assez similaire pour un groupe confessionnel³⁹⁵². Plus encore, dans une décision à propos de la communauté des témoins de Jéhovah, les juges européens ont accordé une place particulière au caractère minoritaire du groupe, en constatant notamment que les juridictions turques n'avaient aucunement tenu compte des besoins spécifiques à une petite communauté de croyants, en contradiction avec la liberté de religion³⁹⁵³. Dans une autre décision, ils ont rejeté toute définition restrictive du culte qui priverait des religions minoritaires et non traditionnelles du régime en vigueur³⁹⁵⁴. De toute évidence, la Cour n'est pas insensible aux situations des différents groupes. Bien au contraire, elle fait rentrer la caractérisation du groupe et l'appréciation d'un effet défavorable sur celui-ci dans sa constatation des discriminations indirectes³⁹⁵⁵.

1517. La liaison d'une approche par le groupe avec une égalité plus substantielle est indéniable. Même si le postulat individualiste de la Cour européenne des droits de l'homme demeure, l'influence de l'égalité réelle distend de plus en plus ce lien initial.

1518. L'Union européenne n'est pas non plus sans ambiguïté dans ce cadre. Des textes avaient eux-mêmes sous-entendu une approche des discriminations indirectes par le groupe³⁹⁵⁶. C'était d'ailleurs le constat opéré par Ronan McCrea, qui y voyait l'appréhension des discriminations indirectes en matière religieuse fondées sur l'existence d'un groupe ; l'exemption déclarée à suite de cette appréhension visait alors à compenser un désavantage subi

³⁹⁵⁰ CEDH, Gr. Ch., 12 avr. 2006, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01, §51 (nous soulignons).

³⁹⁵¹ CEDH, Gr. Ch., 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10, §103 (nous soulignons).

³⁹⁵² C'est-à-dire la possibilité que des règles puissent discriminer, « « même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire » (CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juill. 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, § 161).

³⁹⁵³ CEDH, 24 mai 2016, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13, §104 et s.

³⁹⁵⁴ CEDH, Gr. Ch., 26 avr. 2016, *Izzettin Dogan et a. c. Turquie*, n° 62649/10, §114 et §181.

³⁹⁵⁵ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018, p. 62 et s.

³⁹⁵⁶ L'article 2 de la directive 2000/78/CE (27 nov. 2000, *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*) précise qu'il y a discrimination indirecte uniquement lorsqu'il y a désavantage particulier « pour des personnes d'une religion ou de conviction [...] » par rapport à d'autres personnes. Le pluriel entraîne une ambiguïté avec la notion de groupe. Une juridiction anglaise interpréta justement cette disposition à travers le désavantage particulier qu'un groupe subirait (R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination and the Seculare State », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 183-210).

par plusieurs individus partageant une même identité³⁹⁵⁷. L’assertion reste toutefois nuancée par la jurisprudence récente de la CJUE, qui fait de la résistance à toute opposition au postulat individualiste initial³⁹⁵⁸.

1519. Cet exposé n’est pas représentatif de toutes les nuances parcourant le droit international et européen. Il manifeste cependant la sensibilité indéniable à la problématique minoritaire, jointe à une sensibilité, déjà évoquée, d’une égalité réelle en partie différencialiste. La préoccupation de la situation des groupes, surtout minoritaires, est réelle et intégrée à l’égalité matérielle. Cela s’observe dans toute cette approche particulière de l’égalité réelle à travers les aménagements juridiques défendus et employés à son titre.

PARAGRAPHE 3. Une prise en compte des groupes sous-jacente aux instruments du différencialisme

1520. Les politiques différencialistes d’égalité réelle ont plusieurs outils juridiques servant à aménager le droit pour davantage prendre en compte les particularismes. Ces outils, généralement défendus, entretiennent des relations étroites avec la reconnaissance des groupes identitaires.

1521. Notons, en premier lieu, que le glissement de l’égalité vers la non-discrimination se révèle ambigu. Lors de notre étude de la distinction entre l’approche par l’égalité et celle par la liberté, nous observons que certains auteurs soutenaient que la non-discrimination portait une approche groupale³⁹⁵⁹. Si la non-discrimination a favorisé un passage vers une conception plus apte à l’acceptation des groupes³⁹⁶⁰, nous précisons, toutefois, que le ciblage des groupes relevait plus précisément de l’observation des discriminations indirecte.

1522. Cette dernière ne s’apprécierait en effet qu’à l’égard d’une situation collective³⁹⁶¹, c’est-à-dire « qu’au regard de la situation de l’ensemble des membres auquel [...] » appartient la victime³⁹⁶². La focalisation sur le groupe tiendrait de la logique même de la discrimination indirecte, afin de trier entre les demandes individuelles, peu spécifiques, et celles, plus

³⁹⁵⁷ R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet?... », *art. préc.*

³⁹⁵⁸ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

³⁹⁵⁹ Notamment dans l’article I. TRISPIOTIS, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *Modern Law Review*, vol. 82, n° 5, p. 864-896 et T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17, n° 4, p. 1125-1145 (voir nos développements p.519 et s.).

³⁹⁶⁰ « D’une manière générale, la mise en œuvre du principe d’égalité sous la forme du principe de non-discrimination a conduit à prendre en considération des situations minoritaires concrètes (discrimination raciale par exemple) et ainsi, de manière indirecte, à les reconnaître [...] » soutenait Gérard Soulier (G. SOULIER, « Droits des minorités et pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, n° 53, 1993-2, p. 525-638).

³⁹⁶¹ X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315.

³⁹⁶² O. DE SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) » in E. BRIBOSIA et al. (dir.), *Union européenne et nationalité. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 18 cité dans X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *art. préc.*

légitimes, qui sont partagées par les mêmes membres d'une communauté désavantagée³⁹⁶³. C'est parce que des individus aux caractéristiques communes subissent les mêmes inégalités de fait qu'il devient nécessaire de les corriger. Nous retrouvons ainsi la même substance que la discrimination positive pour la prise en compte des discriminations indirectes : la correction de désavantages et exclusions subis par un groupe minoritaire. C'est la logique sous-jacente de l'égalité réelle.

1523. Néanmoins, cette logique réapparaît avec plus ou moins d'intensité au niveau de l'aménagement mis en place. La captation juridique des inégalités peut passer par des dispositifs tendant à préserver l'individualisme et l'universalisme. La prise en considération des discriminations indirectes n'intervient qu'au stade de la prise de conscience des désavantages subis par certains groupes d'individus. C'est ensuite l'étape de la correction qui peut comprendre des aménagements dédiés au groupe, ou pas. La discrimination positive à l'étasunienne est un exemple d'accommodements prévus pour certaines communautés, quand en France elles seront dissimulées sous des critères davantage économiques et sociaux³⁹⁶⁴. Dans ce cadre, l'égalité réelle quitte le champ d'une approche désincarnée et abstraite des individus pour s'ancrer dans leurs situations de fait, donc leurs communautés, pour reprendre les termes communautariens. Dans le cas français, comme le relève Alexandre Nanchi, elle permet la satisfaction de « besoins des membres des minorités sans leur donner une reconnaissance collective »³⁹⁶⁵.

1524. Toujours est-il que l'accommodement raisonnable, pour primordial qu'il soit dans le processus de correction des discriminations indirectes, traduit nécessairement la reconnaissance du désavantage subi par un groupe. C'est ensuite à nouveau la formulation concrète et juridique qui traduira le degré de reconnaissance de ce groupe en droit. Toutefois, ces instruments visent à répondre au constat d'une discrimination indirecte qui tient substantiellement compte du groupe. Par essence, ils tendent vers une reconnaissance des groupes et se dressent alors, en partie pour cette raison, contre le modèle universaliste classique. D'autant que, dans le cadre contentieux, la prise en compte de la discrimination indirecte entraîne nécessairement un aménagement à la norme commune fondé sur une caractéristique fréquemment communautaire. L'appréhension par le groupe est sous-jacente dans le raisonnement, mais s'avère volontiers apparente au concret. Rien d'étonnant alors à ce que l'obligation d'accommodement raisonnable canadienne porte fondamentalement en elle la prise en compte des groupes désavantagés, notamment en raison des convictions³⁹⁶⁶. De toute

³⁹⁶³ R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet ?... », *art. préc.*

³⁹⁶⁴ Voir Introduction, p. 35 et s.

³⁹⁶⁵ A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2006, coll. « Collection des Thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand », p. 354. Le même auteur n'omet pas de souligner qu'à force de distinguer des situations concrètes, « le droit français a créé des catégories juridiques de citoyens, ce qui peut faciliter la reconnaissance des minorités ». Nous aurons l'occasion de l'observer.

³⁹⁶⁶ « Cela signifie aussi que l'on doit toujours tenir compte, dans l'adoption ou l'application d'une norme, des membres de groupes ayant une ou des caractéristiques personnelles protégées par la législation sur les droits de la personne, ce qui inclut les convictions ou les pratiques religieuses » (M. MONTPETIT et S. BERNATCHEZ, « Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 7, 2019, p. 13-40).

évidence, de nombreux aménagements mis en place au nom du différencialisme au Canada traduisent ouvertement la prise en compte des groupes et l'établissement de droit des groupes ; allant de la simple incitation et éducation au respect du pluralisme³⁹⁶⁷, aux aménagements dérogatoires fondés sur les communautés³⁹⁶⁸. Le Canada en a employés un certain nombre au profit des minorités³⁹⁶⁹.

1525. Au-delà de tels accommodements, l'un des premiers outils des politiques différencialistes visant à corriger les excès de l'égalité formelle n'est autre que la discrimination positive³⁹⁷⁰. Celle-ci fait très fréquemment écho à la prise en compte des groupes défavorisés pour la mise en place d'outils de correction. Elle repose sur une justice « de groupe » plutôt qu'une justice « individuelle »³⁹⁷¹. Il s'agit, du moins, de l'approche initiale de cet outil. Nous l'évoquons ci-dessus : c'est pour cette raison que l'on différencie habituellement les mesures apparentées aux discriminations positives pratiquées en France de celles employées aux États-Unis par le choix des critères de distinction utilisés³⁹⁷². En effet, les discriminations positives visent à corriger des inégalités sociales subies par un groupe, notamment en lui accordant temporairement des privilèges spécifiques en guise de correction³⁹⁷³. Elles portent en elles le risque de communautarisme largement dénoncé par certains auteurs français³⁹⁷⁴. Si la place de l'individu et la forme que prennent les droits dans le cadre des discriminations positives peuvent varier, ces dernières s'inscrivent indéniablement dans une logique d'égalité réelle et ne peuvent

³⁹⁶⁷ « [I]nclusion d'un programme d'éducation portant sur les cultures minoritaires dans le curriculum des écoles primaires et secondaires ainsi que de programmes éducatifs anti-racisme », ou « la formation au multiculturalisme de la police, du personnel judiciaire et des professionnels de la santé » (C. AUDARD, « Le même et l'autre : les *british muslims* face au multiculturalisme libéral » in S. GUERARD DE LATOUR (dir.), *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, op. cit., p. 143).

³⁹⁶⁸ « [I]e financement public des activités culturelles et éducatives des organisations communautaires ethniques », ou encore « la discrimination positive pour améliorer la représentation des groupes immigrés désavantagés à l'université et dans les principales institutions » (C. AUDARD, « Le même et l'autre : les *british muslims* face au multiculturalisme libéral » in S. GUERARD DE LATOUR (dir.), *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, op. cit., p. 143). Nous ne citons ici que quelques exemples formulés par Catherine Audard, mais l'autrice établit dans cet écrit une liste importante des procédés mis en place au nom du multiculturalisme.

³⁹⁶⁹ Voir par exemple H. BERTHELEU, « La politique canadienne du multiculturalisme : citoyenneté, accommodements institutionnels et équité », *Sociétés contemporaines*, n° 43, 2001/3, p. 31-51.

³⁹⁷⁰ Rappelons la définition d'Aurélia de Tonnac : « [e]n synthétisant nos observations, nous partons de l'idée que l'action positive désigne un ensemble de mesures qui peuvent prendre la forme de différences de traitement, au sens de traitements préférentiels, dérogeant au principe de l'égalité de traitement et dont le but est de réaliser l'égalité des chances. Elles visent certaines catégories d'individus, en fonction de leur sexe, leur âge, leur religion ou convictions, race ou origine ethnique, leur orientation sexuelle ou handicap » (Aurélia de TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2019, p. 10-11).

³⁹⁷¹ O. DE SCHUTTER, « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, n° 7, 1991, p. 347-359.

³⁹⁷² La France privilégiant de manière générale l'utilisation de critères situationnels quand la conception initiale, notamment défendue initialement aux États-Unis, se fondait sur des critères communautaires (ethnie, culture, religion, etc.) (M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 561). Pour un rappel de l'évolution de la conception aux États-Unis, voir D. SABBAGH, « Les mutations contemporaines de l'*affirmative action* », *Politique américaine*, n° 16, 2010/1, p. 11-24.

³⁹⁷³ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 10-11.

³⁹⁷⁴ J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et États-providence » in Daniel BORILLO, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, coll. « Recherches », p. 47.

difficilement se départir d'une perspective initialement communautaire³⁹⁷⁵. Certes, des auteurs distinguent les revendications d'un droit à la différence de celles des discriminations positives, mais nous opposons l'identité fréquente des résultats³⁹⁷⁶.

1526. En outre, les discriminations positives peuvent correspondre en tout point à des droits attribués spécifiquement en fonction d'une différenciation³⁹⁷⁷. De surcroît, les revendications différencialistes s'inscrivent pour la plupart dans une approche égalitaire ; s'il est question pour un groupe d'affirmer sa différence, c'est en vertu d'une conception matérielle de l'égalité qui valorise les particularismes, souvent en guise de correctif des avantages dont la majorité jouit. En somme, les politiques différencialistes vont très généralement de pair avec la reconnaissance des groupes et de droits afférents. Au-delà du Canada, les États-Unis ont aussi illustré une tendance à la reconnaissance des groupes encouragé par la pénétration de l'égalité réelle³⁹⁷⁸. À son tour, la France, pénétrée par cette égalité réelle, reconnaît les groupes religieux.

SECTION 2. Une reconnaissance des groupes sous-jacente aux différenciations constatables en droit français

1527. Nous avons vu la construction d'une égalité réelle remettant en cause le postulat universaliste. Nous avons vu qu'elle était parcourue de conceptions différencialistes notamment issues de certains courants de pensée. Nous avons ensuite vu l'immixtion progressive de cette égalité en droit français. Or, nous avons constaté qu'à ces mêmes conceptions de l'égalité réelle se rattache substantiellement une prise en compte des groupes. En conséquence, apparaît une ambiguïté supplémentaire pour l'égalité des cultes réelle défendue en France en la matière ; elle est inévitablement empreinte d'une approche communautaire des cultes (**PARAGRAPHE 1**). Preuve de l'influence de cette prise en compte communautaire dans le différencialisme, le droit français révèle aussi que par les aménagements mis en place par la différenciation, se manifeste l'intégration juridique des communautés religieuses (**PARAGRAPHE 2**).

³⁹⁷⁵ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 406 et s.

³⁹⁷⁶ Voir A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 452.

³⁹⁷⁷ Rendant la distinction de Stéphane Vibert entre les exigences antidiscriminatoires – donc égalitaires – et les requêtes d'un groupe n'affirmant que sa différence – donc différencialistes – peu opérante (S. VIBERT, « Sociétés pluralistes ou pluralisme des sociétés ? De deux types irréductibles et potentiellement contradictoires de "pluralisme culturel" » in S. VIBERT (dir.), *Pluralisme et démocratie. Entre culture, droit et politique*, Montréal, Québec Amérique, 2007, p. 232).

³⁹⁷⁸ Voir F. RIGAUX, « Le droit à la différence aux États-Unis d'Amérique » in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, coll. « Laboratoire de théorie juridique », p. 45-70.

PARAGRAPHE 1. La place ambiguë des groupes dans la défense française de l'égalité réelle

1528. Il est indéniable que l'insertion d'une conception plus matérielle de l'égalité favorise la reconnaissance des communautés. Sachant que le fait religieux pousse à ce type d'égalité et à la différenciation, il pousse à la reconnaissance des groupes. Or, en France est défendue une égalité des cultes réelle empreinte de différencialisme. En conséquence, la pénétration de la logique communautaire au sein de l'égalité réelle s'observe indéniablement à l'échelle du cas français. Nous avons progressivement décortiqué les conceptions de l'égalité des cultes : d'une égalité formelle elle est finalement majoritairement abordée comme réelle ; d'une égalité réelle, elle est finalement très souvent une égalité différencialiste. Dans cette perspective, l'égalité des cultes, pour ceux qui s'en saisissent, peut être souvent conçue comme une égalité des communautés religieuses (A). C'est dans ce cadre que l'idée de différence de situation, justifiant un traitement distinct, glisse conceptuellement vers une différence de situation entre les groupes (B).

A) Une égalité des cultes envisagée comme égalité des groupes

1529. Les réflexions générales concernant l'égalité réelle trouvent des expressions concrètes en France. Indéniablement, la reconnaissance, même peu avouée, des différences vise parfois la préservation de la liberté des membres de groupes minoritaires spécifiques³⁹⁷⁹, ce qui peut également être l'objectif de l'égalité des cultes réelle.

1530. S'il n'est pas distinctement établi à quelle entité les auteurs font référence lorsqu'ils parlent d'égalité des cultes, dans sa conception matérielle, il est d'ordinaire renvoyé aux groupes religieux. Martine Cohen s'interroge, par exemple, sur la nécessaire mise en place d'une « égalité réelle entre tous les groupes religieux »³⁹⁸⁰. Elle développe plus amplement cette idée dans un autre article, en défendant l'intérêt d'un dépassement de l'égalité formelle au profit d'une « “égalité réelle” entre groupes religieux de la majorité et ceux en situation minoritaire »³⁹⁸¹. De son côté, Cécile Laborde exprime précisément que le nouvel idéal égalitaire « consiste par conséquent à substituer un traitement équitable et pragmatique des religions à l'attitude d'abstention [...] puis à promouvoir une politique de reconnaissance des identités religieuses collectives au sein de l'espace public »³⁹⁸². En somme, elle pousse à « promouvoir un traitement *équitable* des différents groupes religieux par l'État »³⁹⁸³. De la même façon, Anne Fornerod explique que l'aide apportée par les pouvoirs publics aux groupes religieux minoritaires « s'inscrit dans une logique de recherche d'une égalité effective entre ces

³⁹⁷⁹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 142.

³⁹⁸⁰ M. COHEN, « Laïcité et minorités religieuses : de nouvelles questions », *La laïcité française*, Congrès, Arbonne, 2007, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 24 nov. 2022).

³⁹⁸¹ M. COHEN, « Les minorités : propositions d'analyse pour le cas de la France » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions », p. 233.

³⁹⁸² C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, Paris, Seuil, 2010, p. 84.

³⁹⁸³ *Ibid.*, p. 80.

groupes »³⁹⁸⁴. Enfin, Stéphane Pierré-Caps puise, quant à lui, une égalité réelle dans la non-discrimination, qui impliquerait une attitude positive de l'état, notamment en faveur d'une protection des « cultes minoritaires »³⁹⁸⁵. Suivant ces approches, l'égalité réelle est précisément située entre les différents groupes religieux et suggérerait leur appréhension. Ces ambiguïtés parcourent donc ce qui est généralement considéré comme l'égalité des cultes par la doctrine.

1531. Le langage de l'égalité réelle a imprégné le discours officiel public concernant les religions et ce langage côtoie le vocabulaire de la reconnaissance des groupes. En matière religieuse, la question posée dans le cadre de l'égalité réelle est par conséquent de savoir s'il ne faut pas reconnaître certains groupes religieux, parmi lesquels les croyants musulmans³⁹⁸⁶. Il n'est pas étonnant que l'on parle de plus en plus de « communauté » musulmane à intégrer³⁹⁸⁷. L'approche par le groupe est symptomatique d'une évolution des mentalités pour corriger les inégalités de fait. L'égalité réelle accentue indéniablement le ciblage communautaire du religieux et favorise dès lors le glissement d'une considération portée, d'abord sur l'individu à celle ciblée sur le groupe ; ensuite ou dans un même temps, sur la communauté à celle accordée à la minorité³⁹⁸⁸.

1532. En ce sens, il n'est pas surprenant d'observer dans le vocabulaire doctrinal français le rapprochement de l'égalité réelle et d'une prise en compte des minorités. Il semble que ce soit d'ailleurs le mouvement inverse le plus récurrent ; les discussions qui mêlent l'égalité en matière religieuse à la problématique des minorités entraîne logiquement une approche du phénomène religieux par le groupe. La dimension communautaire essentielle du fait religieux et de sa définition n'y est probablement pas étrangère. La religion s'accommode particulièrement d'une approche qui privilégie une inclusion juridique et politique par le groupe.

1533. Dans une autre perspective, nous pouvons également considérer que l'essor d'une égalité plus substantielle découle d'une prise en considération accrue du fait minoritaire. Les « luttes » des minorités religieuses participent d'une prise de conscience des inégalités existantes : « la “contrainte” pèse alors d'abord sur l'État, comme une obligation de se mettre en conformité avec ses principes, mais aussi sur la société, obligée elle aussi d'admettre la légitimité des revendications des groupes minoritaires »³⁹⁸⁹. Bien entendu, tous les groupes minoritaires ne sont pas nécessairement dans la revendication et tous les individus ne se considèrent pas comme appartenant à une minorité stable et commune. Dans ces développements sont exprimés des regards portés par la doctrine et les acteurs politico-

³⁹⁸⁴ A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, op. cit., p. 243.

³⁹⁸⁵ S. PIERRE-CAPS, « Les “nouveaux cultes” et le “droit public” », *RDP*, n° 4, 1990, p. 1073-1119.

³⁹⁸⁶ S. BARLES, *Les mesures positives, actions et discriminations positives, en droit français ou l'insertion de politiques publiques différenciées et différencialistes au sein de l'universalisme républicain*, Thèse de doctorat en droit public, Lille, 2004, p. 91.

³⁹⁸⁷ N. ROULAND, « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, n° 46, 2000, p. 519-545.

³⁹⁸⁸ G. KOUBI, « Droit et religion : dérives ou incohérences de la logique de conciliation », *RDP*, 1992, p. 725-748.

³⁹⁸⁹ M. COHEN, « Les minorités : propositions d'analyse pour le cas de la France » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, op. cit., p. 238-239.

juridiques à l'endroit des différentes religions. Il s'agit de saisir davantage une différence de situation entre individus réunissant une caractéristique religieuse commune ; en somme, une différence entre groupes.

B) Une différence de situation entendue comme différence entre groupes

1534. Cette position accordée au groupe se répercute dans la caractérisation des différences de situation. Hugues Moutouh observait qu'aux différences de situations contingentes se substituaient de plus en plus des distinctions substantielles, notamment fondées « sur l'appartenance à une communauté culturelle particulière »³⁹⁹⁰. La différence de situation renvoie, dans la plupart des cas, à des différences de groupes. En d'autres termes, les « traits typiques d'une situation itérable »³⁹⁹¹ évoquent les particularismes d'un groupe : les individus sont dans une situation différente du seul fait de leur appartenance à une communauté distincte. La situation est dissemblable pour un individu compte tenu de son appartenance à une communauté aux traditions culturelles ou religieuses différentes. Dès lors, la seule caractérisation du groupe religieux d'appartenance de l'individu permet d'établir qu'en matière religieuse l'individu est dans une situation spécifique au regard du droit³⁹⁹². Ces propos s'inscrivent dans le prolongement de nos développements accordés à l'assimilation du particularisme comme différence de situation, car l'analyse de la discrimination ou de la distinction des situations, très souvent, implique une prise en considération groupale³⁹⁹³. Cette dernière est donc renvoyée au particularisme à l'appui de la différence de situation première.

1535. C'est quelque peu le constat porté par Alexandre Nanchi, qui remarque qu'en adaptant la règle à des situations particulières, l'application de l'égalité différenciée « engage l'État vers la reconnaissance des particularismes individuels », et celui-ci de rajouter : « ce qui est un élément du droit des minorités »³⁹⁹⁴. Tandis que l'égalité formelle empêche la reconnaissance des groupes, au contraire, « l'application de l'égalité différenciée favorise la reconnaissance des particularismes des minorités ». En outre, les « conditions qui modifient la situation d'un individu sont souvent celles qui le caractérisent comme le membre d'une

³⁹⁹⁰ H. MOUTOUH, « La différence dans l'égalité. Chronique nécrologique de l'universalisme juridique français » in G. LEBRETON (dir.), *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 114.

³⁹⁹¹ O. JOUANJAN, « Conclusions » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 245.

³⁹⁹² Souvenons-nous des termes du rapport Machelon de 2006 selon lesquels l'égalité des cultes (donc formelle) serait illusoire, voire caduque, dans la mesure où le principe d'égalité « n'a de sens que si les intéressés sont placés dans une situation identique ». Le texte poursuivait qu'en France, chaque culte « a sa propre histoire et l'on ne saurait faire fi, à moins d'un artifice, des différences d'enracinement culturel » (J.-P. MACHELON, *Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 18). Comprendons par ces développements que les individus ne sont placés dans une situation distincte que compte tenu d'un enracinement culturel qui diffère. Dans ce raisonnement, ce n'est pas l'individu et sa situation qui compte, mais la situation de la religion elle-même. Or, il est permis d'envisager que le rattachement entre la situation distincte de l'individu et la différence culturelle provient de l'appartenance communautaire.

³⁹⁹³ Voir p. 643 et s.

³⁹⁹⁴ A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 353.

minorité »³⁹⁹⁵. Ainsi, l'assimilation concomitante revient à étendre la différence à l'échelle d'un groupe dont les membres présentent cette caractéristique. En résumé, la différence de situation résulte d'un particularisme communautaire. La défense des mouvements minoritaires suit indéniablement cette logique en arguant d'une différence de situation globale de leur groupe par rapport aux communautés majoritaires. Ils s'inscrivent alors dans le vocabulaire de l'égalité, au détail près que cette dernière opère dans sa conception matérielle et ouvre ainsi la voie à des différences de situation que l'approche formelle rejette habituellement.

1536. Au-delà de l'égalité formelle, nous avons nous-même suivi la contestation selon laquelle « le simple constat d'une différence entre des individus ou des groupes ne permet pas de prétendre que, *ipso facto*, ils sont placés dans une situation différente »³⁹⁹⁶. D'une part, car la différence de situation ne s'apprécie pas *ex nihilo* mais par rapport au régime juridique. D'autre part, car déduire la différence de situation d'une différence de groupe revient à fixer une distinction qui, pour être initialement de situation, devrait par essence rester circonstancielle. C'est, par ailleurs, cet aspect conjoncturel qui évite la constitution de droits différenciés précisément rattachés à l'appartenance communautaire et/ou identitaire³⁹⁹⁷. Ceci explique la préférence pour des catégories juridiques, ancrages juridiques d'une différence de situation et non d'une appartenance communautaire. Tous ces éléments vont dans le sens d'une caractérisation de la religion comme une circonstance, un poids, extérieur à l'individu, mais qui ne peut lui être imputé dans sa responsabilité.

1537. Aujourd'hui, cet amalgame est courant en matière religieuse. Il faut dire, comme le remarque Michel Rosenfeld à propos du contexte actuel, que « les différenciations notables ne se trouvent pas entre les individus mais entre les diverses communautés religieuses »³⁹⁹⁸. Il devient alors nécessaire « de prendre en considération les différences découlant de l'appartenance à un groupe qui se vit subjectivement ou apparaît objectivement comme minoritaire », cela, en consentant des aménagements, notamment des dérogations à l'assiduité scolaire ou autorisations d'absence dans la fonction publique³⁹⁹⁹. C'est donc la prise en compte de situation résultant, à la fois d'une situation minoritaire, à la fois d'une tradition spécifique, qui implique des aménagements particuliers. Ce glissement de la différence de situation à la différence groupale est donc perceptible chez les auteurs français et l'approche globale de l'égalité réelle. Forcément, elle est aussi perceptible en droit.

³⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 354.

³⁹⁹⁶ D. LOCHAK, « Égalité et différence. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit », p. 53.

³⁹⁹⁷ G. KOUBI, « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, Paris, Odile Jacob, 2003, coll. « Université de tous les savoirs », p. 128-129.

³⁹⁹⁸ M. ROSENFELD, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence, *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, n° 2, 2010, p. 177-208.

³⁹⁹⁹ D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, *op. cit.*, p. 24.

PARAGRAPHE 2. Une prise en compte des groupes intrinsèque à la différenciation

1538. Malgré tous les risques pour l'égalité universaliste, les dispositifs par la différenciation mis en place en France entraînent une reconnaissance difficilement évitable des groupes religieux. Cependant, cette tendance entre perpétuellement en tension avec le principe de transcendance par la citoyenneté, par-delà les appartenances communautaires⁴⁰⁰⁰. C'est cette tension qui restreint la reconnaissance des groupes et se traduit en pratique par certains aménagements tentant de maintenir une logique individualiste. Nous avons déjà relevé les tentatives de rendre conformes les aménagements différencialistes à l'universalisme, la plupart du temps en vain⁴⁰⁰¹. Le constat se répète à propos de la reconnaissance des groupes, qui, en dépit des précautions pour la dissimuler, est sous-jacente à certains aménagements (A). De même, nous avons souligné l'existence d'aménagements dont la différenciation ne faisait que peu de doute. Ici aussi, certains procédés illustrent assez plus incontestablement une reconnaissance des groupes qui interroge à plus d'un titre (B).

A) Des aménagements à mi-chemin entre individualisme et prise en compte des groupes

1539. Des aménagements à la norme commune mettent déjà à mal l'universalisme par la proximité avec la différenciation qu'ils entretiennent, les réflexions présentes sur la reconnaissance des groupes révèlent de plus amples contradictions à cet idéal.

1540. Quand il s'avère plus complexe de déterminer la place accordée à la communauté, il est intéressant de se reporter à l'analyse précitée que Danièle Lochak opère, en empruntant à la conception de Santi Romano sur les ordres juridiques⁴⁰⁰². Elle la confronte alors à la méthode appliquée par le juge administratif lorsqu'il octroie certaines dérogations religieuses qui se veulent dissimulées sous l'apparence de l'individualisme⁴⁰⁰³. En effet, l'autrice donne l'exemple des autorisations d'absence pour illustrer qu'un « élément de l'ordre juridique étatique est momentanément mis entre parenthèse pour permettre aux membres d'un groupe

⁴⁰⁰⁰ A.-S. LAMINE, *La cohabitation des dieux*, Paris, PUF, 2004, coll. « Le lien social », p. 290.

⁴⁰⁰¹ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁴⁰⁰² Pour rappel, elle résumait la « relevance » par la prise en compte de l'existence d'un ordre juridique « soit en acceptant une autolimitation de son champ d'application au profit de l'ordre juridique subordonné ou indépendant ; soit en renvoyant expressément à ses normes, auxquelles il accordera le cas échéant sa sanction ; soit en intégrant plus ou moins complètement cet autre ordre juridique au sien propre » (D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 136).

⁴⁰⁰³ Même si la première éventualité dépend de ce que l'on entend par l'autolimitation de l'ordre juridique étatique, car nous avons vu que la règle pouvait s'aménager, tout en restant neutre et générale, au profit de la règle religieuse. L'autolimitation n'est pas nécessairement synonyme, dans la formulation juridique de la norme en tout cas, de reconnaissance d'un autre ordre juridique (politiquement c'est en revanche sujet à débat).

minoritaire de respecter les normes auxquelles ils sont assujettis en raison de leur appartenance à ce groupe »⁴⁰⁰⁴.

1541. De prime abord pourtant, les décisions rendues à propos des autorisations d'absence illustreraient parfaitement l'individualisme qui parcourt le droit public⁴⁰⁰⁵. En effet, le juge prend certaines précautions au niveau de l'application des accommodements. La principale réside dans le fait que, la plupart du temps, le règlement des demandes d'autorisations d'absence se fait obligatoirement « au cas par cas » et sans automatisme⁴⁰⁰⁶. Résultante de cette absence d'automatisme : le procédé se veut individualiste, c'est-à-dire qu'il ne vise pas une communauté d'appartenance en tant que telle, à laquelle l'on accorderait systématiquement, par la mention de sa différence, une dérogation. Il cible plutôt chaque individu, pris isolément, et sans tenir compte de la religion de celui-ci⁴⁰⁰⁷. C'est aussi à ce titre qu'il ne peut y avoir une liste prédéterminée de fêtes religieuses acceptées qui fait droit pour les autorisations d'absence. En lien, la forme de présomption de religiosité résultant de l'impossibilité pour l'autorité administrative de vérifier la véracité et la sincérité de la croyance conforte l'individualisme, et ce, en esquivant tout renvoi à l'« affiliation » communautaire de l'individu⁴⁰⁰⁸. Cette remarque est encore plus avérée en matière de carrés confessionnels, compte tenu de l'interdiction pour les maires de tenir compte de l'autorité religieuse à l'égard du choix du défunt⁴⁰⁰⁹. De cette façon, la communauté religieuse et ses autorités ne sont pas reconnues par l'autorité publique.

1542. Cependant, l'exemple des autorisations d'absence montre aussi que, même si l'autorité publique n'a pas le droit de vérifier la religion de l'individu – gage d'égalité et de neutralité – et même si la mention de la religion de l'individu ne doit avoir aucune implication supplémentaire, son existence ne la rend pas moins problématique, dans la mesure où l'individu doit tout de même afficher son appartenance communautaire⁴⁰¹⁰. Cette conclusion ressort manifestement des propos de Danièle Lochak sur le modèle des autorisations d'absence : « les fonctionnaires qui demandent à bénéficier d'autorisations d'absence ne sont pas tenus de faire la preuve de leur appartenance à telle ou telle confession, ils n'ont pas à faire état de l'intensité de leurs convictions ou de leur foi ; mais ils doivent faire état du motif confessionnel invoqué à l'appui de leur demande. Le chef de service, de son côté, doit s'assurer de l'exactitude du motif invoqué ». Ainsi, remarque-t-elle, « c'est ici que la contradiction éclate : car comment

⁴⁰⁰⁴ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789, op. cit.*, p. 136.

⁴⁰⁰⁵ Z. ANSEUR, « Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité "postmoderne" », *RRJ*, n° 4, 2002, p. 1723-1737.

⁴⁰⁰⁶ C'est ce que déclare l'arrêt d'assemblée *Koen* (14 avr. 1995, n° 157653 ; *RFDA*, 1995, p. 585, concl. Y. AGUILA ; *AJDA*, 1995, p. 501, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *D.*, 1995, p. 481, note G. KOUBI ; *RDP*, 1995, p. 867, note C. HAGUENAU).

⁴⁰⁰⁷ C'est en tout cas la défense du Conseil d'État à propos des autorisations d'absence, dans son rapport de 1996 (Conseil d'État, *Rapport public sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 67).

⁴⁰⁰⁸ P.-H. PRELOT, « L'affiliation religieuse en droit français. Éléments pour une problématisation » in F. MESSNER (dir.), *L'affiliation religieuse en Europe*, Strasbourg, PUS, 2017, coll. « Société, droit et religion », p. 121-122.

⁴⁰⁰⁹ Cela dit, pour Pierre-Henri Prélôt cette règle ne repose pas sur la volonté de maintenir l'individualisme, mais « par le fait que les espaces confessionnels n'ont pas un statut légal très sûr et relèvent, ce qui est assez courant en France, de l'*infra* droit » (*ibid.*, p. 123).

⁴⁰¹⁰ C. VIARD, « Congés... pour "prières" », *Droit et Cultures*, n° 51, 2006-1, p. 49-65.

peut-il juger de la foi de ses agents, comment peut-il vérifier son appartenance à la communauté dont il se réclame ? et que dire du fonctionnaire qu'on oblige à se distinguer, à revendiquer ouvertement son appartenance à la communauté minoritaire ? »⁴⁰¹¹. Nous rejoignons ici tout le paradoxe déjà souligné de la mise à disposition d'un aménagement qui exige tant le traitement des demandes que l'absence de vérification de leur légitimité religieuse.

1543. Pour les repas aménagés dans les réfectoires scolaires, l'autrice parle d'adaptation du droit étatique, afin de le rendre « avec les contraintes imposées à ses membres par l'ordre juridique minoritaire »⁴⁰¹². Dans ces exemples, une certaine importance est donnée à la règle de l'ordre juridique religieux. Cette dernière est intégrée par le droit public, en vue de rendre compatible les règles étatiques avec celles-ci⁴⁰¹³. Nous pourrions y voir une reconnaissance d'une communauté. D'autant que les demandeurs affichant des convictions areligieuses, qui ne renvoient alors pas à une communauté véritablement intégrée et avec ses propres normes, ne peuvent jouir des mêmes dérogations⁴⁰¹⁴. Ce fait est sûrement plus avéré d'un point de vue politique que juridique, car la mise en place de menus végétariens ou sans viandes, par exemple, n'implique pas de différenciations religieuses au nom d'une norme communautaire.

1544. En revanche, la mise en place de plats *halal* ou *casher*, comme cela peut être le cas dans des établissements pénitentiaires, intègre une norme religieuse dans le choix de l'autorité publique. Certes, la mise à disposition de tels repas peut se faire conformément à l'égalité, en évitant toute distinction entre les usagers⁴⁰¹⁵. Pour autant, en amont, cela exige la certification offerte par l'autorité religieuse de l'aliment. Ensuite, s'impose la sélection, par la personne publique, de l'aliment selon cette certification, donc la reconnaissance de cette dernière. Suivant la notion de « relevance », le procédé intègre immanquablement la norme d'une communauté particulière. C'est en ces termes qu'opter pour des repas de substitution généraux, sans certification rituelle, se montre ici aussi plus cohérent. De surcroît, la mise en place de repas de substitution conformes à certains rites interroge l'égalité à l'égard des cultes minoritaires qui ne bénéficieraient pas d'une prise en compte de leur éventuelle obligation alimentaire.

1545. De manière générale, si le modèle français tente une conciliation avec l'égalité en esquivant toute distinction dans l'application de la règle, dans les intentions, ces aménagements manifestent une prise en compte générale du fait minoritaire et de normes communautaires particulières. Cette reconnaissance intervient en amont mais existe bel et bien. Le constat est partagé par Jean Baubérot, pour qui les carrés confessionnels, comme les repas sans porc dans

⁴⁰¹¹ D. LOCHAK, « For intérieure et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP », p. 203.

⁴⁰¹² D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 136.

⁴⁰¹³ O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus », p. 487.

⁴⁰¹⁴ Rappelons l'arrêt CE, 3 juin 1988, *Mme Barsacq-Adde*, n° 67791, Rec. p. 227.

⁴⁰¹⁵ Voir p. 612 et s.

les cantines ou les autorisations d'absence, constituent pleinement l'intégration de l'appartenance religieuse en droit public⁴⁰¹⁶.

1546. Par ailleurs, le juge administratif semble avoir avoué à demi-mot que des règles même générales peuvent induire en réalité des droits particuliers au profit d'une communauté. Après-tout, il a corroboré le recours formé par le préfet à l'encontre du nouveau règlement intérieur des piscines à Grenoble qui y voyait la reconnaissance « des droits particuliers à des membres d'une communauté religieuse »⁴⁰¹⁷. De toute évidence, les emplois de l'égalité illustrent cette prise en considération de la situation communautaire ; que ce soit dans le cadre de l'abattage rituel, quand le juge semble employer une approche nettement matérielle de l'égalité qui trahit en filigrane une comparaison entre groupes⁴⁰¹⁸, ou que ce soit lorsqu'il s'agit de justifier d'une différence de situation qui peut s'appuyer des croyances religieuses et ne renvoyer à la fin qu'à une communauté confessionnelle⁴⁰¹⁹.

1547. Malgré tout, ces procédés révèlent une prise de conscience des risques tenant aux aménagements religieux que mettent en place les pouvoirs publics au titre de l'égalité réelle. Ceux-ci tentent de concilier cette prise en compte des impératifs religieux avec les impératifs universalistes d'égalité et d'individualisme. D'ailleurs, c'est paradoxalement le fait que ces aménagements entretiennent un lien étroit avec le différencialisme et visent à déroger au droit commun qui pousse le juge à les enserrer au mieux dans le cadre de l'individualisme. Il reste qu'une prise en compte des minorités par l'octroi de droits spécifiques communautaires apparaît au moins sous-tendue à travers ces mécanismes⁴⁰²⁰. Et, en toute hypothèse, si l'on vante le caractère individualiste, et non communautaire, du dispositif, c'est une distinction casuistique selon Jean-Philippe Schreiber, pour qui elle « n'évacue pas le problème de l'inégalité de traitement »⁴⁰²¹. Les éléments précités donnent raison à l'auteur. L'inégalité de traitement ne se limite pas à la reconnaissance d'un groupe, mais se pose, justement, dans un environnement individualiste, entre les individus eux-mêmes, et elle parcourt les dispositifs d'accommodements religieux. Certains même encore plus que d'autres.

⁴⁰¹⁶ J. BAUBEROT, « Liberté, laïcité, diversité – La France multiculturelle » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009, p. 24.

⁴⁰¹⁷ TA de Grenoble, ord., 25 mai 2022, *Préfet de l'Isère*, n° 2203163.

⁴⁰¹⁸ CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441 ; *DA*, déc. 2013, p. 44-48, note G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, n° 29, 2013, note M. TOUZEIL-DIVINA.

⁴⁰¹⁹ CE, ord., 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, n° 464648.

⁴⁰²⁰ G. KOUBI, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENKSHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, op. cit., p. 343-344.

⁴⁰²¹ J.-P. SCHREIBER, *La crise de l'égalité. Essai sur la diversité multiculturelle*, Bruxelles, Espace de Libertés, 2012, coll. « Liberté j'écris ton nom », p. 143.

B) Des aménagements induisant une reconnaissance problématique des communautés

1548. Des dispositifs mis en place, notamment au titre d'une correction des inégalités de fait, interrogent bien plus nettement l'individualisme. Parmi les cas déjà abordés, deux exemples sont particulièrement significatifs d'une forme d'aménagement qui entraîne la prise en compte des communautés religieuses. C'est d'abord le processus, souvent plus politique que juridique, d'institutionnalisation de l'islam qui doit faire l'objet de quelques mots **(1)**⁴⁰²². Dans un registre plus juridique, l'abattage rituel n'est pas non plus en reste⁴⁰²³ ; sa contradiction déjà éprouvée avec l'égalité ne sort que confortée par sa confrontation avec la logique individualiste **(2)**.

1) L'institutionnalisation de l'islam ou l'intégration ambiguë d'une communauté

1549. Nous précisons que pour nombre d'auteurs cherchant une alternative aux modèles sécularisés universalistes traditionnels, la participation des groupes religieux aux débats publics était primordiale⁴⁰²⁴. Même dans le pays qui représente par excellence ce modèle, cette pratique existe. En France, les religions participent effectivement de manière officielle au débat public par leur inclusion dans certains organes consultatifs, voire, plus généralement par la consultation de leurs organes désignés comme représentatifs.

1550. Si cette pratique existe depuis longtemps sous la V^e République⁴⁰²⁵, son développement au profit de l'islam a participé d'une tendance globale d'augmentation des interactions entre les communautés et l'État. Elle témoigne dans un même mouvement d'une contradiction sans cesse approfondie avec la logique individualiste de l'égalité. En effet, par la recherche de correction des inégalités⁴⁰²⁶, l'État a enclenché un processus d'institutionnalisation de la religion musulmane. C'est l'attitude pro-active – parfois *trop*-active – des pouvoirs publics en ce sens qui n'a pas manqué de faire réagir les défenseurs d'un modèle tenant à sa conception individualiste.

1551. Pour rappel, le processus d'institutionnalisation de l'islam, en lui-même, manifestait un traitement spécifique d'associations religieuses précises et l'immixtion en général dans l'organisation d'une religion, la soumission de celles-ci à certaines obligations⁴⁰²⁷,

⁴⁰²² À lire à la lumière de développements en partie dédiés à cela : p. 322 et s.

⁴⁰²³ Également, voir p. 647 et s.

⁴⁰²⁴ Voir V. BADER, « Religious Diversity and Democratic Institutional Pluralism », *Political Theory*, vol. 31, n°2, 2003, p. 265-294.

⁴⁰²⁵ Voir p. 361 et s.

⁴⁰²⁶ Par exemple dans le bénéfice du régime des aumôneries.

⁴⁰²⁷ Notamment la déclaration d'intention relative aux droits et aux obligations des fidèles du culte musulman en France (voir M. COHEN, « L'intégration de l'islam et des musulmans en France : modèles du passé et pratiques actuelles » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica », p. 325).

l'établissement d'accords équivoques⁴⁰²⁸, mais également la mise à disposition d'un local ministériel destiné à la bonne tenue d'une réunion aux origines du CFCM⁴⁰²⁹. Le processus d'institutionnalisation de l'islam était déjà chargé d'ambiguïtés du point de vue juridique.

1552. En toute hypothèse, le processus révèle un changement de mentalité. À travers ce dispositif, l'État reconnaît officiellement une minorité religieuse et rompt avec « la logique à la fois individualiste, égalitariste et volontairement homogénéisatrice » française ; « l'intégration n'est plus synonyme d'assimilation, mais passe au contraire par la reconnaissance des spécificités »⁴⁰³⁰. Il est vrai que la philosophie en elle-même évolue, notamment en ce que les différentes institutions représentatives proclamées visent à satisfaire des demandes différentialistes (repas *halal*, abattage rituel, etc.). L'égalité réelle inhérente à ce changement de mentalité marque alors un accroissement des relations entre les pouvoirs publics et des institutions et/ou représentants religieux, dans une contradiction toujours plus forte avec la logique universaliste⁴⁰³¹. Mathilde Philip-Gay expose à son tour cette approche réelle de l'égalité qui passe par une interaction accrue de l'État avec les groupes religieux, rejoignant dès lors ce que nous exposons plus haut sur le lien entre cette forme d'égalité et les groupes. Elle constate des risques tenant à cette façon de procéder, et notamment celui « de développer le communautarisme, qui conduit l'individu à se définir par rapport au groupe dans lequel il s'inscrit et qu'il va privilégier en tant que mode d'appartenance »⁴⁰³². L'autrice fait ici référence à une limite largement constatée en matière de différentialisme, mais plus précisément de reconnaissance des minorités, à savoir l'effacement de l'individu derrière le groupe⁴⁰³³. En droit, cela se traduirait par la primauté du droit collectif sur le droit individuel⁴⁰³⁴.

1553. La coopération institutionnalisée entre les pouvoirs publics et les religions affaiblit alors le modèle universaliste français. L'emploi de ce processus est particulièrement criant pour l'islam et dans une logique d'égalisation. Certes, l'égalité réelle accroît cette sensibilité pour le communautaire. Cependant, il a été précisé à quel point ce processus d'institutionnalisation était historiquement partagé avec les autres religions. Ainsi, cette coopération institutionnalisée n'est pas récente, ce qui relativise indéniablement la critique de ce processus au profit de l'islam. En revanche, il n'est pas possible d'autant relativiser pour la réglementation de l'abattage rituel.

⁴⁰²⁸ S'agissant des accords établis entre l'État et les communautés religieuses, notamment l'accord-cadre du 3 juillet 2001 sous le ministère de l'Intérieur Vaillant.

⁴⁰²⁹ Nous citons de nouveau : « [d]urant un séminaire de deux jours [...] entièrement organisé par les services de l'Intérieur dans une propriété dudit ministère en région parisienne, les différentes composantes de la Consultation sont invitées à se réunir afin de conclure le processus de création du CFCM. Dans un laps de temps limité sont créées les conditions propices, y compris matérielles (préparation de repas halal, aménagement d'un espace de prière...), afin que les participants puissent, avec force théâtralisation, se mettre d'accord sur le projet proposé par le ministère » (F. FREGOSI, « L'islam en France par les urnes : retour sur les élections du Conseil français du culte musulman », *L'Année du Maghreb*, n° II, 2007, p. 491-497).

⁴⁰³⁰ O. BUI-XUAN, *Le droit public français...*, op. cit., p. 481-482.

⁴⁰³¹ A.-S. LAMINE, *La cohabitation des dieux*, op. cit., p. 290.

⁴⁰³² M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2016, coll. « Mise au point », p. 252.

⁴⁰³³ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, Paris, Presses de Sciences po, 2016, coll. « Références », p. 147.

⁴⁰³⁴ Voir *infra*.

2) L'abattage rituel comme forme claire de reconnaissance d'une communauté et de sa norme

1554. Nous savons la réglementation sur l'abattage rituel dans une position fâcheuse au regard de l'idéal universaliste. Or, en plus d'une différenciation patente et d'une jurisprudence hasardeuse, pour Francine Webert, il ne fait aucun doute que la pratique dérogatoire de l'abattage rituel en droit français témoigne « d'une action positive des pouvoirs publics en faveur des cultes minoritaires »⁴⁰³⁵. Cette réglementation est l'illustration remarquable de droits « attribués à des ensembles », précisément de droits qui ne sont pas octroyés à chaque croyant, mais assimilés à une religion dans son ensemble⁴⁰³⁶. Après tout, chaque religion a son propre système et ses propres traditions ; prendre en considération une spécificité d'un culte ne revient ni plus ni moins qu'à le différencier des autres⁴⁰³⁷, donc à saisir la plupart du temps la communauté.

1555. La réglementation sur l'abattage rituel pêche dès les premières phases procédurales. Celle-ci exige des sacrificateurs rituels habilités par « les organismes religieux agréés » choisis eux-mêmes, sur proposition du ministre de l'Intérieur, et par le ministre chargé de l'agriculture⁴⁰³⁸. À l'exception des quelques autorisations individuelles pouvant être accordées au cas par cas par le préfet⁴⁰³⁹, nul sacrificateur non agréé par une autorité religieuse, alors reconnue par les pouvoirs publics, ne peut exercer d'abattage rituel.

1556. N'y a-t-il pas là reconnaissance d'une communauté religieuse à laquelle il est donné une prérogative spécifique ? Pour Clément Benelbaz, la question mérite d'être posée au regard de la loi de 1905 : « il est bien question d'agréer, donc de reconnaître certains organismes religieux comme étant seuls compétents [...]. Dès lors, on peut se demander si cela n'irait pas à l'encontre de l'article 2 de la loi de 1905 »⁴⁰⁴⁰. Nonobstant la pertinence de sa remarque, l'auteur s'appuie sur une jurisprudence du Conseil d'État, dans laquelle la juridiction rappelle que l'autorisation de sacrificateur donnée par un organisme religieux n'est pas un acte administratif et relève des seuls critères religieux⁴⁰⁴¹, pour considérer que le principe de séparation est sauf⁴⁰⁴². De son côté, Danièle Lochak constate *a contrario* la fragilité du dispositif au regard dudit principe, compte tenu du fait que « [l]e terme "agrément" incite

⁴⁰³⁵ F. WEBERT, « La France et les minorités » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, op. cit., p. 338.

⁴⁰³⁶ A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 417.

⁴⁰³⁷ E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », p. 252.

⁴⁰³⁸ Article R. 214-75 du CRPM.

⁴⁰³⁹ L'article R. 214-75 précise à son troisième alinéa : « [s]i aucun organisme religieux n'a été agréé, le préfet du département dans lequel est situé l'abattoir utilisé pour l'abattage rituel peut accorder des autorisations individuelles sur demande motivée des intéressés ».

⁴⁰⁴⁰ C. BENELBAZ, « L'abattage rituel et l'animal », *JDA*, 2021, art. 371, disponible en ligne sur : http://www.journal-du-droit-administratif.fr/labattage-rituel-lanimal/#_ftnref18 (consulté le 12 juill. 2022).

⁴⁰⁴¹ CE, 19 déc. 2018, *M. A.*, n° 419773.

⁴⁰⁴² Le juge constatait surtout que les organismes religieux ne sont pas chargés d'une mission de service public, ce qui faisait dire à l'auteur que le principe de séparation restait sauvegardé (C. BENELBAZ, « L'abattage rituel et l'animal », art. préc.).

d'ailleurs à penser qu'on est bien ici près d'une véritable reconnaissance »⁴⁰⁴³. En effet, la question n'est pas tant celle des autorisations de sacrificateurs que celle de l'agrément donné à certaines structures religieuses spécifiquement sélectionnées qui, elles seules, détiennent le pouvoir d'habiliter des sacrificateurs. Ce faisant, un individu qui pratiquerait lui-même un abattage rituel alors qu'il n'est pas autorisé par l'organisme religieux serait dans l'illégalité (sauf dans le cas de l'autorisation individuelle octroyée, sous conditions, par le préfet). Les organismes se voient alors accorder une prérogative spécifique, leur octroyant le privilège de choisir des individus dont l'habilitation, qui repose sur des critères purement religieux, fait droit. Le choix de l'organisme par l'autorité publique donne une force juridique au choix du sacrificateur par ledit organisme. À notre sens, le Conseil d'État a plus conforté ce constat qu'autre chose en déclarant le caractère purement et uniquement religieux de la décision d'habilitation par l'organisme religieux⁴⁰⁴⁴. Si le juge ne se soucie guère du fond de la décision religieuse, celle-ci obtient une force légale qui conditionne la possibilité pour des sacrificateurs de pratiquer l'abattage en toute légalité. Au demeurant, un détour par les développements sur la prise en compte des ordres et normes juridiques religieuses offre une dimension encore plus parlante⁴⁰⁴⁵. Le dispositif manifeste une prise en compte indéniable d'un ordre religieux particulier et, surtout, de sa norme, en vue de lui donner un effet juridique incontestable. Il y a ici « relevance » indéniable. Plus qu'à la séparation, c'est inévitablement à l'idéal d'égalité individualiste que porte atteinte cette procédure d'agrément.

1557. Cet aspect n'est pas l'unique problème d'un point de vue égalitaire, tant s'en faut. Nous en voulons pour preuve l'affaire *Cha'are Shalom Ve-Tsedek* de 1994, dans laquelle une association contesta le refus d'agrément qui lui fut opposé par le ministre de l'Intérieur devant le Conseil d'État. La réglementation ne disposait pas de critères précis pour établir ce que regroupe la notion d'« organisme religieux » susceptible d'habiliter un sacrificateur. Les conditions pouvaient bien être celles avancées par le ministre de l'Intérieur dans sa décision de rejet du 11 février 1987, selon lesquelles l'association ne possédait pas une représentativité suffisante au sein de la communauté israélite et ne constituait pas une association culturelle prévue par le titre IV de la loi du 9 décembre 1905⁴⁰⁴⁶. Le Conseil d'État ne reprit pas ces éléments et se permit plutôt d'établir personnellement les critères caractérisant les « organismes religieux » au sens de la réglementation : l'association qui n'organise pas de célébration et ne dispense aucun enseignement ne peut prétendre être un tel organisme⁴⁰⁴⁷. Ces critères ne s'appuyaient sur aucun fondement évident, mais permettaient de trier les organes

⁴⁰⁴³ Reprenant la théorie de Romano, l'autrice y voit « une véritable imbrication des ordres juridiques, le droit étatique renvoyant à une habilitation donnée en vertu des normes valables dans l'ordre juridique minoritaire, mais par une autorité préalablement agréée dans les formes prévues par l'ordre juridique étatique... » (D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, op. cit., p. 146).

⁴⁰⁴⁴ CE, 19 déc. 2018, *M. A.*, n° 419773.

⁴⁰⁴⁵ Voir p. 364.

⁴⁰⁴⁶ C'est ce qui ressort du jugement rendu au préalable par le tribunal administratif de Paris le 28 juin 1989.

⁴⁰⁴⁷ CE, 25 nov. 1994, *Cha'are Shalom Ve-Tsedek*, n° 110002, Rec. p. 509 ; *AJDA*, 1995, p. 476, note P.-J. QUILLIEN.

spécifiquement religieux, ce qui eut pour effet d'exclure l'association requérante de la qualification.

1558. Cette exclusion est d'autant plus constatable, et contestable d'un point de vue égalitaire, que l'association requérante ne put en l'espèce bénéficier de l'autorisation individuelle d'abattage rituel en ce que, « dans la religion considérée » il y avait déjà un organisme religieux agréé⁴⁰⁴⁸. En effet, les dispositions furent interprétées comme permettant des autorisations individuelles dans les seuls cas où il n'y aurait pas d'organisme déjà agréé pour la religion en question. Bien que l'association requérante réfutât l'autorité de la Commission Rabbinique intercommunautaire – organisme agréé⁴⁰⁴⁹ – elle se réclamait de la religion israélite. En ces termes, le juge rattacha l'association requérante à la même religion que l'organisme agréé pour refuser la possibilité d'autorisation individuelle. Comment comprendre cette interprétation autrement que par la constitution d'un groupe sous le critère de la religion israélite ? Le juge corrobora nos observations initiales, selon lesquelles la réglementation induit la reconnaissance des communautés particulières et de leurs normes. Certaines d'entre elles disposent incontestablement d'un statut privilégié et, en l'occurrence, de droits privilégiés. Ce constat sape encore davantage l'hypothèse, déjà fragile, d'une réglementation pour l'abattage qui resterait générale en ne mentionnant pas assez expressément et nommément une religion spécifique. Surtout qu'au-delà de la procédure d'agrément, la dérogation s'inscrit en elle-même comme un accommodement au bénéfice d'une poignée de communautés, pour leur pratique particulière. Il s'agit assurément d'une dérogation qui bénéficie à un groupe et est établie pour ce groupe, ce qui n'est pas sans poser de problème.

1559. En somme, un aménagement comme celui de la réglementation de l'abattage rituel en France est ce qui pourrait le plus se rapprocher d'un véritable « droit de groupe » que nous évoquions⁴⁰⁵⁰. De tels aménagements contreviennent certes à l'égalité individualiste. Pour autant, le modèle français d'appréhension des cultes est depuis longtemps sensible à une prise en compte communautaire du religieux. Ainsi, les éléments présentement exposés permettent des réflexions plus globales sur la cohérence même de ces modalités de prise en compte du fait religieux.

SECTION 3. La mise en lumière d'une reconnaissance des groupes limitée et discordante

1560. À présent qu'ont été exposées toutes les dimensions de l'indéniable reconnaissance des groupes pratiquée en France, un bilan peut être dressé, car les éléments rattachés la reconnaissance des groupes dans la différenciation en France ne sont jamais dénués de lien avec

⁴⁰⁴⁸ CE, 25 nov. 1994, *Cha'are Shalom Ve-Tsedek*, préc.

⁴⁰⁴⁹ La Commission rabbinique intercommunautaire dépend de l'association consistoriale israélite de Paris (ACIP), elle-même rattachée au consistoire central.

⁴⁰⁵⁰ Voir p. 338 et s.

l'approche initialement pratiquée du religieux. Une réflexion plus générale sur les limites du modèle français peut à présent être abordée. D'abord, assurément la reconnaissance des groupes issue de la différenciation et qui est pratiquée en France contredit paradoxalement la logique d'égalité réelle en mettant encore plus en avant la faveur traditionnellement accordée par le régime français aux groupes majoritaires (**PARAGRAPHE 1**). De surcroît, l'inclusion de la question, propre au différencialisme, de la caractérisation de la religion comme choix ou contrainte extérieure à l'individu affiche un problème supplémentaire dans l'intégration communautaire du religieux en droit, dans la mesure où cette dernière peut rejoindre l'accent mis sur la caractérisation de la croyance religieuse comme contrainte (**PARAGRAPHE 2**). Tout cela nous permet d'interroger la cohérence globale de l'approche objective du modèle français au regard de son égalité universaliste et d'envisager des solutions (**PARAGRAPHE 3**).

PARAGRAPHE 1. La mise en lumière d'une approche communautaire intrinsèquement favorable au groupe majoritaire

1561. La reconnaissance des groupes qui résulte de la différenciation et que nous venons d'exposer comporte des effets pernicieux mesurables et problématiques à l'égard, inévitablement de l'égalité universaliste. Toutefois, la différenciation et la reconnaissance concomitante des groupes contrevient paradoxalement, sur de nombreux points, à la logique de l'égalité réelle. Les éléments précédemment exposés offrent des réflexions plus globales sur toutes les difficultés accompagnant une prise en compte des groupes peu assumée en France, mais indéniablement imprégnée de l'approche historique et traditionnelle. En effet, si le modèle français n'a pas de principe directeur d'appréhension des communautés il reste sous l'influence de son approche objective traditionnelle du religieux et nous en avons déjà perçu le potentiel discriminatoire⁴⁰⁵¹. Dès lors, la différenciation et la perspective de l'égalité réelle font encore plus jaillir les limites mêmes de l'approche communautaire française. Ces limites révèlent que le système français, par son approche objective, favorise constamment certains groupes majoritaires et exclut de toute considération les « sous-groupes », minoritaires, clamant leur rattachement au même courant religieux (**A**). Nous pouvons émettre l'hypothèse qu'il s'agisse d'une conception symptomatique et plutôt contraire à la logique minoritaire du critère de représentativité traditionnellement employé en France (**B**).

A) L'exclusion patente des « sous-groupes » religieux

1562. L'institutionnalisation de certains cultes soulève inévitablement la question de l'égalité entre les groupes religieux⁴⁰⁵². En dépit des effets positifs que peuvent avoir les nouvelles politiques de reconnaissances égalitaires, n'échappent pas à Paul Willaime les limites d'une égalité réelle qui « concernera donc surtout les groupes religieux et les tendances au sein

⁴⁰⁵¹ Voir p. 350 et s.

⁴⁰⁵² E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, op. cit., p. 287

de ces groupes ou les représentants qui sont à la fois reconnus par les pouvoirs publics et par les interlocuteurs religieux déjà reconnus »⁴⁰⁵³. En effet, « la reconnaissance publique de la pluralité religieuse va de pair avec le choix des “bons” partenaires au sein d’un groupe religieux »⁴⁰⁵⁴ ; choix qui repose moins sur l’égalité que sur certaines valeurs ou la culture de la société française⁴⁰⁵⁵. Or, ce choix entraîne avec lui l’exclusion de certains groupes comme en témoignèrent les affaires autour des mouvements « sectaires ». Cette exclusion est la plupart du temps sous-jacente au procédé de reconnaissance du groupe sélectionné. Il arrive alors que des minorités soient irrémédiablement exclues d’un processus démocratique pourtant à la source de l’aménagement de la liberté de culte en France⁴⁰⁵⁶. Il arrive aussi que ces minorités se trouvent directement exclues d’un régime juridique lorsque la structure choisie par les pouvoirs publics est impliquée dans le processus d’octroi de droits. S’impose d’autant plus vivement la question de l’égalité entre ces communautés que la pluralité interne, propre à chaque religion, implique la comparaison de traitement au sein d’une même confession⁴⁰⁵⁷.

1563. Ces éléments, et plus précisément encore le dernier, connaissent une illustration à travers l’affaire *Cha’are Shalom* précitée. La question de l’égalité est sous-jacente à l’affaire devant le Conseil d’État, mais elle est plus expressément interrogée devant la CEDH.

1564. En effet, confrontée à un refus catégorique d’habilitation à l’abattage rituel sur le plan national, l’association requérante opta pour un recours au niveau européen. La CEDH rendit une décision au résultat identique à celui des juridictions françaises, c’est-à-dire un arrêt de non-violation⁴⁰⁵⁸. En résumé, la Cour analysa l’affaire sous le seul angle de l’article 9 et considéra la norme nationale proportionnelle à la protection de la liberté de religion. En outre, tant que les individus peuvent se procurer de la viande qu’ils considèrent eux-mêmes conformes à leur prescription religieuse, la Convention ne saurait leur octroyer le droit de procéder personnellement à l’abattage et à la certification qui en découle⁴⁰⁵⁹. S’agissant de l’article 14, l’analyse du 9 suffisait à exclure une quelconque discrimination à l’encontre de l’association⁴⁰⁶⁰.

1565. Dans son analyse de la décision de la Cour, Patrice Rolland conclut à l’existence claire et nette d’une discrimination, en l’occurrence dissimulée derrière la marge d’appréciation

⁴⁰⁵³ J.-P. WILLAIME, « 1905 et la pratique d’une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 67-82.

⁴⁰⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵⁵ D. KOUSSENS, *L’épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droit et discours*, Bruxelles, Bruylant, 2015, coll. « Droit et religion », p. 132.

⁴⁰⁵⁶ P.-H. PRELOT, « La neutralité religieuse de l’État » F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), in *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 695.

⁴⁰⁵⁷ M. COHEN, « Laïcité et minorités religieuses : de nouvelles questions », *La laïcité française*, Congrès, Arbonne, 2007, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 24 nov. 2022).

⁴⁰⁵⁸ CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Cha’are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95.

⁴⁰⁵⁹ *Ibid.*, §82. En l’espèce l’association requérante souhaitait une certification *glatt*, plus poussée que celle *casher*. Des viandes avec de telles certifications existent en Belgique, ce qui confortait la proportionnalité de la mesure, dans le sens où il restait possible, pour les requérants, de se fournir en viandes certifiées *glatt*.

⁴⁰⁶⁰ En l’absence d’ingérence dans le droit de la requérante de manifester sa religion, la Cour « estime que la différence de traitement qui en est résultée est de faible portée ». La mesure était en sus proportionnelle au but poursuivi (*ibid.*, §87).

laissée à l'État et probablement motivée par la volonté de ne pas « prendre en compte une difficulté proprement politique »⁴⁰⁶¹. Comme l'affirmait l'auteur à l'égard de la différence de situation : « [l']association requérante ne se distinguait pas de celle qui avait reçu l'agrément ni quant à la technique d'abattage qui ne faisait donc courir pas plus de risques pour l'hygiène publique, ni quant à la méthode de financement de son activité d'abattage rituel et à sa finalité religieuse (entretien des différentes œuvres cultuelles et culturelles de l'association) »⁴⁰⁶². L'auteur se rangeait alors du point de vue de la Commission qui avait rendu, deux ans plus tôt, un rapport faisant droit à la demande des requérants⁴⁰⁶³. Celle-ci s'était presque exclusivement fondée sur l'atteinte portée à l'article 14 de la Convention en ce que la différence de traitement ne connaissait pas de justification adéquate, notamment pour les raisons exposées plus haut par Patrice Rolland⁴⁰⁶⁴. Malgré tout, ignorant presque intégralement le caractère discriminatoire de la règle, la Cour préférait, à l'inverse, le renforcer en acceptant l'interprétation faite du système de l'abattage rituel français par les juridictions nationales. Ce n'est pourtant pas faute, pour la Grande Chambre, d'avoir compris la présence de nombreux juges opposés à la décision et soucieux de hisser la non-discrimination au cœur de l'affaire. En effet, dans une opinion dissidente commune, les juges Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Pantiru, Levits et Traja considérèrent « que le problème essentiel dans cette affaire réside dans la discrimination dont la requérante prétend avoir fait l'objet »⁴⁰⁶⁵. Dans la lignée de la Commission, ils notifièrent en premier lieu la nécessité d'établir l'analogie des situations. Les juges dissidents soulignèrent à juste titre que l'association requérante bénéficiait du statut d'association cultuelle. Ce point n'est pas négligeable au regard du contrôle d'égalité : la différence de situation s'apprécie souvent au regard de la réglementation en vigueur et antérieure. Autrement dit, si la notion d'« organisme religieux » utilisée pour l'abattage ne recoupe pas forcément celle de l'association cultuelle, cette dernière pouvait témoigner d'une situation identique du point de vue juridique français. Il reste que le manque de précisions normatives sur ce qui est entendu par « organisme religieux » ne permet d'établir un lien que partiel avec l'association cultuelle. Par là même, cette lacune ne permet pas non plus d'établir autrement qu'une différence de situation serait appréciable, notamment sur les fondements du critère de représentativité. Déconstruisant ensuite l'argument du but légitime avancé par le

⁴⁰⁶¹ P. ROLLAND, « L'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (27 juin 2000) » in P. TAVERNIER (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1999*, Sceaux, CREDHO, 2001, p. 61-65, disponible en ligne sur : <http://www.credho.org> (consulté le 21 juill. 2022).

⁴⁰⁶² *Ibid.*

⁴⁰⁶³ Comm. EDH, *Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95.

⁴⁰⁶⁴ « Enfin, la Commission relève, s'agissant de l'argument du Gouvernement tiré de la nécessité de respecter les impératifs d'ordre et de salubrité publics pour justifier le refus d'accorder l'agrément nécessaire à l'association requérante pour pratiquer l'abattage rituel, qu'il ressort de l'arrêt de la cour administrative d'appel du 1er octobre 1987 (cf. première procédure) qu'il n'est pas contesté que les sacrificateurs et surveillants rituels salariés par la requérante, qui emploient exactement la même méthode d'abattage par jugulation que les sacrificateurs rituels employés par le Consistoire Central, respectent pareillement les règles d'hygiène imposées par la police des abattoirs ainsi que les règles strictes présidant à l'abattage et à la surveillance rituels, la seule différence résidant dans l'étendue du contrôle post-mortem de l'état des poumons de l'animal abattu et dans les conséquences à en tirer le cas échéant pour le déclarer impropre à la consommation » (*ibid.*, §91).

⁴⁰⁶⁵ Opinion dissidente commune des juges BRATZA, FISCHBACH, THOMASSEN, TSATSA-NIKOLOVSKA, PANTIRU, LEVITS, TAJA, sous l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, p. 26-30.

Gouvernement de protection de la santé publique⁴⁰⁶⁶, puis celui d'une supposée proportionnalité appuyée sur la marge d'appréciation⁴⁰⁶⁷, les juges dissidents conclurent à l'absence de justification objective et raisonnable de la différence de traitement. Ces développements s'avéraient relativement pertinents au regard du principe d'égalité. Tous ces commentaires montrent l'exclusion impliquée par le régime français de l'abattage rituel.

1566. L'affaire illustre les limites d'une forme de gestion qui, au nom d'une non-immixtion dans le fonctionnement interne des communautés religieuses, « revient à réduire chaque confession à une seule communauté religieuse, ce qui ne reflète pas forcément la réalité surtout pour les confessions qui sont traversées par divers courants »⁴⁰⁶⁸. L'interprétation précitée du Conseil d'État à propos du refus de l'habilitation individuelle pour l'abattage de l'association confirme tout à fait cette logique, dans la mesure où le juge préféra « regrouper » les communautés se rapportant au judaïsme sous l'égide d'une seule autorité⁴⁰⁶⁹. En validant l'interprétation française, la CEDH entérina alors, aux côtés du juge français, le monopole des seuls organismes habilités, monopole fréquemment contesté par les fidèles même d'une des religions concernées⁴⁰⁷⁰. Monopole qui, pour la plupart, n'est qu'une conséquence historique des relations entretenues entre l'État et les cultes, comme l'illustre l'association consistoriale israélite de Paris, interlocuteur officiel des pouvoirs publics depuis le Concordat⁴⁰⁷¹. Au demeurant, par cette décision, la CEDH, non sans contradiction avec sa propre ligne jurisprudentielle, sembla montrer une protection moindre de l'égalité en ce qui concerne les

⁴⁰⁶⁶ « Quant aux buts légitimes susceptibles de justifier la différence de traitement, le Gouvernement a invoqué la nécessité de protéger la santé publique. Toutefois, il n'a pas été soutenu devant la Cour que les sacrificateurs employés par la requérante ne respecteraient pas tout autant que ceux de l'ACIP les règles d'hygiène imposées par la réglementation en matière de police des abattoirs, ce qui a d'ailleurs également été reconnu par les juridictions internes (paragraphe 35 de l'arrêt) [...] Certes, nous ne saurions méconnaître l'intérêt que peuvent avoir les autorités étatiques à traiter avec les organisations les plus représentatives d'une communauté donnée [...] En l'occurrence, toutefois, le litige soumis aux autorités internes ne portait pas sur la représentativité de la requérante au sein de la communauté juive et la requérante ne met nullement en cause le rôle et la fonction d'interlocuteurs privilégiés de l'État exercés par l'ACIP, le Consistoire central ou d'autres organismes représentant les intérêts des communautés juives en France [...] Nous estimons que l'organisation de l'abattage rituel ne représente que l'un des aspects des relations entre les différentes Églises et l'État et ne voyons pas en quoi le fait d'accorder l'agrément en question risquait de porter atteinte à l'ordre public » (*ibid.*).

⁴⁰⁶⁷ « Or, bien que nous puissions accepter l'existence d'une marge d'appréciation en la matière, nous observons que, dans l'arrêt Manoussakis et autres précités, la Cour a souligné que pour déterminer l'ampleur de la marge en question, elle devait tenir compte de l'enjeu, à savoir la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux, inhérent à la notion de société démocratique (p. 1364, § 44). Nous estimons que la même approche doit être suivie dans la présente affaire. À notre avis, le refus de délivrer l'agrément à la requérante et l'octroi de celui-ci à la seule ACIP [...] est contraire au pluralisme religieux et démontre l'absence d'une relation raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*ibid.*).

⁴⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 322.

⁴⁰⁶⁹ CE, 25 nov. 1994, *Cha'are Shalom Ve-Tsedek*, n° 110002, Rec. p. 509 ; *AJDA*, 1995, p. 476, note P.-J. QUILLIEN.

⁴⁰⁷⁰ Voir sur ce défaut de représentativité et l'hétérogénéité de la communauté R. AZRIA, « Le judaïsme, contours et limites de la reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 135-150. Même si nous parlions dans l'affaire précédente d'une association juive, la problématique reste la même pour la communauté musulmane. Didier Leschi précisait à ce propos : « [n]ombreux sont les musulmans, simples consommateurs, et même responsables associatifs, qui estiment incohérent de maintenir à ces trois entités désignées unilatéralement par l'État un privilège dont la fonctionnalité est au cœur de la vie quotidienne des croyants » (D. LESCHI, « L'organisation du culte musulman : un regard de praticien administratif », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 27-42).

⁴⁰⁷¹ Cette tradition concordataire à la faveur de l'ACIP qui perdura après 1905 ne se limite pas à l'affaire énoncée. Voir en ce sens E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, *op. cit.*, p. 318 et s.

minorités internes à une grande religion⁴⁰⁷². Définitivement, ces affaires traduisent le fait que la réglementation de l'abattage rituel français porte en elle un système discriminatoire latent entre les divers groupes religieux. Est parfaitement soulevée « la question de la liberté religieuse des minorités confessionnelles qui n'adhèrent pas à l'instance représentatives tout en se réclamant de la même religion et celle de l'égalité entre les groupes religieux »⁴⁰⁷³.

1567. Assurément, s'illustre le paradoxe d'une appréhension objective du religieux, qui ne saisit que les grandes religions au travers d'un seul groupe majoritaire, déniait dans un même mouvement l'importance d'une communauté « dissidente ». La conception se focalise excessivement sur la caractérisation d'un groupe, pour une religion, quand chaque communauté peut avoir sa propre conception de ce qu'est, en apparence, un courant religieux principal dont nous savons pourtant la diversité substantielle. La religion exprime spécialement un phénomène parsemé de subdivisions, de sous-courants. Elle se compose d'une multitude de communautés, au sein d'une même qualification plus générale (catholicisme, islam, judaïsme, etc.). En résumé, il existe toujours une multitude de communautés dans la communauté. Partant, toute l'approche précitée omet les tendances internes à chaque religion et présente le risque de « retenir exclusivement les prescriptions les plus orthodoxes de chacun, reléguant les évolutions modernistes dans des cadres purement subjectifs, hors de leur atteinte »⁴⁰⁷⁴.

1568. La tension entre l'approche française et la réalité de la diversité religieuse s'exprime tout autant avec le processus d'institutionnalisation de l'islam. C'est précisément en ce sens que le Conseil français du culte musulman (CFCM) s'est longtemps trouvé décrié en France. Dénoncé pour l'insuffisante représentativité de la réalité des diverses communautés, l'organisme a souvent été dans la tourmente, au point d'en réduire l'utilité de motiver, pour partie, la mise en place du nouveau Forum de l'islam de France (FORIF). Ces critiques démontrent la problématique d'une approche communautaire globale et majoritaire. Les contestations du CFCM illustrent en partie les difficultés d'une sélection par les pouvoirs publics d'un organisme spécifique. Plus généralement, elles figurent les limites d'une prise en compte accrue des religions sous forme communautaire dans le cadre d'une égalité réelle approfondie. Le système des temps d'antenne accordés pour les émissions religieuses exprime aussi cette réalité en accordant ce temps aux seuls « principaux cultes pratiqués en France » et selon la désignation par la hiérarchie religieuse⁴⁰⁷⁵. Le Conseil d'État a lui-même relevé qu'avec ces exigences « [l]a question de la représentation des “principaux cultes pratiques en France” peut se poser pour les confessions regroupant des courants à l'identité diverse, qui ne s'estiment pas toujours représentés par les émissions produites avec le soutien financier de la branche

⁴⁰⁷² Elsa Forey décrit une jurisprudence habituellement favorable à la protection des minorités (E. FOREY, *État et institutions religieuses...*, op. cit., p. 323).

⁴⁰⁷³ *Ibid.*, p. 313.

⁴⁰⁷⁴ G. KOUBI, « Droit et religion : dérives ou incohérences de la logique de conciliation », *RDP*, 1992, p. 725-748.

⁴⁰⁷⁵ Art. 56 de la loi n° 86-1067, 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication (Loi Léotard), JORF n° 0228, oct. 1986, p. 11755 et art. 17 de l'annexe du décret n° 2009-796, 23 juin 2009, fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions, JORF n° 0145, 25 juin 2009.

disposant d'un temps de passage à l'antenne »⁴⁰⁷⁶. En guise d'illustration, pour les émissions « Connaître l'Islam » et son successeur « Vivre l'Islam », « la question de la représentativité s'est posée de manière aigüe et n'est toujours pas résolue malgré la création du Conseil français du culte musulman »⁴⁰⁷⁷.

1569. Si cette prise en compte communautaire est accrue, son existence initiale en droit découle de la tradition de gestion des cultes à la française. Par conséquent, les discriminations et exclusions ici exposées n'en sont que la conséquence. L'État a toujours favorisé certaines communautés en décidant d'opter pour une appréhension groupale du fait religieux qui omet les groupes minoritaires. Après tout, le système initial de l'article 4 de la loi de 1905 comprenait intrinsèquement ces discriminations puisque l'affectation des biens cultuelles passait par la reconnaissance de certaines structures qui devaient représenter leurs communautés religieuses respectives. L'article 4 obligeait le transfert des biens aux associations les plus représentatives, à l'exclusion des courants dissidents et minoritaires. Par cela, il excluait ceux qui constituaient des subdivisions de ces groupes et que les autorités religieuses reconnues rejetaient, ou les groupes trop peu importants pour être considérés par l'État.

1570. Il est aujourd'hui aisé de mettre en lumière le paradoxe découlant de l'existence d'associations cultuelles actuelles qui ne sont pas soumises aux exigences de l'article 4⁴⁰⁷⁸. Au-delà du fait que les religions n'ont donc pas toutes été soumises aux mêmes exigences juridiques pour jouir du régime des associations cultuelles, dorénavant tout groupe religieux minoritaire et/ou dissident a la possibilité de se former en association cultuelle sans la validation hiérarchique de la religion qu'il entend professer. Cette possibilité rend plus légitime l'éventuelle prise en considération de tels groupements. Pourtant, seuls les groupements considérés comme représentatifs au sens de l'article 4 – c'est-à-dire exprimant, aux yeux de l'État, les plus hautes autorités du courant religieux qu'il représente – disposent historiquement d'échanges privilégiés avec les autorités publiques. Il s'agit d'une illustration supplémentaire de l'incohérence du régime sur ce point, qui, tantôt enregistre la pluralité religieuse, tantôt la renie. L'insertion tardive de l'islam dans ces relations privilégiées a bien révélé une chose : les risques d'inégalités pour les minorités religieuses qui ne bénéficient pas de ces échanges avec les autorités publiques⁴⁰⁷⁹, et encore plus celles qui seraient dissidentes par rapport à l'organe représentatif. C'est tout bonnement parce qu'il existe un tel dispositif que l'égalité en pâtit.

1571. Le renvoi traditionnel et constant à la hiérarchie et à la structure religieuse est la cause de ce privilège accordé à la communauté majoritaire. Les limites de ce renvoi s'expriment alors aussi bien dans la jurisprudence du juge judiciaire à propos de la qualification en contrat de travail de la relation entre des personnalités religieuses. D'abord, cette jurisprudence revient

⁴⁰⁷⁶ Conseil d'État, *Rapport public sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 348.

⁴⁰⁷⁷ B. CHELINI-PONT, « L'émergence normative du pluralisme religieux ? Prospective sur les transformations de la laïcité française » in F. FABERON (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, Aix-Marseille, PUAM, 2015, coll. « Droit et religions », p. 69.

⁴⁰⁷⁸ P.-H. PRELOT, « La neutralité religieuse de l'État » F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), in *Traité français des religions*, op. cit., p. 697.

⁴⁰⁷⁹ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », art. préc..

à traiter différemment les groupes religieux selon l'importance de la structure hiérarchique en fond. Mais, en plus, la tentation de prendre en compte cette hiérarchie dans l'appréciation du contrat comporte toujours le même risque de favoriser la communauté majoritaire, c'est-à-dire les prescriptions les plus orthodoxes, et d'écarter les groupes dissidentes ou minoritaires⁴⁰⁸⁰.

1572. À tout cela, s'ajoute une contradiction supplémentaire à l'égalité individualiste. Pour rappel, sous la perspective individualiste, l'appartenance à une minorité résulte normalement toujours d'un choix personnel ; elle ne doit pas dépendre d'une imposition étatique ou des groupes, dans la mesure où « l'identification individuelle au groupe n'est jamais absolue » et « ne présume nullement une adhésion totale aux combats et oppositions que l'existence d'un groupe homogène suscite »⁴⁰⁸¹. Selon cette logique, nous percevons en quoi la prise en compte des minorités au nom de l'égalité réelle effraie l'individualisme, en ce qu'elle s'accompagne d'une inclusion totale d'individus dans un groupe quand ils n'y adhèrent en vérité pas entièrement. Toutefois, ce risque n'est pas seulement propre à une conception plus réelle de l'égalité, puisqu'il traverse le système français initial. Les cas sus-décrits révèlent à quel point la saisie juridique des groupes comporte alors le risque d'évincer les pratiques religieuses individuelles ou de ceux qui ne se rattachent qu'en partie à une communauté religieuse. L'affaire *Cha'are Shalom* illustre cette réalité compte tenu du refus d'autorisation individuelle opposé par le juge administratif. L'approche communautaire, cumulée à l'absence de critères objectifs, peut omettre la volonté individuelle.

1573. Suivant toutes ces constatations, le droit français est hermétique à certaines problématiques que l'égalité réelle tente de corriger. La situation de certaines minorités est ignorée et la différenciation pratiquée par le droit français, paradoxalement, aggrave et met en lumière ce postulat. La différenciation prend ainsi le risque d'accroître la reconnaissance de certains groupes, pour les hisser au même rang que des religions historiques, déjà reconnues – en contradiction flagrante avec l'individualisme –, mais n'étend en aucun cas le raisonnement à tout groupement. Le tri reste pour partie arbitraire et cette reconnaissance demeure inégalitaire⁴⁰⁸². Le fait que les interactions entre les pouvoirs publics et les organismes religieux soient constamment à la limite d'une contradiction aux principes universalistes rend très certainement malaisée, ainsi limitée, une extension du processus. En fin de compte, le droit français cède à la différenciation et à la reconnaissance concomitante des groupes. Cependant, du fait de sa tradition, il ne cède pas entièrement à une approche réelle de l'égalité au profit des minorités. Peut-être est-ce aussi en raison d'une certaine réticence à pleinement admettre une politique d'égalité réelle, souvent assimilée à une rupture avec le modèle formel universaliste.

⁴⁰⁸⁰ G. KOUBI, « Droit et religion : dérives ou conséquences de la logique de conciliation », *RDP*, 1992, p. 725-748.

⁴⁰⁸¹ G. KOUBI, « Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités », *RTDH*, 1997, p. 412.

⁴⁰⁸² Comme l'observe Bertrand Dubujadoux : « l'égalité n'est pas donc pas totalement respectée : si d'un côté l'on cherche à la rétablir entre la confession catholique et les autres religions mentionnées, d'un autre côté, en omettant les autres confessions minoritaires, on la rompt puisque tous ne peuvent prétendre aux mêmes autorisations » (B. DUBUJADOUX, *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes Paris, 2003, p. 113).

Les aménagements différencialistes, comme l'abattage rituel, ne tiennent pas toujours d'une politique d'égalité réelle, comme nous l'avons vu. La reconnaissance des groupes afférente non plus.

1574. Ressortent sous une autre perspective les limites fondamentales d'une approche communautaire du religieux, aggravées et mises en lumière par une égalité plus différencialiste. C'est, en fond, un emploi particulier du critère de représentativité des groupes religieux qui hypothétiquement expliquer pour partie l'incohérence du modèle français.

B) Un emploi paradoxal du critère de représentativité

1575. À travers tous ces cas, la prise en compte des groupes religieux s'appuie sur une forme de critère de représentativité qui mérite certaines réflexions et hypothèses. La plupart du temps, le système français paraît précisément privilégier les groupes majoritaires, car il s'appuie sur une forme de critère de représentativité. Ainsi, la façon de défendre et d'employer en France ce critère est ambiguë aussi par rapport à la logique classique d'égalité réelle en faveur des minorités.

1576. Habituellement, l'approche par la représentativité laisse envisager une éventuelle prise en considération des minorités religieuses. La doctrine qui défend une forme d'équité ou d'égalité réelle entre religions s'appuie sur la notion de représentativité⁴⁰⁸³. Dans sa définition la plus primaire, la minorité fait référence à un critère quantitatif : la minorité renvoie à « un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État »⁴⁰⁸⁴. Le critère de représentativité mis en avant serait alors susceptible d'induire une prise en compte du fait minoritaire. Suivant Jean-Marie Woehrling, il faudrait ainsi moduler les conditions de mise en œuvre de la règle suivant la prise en compte de l'existence de minorités religieuses⁴⁰⁸⁵. Encore une fois au titre d'une certaine conception de l'égalité réelle, le caractère minoritaire du groupement devient alors par lui-même une différence de situation par rapport à la majorité⁴⁰⁸⁶. Au demeurant, en objectivant et en systématisant des différences de situations de la sorte, cette

⁴⁰⁸³ « Une notion de proportionnalité (ou de représentativité) sert donc d'aiguillon à la mise en œuvre de la doctrine, plus substantielle que formelle, d'équité entre les religions » (C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, op. cit., p. 83-84).

⁴⁰⁸⁴ C'est ainsi que commence la définition la plus usitée du terme « minorité », issue de Francesco Capotorti, rapporteur spécial de la sous-commission de la lutte contre la discrimination et la protection des minorités (F. CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New-York, Nations Unies, 1991 [1^{er} éd. *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 1979], p. 102, §568 cité dans M. ABOU RAMADAN, « La définition des minorités en droit international » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion », p. 81).

⁴⁰⁸⁵ J.-M. WOEHRLING, « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 139.

⁴⁰⁸⁶ *Ibid.*

tendance perd de vue ce que la différence de situation a de subjectif, relatif, et modulable en fonction des domaines⁴⁰⁸⁷.

1577. Persistent cependant des difficultés en France pour prendre en compte la représentativité d'un groupe. S'impose dans le débat l'opposition juridique aux statistiques ethniques et religieuses, alors probablement à tout critère de représentativité. Pour rappel, le Conseil constitutionnel avait rejeté l'emploi de données statistiques qui reposeraient « sur l'origine ethnique ou la race »⁴⁰⁸⁸. L'exclusion de l'emploi de tels outils découle principalement du principe d'égalité à la française⁴⁰⁸⁹. Nombreux sont alors les auteurs à avoir intégré dans le rejet des statistiques la donnée religieuse, mais, en matière religieuse certains y voient l'implication d'autres principes⁴⁰⁹⁰. Après tout, il a maintes fois été souligné l'opacité de la frontière qui distinguait la différence ethnique de celle religieuse dans certains cas. En toute hypothèse, sans nécessairement parler de statistique, le critère du nombre ou de la représentativité semble de manière générale exclu par le juge administratif⁴⁰⁹¹. Ce critère contrevient frontalement à l'idée que l'on se ferait de l'égalité sans distinction de religion⁴⁰⁹². Il semblerait même que ce soit la loi de 1905 qui soit venue mettre fin à toute prise en compte de la religion au *pro rata* du nombre de ses adhérents. D'après le Jean Carbonnier, le texte de la séparation a entendu mettre les cultes sur un pied d'égalité, donc exclure une différenciation entre eux reposant notamment sur ce critère⁴⁰⁹³. Le doyen avait bien perçu les risques que représentait le critère de représentativité pour l'égalité.

1578. Cependant, nonobstant l'avertissement du doyen et la jurisprudence précitée, à l'examen, la représentativité apparaît constamment employée en droit français. Peut-être l'idée de représentativité ne recoupe-t-elle pas celle de statistique et, pour le juge administratif, peut-être la représentativité n'est-elle qu'exclue en matière d'aumônerie ? Il semble plutôt, à l'image plus générale de l'approche par le groupe qui irrigue toute la prise en compte du religieux en

⁴⁰⁸⁷ « La similitude entre deux situations ne se laisse pas appréhender de façon purement objective et abstraite : on ne peut pas dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes et qu'elles justifient ou non par conséquent des différences de traitement ; on ne peut le décider que : 1/ en fonction d'une appréciation à la fois relative et subjective ; et 2/ au regard d'un problème déterminé, car certaines différences peuvent légitimer une différence de traitement dans un domaine et pas dans un autre » (D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit », p. 55.

⁴⁰⁸⁸ Décision n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 29.

⁴⁰⁸⁹ Voir E. MAULIN, « Les statistique ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité », *Bulletin de l'Observatoire des Politiques Économiques en Europe*, vol. 20, p. 3-15.

⁴⁰⁹⁰ Rita Hermon-Belot et Sébastien Fath déclarent que c'est la non-reconnaissance qui exclut toute statistique fondée sur la religion des citoyens (R. HERMON-BELOT et S. FATH, « "La République ne reconnaît... aucun culte" », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 7-13).

⁴⁰⁹¹ À propos d'un refus opposé à un détenu témoins de Jéhovah de bénéficier d'un aumônier au motif de l'insuffisance du nombre de détenus partageant cette religion. Ce critère fut rejeté par la Cour administrative d'appel, ce que le Conseil d'État validé (CE, 16 oct. 2013, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des libertés c. Fuentes*, n° 351115, 351116, 351152, 351220, 354484, 354485, 354507 et 354508 ; *AJDA*, 2013, p. 2386, concl. D. HEDARY).

⁴⁰⁹² E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 43

⁴⁰⁹³ J. CARBONNIER, note sous CA de Nîmes, 10 juin 1967, *D.*, 1969, p. 367.

France, que l'emploi de ce critère de représentativité soit dissimulé, sous-jacent, et peut-être parfois – par moments, sûrement, volontairement – peu perçu. Seulement, ce critère est initialement employé en faveur des groupes majoritaires. La logique se répète alors dans le cadre du différencialisme.

1579. Il y a dès le départ une problématique liée au système en place : il est nécessaire de trier les membres ou organisations choisis, comme l'illustrent les exigences de composition de certains comités. Au premier stade, doivent déjà être sélectionnées des religions précises, qui représentent les principales confessions. Ainsi, les groupes minoritaires qui pourraient ne pas se voir représentés sont isolés. Le régime des émissions télévisées religieuses illustre cette vision de la représentativité puisque la loi de 1986 offre un avantage à certaines religions, en fonction de ce critère⁴⁰⁹⁴. Il est effectivement question de seuls « principaux cultes pratiqués en France » qui permet même une répartition financière au *pro rata* de l'importance sociale des cultes concernés. Cette modalité constitue assez nettement une subvention au bénéfice de quelques cultes⁴⁰⁹⁵. Notre étude ne vise pas à discuter du principe du non financement des cultes en lui-même, mais il est important de notifier le caractère inégalitaire du système qui déroge au principe, à nouveau sur le fondement de la représentativité de certains cultes. À l'avantage financier dont jouissent les cultes majoritaires, s'ajoute celui du temps de diffusion, plus long en fonction de l'importance de la religion⁴⁰⁹⁶.

1580. Le problème du critère de représentativité ressort aussi bien pour l'inclusion au sein des conseils consultatifs auprès de l'État. C'est le cas du Conseil consultatif national d'éthique, dont la composition comprend des membres choisis en vertu de leur appartenance religieuse (catholicisme, protestantisme, islam et judaïsme), ou encore du Conseil national du sida et des hépatites virales⁴⁰⁹⁷ qui doit être notamment composé de cinq personnes représentant « les principales familles philosophiques et spirituelles »⁴⁰⁹⁸. Ce dispositif interroge notamment à l'égard des critères de composition pour les Conseils précités. Certes, pouvons-nous lire, « chaque personnalité choisie par le Président de la République est une représentation du judaïsme, du catholicisme, etc. compris comme familles de pensée et non pas comme groupes organisés et institutionnels », la notion de famille dépassant « très largement celle d'institution ecclésiale »⁴⁰⁹⁹, et l'institution à laquelle appartiennent les individus n'est pas prise en

⁴⁰⁹⁴ L'article 17 de l'annexe précise que le coût financier « est réparti entre les différents cultes en tenant compte, notamment, de leur représentativité respective » (annexe du décret n° 2009-796, 23 juin 2009, *fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions*, JORF n° 0145, 25 juin 2009).

⁴⁰⁹⁵ J.-P. WILLAIME, « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *art. préc.*

⁴⁰⁹⁶ N. GUILLET, « Les critères de délégitimation des minorités religieuses » in A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰⁹⁷ Ancien Conseil national du syndrome immunodéficientaire acquis (art. 4 du décret n° 89-83, 8 févr. 1989, *portant création d'un Conseil national du syndrome immunodéficientaire acquis*, JORF n° 35, 10 févr. 1989, p. 1915). Le changement fut acté par le décret n° 2015-210, 24 févr. 2015, *portant création du Conseil national du syndrome immunodéficientaire acquis (sida) et des hépatites virales chroniques*, JORF n° 48, 26 févr. 2015.

⁴⁰⁹⁸ Art. D. 3121-4 du Code de la santé publique. Pour l'ancien Conseil l'exigence, similaire, tenait du décret n° 89-82 portant sa création.

⁴⁰⁹⁹ F. DREYFUS, « Représentation et compétence dans les organes consultatifs de l'administration » in F. D'ARCY (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1985, p. 144 cité dans E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », p. 344.

compte⁴¹⁰⁰. De plus, la prise en compte des compétences techniques rentrerait en jeu⁴¹⁰¹. Pour autant, sont membres de cet organe des personnes appartenant aux *principales* familles philosophiques et spirituelles⁴¹⁰². Ainsi, relevait David Koussens, quel critère permet de déterminer les « principaux » groupes concernés quand, rappelle-t-il, les statistiques religieuses sont prohibées ? Il ne lui a pas échappé que la composition comprend surtout les anciennes religions établies, avec en plus la religion musulmane et bouddhiste, et qu'une telle composition ne répond pas à une égale représentation des familles spirituelles en France⁴¹⁰³.

1581. Ces modalités d'approches se répercuteraient ensuite au sein d'une conception différencialiste de la prise en compte en France. Seulement, suivant la logique précitée, au titre de l'égalité réelle, sont inclus des nouveaux groupements, mais seulement dont l'importance retentit suffisamment pour que l'on s'en préoccupe, comme l'a exigé – tardivement – la religion musulmane, initialement peu incluse dans tous ces procédés. Dès lors, exception faite du catholicisme, le critère met en avant la place majoritaire par rapport aux autres groupes de l'islam, lui offrant ainsi le mérite d'une prise en compte par les pouvoirs publics au titre de l'égalité réelle. Ce constat met à mal l'emploi du critère de représentativité comme marqueur d'une différence de situation évoqué plus haut. En effet, l'appréciation d'une représentativité importante du culte musulman n'emporte pas une différence de situation par rapport au catholicisme, puisque toutes deux sont les cultes majoritaires en France.

1582. C'est davantage comme motif légitime de reconnaissance d'une différence de situation tenant à une tradition, au problème du bénéfice d'un régime, ou à spécificité religieuse que la représentativité intervient. Le critère ne constitue alors pas une différence de situation, mais légitime *a posteriori* la prise en compte de situations distinctes éventuelles. Déterminer, premièrement, la représentativité des communautés, ensuite observer leur place dans le système juridique, offre la possibilité de déduire le caractère minoritaire d'une communauté, même numériquement majoritaire. En effet, il est aujourd'hui amplement admis que les minorités ne s'identifient plus par un simple critère quantitatif, mais par un rapport au groupe majoritaire. Elles sont alors largement appréhendées selon d'autres critères : celui de la position dominante, celui de la conformité à un certain « ordre social »⁴¹⁰⁴, mais également, plus subjectivement, celui tenant au manque de reconnaissance, par exemple⁴¹⁰⁵. Raphaël Liogier parle alors de « religion minoritaire », par exemple, pour le bouddhisme, mais de « religion de minorité » pour

⁴¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 343.

⁴¹⁰¹ *Ibid.*, p. 344.

⁴¹⁰² Nous soulignons.

⁴¹⁰³ D. KOUSSENS, *Secularism(s) in Contemporary France*, Gewerbestrasse, Springer, 2023, p. 72-73.

⁴¹⁰⁴ À travers le respect de l'ordre public ou de certaines valeurs sociales. C'est la conception intéressante de Nicolas Guillet (N. GUILLET, « Les critères de délégitimation des minorités religieuses » in A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, op. cit., p. 32 et s.).

⁴¹⁰⁵ Voir à ce sujet l'article précité M. ABOU RAMADAN, « La définition des minorités en droit international » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, op. cit., p. 78-98. Voir également J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *RDUS*, vol. 34, n° 1-2, 2004, p. 93-155.

l'islam ; la première étant numériquement en infériorité, la seconde, pourtant deuxième religion de France, étant « en situation d'exclusion » et de précarité⁴¹⁰⁶.

1583. Le cas de la religion musulmane en France s'apparente effectivement davantage à une minorité constituée par la position dominante d'une autre religion et/ou par son manque de reconnaissance. Établir qu'une communauté est dans les faits fortement représentative, mais que, par là même, elle n'obtient qu'insuffisamment satisfaction de la part des autorités publiques permet de la qualifier de minorité. La doctrine française arbore souvent la défense d'un critère de représentativité pour déterminer quels groupes religieux méritent des traitements spécifiques et pour défendre une politique en faveur de l'islam. « Selon cette thèse tous les cultes ne sont pas dans la même situation ; par conséquent, il est légitime de leur appliquer des traitements différents » explique Elsa Forey⁴¹⁰⁷. Le principe d'égalité n'exclurait ainsi pas « une différenciation fondée sur la représentativité »⁴¹⁰⁸. L'idée d'attribuer à la représentativité le rôle de légitimation de traitements spécifiques pour des groupes religieux n'est pas récente⁴¹⁰⁹. Aujourd'hui, pour certains, une sorte d'équité devrait être prônée, le soutien aux groupes religieux devant être proportionnel à leur représentativité sociale⁴¹¹⁰. Ce critère d'appréciation légitimerait donc une intervention active des pouvoirs publics en faveur de l'islam, deuxième religion de France. Il intervient comme outil supplémentaire dans le cadre de l'égalité réelle, et au service d'un culte dans une situation d'inégalité de fait en dépit de sa représentativité. L'emploi de la proportionnalité ou représentativité offre dans ce cadre-là l'opportunité de reconnaître la contribution des groupes religieux à la vie publique et surtout, précisément dans le cas français, « de promouvoir un traitement plus équitable de la communauté musulmane »⁴¹¹¹.

1584. Par exemple, au nom de l'égalité réelle, il serait potentiellement légitime de prendre en compte les particularités de l'islam, précisément car elle est la deuxième religion de France. Concomitamment, l'islam est dans une situation différente, par exemple du fait de ses difficultés à jouir du régime des cultes, comme elle le devrait au regard de sa représentativité. En conséquence, ce système vaut pour les groupes les plus majoritaires puisqu'il s'agit de justifier et légitimer les interventions de l'État au profit des cultes ayant le poids social le plus important.

1585. Partant, nous l'avons vu, le critère de représentativité ne révèle pas le caractère numériquement minoritaire d'un groupement, mais semble permettre d'établir, à l'inverse, à

⁴¹⁰⁶ R. LIOGIER, « La distinction sociocognitive et normative entre bonne et mauvaise religion en contexte européen : le cas de l'islam et du bouddhisme » in M. MILOT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *Pluralisme religieux et citoyenneté*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, coll. « Sciences des religions », p. 117.

⁴¹⁰⁷ E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, op. cit., p. 43.

⁴¹⁰⁸ F. MESSNER, « Laïcité imaginée et laïcité juridique. Les évolutions du régime des cultes en France », *Le Débat*, n° 77, 1993/5, p. 77-83.

⁴¹⁰⁹ On peut relever que lors des débats sur la Constitution de 1848, le député Bouzique proposa de baser la reconnaissance des cultes sur le nombre d'adhérents (*Le Moniteur universel*, n° 263, 19 sept. 1848, p. 2496).

⁴¹¹⁰ C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains*, op. cit., p. 80.

⁴¹¹¹ *Ibid.*, p. 84.

quel point un groupe est suffisamment majoritaire. Il favorise les groupes historiques et majoritaires depuis fort longtemps. Le critère défendu par la doctrine conforte une approche implicitement déjà pratiquée en France, mais à la faveur de la majorité. À l'évidence, Nicolas Guillet résume avec justesse le modèle français qui, refusant en théorie tout critère sociologique historique ou démographique, favorise *de facto* « les minorités possédant une certaine taille et/ou dont la présence sur le territoire est à la fois stable et ancienne [...] tandis que les plus petites et/ou les plus récentes n'existent pas – ou peinent à exister »⁴¹¹². La problématique des groupements « sectaires », pourtant numériquement minoritaires, illustre ces propos. D'ailleurs, un texte ayant pourtant comme objectif l'ouverture à la diversité religieuse a un temps révélé cet emploi du critère de représentativité⁴¹¹³. Une telle façon d'opérer penche donc en faveur de l'islam, deuxième religion de France, mais elle délaisse les autres sous-groupes d'une religion ou les groupes minoritaires, moins représentatifs⁴¹¹⁴. Ainsi en est-il des minorités « dissidentes »⁴¹¹⁵ au sein d'une communauté dont l'organe représentatif a été choisi par l'État. L'exclusion du bénéfice de l'agrément pour procéder à l'abattage rituel illustre cette réalité.

1586. En résumé, le critère de représentativité n'est pas employé en faveur du caractère numériquement minoritaire d'un groupe religieux ; il heurte donc de front la protection des minorités⁴¹¹⁶. Tout cela relève de la tradition historique d'appréhension du fait religieux par l'État français. Cette tradition met à mal certaines logiques d'égalité réelle puisque l'État ne se départit par d'un renvoi à la représentativité suffisante.

1587. Nous sommes alors face à ce paradoxe d'un État qui, implicitement et de façon peu assumée, prend en considération les groupes religieux par la différenciation et parfois au nom de l'égalité réelle, mais qui, par là même, aggrave une inégalité entre les communautés religieuses en favorisant la seule prise en compte des groupes représentatifs. L'existence d'autres considérations que celles purement numériques est peu contestable, mais elle rend l'action des pouvoirs publics d'autant plus erratique. *A priori* légitime et logique, cette façon de procéder se révèle rapidement défaillante lorsqu'elle représente la seule impulsion des actions en faveur de certains groupes dans le cadre de l'égalité réelle. La façon avec laquelle les autorités françaises ont géré le problème des mouvements sectaires est en l'occurrence très à propos⁴¹¹⁷. Par là même, s'ensuit un effet boule de neige : le modèle favorise initialement la

⁴¹¹² N. GUILLET, « Les critères de délégitimation des minorités religieuses » in A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion », p. 29.

⁴¹¹³ Nicolas Guillet fait remarquer que la circulaire pour l'année précisant les fêtes religieuses pour les autorisations d'absence évoquait « les dates des cérémonies propres à certaines des *principales confessions* ». Comme preuve d'une maladresse passée, la circulaire de 2011 lui préféra les termes « propres à certaines confessions » (*ibid.*, p. 30).

⁴¹¹⁴ Le recours à la notion de représentativité « conduit, par ailleurs, à une certaine forme de reconnaissance des cultes dits "représentatifs", au détriment d'autres cultes qui le sont moins » (E. FOREY, « L'égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, *op. cit.*, p. 45).

⁴¹¹⁵ Par ce terme, nous entendons la définition donnée par Lionel Obadia, qui traite de « minorités par dissidence (sécessionnisme) qui introduit à dessein des écarts par rapport à des institutions-cadres dominantes (les courants du protestantisme, par exemple) » (L. OBADIA, « Minorité et sciences religieuses : pragmatique, minoration et religiogénèse » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, *op. cit.*, p. 69).

⁴¹¹⁶ J.-M. WOEHRLING, « Une définition juridique des sectes ? » in F. MESSNER (dir.), *Les « sectes » et le droit en France*, Paris, PUF, 1999, coll. « Politique d'aujourd'hui », p. 69.

⁴¹¹⁷ Voir p. 350 et s.

majorité et conforte sa critique par une égalité réelle défendant la place des minorités, mais l'égalité réelle et la différenciation pratiquée en France reprend sa logique initiale pour ne venir qu'en aide aux communautés les plus représentatives. Le critique ne peut que se répéter.

1588. En revanche, qu'en est-il, au sein de ce débat, de la religion juive et protestante ? Pour celles-ci, de prime abord, il est permis d'imaginer que le critère numérique fut retenu par le constat d'une représentativité sociale réduite de ces groupements⁴¹¹⁸ ; leur caractère minoritaire justifierait leur prise en considération. Cependant, il est tout aussi cohérent de voir l'emploi de ce critère historiquement utilisé en raison, au contraire, de l'importance sociale de ces communautés. En effet, avant 1905 la diversité religieuse s'avérait considérablement limitée. Si la religion catholique demeura pendant longtemps considérée presque comme l'unique religion valable, et que la multiplication de pratiques religieuses distinctes donna de l'importance à d'autres groupements, la diversité religieuse resta très relative. Parce qu'à côté de l'Église catholique les seules autres convictions étaient majoritairement issues du protestantisme et du judaïsme, il est apparu de plus en plus nécessaire de prendre en considération ces communautés⁴¹¹⁹. Ainsi, nous pouvons émettre l'hypothèse que ce n'est pas forcément parce que ces groupements étaient en situation de désavantage quantitatif qu'ils ont été intégrés, mais parce qu'à l'inverse ils représentaient un poids social et numérique qu'il devenait difficile d'ignorer.

1589. Malgré tout cela, une autre donnée joue indéniablement, d'ordre historique, reposant, d'abord sur l'ancienneté des groupements concernés, mais également sur les longues marginalisations et persécutions que ceux-ci ont subies⁴¹²⁰. Surtout, c'est l'existence de leur institutionnalisation issue du Concordat avant 1905 qui entraîne la préservation de leur organisation représentative respectives après la loi de séparation⁴¹²¹. En toute hypothèse, le manque de clarté des procédures et des critères employés conforte des inégalités et discriminations à l'égard de mouvements religieux excentriques et/ou minoritaires.

1590. En dernière analyse, caractérisation portée par Pierre-Henri Prélôt sur la notion de minorité semble particulièrement appropriée : sont, finalement, en France des minorités – alors exclues de la prise en compte –, tous les groupements qui ne figurent pas parmi les grandes religions, « que ce soit au titre de la tradition (religions judéo-chrétiennes) » ou « d'une implantation massive légitimant une politique volontariste ou bienveillante des pouvoirs publics (islam et bouddhisme) »⁴¹²². Il semble alors que l'égalité réelle telle qu'elle est pratiquée en France omet totalement ces formes de minorités. Pour les religions peu représentatives, l'égalité réelle, même dissimulée, n'opère pas.

⁴¹¹⁸ P.-H. PRELOT, « Qui sont les minorités en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, op. cit., p. 312.

⁴¹¹⁹ Si, numériquement le protestantisme et le judaïsme restaient très inférieurs à la religion catholique, ils représentaient la majorité des autres religions existantes.

⁴¹²⁰ P.-H. PRELOT, « Qui sont les minorités en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, op. cit., p. 312.

⁴¹²¹ Voir Partie 1, Titre 1.

⁴¹²² P.-H. PRELOT, « Qui sont les minorités en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, op. cit., p. 316.

1591. Ressortent ici toutes les ambiguïtés de l'approche communautaire par la représentativité. Les éléments précédents sur l'exclusion des sous-groupes sont assurément en lien avec cette conception. Les groupes majoritaires sont alors favorisés, quand les groupes « dissidents », peu « orthodoxes » ou numériquement minoritaires sont exclus. Cette réalité ne peut qu'accroître le sentiment d'injustice et appuyer les contestations du modèle universaliste. À cela s'ajoute inévitablement une limite à l'égard de l'égalité individualiste : cette faveur accordée à la représentativité et aux groupes majoritaire omet par là même considérablement les croyances individuelles. Au-delà de ces ambiguïtés, l'approche française par le groupe exprime une autre contradiction.

PARAGRAPHE 2. L'emploi paradoxal de l'approche objective au regard du débat choix-circonstance

1592. La désignation objective ou subjective de la religion n'est pas sans lien avec la caractérisation de celle-ci comme choix ou circonstance extérieure qui pèse sur l'individu. S'imposent ici aussi certains paradoxes pour le modèle français.

1593. En premier lieu, nous serions tentés d'affirmer que lorsque l'aspect collectif et communautaire est priorisé, l'accent est mis sur la contrainte que le religieux peut impliquer puisqu'est omis le libre choix des individus⁴¹²³. Ainsi, cette tendance paraît se rapprocher d'une appréciation de la religion davantage en tant que circonstance extérieure, qui échappe pour partie à l'individu, car liée au groupe. Il est même permis de penser que l'accent mis sur le groupe offre possiblement un élément de réponse quant à la place particulière de la religion. En effet, cette dernière a toujours été plus qu'un choix, précisément car elle a continuellement été appréhendée à travers l'entité communautaire, surtout en France. Dès lors, la religion est particularisée, communautarisée, et ne se limite plus à une conviction individuelle. Elle s'éloigne du choix personnel pour y attacher un élément qui le dépasse.

1594. Nous confrontons cependant ici des débats distincts dont les liens ne sont pas forcément évidents. Une discussion vise la justification d'accommodements spécifiques pour les croyants quand l'autre souligne une façon de qualifier, mais plus globalement de saisir, le religieux. Nous en voulons pour preuve qu'au Canada la religion évoque davantage une circonstance extérieure à l'individu justifiant des accommodements, tandis que la qualification du religieux lors d'un litige penche parfois pour l'approche subjective. En effet, le croyant doit prouver la sincérité de la croyance pour solliciter des aménagements justifiés par l'existence d'un poids spécifique qui pèse sur celui-ci. Toujours est-il possible de supposer que la notion de choix intervient certainement au préalable : l'individu est libre dans le choix de sa conviction. Seulement en suivant, la conviction religieuse, choisie puis portée, déborde le cadre

⁴¹²³ G. Koubi, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 4, 1999, p. 721-739.

du simple choix. Sa profondeur la rend extérieure même à l'individu qui l'arbore. Elle devient identité.

1595. Quoi qu'il en soit, le lien entre ces caractérisations n'est pas non plus complètement négligeable, tant nous avons appuyé la critique d'un manque de considération pour le choix individuel en adoptant l'approche objective. Certes, pour refuser des aménagements il est assuré en France que la religion n'est qu'affaire de choix, mais la réalité offre plus vraisemblablement les images de certaines ouvertures à ces aménagements, précisément car sont concernés des groupes religieux. Après tout, l'histoire démontre à bien des égards des accommodements développés depuis 1905 au profit de « l'Église catholique ». Le mode de gestion des cultes français est empreint d'une approche par le groupe qui justifia, dans les rapports entre ordres juridiques, certains aménagements – parfois, nous l'avons vu, au détriment de l'individu. La conception objective favorisée en France postule la prise en compte d'un élément d'extranéité, donc d'une contingence extérieure au croyant. Délaissant parfois l'aspect individuel, cette conception, tantôt favorise des aménagements spécifiques, tantôt se fait le vecteur de certains rejets. En ces termes, l'analyse centrée sur le groupe et l'institution éloigne de la teneur initiale de la liberté en la matière, « que sont le libre choix, le libre arbitre de chacun »⁴¹²⁴.

1596. Paradoxalement, c'est ce ciblage sur la communauté qui justifie certains durcissements protecteurs d'un individualisme farouche. Nous pensons ici au foulard islamique, dont nous décrivions la caractérisation politique et juridique française tel un signe d'appartenance communautaire, plutôt que comme une expression individuelle. Cette appréciation lui a valu des durcissements et interdictions que nous ne présentons plus. Ces contradictions peuvent manifester la fragilité du mélange et de la confrontation de débats qui ne relèvent pas du même champ. Par là même, elles prouvent selon nous une forme d'incohérence, doublée d'une schizophrénie constante, de l'État français en matière de cultes, que nous avons illustrée à plusieurs reprises dans nos développements. L'approche par le groupe paraît côtoyer de près une considération de la religion comme une contrainte extérieure.

1597. Se recentrer sur la notion de choix individuel semble éviter toute ambiguïté et paraît plus conforme à la logique constituant les soubassements du modèle français. Cela requière hypothétiquement une conception de la religion plus subjective.

PARAGRAPHE 3. Réflexions sur la pertinence de la conception objective ou subjective sous le modèle français

1598. Au regard de toutes ces contradictions du modèle français à l'égalité individualiste, l'heure est à présent à la comparaison entre l'approche objective et subjective, notamment au regard du modèle français et de l'égalité universaliste. Le fait que le régime français privilégie une conception objective présente d'indéniables mérites par rapport à la subjective (A). Malgré

⁴¹²⁴ G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 4, 1999, p. 721-739.

ceux-là, il est trop souvent ignoré à quel point la perception subjective affiche des qualités qui, à notre sens, se révèlent particulièrement cohérentes au regard de l'égalité universaliste (B).

A) Les avantages de la conception objective

1599. L'approche objective présente des qualités indéniables. Certes, nous avons pu voir ses défauts, notamment la faveur adressée aux groupes majoritaires. Anna Su affirme, cependant, que l'authenticité subjective, de son côté, ne contourne ce problème qu'à moitié ; elle n'évince pas une référence obligatoire à la conception que le juge se fait de la religion. Pour reprendre ses mots, « la familiarité avec une religion et ses croyances est ce qui rend les demandes facilement reconnaissables et plausibles devant le juge »⁴¹²⁵. Autrement dit, « ce qui conduit souvent à ce qu'une enquête plus approfondie sur la conscience individuelle, en vue de déterminer la sincérité de celle-ci, ne soit pas menée est la propre appréciation portée par le juge sur le contenu de la revendication religieuse »⁴¹²⁶. La sincérité est d'autant plus appréciable que la croyance concernée est intelligible pour les juges⁴¹²⁷. En somme, une dose d'appréciation objective persiste probablement toujours dans l'esprit du juge, notamment fondée sur la tradition, l'histoire et la majorité. Ressurgit l'impossible neutralité. D'ailleurs, les juges qui s'affairent à l'authentification subjective emploient également des éléments objectifs pour compléter leur analyse⁴¹²⁸. Les décisions canadiennes *Multani* et *Amselem* illustrent cette nécessité dans la mesure où les juges se sont notamment appuyés, pour prouver la sincérité de la conviction, sur les témoignages d'autorités religieuses⁴¹²⁹. Bien qu'il s'avère difficile de distinguer sur quel élément repose l'appréciation finale – entre le fait que l'individu croie sincèrement en ses affirmations ou le fait que ces affirmations trouvent un fondement dans une doctrine appuyée par des autorités religieuses⁴¹³⁰ –, l'approche objective reste un élément de preuve supplémentaire. Nous sommes en mesure de penser que l'authentification objective puisse supplanter dans certaines affaires une approche par trop subjective. En tout état de cause, son emploi contredit la pratique d'une conception purement et uniquement subjective⁴¹³¹. Rien de surprenant, compte tenu du manque de prévisibilité de la conception subjective et des risques qu'elle représente pour la sécurité juridique⁴¹³².

⁴¹²⁵ A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, n° 5, 2016, p. 28-48 (nous traduisons).

⁴¹²⁶ En guise d'illustration, l'auteur cite une décision de la Cour suprême des États-Unis dans laquelle il était question d'une religion qui pratiquait des rituels de sacrifices d'animaux. La Cour souligna alors les similarités et les origines partagées avec le catholicisme (*ibid.* (nous traduisons)).

⁴¹²⁷ *Ibid.*

⁴¹²⁸ L. VANBELLINGEN, « La religion devant les juges : comment appréhender la subjectivité de la croyance du requérant ? », *Scriptura*, vol. 17, n° 1, 2017, p. 89-101.

⁴¹²⁹ Dans *Amselem* les juges entendent le témoignage d'un rabbin affirmant qu'habiter dans une *soucca* est un commandement religieux (*préc.*, §73), quand dans *Multani* les juges s'appuient sur des affidavits d'aumôniers pour certifier que le *kirpan* est un symbole religieux porté par les sikhs (*préc.*, §36).

⁴¹³⁰ A. SU, « Judging Religious Sincerity », *art. préc.*

⁴¹³¹ *Ibid.*

⁴¹³² B. LAVOIE, « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *Réguler le religieux*, vol. 4, 2015, p. 1-20.

1600. De même, il est couramment argué que l'approche subjective de la religion porte le bénéfice d'éviter tout conflit de dogme ou de doctrine au sein d'une communauté de croyants. Néanmoins, elle emporte dans un même temps pour principal inconvénient d'encourager « les revendications opportunistes, voire frauduleuses »⁴¹³³. C'est pour cette raison que les juges se montrent exigeants sur la preuve de la sincérité afin d'identifier la réalité d'une atteinte à la liberté de religion. Conscients de cet embarras, les juges s'assurent autant que faire se peut de la véracité des éléments avancés par le requérant. Cet objectif fait poindre une autre difficulté inhérente à l'approche subjective : la recherche de sincérité de la croyance comporte le risque de s'immiscer trop rigoureusement dans la vie privée et la conscience de l'individu. Partagés entre le risque d'une enquête rigoureuse, mais trop intrusive, et d'une enquête plus respectueuse de la liberté de religion, mais ouvrant la voie aux abus, les juges semblent s'être davantage orientés vers la seconde tendance⁴¹³⁴. En lien, une approche subjective contrôlée par le caractère sérieux de la conviction privilégie les conceptions les plus radicales, les interprétations les plus rigides et fondamentales de la croyance⁴¹³⁵.

1601. À l'inverse, la vue objective présente une certaine sécurité. La caractérisation d'une croyance religieuse dans un litige impliquant une pratique relativement fondamentaliste revient à se demander si un tel rite relève véritablement de la liberté de religion individuelle ou s'il s'agit d'un abus fondé sur une appartenance opportuniste à une communauté, donc à ses traditions les plus démesurées. L'acception objective de la religion répond en partie à cette problématique en se référant à l'autorité religieuse et la tradition majoritairement partagée. L'appartenance revendiquée peut être réfutée, les pratiques attenantes avec.

1602. Une autre incidence néfaste de la conception subjective est décrite par Jean-René Milot : « le risque de produire des effets discriminatoires pour un groupe en voulant protéger un individu contre la discrimination »⁴¹³⁶. En effet, l'acceptation par les juges d'un accommodement au profit d'un individu à la pratique religieuse quelque peu fondamentale peut entraîner une remise en cause générale de toute une communauté, en partant du principe, aux yeux de tous, que chaque religionnaire peut exiger le même droit. Avigail Eisenberg, qui est une défenseuse résolue de l'approche objective⁴¹³⁷, soutient à l'inverse que cette dernière est plus à même de saisir les discriminations justement fondées sur les groupes que l'authenticité subjective, puisque son acception renvoie fréquemment à l'appartenance communautaire⁴¹³⁸.

⁴¹³³ J. WOEHRLING et M. MILOT, « Canada » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire du droit des religions*, Paris, CNRS Éditions, 2^e éd., 2022, p. 128.

⁴¹³⁴ J. WOEHRLING, « Liberté de religion, accommodements raisonnables et neutralité religieuse de l'État : les fluctuations de la jurisprudence de la Cour suprême », *Religiologiques*, n° 34, 2016, p. 83-115.

⁴¹³⁵ C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 37.

⁴¹³⁶ J.-R. MILOT, « La Cour suprême du Canada et la liberté de religion : regard religiologique sur un parcours sinueux », *Religiologiques*, n° 34, 2016, p. 117-142.

⁴¹³⁷ Voir notamment, en sus, son ouvrage A. EISENBERG, *Reasons of Identity*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁴¹³⁸ A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, New York, Routledge, 2015, p. 153.

Plus théorique que pratique, nous avons mesuré combien cette assertion est à tempérer en ce qui concerne le droit français.

1603. Enfin, au regard du modèle français, il est permis de voir dans l'approche objective le mérite de ne pas scinder le droit en différentes parcelles de reconnaissances minoritaires, mais de préférer une saisie du religieux à travers les catégories juridiques. Ce sont les autorités qui établissent l'appartenance à la catégorie juridique, en niant tout désignation personnelle et toute consécration juridique d'une communauté identitaire⁴¹³⁹. De surcroît, l'établissement de catégories objectives fondées sur un référentiel majoritaire pallie l'absence de définition envisageable et universellement acceptée du religieux. Pour être recevables, ces arguments n'en restent pas moins considérablement fragilisés par les critiques, exposées dans ce chapitre, du système français⁴¹⁴⁰.

1604. Du reste, s'il a pu être imputé à la vision objective d'être issue de la tradition catholique, celle subjective subit la même critique, mais à l'égard du protestantisme. Les contempteurs semblent craindre de cette réalité l'exclusion des pratiques, rites, cérémonies et célébrations communautaires⁴¹⁴¹. Ainsi, sous le même appareil de la neutralité, la conception subjective dissimulerait tout autant que l'objective une vision spécifique de la religion. Pour autant, du seul point de vue de l'égalité universaliste, l'approche subjective présente un intérêt certain.

B) Un intérêt probant de l'approche subjective

1605. Finalement, des hypothèses peuvent être émises sur la pertinence de la conception subjective au regard du modèle français. De façon surprenante, cette conception s'avère *a priori* très pertinente sur de nombreux points dans le cadre d'un modèle universaliste et individualiste comme celui de la France (1). De plus, il est possible de lui reconnaître le mérite de mieux épouser l'évolution sociétale du phénomène religieux, ce que l'approche objective nous l'avons vu, peine à faire (2).

⁴¹³⁹ Le groupe se détermine en termes de définitions internes quand la catégorie renvoie à une définition extérieure, définie par un tiers (M. LAMONT et C. A. BAIL, « Sur les frontières de la reconnaissance », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 21, n° 2, 2005, p. 4). Alexandre Nanchi rapporte de son côté : « [l]a notion de catégorie se distingue alors de la minorité puisqu'elle nie le droit des individus au choix personnel d'intégrer ou non le groupe désigné. Le concept de catégorie permet l'application différenciée sans remettre en cause le principe d'unité. La catégorie peut désigner des individus sur le fondement de caractéristiques minoritaires sans engager leur reconnaissance officielle » (A. NANCHI, *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2006, coll. « Collection des Thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand », p. 357). Et celui-ci de poursuivre quelques pages plus loin : « [i]l faut comprendre que les fondements constitutionnels interdits concernent toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité. Cette limite se justifie par la vision catégorielle de l'application de la discrimination. Ce sont les autorités publiques qui déterminent le lien d'appartenance à une catégorie, elles ne tiennent pas compte de la volonté d'appartenance de l'individu » (*ibid.*, p. 388).

⁴¹⁴⁰ Voir le Paragraphe 1.

⁴¹⁴¹ M. SEYMOUR et J. GOSSELIN-TAPP, « La religion libérale pour les personnes et pour les groupes. Droits fondamentaux et accommodements », *ThéoRèmes*, n° 15, 2019.

1) Une approche subjective envisageable d'un point de vue égalitaire et individualiste

1606. Les reproches fréquemment formulés à l'encontre de l'institutionnalisation de l'islam et de la priorité donnée aux organisations religieuses, au détriment des pratiquants qui refusent d'être réduits aux seules associations majoritaires, ne sont que l'écho d'une contestation plus générale « des institutions au profit d'une perception plus subjective et individualiste des modes de croyance »⁴¹⁴².

1607. En effet, et tout d'abord, quand l'approche subjective se veut inclusive, celle objective porte les stigmates de l'exclusion. Ainsi, dans sa comparaison Canada-France, Louis-Philippe Lampron observe en premier lieu « la très grande générosité (voire la quasi-absence de limites) en vertu de laquelle le droit canadien aborde l'admissibilité des différentes *convictions structurantes* au sein du groupe des "convictions religieuses protégées" »⁴¹⁴³. Tandis que le modèle français fait rentrer une proportion moins importante de convictions personnelles sous la protection des convictions religieuses et laisse une latitude inférieure au juge (« en principe », précise avec lucidité l'auteur) pour vérifier le rattachement de la conviction à un dogme religieux⁴¹⁴⁴. L'auteur démontre qu'avec cette approche, le droit français exclut d'importantes convictions dénuées d'un pan collectif⁴¹⁴⁵. C'est quelque peu le rapprochement que fait Philippe Gast qui, lors de sa définition donnée de la religion, donna un pan subjectif et objectif, mais notifia le caractère ambigu de ce second terme, « car un rituel, considéré comme mode d'expression objective d'une religion, peut être pratiqué seul et pour son propre salut »⁴¹⁴⁶.

1608. Dans la continuité de ces remarques, une question s'impose : que faire lorsque la pratique religieuse invoquée par un individu est contestée au sein du groupe concerné⁴¹⁴⁷, voire par l'autorité représentative religieuse ? Se confrontent dans une telle situation la pratique individuelle et la prise en compte, par l'approche objective, de la communauté. En d'autres termes, la définition objective comporte le risque évident de favoriser les groupes religieux majoritaires et orthodoxes au détriment de la liberté des individus d'épouser les convictions religieuses de leur choix⁴¹⁴⁸. Tous nos développements précédents démontrent qu'à l'égard de la France il ne s'agit plus d'une simple éventualité. Le constat se répète pour Christelle

⁴¹⁴² T. RAMBAUD, *Les principes de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé. Analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », p. 289.

⁴¹⁴³ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, Thèse de doctorat en droit, Avignon/Québec, Université Laval/Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2011, p. 126.

⁴¹⁴⁴ *Ibid.*

⁴¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁴¹⁴⁶ P. GAST, « Analyse critique de la situation des mouvements religieux en droit positif français », *Conscience et liberté*, n°58, 1999, p. 83-103.

⁴¹⁴⁷ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009, p. 319-373.

⁴¹⁴⁸ A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism, op. cit.*, p. 146.

Landheer-Cieslak dans sa comparaison de prise en considération de l'ordre juridique religieux entre la France et le Québec : « [a]lors que le juge français a tendance à retenir une approche hiérarchique des communautés de croyants en envisageant ces derniers soumis aux décisions de l'autorité religieuse qui leur est supérieure, le juge québécois est plus ouvert à la diversité des modes d'organisation de ces communautés »⁴¹⁴⁹. En outre, insérer une approche objective, c'est préserver le risque que les courants minoritaires ou dissidents éprouvent davantage de difficulté à prouver la sincérité des convictions religieuses prônées⁴¹⁵⁰. Partant, ces modalités contredisent l'égalité, tant universaliste et individualiste, que concrète et réelle.

1609. La conception subjective évite cet écueil en donnant la parole aux dogmes religieux marginaux, minoritaires⁴¹⁵¹, voire dissidents⁴¹⁵², considérant que le rattachement à la pratique traditionnelle n'importe pas. Elle fait ainsi la part belle à une conception individualiste de la liberté de religion⁴¹⁵³, d'autant qu'elle limite les risques de domination des groupes et autorités religieuses sur les fidèles en s'assurant que la croyance de ceux-ci soit librement exercée⁴¹⁵⁴.

1610. Cela souligne l'importante interrogation de Patrice Rolland, qui affirmait que « le religieux est un composé inséparable de la visée qui l'anime » et se demandait alors si l'État pouvait véritablement séparer l'objet et la visée qui l'anime. Il répondait qu'il pouvait « être tenté de traiter objectivement le fait social religieux indépendamment de la façon dont le croyant le vit et le définit »⁴¹⁵⁵. Cette tentation s'est bel et bien concrétisée en France et le questionnement de l'auteur en souligne par lui-même les écueils. Une croyance religieuse authentique doit pouvoir être librement choisie et la force de l'engagement religieux déterminé par l'individu lui-même, indépendamment du vœu des autres de porter la foi d'une certaine façon⁴¹⁵⁶. En somme, ce devrait être l'affaire individuelle de chacun.

⁴¹⁴⁹ Elle poursuit : « [p]our lui, une autorité religieuse peut être un maître à penser dont la supériorité hiérarchique est affirmée mais aussi une assemblée de fidèles élus qui prend des décisions pour l'ensemble de la collectivité religieuse. Dans sa perception d'une communauté de croyants, le juge français reste sans doute très influencé par la communauté catholique et par son organisation hiérarchique » (C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007, p. 519).

⁴¹⁵⁰ L. VANBELLINGEN, « La religion devant les juges : comment appréhender la subjectivité de la croyance du requérant ? », *Scriptura*, vol. 17, n° 1, 2017, p. 89-101.

⁴¹⁵¹ « Where the interpretation of religious authenticity is largely based on individual sincerity, the scope of possible spiritual beliefs or notions of the sacred can become very broad and courts become compelled to recognize as religiously authentic practices which may have no roots in recognized doctrines and established communities of faith. Thus, the sincerity test is expansive and potentially emancipatory for some religious minorities » (A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, op. cit., p. 150).

⁴¹⁵² « Le juge pourrait être amené à méconnaître le droit à la dissidence religieuse, c'est-à-dire le droit d'interpréter le contenu confessionnel d'une religion différemment de la majorité des croyants. Plusieurs tendances ou écoles peuvent co-exister au sein d'une religion. La liberté de religion ne protège pas seulement l'interprétation que donne la majorité des croyants des prescrites et impératifs de la religion concernée » (J. VELAERS et M.-C. FOBLETS, « L'appréhension du fait religieux par le droit – À propos des minorités religieuses », *RTDH*, n° 30, 1997, p. 273-307).

⁴¹⁵³ J. WOEHRLING, « Liberté de religion, accommodements raisonnables et neutralité religieuse de l'État... », art. préc.

⁴¹⁵⁴ A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, op. cit., p. 149.

⁴¹⁵⁵ P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », 2013, HAL, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 1^{er} sept. 2022).

⁴¹⁵⁶ A. EISENBERG, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, op. cit., p. 147.

1611. En ce sens, l'approche subjective est fondamentalement conforme à l'idéal de l'autonomie individuelle et à une acception individualiste de la liberté de religion, en accord avec l'idée de neutralité et de non-interférence avec les croyances privées⁴¹⁵⁷. *A contrario*, la recherche constante d'institutionnalisation qui caractérise le mode de gestion des cultes à la française comporte constamment le risque de se réaliser au détriment de la liberté individuelle et du libre choix de l'auto-référence de chacun⁴¹⁵⁸. Ce point est souvent rattaché à l'approche individualiste et universaliste. Sans compter ceux qui, selon leur degré d'allégeance communautaire, ne veulent même pas être reconnus ou juridiquement favorisés⁴¹⁵⁹. C'est d'ailleurs à ce titre que l'établissement d'une preuve d'appartenance religieuse soulève de vives discussions⁴¹⁶⁰.

1612. Nous avons vu ce que l'influence objectiviste donnait en France à propos du voile islamique. Souvent rattaché à une appartenance religieuse, il était pour beaucoup le signe d'un communautarisme virulent. Parallèlement, il a pourtant été soutenu que le port du foulard n'était pas même encouragé par les autorités religieuses musulmanes. Si ces réactions sont contradictoires, elles se rejoignent sur la place octroyée à la communauté dans le débat. Il n'est venu que plus tard à l'esprit des contempteurs que le port du voile islamique pouvait être l'expression d'une conviction individuelle dénuée de tout rattachement communautaire. Au sein d'un modèle profondément individualiste la surdétermination communautaire d'une croyance pouvant, pourtant, être individuelle surprend dans l'absolu. Elle étonne moins à la lumière de notre exposé sur les modalités concrètes de prise en compte du fait religieux.

1613. À l'aune de ce constat, le droit pourrait davantage se trouver en harmonie avec la réalité sociale en prenant plus de distance « à l'égard des pratiques religieuses jusqu'ici dominantes, pour organiser leur garantie sous des formes plus spécifiques, de type objection de conscience ou dérogations accordées individuellement, et non plus sous la forme institutionnalisée qui a toujours été plus ou moins la sienne, même après la séparation »⁴¹⁶¹. L'égalité favorise indubitablement une telle évolution⁴¹⁶². À l'inverse, en passant « d'une question touchant la vérité d'un dogme à celle de la conviction personnelle, subjective », il n'y a plus aucune raison « de privilégier une religion relativement à une autre. Elles sont toutes égales entre elles »⁴¹⁶³.

⁴¹⁵⁷ A. SU, « Judging Religious Sincerity », *art. préc.*

⁴¹⁵⁸ G. KOUBI, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENKSHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 341.

⁴¹⁵⁹ Il y a toujours le risque « que les personnes censées être concernées ne se reconnaissent pas dans ce qu'on leur présente parce qu'elles refusent précisément le principe même de reconnaissance juridique » (S. MESTIRI, « Droits collectifs, libéralisme et tolérance. Un débat entre Rawls, Kymlicka, Taylor et Habermas », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 92, 2008, p. 753-771).

⁴¹⁶⁰ *Ibid.*

⁴¹⁶¹ P.-H. PRELOT, « Qui sont les minorités en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen...*, *op. cit.*, p. 314.

⁴¹⁶² *Ibid.*

⁴¹⁶³ Plutôt que l'approche objective, Yves Charles Zarka traite d'une logique « unilatérale » qui oppose vraie et fausse religion et vise la recherche d'un monopole de la vérité (Y. Z. ZARKA, « Nouvelles conditions du rapport des religions à la laïcité » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique », p. 171). L'objectivité de l'approche française correspond indéniablement à une qualification unilatérale du religieux et s'oppose en ces termes à un recentrage subjectif de celle-ci.

1614. En lien, mais moins évoquée ; toute aussi logique est l'opportunité qu'offre l'approche subjective d'accompagner l'évolution des croyances religieuses et d'éviter de cristalliser le religieux dans les dogmes historiquement traditionnels comme pourrait le faire la conception objective.

1615. Finalement, l'appréciation subjective apparaît séduisante à plus d'un titre, surtout dans un cadre égalitaire universaliste. Elle pourrait être en adéquation avec ce dernier sur de nombreux aspects. C'est en ce sens que Ronan McCrea fait l'éloge de l'évolution qui marque la CEDH vers une approche plus subjective, dans la mesure où la Cour devrait effectivement s'assurer que chaque individu ait à égalité un droit de développer leurs croyances⁴¹⁶⁴. C'est effectivement l'un des mérites d'une telle approche.

1616. Si axer sur la communauté participe de la surdétermination du caractère religieux d'une conviction, *a contrario*, il ressort de la conception subjective une imprégnation individualiste logique⁴¹⁶⁵, qui s'inscrit dans une démarche égalitariste de la liberté de religion⁴¹⁶⁶. Dans la mesure où cette approche se concentre sur l'appréciation individuelle de la conviction, sa profondeur, sa sincérité, elle impose moins une conception spécifique de ce que doit être la conviction, de sa nature.

1617. À notre sens, elle semble résoudre plus de difficultés qu'elle n'en pose. Par-dessus tout, quand la conception objective restreint des expressions minoritaires ou individuelles de religions, celle subjective est en mesure d'inclure tant les expressions majoritaires qu'individuelles. C'est pour cette raison que nous peinons à comprendre la défense d'une approche objective reposant encore sur le fait que la religion comporte, certes une dimension personnelle, mais aussi une dimension sociale impliquant un rapport avec les tiers⁴¹⁶⁷. Ces éléments ne nous paraissent pas nécessairement ignorés de la conception subjective. Cette dernière recoupe des expressions communautaires, mais elle ne fait simplement pas de l'existence du groupe un critère indispensable. De son côté la conception objective tend à exclure des groupes dissidents ou des pratiques confessionnelles exercées individuellement. Dans tous les cas, le croyant, libre dans sa religion, peut adhérer à la communauté qu'il souhaite, mais aux fondements de cette liberté seul l'individu compte. Le rattachement à la communauté n'est qu'une conséquence de sa croyance et pratique individuelles. Dans le fond, la liberté de

⁴¹⁶⁴ R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination and the Secular State », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 183-210.

⁴¹⁶⁵ Du moins dans l'approche de Taylor et MacLure, pour lesquels « seuls les individus, non l'État, ni les autorités religieuses, sont habilités à déterminer quelles sont leurs [aux croyants revendiqués] convictions fondamentales, et quelle est l'interprétation correcte (à leurs sens) de leurs obligations religieuses et morales » (C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 35).

⁴¹⁶⁶ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse...*, op. cit., p. 360.

⁴¹⁶⁷ C'est l'approche dissidente défendue par les juges Bastarache, LeBel et Deschamps dans l'arrêt *Amselem* (préc., §135).

conscience dans l'essor des droits de l'homme et sa perspective individualiste vise l'émancipation de l'individu face à la pression du groupe⁴¹⁶⁸.

1618. Au demeurant, la liberté de religion, en comprenant indéniablement un aspect communautaire dans son approche objective, entre effectivement d'autant plus en contradiction avec l'égalité individualiste, ce qui rend le fonctionnement du régime français d'autant plus paradoxal.

1619. Cela étant, nous pouvons émettre une réserve sur la place donnée au juge dans ce dispositif, déjà fréquemment critiquée en France. En effet, la crainte de tout temps d'un gouvernement des juges se prête moins bien à une approche qui place une certaine immixtion du juge dans la vie privée de l'individu et au cœur du processus de la liberté de religion. L'excessivité de cette immixtion est l'une des critiques adressées au modèle subjectif. Gardons-nous cependant de toute critique hâtive : un penchant pour l'authentification objective n'enraye pas nécessairement une forte implication des juridictions – parfois marquées d'un certain subjectivisme⁴¹⁶⁹ –, comme l'illustre la France. L'argument ne suffit donc pas à exclure toute approche davantage subjective, qui présente d'importants intérêts pour un modèle sous l'égide de l'égalité universaliste et individualiste. Elle présente d'autant plus d'intérêts qu'elle permet une intégration plus précise de la diversité religieuse.

2) Un contexte sociétal individualiste à la faveur d'une approche subjective

1620. N'oublions pas, à la lumière de ces éléments, que l'époque contemporaine est marquée par une modification de la croyance religieuse. Les pays occidentaux vivent une « désinstitutionnalisation » de l'exercice du culte, une « désarticulation du religieux et des communautés organiques, souvent nationales, au profit d'une *individualisation* du croire et des pratiques religieuses, avec pour effet un éloignement accru du religieux vécu par rapport à l'orthodoxie définie par les institutions »⁴¹⁷⁰. Autrement dit, sans être le signe d'une perte de vitesse de la religion à proprement parler, la croyance ne renvoie simplement plus en premier lieu à l'appartenance. Elle n'est plus nécessairement rattachée à l'institution et au modèle religieux classique que l'on se faisait⁴¹⁷¹. Pour ainsi dire, les convictions religieuses tendent à

⁴¹⁶⁸ P. MUZNY, « Le droit à l'objection de conscience au service militaire pour motifs religieux », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 129-143.

⁴¹⁶⁹ Patrice Rolland notait que l'approche objective de la religion « permet d'échapper au subjectivisme du croyant comme à celui du juge » (P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique », p. 610). Or, nous avons vu qu'une approche objective de la religion n'est jamais dénuée de critères pour le moins subjectifs quand il s'agit de distinguer les groupes religieux.

⁴¹⁷⁰ F. GAUTHIER, « Primat de l'authenticité et besoin de reconnaissance. La société de consommation et la nouvelle régulation du religieux », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 41, n° 1, 2012, p. 93-111.

⁴¹⁷¹ *Ibid.*

s'écloigner de la « vérité religieuse » issue des autorités religieuses reconnues⁴¹⁷². Cela vaut aussi bien, voire surtout, pour la religion catholique⁴¹⁷³. Partant, en plus de la mise à l'écart des groupes minoritaires, l'approche communautaire n'est pas toujours en phase avec la façon dont le religieux se vit de nos jours.

1621. Les bienfaits de la conception subjective sont précisément à mettre en relation avec ce contexte sociétal. Jean-René Milot loue l'adaptation de la conception subjective et le caractère protéiforme du fait religieux que nous décrivons : « sans s'arrêter à trouver une définition préalable de la religion, elle a tracé un parcours qui correspond assez bien à celui de la société contemporaine qui est "sortie" de la religion instituée – le christianisme quasi étatique –, tout en portant une attention particulière au fait religieux comme dimension personnelle qui peut prendre des formes de plus en plus diversifiées. En ce sens, la conception subjective de la liberté de religion a pour effet – et comme grand mérite – de mettre en relief un élément constitutif du fait religieux, à savoir une relation instauratrice de sens entre un sujet et un objet »⁴¹⁷⁴. L'auteur conclut avec justesse que la religion est aujourd'hui significativement multiforme et qu'ainsi la formation des contours de la liberté de religion – en l'occurrence subjectiviste – « tient en grande partie à la nature même de la religion, une réalité qu'on ne peut enfermer dans une définition préalable qui la figerait une fois pour toutes »⁴¹⁷⁵. En somme, dans un monde sorti de la « légitimation orthodoxique » et dorénavant ancré « dans un nouveau régime *orthopraxique*⁴¹⁷⁶ sacralisant l'individu »⁴¹⁷⁷, il est possible d'entrevoir le mérite de la conception subjective, en ce qu'elle s'éloigne d'une caractérisation du religieux à travers le groupe, pour s'en tenir au ressenti individuel.

1622. Selon Elsa Forey, il existe en droit français des illustrations de cette prise de conscience, notamment par la jurisprudence à propos de l'association « Fraternité sacerdotale Saint-Pie X », pour laquelle le juge a accepté la qualification d'association cultuelle contre la volonté de l'Église catholique⁴¹⁷⁸. Elle y range aussi l'intégration des défunts au sein des carrés confessionnels, dont l'acceptation ou le refus ne peuvent reposer sur le bon vouloir de l'autorité religieuse⁴¹⁷⁹. Cela dit, cette jurisprudence relève moins d'une prise de conscience sociologique que d'une volonté de respecter les principes français pour ne pas fragiliser davantage un dispositif déjà informel. Ce constat, comme le conclut Elsa Forey, ne retire rien aux limites de

⁴¹⁷² P. EID, « La ferveur religieuse et les demandes d'accommodements religieux. Une comparaison intergroupe » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009, p. 290 et, pour l'exemple du Canada – mais d'après l'auteur similaire en Europe –, p. 296 et s.

⁴¹⁷³ « L'identité catholique n'est plus régulée par l'autorité confessionnelle, la seule souveraineté reconnue semble être celle du for interne de chacun, en dehors de toute dictée institutionnelle. La croyance cède la place à l'interprétation personnelle, accentuant ainsi la distanciation du croyant au groupe religieux » (Z. ANSEUR, « Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité "postmoderne" », *RRJ*, n° 4, 2002, p. 1723-1737).

⁴¹⁷⁴ J.-R. MILOT, « La Cour suprême du Canada et la liberté de religion... », *art. préc.*

⁴¹⁷⁵ *Ibid.*

⁴¹⁷⁶ L'orthopraxie renvoie à la pratique et aux rites religieux conformément à une croyance.

⁴¹⁷⁷ Z. ANSEUR, « Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité "postmoderne" », *art. préc.*

⁴¹⁷⁸ CE, 29 avr. 2002, *Fraternité sacerdotale Saint-Pie X*, n° 216850 cité dans E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman », p. 326-327.

⁴¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 327.

la pratique administrative consistant à constamment rechercher des interlocuteurs que représentent les autorités représentatives religieuses⁴¹⁸⁰. D'ailleurs, Geneviève Koubi montre, au contraire, que le juge accentue parfois l'aspect communautaire de la liberté de culte, actant un glissement « vers les droits et libertés *du* culte », en lui accolant « la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte »⁴¹⁸¹.

1623. En toute hypothèse, la subjectivisation du croire ne contredit cependant pas le lien fondamental entre la religion et la communauté. D'abord, parce que l'individualisation du croire marque une évolution perceptible, mais ne supprime pas le rattachement institutionnel, plus traditionnel, de certains croyants. Les deux cohabitent quand le second mode de conviction dominait largement auparavant. De surcroît, François Foret nous rapporte que « la revendication d'une croyance sans appartenance fait sens uniquement comme volonté de rattachement à un collectif »⁴¹⁸². Que l'on prenne cet argument comme le signe de l'existence irrémédiable du groupe en fond, ou que nous nous refusions à tout raisonnement aussi tranché, l'analyse pousse une nouvelle fois à conclure à l'insaisissabilité du fait religieux. De toute évidence, qu'il exprime un rattachement collectif ou pas, il puise sa source dans le for interne, par essence insaisissable et individuel. Indéniablement, la manifestation sociale du religieux est tellement commandée par « l'auto-définition »⁴¹⁸³ que l'approche objective ne peut que montrer les limites d'une définition du religieux recherchée dans le groupe. Cette remarque fait écho aux difficultés rencontrées par l'égalité générale du modèle français face à la diversité religieuse⁴¹⁸⁴. Le fait religieux remet particulièrement en cause la concrétisation de l'universalisme dans le régime des cultes, précisément en ce que l'intégration d'un groupe dans la norme était peu compatible avec la pluralité caractérisant ce fait. Le retour sur ces réflexions, à l'aune des éléments concernant l'individualisation du croire permet d'envisager l'hypothèse d'une approche française plus subjective.

Conclusion du chapitre

1624. Comme le dit Olivia Bui-Xuan, « l'entrée du droit à la différence dans la sphère publique aboutit ainsi à une différence de droits, définie en fonction de la communauté d'appartenance »⁴¹⁸⁵. Droit à la différence et revendications minoritaires vont ainsi de pair⁴¹⁸⁶.

⁴¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 327-328.

⁴¹⁸¹ CE, ord., 25 août 2005, *Commune de Massat*, Rec. p. 386 ; B. QUIRIGNY, *JCP G*, 2006, J., p. 322 ; P. SUBRA DE BIEUSSES, *AJDA*, 2006, p. 91 cité dans G. Koubi, « Pluralisme et libertés fondamentales au prisme de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2007, coll. « Droit et Justice », p. 342.

⁴¹⁸² F. FORET, « "l'accommodement raisonnable", libres propos sur la circulation d'un concept au travers des frontières » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse...*, *op. cit.*, p. 128.

⁴¹⁸³ D. HERVIEU-LEGER, « Faut-il définir la religion ? Questions préalables à la construction d'une sociologie de la modernité religieuse », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 63, 1987, p. 11-30.

⁴¹⁸⁴ Voir p. 236 et s.

⁴¹⁸⁵ O. BUI-XUAN, *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus », p. 487.

⁴¹⁸⁶ G. Koubi, « Penser la minorité en droit » in A. FENET, G. Koubi et I. SCHULTE-TENKSHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, p. 274.

Comprenant substantiellement ces éléments, l'égalité réelle différencialiste entre encore davantage en contradiction avec l'idéal universaliste ; elle accroît les risques de tensions entre l'appréhension juridique du fait religieux, précisément dans la différenciation, et cet idéal. Malgré le risque de tension supplémentaire que représente cette reconnaissance des groupes qui accompagne la différenciation, elle-même profondément encouragée par le fait religieux et sa prise en compte, le droit français n'y échappe pas.

1625. Il faut dire que si le différencialisme encourage la prise en compte des groupes, le religieux pousse lui-même à une différenciation impliquant la reconnaissance des groupes. En effet, lors d'une demande différencialiste, la différence est affirmée et revendiquée collectivement par les groupes, notamment religieux⁴¹⁸⁷. Elle exprime un sentiment d'appartenance pour une communauté spécifique qui a ses règles propres⁴¹⁸⁸. La communauté et sa différence s'inscrivent dans le cadre de l'égalité réelle, alors plus sensible à ces demandes. Ainsi, Geneviève Koubi fait remarquer qu'au contact de l'élément communautaire du religieux, la liberté de culte réactive la dynamique minoritaire⁴¹⁸⁹. L'égalité réelle s'accommode effectivement d'une logique active de la liberté de religion qui, à son tour, peut mettre en avant la dimension groupale. Cependant, à notre sens, c'est plutôt le raisonnement inverse qui caractérise la réalité sociale actuelle : les dynamiques minoritaires et revendicatrices activent une conception particulière de la liberté de culte tendant à en faire un droit au profit des groupes. D'ailleurs, la même autrice dit ensuite que la nature collective de l'exercice du culte inscrit justement la liberté d'exercice des cultes dans le cadre des droits des minorités⁴¹⁹⁰. Cela se fait sous l'impulsion, d'un côté des demandes particularistes, de l'autre des courants de pensée en leur faveur. Cela peut aussi bien passer par l'approche active de la liberté de religion ou de conscience ; sensibles à une approche substantielle de l'égalité, elles deviennent le support des nouvelles demandes différenciatrices et d'autonomie exprimées par les groupes religieux⁴¹⁹¹. Malgré tout, la liberté de religion entretient *ab initio* un lien toujours profond avec la dimension communautaire. Lien que l'égalité réelle et une approche plus active de cette liberté peuvent faire ressurgir plus vivement.

1626. En tout état de cause, par les procédés visant à satisfaire les demandes religieuses différencialistes, le droit français reconnaît les groupes religieux. Une nouvelle fois, nous remarquons donc qu'il ne respecte pas à la lettre l'idéal affiché au contact d'un religieux qui le pousse dans ses retranchements. Cependant, à cette limite, s'ajoute celle des incohérences accompagnant les modalités de reconnaissance des groupes. Le droit français est certainement imprégné de l'égalité réelle dans son mouvement de reconnaissance des communautés religieuses, mais pas seulement. Nous avons constaté que les aménagements en place

⁴¹⁸⁷ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789, op. cit.*, p. 111.

⁴¹⁸⁸ C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », *Cahiers de droit*, vol. 47, n° 2, 2006, p. 239-217.

⁴¹⁸⁹ G. Koubi, « Droit et minorités dans la République française » in A. FENET, G. Koubi et I. SCHULTE-TENKSHOFF (dir.), *Le droit et les minorités, op. cit.*, p. 316.

⁴¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 335.

⁴¹⁹¹ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur, op. cit.*, p. 200.

découlaient la plupart du temps de la garantie de la liberté de religion. Surtout, nous avons largement admis que le droit français appréhendait de longue date le religieux par la dimension communautaire. Dès lors, la reconnaissance des groupes sous-jacente à la différenciation n'est que la continuité d'une pratique qui parcourt toute l'appréhension du fait religieux. C'est pour cette raison que même dans la différenciation, cette prise en compte des groupes contredit certaines logiques de l'égalité réelle. Nous en venons même à penser que la logique du système français le rend insusceptible de correctement envisager l'égalité réelle, dans la mesure où son approche communautaire du religieux favorise tendanciellement les groupes majoritaires. De même, la prise en compte de la dimension communautaire corrobore encore davantage la sensibilité française à la caractérisation de la religion par une forme d'extranéité qui échappe à l'individu. L'égalité universaliste semble tant contredite par la logique française de gestion du fait religieux qu'une approche plus subjective du religieux, pourtant issue d'États sensibles au différencialisme, paraît plus à même de respecter les idéaux universalistes.

1627. Du reste, cette approche communautaire souffre aussi d'incohérences et limites. C'est probablement le fait que cette appréhension des groupes soit peu assumée, car contraire à l'individualisme, qui la rend peu consistante. C'est aussi le fait, décrit ci-dessus, que cette prise en compte, en vérité historique et intrinsèque au régime des cultes, n'est que peu remarquée et questionnée qui maintient ces incohérences.

1628. En tout état de cause, cette absence de cohérence exclut de façon pernicieuse les groupes numériquement minoritaires. Elle favorise une forme paradoxale de prise en compte de la majorité dans une logique d'égalité réelle. C'est réussir l'improbable de contredire à la fois l'universalisme et l'égalité réelle différencialiste. Ce ne seront pas les premières, ni les dernières des ambiguïtés et contradictions du modèle français. Sa position à l'égard des convictions non religieuses en témoigne notamment.

CHAPITRE 2. Une logique différencialiste interpellant l'égalité entre convictions

1629. Nous avons souligné que les écrits débattant de l'égalité des convictions concernent principalement la question de la reconnaissance des différences religieuses dans le droit commun. L'intégration du fait religieux en droit par la différence interroge encore davantage la spécificité de la conviction religieuse par rapport aux autres.

1630. Taylor et Maclure se demandaient en ce sens : « pourquoi devrait-on aménager l'horaire de travail d'une employée adventiste afin que celle-ci n'ait jamais à travailler le samedi (le jour du sabbat), alors que son collègue qui, lui, voudrait suivre une formation professionnelle ou un cours de piano qui ne se donnent que le samedi [...] doit quand même travailler ce jour-là, sous peine de perdre son emploi ? Cela ne revient-il pas à favoriser les conceptions religieuses de la vie bonne au détriment des conceptions séculières (centrées, notamment sur l'épanouissement professionnel, l'expression artistique ou la solidarité familiale) »⁴¹⁹² ? Dans les premières lignes de son célèbre ouvrage *Pourquoi tolérer la religion ? Une investigation philosophique et juridique*, Brian Leiter se questionnait également en comparant deux situations quasiment analogues. Dans l'une, un enfant souhaite porter une arme à l'école au nom de la tradition sikhe du port du kirpan ; dans l'autre, un enfant souhaite porter une arme à l'école au nom d'une hypothétique – imaginée par l'auteur – tradition séculaire au sein d'une famille, de transmission d'un couteau de génération en génération, marquant le passage de l'enfant à l'âge adulte⁴¹⁹³. Si la première justification fut acceptée auprès de nombreuses juridictions de divers pays, la seconde ne connaît ou ne connaîtrait, d'après l'auteur, aucune satisfaction judiciaire⁴¹⁹⁴. De telles situations sont souvent avalisées et motivées par l'égalité différencialiste puisqu'elle stimule l'appréhension des différences religieuses afin de leur aménager un espace juridique spécifique. Autrement dit, ce différencialisme, tant dans les postulats qu'il mobilise que dans les procédés qui le concrétisent en droit, côtoie le risque de profondément favoriser le traitement particulier de la conviction religieuse (**SECTION 1**). Le fait que les aménagements dans le droit commun au profit du religieux entraîne des inégalités de convictions implique de nouvelles réflexions générales sur la place de la prise en compte du religieux au regard du droit commun. En réalité, aménagements dans la différenciation ou dans un régime des cultes par la généralité ; tous deux manifestent, à la lumière de l'égalité entre convictions, une forme d'aménagement au droit commun (**SECTION 2**). Ces réflexions complètent et corroborent celles tenues à propos de la particularité de la liberté de religion⁴¹⁹⁵. Partant de toutes ces réflexions générales sur

⁴¹⁹² J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010, p. 109.

⁴¹⁹³ B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ? Une investigation philosophique et juridique* (traduit de l'anglais par L. MUSKENS), Genève, éditions markus haller, 2014, p. 29-31.

⁴¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 31.

⁴¹⁹⁵ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

l'égalité des convictions, nous ne pouvons qu'apporter des pistes de réflexions visant à réduire, voire endiguer, la particularité religieuse en droit (SECTION 3).

SECTION 1. Un différencialisme confortant l'inégal traitement entre convictions : l'illustration d'un risque à travers le droit français

1631. En défendant le différencialisme religieux, est prôné davantage qu'un régime spécifique aux cultes et sous la généralité de la norme. Est défendue l'incorporation de la différenciation religieuse au sein du droit commun. Ainsi, en dépit des arguments en faveur d'une égalité de traitement entre les convictions qui peut parcourir les courants différencialistes, il semble que cette différenciation porte intrinsèquement le risque d'accroître les inégalités entre convictions (**PARAGRAPHE 1**). Comme le droit français traite déjà spécifiquement la conviction religieuse par le régime des cultes et qu'il reconnaît également la différence religieuse en droit, il n'est pas difficile d'en déduire qu'il manifeste concrètement une inégalité des convictions patente dans le cadre de ses aménagements particularistes au profit du religieux (**PARAGRAPHE 2**).

PARAGRAPHE 1. Un risque d'accroissement des inégalités inhérent au différencialisme

1632. Tous les éléments progressivement exposés à propos du différencialisme affichent une spécialisation de la conviction religieuse. D'abord, l'approche de l'égalité réelle délaisse inévitablement les convictions non religieuses (**A**). Ensuite, le débat sur la caractérisation de la religion comme choix ou circonstance contraignante montre que l'accent mis par le différencialisme sur cette seconde conforte la spécificité de la conviction religieuse (**B**). De même, l'importance donnée aux groupes minoritaires rejoint ce constat (**C**). Enfin, c'est forcément la liberté de religion qui est en mesure de renforcer cette inégalité des convictions (**D**).

A) Une égalité réelle comme support intrinsèque d'une inégalité entre convictions

1633. Les diverses approches de l'égalité réelle semblent omettre le sort des autres convictions. Généralement, les recherches d'aménagements ou les propositions de corrections développées par les politiques ou encore les rapports publics n'optent que pour une égalité réelle entre religions qui favorise ces dernières et omet les croyances non religieuses⁴¹⁹⁶. Ce type

⁴¹⁹⁶ C'est ce que David Koussens retient du rapport Machelon de 2006, qui prônait diverses mesures d'égalisation (*Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Paris, La Documentation française, 2006) (D. KOUSSENS, *Secularism(s) in Contemporary France*, Gewerbestrasse, Springer, 2023, p. 58).

d'égalité centré sur les seules convictions religieuses est généralement rangé sous l'apparence de la « laïcité positive » ou « ouverte ». Henri Pena-Ruiz dénonce justement les contradictions de ces théories – ou bien souvent de l'égalité réelle dans notre cadre – au regard des autres convictions, lorsqu'elles défendent une nouvelle place dans l'espace public pour les religions, surtout minoritaires. Sous cet angle, relève pertinemment l'auteur, « il faudrait que le statut de droit public revendiqué pour les religions soit aussi accordé aux humanismes athée et agnostique, aujourd'hui composantes essentielles du paysage spirituel ». De même, si certains défenseurs de cette théorie soutiennent que l'État ne peut méconnaître les religions, en réalité il ne doit pas non plus méconnaître les convictions non religieuses⁴¹⁹⁷. Et celui-ci de rajouter que ces implications égalitaires entre convictions sont justement toujours absentes des partisans de la laïcité ouverte⁴¹⁹⁸.

1634. La déduction paraît logique : l'égalité réelle pousse très souvent soit à une extension de droits déjà culturels accordés aux religions majoritaires, soit à la création de nouveaux droits religieux pour compenser le favoritisme du groupe majoritaire⁴¹⁹⁹. À l'inverse, du moment que le droit commun – en dehors de toute réglementation en rapport aux convictions – s'applique, il traite de la même façon tout individu, peu importe la croyance. Il reste possible d'arguer que la règle qui entre en contradiction avec la conviction religieuse d'un individu crée pour ce dernier une contrainte supplémentaire, mais formellement le traitement entre les individus est égal. Dès lors, prendre en compte la conviction religieuse de l'individu justement au titre de la correction d'une telle contrainte revient à contredire l'égalité entre les différentes convictions des individus, et ce, qu'il s'agisse d'une égalité réelle différencialiste ou d'universalisation. En effet, une égalité réelle qui pousse à l'universalisation du régime des cultes peut aussi bien passer par une extension de celui-ci. Par exemple, la mise en place des baux emphytéotiques administratifs culturels vise une correction du régime des cultes, mais offre un avantage spécial aux convictions religieuses nécessitant une pratique culturelle. À la fin, le constat reste celui d'un accroissement des droits accordés aux convictions religieuses parallèlement au recul de la question de la place des autres convictions. En effet, l'égalité réelle visant à corriger l'injuste place de certaines religions est une égalité des cultes ; elle ne se pose et se compose qu'entre eux⁴²⁰⁰.

1635. Toutefois, l'égalité réelle différencialiste augmente ce risque et le concrétise davantage, dans la mesure où la norme vise très explicitement une conviction religieuse spécifique. Si des normes générales peuvent être ambiguës dans leur capacité à inclure des

⁴¹⁹⁷ H. PENA-RUIZ, « Lecture de la loi de séparation du 9 décembre 1905 à la lumière de l'actualité », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 54-60.

⁴¹⁹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹⁹ Dans le cadre de la laïcité dite ouverte, analogie de l'égalité réelle, Cécile Laborde exprime qu'il est question « d'étendre aux musulmans les privilèges déjà accordés aux autres religions, et de les faire bénéficier de mesures de rattrape ou d'exception à la loi commune » (C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, Paris, Seuil, 2010, p. 80).

⁴²⁰⁰ Il n'y a qu'à voir la description que fait Cécile Laborde de la laïcité ouverte, lorsqu'elle opère son analogie avec l'égalité réelle : « [c]elle-ci, en tant qu'idéal égalitaire, devrait au contraire rechercher et promouvoir un traitement *équitable* des différents groupes religieux ». En suivant, il est expressément question d'« équité entre les religions » (*ibid.*).

convictions non religieuses ou religieuses, mais moins connues, celles qui différencient ouvertement ne laissent pas de place au doute. Comme l'affirme Brian Leiter, si, l'absence d'aménagements spécifiques pour les religions ferait peser un fardeau spécifique aux convictions religieuses, l'auteur compare cette injustice à celle, supérieure, qui résulterait d'un modèle privilégiant des exemptions pour certaines croyances en se basant sur l'intention : « [a]u moins, les lois généralement applicables ne pèsent qu'*involontairement* sur les revendications de conscience minoritaires, alors qu'un régime d'exemptions privilégie *intentionnellement* les revendications de conscience religieuses, en excluant les autres, sans aucune raison morale »⁴²⁰¹. Et l'auteur de conclure : « [s]i c'est bien la liberté de conscience *tout court* qui importe moralement, il est difficile de trouver une pertinence morale à toute prescription qui vise prétendument une égalité de traitement, mais qui accorde en réalité une considération particulière à certaines revendications de conscience »⁴²⁰². Par conséquent, en édifiant la liberté de conscience et le principe concomitant d'égalité comme préceptes de base à respecter, les exemptions spécifiquement prévues pour les religions sont proscrites. D'autant qu'une nouvelle fois, une norme qui particularise, même lorsque ce n'est pas toujours explicite – comme pour l'abattage rituel –, ne fait souvent que conforter les aspects identitaires, communautaires, donc moins convictionnels, de la religion. Autrement dit, cela confirme que la religion n'est pas considérée comme une conviction ordinaire.

⁴²⁰¹ B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ?...*, op. cit., p. 147.

⁴²⁰² *Ibid.* Reste à la fin que cette approche ouvre trop facilement la voie aux oppressions sur les consciences pratiquées par un État au motif que la règle serait neutre et objective (*ibid.*, p. 152). L'auteur pose notamment la question au regard du modèle français – qu'il appréhende d'ailleurs de façon assez caricaturale. Ce système interrogerait l'intérêt public des mesures soi-disant neutres de l'État français, surtout lorsqu'elles visent précisément le domaine du religieux (donc la norme n'est pas neutre au regard de la religion), comme l'illustre la mesure contre le port de signes manifestant ostensiblement la religion à l'école – exemple pris par l'auteur. L'exclusion d'éléments religieux de la sphère publique serait en elle-même un fardeau pernicieux pour les croyants, du point de vue de l'auteur. L'auteur développe un argumentaire sur la justification de l'interdiction de ces signes exprimant une religion à l'école et conclut que la laïcité française exprimée par cette loi d'interdiction « constitue en réalité un cas d'intolérance religieuse inadmissible ». Cela, car – selon l'approche de Mill – l'expression de signes religieux à l'école n'entraînerait pas une nuisance suffisante à l'égale citoyenneté à l'école (justification de la mesure d'interdiction) (p. 161). Un tel argumentaire, reposant sur une échelle de nuisance, nous semble particulièrement limité lorsqu'il est confronté à l'application de principe philosophico-politiques, puis juridiques. Il n'est pas objectivement possible d'évaluer la nuisance qu'impliquerait l'acceptation d'un fait (en l'occurrence le port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse) par rapport à un principe fondamental d'un ordre juridique et politique (en l'occurrence le principe d'égalité), auquel cas tout principe abstrait guidant le système d'un pays serait contestable. En tout état de cause, Brian Leiter synthétise que le modèle français de la laïcité n'est pas compatible avec celui qu'il expose de l'absence d'exemption au titre de la tolérance, dans la mesure où pour appliquer cette dernière, les objectifs poursuivis doivent être neutres vis-à-vis des revendications de conscience qui n'entraînent pas une certaine nuisance (p. 161-162). L'auteur ne semble se consacrer que sur les exemptions religieuses mais paraît faire fi du cas du régime des cultes. Puisque l'idée qu'une règle vise spécifiquement le religieux pose un problème de cohérence au regard de son approche de la non-exemption au titre de la tolérance, nous nous demandons ce qu'il en est pour tout le régime de culte, qui vise précisément à réglementer le domaine du religieux, et non des convictions en général. La question du statut spécifique accordé au religieux touche, à notre sens, en tout premier lieu la discussion de l'existence-même d'une réglementation spécifique aux religions avec celle sur les exemptions à la loi commune. En définitive, Brian Leiter ne conçoit donc l'absence d'accommodements qu'en présence de règles qui ne visent pas les consciences et seulement si elles n'entraînent pas de « transferts de charge pernicieux » (concept de transfert du fardeau, proche de la discrimination positive) (*ibid.*, p. 152 ; voir aussi p. 146 et 149)). Il citait en exemple de ce type d'accommodements « le droit de porter certaines tenues religieuses ou d'utiliser, dans des rituels religieux, certains narcotiques normalement illégaux » (*ibid.*, p. 145).

1636. Du reste, ces accommodements s'appuient souvent sur des discriminations indirectes qui visent généralement le critère de la religion. Elles confortent justement le poids particulier que représenterait spécifiquement la conviction religieuse, hormis si, à l'instar de la réglementation de l'Union européenne, le critère de la conviction existe. Surtout, l'égalité réelle comprise ainsi tend aussi à assimiler la religion à une identité ou minorité qu'il convient de protéger. En ces termes, elle met l'accent sur l'aspect identitaire et s'éloigne d'une caractérisation de la religion portée sur la seule conviction⁴²⁰³.

1637. D'ailleurs, ces demandes d'occupation de l'espace public ou d'aménagements visent parfois, nous l'avons vu, l'affirmation d'une différenciation. Ainsi, la remarque tenue, dès 1922, par Jacques Fouques Duparc dans sa thèse fait toujours sens : les membres de communautés religieuses – disait-il – « ne veulent pas être confondus avec les athées, les indifférents, ou les membres des autres confessions »⁴²⁰⁴. Les revendications religieuses vont indéniablement dans le sens d'une différenciation accrue par rapport aux autres convictions. Les demandes inscrites dans le cadre de l'égalité, souvent différentialistes, poursuivent d'autant plus cet objectif

1638. En prenant conscience de tous ces éléments, une focale dirigée sur les convictions sans distinction de nature change le regard porté sur des aménagements en faveur des cultes minoritaires. Par exemple, si l'autorisation accordée à des croyants de s'absenter pour motif religieux peut ne pas apparaître comme un « privilège exorbitant » mais, tout au contraire « un rétablissement de l'égalité »⁴²⁰⁵, l'assertion prend une autre dimension lorsque nous comparons au traitement des autres convictions. Pour reprendre les mots de José Woehrling, « toute forme d'accommodement religieux peut être considérée comme un privilège qui entraîne une rupture d'égalité [...], du moins dans la mesure où les mêmes accommodements ne seraient pas consentis en faveur des convictions non religieuses, ce qui n'est généralement pas le cas »⁴²⁰⁶. Le rétablissement de l'égalité ne vaut ici qu'entre religions, mais non au sein de l'égalité plus générale qui s'applique entre toutes les convictions. C'est bien là un problème de l'égalité réelle. Par là même, ces approches favorisent une caractérisation de la religion comme contrainte extérieure pour l'individu qui accroît les problèmes soulignés.

⁴²⁰³ Voir *infra*.

⁴²⁰⁴ J. FOUQUES-DUPARC, *La protection des minorités de race, de langue et de religion : étude de droit de gens*, Paris, Dalloz, 1922, p. 31.

⁴²⁰⁵ C. LABORDE, « Republicanisme critique vs républicanisme conservateur : repenser les “accommodements raisonnables” », *Critique internationale*, n° 44, 2009, p. 19-33.

⁴²⁰⁶ J. WOEHRLING, « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 156-157.

B) Le débat choix-circonstance : une identitarisation du religieux au service d'inégalités entre convictions

1639. Jocelyn Maclure affirmait que « toute position soutenant que la recherche d'accommodement de la diversité religieuse est dans certaines circonstances une obligation de justice devra nécessairement faire la démonstration que les croyances religieuses appartiennent à un type de croyances distinct qui appelle une protection juridique plus grande »⁴²⁰⁷. Parmi les conceptions défendant que la conviction religieuse est particulière, nous en exposons certaines qui mettaient justement en avant la caractérisation de la religion comme une forme de fardeau pesant sur la vie de l'individu⁴²⁰⁸. Assurément, il existe un lien entre le traitement spécifique de la conviction religieuse et sa caractérisation comme circonstance extérieure, précisément défendue sous certaines approches de l'égalité différencialiste.

1640. Lorsqu'il distingue, d'un côté, la caractérisation de la religion comme choix ou autonomie individuelle et, de l'autre comme une affaire d'identité, Richard Moon affirme que si la religion n'était qu'affaire d'autonomie, la protection des libertés devrait s'étendre également aux convictions et pratiques religieuses comme non religieuses⁴²⁰⁹. C'est ici un élément supplémentaire, non des moindres, pour corroborer que la religion n'est jamais qu'affaire de choix. En effet, dès lors que la religion n'est pas traitée comme les autres convictions et consciences qui, quant à elles, sont saisies en tant que choix et préférences dont les individus sont généralement responsables, il devient possible d'admettre que la conviction religieuse ne se limite pas à cela.

1641. De plus, ces propos opèrent un lien entre l'identitarisation de la religion et sa qualification comme circonstance extérieure. L'égalité réelle conduit à qualifier la conviction religieuse d'identité. Or, de toute évidence, considérer la religion comme une identité revient pour partie à la voir comme une contrainte qui échappe à l'individu. Ainsi, appréhender la religion comme identité individuelle fait de celle-ci un objet différent de toute autre conviction et pratique non religieuse⁴²¹⁰. La légitimité de comparer les convictions religieuses des autres s'atténue par là même.

1642. Cette idée que la conviction est une identité primordiale pour l'individu et exige à ce titre un traitement spécifique est généralement celle défendue par le courant primordialiste. Elle s'oppose aux auteurs anti-primordialistes, qui défendent, quant à eux, habituellement un traitement plus égalitaire entre convictions. De l'opposition entre ces deux courants découlent des débats déjà rencontrés. D'un côté, dans l'hypothèse où une conviction religieuse n'est qu'un choix subjectif, il n'y a aucune raison pour qu'elle justifie des dérogations à des normes que

⁴²⁰⁷ J. MACLURE, « Convictions de conscience, responsabilité individuelle et équité : l'obligation d'accommodement est-elle équitable ? » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009, p. 340.

⁴²⁰⁸ Voir surtout l'approche de J. H. GARVEY, « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 7, 1996, p. 275-291. Voir nos développements p. 382 et s.

⁴²⁰⁹ R. MOON, « Government Support for Religious Practice » in *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009, p. 232.

⁴²¹⁰ *Ibid.*, p. 236.

tout autre individu, avec toute autre conviction, doit respecter. La notion d'autonomie dont découle ce choix met en exergue le fond des libertés en matière de conscience. Nous sommes libres de croire ce que l'on souhaite, car nous sommes autonomes dans notre for interne. Ce postulat de départ ne distingue donc pas la conséquence de cette autonomie. De plus, un croyant peut aménager sa conviction, qui n'est pas immuable, pour l'adapter au contexte et aux normes en vigueur, à l'instar de toute autre conviction non religieuses⁴²¹¹. De l'autre, à l'inverse, si une conviction religieuse s'impose comme une identité fondamentale pour l'individu, se plier à la norme commune apparaît pour le croyant comme une atteinte disproportionnée et supérieure à celle qui serait portée à un autre individu arborant une conviction areligieuse. Cela justifierait un aménagement juridique.

1643. Dans ce cadre, le caractère identitaire du religieux est parfois directement avancé pour différencier la croyance religieuse des autres convictions, en ce que ces premières sont essentielles, innées, continues et fondatrice du mode de vie et de la morale individuelle⁴²¹². Par exemple, Julie Arroyo, en commentant la décision *Achbita*⁴²¹³, témoigne de cette éventualité : « la vision identitaire amène également à remettre en cause la pertinence du raisonnement tenu par la Cour de justice ayant consisté à juger comparables la manifestation des convictions religieuses et celle des autres convictions – philosophiques ou politiques – pour refuser, *in fine*, d'admettre l'existence d'un traitement différencié des femmes voilées »⁴²¹⁴. Selon elle, une interprétation inverse permettrait d'éviter de comparer le port du voile à une décision subjective et de le comparer « au port d'épinglettes ou de slogans politiques sur une chemise ou un couvre-chef »⁴²¹⁵. Ces exemples extrêmes soulignent de prime abord l'incongruité d'un traitement égal entre les convictions. À son tour, Stéphanie Hennette-Vachez dénonce le choix fait par la CJUE de comparer la requérante à des individus arborant d'autres convictions et lui préfère une comparaison entre la requérante musulmane et les individus n'exprimant aucune conviction⁴²¹⁶. C'est alors négliger la surdétermination du caractère identitaire de la conviction religieuse que renferme de telles interprétations. La Cour évita précisément cette dimension identitaire en

⁴²¹¹ J. MACLURE, « Convictions de conscience, responsabilité individuelle et équité : l'obligation d'accommodement est-elle équitable ? » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne...*, op. cit., p. 337 et 340.

⁴²¹² S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion? The Dilemma of the Religious Exemption », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 15, n° 2, 2007, p. 235-249.

⁴²¹³ À propos de l'interdiction faite au sein d'une entreprise de tout port de signes – en l'espèce religieux – contraires à la neutralité.

⁴²¹⁴ J. ARROYO, « Le voile islamique : regards (juridiques) croisés », *RDLF*, 2020, chron. n° 51.

⁴²¹⁵ *Ibid.* L'autrice cite ces exemples en opposition aux arguments de Juliane Kokott dans ses conclusions sous *Achbita*. En effet, l'avocate générale de l'affaire précitée considéra que le port du voile s'apparentait à un comportement « reposant sur une décision ou une conviction subjective » (J. KOKOTT, concl. sous CJUE, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, préc., pt. 45). Ce raisonnement l'amène logiquement à établir par la suite que la règle de l'entreprise privée ne défavorisait pas la requérante par rapport aux personnes non religieuses ou aux athées déclarées (pt. 48) : « cet impératif de neutralité affecte un travailleur religieux exactement de la même manière qu'il affecte un athée convaincu qui manifeste de manière visible sa position antireligieuse par sa tenue vestimentaire ou un travailleur politiquement actif qui affiche, par des pièces d'habillement, son parti politique préféré ou certains contenus politiques (par exemple, par des symboles, des épinglettes ou des slogans sur sa chemise, son t-shirt ou son couvre-chef) » (pt. 52).

⁴²¹⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Neutralité religieuse, laïcité et *colorblindness* : essai d'analyse comparée », *Droit et Société*, n° 108, 2021/2, p. 351-365 et, plus précisément « Religious Neutrality, Laïcité and Colorblindness: A Comparative Analysis », *Cardozo Law Review*, vol. 42, n° 2, 2021, p. 539-595.

rapportant le litige à une affaire de conviction, religieuse ou pas, donc à une affaire de liberté de conscience. De surcroît, dans le contexte lié à la décision, comparer entre individus ayant des croyances et ceux n'ayant aucune conviction revient à négliger toutes les convictions philosophiques qui relèvent parfois d'un engagement individuel profond et qui guident même les modes de vie, tel que le pacifisme ou le végétarisme. Nul n'est à l'abri qu'une conviction aussi forte exige le port d'un signe convictionnel. Ces réflexions mettent clairement en lumière à quel point considérer une conviction religieuse comme un élément identitaire, qui déborde le simple cadre de la croyance, appuie la mise en place de traitements spécifiques au profit des cultes, distincts de ceux applicables aux autres convictions.

1644. Par un raisonnement inverse, une nouvelle fois, il est également permis de supposer que le traitement particulier des convictions religieuses par rapport aux autres révèle une appréhension toujours un minimum identitaire de la religion. Du moins, la religion n'est manifestement pas appréhendée comme une conviction ordinaire. Ainsi que le résume Sonu Bedi : plus nous nous éloignons d'une conception primordialiste ou identitaire du religieux, plus nous réduisons les possibilités d'établir une exemption pour motif religieux, en somme de traiter la religion de façon spéciale ou différence par rapport aux autres convictions⁴²¹⁷. D'un autre côté, c'est peut-être cet aspect, tant convictionnel qu'identitaire ou ethnique, qui, par la difficulté de sa prise en compte⁴²¹⁸, explique le traitement constamment particulier du religieux. Cet argument est à rajouter aux pistes de réflexions expliquant la particularité de la conviction religieuse et de sa liberté dans l'histoire. Même si les problématiques identitaires n'étaient pas soulignées auparavant, l'idée que la conviction participe de l'identité intrinsèque de l'individu n'était en aucun cas absente. En toute hypothèse, c'est aussi l'approche communautaire de la religion qui accroît le traitement inégal entre convictions.

C) Une appréhension communautaire au service des inégalités

1645. Martha Nussbaum envisage une raison pratique au traitement spécifique du religieux qui repose sur l'existence des groupes religieux : les convictions religieuses se rapportent souvent aux convictions d'un groupe, ce qui rend leur saisie bien plus aisée⁴²¹⁹. C'est peut-être ce qui explique, effectivement, que les convictions religieuses soient saisies de la sorte, quand les autres convictions ne le sont pas, impliquant alors un traitement spécifique pour ces premières. Or, cette inclusion – et partant cette spécialisation juridique – ne relève plus seulement d'un souci de praticité à l'aune de l'égalité réelle. D'une part, l'appréhension des

⁴²¹⁷ S. BEDI, « Debate: What is so Special About Religion?... », *art. préc.*

⁴²¹⁸ « Sometimes it should be seen as a belief akin to political beliefs, other times it is right to treat it as something closer to ethnic or racial identity. Designing legal rules for such a shape-shifting phenomenon that is viewed in so different ways by different people in so many different contexts is immensely difficult » (R. MCCREA, « Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination and the Secular State », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 183-210).

⁴²¹⁹ M. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New-York, Basic Book, 2008, p. 165.

discriminations indirectes se fait majoritairement à travers le groupe, probablement en partie par habitude et simplicité d'une intégration communautaire. D'autre part, les courants différencialistes postulent une prise en compte des minorités religieuses et de l'aspect communautaire des religions, également pour dénoncer l'individualisme qui aurait omis la dimension « communau-identitaire » qui traverse le fait religieux.

1646. Or, à l'instar de la dimension identitaire du religieux, celle reposant sur la communauté présente continuellement un danger pour l'égalité universaliste. Si l'expression collective du culte ne peut être oubliée, il convient de ne pas la surdéterminer et de ne pas exclure que toute autre conviction puisse s'exprimer en communauté ou que d'autres, bien qu'individuelles, méritent tout autant une protection. Pourtant, le caractère communautaire apparaît comme une spécificité propre au fait religieux. Ainsi, se fixer sur cette dimension, comme les sous-entendent les propos de Nussbaum, conforte la particularisation du religieux.

1647. Jean-Yves Pranchère observait habilement que l'un des dangers de ces approches centrées sur la reconnaissance minorités réside dans le risque « d'instituer une discrimination entre les croyants, puisqu'il n'y a pas de "reconnaissance" possible de l'incroyance, celle-ci ne pouvant former ni communauté ni institution »⁴²²⁰. Cela explique d'ailleurs probablement le manque de poids de certaines convictions qui n'ont pas l'unité d'une communauté soudée pour les revendications publiques. Estimées comme individuelles, ces convictions ne seraient pas saisies par la comparaison entre groupe majoritaire et groupes minoritaires, identitaires, culturels, ethniques, historiquement discriminés. Un tel raisonnement revient précisément à perdre de vue les prémices du for intérieur que forment les convictions individuelles, qu'elles soient religieuses ou non. En bref, la surdétermination de l'aspect communautaire véhiculée par l'égalité réelle favorise la survalorisation de la croyance religieuse, et conséquemment l'inégalité de traitements entre les convictions. Nous l'avons d'ailleurs soutenu en défendant l'approche subjective du religieux. Celle-ci cible l'intensité de la conviction et non sa nature. D'une pierre deux coups, elle permet de minimiser la dimension communautaire et la surdétermination de la conviction religieuse.

1648. En conséquence, et comme nous l'avons aussi bien mesuré, le droit français, en favorisant une approche communautaire du religieux *ab initio* et encore davantage à travers la différenciation, accroît le risque de survalorisation de la conviction religieuse, donc d'inégalité entre les conceptions du bien. Des risques somme toute inhérents à la liberté de religion.

D) Une liberté de religion au service des inégalités entre convictions

1649. Si l'égalité réelle participe à la multiplication des risques d'inégalités entre les convictions, nous avons expliqué que la liberté de religion agissait également dans le sens d'un

⁴²²⁰ L'auteur parle en vérité de la « laïcité positive », mais elle regroupe souvent des approches similaires et la justesse du constat porté demeure (J.-Y. PRANCHERE, « "Cathol-laïcité" », *Revue des Deux Mondes*, avr. 2011, p. 109-132).

accroissement de la différenciation et du régime des cultes. L'extension de la liberté de religion entraîne inévitablement des risques d'inégalité entre convictions, à la faveur de celles portées sur la religion. Pour s'en convaincre, il faut se reporter aux propos de Patrice Rolland, qui justifiait, au titre des obligations positives imposées par la garantie de la liberté de religion, la prise en compte de l'abattage rituel ou des prescriptions alimentaires⁴²²¹. Que ce soit au nom de l'égalité ou de la liberté, la dynamique des aménagements juridiques accroît les inégalités entre convictions. Or, passer par la liberté de religion souligne d'autant plus la place spécifique de la conviction religieuse dans le champ des libertés par rapport aux autres. Elle particularise sûrement davantage le religieux que l'égalité réelle qui se veut à la base plus générale. Certes, la liberté de religion vise la protection de la pratique culturelle, non seulement des convictions religieuses. Toutefois, en tant que liberté englobante (elle vise tant le for interne qu'externe) et à part entière, elle marque le principe d'ores et déjà acquis d'une spécificité de la religion.

1650. Avec ce que nous avons précisé ci-dessus, nous ne pouvons que davantage admettre combien la liberté de religion n'est pas une simple affaire de choix. Puisque la conviction religieuse est distinguée en ce qu'elle implique un certain fardeau pour l'individu, qu'elle est différenciée en droit des autres convictions probablement pour cela, la liberté de religion qui stimule ce traitement différencié se raccroche nécessairement à une caractérisation de la religion comme circonstance extérieure. Par là même, la part belle faite à la dimension communautaire à travers la liberté de religion ne fait que confirmer cette hypothèse.

1651. C'est tout à fait paradoxal, car, comme l'affirme Richard Moon⁴²²², la liberté met initialement l'accent sur le choix et l'autonomie quand l'égalité – à notre sens, une forme d'égalité réelle – le met sur l'identité. Il convient précisément de recentrer le cœur de la religion sur la liberté conscience, de conviction. Mieux encore, si la dimension originelle est la conscience, il n'y a aucune raison de distinguer selon sa nature. C'est en traitant sous l'angle de la liberté les convictions de façon égalitaire, peu importe le type de croyance, que la compréhension du religieux par l'identité serait réduite, voire inexistante. Ici, l'égalité n'est pas matérielle et fondée sur l'identité⁴²²³. Dans la continuité de sa dimension formelle, l'égalité postule une égalité des convictions, traduction logique d'une égalité globale entre citoyens. Or, la détermination de la liberté dite de « religion » tend à particulariser son objet et les approches matérielles de l'égalité favorisent ce mouvement. La conjonction entre cette dernière et la liberté spécifique de religion exige une extension des régimes applicables aux religions, donc l'extension et par là même la particularisation, de leur liberté.

1652. En définitive, l'approche différencialiste du religieux semble en tout point particulariser la conviction religieuse et, inversement, la particularisation intrinsèque au fait

⁴²²¹ P. ROLLAND, « Liberté » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige », p. 708.

⁴²²² R. MOON, « Government Support for Religious Practice » in *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009, p. 248.

⁴²²³ Pour des développements plus approfondis en ce sens, voir ci-après.

religieux et à sa saisie juridique favorise ce différencialisme. Il n'est ainsi pas surprenant que le droit entérine toute cette particularisation.

PARAGRAPHE 2. Des inégalités entre conviction découlant de la différenciation religieuse en droit français

1653. Qu'ils soient mis en place au nom de l'égalité réelle ou de la liberté de religion, les aménagements par la différenciation comportent le risque de spécialiser le traitement de la conviction religieuse. Les éléments précités permettaient déjà d'anticiper la concrétisation de ces risques pour le droit français.

1654. Un premier problème se pose pour les autorisations d'absence, dont le régime est stimulé par le rétablissement d'une égalisation concrète. En effet, les absences ne sont pas décomptées des jours de congés dont les agents bénéficient. Si ce dernier élément rentrait déjà en contradiction avec l'égalité formelle, il conforte d'autant plus cette contradiction qu'il instaure « une inégalité entre les croyants et les non-croyants »⁴²²⁴. En toute ambiguïté, lorsqu'un individu justifie d'un motif religieux, nulle vérification de sa croyance ne peut être opérée, mais si un fonctionnaire souhaite s'absenter pour un motif philosophique, par exemple, sa demande sera vraisemblablement refusée. En témoigne un arrêt du Conseil d'État dans lequel une agente de la Banque de France contestait le refus du gouverneur de l'établissement d'octroyer une autorisation d'absence à des athées pour célébrer la mort à Rome de Giordano Bruno le 17 février 1600. Le moyen s'appuyait avec pertinence sur l'article 1^{er} de la Constitution (2 à l'époque) et une rupture d'égalité par rapport aux agents autorisés à s'absenter pour des motifs religieux⁴²²⁵. Le juge rejeta la requête en précisant expéditivement qu'aucune disposition juridique ne donnait un droit à l'octroi d'une telle autorisation d'absence, et... c'est tout ! Le rejet du moyen tiré d'une rupture d'égalité reposa alors sur une argumentation relativement lacunaire. La légitimité de celle-ci interroge d'autant plus qu'il n'y a pas non plus de texte autorisant les absences pour raison religieuse⁴²²⁶. Paradoxalement, il aurait mieux valu, pour les requérants, invoquer une conviction religieuse afin de disposer de l'autorisation d'absence, dans la mesure où le chef de service n'aurait théoriquement pas eu le droit de vérifier la véracité de la croyance. S'impose une situation tout à fait stupéfiante où le mensonge ne peut théoriquement pas être vérifié, mais octroie indéniablement un avantage que la vérité ne saurait permettre d'acquérir. Pourtant, le principe est clair : nul n'est censé vérifier la conviction de l'individu. Or, affirmer qu'elle n'est pas religieuse et la distinguer à ce titre revient inévitablement à en analyser et en qualifier la substance. En liant à cette interprétation le fait que ces autorisations d'absence pour motif religieux ne sont pas décomptées, il en résulte une inégalité entre convictions flagrante. Peut-être serait-il plus judicieux, dans cette perspective,

⁴²²⁴ F. YOUTA, « Conseil d'État, 16 mars 1962, *Compagnie des Tramways électriques d'Oran* : un grand arrêt oublié ? », *RFDA*, 2022, p. 957.

⁴²²⁵ CE, 3 juin 1988, *Mme Barsacq-Adde*, n° 67791, Rec. p. 227.

⁴²²⁶ Elles trouvent leur premier fondement dans la circulaire n° 901/FP du 23 septembre 1967. Or, elle a expressément été déclarée interprétative par le Conseil d'État (CE, 19 nov. 2004, *M. X.*, n° 265064).

de décompter les absences pour motifs religieux des jours de congés et/ou de les englober sous le régime général, sans spécificité religieuse.

1655. La non officialité du processus d'autorisation d'absence pour motif religieux facilitait très certainement le délaissement de l'égalité. Il reste toutefois frustrant d'observer des requêtes soulever avec pertinence des moyens tirés d'une rupture d'égalité en la matière, alors renversés par le juge à travers des motifs d'une profonde lacune. Cette remarque vaut globalement pour toute la jurisprudence du Conseil d'État en la matière. Surtout, force est de constater que la question de l'égalité des convictions n'est pas même effleurée par le juge qui semble considérer comme largement intégrée l'exclusion des convictions areligieuses du bénéfice de tels accommodements. Certains auteurs, aussi très critiques à l'encontre de l'arrêt précité, proposent ainsi des autorisations d'absence pour motif laïc, qui profiteraient « de façon égalitaire – et non en équité – aux athées comme aux croyants »⁴²²⁷.

1656. Les mêmes controverses se posent à propos des repas dans les cantines scolaires ou le milieu carcéral. Les restrictions alimentaires ne sont pas l'apanage des convictions religieuses. Le véganisme ou le végétarisme excluent tous deux certains types d'aliments.

1657. Pour les prisons, la législation précise que les détenus ont droit à la liberté d'opinion, de conscience et de religion, ce qui suggère une préoccupation pour toute conviction⁴²²⁸. La disposition continue en précisant que les individus « peuvent exercer le culte de leur choix », rétablissant alors le doute quant à la place des convictions non religieuses. La partie réglementaire précise cependant que chaque personne détenue reçoit une alimentation tenant compte « dans toute la mesure du possible, de ses convictions philosophiques ou religieuses »⁴²²⁹. Ces dispositions justifient la mise en place de repas végétariens et/ou sans porc. Ce type de procédés a précisément été déclaré conforme au principe d'égalité, car ne faisant pas de distinction selon la religion ou l'absence de religion des individus⁴²³⁰. Nous maintenions que la généralité de la règle préservait l'égalité ; c'est aussi le cas pour celle attendant entre les convictions.

1658. Toutefois, nous avons vu que des établissements pénitentiaires pouvaient légalement proposer la préparation de menus certifiés religieusement. En plus de la reconnaissance de normes religieuses spécifiques déjà soulignée, ce procédé pose une difficulté supplémentaire à l'endroit des convictions non religieuses. De toute évidence, pour les prisons comme pour tout autre établissement, la mise en place de repas conformes aux prescriptions

⁴²²⁷ « En revanche, vous ne pouvez (car ce n'est a priori pas encore un droit fondamental) demander une autorisation d'absence pour célébrer, par exemple, une fête laïque comme l'anniversaire de l'adoption de la loi du 9 décembre 1905 et ce, alors même que de nombreuses circulaires engagent tous les services publics à “faire du 9 décembre une journée d'échange pour valoriser la laïcité”. Imaginons maintenant que Dieu n'existe pas. Vous pouvez toujours obtenir une autorisation d'absence pour prier un être inexistant mais vous n'avez aucun droit à vous absenter pour célébrer la non-existence de Dieu. » (M. TOUZEIL-DIVINA, « Des autorisations d'absence de service pour motif religieux », *AJCT*, 2021, p. 290).

⁴²²⁸ Art. 26 de loi n° 2009-1436, 24 novembre 2009, *pénitentiaire*, JORF n° 0273, 25 nov. 2009.

⁴²²⁹ Art. R.323-1 du Code pénitentiaire.

⁴²³⁰ CAA de Lyon, 22 juill. 2014, *Ministre de la justice c. M. A.*, n° 14LY00113, cons. 7.

rituelles interroge fondamentalement sur l'éventualité d'autres demandes pour des prescriptions autres que religieuses au nom du principe d'égalité, comme l'allergie ou le végétarisme⁴²³¹.

1659. Dans le cadre des cantines scolaires, se montrant d'abord peu engageant à l'égard des repas sans viande de porc⁴²³², le Conseil d'État refusa également plus tard d'imposer quoi que ce soit à propos de repas végétariens. En soulignant le caractère facultatif de la cantine scolaire et l'existence, dans les repas servis, d'autres protéines alternatives à la viande, le Conseil d'État refusa de voir une atteinte à l'article 9 de la CEDH, à la liberté de conscience et à l'égalité dans l'obligation de mise en place de protéines animales dans la restauration scolaire, les dispositions ne faisant pas « obstacle à l'exercice des choix alimentaires dictés à leurs usagers par leur conscience »⁴²³³. Pour le rapporteur public, le végétarisme présentant un degré de force, de sérieux et de cohérence, rentrait sous la protection de l'article 9 de la Convention et, pour le droit français, sous le PFRLR de liberté de conscience⁴²³⁴. Cependant, il constatait que rien n'obligeait des aménagements spécifiques. Au titre de l'égalité, le rapporteur tenait justement des propos révélateurs : « [m]ais s'agissant d'un service public qu'il est loisible aux intéressés de ne pas fréquenter, nous ne vous proposerons toutefois pas d'aller jusqu'à consacrer dans votre décision le droit à des dérogations individuelles comme celles que vous avez reconnues, par exemple, aux élèves de confession juive en matière d'assiduité scolaire, sous réserve du bon fonctionnement du service public, par votre décision d'Assemblée du 14 avril 1995, Consistoire central des israélites de France (n° 15148, au Rec.). L'arrêté n'introduit au total aucune discrimination injustifiée »⁴²³⁵. Ces considérations et l'arrêt ne donnaient donc que peu de place aux convictions végétariennes et à leur discrimination pour obliger certains accommodements. Le juge semblait signifier tout refus d'accommodement, tant aux convictions religieuses qu'à celles prônant le végétarisme, concluait Anne Kimmel-Alcover⁴²³⁶.

1660. Cette assertion est aujourd'hui à actualisée à l'aune de l'arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône* sur les repas de substitution pour des élèves de confessions musulmane. Nous avons effectivement exposé qu'en ce qui concerne ces derniers, le juge ne permettait pas une suppression pure et simple, fondée sur n'importe quel motif. En outre, une certaine approche de l'égalité peut justifier la mise en place de tels repas⁴²³⁷. Mis côte à côte, les deux arrêts

⁴²³¹ « [d]ans l'hypothèse où une collectivité prévoit des repas rituels propres à certains cultes, ne doit-elle pas, conformément au principe d'égalité auquel sont soumis les services publics, même facultatifs, prendre en compte des prescriptions alimentaires autres que religieuses (pour les sportifs de haut niveau, les élèves allergiques, végétariens) et prévoit des repas "athées" pour ceux qui ne se réclament d'aucune confession ? » (F. DE LA MORENA, *Les frontières de la laïcité*, Paris, LGDJ, 2016, coll. « Systèmes », p. 104).

⁴²³² Le juge des référés du Conseil d'État avait refusé de remettre en cause les repas servant du poisson le vendredi quand des repas sans viande de porc restaient refusés. L'établissement d'un règlement de cantine dont les dispositions « ne font référence à aucun interdit alimentaire ne présente pas non plus un caractère discriminatoire en fonction de la religion des enfants ou de leurs parents », précisait la haute juridiction (CE, ord., 25 oct. 2002, *Commune d'Orange*, n° 251161).

⁴²³³ CE, 20 mars 2013, *Association végétarienne de France c. Ministre de l'Agriculture*, n° 354547.

⁴²³⁴ Concl. A. LALLET sous CE, 20 mars 2013, *Association végétarienne de France c. Ministre de l'Agriculture*, n° 354547, disponible en ligne sur : <https://www.conseil-etat.fr> (consulté le 20 juin 2023).

⁴²³⁵ *Ibid.*

⁴²³⁶ A. KIMMEL-ALCOVER, « Restauration scolaire et laïcité : quand la religion de l'élève s'invite à la table de la cantine », *RDSS*, 2014, p. 146

⁴²³⁷ Voir CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483.

précités montrent donc un traitement différent selon qu'il s'agisse de convictions religieuses ou végétariennes. D'autres paramètres rentrent nécessairement en considération, à savoir la qualité nutritionnelle, le texte contesté ou encore le contexte même de la requête, mais la sensibilité croissante aux aménagements religieux au titre d'une certaine conception de l'égalité réelle multiplie dans un même mouvement la question du bénéfice de ces accommodements au titre de convictions précisément non religieuses⁴²³⁸. C'est en ce sens que l'adoption de menus alternatifs généraux et sans viandes répond tant aux prescriptions religieuses qu'à l'égalité des convictions. Comme nous l'avons montré, la législation semble évoluer en ce sens.

1661. Enfin, il est également possible de voir dans l'abattage une inégalité de traitement entre convictions sur plusieurs plans. En premier lieu, pour ce qui est des abattoirs laissés à disposition des cultes lors de l'Aïd-el-Kébir⁴²³⁹, des situations hypothétiques interrogent comme le relève Mathieu Touzeil-Divina : « [d]oit-on ouvrir les portes de l'abattoir à des usagers qui se déclareraient hindous et souhaiteraient, au nom de la déesse Karly, sacrifier quelques boucs ou encore, à la romaine, à des adeptes *vintages* de Jupiter désirant égorger une chèvre en offrande ? De plus, en été, un athée pourra-t-il disposer à son gré du lieu pour simplement préparer un méchoui ? »⁴²⁴⁰. Au nom de l'égalité de tous les citoyens, athées comme religieux, devraient effectivement pouvoir bénéficier d'une telle mise à disposition d'abattoirs⁴²⁴¹. Ce n'est d'ailleurs pas moins ce que déclarait le rapporteur public. Pour lui, ces abattoirs ne peuvent « être réservés à un seul culte – tous les autres cultes recourant à ce type d'abattage doivent pouvoir y accéder – ou *d'ailleurs aux seuls cultes en général* »⁴²⁴². L'égalité défendue de la mise à disposition de l'abattoir vient théoriquement garantir l'égalité entre convictions. Malgré tout, il demeure difficile d'imaginer que de telles demandes se présentent et encore plus que les juges se souviennent d'une telle application de l'égalité pour les défendre. C'est aussi peut-être le propre de l'égalité réelle que de se préoccuper des problématiques réelles et qui ont pris de l'importance, à l'image des pratiques rituelles de l'abattage. D'un autre côté, la conviction a ceci de si subjectif que le droit n'est jamais à l'abris que de nouvelles exigences viennent mettre à l'épreuve l'égalité défendue.

1662. Dans un second temps, la dérogation permise pour l'abattage rituel interroge plus globalement. Elle est telle qu'il semble difficile d'envisager semblable aménagement au nom d'une conviction séculière hypothétique exigeant des dérogations de ce type. Le juge paraît de

⁴²³⁸ Voir en ce sens les propos conclusifs de François-Julien Defert dans son article sur la neutralité et les cantines scolaires : la question essentielle de l'identification des contraintes pouvant fonder une décision de suppression des menus de substitution « est pourtant essentielle du fait du principe de non-discrimination qui devrait en toute logique impliquer pour les collectivités de tenir compte de tous les interdits liés à l'exercice de la liberté de conscience (et non à la seule liberté religieuse) face à des tendances croissantes (véganisme...) » (F.-J. DEFERT, « Le principe de neutralité dans les cantines scolaires », *AJCT*, n° 1, 2018, p. 20).

⁴²³⁹ CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans métropole* ; *AJDA*, 2011, p. 1667, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *D.*, 2011, p. 2025, édito F. ROME et p. 2375, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *AJCT*, 2011, p. 515, obs. M. PERRIER.

⁴²⁴⁰ M. TOUZEIL-DIVINA, « Laïcité latitudinaire », *D.*, n° 34, 2011, p. 2375, note sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, n° 309161.

⁴²⁴¹ *Ibid.*

⁴²⁴² E. GEFFRAY, concl. sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, *préc.*

toute façon entendre que seul un motif religieux est de nature à dispenser de l'obligation d'étourdissement⁴²⁴³. Notons au passage le paradoxe du droit français, qui, d'un côté, remet en question l'emploi d'une norme générale applicable aux piscines municipales, notamment au regard de l'intention de la personne publique, mais admet sans sourciller que des normes, dont la généralité est déjà douteuse, puissent traiter avantageusement les convictions religieuses par rapport à d'autres. Cette remarque fait d'autant plus sens que pour l'abattage l'intention est encore plus tournée vers la protection des convictions religieuses.

1663. Surtout, l'abattage rituel interroge parce qu'il entre en contradiction avec bon nombre de convictions areligieuses, notamment celles défendant le bien-être animal⁴²⁴⁴. Pour une illustration de cette opposition, il suffit d'observer le droit belge et plus précisément une décision récemment rendue par la Cour constitutionnelle à propos d'un décret limitant l'abattage rituel. La Cour tint compte « de la protection des droits et libertés des personnes qui tiennent au bien-être des animaux dans leur conception de la vie »⁴²⁴⁵. Les commentateurs relevèrent ainsi que le décret, alors protégé par la Cour constitutionnelle, garantissait la liberté de conscience et de pensée des individus « dont les choix de vie sont orientés par la conviction que les animaux sont dignes de protection »⁴²⁴⁶. En effet, ne pourrait-il pas s'agir par moments d'une conviction forte, impérative et ayant un impact sur la façon dont l'individu mène sa vie ? Si la réponse belge paraît donc affirmative, la réponse française restera pour le moment plus conservatrice. Outre-Quévrain, c'est en 2022 que le Conseil d'État porta un coup à de telles convictions en refusant d'obliger la traçabilité de la viande *halal* destinée à « garantir à certains consommateurs finals qu'ils ne consomment pas des viandes ou des produits carnés issus d'abattages pratiqués sans étourdissement ». Un motif avancé tenait notamment au fait que l'association « ne se prév[alait] d'aucune conviction religieuse reposant sur la prohibition de la consommation des viandes ou des produits carnés issus d'abattages pratiqués sans étourdissement » et qu'elle ne pouvait donc invoquer le principe de laïcité en ce sens⁴²⁴⁷. Une nouvelle fois, le juge créa une claire démarcation entre les convictions religieuses et les autres ; seules ces premières sont susceptibles d'être invoquées pour contester l'abattage rituel, du moins au titre de la laïcité⁴²⁴⁸. Or, cette dernière, n'est-elle pas censée garantir l'égalité entre les citoyens ? La non-reconnaissance de la spécificité religieuse ? Donc l'égalité entre les convictions ? Les juges ont vraisemblablement « spécialisé » le principe de laïcité aux côtés de

⁴²⁴³ G. ÉVEILLARD, « Abattage rituel et police administrative », *Dr. adm.*, déc. 2013, p. 44-48, commentaire sous CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441.

⁴²⁴⁴ Voir l'importance de ces préoccupations dans A. FORNEROD, « L'encadrement de l'abattage rituel en droit français : une irréductible exception ? », *Revue du droit des religions*, n° 12, 2021, p. 65-78.

⁴²⁴⁵ A. DETING et E. SLAUTSKY, « Liberté religieuse et bien-être animal : la Cour constitutionnelle de Belgique admet la constitutionnalité de l'interdiction de l'abattage rituel sans étourdissement préalable », *RTDH*, n° 133, 2023, p. 171-191.

⁴²⁴⁶ E. BULAND, « Sensibilité(s) européenne(s) et sensibilité animale : l'affaire Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. », *European Papers*, 2021, vol. 6, no 1, pp. 57-67 cité dans A. DETING et E. SLAUTSKY, « Liberté religieuse et bien-être animal... », *art. préc.*

⁴²⁴⁷ CE, 1^{er} juill. 2022, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 441260.

⁴²⁴⁸ Comme le concluait Éric Landot après avoir cité ce considérant : « il faut donc créer une religion. Qui se lance ? » (E. LANDOT, « Le rite abat sans estourbir ; quid si l'abat non estourbi irrite ? », *Landot & associés*, juill. 2022, disponible en ligne sur : <https://blog.landot-avocats.net> (consulté le 15 juin 2023)).

l'objet, déjà particularisé, que représente la religion. La confrontation entre la conviction religieuse et la conviction areligieuse fait alors primer la première.

1664. Tous les risques d'inégalités entre convictions accompagnant la différenciation sont alors illustrés, même concrétisés, en droit français. Ces aménagements et toutes ces observations sont à considérer à la lumière de tous nos propos sur la reconnaissance des groupes, sur la caractérisation inévitable de la religion comme circonstance, et sur le rôle de la liberté de religion dans la sollicitation de ces aménagements. En somme, pléthore d'éléments qui confortent, si ce n'est expliquent, l'inégalité de conviction et le traitement spécifique de la religion. Partant, cette spécificité globale de la liberté de religion pousse à interroger la place générale du religieux au regard de la norme commune.

SECTION 2. Réflexions sur la place de l'intégration juridique du religieux au regard du droit commun

1665. Tous ces développements impliquent nécessairement une réflexion à propos du rapport de la religion avec le droit commun. Si Nicolas Balat caractérisait le « commun » par sa « généralité absolue, composé des règles au domaine d'application indéfini »⁴²⁴⁹, quel degré de généralité doit-on adopter ? N'est-ce pas une caractérisation sans cesse relative⁴²⁵⁰ ?

1666. Tel que l'expliquait Jean-Louis Bergel, « le rattachement d'une situation à une pluralité de catégories implique que les règles spécifiques applicables à chacune de ces catégories s'y appliquent »⁴²⁵¹. En conséquence, il n'est jamais évident de discerner la création de nouvelles sphères juridiques ou la division opérée au sein d'une préexistante auparavant. Il n'est dès lors jamais possible, semblerait-il, d'établir ce qui relève du droit commun ou non lorsqu'une règle pose un régime juridique assorti d'un champ d'application précis, qui exige chaque fois de distinguer dans les faits ce qui s'y rattache ou non, considérant, au sein de ce nouveau droit, que l'on pose perpétuellement des règles plus précises⁴²⁵². Concrètement avec Nathalie Ferré, le « travailleur » s'est par exemple formé comme une catégorie juridique au sein du droit civil commun, par la formation de catégories et règles spécifiques⁴²⁵³. Pourtant, le droit applicable aujourd'hui au salarié ordinaire peut être qualifié de droit commun, quand, auparavant, il s'agissait d'une catégorie juridique spécifique, qui s'imposait au sein du droit

⁴²⁴⁹ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Panthéon-Assas, 2014, p. 149.

⁴²⁵⁰ Comme le dit Chloé Lemoine, « la séparation du général et du spécial est toujours relative puisque le général de quelque chose est toujours le spécial d'autre chose » (C. LEMOINE, *La distinction en droit. Une approche épistémologique*, Thèse de doctorat en droit, Lyon, Université Jean Moulin, 2009, p. 157).

⁴²⁵¹ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255-272.

⁴²⁵² Comme le précise justement Marie-Laure Izorche la distinction passe parfois par une opération en droit qui se manifeste à travers « l'ajout d'une condition d'application de la règle » (« Réflexions sur la distinction » in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 59).

⁴²⁵³ C'est donc la multiplication des catégories au sein du droit civil qui forma ainsi l'autonomisation du droit du travail (N. FERRE, « Les travailleurs dans le Code civil » in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006 p. 126 et s.).

civil, seul droit commun de l'époque. Autrement dit, le droit commun, loin d'être étranger à toute catégorisation, demeure en réalité toujours posé d'après le type d'une catégorie plus ou moins déterminée⁴²⁵⁴. Nous voulons en venir au fait que sa caractérisation dépend de l'instant choisi et qu'il n'est, en somme, pas aussi simplement envisageable d'établir ce qui en relève ou non. La formation de catégories juridiques ou de traitements spécifiques s'immisce toujours au sein d'un rapport plus général qui, lui aussi, est la plupart du temps une subdivision d'un rapport encore plus général. Et ainsi de suite. Le caractère relatif de la généralité de la règle souvent avancé corrobore ces assertions, dans la mesure où elle ne semble pas être un indicateur plus fiable. À l'égard de nos développements, la formation des catégories applicables au religieux doit ainsi s'apprécier au regard d'un rapport plus général entre convictions.

1667. Des questionnements s'imposent alors. Les aménagements juridiques établis au titre de la religion, sont-ils dérogatoires au droit commun ? Et qu'en est-il des aménagements établis par la loi de 1905, comme le régime des associations cultuelles ? Nous avons souvent considéré l'abattage rituel, par exemple, comme une dérogation au droit commun, en ce qu'il reconnaît la spécificité de certaines religions par rapport à d'autres. À l'inverse, le régime des associations cultuelles, par exemple n'est généralement que peu interrogé en ce sens. Pourtant, ce régime, n'est-il pas une dérogation au droit commun du point de vue des convictions religieuses par rapport aux autres, notamment à la lumière d'affaires comme celle de l'Union des Athées ? En somme, les normes prévues au titre du régime des cultes, ou plus généralement de la liberté de religion, ne sont-elles pas dérogatoires au droit commun si l'on considère ce dernier comme rapport aux convictions ou consciences plus générales ? Il est courant et paradoxal de constater que le régime des cultes issu de 1905 est souvent considéré comme le droit commun et que les aménagements plus récents – tels que l'abattage rituel, les repas sans viandes, etc. – sont qualifiés de dérogatoires. Nous avons pourtant montré que les normes restent inspirées la plupart du temps d'un modèle religieux et communautaire spécifique ; elles pèchent souvent par leur faible degré de généralité. Nous avons aussi déjà relativisé la frontière existante entre l'idée de droit commun et de régime des cultes. Nous avons aussi montré toute la spécialisation de la liberté de religion en droit ; l'analyse présentement abordée en constitue la continuité. À cela, s'ajoute enfin en ces développements – et corroborée par les éléments ci-dessus –, l'hypothèse que tout régime appliqué aux religions est dérogatoire par rapport au droit commun des convictions. À la lumière de ces remarques, les questions précédentes méritent un détour historique. En vérité, historiquement, la question est loin d'être anodine ; elle fut abordée de nombreuses fois mais elle révèle le malaise de la réponse.

1668. En ce qui concerne tout d'abord l'article 10 de la DDHC, tout portait à croire, pour Patrice Rolland, que le texte venait soumettre les opinions religieuses au droit commun applicable à toutes les opinions en général⁴²⁵⁵. C'était en tout cas la vision de Mirabeau, puisque

⁴²⁵⁴ J. DABIN, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5^e partie, 1938, p. 75.

⁴²⁵⁵ P. ROLLAND, « Penser la liberté religieuse en 1789 : Stanislas de Clermont-Tonnerre », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 49, 2019, p. 65-100.

celui-ci souhaitait soumettre le culte à la simple police, comme pour toute assemblée, club, cercle loge ou société, sans avantage particulier⁴²⁵⁶. L'orateur se plaçait ici du côté du droit commun en ce qui concerne la matière religieuse, et ce, alors qu'il est clair qu'il était avant tout question de la régulation des manifestations cultuelles. La liberté d'opinion ou de conscience nouvellement affirmée s'accompagnait d'une soumission des religions au droit commun. Cependant, la signification majoritaire de l'article ne fut pas celle partagée par Mirabeau et les régimes suivants le prouveront. Surtout, les régimes suivant son élaboration n'allèrent pas dans ce sens. Pour autant, lors des débats concernant la Constitution civile du clergé, il y eut certaines fulgurances : pensons à Ducos et son discours d'une modernité redoutable, qui affirmait que face au constat de la diversité indiscutable des opinions, il convenait d'assimiler « la manifestation des opinions religieuses à la manifestation de toutes les autres », « les assemblées religieuses à toutes les autres réunions de citoyens », de soumettre toute opinion causant un désordre aux lois de police et du code pénal communes et de punir tout délit commis au titre de la religion comme tous les autres⁴²⁵⁷. Si l'intention avant-gardiste de cet auteur resta lettre morte, elle prouve que pour les plus lucides les principes posés en 1789, et, par-dessus tout, la liberté de conscience, exigeaient une soumission de la religion au droit commun.

1669. Plus tard, au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, de plus en plus nombreux furent les auteurs préoccupés par l'idée de soumettre les convictions religieuses au droit commun⁴²⁵⁸. Cela allait de pair avec l'expansion d'une défense de la liberté des consciences non religieuses. Ainsi, la veille de la séparation la question se posait : n'était-il pas cohérent « de renvoyer les convictions religieuses vers le statut de droit commun des convictions tel qu'il résulte notamment des libertés d'expression, de réunion et d'association ? »⁴²⁵⁹. La réponse présagerait la place de la religion dans le champ des libertés.

1670. En réalité, l'interrogation n'était pas absente des débats et travaux préparatoires, bien au contraire. Des députés ont même tenté d'imposer une liberté de culte « selon le droit commun »⁴²⁶⁰. Celle de Hubbard, allant en ce sens, retint davantage l'attention. Dans son projet, le parlementaire souhaitait « rapprocher la législation des cultes aussi près que possible d'un régime de droit commun dans lequel les discours, les actes, les manifestations des groupements religieux et philosophiques seront régis par des dispositions s'inspirant de l'idée de l'égalité

⁴²⁵⁶ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. VIII, Paris. P. Dupont, 1875, p. 477.

⁴²⁵⁷ Séance du 29 oct. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale législative*, t. 34, Paris, P. Dupont, 1890, p. 417.

⁴²⁵⁸ P. AIRIAU, « La religion est une affaire privée » in *Un siècle de laïcité en France. Centenaire officiel de la loi de 1905*, 2008, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques.

⁴²⁵⁹ Pour reprendre la question de Patrice Rolland : « [à] partir du moment où il est évident qu'il faut donner un statut juridique pour garantir l'exercice de la liberté religieuse, n'aurait-il pas été plus cohérent avec les principes de laïcité et de neutralité de l'État de renvoyer les convictions religieuses vers le statut de droit commun des convictions tel qu'il résulte notamment des libertés d'expression, de réunion et d'association ? » (P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 51-63).

⁴²⁶⁰ C'était une proposition du parlementaire M. Auffray (A. BRIAND, *La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, Paris, Eugène Fasquelle, 1908, p. 80. Eugène Réveillaud défendait également l'application du droit commun aux associations religieuses, c'est-à-dire de la loi de 1901 (voir l'exposé des motifs dans E. REVEILLAUD, Proposition de loi sur la séparation des Églises et de l'État, disponible en ligne sur : <http://www.eglise-etat.org/Reveillaud.html> (consulté le 25 août 2023)).

devant la loi, de façon à protéger toutes les libertés normales des citoyens et droits de l'homme », considérant que « le besoin collectif religieux ou la vie religieuse sociale ne se distinguent pas de l'ensemble des phénomènes sociaux de l'ordre intellectuel et moral ». En outre, la proposition se fondait sur « la neutralité confessionnelle et métaphysique »⁴²⁶¹. Une nouvelle fois, égalité entre les convictions et soumission de la religion au droit commun allaient ensemble. Par ailleurs, la place accordée à cette proposition, traduite par celle, plus générale, donnée à l'application du droit commun au lendemain de la séparation, était en vérité l'une des questions fondamentales à laquelle la commission missionnée pour préparer la proposition de loi fut soumise⁴²⁶².

1671. Le juriste et collaborateur de Briand sur le projet, Paul Grunebaum-Ballin se prononça sur ce point. Rappelant dans son rapport une critique récurrente tenant à dénoncer des mesures « spéciales », « exceptionnelles », et à exiger l'application du droit commun, pour les cultes, celui-ci défendait qu'il fût ici question « des manifestations publiques des religions, des réunions et cérémonies cultuelles, de faits qui exigent, comme tout ce qui intéresse le maintien du bon ordre et de la paix publique, une *police* »⁴²⁶³. Dès lors, exiger que cette loi de police soit conforme au droit commun « c'est proprement rechercher la quadrature du cercle »⁴²⁶⁴.

1672. Pourtant, force est d'admettre, comme le fit Briand lui-même, que le législateur *devait* adapter la loi de 1901 aux associations ayant pour objet l'exercice du culte, qu'en somme une législation spéciale était nécessaire⁴²⁶⁵. Le député Paul Deschanel faisait une description claire des conséquences de l'application du droit commun existant à l'époque sur les religions, prônant à ce titre la nécessité d'une législation spéciale⁴²⁶⁶. Briand tint un discours similaire, admettant et justifiant la spécificité de la réglementation, et notamment des associations cultuelles⁴²⁶⁷. En ce sens, il rétorqua qu'il n'existait pas de droit commun garantissant le libre exercice des cultes et que le projet avait été rédigé selon « les droits communs qui régissent les diverses matières », avant d'admettre cependant que si le projet suit les prescriptions du droit commun, il s'en écarte par moments, bien que ce soit « aussi peu que possible »⁴²⁶⁸. À la lumière

⁴²⁶¹ L.-V. MEJAN, *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959, p. 107.

⁴²⁶² C'était la deuxième question sur laquelle devait statuer la commission en un plan général de travail : « le projet s'inspirera-t-il du droit commun ou bien édictera-t-il, au moins à titre transitoire, des mesures de précaution au profit de l'État ? » (V. BEDIN, « Briand et la séparation des Églises et de l'État : la commission des Trente-trois », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 24, n° 3, 1977, p. 364-390).

⁴²⁶³ P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État. Étude juridique sur le Projet Briand et le Projet du Gouvernement*, Paris, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1905, p. 329 et 330.

⁴²⁶⁴ *Ibid.*, p. 330. Nous percevons des propos très proches tenus par Briand lors de la discussion générale du texte (*La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, Paris, Eugène Fasquelle, 1908, p. 46 et s.).

⁴²⁶⁵ Conseil d'État, *Rapport public sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 257.

⁴²⁶⁶ Propos cité dans *ibid.*, p. 257-258.

⁴²⁶⁷ « Les associations n'auraient pas pu s'organiser, elles n'auraient pas pu vivre, elles n'auraient pu se développer, si vous leur aviez appliqué le droit commun, la loi de 1901. Les simples cotisations de leurs membres n'auraient pas suffi à créer les ressources indispensables à l'entretien et à l'exercice du culte » (A. BRIAND, *La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, op. cit., 1908, p. 48).

⁴²⁶⁸ *Ibid.*, p. 81. Ce ne sera pas la seule fois où Briand admettra que la loi contient des dérogations au droit commun (voir par exemple *ibid.*, p. 46).

de la situation des autres convictions, c'était ici d'ores et déjà admettre que les croyances religieuses et leur manifestation feraient l'objet d'un droit spécifique.

1673. Pendant les discussions d'avril, le député Castelnau proposait également de laisser « les cultes s'organiser et traiter leurs biens sous le régime du droit commun » à la place d'un « système de nouveaux articles organiques et de réglementation de la police des cultes ». Ainsi, concluait-il, « il faut la traiter, dans l'application pure et simple des principes et des règles de droit commun »⁴²⁶⁹. Seulement, avait-il perçu, « nous sommes toujours tentés, en France, de légiférer en matière religieuse, et alors que nous déclarons ne pas vouloir reconnaître les cultes, nous courons immédiatement à leur réglementation »⁴²⁷⁰. Le député était clairvoyant. Historiquement, nous ne pouvons que constater que la religion n'a finalement pas été rangée du côté du droit commun. Même si les aménagements prévus en 1905 sont restés juridiquement minimes, ils ont symboliquement été maintenus « au-dessus du commun des convictions »⁴²⁷¹.

1674. Malgré tout, la loi de 1905 prit appui sur le droit commun pour son système d'associations, ce qui témoigna d'une recherche d'un traitement égal des convictions. Elle y ajouta toutefois des aménagements juridiques⁴²⁷², prémices – ou confirmation – d'une spécialisation religieuse. À leur propos, Maxime Lecomte avait, de son côté, précisé que les associations pour l'exercice du culte étaient « à la portée de tous », que « les dissidents, les libres penseurs [pourraient] lutter à armes égales contre l'Église catholique »⁴²⁷³. Il clamait : « c'est cette égalité seulement qu'on pouvait réclamer au nom de la pensée libre. Est-il vrai que les associations cultuelles telles qu'elles sont établies par le projet de loi puissent être fermées à quiconque ? Non, notre article traite uniquement de la question des biens »⁴²⁷⁴. En réalité, contrairement à la pensée du sénateur et en dépit des proclamations de Briand, les associations cultuelles étaient bel et bien conçues comme des organismes spéciaux, adaptés à un service spécial. Elles ne se limitèrent jamais aux règles de la loi de 1901, nous rapportait André Delavesne dans sa thèse⁴²⁷⁵. Comme le disait à son tour Raymond Saleilles en 1906, « personne ne saurait nier que les associations de la loi de 1905 n'aient reçu de la loi elle-même un statut privilégié »⁴²⁷⁶. Tel est l'exemple du droit, pour les associations seulement cultuelles, de recevoir des dons manuels⁴²⁷⁷. Du reste, l'assertion de Maxime Lecomte ne tenait pas, du

⁴²⁶⁹ Dans la suite de son discours, le député exposait minutieusement sa dénonciation et le système qu'il prônait. Ses explications tournèrent principalement autour de la question du droit commun (Séance du 15 avr. 1905, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, JORF, p. 1475).

⁴²⁷⁰ *Ibid.*

⁴²⁷¹ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République », *art. préc.*

⁴²⁷² *Ibid.*

⁴²⁷³ M. LECOMTE, *Séparation des Églises et de l'État, commentaires des articles de la loi du 9 décembre 1905*, Paris, Félix Juven, 1906, p. 366.

⁴²⁷⁴ *Ibid.*

⁴²⁷⁵ A. DELAVESNE, *Du culte et de son exercice public d'après la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Arthur Rousseau, 1908, p. 81.

⁴²⁷⁶ R. SALEILLES, « Étude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.*, 1906, p. 847-874.

⁴²⁷⁷ Pour une défense ouverte de ce droit par Briand, voir *La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, Paris, Eugène Fasquelle, 1908, p. 48-49.

moment que, pour bénéficier du statut, était exigé « l'exercice d'un culte » ; la jurisprudence à propos des mouvements sectaires en témoignera.

1675. À l'opposé, Paul Grunebaum-Ballin avait vigoureusement combattu l'idée de droit commun applicable aux religions par des explications pour le moins intéressantes. En plus de ses propos déjà cités plus haut, il soulignait l'ambiguïté du terme « droit commun » lorsqu'il abordait justement la spécificité de la règle applicable aux cultes : « [d]ès qu'il y a police ou répression, il n'y a plus de droit commun au sens exact du terme. Le Code pénal, et les lois répressives qui lui sont postérieures, ne sont qu'un assemblage de textes exceptionnels [...] la *police des propriétés* comporte mille prescriptions diverses [...] quand le droit de réunion est proclamé, il faut le faire respecter par une *police des réunions*. Il peut paraître inutile d'assurer autrement que par quelques prescriptions réglementaires et des peines de simple police la liberté des réunions littéraires, théâtrales, musicales, charitables, etc. [...] Il y a des délits spéciaux : il y a aussi des délinquants spéciaux »⁴²⁷⁸. Le juriste mettait en avant toute la difficulté d'établir ce qu'est le droit commun et l'exception. Nous touchons ici le problème qui se situe entre, d'une part, ne pas donner droit à la norme religieuse et garantir l'égalité, et d'autre part, ne pas ignorer un fait social et sociétal objectif. Grunebaum-Ballin entendait donc appréhender ce fait. Il ne se départait cependant pas d'une certaine ambiguïté à l'égard de la norme religieuse lorsqu'il expliquait la nécessité de soumettre un membre du clergé à une peine spéciale dans le cadre de son office, comme cela peut être prévu pour un médecin ou un pharmacien dans le cadre de leurs offices⁴²⁷⁹. Considérer la spécificité du membre du clergé c'est encore tenir compte de sa particularité religieuse et de la norme religieuse qui lui octroie ce statut. Les arguments qui suivaient du juriste étaient solides et tendaient à s'écarter de la critique tenue ci-dessus en objectivant les faits reprehensibles qui pourraient être reprochés à un ecclésiastique⁴²⁸⁰. Ce n'est pas le statut de l'individu qui explique la spécificité des peines, mais le fait commis au regard de ses engagements par rapport à d'autres individus (exemple du secret confessionnel), assénait-il⁴²⁸¹.

1676. Il reste que le problème de la comparaison aux autres convictions demeure si l'on cible ces actes pour l'unique raison qu'ils sont culturels ou religieux. Il faut que l'objectivité des faits reprochables soit telle que des individus dans une situation analogue, mais sous l'égide de convictions, par exemple philosophiques, puissent subir les mêmes peines. Les dispositions défendues par Grunebaum-Ballin semblaient, pour certaines, conformes à ses propos, quand d'autres, qui renvoient aux « ministres du culte », pouvaient en contredire le fond. Les litiges à venir en droit du travail ou sur le régime de sécurité sociale ne firent que conforter cela⁴²⁸². Des dispositions plus générales, caractérisant une situation dans laquelle peut être un individu qui

⁴²⁷⁸ P. GRUNEBaum-BALLIN, *La séparation des Églises et de l'État...*, op. cit., p. 330.

⁴²⁷⁹ *Ibid.*, p. 332.

⁴²⁸⁰ *Ibid.*, p. 332 et s.

⁴²⁸¹ « On ne devrait pas davantage [...] punir les médecins, chirurgiens, avocats, notaires et autres “dépositaires de secrets par état ou profession” et laisser impuni tout autre indiscret qui, en révélant une confidence, cause des maux irréparables » (*ibid.*, p. 333).

⁴²⁸² P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République », art. préc.

s'apparente à un ministre du culte, auraient pu être plus égalitaires. À la fin, le problème reste entier ; à partir de quand une règle s'applique spécifiquement en raison de la différence et norme religieuse ?

1677. Dans son étude sur le droit commun, François Grua agrmente indirectement l'approche de Grunebaum-Ballin. Il rejette une approche du rapport droit commun-droit spécial qu'il nomme « division-séparation » et qui repose sur l'idée qu'il existe un fond commun qui se divise en plusieurs éléments⁴²⁸³. Selon lui, cette représentation « prétend saisir le phénomène juridique à la fois dans sa structure et son évolution, dans l'espace et dans le temps »⁴²⁸⁴. Suivant la conception de l'auteur, il n'y aurait alors pas d'unité historiquement avérée d'un tronc initial en droit autour de la conscience ou des convictions. D'autant que nous avons montré combien il est difficile de voir une préoccupation initiale autour de la conscience quand le contexte sociétal était intégralement imprégné du religieux. L'autre approche, la « division-composition », n'est pas plus convaincante pour établir un « commun » en fonction de l'objet ou de la fonction, puisque les droits s'entrecroisent constamment. Il rejette donc l'idée de règle générale et spéciale, dans la mesure où la nuance pullule entre ces deux extrêmes⁴²⁸⁵.

1678. Finalement, nous ne nous rejeterions pas si simplement les deux approches de l'auteur. Peut-être convient-il de les mélanger. Le droit commun repose fondamentalement sur un fond commun dépendant de la fonction que l'on donne au régime concerné. Seulement, ces deux sont relatifs : le fond commun n'a pas nécessairement besoin d'être historique ou unique. Il peut simplement être choisi suivant la trouvaille – grâce à une focale plus globale – d'une catégorie plus générale, précisément au regard de la fonction principale que l'on choisit de donner au régime. Enfin, ce choix s'opère à l'aune des justifications objectives et des valeurs en vigueur. C'est pour cela qu'il est relatif.

1679. Par exemple, il n'est, certes, pas absolument avéré que le fond commun du régime des cultes soit celui applicable à toutes les convictions. Le droit commun serait plutôt celui applicable aux religions en général, comme l'illustra d'ailleurs le droit positif après la Révolution. Cela, car il n'est pas non plus certain historiquement que la fonction du régime des cultes découle de celle de la protection plus générale des consciences et convictions. Nombre d'autres éléments ont justifié ce régime et il n'est pas apparu nettement la volonté de garantir une égalité des convictions ou, plus encore sociale, une identité de traitement entre les convictions religieuses et les autres.

⁴²⁸³ F. GRUA, « Les divisions en droit », *RTD civ.*, 1993, p. 50.

⁴²⁸⁴ *Ibid.*

⁴²⁸⁵ « Entre les deux, il existe le plus souvent toute une gradation de lois de moins en moins communes et d plus en plus spéciales. Par exemple, la réglementation du prêt de consommation fait figure de droit spécial par rapport au droit des obligations, mais elle fait figure elle-même de droit commun par rapport aux réglementations de prêt de choses particulières, telles les titres. Et la loi sur les prêts de titres fera elle-même figure de droit commun le jour où le législateur éprouvera le besoin de réglementer spécialement le prêt de telle catégorie de titres. Chaque loi nouvelle, franchissant un degré de plus que les précédentes dans la précision de son domaine, apporte ainsi une nouvelle couche » (*ibid.*).

1680. Ces remarques peuvent être nuancées pour deux raisons. D’une part, nous décelons malgré tout dans l’histoire une volonté de soumettre l’opinion religieuse au même régime que les autres, comme en témoigne l’article 10 de la DDHC, et ce, précisément au nom d’une liberté de conscience égale. Assurément, ce fond commun et cette fonction se perdaient dans la réalité d’abord sociale, puis des discussions, volontés, et choix finalement opérés. D’autre part, et en conséquence, c’est à l’aune de ces nuances historiques, du constat social de la pluralité des convictions et de leur égale valeur, puis de la défense contemporaine d’une égalité universaliste des convictions, qu’une catégorie juridique plus générale s’impose, et que nous choisissons comme droit commun celui des convictions avec pour fonction d’assurer le régime de la liberté de conscience. Par ailleurs, ce droit commun des convictions est la plupart du temps le droit commun de toutes les activités en général, car la spécialisation jusqu’à présent connue fut surtout opérée pour les activités et manifestations précisément religieuses. En ces termes, le régime spécifiquement applicable aux convictions religieuses apparaît dérogatoire. Il pourrait seulement être une subdivision du régime commun, mais en se fondant sur la nature directe de la conviction, il n’étend pas assez à un commun plus ample que sont les convictions. Il en devient spécial et dérogatoire. Quand la liberté de religion stimule la différenciation et l’extension du régime spécifique aux religions, elle accroît donc la dérogation au droit que nous postulons ici. Ainsi les solutions doctrinales abordées confortent ce postulat, notamment en cherchant à fondre la religion dans un droit commun des convictions. En définitive, le droit peut toujours être questionné à l’aune d’une catégorie plus générale, car une norme en apparence neutre n’est souvent qu’un aménagement prévu à un moment T.

1681. En tout état de cause, la place du religieux en droit est historiquement fondamentale. Les débats précédents illustrent toute la complexité de la question et à quel point elle n’était pas ignorée. Ils montrent aussi manifestement que le fait religieux ne fut sciemment pas intégré au droit commun. Suivant les approches théoriques susmentionnées et la réalité historique, force est d’admettre qu’un « un système particulariste »⁴²⁸⁶, un régime « pour partie dérogatoire du droit commun des libertés publiques »⁴²⁸⁷, en somme un « régime partiellement dérogatoire du droit commun des convictions »⁴²⁸⁸, fut mis en place – du moins, maintenu – et existe au profit du fait religieux. Toujours est-il que, comme l’affirmait Patrice Rolland à la suite de ses observations sur la persistance dans la loi de 1905 d’un régime spécial, et dans la continuité des propos de Cécile Laborde, il paraissait impossible de soumettre les convictions religieuses au droit commun⁴²⁸⁹. Si, théoriquement, le texte pose ces préceptes, le contexte historique et le reste de la loi, puis de l’histoire, montrent qu’une telle égalité ne s’observa pas

⁴²⁸⁶ S. PIERRE-CAPS, « Les “nouveaux cultes” et le “droit public” », *RDP*, n° 4, 1990, p. 1073-1119.

⁴²⁸⁷ É. POULAT, *Scruter la loi de 1905. La République française et la Religion*, Paris, Fayard, 2010, coll. « Les quarante piliers », p. 275.

⁴²⁸⁸ P. ROLLAND, « Qu’est-ce qu’un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 51-63.

⁴²⁸⁹ P. ROLLAND, « Neutralité de l’État et liberté de convictions » in MIVILUDES (dir.), *Sectes et laïcité*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 246.

dans la réalité⁴²⁹⁰. Tout cela ne peut qu'appuyer la contradiction avec l'égalité universaliste. Malgré tout, de nos jours, il est peut-être possible d'envisager les choses différemment.

SECTION 3. Pistes de réflexions et de solutions pour une plus grande égalité entre convictions

1682. Cécile Laborde souligne toutes les difficultés des conceptions égalitaires. « [C]omment traite-t-on le religieux et le non religieux de manière égale ? En vertu de quoi les convictions et modes de vie non religieux peuvent-ils être comparés aux croyances et aux pratiques religieuses ? L'égalité est une idée séduisante, mais quelle est la mesure de l'égalité ? Égalité de quoi ? », s'interrogeait-elle⁴²⁹¹. Ces questionnements s'inscrivent comme une forme de bilan de toutes nos réflexions portées sur le traitement spécifique de la conviction religieuse. Dans cette optique, des auteurs donnent leurs différentes réponses à ces interrogations par des solutions plus égalitaires. Globalement, ces approches soulignent l'importance du droit commun pour égaliser les convictions (**PARAGRAPHE 1**). Le droit positif français regorge justement d'exemples de régimes juridiques de droit commun qui traitent également les convictions, peu importe leur nature (**PARAGRAPHE 2**). Les observations doctrinales et du droit positif permettent alors l'ébauche d'approches plus cohérentes et égalitaires du droit français.

PARAGRAPHE 1. De multiples solutions doctrinales en faveur de l'égalité : l'extension vers le droit commun des convictions

1683. La doctrine propose de nombreuses solutions pour que les convictions soient toutes traitées avec égalité, sans pour autant nécessairement aboutir à une absence de protection au profit des croyances religieuses. Les réflexions en ce sens pullulent dans les pays anglosaxons. Peu nombreux sont les auteurs rejetant toute idée d'accommodement. La plupart des commentateurs cherchent plutôt une nouvelle méthode pour aménager le droit en se basant sur d'autres distinctions entre les convictions que la seule nature de celles-ci.

1684. De manière générale, Cécile Laborde classe différentes approches de l'égalité des convictions. Par exemple, elle qualifie de stratégie de l'intégration celle qui consiste à établir une analogie entre la religion et des catégories comparables ; la religion est protégée de la même façon que d'autres catégories comparables. L'approche s'attarde davantage sur l'égalité, non

⁴²⁹⁰ Il n'est pas possible, au nom du droit, de faire abstraction de la réalité sociale. Le poids du contexte et de l'histoire se ressent d'ailleurs dans certains propos de Briand, notamment lors de la question de l'application du droit commun « [I]e droit commun des réunions, par exemple, entraînerait pour elle des conséquences inacceptables [...] l'Église ne pourrait pas s'en accommoder. Vous le savez bien » (A. BRIAND, *La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, op. cit., p. 47).

⁴²⁹¹ C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 31.

sur le critère religieux. Cécile Laborde range ici la conception d'Eisgruber et Sager⁴²⁹², qui implique que l'État traite les convictions profondes et religieuses des croyants issus de minorités religieuses avec le même respect que celui dont jouissent les convictions et préoccupations profondes des citoyens en général⁴²⁹³. Dans leur ouvrage consacré à leur théorie, ils réitérèrent que la religion ne devrait en principe pas bénéficier d'avantages ou de restrictions spécifiques⁴²⁹⁴. Selon leur théorie de l'égalité libérale, cette situation du religieux n'empêche toujours pas les exemptions juridiques. Seulement, elles ne seront pas mises en place au titre de la nature de la conviction en soi, mais en raison des discriminations ou stigmatisations que subissent les groupes auxquels peuvent appartenir des croyants par rapport à d'autres groupes déjà avantagés⁴²⁹⁵, c'est-à-dire dans les mêmes conditions que des intérêts non religieux d'importance comparable⁴²⁹⁶. Pour autant, l'ouvrage corrobore l'ambiguïté de leur conception quant au traitement spécifique de la religion, à travers leur méthode égalitaire, qui n'arrive pas à se départir de la spécificité religieuse⁴²⁹⁷.

⁴²⁹² C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), Paris, Raison publique/Hermann, 2023, p. 79 et s.

⁴²⁹³ *Ibid.*

⁴²⁹⁴ C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2007, p. 6.

⁴²⁹⁵ *Ibid.*, p. 202-203.

⁴²⁹⁶ *Ibid.*, p. 90. Il peut donc y avoir accommodements spécifiquement pour une religion si une catégorie comparable a par exemple déjà bénéficié d'une telle exemption. Comme nous le remarquons au sujet de leur article, ces auteurs permettent donc des exemptions religieuses, mais ils s'inscrivent dans la pensée égalitariste libérale en refusant d'octroyer une spécificité au religieux et de lui offrir des dérogations à ce seul titre. Leur théorie offre toutefois certaines analogies entre la croyance religieuse et la circonstance extérieure pesant sur l'individu (et ils ne s'en cachent de toute façon pas vraiment (*ibid.*, p. 101)).

⁴²⁹⁷ Leur théorie « *Equal regard* » présente également des ambiguïtés pour la différence religieuse. Eisgruber et Sager postulent qu'une exemption, par exemple religieuse, doit être requise dès lors qu'un intérêt comparable a déjà fait l'objet d'un accommodement auparavant (par exemple des dérogations à l'interdiction d'avoir une barbe pour des raisons de santé liées à des problèmes cutanés). Certaines comparaisons doivent être plus poussées et s'opèrent d'un domaine de réglementation à un autre (par exemple pour l'interdiction du peyotl – plantes utilisée par certaines ethnies amérindiennes aux effets psychotropes –, ils poussent la comparaison à l'exemption du vin sacramentel pour la réglementation restrictive en matière d'alcool) (C. L. EISGRUBER et L. G. SAGER, *Religious Freedom and the Constitution*, *op. cit.*, p. 91-92). Cette appréciation offre une protection importante à la liberté de religion, dans la mesure où les lois mêmes générales s'accompagnent quasiment toujours d'exceptions et/ou d'exemptions reposant sur certains intérêts. Mais Thomas C. Berg explique que si la comparaison s'opère avec des intérêts non exemptés d'une règle, la religion – ne devant théoriquement pas être mieux traitée que d'autres engagements – ne connaîtra qu'une protection minimale (T. C. BERG, « Can Religious Liberty Be Protected As Equality? », *Texas Law Review*, vol. 85, n° 5, 2007). Le problème étant qu'Eisgruber et Sager restent flous sur les modalités de comparaison et les intérêts à comparer ; difficulté accrue lorsque les domaines comparés ne sont pas similaires (exemple précité du peyotl et du vin) (*ibid.*). Se contentant seulement de défendre que la religion doit être traitée de la même façon que d'autres intérêts forts, exemptés par les États, ils avertissent par là même que le traitement de la religion ne doit pas faire l'objet d'automatismes. Surtout, note Thomas C. Berg, « si n'importe quel cas de libre exercice implique un certain nombre d'autres intérêts comparables, des exemptés comme des non exemptés, alors protéger la religion par une analogie avec les intérêts exemptés signifie mieux la traiter que ceux non-exemptés » (*ibid.*, nous traduisons). Cela, Eisgruber et Sager le justifient – dans un ouvrage antérieur – par la substance du religieux, profondément identitaire et normative pour l'individu, qui en fait une catégorie d'intérêt significativement plus affectée par certaines règles, donc plus ouverte aux accommodements que des intérêts séculiers. Si, dans *Religious Freedom and the Constitution*, les deux auteurs tentent de corriger cette ambiguïté, il n'échappe pas à Thomas C. Berg que ces premiers n'arrivent pas à s'extraire d'un traitement privilégié de l'intérêt religieux par rapport aux autres intérêts. De toute évidence, Eisgruber et Sager proposent une dose de liberté dans leur équation qui, selon Thomas C. Berg, ne manque pas de justement contredire leur volonté de traiter la religion comme d'autres engagements forts (*ibid.*).

1685. Comme autre exemple, elle classifie ainsi les conceptions susmentionnées de Rawls et Dworkin comme une stratégie de substitution qui cherche à remplacer le regard porté sur la capacité humaine à vivre une vie bonne, notamment à travers la religion, par sa capacité de libre arbitre moral ou spirituel⁴²⁹⁸. Plus précisément dans son ouvrage, elle classe Dworkin dans la stratégie de dissolution de la religion, c'est-à-dire celle de l'élargissement de la catégorie « religion » pour y intégrer des engagements areligieux⁴²⁹⁹. Il n'est pas question de procéder par analogie, mais par dissolution de la religion ; « il en résulte que ni la religion ni la catégorie plus englobante dont elle relève n'ont besoin d'être définies précisément, car leurs limites et leur portée ne sont pas pertinentes dans une perspective égalitariste »⁴³⁰⁰.

1686. Cette dernière conception se rapproche de celles qui nous intéressent réellement, c'est-à-dire celles qui, pour garantir une égalité des convictions, visent des libertés et catégories plus générales et inclusives (A). À celles-là s'ajoute l'utilisation d'une méthodologie pour délimiter le champ d'application qui ne distingue plus selon la nature religieuse de l'objet (B). En réalité, ces conceptions rejoignent plus une solution radicale, non moins pertinente, tendant à inscrire les convictions religieuses dans la seule application du droit commun (C).

A) Une solution par l'emploi de catégories plus globales et inclusives

1687. Cécile Laborde catégorise dans un article sous le terme de « *proxy strategy* » une conception visant à étendre la notion de « religion » afin d'y inclure d'autres convictions et de répondre au constat d'une particularisation préexistante de la religion dans les textes. En effet, sous celle-ci elle inclut la conception de Koppelman qui cherche le passage d'une approche sémantique à une approche interprétative. Autrement dit, le terme de « conscience » est rejeté pour le maintien de celui de « religion », mais extensivement interprété, de manière à y inclure

⁴²⁹⁸ C. LABORDE, « Religion in the Law: The Disaggregation Approach », *Law and Philosophy*, vol. 34, n° 6, 2015, p. 581-600.

⁴²⁹⁹ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*, p. 71 et s.

⁴³⁰⁰ *Ibid.* En effet, face au constat déjà exposé de l'impossibilité de différencier la religion d'autres convictions, il trouve la seule solution hypothétique envisageable : garantir le droit à chacun d'exercer ses convictions les plus profondes, peu importe qu'elles dérivent d'une croyance en dieu ou pas, donc étendre la protection spécifique accordée à la religion à toutes les autres convictions. Mais une telle extension ne serait dans la réalité pas acceptable rétorque l'auteur. Il établit donc un droit à « l'indépendance éthique » – plus large que la liberté spéciale de religion – qui signifie « que le gouvernement ne doit jamais restreindre la liberté juste parce qu'il considère qu'une façon pour les individus de vivre [...] est intrinsèquement meilleure qu'une autre [...] », mais il peut interférer dans les choix de vie pour d'autres raisons neutres, comme la protection des atteintes envers autrui (R. DWORKIN, *Religion without God*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2013, p. 130 (nous traduisons)). C'est ce qui fait dire à l'auteur, et preuve de cette égalité intrinsèque, que l'exemption religieuse à l'utilisation du peyotl ne devrait pas être acceptée au titre de l'indépendance éthique, dans la mesure où son usage menace de causer un préjudice à la communauté. En revanche, accepter une telle exemption au seul motif que la religion nécessite davantage de protection contrevient aux principes posés par l'auteur (*ibid.*, p. 135-136). Cela n'empêche pas Dworkin de considérer à la suite que des exemptions sont envisageables en l'absence de motifs légitimes de la part de l'État, si un groupe voit un de ses devoirs sacrés contraint par une règle neutre et générale (sans motif légitime, comme la protection des individus, par exemple) (pour une critique de l'ambiguïté entourant l'approche de Dworkin, voir notamment C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), Paris, Raison publique/Hermann, 2023, p. 75-76)). Malgré tout cela, Dworkin rencontre quelques difficultés à s'écarter entièrement de la particularisation du religieux (*ibid.*, p. 74 et s.).

d'autres convictions⁴³⁰¹. Micah Schwartzman se range également sous ce courant. Il dénonce l'approche téléologique et historique de la volonté des constituants aux États-Unis. Toutefois, il souligne que les textes ne peuvent être ignorés ; la religion *doit* être spéciale, en ce que les normes le prévoient, alors que d'un point de vue descriptif, donc moral, tout porte à croire que la religion ne saurait se distinguer d'autres convictions⁴³⁰². C'est le paradoxe profond que souligne Schwartzman : la contradiction entre la loi et la morale⁴³⁰³. La solution, pour l'auteur, se trouve donc dans l'acceptation d'une acception plus large, inclusive et englobante de la notion de religion⁴³⁰⁴. Cette situation est plus problématique aux États-Unis, où la liberté de religion et la religion apparaissent plus spécifiquement dans les textes. Et justement, pour contrecarrer l'argument originaliste ou textualiste, mais également toutes les limitations qu'il expose dans son imposant article, Schwartzman rejoint Cécile Laborde. En effet, il défend l'inclusion des convictions laïques – « qui ne peuvent être distinguées des perspectives religieuses selon des critères normatifs, épistémiques [l'auteur emploie parfois le terme de cognitif], et psychologiques » – dans la notion juridique de religion employée par les textes⁴³⁰⁵.

1688. L'analyse se rapproche de l'universalisation des normes dont nous parlions pour résoudre les problèmes de discriminations indirectes entre religions. Elle est tout à fait pertinente pour une telle universalisation au profit de convictions non religieuses. Pour le droit français, l'idée de ces auteurs reste judicieuse. Nous avons après tout souligné qu'il était judicieux d'étendre les normes juridiques en matière religieuse aux nouveaux groupements et aux minorités. L'universalisation de la norme peut alors passer par une extension supplémentaire, qui vient à inclure des convictions plus seulement religieuses. L'artifice est à première vue terminologique, mais substantiellement il effacerait la distinction possible entre convictions religieuses et areligieuses, puisque toutes deux se trouvent sous la liberté de religion. Le postulat trouverait alors à s'appliquer pour la notion de « culte », par exemple. L'affaire de l'Union des Athées vient à l'appui de cette analyse. Il reste que le vocabulaire choisi et le sens des mots peuvent difficilement être omis en droit. Dans l'esprit commun, le terme « religion » a une signification qu'il est complexe d'affilier à des convictions areligieuses, du moins autant qu'à celles vues comme rattachées à la religion en général, et plus encore aux religions traditionnelles. La déconstruction sociale, sociétale et psychologique semble trop importante pour évincer un référentiel religieux précisément basé sur l'idée que l'on se fait de la religion.

1689. En tout état de cause, si le point de vue américain paraît plus complexe, la France opte parfois davantage pour l'idée de liberté de conscience, comme dans la loi de 1905, et offre peut-être plus l'éventualité d'une modification des textes au profit de catégories plus

⁴³⁰¹ C. LABORDE, « Religion in the Law: The Disaggregation Approach », *art. préc.*

⁴³⁰² M. SCHWARTZMAN, « What If Religion Is Not Special? », *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n° 4, p. 1352-1426.

⁴³⁰³ *Ibid.*

⁴³⁰⁴ Pour McConnell, s'agissant du cas américain, ces considérations ne se limitent pas à une simple interprétation spécifique du Premier amendement (liberté de religion), mais exigent une véritablement modification de celui-ci (« The Problem of Singling out Religion », *DePaul Law Review*, vol. 50, n° 1, 2000, p. 1-48).

⁴³⁰⁵ M. SCHWARTZMAN, « What If Religion Is Not Special? », *art. préc.*

englobantes, comme celle de « conscience ». Bien que l'inclusion dans les catégories renvoyant habituellement aux religions soit une étape, des auteurs vont plus loin et cherchent de nouvelles catégories, plus englobantes, sous l'égide d'une liberté plus générale et originelle.

1690. C'est ici le cœur de certaines démarches. Parmi celles-ci, Michael J. Perry loue l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1976, le 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 12 de la Convention américaine des droits de l'homme, en ce qu'ils protègent tant la liberté de religion que ce que Perry nomme le droit à la liberté morale⁴³⁰⁶. Pour l'auteur, ces deux libertés coexistent et se ressemblent sur de nombreux points⁴³⁰⁷. Il en conclut même que les croyants ont un intérêt identique aux non croyants ou aux croyants areligieux dans la protection de la liberté morale telle qu'il l'entend. En outre, l'auteur défend un droit qui ne protège pas seulement les pratiques et croyances religieuses mais, de la même façon, les pratiques morales non religieuses et non transcendantes⁴³⁰⁸. Ce droit à la liberté religieuse *et*⁴³⁰⁹ morale n'est autre, pour l'auteur, que le droit à la liberté de conscience⁴³¹⁰.

1691. Cette méthode est qualifiée par Cécile Laborde de « réduction de la religion ». L'idée première ici part de la possibilité de regrouper les convictions religieuses et séculières dans une catégorie plus fondamentale, plus englobante. Cette thèse est avant tout défendue par Taylor et Maclure, qui considèrent alors la liberté de religion comme un aspect⁴³¹¹, une sous-catégorie⁴³¹² de la liberté de conscience. L'approche ramène dès lors la religion à une catégorie plus globale, commune aux autres convictions : les devoirs de conscience⁴³¹³.

1692. Patrice Rolland adhérerait à cette théorie pour le cas français. Il exposait justement la conception extensive de la conscience qui est notamment défendue par le rapport Bouchard-Taylor précité. Il précisait qu'une telle approche semblait relever « du développement logique de la laïcité de l'État », de l'égalité et la neutralité⁴³¹⁴. À l'inverse, dans un article, il s'interrogeait : « des lois ou des textes qui statueraient sur la religion n'iraient-ils pas contre la logique de la laïcité de l'État ? »⁴³¹⁵. La logique égalitaire induirait une réponse

⁴³⁰⁶ M. J. PERRY, « From Religious Freedom to Moral Freedom », *San Diego Law Review*, vol. 47, 2010, p. 993-1014.

⁴³⁰⁷ Les différences sont moindres. L'auteur relève notamment que si la liberté de religion interdit au gouvernement de se prononcer dans la sphère politique sur les controverses religieuses, il n'en est pas de même pour les sujets ayant des implications morales (*ibid.*).

⁴³⁰⁸ M. J. PERRY, « Freedom of Conscience as Religious and Moral Freedom », *art. préc.*

⁴³⁰⁹ Nous soulignons.

⁴³¹⁰ M. J. PERRY, « Freedom of Conscience as Religious and Moral Freedom », *art. préc.*

⁴³¹¹ Terme employé dans le rapport BOUCHARD-TAYLOR (*Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008, p. 144).

⁴³¹² Termes employés dans l'ouvrage ensuite rédigé de MACLURE et TAYLOR (*Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010, p. 114).

⁴³¹³ *Ibid.*, p. 94 et s.

⁴³¹⁴ P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique », p. 605-606.

⁴³¹⁵ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 51-63.

par l'affirmative et, pour l'auteur, cette exclusion de textes statuant sur la religion découlerait directement de la loi 1905 puisqu'elle garantit la liberté de conscience⁴³¹⁶. Pourtant, constatait-il, la France n'a pas suivi la première voie dès 1905, en organisant un statut particulier et dérogoratoire qui maintient une notion plus stricte de « religion »⁴³¹⁷. L'auteur affirmait qu'en toute logique, dans un modèle laïque, « la catégorie qui convient est plutôt celle de conviction »⁴³¹⁸. Précisément, elle englobe toute forme de croyances, peu importe la nature, et permet ainsi d'éviter de qualifier ce qui est religieux ou non. En somme, « la notion de conviction peut se caractériser de façon formelle sans avoir à en analyser le contenu »⁴³¹⁹ ; elle formerait « une notion suffisamment simple et exacte pour éviter d'avoir à donner une définition plus précise de la religion »⁴³²⁰. Et l'auteur de conclure : « la liberté est pour toutes les convictions »⁴³²¹.

1693. Nous ne partageons pas autant son optimisme concernant la simplicité de la mise en place d'une telle catégorie, mais la volonté d'un retour aux consciences et convictions, sans distinction de nature, répond assurément au souci de garantir l'égalité. Il impliquerait alors d'évincer les renvois aux libertés spécifiques de la religion pour s'en tenir aux seules convictions. De surcroît, il permettrait justement d'adopter une focale toujours plus générale pour faire face aux demandes, non pas seulement religieuses, mais convictionnelles en général, et par le biais, non pas uniquement d'accommodements spécifiquement religieux, mais satisfaisant plusieurs besoins convictionnels. Par exemple, pour les repas de substitution, une pratique égalitaire et peu contraignante reviendrait à établir des repas sans viandes. Par ce biais, ni les convictions religieuses, exigeant des viandes soumises aux rituels, ni celles areligieuses, exigeant l'absence de protéines animales comme le végétarisme, ne sont blessées. Certes, les religieux ne sont qu'en partie satisfaits, mais la restauration leur reste accessible sans contradiction avec les prescriptions religieuses. Cette pratique est de plus en plus commune dans les cantines scolaires et elle est la bienvenue.

1694. En dernière analyse, pour justifier de tels aménagements par la protection de la liberté de convictions, il reste toutefois nécessaire de définir ce que l'on regroupe sous ce terme.

B) Des critères d'application dénués de toute référence à la nature religieuse de la conviction

1695. Nous avons retenu deux conceptions majeures qui visent à appliquer des catégories plus générales sans renvoyer à la nature de la conviction. La première, l'une des plus connues,

⁴³¹⁶ P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », 2013, HAL, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 1^{er} sept. 2022).

⁴³¹⁷ P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question...*, op. cit., p. 606.

⁴³¹⁸ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », art. préc.

⁴³¹⁹ Ibid.

⁴³²⁰ P. ROLLAND, « La religion, objet de l'analyse juridique », art. préc.

⁴³²¹ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », art. préc.

est celle défendue par Taylor et Maclure (1). La seconde reprend, critique et corrige cette thèse ; c'est celle de Cécile Laborde (2). À l'intersection des approches, et nous en évoquons d'ores et déjà l'utilité pour libéraliser le régime des cultes⁴³²², nous trouvons pertinente l'idée générale d'une soumission générale des convictions religieuses au droit commun (3).

1) La théorie de Maclure et Taylor : une distinction entre préférences personnelles et convictions de conscience

1696. Selon Maclure et Taylor, ce ne sont donc pas les convictions religieuses qui doivent recevoir certains aménagements juridiques, mais « l'ensemble des croyances fondamentales qui permettent aux individus de structurer leur identité morale », et « d'exercer leur faculté de juger dans un monde où les valeurs et les plans de vie potentiels sont multiples et entrent en concurrence »⁴³²³. Dans ce cadre, doit alors s'opérer la recherche d'une adéquation entre ce qu'une personne perçoit comme étant ses devoirs et engagements axiologiques, et ses actions⁴³²⁴.

1697. Cette approche favorise les convictions assez profondes et fortes pour l'individu, à l'exclusion concomitante des simples préférences ou « goût dispendieux »⁴³²⁵. Dans ce cadre, si l'individu venait à agir contre sa propre conviction, il porterait atteinte à son intégrité morale, comme un handicap peut porter atteinte à l'intégrité physique. Sur l'encadrement des convictions concernées et droits accordés, Perry rejoint également Maclure et Taylor en distinguant les convictions assez profondes de celles qui s'apparentent à de simples préférences⁴³²⁶.

⁴³²² Voir p. 316.

⁴³²³ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 97.

⁴³²⁴ *Ibid.*

⁴³²⁵ *Ibid.*, p. 97-98.

⁴³²⁶ M. J. PERRY, « Freedom of Conscience as Religious and Moral Freedom », *art. préc.* Seulement, pour confronter sa théorie à la réalité d'un droit américain qui particularise la religion, Perry rejoint Schwartzman en considérant que la notion de « religion » devrait être comprise plus largement pour inclure les convictions non théistes d'abord, et celles des non croyants ensuite. Cette acception permettrait une protection de la même teneur que la liberté morale et religieuse qu'il défend. Rafael Domingo rejoint l'approche égalitaire sous-jacente à la conception de Perry, mais n'adhère pas à l'idée selon laquelle la liberté de religion traditionnelle devrait s'étendre aux croyants et non-croyants (R. DOMINGO, « A right to religious and moral freedom? », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n° 1, 2014, p. 226-247). Sa substitution par un droit à la liberté religieuse et morale ne lui semble pas adéquate au regard des différences irrémédiables entre la morale et la religion, notamment dans la façon d'affecter la décision politique. La religion, pour l'auteur, arbore une morale parfois rationnelle (exemple de la condamnation de l'esclavagisme), pouvant être partagée par la raison morale qui caractérise la morale politique, donc par des individus a-religieux. Mais la religion se caractérise également par une morale « supra-rationnelle » – « l'idée que les êtres humains sont créés à l'image et la ressemblance de Dieu » (nous traduisons) – qui ne sont pas contre la raison, mais seulement au-delà de celle-ci (exemple de la circoncision) et qui ne peuvent donc être la base de la morale politique, contrairement à la morale rationnelle (*ibid.*). Surtout, c'est l'importance de l'autonomie morale, plutôt que l'indépendance morale soutenue par Perry, qui l'amène, non à regrouper toutes les convictions sous une liberté commune, mais à distinguer liberté de conscience et le « droit à la religion » (notre traduction de « right to religion », que l'auteur préfère à « freedom of religion » (*ibid.*)). Bien que l'approche ait en fond le postulat d'un traitement non spécifique du religieux, elle semble difficilement s'y conformer lorsque son promoteur ne paraît pas accorder les mêmes droits ou la même amplitude aux prérogatives octroyées en vertu du droit à la religion, accessible pour la seule conviction religieuse, que pour la liberté de conscience. En tout état de cause, le terme de « morale » n'est peut-être pas le plus judicieux et semble être la source des divergences entre les auteurs. Comparer la morale à la religion n'est pas le plus pertinent. Mais l'idée que côtoie Perry est celle d'une

1698. La conception vise ainsi le respect de l'égalité des convictions, puisque la nature religieuse n'a pas d'impact dans l'appréciation. Le refus de manger de la viande peut bien venir du végétarisme comme de l'hindouisme, cela n'a pas d'importance⁴³²⁷. Contrairement au modèle tendant à octroyer certains droits aux convictions religieuses par rapport à celles non religieuses, celui ici exposé oppose plutôt les « convictions de conscience », qui ont un coût pour l'intégrité morale et doivent jouir d'une protection spécifique, aux simples préférences⁴³²⁸. Ces premières donnent un véritable sens à la vie de l'individu, elles en constituent une orientation morale et structurent leur identité⁴³²⁹. Elles sont ce que Taylor appelle des « évaluations fortes », c'est-à-dire celles qui expriment la distinction qualitative d'une valeur profonde qui touche jusqu'au mode de vie de l'individu, non d'un simple désir contingent⁴³³⁰. Qu'importe que ces évaluations fortes soient religieuses ou non. Là n'est donc pas la question et c'est tout l'intérêt.

1699. En somme, ces convictions de conscience « englobent tous ces points de repère qui permettent à un agent d'être un agent *moral* et qui sont centraux à son identité en ceci qu'une entrave à sa capacité d'agir en fonction de ces repères est vécue par l'agent comme un affront à sa dignité et à son intégrité morale »⁴³³¹. Ce postulat accroît d'ailleurs encore plus le champ d'application, dans la mesure où sont inclus les engagements qui ne se rattachent pas à « une doctrine systématique ou qui ne sont pas nécessairement le fruit d'une réflexion philosophique fondamentale sur le sens de l'existence », ce qui permet d'incorporer notamment les valeurs morales suffisamment fortes⁴³³².

1700. En ces termes, l'approche se départit d'une conception qui tendrait à rechercher les seules convictions présentant des analogies avec le devoir religieux⁴³³³. Elle cherche à inclure tant la diversité religieuse, que la diversité morale ou, plus globalement, des convictions.

1701. Pour appréhender de telles convictions, les auteurs postulent une approche subjective de la liberté et appliquent le test de la sincérité que l'on retrouve déjà au Canada. L'individu devra donc prouver le lien intime entre la conviction et son intégrité morale. En outre, reprenant également les instruments applicables dans de nombreux États, la demande d'accommodement doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'elle n'entraîne pas de coûts excessifs,

catégorie plus englobante que la liberté de religion.

⁴³²⁷ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 115.

⁴³²⁸ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 361.

⁴³²⁹ *Ibid.*

⁴³³⁰ Voir le premier chapitre « What is Human Agency? » de l'ouvrage de Charles Taylor *Human Agency and Language : Philosophical Papers I*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

⁴³³¹ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse...*, op. cit., p. 362.

⁴³³² J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 122-123.

⁴³³³ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse...*, op. cit., p. 363.

qu'elle n'entrave pas la réalisation d'un objectif législatif impérieux ou encore qu'elle ne porte pas atteinte à autrui⁴³³⁴. L'idée reste que le juge n'en vienne pas à apprécier le contenu de la croyance, mais seulement le rôle, l'impact, l'importance, qu'elle peut avoir sur la vie de l'individu. Par ailleurs, la CEDH est sensible à cette conception pour assurer l'égalité entre convictions qui expriment des « des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »⁴³³⁵.

1702. Le lien entre conception subjective et une vision plus égalitaire de la liberté de conscience n'étonne que peu. Cette première constitue certainement l'une des solutions possibles pour une approche plus globale des convictions, sans distinction de nature, précisément en fondant la justification d'exemptions sur le socle commun des convictions : le for interne. Après tout, qu'importe le type de conviction, le point de départ reste la conscience individuelle. L'analyse de celle-ci et de son intensité sur son expression extérieure semblent les plus à même d'exclure le privilège purement religieux. Il n'est donc pas surprenant que les égalitaristes libéraux rejettent en bloc les tendances objectives⁴³³⁶. Bien entendu, prendre parti pour une liberté de conviction plus générale ne revient pas forcément à tendre vers la facilité, y compris avec une approche subjective. Comme le percevait Brian Leiter, une liberté de conviction limitée à celle de religion offre la facilité de l'établissement du caractère impératif de la croyance⁴³³⁷, quand celles reposant sur la conscience rendent beaucoup plus difficile l'appréciation du *devoir* imposé par une conscience areligieuse⁴³³⁸.

1703. En résumé, l'approche de Taylor et MacLure arbore avec force l'égalité des convictions et rejette toute priorisation d'une conviction particulière. Nonobstant la pertinence de toute cette réflexion, des critiques lui sont adressées.

1704. De manière générale, Cécile Laborde encense la conception des deux auteurs, notamment pour son caractère égalitaire et neutre à l'égard de la religion⁴³³⁹. Elle lui reconnaît toutefois le défaut d'être sous-inclusive, en ce qu'elle omet que la « la vie religieuse bien menée est une vie d'affirmation constante, difficile et rituelle de la foi contre les influences corruptrices du monde séculier » ; elle ne place pas nécessairement le croyant « dans une situation où le fait de ne pas respecter une obligation en particulier est si grave qu'elle entraîne la damnation éternelle »⁴³⁴⁰. De notre point de vue, ce caractère sous inclusif peut apparaître en partie

⁴³³⁴ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p.130-131.

⁴³³⁵ CEDH, 25 févr. 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76 et 7743/76, §36. Voir une synthèse sur ce sujet : J.-F. RENUCCI, *L'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005.

⁴³³⁶ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), op. cit., p. 286.

⁴³³⁷ « [u]n tel système fournit au tribunaux un fondement probatoire bien plus solide pour leurs décisions. Après tout, un plaideur qui invoque la liberté de conscience religieuse doit alors mentionner une *religion*. Les religions ont typiquement des écrits, des doctrines, des commandements, qu'ils soient écrits ou transmis oralement entre leurs nombreux adeptes » (B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ? Une investigation philosophique et juridique* (traduit de l'anglais par L. MUSKENS), Genève, éditions markus haller, 2014, p. 139).

⁴³³⁸ « Tel est le spectre qui hante tout régime légal appelé à régir la liberté de conscience » conclut Brian Leiter (*ibid.*, p. 138).

⁴³³⁹ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), op. cit., p. 99-100.

⁴³⁴⁰ *Ibid.*, p. 101.

compensé par la plus grande inclusivité que ces critères offrent vis-à-vis de convictions non religieuses. Enfin, pour l'autrice, Maclure et Taylor oublient que des individus devraient bénéficier d'aménagements, non parce qu'ils prêchent une conviction de conscience, mais parce qu'ils subissent une discrimination indirecte injuste de la part de l'État qui privilégie une pratique culturelle – religieuse – et majoritaire similaire⁴³⁴¹. Nous sommes ici dans l'hypothèse d'un système sensible à l'égalité matérielle.

1705. Nous avons tout aussi bien pu reprocher à cette approche le risque d'une ouverture de la « boîte de Pandore » des exemptions convictionnelles. François Boucher minimise l'argument qui, en plus d'être selon lui exagéré, omet l'importance de cette recherche d'exemption au profit d'autres convictions au nom de l'égalité et des libertés fondamentales⁴³⁴². Le problème de la prolifération des demandes ne devrait être posé qu'à partir du moment où l'on peut véritablement remarquer qu'un groupe ou des individus sont dans une situation similaire à un groupe ou des individus ayant fait la demande précédente d'exemption. De surcroît, le phénomène d'individualisation ne va pas forcément de pair avec une multiplication excessive des conceptions de la vie totalisantes qui requièrent des pratiques rigides et exigeantes⁴³⁴³.

1706. Du reste, la catégorie choisie par Maclure et Taylor n'est pas pertinente pour tous. Pour McConnell, la conscience concerne les convictions sur les questions morales du bien et du mal. La religion chevauche alors la conscience, car elle touche en partie de telles questions. Elle implique cependant bien que plus cela : elle inclut « un ensemble de croyances sur la nature de l'univers, elle prescrit des pratiques qui ont parfois un caractère plus rituel qu'éthique (comme communier ou porter une kippa), et elle est ancrée dans des communautés faisant autorité qui impliquent des textes, des histoires, des institutions, des dirigeants, et la tradition »⁴³⁴⁴. À notre sens, la conception de l'auteur est tâchée d'un biais qui révèle seulement une priorisation de la religion sur l'égalité. En ignorant toute place particulière laissée au religieux, le modèle laïque et égalitaire gagne à saisir les seules consciences et convictions individuelles. Cette liberté pour toutes les convictions est, en d'autres termes, la liberté de convictions sans distinction de nature, qu'elle soit religieuse, athée, agnostique, areligieuse, philosophique. Elle pose ainsi une égalité sans distinction de conviction en plus d'une égalité sans distinction de religion. De surcroît, elle n'omet pas que les croyances *a priori* religieuses présentent certaines caractéristiques qui en font des convictions à part, comme l'affirme McConnell. Ces éléments ressortent certainement dans la qualification de ce qu'est une

⁴³⁴¹ *Ibid.*, p. 102.

⁴³⁴² L'auteur résume ensuite : « [i]l serait peu judicieux de restreindre une telle liberté fondamentale qu'est la liberté de conscience pour éviter des cas manifestement indésirables mais hypothétiques » (nous traduisons) (F. BOUCHER, « Exemption to the Laws, Freedom of Religion and Freedom of Conscience in Postsecular Societies », *Philosophy and Public Issues*, vol. 3, n° 2, 2013, p. 159-200).

⁴³⁴³ L'auteur poursuit plus loin : « [l']individualisation des croyances dans les sociétés post-séculières est bien plus susceptible de conduire la plupart des individus à adopter des engagements moraux fluides et adaptables » (nous traduisons) (*ibid.*).

⁴³⁴⁴ M. W. MCCONNELL, « Why Protect Religious Freedom? », *The Yale Law Journal*, vol. 123, n° 3, 2013, p. 710-810 (nous traduisons).

conviction forte, méritant une protection particulière. Seulement, les aspects spécifiquement religieux ne sont que des critères de preuve, parmi d'autre, pouvant justifiant la protection accordée aux convictions suffisamment fortes. Il ne s'agit en aucun cas d'éléments qui témoigneraient d'une spécificité de la nature de la conviction en cause.

1707. Enfin, en opposition à une approche catégorielle plus globale des droits liés aux convictions, certains reprochent un biais protestant marqué de la conception religieuse⁴³⁴⁵. En effet, en assimilant la conviction religieuse à la catégorie plus générale de la conscience, il est reproché de n'inclure que les convictions davantage assises sur le for interne et d'exclure celles qui sont « plutôt une question d'habitude, de conformité à la tradition ou encore de loyauté à un groupe culturel »⁴³⁴⁶. En dépit de cette critique, il ne nous semble pas déraisonnable de penser que recentrer le débat sur la conviction répond à l'exigence d'égalité. C'est précisément parce que l'exercice religieux a peu à peu été distingué en droit que la conviction religieuse s'est trouvée distinguée. Même si des auteurs considèrent possible que certaines manifestations religieuses ne résultent pas d'une conviction à part entière, il ne nous paraît pas possible d'entièrement déconnecter celles-ci de la conscience. En effet, qu'une pratique paraisse ne pas reposer sur une conviction consciemment développée par l'individu ne peut évincer le fait qu'il s'agisse d'un mode de vie, d'un choix de vie, de l'expression de ceux-ci, au titre d'une conscience particulière. Plus encore, si cette pratique n'est pas l'expression directe d'une croyance, elle reste tout du moins indirectement rattachée à une conscience ou conviction plus générale.

1708. Surtout, d'un point de vue juridique et politique, c'est avant tout au titre de la conscience que fut protégé et qu'est protégé l'exercice du culte. Nous adhérons à l'assertion selon laquelle la liberté de religion est une sous-catégorie de la liberté de conscience⁴³⁴⁷. Du moins elle en découle. Le point de départ des libertés d'expressions convictionnelles restent précisément la conviction. Le droit saisit indéniablement le for externe, bien davantage que le for interne, car nul ne peut sonder l'esprit et quasiment seule l'expression a la capacité de nuire à autrui. Pour autant, dans la mesure où la conviction religieuse est particulièrement marquée par son expression externe et publique, nous en sommes venus à particulariser cette dernière.

⁴³⁴⁵ C'est une des critiques principales opposées à la conception de Maclure et Taylor.

⁴³⁴⁶ J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse...*, op. cit., p. 362.

⁴³⁴⁷ J. MACLURE, « Convictions de conscience, responsabilité individuelle et équité : l'obligation d'accommodement est-elle équitable ? » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009, p. 342.

1709. Par-dessus tout, un retour à la conviction inclut tant les convictions non religieuses que celles cultuelles et qui se caractérisent par une forte orthopraxie⁴³⁴⁸. Mettre l'accent sur la conscience n'éluide pas nécessairement les religions marquées par des pratiques religieuses qui ne semblent pas, *a priori*, l'expression d'une conviction directe. L'approche de Maclure et Taylor présentent finalement d'indéniables qualités. Cécile Laborde tentera de la perfectionner.

2) Une conception approfondie par Cécile Laborde : l'intégrité éthique au cœur de l'application

1710. Après la classification des conceptions, Cécile Laborde décrit celle qui est la sienne. Elle recherche également une caractéristique plus englobante en ciblant les engagements visant la « protection de l'intégrité »⁴³⁴⁹. Selon elle, ce critère résout bien des difficultés et ne se limite en aucun cas aux convictions religieuses ou communautaires⁴³⁵⁰. De plus, l'« intégrité éthique » que décrit l'autrice, qui renvoie à l'action que l'individu ressent comme juste, marque une interprétation judicieuse qui ne se limite pas non plus aux actions et obligations de conscience. Elle peut renvoyer à des pratiques fortement valorisées qui expriment des identités ou croyances fondamentales, que cela relève ou non de la conscience⁴³⁵¹. En somme, la question soulevée est la suivante dans la théorie de Laborde : « quels types d'engagements sont si importants pour les individus que leur intégrité en deviendrait menacée, si on les empêchait d'agir en conséquence ? »⁴³⁵².

1711. Pour y répondre en évitant l'écueil d'une approche limitée à la théorie, l'autrice explique que les juges devront concrètement procéder en analysant la *sincérité substantielle* et l'*acceptabilité minimale*. La première rejoint la théorie de Taylor et Maclure, ainsi que ce que nous décrivions, à savoir une approche subjective de la liberté de religion, car « les individus eux-mêmes sont les mieux placés pour expliquer pourquoi certains de leurs engagements et pratiques sont essentiels à *leur* intégrité »⁴³⁵³. La sincérité substantielle renvoie donc à la

⁴³⁴⁸ C'est peu ou prou ce que défend Maclure lorsqu'il conteste la critique du biais protestant : « cette objection rate la cible car bien qu'il soit légitime de vouloir restreindre, pour des fins d'analyse, le champ d'application de la notion de "conscience" aux cas mettant en jeu des devoirs catégoriques [...], rien ne nous oblige à mettre de côté une compréhension plus englobante de ce qui relève de la conscience. En bref, les convictions de conscience telles quel nous les avons définies plus haut ne se limitent pas aux convictions ayant trait à ce qui est moralement obligatoire ou prohibé de manière catégorique ». (J. MACLURE et F. BOUCHER, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse...*, op. cit., p. 362)

⁴³⁴⁹ « Un tel engagement, se manifestant à travers une pratique, un rituel ou une action (ou un refus d'agir), qui permet à un individu de vivre conformément à la façon dont il pense devoir vivre » (C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), op. cit., p. 283).

⁴³⁵⁰ « [i]l n'accorde aucun privilège aux croyances individualistes, choisies ou antécédentes. Les engagements visant la protection de l'intégrité peuvent ou non être fondés sur des croyances au sens protestant du terme ; les pratiques peuvent ou non être communautaires ; et on ne présuppose pas que les croyances précèdent les pratiques ou y font suite. Les pratiques ne sont pas nécessairement adossées à des croyances ; les rituels donnent souvent forme à la vie religieuse elle-même et l'incarnent – considérez, par exemple, la discipline qui s'applique au corps dans les rituels de prière juifs ou musulmans » (*ibid.*, p. 285).

⁴³⁵¹ C. LABORDE, « Religion in the Law: The Disaggregation Approach », *Law and Philosophy*, vol. 34, n° 6, 2015, p. 581-600.

⁴³⁵² *Ibid.*

⁴³⁵³ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), op. cit., p. 286.

démonstration par l'individu de l'impact de la pratique sur son identité, sur son « soi moral ou éthique », sur l'occupation par celle-ci d'une place centrale dans sa vie⁴³⁵⁴. Ce critère subjectif s'accompagne d'une donnée plus objective – l'acceptabilité minimale –, qui mesure la compatibilité de la pratique avec les droits fondamentaux d'autrui. Pour anticiper quelques critiques, l'autrice pare sa théorie d'un rejet immédiat du champ des « revendications » celles qui seraient « moralement *abjectes* », afin d'éviter tout débat sur la sincérité et l'intégrité de telles pratiques⁴³⁵⁵.

1712. Cécile Laborde se démarque alors de la thèse défendue par Taylor et Maclure sur deux points qu'elle développe. D'abord, l'approche qu'elle soutient se départit davantage d'une caractérisation de l'engagement avant tout à travers la conscience ; celui-ci peut bien naître de pratiques culturelles et communautaires vécues comme obligatoires⁴³⁵⁶. Ensuite, son modèle accepte des dimensions de la religion qui ne traduisent pas un « commandement » au sens des deux autres auteurs, mais qui peuvent tout de même être primordiales pour l'intégrité d'un individu. Tel est le cas des engagements religieux liés à l'identité : « des engagements et des pratiques qui ne se formulent pas en termes d'obligation mais qui régissent de manière détaillée la vie du requérant »⁴³⁵⁷. L'autrice théorise une méthode d'analyse du religieux qu'elle qualifie de « désagréative » par laquelle elle sépare le religieux en des dimensions distinctes, confrontées de diverses façons à différents principes politiques. En somme, la théorie de la désagrégation contourne la nécessité d'établir sémantiquement ce qui est religieux ou ce qui ne l'est pas⁴³⁵⁸. Cette « désagrégation » de la religion lui permet d'établir que les dimensions du religieux n'ont rien de spécial par rapport à d'autres formes d'activités, d'expressions ou de convictions séculières.

1713. Comme pour Taylor et Maclure, l'approche a le mérite d'échapper aux discussions sur la nature de la conviction et la définition de la religion. Néanmoins, elle accorde une importance non des moindres à la notion d'identité que craint le droit français. L'idée d'exempter précisément en raison du caractère identitaire de l'engagement en cause présente un risque pour la logique universaliste. Cela dit, du moment que l'identité se trouve déconnectée d'une connotation religieuse, peut être que la notion déploie une signification qui est tout autre.

1714. Au demeurant, Cécile Laborde n'identifie pas de tels engagements à un handicap, du moins pas clairement. Contrairement au handicap ou à l'âge, par exemple, la contrainte

⁴³⁵⁴ *Ibid.*, p. 288.

⁴³⁵⁵ Car rejeter des pratiques aussi abjectes que le sacrifice d'un nouveau-né (exemple employé par l'autrice) lors de l'analyse de l'acceptabilité minimum reviendrait à hisser, en acceptant le passage de la première étape – la sincérité substantielle –, de telles revendications au même rang que d'autres quelconques ou normalement acceptables. Ainsi, si l'autrice admet que certaines pratiques – dites « moralement *ambivalentes* » (qu'elle explique plus avant à la page 293) – font l'objet d'un « désaccord raisonnable » qui sera éventuellement tranché par les principes de justice collectivement admis lors de la seconde étape du contrôle (elle donne l'exemple d'une légère punition corporelle à des enfants), certaines – alors « moralement *abjectes* » – se trouvent rejetées plus en amont (*ibid.*, p. 291-292).

⁴³⁵⁶ Ce biais évite alors pour l'autrice une critique à propos de la conception subjective qui l'accuse de privilégier une caractérisation spécifiquement protestante de la religion (*ibid.*, p. 300).

⁴³⁵⁷ *Ibid.*, p. 301.

⁴³⁵⁸ C. LABORDE, « Religion in the Law: The Disaggregation Approach », *art. préc.*

résultant d'un engagement « doit être interprétée non pas comme un désavantage appelant compensation, mais plutôt comme l'un des coûts de la liberté »⁴³⁵⁹. Elle se refuse d'appliquer le raisonnement de la responsabilité et du choix. Le noyau de la réflexion n'est pas le caractère choisi ou non de celui-ci, mais le lien avec l'intégrité des personnes. Si les raisons d'accommoder ne sont pas les mêmes, elle maintient toutefois que les individus doivent en principe supporter les conséquences de leurs croyances⁴³⁶⁰. Pour autant, assumer la responsabilité de sa croyance ne devrait valoir que si les circonstances sont équitables pour l'autrice. Il semble de prime abord qu'elle accepte de considérer certains engagements comme des obligations pesant sur les individus puisqu'elle ne dit pas les caractériser comme des choix, mais la question des accommodements ne se situe pas dans ce champ selon sa théorie.

1715. L'autrice justifie donc la mise en place d'accommodements raisonnables, mais elle réaffirme la distance prise avec ce débat choix-circonstance. Elle précise alors l'une des deux justifications d'une mise en place des exemptions en postulant justement que l'appréciation de la proportion du fardeau qui pèse sur un croyant ne dépend pas de l'égalité, donc d'une comparaison, comme le soutiennent Eisgruber et Sager, mais d'une analyse individuelle de la proportion. Par ce biais, l'autrice se targue précisément d'éviter « d'avoir à établir des analogies peu satisfaisantes entre les engagements religieux et les handicaps »⁴³⁶¹. Pourtant, une deuxième raison justifie, selon l'autrice, des accommodements et celle-ci repose précisément sur l'égalité – ce qu'elle nomme le « biais majoritaire ». Ici la comparaison s'opère par rapport à la majorité et à l'imprégnation de la religion dominante dans les règles d'apparence neutre⁴³⁶².

1716. En toute hypothèse, dans ce raisonnement, l'approche rencontre une limite pour l'égalité des convictions. En effet, comme le dit Cécile Laborde, les convictions areligieuses auront moins de chance, dans le domaine de justification du biais majoritaire, de bénéficier d'exemptions, considérant « le rôle omniprésent joué par la religion majoritaire dans le façonnement d'institutions apparemment neutres, et dans l'impact délétère de détermination majoritaire sur l'égalité de statut actuelle des minorités religieuses »⁴³⁶³. Pour ce type de conviction, seuls seront recevables les fardeaux disproportionnés. C'est une nouvelle fois affirmer la part de l'histoire et de l'ancrage religieux dans la problématique égalitaire générale, mais également considérer que la sécularisation des normes n'éteint pas la connotation religieuse qui en constitue l'origine⁴³⁶⁴. Ce que semble omettre Cécile Laborde, c'est d'abord

⁴³⁵⁹ C. LABORDE, *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), *op. cit.*, p. 305.

⁴³⁶⁰ *Ibid.*, p. 306.

⁴³⁶¹ *Ibid.*, p. 318. Pour l'auteur, l'appréciation du fardeau disproportionné est invocable, pour justifier des accommodements, en l'absence de biais majoritaire suffisant.

⁴³⁶² *Ibid.*, p. 319. Soit le privilège de la majorité n'est pas défendable et la justice exige qu'il soit aboli (elle cite l'exemple anglais du droit des évêques de siéger à la Chambre des Lords), soit il n'est pas injuste (c'est le cas du repos hebdomadaire instauré le dimanche), mais il défavorise les religions minoritaires et implique des accommodements pour celles-ci (*ibid.*, p. 321-322). Cette approche exige cependant une comparaison acceptable entre les pratiques (tel est le cas, par exemple de l'obligation de se rendre sur un lieu de prière une fois par semaine ; qui justifie donc l'inégalité subie par les musulmans qui ont obligation de travailler le vendredi, jour de prière en question).

⁴³⁶³ *Ibid.*, p. 326.

⁴³⁶⁴ Comme nous l'évoquions, peut-on encore considérer certains jours fériés comme religieux.

qu'il y aura toujours des règles contraires à certaines pratiques religieuses. Seulement, ces règles s'appliquent à présent en totale égalité entre les individus. Si elles avantagent une religion, en l'occurrence majoritaire, en droit elles s'appliquent également à tous les individus, religion ou non. Considérer que l'inégalité de fait ne peut être invoquée selon la méthode du biais majoritaire pour les convictions séculières, c'est à l'inverse admettre que seules les convictions des religions minoritaires pourront bénéficier d'aménagements. C'est caractériser et spécifier la conviction religieuse. Surtout, Cécile Laborde ne semble pas prendre conscience des cas où l'octroi d'exemptions, telles que les autorisations d'absence pour motif religieux, entraînent des avantages « séculiers » sur les individus areligieux en ce que ces absences ne sont, en l'occurrence en France, pas décomptées des jours de congés. Quand une règle séculière, certes, avantageant indirectement les croyants catholiques, soumet tous les individus à la même restriction ou liberté, d'autres bénéficient d'autorisations qui créent, clairement et précisément en raison de leur religion, un avantage particulier. Suivant le raisonnement de l'autrice, un individu aux convictions areligieuses ne serait-il alors pas justifié à demander un rétablissement de l'égalité dans ce cas en exigeant, par exemple, de s'absenter pour une conviction areligieuse ?

1717. Brian Leiter avait bien décrit le risque que des aménagements s'opèrent au détriment – ou « à la charge » – d'autres individus qui, soit ne font pas part de demandes d'exemptions, soit se sont vu refuser celles-ci. Accorder des exemptions pour les uns se traduirait concomitamment par l'ajout d'un fardeau pour tous les autres⁴³⁶⁵.

1718. De surcroît, nous avons également évoqué la double comparaison qui peut avoir lieu : la discrimination ressentie des minorités religieuses à l'égard de normes aux origines religieuses, en plus de celle ressentie pour toute norme séculière qui ferait injustement peser un poids sur l'individu qui voit son engagement religieux restreint. Si l'autrice aborde le premier cas, qui repose substantiellement sur la connotation religieuse que l'on admet de concevoir dans la règle aujourd'hui séculière, le deuxième semble exclu par l'autrice⁴³⁶⁶, qui privilégiera certainement sa conception sans comparaison reposant sur la disproportion du fardeau.

1719. Dans le fond, tout n'est qu'une question de degrés susceptibles de réduire des différences de traitements trop peu légitimes. L'exigence de preuves adéquates accompagnant un régime plus universel d'exemptions accroît indéniablement la satisfaction de l'égalité⁴³⁶⁷. Du moins, assurément plus qu'un régime n'avantageant que les convictions de nature religieuse. Pour remédier à ces difficultés appliquer le droit commun reste une solution envisageable.

⁴³⁶⁵ Il nomme ce phénomène le « problème rousseauiste des exemptions » (B. LEITER, *Pourquoi tolérer la religion ?...*, op. cit., p. 144-145).

⁴³⁶⁶ « Dans une société où il n'existe pas de jour officiel de repos hebdomadaire, ni les chrétiens, ni les musulmans, ni les syndicalistes n'ont un droit *pro tanto* de quitter le travail pour des raisons d'équité » (*ibid.*, p. 327).

⁴³⁶⁷ Brian Leiter avait finement perçu cet aspect : « il s'agira de porter un jugement sur une question de degrés et il est tout à fait possible qu'un régime d'exemptions universelles pour toutes les revendications de conscience, avec les standards de preuves appropriés, soit assez bon pour émousser l'objection d'inégalité. Dans ce cas, l'inégalité de traitement entre les différentes revendications de conscience ne serait pas *nécessairement* fatale au régime des exemptions universelles pour motifs de conscience » (*ibid.*, p. 143).

3) La soumission des manifestations religieuses au droit commun

1720. Élargir l'incorporation juridique des convictions religieuses aux consciences ou convictions en général revient finalement à appliquer le droit commun des convictions. Qu'en est-il des expressions et manifestations de ces croyances ? Il est possible d'appliquer la méthode « *proxy strategy* » traitée par Cécile Laborde et abordée ci-dessus. Elle répond d'un certain intérêt, notamment pour la notion de culte. Nous pouvons même aller plus loin et également appliquer le droit commun des manifestations, réunions, expressions, etc., à la religion. C'est l'approche peu ou prou soumise par certains auteurs.

1721. En effet, James W. Nickel postule une forme d'application du droit commun aux religions. Il commence en s'interrogeant : doit-on nécessairement prévoir une liberté de religion à part quand d'autres libertés, telles que celles d'association ou d'expression, sont consacrées ?⁴³⁶⁸ L'auteur prend l'hypothèse de la Convention européenne des droits de l'homme sans mention de la religion : selon lui, les individus croyants seraient aussi bien protégés contre toute forme de persécution⁴³⁶⁹. Il défend alors une protection des convictions religieuses à travers d'autres libertés élémentaires⁴³⁷⁰, sans référence juridique à la religion, et ce, pour notamment éviter toute priorité excessive donnée à la liberté de religion⁴³⁷¹. L'auteur se targue d'éviter toute délimitation de la notion de religion par sa théorie. Elle protégerait à égalité les convictions philosophiques comme éthiques et permettrait l'expression de toutes les diverses croyances à travers les différentes libertés en jeu. Or, souligner le caractère unique de la religion pour l'identité personnelle des individus serait omettre le rôle similaire que peuvent jouer les croyances éthiques et philosophiques pour certains individus, déclare Nickel⁴³⁷². Dès lors, l'approche ne met pas en avant une attitude positive à l'égard de la religion ou de certaines religions⁴³⁷³. Bien entendu, il y a des degrés de protection des libertés. L'auteur en a conscience et propose que l'appréciation portée sur l'importance de l'activité repose sur les mêmes critères que toute autre activité. Ainsi, il utilise les critères employés pour la liberté d'association qu'il aborde auparavant, à savoir, l'importance de l'activité dans la société⁴³⁷⁴, l'importance pour les

⁴³⁶⁸ J. W. NICKEL, « Who Needs Freedom of Religion? », *University of Colorado Law Review*, vol. 76, 2005, p. 941-964.

⁴³⁶⁹ À travers, par exemple, le droit à un procès équitable, à la non-discrimination, ou évidemment la liberté de conscience, d'expression, d'association (*ibid.*).

⁴³⁷⁰ L'auteur nomme neuf libertés fondamentales, élémentaires : liberté de croyance, de pensée et d'information ; liberté de communication et d'expression ; liberté d'association ; liberté de réunion ; liberté de participation politique ; liberté de circulation ; libertés économiques ; droit à la vie privée et familiale ; liberté de pratiquer un mode de vie traditionnel ou éthique. Ces libertés, l'auteur les tire des textes internationaux, à l'exception du dernier qu'il juge indispensable et qu'il tire d'une conception de Mill (*ibid.*).

⁴³⁷¹ *Ibid.*

⁴³⁷² L'auteur n'expose que peu d'arguments justifiant le traitement égalitaire des convictions sous-tendu par son approche, et ceux-ci n'apparaissent que vers la fin de l'article (*ibid.*).

⁴³⁷³ *Ibid.*

⁴³⁷⁴ L'auteur cite l'exemple d'une activité religieuse profitable pour la société, comme les institutions religieuses médicales et d'éducatives (*ibid.*)

individus concernés⁴³⁷⁵, le coût et le danger pour ces derniers et les personnes extérieures⁴³⁷⁶, et à quel point opter éventuellement pour des activités alternatives serait aussi propice pour les concernés⁴³⁷⁷. Cette approche n'empêche pas les exemptions religieuses qui, pour l'auteur, ne préjugent en rien du caractère spécial ou unique de la liberté de religion. En effet, de tels aménagements se trouvent parfois justifiés de la même façon par d'autres libertés, remarque pertinemment Nickel. Nous ne pouvons pour autant pas déduire de la possibilité de « donner aux chercheurs scientifiques des exemptions aux lois sur les drogues, afin de leur permettre d'étudier des substances contrôlées », que la liberté scientifique ne s'inscrit pas dans une conception générale des libertés élémentaires⁴³⁷⁸. La théorie témoigne de l'impossibilité de conceptualiser un droit ignorant de façon absolue l'importance sociale de la pratique religieuse. Elle tente de concilier l'absence de surdétermination du religieux avec le maintien d'une prise en considération des manifestations religieuses. Cette conciliation n'a rien de simple.

1722. Pour le droit français, la théorie de Nickel rejoint quelque peu ce qu'expose Xavier Bioy dans un article précisément dédié à imaginer la liberté de religion sans la notion de religion⁴³⁷⁹. Celui-ci défend que dans un État laïque ce dernier ne peut que considérer la religion comme une liberté individuelle qui comporte des actions décomposables et sans surdéterminer, voire sans employer, la notion de religion⁴³⁸⁰. Dès lors, la liberté de conviction religieuse pourrait être garantie par la non-discrimination, la liberté d'opinion et le droit à l'éducation, quand la liberté d'exercice du culte le serait par le droit de propriété, le procès équitable, la liberté d'association et de réunion, d'expression, de circulation, ainsi que le respect de la vie privée⁴³⁸¹. Peut-être est-il effectivement judicieux de « décoloniser » la liberté de religion, soutient-il⁴³⁸². Il n'est donc pas forcément nécessaire d'ajouter de qualificatifs : association *cultuelle*, réunion *cultuelle*, expression ou manifestation *cultuelle*, etc.

1723. Alain Christnacht se montre plus concret et va plus loin en imaginant l'abrogation de la loi de 1905 : la liberté de religion et de conscience seraient couvertes par les libertés d'expression, de réunion et de manifestation. Le culte s'organiserait par le régime des associations type 1901, « sans les avantages mais aussi sans les contraintes (limitation des

⁴³⁷⁵ L'auteur cite l'exemple de l'importance de la communion pour plupart des chrétiens ou la méditation assise pour les bouddhistes (*ibid.*).

⁴³⁷⁶ L'auteur cite l'exemple des prières et discussions religieuses en général, qui ne présentent pas de coûts ou dangers spécifiques (*ibid.*).

⁴³⁷⁷ L'auteur emploie la formulation difficilement traductible : « the degree to which alternative forms of action are nearly as good ». L'auteur cite l'exemple de la tenue des offices religieux dans les maisons plutôt que dans les édifices cultuels ; la première possibilité n'est pas aussi propice du point de vue de la plupart des groupes religieux que la seconde (*ibid.*).

⁴³⁷⁸ *Ibid.*

⁴³⁷⁹ X. BIOY, « Protéger la liberté de religion sans la notion de religion ? », *Politeia*, n° 29, 2016, p. 107.

⁴³⁸⁰ *Ibid.*

⁴³⁸¹ *Ibid.*

⁴³⁸² En référence aux termes de Gérard Gonzalez, qui qualifiait celle-ci de liberté « dévoreuse » ou « colonisatrice » des autres libertés (G. GONZALEZ, « Liberté de pensée, de conscience et de religion » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 636).

subventions) des associations culturelles », donc sans « plus aucune forme juridique de reconnaissance particulière du fait religieux »⁴³⁸³.

1724. Ces conceptions se montrent particulièrement intéressantes. Elles dispersent les différentes facettes que la religion peut avoir à travers les libertés fondamentales qui existent. Les seuls endroits où le doute subsiste le plus, c'est à propos de l'importance donnée à la demande religieuse en cause et la caractérisation de la nature « religieuse » de la demande. Cette importance, peut-elle totalement s'émanciper d'une éventuelle spécificité rattachée à la religion ? Les critères employés par Nickel demeurent flous mais témoignent d'une certaine objectivité. Ils ne visent pas une appréciation subjective, éthique ou morale, de la croyance, mais correspondent à une appréciation tout à fait séculière et neutre d'un point de vue convictionnel. Du moins en apparence. Car il est facile de conserver certains travers aujourd'hui bel et bien présents, notamment à travers le critère de l'importance sociale, qui, fondé sur les préjugés et l'imprégnation sociale d'un mouvement religieux, favoriserait les cultes traditionnels. Nous pensons également encore à celui l'importance pour l'individu, qui reviendrait aisément à considérer comme particulièrement fondamentales pour l'individu les seules croyances religieuses. De surcroît, il n'est pas certain que l'application de ces critères ne repose pas sur la nécessaire observation, donc existence, de groupes ou de communautés suffisamment intégrés.

1725. En tout état de cause, ces approches doctrinales peuvent se combiner avec celles sur l'emploi de catégories plus globales de convictions. Sur la majorité des points, la religion serait soumise au droit commun, semblablement à toute autre association, réunion, manifestation ou expression. Le problème qui demeure est celui de la conception de la liberté que l'on adopte. Revenir aux convictions, sans distinction de nature, ne règle pas l'existence d'une liberté de conscience caractérisée comme positive, c'est-à-dire comme impliquant une action positive de l'État en faveur de certaines convictions⁴³⁸⁴. Pour ne pas bafouer la liberté de conscience, il conviendrait de prévoir des régimes – voire des exemptions – spécifiques aux convictions. L'approche positive sous-tend des aménagements dans le droit commun et ne manque pas d'entrer frontalement en conflit avec l'égalité⁴³⁸⁵.

1726. Cependant, fonder une protection active de la liberté de religion sur la spécificité, le caractère identitaire ou communautaire, du religieux est une chose. Établir une action positive de l'État en faveur de la liberté de conscience, pour d'autres raisons qui ne sauraient distinguer selon la nature de la conviction, en est une autre. Dans cette optique, la seconde hypothèse ne doit, toutefois, théoriquement pas souligner de différence religieuse. Dans ces cas-là, il conviendrait d'accorder des droits spécifiques aux individus justifiant de convictions de conscience ou d'engagements pesant sur l'intégrité éthique de l'individu. Par ces procédés, la distinction religieuse serait effacée ou, tout au plus, un pur élément factuel subsumé dans la

⁴³⁸³ A. CHRISTNACHT, « La loi de 1905 est-elle dépassée ? » in J.-D. DURAND (dir.), *Quelle laïcité en Europe ?*, Paris, LARHRA, 2003, coll. « Chrétiens et Sociétés. Documents et Mémoires », p. 97-98.

⁴³⁸⁴ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP », p. 188.

⁴³⁸⁵ *Ibid.*

catégorie de conviction ou conscience commune à tout homme. Elle serait, en toute hypothèse, évincée du droit sans pour autant que les convictions religieuses ne soient ignorées. Il existe quelques exemples en droit positifs de régimes juridiques se rapprochant d'une plus grande forme d'égalité de traitement entre les convictions.

PARAGRAPHE 2. Des cas concrets d'un droit plus égalitaire

1727. L'idée de soumettre le religieux au droit commun au profit d'une égalité des convictions connaît quelques illustrations concrètes (A). À l'appui de cela – et preuve, peut-être, du malaise ressenti –, il est aussi possible de constater que, sur certains points, le régime des cultes et le droit commun français ont progressivement été rapprochés (B).

A) Des exemples d'un droit commun sans spécificité religieuse : la liberté de réunion et l'objection de conscience

1728. Il existe des exemples de régimes juridiques ou de protections des convictions qui tendent à les traiter sans les distinguer selon leur nature.

1729. L'objection de conscience est un bon exemple d'une possibilité d'aménagement juridique garantie tant aux convictions religieuses que philosophiques. Elle consiste au refus « par une personne d'accomplir un acte ou d'adopter un comportement imposés par une norme positive (droit en vigueur), au nom et par respect d'une norme (ontologiquement ou juridiquement) antérieure et surtout supérieure inscrite dans la conscience et appliquée à une situation particulière par un jugement de conscience »⁴³⁸⁶. Autrement dit, l'objection de conscience constitue un mode défensif de la liberté de conscience étant donné que la personne refuse d'accomplir un acte prescrit par la norme. Ceci la distingue de l'expression positive de cette liberté, qui renvoie, à l'inverse, au fait, pour une personne, d'accomplir un acte dicté par sa conscience mais proscrit par la loi⁴³⁸⁷. Dans un cas, la norme juridique oblige ce que la conscience refuse de faire, dans l'autre, la norme juridique interdit ce que la conscience souhaite faire. En tout état de cause, cette forme d'objection est une garantie de la liberté de conscience.

1730. Les clauses de conscience sont décelables dans divers régimes juridiques français, mais l'application la plus connue se trouve en matière de service militaire⁴³⁸⁸. La consécration législative – non moins restrictive – de l'objection de conscience dans ce cadre fut opérée par la loi du 22 décembre 1963 qui permettait l'objection à l'usage des armes en raison des

⁴³⁸⁶ J.-J. ZADIG, « La loi et la liberté de conscience », *RFDA*, 2013, p. 957.

⁴³⁸⁷ G. PUPPINCK, « Objection de conscience et droits de l'homme », *Société, droit et religion*, n° 6, 2016/1, p. 209-275.

⁴³⁸⁸ Sinon, on peut en trouver à l'article L. 711-5 du code du travail pour les journalistes souhaitant démissionner eu égard à ses intérêts, notamment moraux, ou encore très fréquemment dans le domaine médical, par exemple pour les médecins ne souhaitant pas pratiquer l'interruption volontaire de grossesse (art. L. 2212-8 et L. 2213-2 du code de la santé publique). Pour un exposé synthétique, non moins complet, des différents domaines d'objection de conscience, voir G. PAPPINCK, « Objection de conscience et droits de l'homme », *art. préc.*.

« convictions religieuses ou philosophiques opposés »⁴³⁸⁹. La loi du 8 juillet 1983, plus libérale, a par la suite employé un vocabulaire encore plus général en traitant des « motifs de conscience »⁴³⁹⁰. Le code du service national maintient l'objection de conscience avec un vocabulaire identique aujourd'hui⁴³⁹¹. Du côté européen, les juges de la CEDH protègent également, surtout à l'endroit du service national⁴³⁹², l'objection de conscience, au titre de l'article 9 lorsque sont en jeu « ses convictions sincères et profondes, *de nature religieuse ou autre* »⁴³⁹³. À ce titre, la Cour apprécie l'inégalité qui résulte d'une différence d'exigence dans le bénéfice de l'objection de conscience entre un motif d'ordre religieux et celui idéologique⁴³⁹⁴. Même constat pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies : l'objection de conscience concerne les opinions, convictions de toute nature⁴³⁹⁵. La même question de l'extension de l'objection de conscience aux convictions non religieuses se posait outre-Atlantique et connut les mêmes réponses⁴³⁹⁶. Ce n'est donc pas la nature de la conviction qui est en jeu, mais éventuellement l'intensité de celle-ci. Cela, au nom de la liberté de conscience, en l'occurrence socle commun des aménagements au droit commun.

1731. Bien différent, mais plus proche de la question des associations culturelles et des expressions extérieures de la conviction, un deuxième exemple en droit positif français peut être trouvé à travers la liberté de réunion. Dans le domaine cultuel, celle-ci témoigne effectivement d'une possible application du droit commun. Les choses s'engageaient pourtant fâcheusement à l'origine, puisque les réunions culturelles exigeaient en 1905 une déclaration préalable⁴³⁹⁷. Cédant à la nécessaire conciliation, Briand introduisit par l'article 1^{er} de la loi du

⁴³⁸⁹ Art. 1^{er} de la loi n° 63-1255, 21 déc. 1963, *relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement*, JORF n° 299, 22 déc. 1963, p. 11456.

⁴³⁹⁰ Art. 1^{er}, point XXIX, qui modifie le code du service national (loi n° 83-605, 8 juill. 1983, *modifiant le code du service national*, JORF n° 158, 9 juill. 1983, p. 2111).

⁴³⁹¹ Art. L. 116-1 du code du service national.

⁴³⁹² Voir P. MUZNY, « Le droit à l'objection de conscience au service militaire pour motifs religieux », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 129-143.

⁴³⁹³ CEDH, 7 juill. 2011, *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03, §110 ; *RFDA*, 2012, p. 455, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO. D'ailleurs, dans cette perspective, la Cour préfère parfois accorder la protection de l'article 9, tout en évitant de se prononcer sur la nature des convictions, par exemple lorsqu'il s'est agi de juger un refus de repas végétarien pour un détenu bouddhiste (CEDH, 7 déc. 2010, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06 ; voir également son commentaire par Jean-Pierre Marguénaud dans lequel il souligne que cette jurisprudence évite les discriminations entre manifestations religieuses et philosophiques (J.-P. MARGUENAUD, « Le droit du détenu à un régime végétarien », *RSC*, 2011, p. 221)).

⁴³⁹⁴ CEDH, 15 sept. 2016, *Papavasiliakis c. Grèce*, n° 66899/14, §62 et s.

⁴³⁹⁵ Dans une affaire en 1991, le Comité avait déjà déclaré que le droit à l'objection de conscience découlait de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, c'est-à-dire « le droit d'avoir, d'exprimer et de diffuser des opinions et des convictions » (CDH, 7 nov. 1991, *J.P. c. Canada*, communication n° 446/1991). Plus expressément, il estima plus tard que l'obligation d'employer la force au prix de vies humaines peut gravement rentrer en conflit avec « le droit de manifester sa religion ou ses convictions » et qu'aucune différenciation ne devait être opérée entre les différentes natures de convictions en jeu (Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 22 sur l'article 18*, 27 sept. 1993, §11).

⁴³⁹⁶ La Cour suprême des États-Unis accorda l'objection de conscience à toute croyance sincère et profonde qui occupe dans la vie de l'individu une place similaire à celle occupée par dieu pour un croyant religieux (Cour Suprême des États-Unis, *U. S. v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965)). En suivant, la Cour supprima la référence à la religion et se contenta d'accorder la dérogation à tous les individus pourvus d'une conscience marquée par une conviction religieuse, morale ou éthique profonde (Cour Suprême des États-Unis, *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970)).

⁴³⁹⁷ Art. 25 initial de la loi du 9 décembre 1905 qui exigeait une déclaration préalable pour toute réunion servant la célébration d'un culte.

28 mars 1907 la possibilité de réunion publique sans déclaration préalable, et ce, quel que soit l'objet. Il n'était alors plus question de caractériser ce qui relevait du cultuel, contrairement aux implications futures du régime des associations cultuelles. Depuis, la liberté de réunion est régie par un droit commun sans exception religieuse. Dans ce cadre, l'article L. 2144-3 du CGCT prévoit l'octroi de locaux pour des associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande. L'article dispose que le refus peut être opposé qu'au titre de l'ordre public, des nécessités de l'administration des propriétés communales et au fonctionnement des services.

1732. En conséquence, le juge administratif décida qu'en l'absence de tout trouble à l'ordre public, la ville de Paris devait louer un stade à 20 000 témoins de Jéhovah afin de célébrer leur culte, au nom de la liberté de réunion, qu'importe le caractère cultuel de l'association, et ce, sans référence nécessaire à la liberté de culte⁴³⁹⁸. Ainsi, le Conseil d'État n'accepte que les motifs de l'article L. 2144-3 pour refuser la location d'un local à une association cultuelle et rejette tout motif fondé sur le « but d'exercer un culte » arboré par l'association⁴³⁹⁹. Cependant, bien que les conditions de mise à disposition des locaux soient identiques, en vérité le juge précise des règles à respecter lors d'une telle mise à disposition au profit des religions, parmi lesquelles le principe de neutralité, d'égalité et de non subventionnement des cultes⁴⁴⁰⁰. Cette dernière exigence paraît rester la restriction propre aux convictions religieuses. Nous en avons déjà mentionné les limites au regard de l'égalité entre convictions⁴⁴⁰¹.

1733. Exception faite de ces spécificités, comme le note Jean-Baptiste Chevalier à la lecture de l'arrêt, c'est une stricte application des dispositions du CGCT ; « le juge administratif se contente ainsi d'appliquer les conditions de droit commun de mise à disposition des locaux communaux aux associations, sans tenir compte du caractère cultuel de l'activité »⁴⁴⁰². Et le commentateur de conclure qu'« en cette matière seulement, il semble adopter une forme d'indifférence par rapport à la nature de l'activité, la pratique d'un culte étant traitée comme toute autre activité associative »⁴⁴⁰³. C'est donc une liberté de réunion de droit commun qui s'applique aux réunions cultuelles.

B) Des exemples de rapprochements progressifs du droit français des cultes avec le droit commun

1734. Peut-être que cela témoigne d'une prise de conscience de l'ambiguïté du régime des cultes, mais le droit français affiche une tendance progressive à rapprocher celui-ci du

⁴³⁹⁸ A. GARAY, « Le refus de location d'un stade à une association cultuelle et la liberté de réunion », *D.*, 2004, p. 2398.

⁴³⁹⁹ CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Montpellier*, n° 313518. Voir, récemment CE, 18 mars 2024, n° 471061.

⁴⁴⁰⁰ Pour les règles générales, voir M. BAHOUALA, « La mise à disposition d'un local communal – Les règles applicables aux associations, partis politiques et syndicats », *AJCT*, 2017, p. 197.

⁴⁴⁰¹ Voir p. 417 et s.

⁴⁴⁰² J.-B. CHEVALIER, « La mise à disposition d'une salle municipale pour la célébration d'une fête religieuse », *AJDA*, 2016, p. 108.

⁴⁴⁰³ *Ibid.*

régime de droit commun. Cette prise de conscience est perceptible dans le rapport Stasi qui, timidement, jugeait opportun de proposer au courant libre-penseur un créneau horaire identique à celui dont bénéficient les religions pour la transmission de leurs émissions télévisées⁴⁴⁰⁴. Plus vaguement et généralement, il affirmait nécessaire de veiller à ce que « soient traitées de manière égale toutes les familles spirituelles, notamment sur le plan fiscal »⁴⁴⁰⁵. D'ailleurs, suivant le centenaire de la loi de séparation, des propositions de lois eurent pour objectif de modifier certaines dispositions de la loi de 1905 afin « d'abolir la frontière française entre convictions et cultes » qui résultait de celle-ci, en remédiant notamment à la mise à disposition d'aumôneries pour les seules convictions religieuses⁴⁴⁰⁶.

1735. Au regard de nos éléments précédents, la réduction de l'écart entre le régime cultuel et celui des associations de droit commun agit en ce sens. Cette approche est perceptible en droit positif. À travers plusieurs exemples, les pouvoirs législatif et réglementaire optèrent pour un alignement du régime des cultes avec le droit commun plutôt que son extension⁴⁴⁰⁷. Ainsi, déjà en 1907, pour remédier au refus des catholiques de déclarer leurs réunions publiques cultuelles, le législateur décida de simplement supprimer la déclaration préalable pour toute réunion publique⁴⁴⁰⁸. Il en alla de même pour la loi de 1987 sur le mécénat qui autorisa le bénéfice de libéralités pour des associations non cultuelles⁴⁴⁰⁹. Il n'avait pas semblé envisageable en 1905 d'octroyer à toutes les associations, tout juste pleinement autorisées, de percevoir des dons manuels ; seule avait semblé propice la solution d'octroyer uniquement aux associations cultuelles le bénéfice de tels dons⁴⁴¹⁰. En 2003, une loi réduisit une nouvelle fois l'écart entre droit commun et droit des cultes en permettant à toutes association de bénéficier d'une réduction d'impôt sur les dons effectués⁴⁴¹¹. Ce mouvement est encouragé par Patrice

⁴⁴⁰⁴ B. STASI, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003, p. 64.

⁴⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁰⁶ Une proposition du 28 juin 2006 (n° 3236) modifiait par exemple l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi de 1905 de la façon suivante : « [p]ourront toutefois être inscrites aux dits budgets les dépenses relatives à la reconnaissance et à l'exercice de l'ensemble des opinions philosophiques et religieuses dans les établissements tels que écoles, collèges, lycées, hôpitaux et prisons ». Une autre du 7 février 2008 (n° 710) souhaitait rajouter « [l]'exercice de l'ensemble des opinions philosophiques et religieuses est reconnu et assuré dans les établissements publics tels que les écoles, collèges, lycées, hôpitaux et prisons ». Comme le commentait Émile Poulat, « le glissement est consommé du libre exercice des cultes, garanti par la République, à la reconnaissance sans distinction de toutes les convictions » (É. POULAT, *Scruter la loi de 1905. La République française et la Religion*, Paris, Fayard, 2010, coll. « Les quarante piliers », p. 349).

⁴⁴⁰⁷ C'est un constat une nouvelle fois pertinemment porté par Patrice Rolland, pour qui la législation témoigne d'un premier mouvement allant vers une particularisation plus importante du religieux, puis d'un second, vers la fin du XX^e siècle, qui montre une atténuation de l'écart creusé au profit des association de droit commun (*ibid.*).

⁴⁴⁰⁸ Art. 1 de la loi du 28 mars 1907, *relative aux réunions publiques*, JORF n°87, p. 2493.

⁴⁴⁰⁹ À la suite de l'affaire de l'Union des athées, c'est en s'appuyant sur ces dispositions que le Gouvernement défendit la conformité de la législation française à la Convention européenne des droits de l'homme (en réponse à la commission) (Annexe à la Résolution Finale ResDH (2001)5, Droit de l'Homme, Requête n° 14635/89, *Union des Athées contre la France*).

⁴⁴¹⁰ Comme l'illustrent les propos de Briand lorsqu'il défend le caractère spécifique des associations cultuelles (A. BRIAND, *La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, Paris, Eugène Fasquelle, 1908, p. 48-49).

⁴⁴¹¹ Au demeurant, cette loi intervint en réaction à l'impasse dans laquelle l'administration fiscale s'était elle-même mise. En effet, pour pénaliser – non sans arbitraire – certains mouvements sectaires, l'administration fiscale avait « révélé » des dons manuels faits à une association de témoins de Jéhovah afin de la taxer (article 757 du CGI), et ce, alors que les débats parlementaires avaient révélé que la mesure ne concernait pas les associations mais seulement les particuliers à l'occasion de successions (Réponse du ministre de l'Économie, des finances et

Rolland qui y voit l'occasion de réduire la différenciation entre les formes d'association et, à terme, de réduire la qualification culturelle de l'association à un rang purement descriptif⁴⁴¹².

1736. Il en est de même pour la réduction, engagée par la jurisprudence, de la rigueur du principe de non financement des cultes. L'assouplissement qui permet le financement d'activités d'intérêt général pourtant entreprises par des associations religieuses rapproche ce droit « de celui des autres activités sociales prises en charge par les personnes privées », à la différence, cependant, « que l'intérêt public justifiant le financement ne peut résulter de l'activité religieuse elle-même, ce qui n'est pas le cas pour les autres activités sociales telles que la culture, l'art ou le sport »⁴⁴¹³.

1737. Très concrètement, il ne semble pas impossible de soumettre les religions au droit commun, ou au moins certaines de leurs dimensions. En vérité, la limite de ce dernier dans sa capacité à saisir le phénomène religieux dépend de son caractère restrictif. Patrice Rolland l'avait pertinemment perçu : « un droit commun libéral des réunions publiques et un droit commun moins restrictif de la liberté d'association auraient pu parfaitement convenir à l'exercice public du culte »⁴⁴¹⁴. Il est donc plus logique de libéraliser le droit commun afin qu'il soit plus en phase avec les besoins culturels que particulariser le droit spécifiquement applicable à ceux-ci. Cela rejoint tout à fait nos propos tenus sur l'ouverture de la règle commune au profit des prescriptions religieuses, à l'image de la réglementation sur le « burkini », maladroitement entreprise à Grenoble.

1738. Quand bien même le droit français témoignerait d'un alignement appréciable – non moins timide – du droit des cultes sur le droit commun, n'oublions pas tout le mouvement inverse de particularisation juridique du fait religieux qui s'opère depuis bien longtemps et encore aujourd'hui ; mouvement qui à son tour accroît l'importance des réflexions favorisant une soumission du religieux au droit commun.

Conclusion du chapitre

1739. Comme pour la reconnaissance des groupes, la différenciation religieuse en droit s'accompagne d'un accroissement des tensions au regard de l'égalité universaliste. L'égalité des convictions n'en ressort qu'accrue. Cela découle de la logique même d'une défense de l'inclusion juridique des différences religieuses, puisque l'on considère la conviction religieuse

du budget à F. SAINT-ELLIER, JO AN (Q), 23 mars 1992, p. 1331). Si le dispositif visait les associations « sectaires », il devait forcément s'étendre à d'autres groupements (B. CLAVAGNIER, « La lutte contre les sectes ne justifie pas tout ! », *JA*, n° 444, 2011, p. 3). C'est dans ce contexte que le législateur intervint avec la loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003, *relative au mécénat aux associations et aux fondations* (JORF n° 0177, 2 août 2003, p. 13277), afin de modifier l'article 757 du CGI en y ajoutant un alinéa qui exonère de son application les dons manuels consentis aux organismes d'intérêt général mentionnés à l'article 200 dudit Code.

⁴⁴¹² P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *art. préc.*

⁴⁴¹³ P.-H. PRELOT, « Le financement public des cultes en France entre régime d'exception et droit commun », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 55-66.

⁴⁴¹⁴ P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *art. préc.*

comme moteur d'une différence identitaire ou substantielle. Cette situation fait « effet boule de neige » et débouche sur un véritable imbroglio : le religieux est différencialiste parce que la conviction religieuse diffère, mais la différenciation religieuse en droit montre que la conviction religieuse est particularisée ; la prise en compte différencialiste s'appuie sur une caractérisation de la religion comme contrainte ce qui revient à la particulariser par rapport aux autres convictions qui relèvent du choix personnel ; dans ce cas, la liberté de religion qui pousse aux aménagements n'a jamais été qu'une affaire de choix puisqu'elle distingue la conviction religieuse des autres ; de même, la liberté de religion et l'égalité différencialiste poussent à prendre en compte le groupe religieux, ce qui exclut d'autant plus d'autres convictions. Et ainsi de suite. Pour synthétiser, ne ressortent de tout cela que des tensions avec l'égalité universaliste. Ces tensions, nous l'avons vu, sont intrinsèques aux modalités traditionnelles de gestion des cultes française, mais elles ressurgissent plus vivement au contact d'une approche plus différencialiste.

1740. Ces tensions sont si nombreuses que nous en venons à interroger la place entière de la prise en compte du fait religieux au regard du droit commun, d'autant plus considérant justement l'existence d'une inégalité de traitement entre les convictions. Le religieux, la liberté afférente et toutes les normes qui lui sont applicables – dans la différenciation comme la généralité – disposent d'une situation juridique, d'un statut en droit, tout à fait particulier. Ces aspects confortent mutuellement toutes les tensions exposées à propos de l'universalisme. Ces réflexions nous paraissent assez inédites et peu abordées sous ce prisme. Elles sont pourtant primordiales.

1741. Néanmoins, nous avons pu retenir synthétiquement des pistes de solutions pour une garantie plus conforme à l'égalité. Nous exposons l'importance du droit commun pour aménager, tant le régime des cultes que le droit commun, au profit des cultes minoritaires. Une nouvelle fois, l'application pure et simple du droit commun, à l'exclusion de tout renvoi au fait religieux se montre pertinente. La libéralisation du régime des associations de type loi 1901, pour se rapprocher du modèle des associations culturelles, en est une illustration. Le droit commun, de dimension individuelle, est applicable également à toute conviction et activité sans distinction de religion. Ensuite, si des aménagements sont judicieux pour garantir la liberté de conscience, il est nécessaire de privilégier ceux mis à la disposition de tous, sans un tri dans l'application. Par exemple, pour les prescriptions alimentaires dans les cantines, il convient de mettre à disposition des repas végétariens pour tous. La prestation est accessible pour tout individu mais accommode la norme initiale. En somme, le procédé rejoint le premier, celui d'une libéralisation, ou d'une extension de la règle commune pour la rendre plus inclusive. Enfin, si des aménagements juridiques exigent des conditions d'application et un tri, plusieurs conditions semblent devoir être respectées. D'abord, ces aménagements doivent répondre à la liberté de conscience ou de conviction en général. Ils doivent ensuite garantir cette égalité. Surtout, ils doivent exiger des critères qui ne reposent pas sur la nature de la conviction et qui visent précisément à respecter les deux principes précités. Dans cette optique, la dimension collective de la religion n'est plus appréhendée et l'égalité des convictions est davantage

respectée. Il s'agit ici d'observations faites au seul regard de l'égalité universaliste. Il n'est pas toujours certain qu'au-delà du seul intérêt de cette égalité, les solutions exposées soient souhaitables et, surtout, réalistes.

Conclusion du titre

1742. Le droit français était déjà sensible à une surdétermination de la dimension communautaire du religieux et de la conviction religieuse. Force est de constater que la dimension différentialiste du religieux s'accompagne d'une continuation, si ce n'est aggravation, de cette surdétermination ; le droit français en est l'illustration. Cette surdétermination est d'autant plus pernicieuse que l'atteinte à l'égalité individualiste et à l'égalité des convictions sont jointes et s'entremêlent. Différencialisme, reconnaissance des groupes et reconnaissance de la spécificité convictionnelle religieuse forment un triptyque où les éléments se mélangent, se répondent et se confortent mutuellement, de sorte qu'il en devient difficile de trouver le point d'origine. La certitude réside dans la tension que chacune de ces dimensions entretient avec l'égalité universaliste et que le droit concrétise. Elle réside aussi au sein des contradictions d'ores et déjà présentes dans la prise en compte traditionnelle et historique du religieux en droit français. D'ailleurs, l'analyse de la différenciation offre l'opportunité justement de parfaire les réflexions sur le modèle français à l'égard des convictions et des groupes. Ce modèle est indéniablement fait de contradictions et d'incohérences, parfois trop sous-estimées ou peu perçues, tant dans la généralité que la différenciation, qui confortent les tensions entre la prise en compte du fait religieux et l'égalité universaliste.

CONCLUSION DE LA PARTIE

1743. Après une prise en compte du religieux dans la généralité de la règle *a priori* – et seulement *a priori*, comme nous l’avons vu – conforme à l’égalité universaliste, une autre modalité de gestion des cultes est perceptible par la différenciation. Le fait religieux stimule indéniablement une formulation et application normative qui appréhende les impératifs religieux, puisque les revendications cherchant à opposer la prescription religieuse à la règle commune sont intrinsèques à certaines croyances. Ce particularisme est d’autant plus prégnant qu’il s’appuie en France sur une critique d’un modèle faussement universaliste et sur une comparaison avec les religions majoritaires, culturellement favorisées. Ainsi, le fait religieux s’imprègne de l’égalité différencialiste aujourd’hui fermement défendue. Celle-ci pousse au dépassement du modèle universaliste français pour l’acceptation de la reconnaissance des différences religieuses. Cependant, le fait religieux est aussi appuyé par un principe juridique qui lui est inhérent : la liberté de religion. Nous constatons à quel point celle-ci entretient un lien ambigu avec l’égalité et pousse en réalité indéniablement à la différenciation. En définitive, le fait religieux est profondément marqué de potentielles contradictions eu égard à l’égalité universaliste qui, cette fois-ci, s’avèrent flagrantes considérant que le postulat initial de cette égalité rejette les particularismes religieux du droit.

1744. Malgré tout, le droit français cède à cette différenciation. La saisie du fait religieux par le droit ne parvient pas à éviter cette dimension ; en témoigne l’ancienneté d’aménagements particulièrement ambigus sur ce point et à quel point, nonobstant l’effort des juges et autorités publiques pour dissimuler la différenciation, elle apparaît incontestablement. Cette inclusion juridique des particularismes surprend dans un modèle constamment et fièrement brandis comme universaliste. Néanmoins, cette inclusion révèle à quel point la dimension particulariste du religieux était difficilement évitable. En tout état de cause, la prise en compte du fait religieux, sous cet angle, contredit très ouvertement l’égalité universaliste, voire l’efface, principalement à travers la liberté de religion.

1745. À côté de cette contradiction flagrante à l’égalité universaliste, le différencialisme religieux comprend d’autres risques plus dissimulés ; l’inégalité entre convictions et la reconnaissance des groupes religieux. Nous en avons préalablement vu la teneur sous l’égalité générale, mais dans le cadre présent nous constatons à quel point le différencialisme accroît les tensions. Le droit français concrétise une fois de plus ces dernières et aggrave les contradictions de la saisie du religieux en droit par la différenciation par rapport à l’égalité universaliste. Il semblerait que ce soit la liberté de religion encore qui permette et encourage la consécration de ces contradictions en droit.

1746. Par cela, elle brouille d’ailleurs davantage toute la frontière entre régime des cultes et droit commun, donc entre égalité des cultes et égalité civile, voire finalement entre généralité

et différenciation. D’abord, la différenciation étend le besoin religieux au sein du droit commun, alors que nous disions auparavant que la formation du régime des cultes reposait sur la nécessité d’établir une réglementation propre à l’objet et au besoin religieux. Nous voyons bien que la conviction religieuse et la manifestation religieuse, donc également le besoin religieux, s’expriment aussi dans les rapports de droit commun. D’une certaine façon, reconnaître des dérogations particularistes au sein du droit commun c’est aussi voir une extension du régime des cultes dans ce droit commun. Les débats sur la reconnaissance des groupes et de la spécificité de la conviction religieuse corroborent par ailleurs cette constatation. En effet, en rompant l’égalité entre convictions et l’égalité individualiste, ce sont des distinctions supplémentaires qui s’invitent entre les individus ; certains seront distingués juridiquement en fonction de leur appartenance communautaire, d’autres selon leur conviction. L’effet « boule de neige » se poursuit lorsque nous savons que la différenciation accroît ces tendances. À l’évidence, tout cela n’est pas indépendant du fait que dès le début la prise en compte du fait religieux, même dans la généralité, constitue une forme de dérogation au droit commun.

1747. Il n’empêche que pousser la réflexion aussi loin permet de dégager certaines incohérences du système français, des analyses sur la logique même d’une prise en compte du fait religieux, mais aussi des solutions possibles. Certains procédés permettent probablement de réduire ces risques et de répondre aux demandes religieuses et différencialistes, mais les réflexions portées sur l’égalité des convictions et la reconnaissance des groupes réduisent encore plus le champ des possibles. Par exemple, le dispositif des autorisations d’absence, qui ne distingue pas directement selon la religion, apparaît encore plus limité au contact de ces problématiques égalitaires. En ces termes, nous pensons avant tout comme solution à l’ouverture et la libéralisation des normes de droit commun pour qu’elle soit en adéquation avec la prescription religieuse concernée, sans qu’un seul renvoi au fait religieux ne soit opéré. Par ce biais, les risques de reconnaissances du groupe religieux et de la spécificité de la conviction religieuse sont réduits. Le problème de ces solutions reste assurément celui de leur réalisme et de leur pertinence au-delà de la problématique égalitaire.

1748. Malgré tout, avant de dénoncer avec véhémence l’universalisme, et prôner avec ferveur les aménagements juridiques, n’oublions pas, comme le rappelle très justement François Foret, que « la recherche d’accommodements raisonnables pour corriger les effets pervers et discriminants d’une norme universelle peut ouvrir des questions encore plus embarrassantes »⁴⁴¹⁵. Nos développements illustrent parfaitement cette remarque. Cette mise en garde est d’autant plus forte que le système français comporte *ab initio* de multiples incohérences dans sa gestion du fait religieux, alors trop peu perçues, et qu’il convient probablement de régler avant tout. Cette mise en garde est aussi d’autant plus forte pour notre sujet d’étude que ces questionnements renvoient toujours à la substance et la définition même

⁴⁴¹⁵ F. FORET, « L’“accommodement raisonnable”, libres propos sur la circulation d’un concept au travers des frontières » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L’accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 127.

de la religion⁴⁴¹⁶. L'objet, remarquablement pluriel et divers⁴⁴¹⁷, rend complexe son incorporation juridique et met à mal une approche cohérente de l'égalité⁴⁴¹⁸. Égalité et fait religieux font alors surgir toute la complexité de leurs rapports mais aussi, au sein de cette complexité, toute la tension patente de ce fait avec l'égalité universaliste.

⁴⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁴¹⁷ « We have seen how religious commitment is diverse. When we take the diversity of religious commitment seriously, we notice that most adherents subscribe to a web of multiple, but usually interrelated, beliefs and practices. Viewed from this committed perspective, the level of religious diversity one finds around the world is astonishing. Some religions seek coherence *in* their package of beliefs and practices. Others, like Hinduism, are happier to embrace mutually contradictory beliefs and practices. Even when not directly contradictory, there is significant interpretative latitude around religious demands on adherents » (T. KHAITAN et J. CALDERWOOD NORTON, « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, n° 4, 2019, p. 1125-1145).

⁴⁴¹⁸ Tel est le constat se dégageant notamment des propos de Thierry Tuot : « [l']égalité est le socle de la définition des cultes. Pour assurer une liberté, encore faut-il savoir qui est le titulaire du droit qu'on énonce. Tout droit institue d'abord celui qui se le voit reconnaître. De là, comme on sait, naissent les incertitudes actuelles de la bioéthique, confrontée à l'incertaine définition de l'homme. On voit bien le risque pour les religions : il suffit de faire varier les critères pour qu'en un instant on parvienne à distinguer en droit – donc à rendre illégale ou répréhensible – une religion devenue secte, ou pratique asociale » (T. TUOT, « L'égalité, source de la laïcité ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, p. 57-62).

CONCLUSION FINALE

1749. Nous avons observé, interrogé, décortiqué les relations complexes entre le fait religieux, sa prise en compte, et l'égalité en droit public français. Le premier objectif visait à ouvrir des réflexions générales, particulièrement complexes et tentaculaires, que suscite l'examen de l'articulation entre égalité et fait religieux, afin d'engager de nouvelles discussions, du moins, nous l'espérons, sous de nouvelles perspectives. En confrontant deux champs entiers d'études et de discussions que sont l'égalité et la religion, nous avons tenté de systématiser différents éléments propres aux relations entre ces deux champs, dans les limites imposées par le sujet. En effet, le droit français des religions n'est pas pourvu d'une ligne directrice et de normes claires ; il est même parfois composé de procédés simplement informels. Le législateur, mais surtout la jurisprudence, avancent à tâtons, tant le sujet est délicat. À ces limites concrètes, s'ajoutent toutes celles tenant à la complexité du phénomène religieux soulignées par toutes les disciplines de sciences sociales qui l'étudient. En somme, la systématisation ne peut qu'être imparfaite, mais elle a permis de dégager certaines tendances lourdes du droit français.

1750. Dans cette optique, nous avons opté pour une analyse de l'égalité centrée sur la formulation des normes, dans la mesure où le principe est avant tout lié au champ d'application et à la formation des catégories juridiques. Avant tout contrôle – sans pour autant négliger celui-ci –, l'égalité est une exigence dans la formation des catégories ; elle porte sur le choix de celles-ci. Dans ce cadre, nous avons suivi les deux modalités envisageables d'égalité religieuse et d'insertion du fait religieux dans la norme. D'une part, cette dernière peut rester générale, impersonnelle et abstraite, et éviter toute différenciation en son sein et dans son application. D'autre part, la norme peut inclure, en plus, le religieux par la différenciation dans la norme et son application. La première modalité est inhérente à l'égalité universaliste, quand la deuxième est *a priori* fondamentalement rejetée par celle-ci, en ce qu'elle implique des différenciations juridiques reposant sur des particularismes substantiels, identitaires ou communautaires.

1751. L'égalité par la généralité permet précisément de saisir le fait religieux en droit sans admettre de différenciations religieuses. Fruit de longs développements historiques, le régime des cultes demeura après la séparation, mais au travers de catégories juridiques générales, abstraites et impersonnelles, à côté d'un droit commun dénué de toute différenciation religieuse. Si l'histoire de France révèle les difficultés pour atteindre une prise en compte du fait religieux dans le cadre de l'égalité universaliste, la période contemporaine entraîne de nouveaux enjeux. Assurément, l'égalité par la généralité n'est qu'un outil imparfait de concrétisation de l'égalité universaliste. Au regard de cette dernière, l'égalité générale présente alors certaines limites qui lui sont intrinsèques, certes, mais qui sont tout autant liées – si ce n'est aggravées – par le fait même que le religieux soit pris en compte en droit. Cette prise en compte révèle alors toutes les limites de l'égalité par la généralité en tant que modalité de concrétisation de l'universalisme.

La diversité et le caractère évolutif du religieux ont mis à mal les catégories juridiques du régime des cultes, alors imprégnées d'une conception spécifique de la religion. La généralité, dans ce cadre, ne peut qu'induire pléthore de discriminations indirectes et d'inégalités de fait. Le fait religieux, les principes accompagnant sa prise en compte juridique, ainsi que les discours les concernant, ne font que postuler un dépassement des limites d'une norme louée comme universelle mais excluant *de facto*.

1752. Ce n'est pas l'unique pour l'égalité par la généralité. En effet, la prise en compte du religieux bouscule d'une autre façon celle-ci ; cette fois-ci, en mettant en lumière son insuffisance pour éviter une contradiction inhérente à cette prise en compte avec l'égalité universaliste. Précisément, la création du régime des cultes s'accompagne du risque de saisir une dimension primordiale du fait religieux que constitue la communauté d'appartenance. Les modalités de saisie du fait religieux en France concrétisent ce risque puisque le régime des cultes est tendanciellement orienté vers la dimension communautaire du religieux. Il contrevient ainsi à l'égalité individualiste, composante de l'universalisme. Par ailleurs, ce ciblage sur les groupes explique en partie le problème de la catégorisation en matière de cultes, dans la mesure où la religion catholique a toujours été appréhendée par sa communauté et constituait, dès lors, le calque apposé sur les catégories juridiques du régime. De surcroît, alors que l'universalisme postule une égalité entre les différentes convictions, le régime des cultes français concrétise également le risque de surdéterminer la croyance religieuse par rapport aux autres convictions. En définitive, l'égalité par la généralité qui caractérise le régime des cultes est relativisée par l'existence même de ce régime. La norme générale ne traduit finalement qu'une approche spécifique d'un groupe religieux et qu'une approche spécifique de la conviction. Si elle contourne en apparence la différenciation religieuse, elle n'évite pas des formes de différenciations indirectes et l'embarras propre à la prise en compte du fait religieux au regard de l'égalité universaliste. Cette dernière est ébranlée de toute part.

1753. Cependant, elle peut être encore plus ouvertement bouleversée lorsque l'égalité religieuse passe par une prise en compte du fait religieux à travers la différenciation. Une certaine conception de l'égalité ne se contente pas des normes générales, mais inclut, en plus, la différenciation. La religion est intégrée dans ce débat et sa prise en compte différencialiste y est défendue, dans la mesure où la conviction religieuse apparaît comme une contrainte extérieure à l'individu qu'il convient de considérer en droit. En réalité, le fait religieux pousse intrinsèquement à la différenciation par sa nature, visant à imposer la norme religieuse à la norme civile. C'est aussi, en partie, pour cette raison que la liberté de religion engage intrinsèquement à la différenciation. Elle a toujours occupé une place particulière en droit, de sorte qu'elle paraît constamment tendre vers une extension du régime des cultes, y compris au sein du droit commun. Cette approche entre frontalement en tension avec l'égalité universaliste.

1754. Pourtant, le droit français a inévitablement intégré la prise en compte des particularismes religieux. Bien qu'il y ait des tentatives d'enserrer les aménagements du droit commun dans la norme générale et l'égalité formelle, les dispositifs ne dissimulent qu'en partie

la différenciation dans la norme et/ou son application. La liberté de religion opère comme le moteur de ce différencialisme et efface même les traductions juridiques de l'égalité universaliste. Force est de constater que la religion, même en France, n'est jamais caractérisée comme un simple choix de conscience ; la contrainte qu'elle représente est assimilée à une différence de situation justifiant un traitement spécifique. Inévitablement, le différencialisme accroît les limites intrinsèques à l'appréhension française du religieux en ce qu'il s'accommode d'une reconnaissance des groupes religieux et entraîne une surdétermination inévitable de la conviction religieuse. Il accroît aussi, et par là même met en lumière, les incohérences intrinsèques à cette inégalité entre convictions et cette reconnaissance des groupes patentés en droit France.

1755. Finalement, nous ne pouvons qu'admettre que le fait religieux est composé d'une pluralité de dimensions qui présentent des risques de tensions pour l'universalisme. En effet, il exprime des appartenances communautaires fortes, des convictions spécifiques, prenant parfois la forme d'identité. Il peut aussi traverser une société et son système politique par sa forte imprégnation morale et culturelle. Aussi, le fait religieux est marqué par sa pluralité, par la diversité, ainsi que par sa subjectivité. Il est par là même susceptible d'exprimer une différence substantielle, identitaire, communautaire, invoquée contre la norme commune. Ce ne sont ici que quelques éléments parmi d'autres qui rendent l'appréhension juridique de l'objet délicate. Le droit français peine particulièrement à éviter tous ces risques de tension. Plus encore, il concrétise et conforte de lui-même ces tensions. Que ce soit dans la généralité ou la différenciation, il en ressort combien la prise en compte du fait religieux en droit français entre de toute part en tension avec l'égalité universaliste.

1756. L'étude nous permet à présent d'apporter des réflexions générales et définitives sur trois axes : sur la conceptualisation et les exigences de l'égalité universaliste ; sur la prise en compte du fait religieux en droit et ses modalités ; en fond de tout cela, sur les relations entre l'égalité et le fait religieux.

1757. Tout d'abord, du point de vue de la prise en compte du fait religieux, il est primordial de rappeler la place ambiguë de la liberté de religion. Elle constitue l'une des portes d'entrée du fait religieux en droit, donc des risques de tensions susmentionnés. Probablement la plus importante. Nous avons vu qu'elle n'était jamais absente de la prise en compte du religieux dans l'histoire. Nous avons ensuite vu qu'elle n'était pas non plus absente de la nécessité de consacrer une égalité sans différenciations religieuses en droit. Égalité et liberté entretiennent un lien étroit. La liberté de religion conforte l'égalité universaliste, en ce que l'exigence première est l'indifférenciation, mais elle présage déjà une tension en impliquant un régime spécifique. Par la suite, il a été montré que la liberté de religion était perçue comme nécessitant une garantie effective des droits. Elle entretient ici un lien avec l'égalité réelle en poussant à aménager et corriger la norme générale. Seulement, l'égalité réelle peut inciter à davantage et exiger des différenciations. La liberté de religion, par essence, pousse en réalité dans le même sens. En effet, un tel droit subjectif implique également de pouvoir être

revendiqué devant le juge. Dès lors, la liberté de religion a une capacité de revendication différencialiste : toute règle de droit qui, pour le croyant, en restreindrait sa conviction peut être théoriquement contestée. Et, de toute évidence, la liberté de religion ne peut qu'être en filigrane la liberté d'épanouissement, donc celle, d'une façon ou d'une autre, de l'affirmation, des différences religieuses. En fin de compte, il s'avère difficile d'établir ce qu'est l'égale liberté de religion parfois défendue : chaque individu est en mesure de contester une règle en vertu de sa pratique religieuse particulière. En parallèle, la liberté de religion pousse à la prise en compte des groupes religieux, surtout au sein du modèle de gestion religieuse français. Plus encore, elle implique, intrinsèquement, une différenciation entre les convictions religieuses et les autres. En définitive, la liberté de religion, d'origine pourtant universaliste à travers les droits de l'homme, serait en contradiction intrinsèque avec l'égalité universaliste. La raison originelle de cette contradiction et de tout ce mouvement de la liberté de religion se trouve très certainement dans l'objet social même que cette liberté a entendu saisir. La diversité et subjectivité intrinsèque au religieux ne peut que présager une tendance constante à la différenciation au nom de la liberté de religion.

1758. Dans tous les cas, cette liberté a participé de la création d'un véritable régime des cultes, qui, finalement, s'impose dans les rapports entre individus pour distinguer le religieux du non religieux. Il peut s'immiscer dans ces rapports en incluant une différenciation religieuse au sein du droit commun, au nom de besoins religieux spécifiques à certains groupements. Cependant, il peut aussi s'immiscer dans ces rapports dès la création d'un régime, à part, propre au fait religieux dans sa globalité. Le régime des cultes n'est finalement qu'une particularisation du droit au profit de ce fait. Précisément, l'existence même de régime crée alors des droits spécifiques aux croyants qui distinguent entre les convictions. Il s'accompagne aussi du risque de reconnaissance des groupes religieux en fonction de l'approche – objective ou subjective – privilégiée. Nous l'avons dit, la frontière entre droit commun et régime des cultes en ressort tout à fait opaque. Surtout, en prenant en considération des besoins religieux limités à quelques religions ou à une seule tradition sous une norme générale assez ciblée, le régime des cultes peut dissimuler une différenciation créée dans le droit commun et hissée au rang de la norme universelle. Elle est susceptible d'entraîner de futures inégalités de fait et discriminations indirectes, comme l'illustra par exemple le régime des congrégations. Pour autant, qu'est-ce qui différencie en soi les dérogations pour l'abattage rituel du régime des congrégations ? Assurément, ce premier est plus explicite dans son régime et le renvoi à l'autorité religieuse, mais la congrégation est aussi issue d'une tradition religieuse spécifique et consacre aussi l'existence exigée d'une autorité. La problématique sous-tendue par cette interrogation touche la relativité de la généralité normative.

1759. Tout au long de l'analyse, nous avons suggéré que l'égalité par la généralité – et corollairement par la différenciation – n'était pas simple à apprécier. « Reconnaître une différence » ne se résume pas à la simple insertion du mot « islam » ou « religion catholique » dans la règle. Cela peut renvoyer à des pratiques propres à certains groupements, à des terminologies qui évoquent, de près ou de loin, un rite spécifique, ou une reconnaissance

implicite par la consultation d'une autorité religieuse. Si la généralité suppose l'applicabilité de la règle à tous, une réglementation sur l'abattage rituel peut ne concerner que deux religions. La distinction est encore moins contestable lorsqu'un agrément est donné compte tenu d'une certification d'abord religieuse. Mais en cherchant encore davantage, tel que nous le disons ci-dessus, les distinctions peuvent difficilement s'effacer derrière des catégories encore plus générales. C'est à ce titre que nous avons mis en évidence une échelle de reconnaissance ou des degrés⁴⁴¹⁹ de généralité. En somme, il ne suffit pas d'éviter de nommer la différence religieuse pour contourner la reconnaissance de celles-ci, donc les inégalités. L'inclusion du religieux par des catégories générales, qui cherchent à éviter tant bien que mal de nommer directement la religion ou des religions, pour éviter toute discrimination, montre encore davantage ses limites à l'aune des éléments abordés, par exemple, sur la place de autres convictions ou de communautés religieuses en droit. Surtout, des catégories trop restrictives présentent le risque d'entraîner d'autres discriminations à rebours, que ce soit à l'égard d'autres religions, d'autres croyances ou de groupes. Ce risque traverse ainsi toute modalité de prise en compte du religieux : d'une part, par la généralité, car le risque est de figer ce que l'on pense être une approche universelle de la religion qui n'est, en réalité, qu'une conception spécifique de celle-ci, d'autre part, par la différenciation, car des normes qui ciblent trop une tradition religieuse présentent constamment le risque de l'absence de prise en compte d'autres traditions. Dans tous les cas, s'ajoutent les problématiques liées à l'inégalité des convictions et à la reconnaissance des groupes. La généralité de la règle est relativisée et doit être constamment interrogée. Il ne faut toutefois pas omettre la nature particulière du religieux, assurément propre à bouleverser chaque parcelle du droit et de sa formation.

1760. À la lumière de ces éléments, une question s'impose alors : peut-on véritablement soutenir que le régime français est fondamentalement universaliste ? Au contact du religieux, il nous semble que la fondamentalité de l'universaliste existe, mais que son absolutité est toute relative. De façon générale, son essence traverse le droit français. Elle fait tendre vers l'emploi de catégories générales qui évitent, autant que possible, certaines distinctions. À propos de critères moins problématiques que le religieux, l'universalisme s'impose assez vigoureusement. Le religieux occupe une place plus ambiguë que les autres critères, ne serait-ce que par l'existence d'un régime propre au fait religieux et d'une liberté afférente. Dans ce cadre, il semble que le principe d'égalité sans distinction de religion apparaisse dans les esprits, notamment celui du législateur, comme un frein à la réglementation, surtout différencialiste, du religieux. Pourtant, nous n'avons pas pu dégager d'application stricte de cette égalité. À l'inverse, nous avons mentionné la fragilité de ses exigences, surtout confrontées à l'abattage

⁴⁴¹⁹ B. DUPRET, « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 34/2018, p. 123-142. Rappelons les mots de Jean-Louis Thireau : « [d]ans nos droits unifiés et codifiés, la notion de droit commun n'introduit qu'une distinction selon le degré de généralité ou de spécialisation de normes de même origine ou de même nature, et n'a de ce fait qu'une portée réduite » (« Droit commun » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p.446).

rituel. L'égalité sans distinction de religion ne paraît pas interdire... la distinction religieuse. En ce sens, les différences de traitement ne semblent en aucun cas rejetées en matière religieuse.

1761. L'influence de l'universalisme varie alors. Nous en trouvons des traces dans la volonté d'aménager pour les différences religieuses par des procédés tentant de maintenir un certain degré de généralité. Nous la perdons en constatant la réalité différencialiste de tels aménagements ou la différenciation expresse d'autres. Nous ne pouvons qu'imaginer, cependant, qu'une différence de traitement mise en place aujourd'hui et distinguant expressément sur un critère religieux ne serait pas acceptée. Une nouvelle fois, le manque de précision en la matière rend floue l'exigence concrète de l'égalité religieuse, mais c'est surtout la relativité de la généralité qui rend cette appréciation toujours aussi complexe.

1762. Cette relativité de la généralité de la norme nuance, à son tour, l'influence concrète de l'idéal universaliste. Cette généralité ne peut être véritablement universelle, catégorisation juridique oblige, et ne peut qu'être relative tant la mesure de ce qu'est une règle générale demeure imprécise. Pour autant, tout cela n'est-il pas le propre de ce qui ne reste qu'un postulat, une philosophie, un idéal ? Même les principes les plus stricts connaissent des exceptions en droit. Aucun système ne peut se targuer d'absolument respecter un fondement idéologique, philosophique ou politique. Mis à côté de systèmes acceptant ouvertement le différencialisme, le modèle français reste imprégné, même imparfaitement, de cet idéal. Toujours est-il que ce fondement peut être malmené, et conséquemment relativisé, au contact de certains objets complexes. Le religieux est indéniablement de ceux-là.

1763. En définitive, par toutes les dimensions qu'il peut prendre et les questions concomitantes qu'il suscite, le religieux est difficilement saisissable pour un mode de pensée qui nécessite une classification et catégorisation fixe et unitaire. Il faut dire que la religion est avant tout composée de différences dans la différence. L'inadéquation avec l'égalité se poursuit entre les religions elles-mêmes puisqu'elles sont toutes distinctes, dans le temps et dans l'espace. Cela, précisément et surtout parce que la religion est en dernier lieu affaire de conscience. Partant, ce sont aussi les modalités de comparaison qui interrogent sans cesse. En effet, d'abord comment comparer les religions entre elles ? Comment comparer ce qui diffère autant d'un individu ou d'un groupe à l'autre⁴⁴²⁰, ne serait-ce parfois que culturellement⁴⁴²¹ ? Comment comparer ce qui, en dernier ressort, relève de la conscience de l'individu ? En allant plus loin, pourquoi comparer les religions entre elles, alors qu'il existe d'autres convictions areligieuses ou proches d'être considérées comme religieuses ?

⁴⁴²⁰ Pour Frédéric Edel la comparaison entre « les pratiques religieuses des différentes religions semble parfois peu pertinente » (F. EDEL, « Quel apport du droit à la non-discrimination au régime français de laïcité dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation ? » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 79).

⁴⁴²¹ Dans le rapport Machelon, on peut lire que le principe d'égalité « n'a de sens en droit français que si les intéressés sont placés dans des situations identiques. Or chaque culte, en France, a sa propre histoire et l'on ne saurait faire fi, à moins d'un artifice, des différences d'enracinement culturel » (*Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, op. cit., p. 18).

1764. En somme, que de difficultés irrémédiables pour la saisie juridique d'un fait social par essence divers sous un idéal universaliste avide d'unité⁴⁴²². Et c'est justement du fait de cette infinie diversité et de la nécessité de le saisir juridiquement que la recherche d'uniformité induit le choix d'un modèle religieux spécifique, de référence, glissé dans la prétendue universalité de la norme générale, donc toutes les critiques qui vont avec et qui poussent au différencialisme. C'est aussi pour cela que le religieux s'accommode probablement davantage de la différenciation. Religion et universalité du droit ne ressortent de ces observations que plus opposées : quand l'égalité universaliste pousse constamment vers l'unité, la religion tire indéniablement vers la différence. Pour autant, c'est là tout l'intérêt de l'idéal universaliste, brillant précisément par sa recherche d'une humanité commune par-delà les différences.

1765. En dépit de ces tensions et difficultés, nous avons notifié de possibles conciliations. D'abord, pour limiter les effets pernicieux de la norme générale, il convient de constamment porter le regard sur les faits. En prenant conscience de la réalité religieuse, il est primordial que les juges participent à l'ouverture et l'universalisation du champ d'application des catégories générales. Leur rôle est fondamental pour réduire les exclusions induites par les catégories juridiques. Le législateur peut, de son côté, procéder par la généralité pour corriger certaines limites. Il n'empêche que maintenir le régime propre aux cultes préserve les risques d'inégalités entre convictions et de reconnaissance des groupes. Ici, nous l'avons dit, une approche plus subjective de la religion présente un intérêt certain, notamment par l'appréciation portée sur la sincérité et la profondeur de la croyance. Cette approche comprend assurément des limites, mais du point de vue de l'égalité elle réduit les risques d'inégalité entre convictions et de reconnaissance du groupe religieux. En ce sens, serait envisageable un régime propre à des catégories de convictions plus générales que la seule croyance religieuse, en se fondant, par exemple, sur l'intensité de la croyance.

1766. Pour aller encore plus loin, c'est l'application de la loi commune qui demeure la solution la plus efficace à l'égard de l'égalité. Écarter toute référence au fait religieux permet de traiter identiquement les convictions, de ne pas reconnaître les groupes religieux, mais reste susceptible de satisfaire un intérêt religieux général ou spécifique à un groupement. Dans ce cadre, c'est l'ouverture de la règle commune générale et de ses conditions d'application qui permet parfois de satisfaire une demande religieuse sans aucunement distinguer selon la religion, le groupe, ou la conviction. En revanche, cette ouverture ne peut s'apparenter à une prestation ou exiger une forme de filtre, de tri, pour en bénéficier, à l'image des autorisations d'absence, auquel cas elle s'expose à toutes les limites d'ores et déjà soulignées. Cette libéralisation ou ouverture de la norme peut tant servir les demandes différencialistes, à l'image du « burkini », que les besoins culturels plus généraux, à l'image de la possibilité de se réunir sans autorisation. Tout cela, en maintenant, voire en confortant, l'égalité entre convictions.

⁴⁴²² G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, 1997, coll. « Coopération et développement », p. 1.

1767. Ces derniers éléments se combinent finalement avec l'idée de « déparicularisation » de la liberté de religion. Nous avons vu les conceptions de certains auteurs tendant à saisir la conviction, qu'importe sa nature. Tendre vers le droit commun et vers une diminution de la distinction entre celui-ci et le régime des cultes est nécessairement lié à une assimilation entre la liberté de conviction religieuse et celle de toute conviction en général. Recentrer la liberté sur son fondement, c'est-à-dire le for interne, revient à cerner l'essence égalitaire du traitement des convictions. Par là même, cela revient à reconsidérer la conviction comme une affaire de choix et à ne pas surdéterminer la dimension communautaire du religieux. C'est aussi dans cette optique que l'approche subjective démontre tout son intérêt. Cette logique ne surprend pas, tant le fait même de prendre en compte le phénomène religieux en droit entraîne les tensions que nous lui connaissons avec l'égalité universaliste.

1768. En fin de compte, toutes ces tensions, intrinsèques à la prise en compte du fait religieux, soulignées dans notre thèse, ne mènent qu'à une solution radicale. Elle ne peut qu'être, à la fin, une forme de « déparicularisation » du religieux en droit et, concomitamment, dans les libertés qui la touchent. Le procédé se manifeste par la soumission au droit commun, alors compris comme indépendant de toute spécificité juridique accordée au religieux. La conclusion n'est alors pas réjouissante : les tensions avec l'égalité universaliste sont intrinsèques à la prise en compte du fait religieux en droit ; donc la solution ne peut qu'être une forme d'effacement de cette prise en compte.

1769. Cependant, il est important de garder à l'esprit que ces solutions ne sont que relatives à nos développements, c'est-à-dire à l'égalité universaliste. Pour bien d'autres raisons, elles sont, soit irréalisables, soit, pas toujours souhaitables. La place tout à fait spécifique de la religion dans nos sociétés et dans le droit s'explique par d'innombrables raisons, qui débordent largement le cadre de notre thèse, et qui justifieraient par là même l'impossibilité des solutions susmentionnées.

1770. Malgré tout, les difficultés tenant à l'intégration du fait religieux en droit ne se limitent pas à la confrontation avec l'égalité universaliste. L'objet crée de toute part de profondes difficultés. Sa nature sociale plurielle, protéiforme, subjective, donc insaisissable, en fait un des objets les plus complexes à saisir pour le droit. Le fait religieux forme une véritable nébuleuse, tant sur le plan social que juridique : une question de choix ou de contrainte, de conviction ou d'identité, d'individu ou de communauté, d'objectivité ou de subjectivité, d'égalité ou de liberté... Pourtant, sa place dans les sociétés rend son ignorance, depuis la nuit des temps, absolument impossible. Pour le cas de la France, peut-être est-ce, malgré tout, sa tension initiale et intrinsèque avec l'égalité d'abord, universaliste ensuite, qui est à l'origine de toutes les difficultés. Du moins, certainement les plus fondamentales.

1771. Témoignent de toutes ces tensions les éclatants propos du député Ducos, dès 1791, à qui nous laisserons le mot de la fin : « [j]e dois donc me borner à dire que la philosophie regarde comme inévitable la diversité des opinions, puisque même, en employant les mêmes mots, des esprits différents y attachent des idées diverses [...]. Si même, sous certains rapports,

l'intérêt de l'état en sollicite plusieurs ; si la diversité des opinions est impossible à empêcher, et si la manifestation de toute opinion doit être libre, il suit de là que les cultes ne peuvent être l'objet d'une loi, parce qu'elle n'aurait ni stabilité, ni l'universalité, ni la justice qui forment le caractère de la loi »⁴⁴²³.

⁴⁴²³ Séance du 29 oct. 1791, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale législative*, t. 34, Paris, P. Dupont, 1890, p. 417.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

Encyclopédie des collectivités locales, Paris, Dalloz, 2020

ALLAND (D.) et S. RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.) et SUDRE (F.),

– *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008

– *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2012

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, coll. « Anthologie du droit »

AZRIA (R.), HERVIEU-LEGER (D.) et LOGNA-PRAT (D.) (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige »

BUISSON (F.), *Dictionnaire pédagogique et d'instruction primaire*, partie 1, t. 2, Paris, Hachette, 1888

CERF (M.) et HORWITZ (M.) (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, Paris, Armand Colin, 2011

CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, coll. « Dictionnaire Dalloz »

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 13^e éd., 2020, coll. « Quadrige »

DUCLERT (V.) et PROCHASSON (C.) (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2007

DUHAMEL (O.) et MENY (Y.) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992

FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1989

KADA (N.) et MATHIEU (M.) (dir.), *Dictionnaire de l'administration publique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2014, coll. « Droit et action publique »

MESSNER (F.) (dir.),

– *Droit des Religions. Dictionnaire*, Paris, CNRS Éditions, 2010

– *Dictionnaire du droit des religions*, Paris, CNRS Éditions, 2^e éd., 2022

PENA-RUIZ (H.), *Dictionnaire amoureux de la laïcité*, Paris, Plon, 2014

THARAUD (D.) et BOYER-CAPELLE (C.) (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021

TOUZEIL-DIVINA (M.) (dir.), *Dictionnaire de droit public interne*, Paris, LexisNexis, 2017

MANUELS, TRAITES, COURS, RECUEILS ET OUVRAGES CLASSIQUES

ADELIN (Y.-M.), *Histoire mondiale des idées politiques*, Paris, Ellipses, 2007.

ARDANT (P.) et MATHIEU (B.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 29^e éd., 2017

ARON (R.), *Introduction à la philosophie politique. Démocratie et révolution*, Paris, Le Livre de Poche, 1997, coll. « Références »

- AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.),** *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, coll. « Université », 18^e éd., 2020
- BARTHELEMY (J.) et P. DUEZ (P.),** *Traité de droit constitutionnel* (1933), rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, 2004, coll. « Les introuvables »
- BELLESCIZE (DE) (R.),** *Droit des cultes et de la laïcité*, Paris, Gualino/Lextenso, 2017, coll. « Droit Expert »
- BEQUET (L.) et DUPRE (P.) (dir.),** *Répertoire du droit administratif*, Paris, Paul Dupont, t. 8, 1891
- BERGEL (J.-L.),** *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2012
- BIOY (X.),** *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2016, coll. « Cours »
- BONNARD (R.),** *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1943
- CABRILLAC (R.),** *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2019, coll. « Cours »
- CABRILLAC (R.) (dir.),** *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 22^e éd., 2016
- CARBONNIER (J.),** *Sociologie juridique* (1978), Paris, PUF, 2016, coll. « Quadrige manuels »
- CARRE de MALBERG (R.),**
- *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931
 - *Confrontation de la théorie de la formation du droit pas degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933
 - *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. 1 et 2 (1920 et 1922), rééd. présentée par Éric MAULIN, Paris, Dalloz, 2004
- CHAGNOLLAUD (D.) et TROPER (M.) (dir.),** *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 3, 2012, coll. « Traités Dalloz »
- CHARVIN (R.) et SUEUR (J.-J.),** *Droits de l'homme et liberté de la personne humaine*, Paris, Litec, 1997
- COUTANT (A.),** *Histoire des idées politiques en 50 fiches. De l'Antiquité à nos jours*, Paris, Ellipses, 2017
- DALLOZ (A.) et DALLOZ, (D.),** *Législation et traité des cultes, fabriques d'églises et sépultures*, Paris, 1853
- DEBRAY (R.) et LESCHI (D),** *La laïcité au quotidien. Guide pratique*, Paris, Galimard, 2016
- DELSOL (X.), GARAY (A.) et TAWIL (E.) (dir.),** *Droit des Cultes. Personnes, activités, biens et structures*, Paris, Juris associations, Dalloz, 2005, coll. « Référence »
- DUGUIT (L.),**
- *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, organisation politique*, Paris, Albert Fontemoing, 1907
 - *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1918
 - *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, t. 2, 2^e éd., 1923
 - *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 5, 2^e éd., 1925
 - *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 1, 3^e éd., 1927
 - *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, t. 2, 3^e éd., 1928
- ESMEIN (A),** *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1914), rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, 2001, coll. « Droit public »
- FAVOREU (L.), DUFFY-MEUNIER (A), FASSASSI (I.) GAÏA (P.), BOT (LE) (O.), PECH (L.), PENA (A.), ROUX (A) et SCOFFONI (G.) (dir.),**
- *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2012, coll. « Précis »
 - *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2021, coll. « Précis »

- GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIAN (F.), OLIVIA (É.) et ROUX (A.) (dir.),** *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2018, coll. « Grands arrêts »
- HAGUENAU-MOIZARD (C.),** *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 2018, coll. « Séquences »
- HALPERIN (J.-L.),** *Introduction au droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019, coll. « Séquences »
- HAURIOU (M.),**
- *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1893
 - *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Sirey, 4^e éd., 1900
 - *Principes de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 2^e éd., 1916
 - *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 10^e éd., 1921
 - *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929
 - *Principes de droit public* (1910), Paris, Dalloz, rééd., 2010
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.) et ROMAN (D.) (dir.),** *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2022, coll. « HyperCours »
- JEZE (G.),**
- *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français* (1925), Paris, Dalloz, t. 1, rééd., 2005
 - *Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics* (1926), t. 3, 3^e éd., Paris, Dalloz, rééd., 2011
- KELSEN (H.),** *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, rééd. tr. par C. EISENMANN, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1999
- LESCUYER (G.),** *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2010
- LETTERON (R.),** *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2012, coll. « Précis »
- LONG et al.,** *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 23^e éd., 2021
- MORANGE (J.),** *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 5^e éd., 2000, coll. « Droit fondamental »
- OPPETIT (B.),** *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2017
- RAMBAUD (T.),** *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2014, coll. « Quadrige »
- RIVERO (J.) et H. MOUTOUH,** *Les libertés publiques*, Paris, PUF, t. II, 7^e éd., 2003
- ROBERT (J.) et DUFFAR (J.),** *Les libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 1982, coll. « Précis Domat »
- ROSSI (P.),** *Cours de droit constitutionnel* (1866-1867), Réimpression de la 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, Paris, 2012
- SEILLER (B.),** *Droit administratif*, Paris, Flammarion, t. 2, 5^e éd., 2014, coll. « Champs université »
- TAWIL (E.),** *Cultes et congrégations*, Paris, Juris éditions/Dalloz, 2019, coll. « Juris Corpus »
- WACHSMANN (P.),** *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2021, coll. « Cours »

OUVRAGES INDIVIDUELS

- ACHOUR (Y.) (B.),** *La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté de religion*, Paris, Pedone, 2005, coll. « Cours et Travaux »
- ALBERTINI (P.),** *La crise de la loi. Déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, 2015, coll. « Essais »

- ARLETTAZ (F.)**, *Les groupes religieux, objet du droit international*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions »
- AUDARD (C.)**, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Folio essais »
- AVON (D.)**, *La liberté de conscience. Histoire d'une notion et d'un droit*, PUR, 2020
- BARBIER (M.)**, *La Laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995
- BARNI (J.)**, *La morale dans la démocratie*, Paris, Germer Baillière, 1868
- BARRY (B.)**, *Justice as Impartiality*, vol. 2, Oxford, Clarendon Press, 1995
- BAUBEROT (J.)**,
- *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Paris, Seuil, 1990
 - *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Seuil, 2004, coll. « La Couleur des idées »
 - *Les 7 laïcités françaises*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2016
 - *La loi de 1905 n'aura pas lieu. Histoire politique des séparations des Églises et de l'État (1902-1908)*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, t. 1, 2019, coll. « 54 »
 - *Histoire de la laïcité en France*, Paris, Que sais-je ?, 7^e éd., 2021
- BAUBEROT (J.) et MATHIEU (S.)**, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France*, Paris, Seuil, 2002, coll. « Points. Histoire »
- BEDOUELLE (G.) et COSTA (J.-P.)**, *Les laïcités à la française*, Paris, PUF, 1998, coll. « Politique d'aujourd'hui »
- BERTRAND (A.)**, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : introduction à l'enseignement civique*, Paris, C. Delagrave, 1900
- BEUGNOT (J.-C.)**, *Mémoire du compte Beugnot*, Paris, t. 2, 1866
- BONET-MAURY (G.)**, *Histoire de la liberté de conscience en France*, Paris, Felix Alcan, 1900
- BOUCHER (M.)**, *Les théories de l'intégration. Entre universalisme et différentialisme*, Paris, L'Harmattan, 2000
- BOUDON (J.-O.)**, *Napoléon et les cultes*, Paris, Fayard, 2002
- BOUGLE (C.)**, *Les idées égalitaires. Étude sociologique*, Paris, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1899
- BOYER (A.)**, *L'Islam en France*, Paris, PUF, 1998, coll. « Politique d'aujourd'hui »
- CABANEL (P.)**, *Histoire des protestants en France (XVI^e-XXI^e siècle)*, Paris, Fayard, 2012
- CALVES (G.)**, *La laïcité*, Paris, La Découverte, 2022, coll. « Repères »
- CAPERAN (L.)**, *Histoire de la laïcité républicaine. La laïcité en marche*, Paris, Nouvelles éditions latines, 1961
- CARCASSONNE (G.) et GUILLAUME (M.)**, *La Constitution introduite et commentée*, Paris, Seuil, 12^e éd., 2014
- CARNOT (J.-F.-C.)**, *Commentaire sur le Code pénal*, Paris, B. Warée, 1823, t. 1
- CASSIRER (E.)**, *La philosophie des Lumières* (1932) (traduit de l'allemand par Pierre QUILLET), Paris, Fayard, coll. « L'histoire sans frontières », 1970
- CHANIAL (P.)**, *La sociologie comme philosophie politique. Et réciproquement*, Paris, La Découverte, 2011, coll. « Bibliothèque du Mauss »
- CHEVALLIER (J.-J.)**, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, Dalloz, coll. « Classic », 9^e éd., 2001
- CHOLVY (G.) et HILAIRE (Y.-M.)**, *Histoire religieuse de la France contemporaine. 1800/1880*, Toulouse, Privat, 2d éd., 1990

CONSTANT (F.),

- *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 2^e éd., 2000
- *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000, coll. « Dominos »

COTTRET (B.), *L'édit de Nantes*, Paris, Perrin, 2016, coll. « Tempus »

CREVECOEUR (DE) (R.), *Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante : 3 mai 1789-3 avril 1790*, t. 1, 1894, Paris, A. Picard

CUCHE (D.), *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2016, coll. « Repères »

DEILLER (N.), *La métamorphose religieuse de la France. Vers une nouvelle laïcité ?*, Versailles, VA, 2019

DELSOL (C.), *Le crépuscule de l'Universel. L'Occident postmoderne et ses adversaires, un conflit mondial des paradigmes*, Paris, Cerf, 2020

DHARREVILLE (P.), *La laïcité n'est pas ce que vous croyez*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2013

DIEBOLT (E.), *La maison de santé protestante de Bordeaux (1863-1934). Vers une conception novatrice des soins et de l'hôpital*, Paris, Érès, 1990, coll. « ETHISS »

DOYTCHÉVA (M.), *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 3^e éd., 2018, coll. « Repères »

DUBARD (C.), *La crise des identités. L'interprétation d'une mutation*, Paris, PUF, 4^e éd., 2010, coll. « Le lien social »

DUCOMTE (J.-M.), *Laïcité, Laïcité(s) ?*, Paris, Privat, 2012, coll. « Le comptoir des idées »

DURAND DE MAILLANE (P.-T.), *Histoire apologétique du comité ecclésiastique de l'Assemblée nationale*, Paris, F. Buisson, 1791

DURKHEIM (E.), *Les formes élémentaires de la vie religieuse* (1912), Paris, PUF, 4^e éd., 1998, coll. « Quadrige »

DWORKIN (R.),

- *Justice for Hedhehogs*, Cambridge/London, Harvard University Press/Belknap Press, 2011
- *Religion without God*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2013

EDELMAN (B.), *La personne en danger*, Paris, PUF, 1999

EISENBERG (A.), *Reasons of Identity*, Oxford, Oxford University Press, 2009

EISGRUBER (C.) (L.) et SAGER (L.) (G.), *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2007

FELLOUS (G.), *La laïcité pour tous : les exceptions au droit commun*, Paris, L'Harmattan, t. 4, 2016.

FEUERWERKER (D.), *L'Émancipation des Juifs en France : de l'Ancien Régime à la fin du Second Empire*, Paris, Albin Michel, 1976

FLORES-LONJOU (M.),

- *Associations culturelles*, Paris, Delmas/Dalloz, 1996, coll. « Ce qu'il vous faut savoir »
- *Les lieux de culte en France*, Paris, Cerf, 2001

FORTIER (V.), *Justice, religions et croyances*, Paris, CNRS, 2000, coll. « CNRS Droit »

GARAUD (M.), *Histoire générale du droit privé (de 1789 à 1804). La Révolution et l'égalité civile*, Paris, Sirey, 1953

GAUCHET (M.), *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998, coll. « Folio essais »

GENY (F.), *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1915

GIRARD (P.), *Les Juifs de France de 1789 à 1860. De l'émancipation à l'égalité*, Calmann-Lévy, 1976, coll. « Diaspora »

GODECHOT (J.),

- *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 2^e éd., 1968
- *La Révolution française et les juifs*, Paris, Robert Laffont, 1989

GUIMONT (S.), *Les politiques de diversité. Antidote à l'intolérance et à la radicalisation*, Bruxelles, Mardaga, 2019, coll. « PSY-Individus, groupes, culture »

GUSDORF (G.), *Dieu, la Nature, l'homme au Siècle des Lumières*, vol. 5, Paris, Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1972

HAARSCHER (G.),

- *La laïcité*, Paris, PUF, 6^e éd., 2017, coll. « Que sais-je ? »
- *La laïcité*, Paris, Que sais-je ?, 7^e éd., 2021

HAFIZ (C.-E.) et DEVERS (D.), *Droit et religion musulmane*, Paris, Dalloz, 2005, coll. « États de droits »

HAMON (F.), *Les discriminations saisies par le droit*, Paris, LGDJ, 2016, coll. « Systèmes »

HART (A.) (L.) (H.), *Le concept de droit* (traduit de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2^e éd., 2005

HEIDENRIECH (F.) et SCHAAL (G.), *Introduction à la philosophie politique* (traduit de l'allemand par C. SAILLOUR), Paris, CNRS Éditions, 2012, coll. « Biblis »

HENDLE (E.), *La séparation de l'église et de l'État*, Paris, Armand Le Chevalier, 1869

HENNETTE-VAUCHEZ (S.),

- *Laïcité*, Paris, Anamosa, 2023, coll. « Le mot est faible »
- *L'École et la République : la nouvelle laïcité scolaire*, Paris, Dalloz, 2023

HERMON-BELOT (R.), *Aux sources de l'idée laïque : Révolution et pluralité religieuse*, Paris, Odile Jacob, 2015

HERVIEU-LEGER (D.), *Le pèlerin et le converti. La religion en mouvement*, Paris, Flammarion, 2001, coll. « Champs »

HONNETH (A.), *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2000, coll. « Folio essais »

JAUME (L.), *Le religieux et le politique dans la Révolution française*, Paris, PUF, 2015, coll. « Léviathan »

JEAN (J.), *La religion entre individu et communautés. Pour une laïcité assumée*, Montréal, Liber, 2022

JOUANNET (E.), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011

KINTZLER (C.), *Tolérance et laïcité*, Paris, Pleins Feux, 1998, coll. « version originale »

Qu'est-ce que la laïcité, Paris, Vrin, 3^e éd., 2014, coll. « Chemins philosophiques »

KOUSSENS (D.),

- *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droit et discours*, Bruxelles, Bruylant, 2015, coll. « Droit et religion »
- *Secularism(s) in Contemporary France*, Gewerbestrasse, Springer, 2023

KRIEGEL (B.),

- *Les Droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1989
- *La politique de la raison*, Paris, Payot, 1994

KSELMAN (T.), *Conscience and Conversion. Religious Liberty in Post-Revolutionary France*, New Haven, Yale University Press, 2018

KYMLICKA (W.), *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, Clarendon Press/Oxford University Press, 1990.

LABORDE (C.),

- *Philosophie libérale de la religion* (traduit de l'anglais par Patrick Savidan), Paris, Raison publique/Hermann, 2023
- *Français, encore un effort pour être républicains !*, Paris, Seuil, 2010

LABOULAYE (É.),

- *L'État et ses limites*, Paris, Charpentier, 1863
- *Le parti libéral. Son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 1863

LACHAUME (J.-F.), *Grands services publics*, Paris, Masson, 1989

LAMINE (A.-S.), *La cohabitation des dieux*, Paris, PUF, 2004, coll. « Le lien social »

LALOUETTE (J.),

- *L'État et les cultes. 1789-1905-2005*, Paris, La Découverte, 2005, coll. « Repères »
- *La Séparation des Églises et de l'État. Genèse et développement d'une idée (1789-1905)*, Paris, Seuil, 2005, coll. « L'univers historique »
- *Jours de fête. Fêtes légales et jours fériés dans la France contemporaine*, Paris, Tallandier, 2010, coll. « Hors collection »
- *Histoire de l'anticléricalisme en France*, Paris, PUF, 2020, coll. « Que sais-je ? »

LARKIN (M.), *L'Église et l'État en France. 1905 : la crise de la Séparation*, Toulouse, Privat, 2004

LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, Paris, PUF, 5^e éd., 2015, coll. « Que sais-je ? »

LEITER (B.), *Pourquoi tolérer la religion ? Une investigation philosophique et juridique* (traduit de l'anglais par L. MUSKENS), Genève, éditions markus haller, 2014

LEMOINE (A.), *Napoléon I^{er} et les Juifs*, Paris, Fayard frères, 1900

LENIAUD (J.-M.), *L'Administration des Cultes pendant la période concordataire*, Paris, NEL, 1988

LILT (A.), *Héritage des Lumières – Ambivalences de la modernité*, Paris, Seuil/Gallimard, 2019, coll. « Hautes Études »

LOCHAK (D.),

- *Le droit et les juifs*, Paris, Dalloz, 2009, coll. « À savoir »
- *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, coll. « Les voies du droit »

LOCKE (J.), *Lettre sur la tolérance (1686)* (traduit de l'anglais par J. LECLERC (1710)), Paris, Garnier/Flammarion, 1992, version numérique par J.-M. TREMBLAY, coll. « Les classiques des sciences sociales », disponible en ligne sur : <http://classiques.uqac.ca> (consulté le 17 sept. 2021)

MAGNETTE (P.), *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Bruylant, 2001

MARTIN (J.-C.), *Nouvelle histoire de la Révolution française*, Paris, Perrin, 2012, coll. « Pour l'histoire »

MASSON (G.), *La laïcité française à l'épreuve des faits. Appliquer la règle, en comprendre l'esprit*, Paris, Édition du Secteur Public, 2014, coll. « La Fabrique démocratique »

MAY (P.), *Philosophies du multiculturalisme*, Paris, Presses de Sciences po, 2016, coll. « Références »

MAYEUR (J.-M.), *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, Les Éditions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, 2005

MCCREA (R.), *Religion et ordre juridique de l'Union européenne* (traduit de l'anglais par I. BLAKE-JAMES), Bruxelles, Bruylant, 2013, coll. « Collection droit de l'Union européenne »

MEYLAN (N.), *Qu'est-ce que la religion ? Onze auteurs. Onze définitions*, Genève, Labor et Fides, 2019, coll. « Histoire des religions »

MIALLE (M.), *La laïcité. Solutions d'hier, problèmes d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2016

MIRABEAU (R.) (H.-G.), *Sur Moïse Mendelssohn, sur la réforme politique des Juifs et en particulier sur la révolution tentée en leur faveur en 1753 dans la Grande-Bretagne*, Paris, 1788

- MOISSET (J.-P.),** *L'État, l'argent et les cultes de 1958 à 1987. Contribution à l'histoire de la laïcité française*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire »
- MONTESQUIEU,** *De l'esprit des lois* (1748), Paris, Gallimard, coll. « folio/essais », I, L. I, Ch. III, 2015.
- MORANGE (J.),** *La laïcité de la République : garantie ou menace pour les libertés ?*, Paris, LGDJ, 2023, coll. « Forum »
- MORENA (LA) (DE) (F.),** *Les frontières de la laïcité*, Paris, LGDJ, 2016, coll. « Systèmes »
- MORIN (A.-S.),** *De la séparation du spirituel et du temporel*, Paris, Noiro, 1866
- NADEAU (C.),** *Justice et démocratie. Une introduction à la philosophie politique*, Montréal, PUM, 2007, coll. « Paramètres »
- NORA (P.) (dir.),** *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, t. 2, 1986, coll. « Bibliothèque illustrée des histoires »
- NUSSBAUM (M.) (C.),**
- *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, New-York, Cambridge University Press, 2000
 - *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New-York, Basic Book, 2008
- PELLISSIER (G.),** *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996
- PERELMAN (C.),** *Justice et raison*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963
- PERRY (J.) (M.),** *Human Rights in the Constitutional Law of the United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- PHILIP-GAY (M.),** *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2016, coll. « Mise au point »
- PICHARD (M.),** *Le droit à... Étude de la législation française*, Paris, Economica, 2006, coll. « Recherches juridiques »
- PORS (LE) (A.),** *La citoyenneté*, Paris, PUF, 2011, 4^e éd., coll. « Que sais-je ? »
- PORTIER (P.),** *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, PUR, 2016, coll. « Histoire »
- POULAT (É.),** *Scruter la loi de 1905. La République française et la Religion*, Paris, Fayard, 2010, coll. « Les quarante piliers »
- PREVOST-PARADOL (L.-A.),** *La France nouvelle*, Paris, Michel Lévy Frères, 1868
- RAMOND DE CARBONNIERES (L.),** *Encore un mot sur l'égalité des droits en matière de culte considérée comme moyen unique de prévenir les troubles religieux*, Paris, L'imprimerie nationale, 12 nov. 1791, coll. « Les archives de la Révolution française »
- RAWLS (J.),** *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009, coll. « Points Essais »
- RAYNAUD (P.),** *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Paris, Gallimard, 2019, coll. « L'esprit de la cité »
- RENAUT (A.),**
- *Égalité et discriminations. Un essai de philosophie politique appliquée*, Paris, Seuil, 2007
 - *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989
- RENUCCI (J.-F.),** *L'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005
- RIALS (R.),** *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, coll. « Pluriel »
- RICOEUR (P.),** *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2005, coll. « Folio essais »
- RIPERT (G.),** *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955

- RIVERO (A.),** *Les dérives de l'universalisme. Ethnocentrisme et islamophobie en France et en Italie* (traduit de l'italien par M. GASPERONI, revue par L. LEVY), Paris, La Découverte, 2010
- ROBELIN (J.),** *La petite fabrique du droit*, Paris, Éditions Kimé, 1994
- ROBERT (J.),** *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris, PUF, 1977, coll. « Le juriste »
- ROULAND (N.),**
- *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995
 - *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1998
- ROUX (A.),** *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, coll. « Droit public fondamental »
- ROSANVALLON (P.),** *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, coll. « Bibliothèque des histoires »
- ROUSSEAU (J.-J.),** *Du contrat social* (1762), livre II, chap. VI, Paris, F. Alcan, rééd., 1896
- SAGNAC (P.),** *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, Hachette, 1898
- SAVIDAN (P.),**
- *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, coll. « Que sais-je ? »
 - *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 3^e éd., 2022, coll. « Que sais-je ? »
- SARKOZY (N.),** *La République, les religions, l'espérance*, Paris, Cerf, 2004
- SCHNAPPER (D.),**
- *La relation à l'Autre. Au cœur de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1998, coll. « nrf essais »
 - *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 2001, coll. « nrf essais »
 - *De la démocratie en France. République, nation, laïcité*, Paris, Odile Jacob, 2017
- SCHREIBER (J.-P.),** *La crise de l'égalité. Essai sur la diversité multiculturelle*, Bruxelles, Espace de Libertés, 2012, coll. « Liberté j'écris ton nom »
- SCIOUT (L.),** *Histoire de la constitution civile du clergé et de la persécution révolutionnaire (1790-1801)*, Paris, Firmin-Didot, 1887
- SCOT (J.-P.),** « *L'État chez lui, l'Église chez elle* ». *Comprendre la loi de 1905*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, coll. « Points Histoire »
- SFEZ (L.),** *L'égalité*, Paris, PUF, 1989, coll. « Que sais-je ? »
- SIEYES (E.),** *Qu'est-ce que le Tiers état ?* (1789), Éd. critique avec une introduction et des notes de Roberto ZAPPERI, Genève, Librairie Droz, 1970, coll. « Les classiques de la pensée politique »
- SIMON (J.),**
- *La liberté de conscience*, Paris, Librairie de L. Hachette et C^{ie}, 4^e éd., 1867
 - *La politique radicale*, Paris, A. Lacroix, Verboeckhoven et C^{ie}, 1968
- SPITZ (J.-F.),**
- *Abolir le hasard ? Responsabilité individuelle et justice sociale*, Paris, Vrin, 2008, coll. « Philosophie concrète »
 - *La République ? Quelles valeurs ?*, Paris, Gallimard, 2022, coll. « NRF Essais »
- STOURZH (G.),** *L'isonomie moderne. Protection des droits de l'homme et participation démocratique comme système d'égalité des droits*, Rennes, PUR, coll. « Philosophica », 2018
- STRAUSS (L.),** *Qu'est-ce que la philosophie politique ?* (traduit de l'anglais par O. SEDEYN), Paris, PUF, 1992, coll. « Léviathan »
- SZRAMKIEWICZ (R.) et BOUINEAU (J.),** *Histoire des institutions (1750-1914)*, Paris, Litec, 4^e éd., 1998

- TAINE (H.),** *Les origines de la France contemporaine* (1986), Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2011
- TAWIL (E.),** *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'État et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, Aix-Marseille, PUAM, 2009, coll. « Droit et Religions »
- TAYLOR (C.),**
- *Human Agency and Language: Philosophical Papers I*, Cambridge, Harvard University Press, 1985
 - *Multiculturalisme*, Paris, Aubier, 1994
- TAYLOR (C.) et MACLURE (J.),** *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010
- TENZER (N.),** *Philosophie politique*, Paris, PUF, 1994, coll. « Premier Cycle »
- TROGER (V.) et RUAN-BORBALAN (J.-C.),** *Histoire du système éducatif*, Paris, PUF, 2012, coll. « Que sais-je ? »
- TROTABAS (J.-B.),** *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*, Paris, LGDJ, 1961, coll. « Bibliothèque de droit public »
- UITZ (R.),** *La liberté de religion*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2008
- VILLEY (M.),** *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003
- VINET (A.),** *La liberté des cultes*, Paris, Chez les éditeurs, 2^e éd., 1852
- VOLTAIRE,** *Essai sur les mœurs. Annales de l'empire* (1757), t. 3 des Œuvres complètes de Voltaire avec notes et une notice historique sur la vie de Voltaire de Jean-Antoine-Nicolas de CARITAT marquis de Condorcet, Fune, 1835
- VOVELLE (M.),** *Religion et Révolution : la déchristianisation de l'an II*, Paris, Hachette, 1976
- WALINE (M.),** *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, 2007, coll. « Bibliothèque Dalloz »
- WIEVIORKA (M.) (dir.),** *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1997 coll. « Essais »
- WILLAIME (J.-P.),** *Sociologie des religions*, Paris, Que sais-je ?, 7^e éd., 2021
- ZUBER (V.),** *La laïcité en débat. Au-delà des idées reçues*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2017, coll. « Idées reçues »

THESES ET MEMOIRES

- AMAR (J.),** *Les identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'Homme. Contribution à une sociologie des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat en sociologie, Paris, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2012
- AMEDRO (J.-F.),** *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la III^e République. Un exemple des interactions entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l'administration*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011
- ATTAL-GALY (Y.),** *Droits de l'homme et catégories d'individu*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003
- AUDIBERT (G.),** *La Séparation des Églises et de l'État et l'organisation des cultes protestants*, thèse de doctorat en droit, paris, Recueil Sirey, 1912
- BAKIR (L.),** *Liberté religieuse et valeurs de la République : contribution à l'étude d'une articulation en tension*, Thèse de doctorat en droit public, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2018

- BALAT (N.),** *Essai sur le droit commun*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Panthéon-Assas, 2014
- BARLES (S.),** *Les mesures positives, actions et discriminations positives, en droit français ou l'insertion de politiques publiques différenciées et différencialistes au sein de l'universalisme républicain*, Thèse de doctorat en droit public, Lille, 2004
- BENELBAZ (C.),** *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, 2011
- BLANC (N.),** *Constitutionnalisme et exclusion. Critique du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, Thèse de doctorat en droit public, Bordeaux/Montréal, Université de Bordeaux et Université de Montréal, 2014
- BOUTOUBA (N.),** *La liberté de religion : Perspectives comparées France-Canada*, Thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, Montpellier, Université de Montpellier, 2015
- BOUYER (N.),** *Le principe de laïcité à l'épreuve des dérives sectaires*, Mémoire de Master 2 en droit public, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2018
- BRILLAT (M.),** *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, coll. « Collection des Thèses »
- BRUNET (F.),** *La normativité en droit*, Paris, mare & martin, 2011, coll. « Bibliothèque des thèses »
- BRUNET (R.),** *Le principe d'égalité en droit français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Felix Alcan, 1910
- BUI-XUAN (O.),** *Le droit public français : entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, coll. « Corpus »
- CADRE (LE) (G.),** *La liberté de conscience. Son évolution et son Application dans notre droit moderne*, Thèse de doctorat en droit, Rennes, Eugène Prost, 1909
- CALVES (G.),** *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, LGDJ, 1998, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique »
- CAPORAL (S.),** *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Aix-Marseille, PUAM, Economica, 1995, coll. « Droit public positif »
- CHARRUAU (J.),** *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Angers, Université d'Angers, 2017
- DEILLER (N.),** *Le régime juridique des biens culturels. Vers une nouvelle approche du droit des cultes en France ?*, Thèse de doctorat en droit public, Besançon, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2018
- DELAVESNE (A.),** *Du culte et de son exercice public d'après la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Arthur Rousseau, 1908
- DUBUJADOUX (B.),** *Le droit à la différence en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université René Descartes Paris, 2003
- EDEL (F.),** *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Contribution à une théorie générale du principe d'égalité*, Thèse de doctorat en droit public, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2003
- EL HAÏTE (N.),** *Laïcité et république. Considérations sur la République Française*, Paris, L'Harmattan, 2019, coll. « Questions contemporaines »
- FONDIMARE (E.),** *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris Nanterre, 2018
- FOREY (E.),** *État et institutions religieuses. Contributions à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, coll. « Collections de l'Université Robert Schuman »

- FOUQUES-DUPARC (J.),** *La protection des minorités de race, de langue et de religion : étude de droit de gens*, Paris, Dalloz, 1922
- GAILLET (A.),** *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2012, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses »
- GOGOS-GINTRAND (A.),** *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011
- GONZALEZ (G.),** *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, 1997, coll. « Coopération et développement »
- GUILLET (N.),** *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, Paris, LGDJ, 2003, coll. « Bibliothèque de droit public »
- JOUANJAN (O.),** *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1992
- JOUET (G.),** *L'évolution de l'idée d'égalité dans le droit public français*, Thèse de doctorat de droit, Paris, Faculté de droit de Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909
- KOLO FAVOREU (E.),** *La nation à l'épreuve de la diversité ethnoculturelle. Étude comparative France/États-Unis*, Thèse de doctorat en droit public, Aix-Marseille, Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, 2012
- LAMPRON (L.-P.),** *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, Thèse de doctorat en droit, Avignon/Québec, Université Laval/Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2011
- LANDHEER-CIESLAK (C.),** *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007
- LASZLO-FENOUILLET (D.),** *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993
- LAVOREL (S.),** *Des manifestations du pluralisme juridique en France*, Thèse de doctorat en droit, Grenoble, Université Pierre Mendès-France Grenoble II, 2007
- LEMOINE (C.),** *La distinction en droit. Une approche épistémologique*, Thèse de doctorat en droit, Lyon, Université Jean Moulin, 2009
- LEROY (P.),** *La situation juridique des Églises catholiques depuis la loi du 9 décembre 1905*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris, Arthur Rousseau, 1912
- MADELAINE (C.),** *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses »
- MEDARD INGHILTERRA (R.),** *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022, coll. « Bibliothèque de droit public »
- MEINDL (T.),** *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, 2003, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique »
- MEJAN (L.-V.),** *La Séparation des Églises et de l'État. L'œuvre de Louis Méjan, dernier directeur de l'administration autonome des cultes*, Paris, PUF, 1959
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.),** *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-Marseille, PUAM/Economica, 1997, coll. « Droit public positif »
- MORENA (LA) (DE) (F.),** *Recherche sur le principe de laïcité en droit français*, Thèse de doctorat en droit public, Université Toulouse I Capitole, 1999, tome 1 et 2

- NANCHI (A.),** *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2006, coll. « Collection des Thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand »
- NGUYEN (T.) (H.),** *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013
- PENDU (M.),** *Le fait religieux en droit privé*, Paris, Defrénois, 2008, coll. « Doctorat & Notariat »
- PINHEL ARAUJO (C.),** *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la lumière de la Charte des droits fondamentaux*, Mémoire de Master 2 en droit européen des affaires, Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, 2013
- RAMACIOTTI (S.),** *Laïcité et droit privé*, Thèse de doctorat en droit privé, Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, 2021
- RAMBAUD (T.),** *Les principes de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé. Analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique »
- RINGELHEIM (J.),** *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, coll. « Du centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain »
- ROULAND (N.) (dir.),** *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, coll. « Laboratoire de théorie juridique »
- ROULHAC (C.),** *L'opposabilité des droits et libertés*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, Coll. « Thèses »
- ROUYERE (A.),** *Recherche sur la dérogation en droit public*, Lille, ANRT, 1993
- SABBAGH (D.),** *L'Affirmative action aux États-Unis : constructions juridiques et enjeux politiques des dispositifs de lutte contre l'inégalité et la discrimination raciale*, Thèse de doctorat en science politique, Paris, Institut d'études politiques de Paris, 2000
- SAVOURET (P.),** *Les associations diocésaines*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Imprimerie du Montparnasse et de Persan-Beaumont, 1928
- SCHOUPE (J.-P.),** *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015, coll. « Publications de l'Institut international des droits de l'homme »
- SILD (N.),** *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, Paris, Institut Universitaire de Varenne, 2016, coll. « Collection des Thèses »
- SRAER (E.),** *Les juifs de France et l'égalité des droits civiques*, Thèse de doctorat en sciences politiques et économiques, Paris, Université de Paris, 1933
- SWEENEY (M.),** *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010
- THARAUD (D.),** *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-Marseille, PUAM, 2013
- TISSOT (D.),** *Féminisme et universalisme : vers une définition commune de la justice*, Thèse de doctorat en philosophie, Paris, Université Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 2013
- TONNAC (DE) (A.),** *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2019
- UNTERMAIER (É.),** *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, coll. « Bibliothèque de droit public »

- VERPEAUX (M.), *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991
- WATTIER (S.), *Le financement public des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2016
- YOUNES (C.), *Le droit et la différence*, Lille, ANRT, 2004
- ZARCA (A.), *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014
- ZARLENGA (F.), *Le régime juridique des Cultes non reconnus dans la France concordataire (1801-1905)*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université Paris-Est, vol. 1 et 2, 2018

OUVRAGES COLLECTIFS, MELANGES ET ACTES DE COLLOQUES

Les sources issues de personnes morales ou sans auteurs sont exposées en premier et classées par ordre chronologique. Celles ayant des auteurs sont exposées en suivant par ordre alphabétique.

- Parti républicain radical et radical-socialiste, *Quatrième Congrès annuel*, Toulouse, oct. 1904
- Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933
- Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5^e partie, 1938
- Le Conseil d'État : Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952
- Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés »
- Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965
- Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels (actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979)*, Paris, LGDJ, 1980
- Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, coll. « CURAPP »
- La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989
- Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP »
- Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, coll. « Mélanges »
- Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998
- L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz/PUF, 1999
- Droit et religion. Colloque de Beyrouth mai 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- Libertés, Justice, Tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 2004
- MIVILUDES (dir.), *Sectes et laïcité*, Paris, La Documentation française, 2005
- Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007
- Un siècle de laïcité en France. Centenaire officiel de la loi de 1905*, 2008, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques
- Huitièmes Journées René Savatier. Communautés, discriminations et identité*, Poitiers, Université de Poitiers, 2009, coll. « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales »
- Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, coll. « Penser le droit »

- Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, Paris, LGDJ, 2013
- Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss. L'homme et le droit*, Paris, Pedone, 2014
- Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pédone, 2015
- AKGÖNÜL (S.) (dir.)**, *Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*, Strasbourg, PUS, 2008, coll. « Société, droit et religion »
- ALBIGES (C.), ARTZ (J.-F.), BADENAS CARPIO (J.-M.) (dir.)**, *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003
- ALSTON (P.) (dir.)**, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001
- AMIRAU (V.) et D. KOUSSENS (D.) (dir.)**, *Trajectoires de la neutralité*, Montréal, PUM, 2014
- AUVERGNON (P.) et al. (dir.)**, *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion »
- BADIE (B.) et M. SADOON (dir.)**, *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996
- BAECQUE (DE) (A.), SCHMALE (W.) et VOVELLE (M.) (dir.)**, *L'An 1 des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, 1988
- BARRAS (A.), DERMANGE (F.) et NICOLET (S.) (dir.)**, *Réguler le religieux dans les sociétés libérales. Les nouveaux défis*, Genève, Labor et Fides, 2015, coll. « Religions et modernités »
- BASDEVANT-GAUDEMET (B.) et MESSNER (F.) (dir.)**, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Paris, PUF, 1999, coll. « Histoire »
- BASTIAN (J.-P.) et MESSNER (F.) (dir.)**, *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007
- BAUBEROT (J.), PORTIER (P.) et WILLAIME (J.-P.) (dir.)**, *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique »
- BAUDOUIN (J.) et PORTIER (P.) (dir.)**, *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica »
- BAYART (C.), SOTTIAUX (S.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.)**, *Actualité du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges/Bruxelles, de Keure/la Charte, 2010
- BECANE (J.-C.), (M.) COUDERC et HERIN (J.-L.)**, *La loi*, Dalloz, 2^e éd., 2010, coll. « Méthodes du droit »
- BECCI (I.), CMONNOT (C.) et VOIROL (O.) (dir.)**, *Pluralisme et reconnaissance. Face à la diversité religieuse*, Rennes, PUR, 2018 coll. « Sciences des Religions »
- BEQUET (L.) et DUPRE (P.) (dir.)**, *Répertoire du droit administratif*, Paris, Paul Dupont, t. 8, 1891
- BLOCH (O.) (dir.)**, *L'idée de révolution : quelle place lui faire au XXI^e siècle ?*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2009, coll. « Philosophie »
- BLOCH (P.), DUVERT (C.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) (dir.)**, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006
- BOLLENOT (G.) (dir.)**, *Religions, églises et droit*, Saint-Étienne, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 1998, coll. « CERHID »
- BORENFREUND (G.) et VACARIE (I.) (dir.)**, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, coll. « Thèmes et commentaires »
- BORRILLO (D.) (dir.)**,
- *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit »
 - *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, coll. « Recherches »

- BOUHIER (V.) et HOUTCIEFF (D.) (dir.)**, *Les transformations du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur François Colly*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021
- BOULAD-AYOUB (J.), MELKEVIK (B.) et ROBERT (P.) (dir.)**, *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris/Laval, PUL, 1996
- BRAIBANT (G.) et MARCOU (G.) (dir.)**, *Les droits de l'homme : universalité et renouveau (1789-1989)*, Paris, L'Harmattan, 1990, coll. « Logiques juridiques »
- BRECHON (P.) et ZWILLING (A.-L.) (dir.)**, *Indifférence religieuse ou athéisme militant ? Penser l'irrégulier aujourd'hui*, Grenoble, PUG, 2020, coll. « Libres cours Politique »
- BRIOSIA (E.) et RORIVE (I.) (dir.)**, *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes »
- BRIZAY (F.) (dir.)**, *Identité religieuse et minorités. De l'Antiquité au XVIII^e siècle*, Rennes, PUR, 2018, coll. « Histoire »
- BUCH (H.), FORRIERS (P.) et PERELMAN (C.) (dir.)**, *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971
- CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.)**, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et FERRE (N.) (dir.)**, *Frontières du droit, critique des droits. Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, coll. « Droit et Société »
- CHAMPION (F.) et COHEN (M.) (dir.)**, *Sectes et démocratie*, Paris, Seuil, 1999
- CHANTIN (J.-P.) et MOULINET (D.) (dir.)**, *La séparation de 1905 : les hommes et les lieux*, Paris, Les Éditions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, 2005, coll. « Patrimoine »
- CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.) (dir.)**, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, coll. « Droit et société »
- COLAS (D.), EMERI (C.) et ZYLBERBERG (J.) (dir.)**, *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, coll. « Politique d'aujourd'hui »
- COLLIARD (C.-A.) (dir.)**, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines - sa pérennité*, Colloque organisé par C.-AL. COLLIARD et al., Paris, La Documentation française, 1990
- CONAC (G.), DEBENE (M.) et TBOUL (G.) (dir.)**, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993
- COURVOISIER (C.) et CHARLOT (P.) (dir.)**, *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions »
- COUTRON (L.) et PICHERAL (C.) (dir.)**, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012
- CURAPP (dir.)**, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989
- DEMARTINI (A.-E.) et KALIFA (D.) (dir.)**, *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle. Études pour Alain Corbin*, Paris, Créaphis, 2005
- DEWITTE (P.) (dir.)**, *Immigration et intégration. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1999, coll. « Textes à l'appui »
- DUARTE (B.) (dir.)**, *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L'Harmattan, 2011
- DURAND (J.-D.) (dir.)**, *Quelle laïcité en Europe ?*, Paris, LARHRA, 2003, coll. « Chrétiens et Sociétés. Documents et Mémoires »
- DUFAUX (J.) et al. (dir.)**, *Liberté religieuse et régimes des cultes en droit français. Textes, pratiques administratives, jurisprudence*, Paris, Cerf, 2^e éd., 2005
- EID (P.), BOSSET (P.), MILOT (M.) et LEBEL-GRENIER (S.) (dir.)**, *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009

- EL-HAGGAR (N.) (dir.)**, *La laïcité. Ce précieux concept*, Paris, L'Harmattan, 2008, coll. « Les Rendez-Vous d'Archimède »
- FABERON (A.) (dir.)**,
- *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, Aix-Marseille, PUAM, 2015, coll. « Droit et religions »
 - *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions »
- FAUCHOIS (Y.), GRILLET (T.) et TODOROV (T.) (dir.)**, *Lumières ! Un héritage pour demain*, Paris, Bibliothèque nationale de France, 2006, disponible sur : <http://expositions.bnf.fr> (consulté le 29 juill. 2020)
- FENET (A.), KOUBI (G.) et SCHULTE-TENCKHOFF (I.) (dir.)**, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000
- FENET (A.) et SOULIER (G.) (dir.)**, *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989
- FERRARI (S.) (dir.)**, *Routledge Handbook of Law and Religion*, Abingdon, Routledge, 2015
- FIALAIRE (J.) (dir.)**, *Liberté de culte, laïcité et collectivités territoriales*, Paris, Litec, 2007, coll. « Colloques & débats »
- FONTAINE (L.) (dir.)**, *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2007, coll. « Droit et Justice »
- FORNEROD (A.) (dir.)**, *La liberté de religion en question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 2022, coll. « Droit et Religion »
- GAMBARO (A.), SACCO (R.) et VOGEL (L.) (dir.)**, *Traité de droit comparé. Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011
- GANZIN (M.) (dir.)**, *Pensée politique et religion*, Aix-Marseille, PUAM, 2017, coll. « Collection d'Histoire des idées politiques »
- GAUDEMET (J.) et al. (dir.)**, *Administration et Église. Du concordat à la séparation de l'Église et de l'État*, Genève, Droz, 1987
- GENEQUAND (P.)**, « Des florins et des bénéfices : l'appareil fiscal pontifical au temps de la première modernisation des États (XIII^e-XV^e siècle) », *Memini. Travaux et documents*, n° 24, 2018, Varia
- GIRAudeau (G.), GUERIN-BARGUES (C.) et HAUPAIS (N.) (dir.)**, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Paris, Pédone, 2016
- GLAVANY (J.) (dir.)**, *Le guide pratique de la laïcité. Une clarification par le concret*, 2011, Paris, Fondation Jean-Jaurès, coll. « Les Essais »
- GOFF (LE) (J.) et REMOND (R.) (dir.)**,
- *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, t. 3, 1991, coll. « L'Univers historique »
 - *Histoire de la France Religieuse*, Paris, Seuil, t. 3, 2001, coll. « Points. Histoire »
- GONZALEZ (G.) (dir.)**, *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2006, coll. « Droit et Justice »
- GOTMAN (A.) (dir.)**, *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004
- GRAND (LE) (A.) (dir.)**, *La laïcité en question. Religion, État et société en France et en Allemagne du 18^e siècle à nos jours*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2008, coll. « Mondes germaniques »
- GUENIFFEY (P.) et LORRAIN (F.-G.) (dir.)**, *Les grandes décisions de l'histoire de France*, Paris, Perrin, 2018, coll. « Hors collection »
- GUERARD (S.) (dir.)**, *Regards croisés sur la liberté de conscience*, Paris, L'Harmattan, 2010

- GUERARD DE LATOUR (S.) (dir.)**, *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, Paris, Éditions Hermann, 2013, coll. « Hermann Philosophie »
- GUERARD DE LATOUR (S.) et DILHAC (M.-A.) (dir.)**, *Étant donné le pluralisme*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2013, coll. « Philosophie »
- GUILLAUME (P.), PELLETIER (R.), LACROIX (J.-M.) et ZYLBERBERG (J.) (dir.)**, *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986
- GUTMANN (A.) et TAYLOR (C.) (dir.)**, *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), Paris, Flammarion, 2009, coll. « Champs essais »
- HALPERN (C.) (dir.)**, *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Auxerre, Sciences Humaines, 2016
- HAROUËL (J.-L.), BARBEY (J.), BOURNAZEL (É.) et THIBAUT-PAYEN (J.) (dir.)**, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 11^e éd., 2009
- HAVELKOVA (B.) et MÖSCHEL (M.) (dir.)**, *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019
- HOFMANN (F.) et M. MESSLING (M.) (dir.)**, *The Epoch of Universalism / L'époque de l'universalisme 1769-1989*, Berlin, De Gruyter, 2020
- HOLLANDER (D') (P.) (dir.)**, *L'église dans la rue : les cérémonies extérieures du culte en France au XIX^e siècle*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2001
- IMBERT (J.) et al. (dir.)**, *Les principes de 1789*, Aix-Marseille, PUAM, 1989.
- INGBER (L.) (dir.)**, *L'égalité*, Bruxelles, Bruylant, vol. V, 1977
- JEZEQUEL (M.) (dir.)**, *Les accommodements raisonnables, quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007
- KASTORYANO (R.) (dir.)**, *Les codes de la différence. Race, origine, religion, France, Allemagne, États-Unis*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 2005
- KOUBI (G.) (dir.)**, *De la citoyenneté*, Toulouse, Litec, 1995
- KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G. J.) (dir.)**, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, coll. « Recherches »
- KOUBI (G.) et JOUANJAN (O.)**, *Sujets et objets universels en droit*, Strasbourg, PUS, Coll. « Université Robert Schuman », 2007
- KOUSSENS (D.), ROBERT (M.-P.), GELINAS (C) et BERNATCHEZ (S) (dir.)**, *La religion hors la loi. L'État libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, coll. « Droit et religion »
- LACORNE (D.) et JUDT (T.) (dir.)**, *La politique de Babel. Du monolinguisme d'État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2009, coll. « Recherches internationales »
- LAMBERT ABDELGAWAD (É.) et RAMBAUD (T.) (dir.)**, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques ».
- LAMINE (A.-S.) (dir.)**, *Quand le religieux fait conflit. Désaccords, négociations ou arrangements*, Rennes, PUR, 2014, coll. « Science des religions »
- LAWSON (A.) et GOODING (C.) (dir.)**, *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Londres, Hart Publ., 2005
- LEBRETON (G.) (dir.)**, *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000
- LEMAIRE (F.) et GAURIAU (B.) (dir.)**, *Les discriminations*, Paris, Éditions Cujas, 2012, coll. « Actes et Études »
- LEVEY (G.) (B.) (dir.)**, *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, New York, Routledge, 2015

- LOENEN (T.) et RODRIGUES (P.) (M.) (dir.),** *Non-Discrimination Law : Comparatives Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999
- MAGER (R.) et CANTIN (S.) (dir.),** *Modernité et religion au Québec. Où en sommes-nous ?*, Québec, PUL, 2010
- MASSIS (T.) et PETTITI (C.) (dir.),** *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2004, coll. « Droit et Justice »
- MEENAN (H.) (dir.),** *Equality Law in an Enlarged Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- MESSNER (F.) (dir.),**
- *Les « sectes » et le droit en France*, Paris, PUF, 1999, coll. « Politique d'aujourd'hui »
 - *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union européenne*, Paris, PUF, 1999, coll. « Histoire »
 - *L'affiliation religieuse en Europe*, Strasbourg, PUS, 2017, coll. « Société, droit et religion »
- MESSNER (F.), PRELOT (P.-H.) et WOEHLING (J.-M.) (dir.),** *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013
- MICHAUD (Y.) (dir.),** *Égalité et Inégalités*, Paris, Odile Jacob, 2003, coll. « Université de tous les savoirs »
- MILOT (M.), PORTIER (P.) et WILLAIME (J.-P.) (dir.),** *Pluralisme religieux et citoyenneté*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, coll. « Sciences des religions »
- MILLIOT (V.) et MINARD (P.),** *La France d'Ancien Régime. Pouvoirs et société*, Paris, Armand Colin, coll. « Cursus », 2018
- MOUANNES (H.) (dir.),** *La territorialité de la laïcité*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, coll. « Actes de colloques de l'IFR »
- MOUCHTOURIS (A.) et SISTACH (D.) (dir.),** *Discrimination et modernité. Actes de colloque*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, 2007, coll. « Études »
- MOON (R.) (dir.),** *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009
- NABLI (B.) (dir.),** *Laïcité de l'État et État de droit*, Paris, Dalloz, 2019, coll. « Thèmes et commentaires »
- OBADIA (L.) et ZWILLING (A.-L.) (dir.),** *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion »
- ONORIO (D') (J.-B.) (dir.),**
- *L'Église et l'État en France*, Paris, Téqui, 1983
 - *La Religion dans la République laïque*, Paris, Pierre Téqui, 2005
- PALLARD (H.) et TZITZIS (S.) (dir.),** *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997
- PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.) (dir.),** *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984
- PEYRARD (C.) (dir.),** *Politique, religion et laïcité*, Aix-en-Provence, PUP, 2009, coll. « Le temps de l'histoire »
- PROESCHEL (C.), KOUSSSENS (D.) et PIRAINO (F.) (dir.),** *Religion, Law, and the Politics of Ethical Diversity*, Londres/New-York, Routledge, 2021
- RE MANNING (R.),** *3 minutes pour comprendre les 50 plus grands courants religieux et spirituels*, Paris, Le Courrier du Livre, 5^e éd., 2017
- RENAUT (A.) (dir.),** *Histoire de la philosophie politique*, Paris, Calmann-Lévy, t. 3, 1999
- RENAUT (A.) et MESURE (S.),** *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999 (réédition Flammarion, 2002)

- ROMAINVILLE (C.), VERDUSSEN (M.), BONBLED (N.) et WATTIER (S.) (dir.),** *États et religions*, Limal, Anthémis, 2018
- ROULAND (N.), PIERRE-CAPS (S.) et POUMAREDE (J.) (dir.),** *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1996
- ROUSSILLON (H.) (dir.),** *La citoyenneté aujourd'hui*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006
- RUET (C.) (dir.),** *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, coll. « Colloques et Essais »
- SADOUN (M.) (dir.),** *La démocratie française*, Paris, Gallimard, 2000
- SAINT VICTOR (DE) (J.) et BRANTHOMÉ (T.),** *Histoire de la République en France. Des origines à la V^e République*, Paris, Economica, coll. « Corpus histoire du droit », 2018
- SANCHEZ-MAZAS (M.) et LICATA (L.) (dir.),** *L'Autre : Regards psychosociaux*, Grenoble, PUG, 2005, coll. « Vies sociales »
- SIEKIERA (J.) (dir.),** *Unity in pluralism – Europe's underestimated strength*, Varsovie, CBPE, 2022
- SPITZ (J.-F.),** « L'État social et le dilemme de l'égalité et de la liberté », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012/1, p. 39-54
- SUDRE (F.) et SURREL (H.) (dir.),** *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008
- TOUZEIL-DIVINA (M.) (dir.),** *Séminaire de l'Institut Maurice Hauriou : 6 mois après le vote de la loi dite « séparatisme » du 24 août 2021 : quelles autres « séparations » ?* (non publié), Toulouse, Université Toulouse I Capitole, janv. 2022
- TRIGANO (S.) (dir.),** *L'universel et la politique des identités*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2010
- VANDENBUSCHE (R.) (dir.),** *De Georges Clemenceau à Jacques Chirac : l'État et la pratique de la loi de séparation*, Villeneuve d'Ascq, Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008, coll. « Histoire et littérature du Septentrion »
- VIBERT (S.) (dir.),** *Pluralisme et démocratie. Entre culture, droit et politique*, Montréal, Québec Amérique, 2007
- VIDAL-NAQUET (A.) et FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) (dir.),** *La norme et ses exceptions : Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014
- WEIL (P.) (dir.),** *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007
- WIEVIORKA (M.) et OHANA (J.) (dir.),** *La différence culturelle. Une reformulation des débats. Colloque de Cerisy*, Paris, Balland, 2001, coll. « Voix et regards »
- ZARKA (Y.) (C.) (dir.),** *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique »
- ZWILLING (A.-L.) (dir.),** *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion »

RAPPORTS, ETUDES, AVIS NON JURIDICTIONNELS, OBSERVATIONS, DELIBERATIONS ET GUIDES

Les sources issues de personnes morales sont exposées en premier et groupées par institutions, puis classées par ordre chronologique. Celles ayant des auteurs sont exposées en suivant par ordre alphabétique.

- Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018
- Comité des droits de l'homme**, *Observation générale n° 22 sur l'article 18*, 27 sept. 1993
- Conseil de l'Europe**, *Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2022, disponible en ligne sur : <https://www.echr.coe.int/> (consulté le 25 mai 2022)
- Conseil d'État**, *Rapport public sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1996
- Conseil d'État**, *Rapport public sur le principe de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004
- Défenseur des droits**, 22 févr. 2010, Délibération n° 2010-44
- Fédération Protestante de France**, *Cultes, équité, laïcité : l'expérience protestante. Éléments d'évaluation de la loi de 1905 et propositions*, déc. 2002
- Haut Conseil à l'Intégration**,
- *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1998
 - *L'islam dans la République*, Paris, La Documentation française, 2000, coll. « Collection des rapports officiels »
- PNUD**, *Rapport mondial sur le développement humain 2004. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, 2004, Paris, Economica
- ANDOLFATTO (D.) et al. (dir.)**, *Rapport de recherche : Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Université de Bourgogne, CREDESPO, 2016
- BERAUD (C.) et GALEMBERT (DE) (C.) (dir.)**, *La fabrique de l'aumônerie musulmane des prisons en France*, Rapport de recherche, ISP, EHESS, avr. 2019
- BOUCHARD (G.) et TAYLOR (C.)**, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008
- BRIAND (A.)**,
- *La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1905
 - *La séparation : discussion de la loi (1904-1905)*, Paris, Eugène Fasquelle, 1908
- DELARUE (J.-M.)**, Avis du 24 mars 2011, *relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté*, JORF n° 0091, 17 avr. 2011, texte n° 13
- GOSSELIN (P.)**, *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 51), adoptée par le Sénat, relative à la législation funéraire*, n° 664, 30 janv. 2008
- GOULET (N.)**, *Rapport d'information : de l'Islam en France à un Islam de France, établir la transparence et lever les ambiguïtés*, Paris, Sénat, n° 757, 2016
- GRÜNDLER (T.) et THOUVENIN (J.-M.) (dir.)**, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, juin 2016
- GRUNEBaum-BALLIN (P.)**, *La séparation des Églises et de l'État. Étude juridique sur le Projet Briand et le Projet du Gouvernement*, Paris, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1905
- GUYARD (J.) et GEST (A.)**, *Les sectes en France. Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes*, Paris, Assemblée nationale, 1995, coll. « Documents d'information de l'Assemblée nationale »
- LECOMTE (M.)**, *Séparation des Églises et de l'État, commentaires des articles de la loi du 9 décembre 1905*, Paris, Félix Juven, 1906

- MACHELON (J.-P.)**, *Rapport sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Paris, La Documentation française, 2006
- MARTINEZ-TORRON (J.), DURHAM JR. (W.) (C.) et THAYER (D.) (D.) (dir.)**, *Religion and the Secular State: National Reports*, Madrid, Complutense University of Madrid Faculty of Law, 2014
- MAUREY (H.)**, *Rapport d'information : les collectivités territoriales et le financement des lieux de culte*, Paris, Sénat, n° 345, 2015
- NEUWIRTH (L.)**, *Rapport sur le projet de loi sur le développement du mécénat*, n° 231, 1987, Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 20 mai 1987
- STASI (B.)**, *Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 2003
- VIVIEN (A.)**, *Les sectes en France : expression de la liberté morale ou facteur de manipulations ? Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1983

ARTICLES DE REVUES, INTERNET ET DE JOURNAUX

Les articles sans auteurs précisés sont mentionnés en premier et dans l'ordre chronologique. Les autres articles sont classés en suivant par ordre alphabétique.

- « Commentaire de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2007, disponible en ligne sur : www.conseil-constitutionnel.fr (consulté le 2 mars 2021)
- « Interdire le « burkini » au nom de la laïcité ? », *Le Monde*, août 2016
- « Forum de l'islam de France : une étape nouvelle dans le dialogue entre les pouvoirs publics et le culte musulman », *Ministère de l'Intérieur*, févr. 2022, disponible en ligne sur : <https://www.interieur.gouv.fr/actualites/communiqués/forum-de-l-islam-de-france-etape-nouvelle-dans-dialogue-entre-pouvoirs> (consulté le 22 févr. 2022)
- « Le Forum de l'Islam de France doit avoir des membres “élus”, et non pas “désignés”, plaide le recteur de la grande mosquée de Lyon », *France info*, févr. 2022
- « Ce qui va changer au Conseil français du culte musulman, qui veut devenir plus représentatif du “terrain” », *Le 20 minutes*, 22 janv. 2024, disponible en ligne sur : <https://www.20minutes.fr> (consulté le 1 févr. 2024)
- « 2^e session du Forum de l'islam de France (FORIF) : un dialogue qui s'amplifie », Dossier de presse, février 2024, disponible en ligne sur : <https://www.interieur.gouv.fr> (consulté le 27 févr. 2024)
- AL-DABBAGH (H.)**, « La définition de la religion de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. L'arrêt *Amselem* revisité », *Théologiques*, vol. 27, n° 1, 2019, p. 119-143
- ALILI (R.)**, « Différence religieuse et puissance publique dans l'histoire de France », *Hommes et Migrations*, n° 1220, 1999, p. 5-13
- ALLEN (W.) (B.)**, « Égalité et droit dans le monde actuel », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 18, 1990, p. 175-188
- AMIRAUX (V.) et D. KOUSSENS (D.)**, « La religion, objet juridique non identifié ? Approches comparées des opérations de droit et de ses effets sur le religieux », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 45(2), 2016, p. 103-110
- ANDERSON (E.)**, « The Fundamental Disagreement between Luck Egalitarians and Relation Egalitarians », *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 36, 2014, p. 1-23

- ANSEUR (Z.), « Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité "postmoderne" », *RRJ*, n° 4, 2002, p. 1723-1737
- ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations cultuelles ? », *RFDA*, 1998, p. 61, note sous l'avis CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997
- ARROYO (J.), « Le voile islamique : regards (juridiques) croisés », *RDLF*, 2020, chron. n° 51
- ARTHUR (É.), « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », *RDP*, n° 13, 1900
- ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, chron. n° 7, 1977, p. 251-258
- AUBERT (I.) et FLÜGEL (O.), « Procéduralisme et politique délibérative. La philosophie politique de Jürgen Habermas », *Philonsorbonne*, n° 2, 2008, p. 31-45
- AUVERGNON (P.), « Ministres du culte et exclusion du contrat de travail : à propos d'un changement de paradigme », *Revue du droit des religions*, n° 8, 2019, p. 93-117
- AZIZA (N. M.), « Nation et intégration », *Philosophie Politique*, n° 8, 1997, p. 55
- AZRIA (R.), « Le judaïsme, contours et limites de la reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 135-150
- BACQUET (S.), « Manifestation of Belief and the "Liberal" Law of Religion: Why It Is Time to Rethink the Status-Quo? », *Religion & Human Rights*, vol. 17, n° 1, 2022, p. 1-22
- BADER (V.), « Religious Pluralism: Secularism or Priority for Democracy? », *Political Theory*, vol. 27, n° 5, 1999, p. 597-633
- BAHOUALA (M.), « La mise à disposition d'un local communal – Les règles applicables aux associations, partis politiques et syndicats », *AJCT*, 2017, p. 197
- BALBIR (N.), « Jaïnisme », *Bibliothèque Nationale de France*, 22 janv. 2022, , disponible en ligne sur : <https://heritage.bnf.fr> (consulté le 6 juill. 2023)
- BALIBAR (É.), « Le mot *race* n'est pas "de trop" dans la Constitution française », *Mots*, n° 33, 1992, p. 241-256
- BARB (A.), « Une laïcité ouverte aux religions ? Le modèle américain », *Études*, n° 4223, 2016/1, p. 19-34
- BARBIER (M.), « Pour une définition de la laïcité française », *Le Débat*, n° 134, 2005, p. 129-141
- BARBOU DES PLACES (S.), « Les étrangers "saisis" par le droit : Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *Migrations Société*, n° 128, 2010/2, p. 33-49
- BARIL (D.), « Les accommodements religieux pavent la voie de l'intégrisme », *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007
- BARLES (S.), « Complexité et mutabilité du concept d'égalité », *Hommes & Migrations*, n° 1232, 2001, p. 83-89
- BARROIS DE SARIGNY (C.), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Titre VII*, n°4, 2020/1, p. 18-25
- BARTHELEMY (J.) et DAMIEN (A.), « Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité », *La Revue administrative*, n° 2, 1999, p. 37-47
- BARUCH (M.-O.), « À propos de Vichy et de l'État de droit », *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem*, n° 6, 2000, p. 53-67
- BASDEVANT-GAUDEMET (B.),
- « Le statut juridique de l'Islam en France », *RDP*, 1996, p. 355-384
 - « Droit et religions en France », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, 1998, p. 335-360

- « Un siècle de régime de cultes reconnus, un siècle de séparation », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 82, n° 1, 2004, p. 45-69
- « Le statut des ministres du culte en France au XIX^e siècle », *Revue du droit des religions*, n° 8, 2019, p. 19-41

BAUBEROT (J.),

- « Les mutations actuelles de la laïcité en France au miroir de la Commission Stasi », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 13, n° 3, 2005, p. 69-78
- « La laïcité en crise ? Une conquête toujours en devenir », *Informations sociales*, n° 136, 2006/8, p. 48-59
- « 1905-2005 : la laïcité française et les minorités religieuses », *Études théologiques et religieuses*, t. 82, 2007, p. 67-80
- « L'évolution de la laïcité en France : entre deux religions civiles », *Diversité urbaine*, 2009, Vol. 9, n° 1, p. 9-25
- « Sécularisation, laïcité, laïcisation », *Empan*, n° 90, 2013/2, p. 31-38

BEAL-LONG (J.), « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 105, 2016/1, p. 1-28

BEDI (S.), « Debate: What is so Special About Religion? The Dilemma of the Religious Exemption », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 15, n° 2, 2007, p. 235-249

BEDIN (V.), « Aristide Briand et la séparation des Églises et de l'État : la commission des Trente-trois », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 24, n° 3, 1977, p. 364-390

BELLON (C.), « Les parlementaires socialistes et la loi de 1905 », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 3, 2005/1, p. 116-136

BELLOUBET-FRIER (N.), « Le principe d'égalité », *AJDA*, n° spécial, 1998, p. 154

BEN AYED (N.), « Le Conseil d'État précise les conditions du recours au bail emphytéotique culturel », *Seban & Associés*, 2017, disponible en ligne sur : <https://www.seban-associes.avocat.fr> (consulté le 9 févr. 2022)

BENELBAZ (C.),

- « L'identité areligieuse de la France », *Revue du droit des religions*, n° 10, 2020, p. 71-88
- « L'abattage rituel et l'animal », *JDA*, 2021, art. 371, disponible en ligne sur : <http://www.journal-du-droit-administratif.fr> (consulté le 12 juill. 2022)

BEHOIT-ROHMER (F.), « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? », *RTDH*, n° 48, 2001, p. 999-1015

BERENI (L.) et CHAPPE (V.-A.), « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 7-34

BERG (T.) (C.),

- « Can Religious Liberty Be Protected As Equality? », *Texas Law Review*, vol. 85, n° 5, 2007
- « Religious Freedom and Nondiscrimination », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 50, n° 1, 2018, p. 181-210

BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255-272

BERNARD (C.), « Les identités religieuses et ethniques à l'aune de l'universalisme républicain », *Champ psychosomatique*, 2001/1, n° 21, p. 133-150

BERNARD (M.) et DAMIEN (A.), « La paix religieuse (1920-1960) », *La Revue administrative*, n° 2, 1999, p. 48-55

- BERNATCHEZ (S.),** « Gouverner les religions au Canada par des innovations juridiques *made in USA* : la réflexivité à l'œuvre dans l'accommodement raisonnable et la liberté de religion », *Revue du droit des religions*, n° 11, 2011, p. 133-154
- BERRE (LE) (C.),** « Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *RDP*, n° 3, 2008, p. 891
- BERTHELEU (H.),**
- « La politique canadienne du multiculturalisme : citoyenneté, accommodements institutionnels et équité », *Sociétés contemporaines*, n° 43, 2001/3, p. 31-51
 - « Sens et usages de "l'ethnisation". Le regard majoritaire sur les rapports sociaux ethniques », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 23, n° 2, 2007, p. 7-28
- BERTOZZO (M.),** « Le 11 août 1789 : la société féodale, une fin en dents de scie », *Revue générale du droit*, n° 29045, 2017
- BILICI (F.),** « L'Islam en France sous l'Ancien Régime et la Révolution : attraction et répulsion », *Rives méditerranéennes*, n° 14, 2003, p. 17-37
- BIN (F.),**
- « Actualité de la fiscalité cultuelle en droit français : où en est la laïcité fiscale ? », *Société Droit et Religion*, n° 1, 2011, p. 242
 - « Le problème d'un principe fondamental indéfini », *Société, Droit et Religion*, n° 3, 2013/1, p. 67-86
- BINHAS (R.),** « Interdiction des signes religieux : le Québec se rebelle au pays du multiculturalisme », *Marianne*, 2 avr. 2019
- BIOY (X.),** « Dans toute la mesure du possible... À propos de l'alimentation halal en détention », *AJDA*, 2016, p. 1127
- « Protéger la liberté de religion sans la notion de religion ? », *Politeia*, n° 29, 2016, p. 107
- BLACHER (P.),** « Droit constitutionnel et identité féminine », *La Revue administrative*, n° 289, 1996, p. 38-44.
- BLANC (D.),** « Au panthéon des principes, la laïcité reconnaissante », *LPA*, n° 65, 2017, p. 9
- BLET (P.),** « L'ordre du clergé au XVII^e siècle », *Revue d'histoire de l'Église de France*, n° 152, 1968, p. 5-26
- BOKDMA-TOGNETTI (E.),** « Le financement des cultes dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, 2016, p. 33
- BONNET (A.),** « Qu'est-ce qu'un édifice affecté au culte ? », *AJDA*, 2004, p. 271
- BONNET (B.),** « Repas de substitution et principe de laïcité : de l'intérêt d'un accommodement raisonnable », *AJDA*, 2019, p. 117
- BORGETTO (M.-J.),** « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 8-17
- BOSSET (P.),**
- « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 13, n° 3, 2005, p. 79-95
 - « Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 62, 2009/1, p. 1-32
- BOUCHER (F.),**
- « Exemption to the Laws, Freedom of Religion and Freedom of Conscience in Postsecular Societies », *Philosophy and Public Issues*, vol. 3, n° 2, 2013, p. 159-200

- « Les fondements égalitaristes des pratiques d’accommodement de la diversité religieuse », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 109, n° 4, 2011, p. 671-695
- BOUDET (J.-F.)**, « États et religions en Europe : Perspectives financières », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n° 4, 2005, p. 993-1013
- BOUGNOUX (A.)**,
 - « Fasc. 175-60 : Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *JCST*, 2014
 - « Fasc. 40 : Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Associations culturelles. Associations diocésaines », *JCST*, 2015
- BOUGNOUX (A.) et LARONDE-CLERAC (C.)**, « Fasc. 175-60 : Associations. – Associations soumises à un régime spécial. – Congrégations religieuses », *JCST*, 2022
- BOULAD-AYOUB (J.)**, « Vive la Nation ! », *Philosophie Politique*, n° 8, 1997, p. 27
- BOUVET (L.)**, « La République au défi de la représentation des différences identitaires », *Politique*, n° 1080, oct. 2016
- BOYER (A.)**, « Comment l’État laïque connaît-il les religions ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 37-49
- BRIBOSIA (E.), RINGELHEIM (J.) et RORIVE (I.)**, « Aménager la diversité : le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009, p. 319-373
- BROUSSOLLE (D.)**, « L’élaboration du statut des juifs de 1940 », *Le Genre humain*, n° 30-31, 1991/1, p. 115-139
- BRULEY (Y.)**, « Mariage et familles sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoléonica. La Revue*, n° 14, 2012/2, p. 111-126
- BUI-XUAN (O.)**,
 - « Conciliation de l’obligation de neutralité religieuse et du principe de non-discrimination en droit de la fonction publique », *Revue du droit des religions*, n° 4, 2017, p. 33-50
 - « Le principe d’égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », *Titre VII*, n° 4, avr. 2020, p. 212-225
- BUISSON (F.)**, « La Vraie Séparation », *Le Radical*, n° 50, 19 févr. 1907, p. 1
- BURDEAU (F.)**, « Histoire des idées politiques », *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, n° 1, 1995, p. 3-7
- BURGORGUE-LARSEN (L.)**, « La basculement de l’histoire ? Les attaques contre l’universalisme des droits de l’homme », *RDLF*, chron. n° 6, 2021
- CABANEL (P.)**, « Une loi du retour (15 décembre 1790) : réparation nationale et crispations nationalistes sur le thème du retour des huguenots », *Diasporas. Histoire et sociétés*, n° 8, 2006, p. 49-77
- CACERES (G.)**, « L’aménagement raisonnable en matière religieuse : lorsque les concepts franchissent l’Atlantique », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 1, 2012, p. 8-57
- CALVES (G.)**,
 - « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001/5, p. 163-174
 - « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 29-40
 - « Le critère “religion ou convictions”, même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, 2018, p. 323

- « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *RDLF*, chron. n° 29, 2022

CARBONNIER (J.),

- note sous CA de Nîmes, 10 juin 1967, *D.*, 1969, p. 367
- « La passion des lois au siècle des Lumières », *Bulletin de l'Académie Royale de Belgique*, n° 62, 1976, p. 549-554

CASTAING (C.), « Et si l'habit faisait le moine ? Un, deux, trois... laïcité ! », *AJDA*, 2023, p. 1577

CERVERA-MARZAL (M.), « Sociologie et philosophie politique : nouvelle(s) articulation(s) », *Raisons politiques*, n° 62, 2016/2, p. 143-149

CEYHAN (A.), « Le communautarisme et la question de la reconnaissance », *Cultures & Conflits*, n° 12, 1993

CHARLOT (B.), « Droit à la différence, droit à l'universel, droit au sens », *Hommes et Migrations*, n° 1129-1130, 1990, p. 47-50

CHARPY (A.) et JUSTON (P.), « Réflexions sur la circoncision rituelle de l'enfant », *JDA*, chron. n° 9, art. 225, disponible en ligne sur : <http://www.journal-du-droit-administratif.fr> (consulté le 15 avr. 2024)

CHAUMET (P.-O.), « L'administration des cultes non reconnus par l'État au XIX^e siècle », *Rev. hist. dr. fr. et étranger*, vol. 84, 2006, p. 19-43

CHEVALIER (J.-B.), « La mise à disposition d'une salle municipale pour la célébration d'une fête religieuse », *AJDA*, 2016, p. 108

CHEVALLIER (J.),

- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n°3, 1998, p. 659-714
- « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, avr. 1999, p. 3-18

CHICOT (P.-Y.), « Le principe d'indivisibilité de la République et la question des minorités en Guyane française, à la lumière du cas amérindien », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n° 12, 2000, p. 175-197

CHOPELIN (P.), « La tolérance des Lumières à l'épreuve de la Révolution française », *Histoire, monde et cultures religieuses*, n° 43, 2017/3, p. 51-64

CHOURAQUI (J.-M.), « Les communautés juives face au processus de l'Émancipation », *Rives méditerranéennes*, n° 14, 2003, p. 39-48

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF (M.-F.), « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, p. 168

CITOT (V.), « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste », *Le Philosophoire*, n° 31, 2009/1, p. 89-112

CLAVAGNIER (B.), « La lutte contre les sectes ne justifie pas tout ! », *JA*, n° 444, 2011, p. 3

COHEN (M.), « Laïcité et minorités religieuses : de nouvelles questions », *La laïcité française*, Congrès, Arbonne, 2007, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 24 nov. 2022)

COHU (M.), MAISONNEUVE (C.) et TESTE (B.), « Construction et validation à l'échelle de mesure de croyances relatives à la laïcité », *Psychologie française*, n° 63, 2018, p. 337-356

COLIN (A.), « Les corporations ont-elles été supprimées en principe dans la nuit du 4 août 1789 ? », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 45, 1931, p. 252-257

COMTE-PERRIER (M.), « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », *RFDA*, 2013, p. 326

COQ (G.), « Faut-il changer la loi de 1905 ? », *Hommes et Migrations*, n° 1259, 2006, p. 31-43

CORTEZ (B.), « Les enjeux politiques d'une définition juridique des peuples autochtones », *Droits et Cultures*, n° 25, 1993, p. 69-91

- COTE (P.)**, « Politiques religieuses et exercice de la raison publique en France et au Canada, *Éthique publique*, vol. 8, n° 1, 2006
- COTE-BOUCHER (K.) et HADJ-MOUSSA (R.)**, « Malaise identitaire : islam, laïcité et logique préventive en France et au Québec », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 46, 2008
- COULOMBEL (P.)**, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.*, 1956, p. 1
- COURTOIS (S.)**, « Égalité de traitement et multiculturalisme », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 108, n° 2, 2010, p. 205-231
- CURTIT (F.)**, « Bien-être animal et abattage rituel en droit de l'Union européenne : une difficile conciliation », *Revue du droit des religions*, n° 12, 2021, p. 47-63
- CURTIT (F.) et FORNEROD (A.)**, « Manifestations de la soft law en droit français des religions », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 45, n° 2, 2016, p. 111-126
- DABIN (J.)**, « La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine », *Revue néo-scholastique de philosophie*, n° 20, 1928, p. 418-461
- DARGENT (C.)**, « L'État et la difficile saisie statistique de la religion : l'exemple des protestants dans les recensements en France au XIX^e siècle », *Population*, vol. 64, 2009/1, p. 215-232
- DAWSON (P.)**, « Le 6^e bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme. Juillet 1789 », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 232, 1978, p. 161-179
- DEFERT (F.-J.)**, « Le principe de neutralité dans les cantines scolaires », *AJCT*, n° 1, 2018, p. 20
- DELGRANGE (X.) et KOUSSENS (D.)**, « La fabrique de la laïcité par le juge. Éléments de comparaison Belgique-France-Québec », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 85, 2020/2, p. 93-127
- DELSSENNE (L.)**, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, n° 2, 2005, p. 427
- DELSOL (X.)**, « Vers une taxation des dons manuels aux associations ? », *JA*, n° 225, 2000, p. 38
- DERUETTE (S.)** (propos recueillis par M. RIGLET), « Les Lumières et la question de l'athéisme, la figure du curé Meslier », *Humanisme*, n° 312, 2016/3, p. 55-61
- DESAULNAY (O.)**, « Vers la rédemption de la laïcité ? », *LPA*, n° 65, 2017, p. 72
- DESCOMBLES (V.)**, « Les embarras de l'identité », *L'information psychiatrique*, vol. 91, 2015/1, p. 61-65
- DESMURS-MOSCET (Y.) et ROUVIERE-PERRIER (I.)**, « Fasc. 215 : Cultes », *JCA*, 2012, (actualisé par **RAMBAUD (T.)**, déc. 2020)
- DETING (A.) et SLAUTSKY (E.)**, « Liberté religieuse et bien-être animal : la Cour constitutionnelle de Belgique admet la constitutionnalité de l'interdiction de l'abattage rituel sans étourdissement préalable », *RTDH*, n° 133, 2023, p. 171-191
- DIALMY (A.)**, « Les antinomies du port du voile », *Social Compass*, n° 55, 2008, p. 561-580
- DIEU (F.)**,
- « Quand le centre absorbe la périphérie : l'assimilation des occupants du domaine public aux agents publics en matière d'autorisation d'absence pour motif religieux », *JCP A*, n° 35, 2012, p. 2281, commentaire sous CE, 23 déc. 2011, *Halfon et a.*, n° 323309
 - « Les Témoins de Jéhovah et l'Église de scientologie : situation au 16 octobre 2013 », *D.*, 2014, p. 41
 - « Le baptême, un événement ineffaçable », *D.*, 2015, p. 850-855, note sous Cass., civ., 19 nov. 2014, n° 13-25.156.
 - « Convictions religieuses et ajustement de la norme commune : raideur théorique et souplesse jurisprudentielle », *Revue du droit des religions*, n° 7, 2019, p. 81-108

- DIEZ-PICAZO (L.) (M.),** « Le concept de loi », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 19-2003, 2004, p. 450-471
- DJELASSI (A.), MERTENS (R.) et WATTIER (S.),** « Principe de neutralité dans les entreprises privées : la Cour de justice étoffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux », *RTDH*, n° 130, 2022, p. 373-395
- DOMINGO (R.),** « A right to religious and moral freedom? », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n° 1, 2014, p. 226-247
- DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.),** « Le sacré et le local », *AJDA*, n° 29, 2011, p. 1667
- DONZALOT (J.) et MEVEL (C.),** « La politique de la ville. Une comparaison entre les USA et la France. Mixité sociale et développement communautaire », *Veille internationale*, n° 56, mai 2001
- DRAGO (R.),** « Laïcité, neutralité, liberté ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 38, 1993, p. 221-230
- DUFFAR (J.),** « Religion et travail dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 1993, p. 695-718
- DUPRET (B.),** « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 34/2018, p. 123-142
- DUTRIEUX (D.),** « Cimetières et cultes : la solution des carrés confessionnels illégaux dans les cimetières communaux », *AJCT*, 2012, p. 298
- DUVERT (C.),** « Droit et religion(s). Genèse et devenir d'un rapport méconnu », *RRJ*, n° 7, 1996, p. 737-740
- EDEL (F.),**
- « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 49, 2009/1, p. 213-242
 - « Deux siècle de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *Revue française d'administration publique*, n° 142, 2012/2, p. 339-367
 - « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, 2015/1, n° 61, p. 117-142
- EDGE (P.) (W.),** « Religious rights and choice under the European Convention on Human Rights », *Web Journal of Current Legal Issues*, n° 3, 2000
- EISENBERG (A.),** « Choice or Identity? Dilemmas of Protecting Religious Freedom in Canada », *Recode*, n° 24, 2014
- EISENMANN (C.),** « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 11, 1966, p. 25-43
- EISGRUBER (C.) (L.) et SAGER (L.) (G.),** « The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct », *The University of Chicago law Review*, n° 61, 1994, p. 1245-1315
- ENCREVE (A.),** « Protestantisme et bonapartisme », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 28, 2004, p. 111-131
- ERRERA (R.),** « Liberté religieuse et laïcité », *Études*, t. 403, 2005/11, p. 475-486
- ÉVEILLARD (G.),**
- « Abattage rituel et police administrative », *DA*, déc. 2013, p. 44-48, commentaire sous CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441
 - « La licéité des menus de substitution dans les cantines scolaires », *DA*, n° 3, 2021, comm. 16, commentaire sous CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483

FABRE (M.),

- « L'identité légale des Juifs sous Vichy. La contribution des juges », *Labyrinthe*, n° 7, 2000, p. 23-41
- « Sens et usages contemporains de la laïcité », *Éducation et socialisation*, n° 46, 2017

FATH (S.), « La politique religieuse de la Monarchie de Juillet et du Second Empire : L'exemple des baptistes de l'Aisne », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, n° 147/3, 2001, p. 475-501

FAUCHER (B.), « Les registres de l'état civil protestant en France depuis le XVI^e siècle jusqu'à nos jours », *Bibliothèque de l'École des chartes*, n° 84, 1923, p. 306-346

FAUCHOIS (Y.), « La difficulté d'être libre : les droits de l'homme, l'Église catholique et l'Assemblée constituante, 1789-1791 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 48-1, 2001/1, p. 71-101.

FERREOL (G.), « Diversité culturelle, dynamiques identitaires et rapport à autrui », *Hermès, La Revue*, n° 71, 2015/1, p. 109-115

FERRY (L.) et RENAUT (A.), « Droits-libertés et droits-créances », *Droits*, n° 2, 1985, p. 75-84

FIALAIRE (J.),

- « Les rapports entre les collectivités territoriales et les cultes. Quel nouveau cadre théorique forgé par la jurisprudence ? », *AJDA*, 2012, p. 2305
- « Compétences des collectivités territoriales : cultes et moyens d'action administrative locale », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2020, folio n° 4327

FLAMENT (P.), « Deux mille Prêtres dans la tourmente », *Annales de Normandie*, n° 39-2, 1989, p. 177-189

FLAUSS (J.-F.),

- « Le principe de laïcité en droit français, évolutions récentes », *Le Quotidien juridique*, n° 150, 1990, p. 10
- « Abattage rituel et liberté de religion : le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses », *RTDH*, n° 45, 2001, p. 195-217

FLAVIER (H.), « Le financement public des cultes en France et le principe de laïcité », *RDP*, n° 6, 2010, p. 1597

FOESSEL (M.), « Être reconnu : droit ou fantasme ? », *Esprit*, juill. 2008, p. 61-75

FOREY (E.), « L'interdiction de financer les cultes dans la jurisprudence administrative », *Société, droit et religion*, vol. 3, n° 1, 2013, p. 87-111

FORNEROD (A.),

- « Jours fériés et fêtes religieuses », *Revue du droit des religions*, n° 8, 2019, p. 175-187
- « L'encadrement de l'abattage rituel en droit français : une irréductible exception ? », *Revue du droit des religions*, n° 12, 2021, p. 65-78
- « Relation de travail et ministres du culte en France », *Derecho y religión*, n° 16, 2021, p. 165-172

FORTIER (V.),

- « Justice civile, religions et croyances », *RRJ*, n° 74, t. 3, 1998, p. 961-1007
- « Normativité juridique vs. normativité religieuse : l'office du juge pour arbitrer les conflits », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 103-116.
- « Un singulier pluriel : réflexions autour de l'appréhension juridique de l'identité religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 10, 2020, p. 55-70

FRANCK (C.), « VI – Le principe d'égalité », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, n° 1-1985, p. 191-197

- FRASER (N.),** « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du Mauss*, n° 23, 2004/1, p. 152-164
- FREGOSI (F.),**
- « Les contours fluctuants d’une régulation étatique de l’Islam », *Hommes et Migrations*, n° 1220, 1999, p. 14-29
 - « Les musulmans de France sont les acteurs de leur propre sécularisation », *Le Monde*, 10 sept. 2004
 - « L’islam en France par les urnes : retour sur les élections du Conseil français du culte musulman », *L’Année du Maghreb*, n° II, 2007, p. 491-497
- FREMEAUX (S.),** « Réflexions sur le droit et la croyance », *RRJ*, n° 107, vol. 1, 2005, p. 467-475
- FULCHIRON (H.) et PHILIP-GAY (M.),** « La laïcité : un principe, des valeurs », *D.*, 2015, p. 274
- FURIO (D.),** « L’Évènement et l’histoire de la Révolution française », *Mélanges de l’école française de Rome*, tome 104, n° 1, 1992, p. 13-27
- GAILLET (A.),** « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », *Société, Droit et Religion*, n° 2, 2012/1, p. 47-71
- GAGNOL (P.),**
- « Les décimes et les dons gratuits », *Revue d’histoire de l’Église de France*, n° 2, 1910, p. 167-173
 - « Les décimes et les dons gratuits », *Revue d’histoire de l’Église de France*, n° 10, 1911, p. 465-481
- GALLARDO (J.-M.),** « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d’État », *AJDA*, 2003, p. 219
- GARAY (A.),** « Le refus de location d’un stade à une association culturelle et la liberté de réunion », *D.*, 2004, p. 2398
- GARDIEN (P.),** « Pas de burkini à la piscine : ce qu’a jugé le Conseil d’État », *Village de la justice*, juin 2022, disponible en ligne sur : <https://www.village-justice.com> (consulté le 18 févr. 2024)
- GARNETT (R.) (W.),** « Liberté religieuse, autonomie des églises et structure de la liberté », *Conscience et liberté*, n° 72, 2011, p. 51
- GARVEY (H.) (J.),**
- « Free Exercise and the Values of Religious Liberty », *Connecticut Law Review*, vol 18, 1986, p. 779-802
 - « An Anti-Liberal Argument for Religious Freedom », *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 7, 1996, p. 275-291
- GAST (P.),**
- « Analyse critique de la situation des mouvements religieux en droit positif français », *Conscience et liberté*, n°58, 1999, p. 83-103
 - « Religions, sectes et discriminations », *CRDF*, n° 2, 2003, p. 49-62
- GAUCHET (M.),** « Les tâches de la philosophie politique », *Revue Mauss*, n° 19, 2002/1, p. 275-303
- GAUDEMET (Y.),** « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, n° 2, 2015, p. 329
- « La laïcité en droit français », *Commentaires*, n° 174, 2021/2, p. 245-254
- GAUTHIER (F.),** « Primat de l’authenticité et besoin de reconnaissance. La société de consommation et la nouvelle régulation du religieux », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 41, n° 1, 2012, p. 93-111
- GEISSER (V.),** « Nation civique versus nation ethnique ? Les faux semblants de l’universalisme républicain », *Annales de philosophie et des sciences humaines*, t. 1, n° 23, 2007, p. 57-74.

- GELINAS (C.)**, « Pluralisme religieux et radicalisme en milieu autochtone au Canada », *Histoire, monde et cultures religieuses*, n° 27, 2013/3, p. 43-59
- GESLIN (A.)**, « Une brève historiographie de “pluralisme juridique” : quand les usagers d’une notion en font un instrument de luttes politiques », *Droit et anthropologie*, n° 15, 2019
- GICQUEL (J.-É.)**, « Charte des langues régionales : le long chemin vers la ratification », *Fondation Jean Jaurès*, note n° 15, 18 sept. 2015, disponible en ligne sur : jean-jaures.org (consulté le 5 janv. 2020)
- GIGNAC (J.-L.)**,
- « Sur le multiculturalisme et la politique de la différence identitaire : Tayler, Walzer, Kymlicka », *Politique et Sociétés*, vol. 16, n° 2, 1997, p. 31-65
 - « Le multiculturalisme canadien est-il antijacobin ? », *Bulletin d’histoire politique*, vol. 9, n° 1, 2000, p. 136-147
- GLINIASTY (DE) (J.)**, « Laïcité dans les piscines municipales : entre principe juridique et argument politique (CE ord., 21 juin 2022, Commune de Grenoble) », *RDLF*, chron. n° 33, 2022
- GODECHOT (J.)**, « Les Juifs de Nancy de 1789 à 1795 », *Revue des études juives*, t. 86, n° 171, 1928, p. 1-35
- GOLDSTEIN SEPINWAL (A.)**, « Les paradoxes de la régénération révolutionnaire. Le cas de l’abbé Grégoire », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 321, 2000
- GONZALEZ (G.)**,
- « La liberté de religion à l’épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne », *RTDH*, n° 122, 2020, p. 103-120
 - « Covid 19 : le Conseil d’État au chevet de la liberté de culte », *JCP G*, n° 24, 2020, 717, p. 1090-1093
 - « Le burkini, l’édile grenoblois et le juge administratif. À propos de l’ordonnance du Conseil d’État du 21 juin 2022 », *JCP G*, n° 26, 2022, p. 1292-1294
- GOZLAN (M.)**, « Les religions méconnues : le jaïnisme, religion athée », *Marianne*, juill. 2016, disponible en ligne sur : <https://www.marianne.net> (consulté le 6 juill. 2023)
- GOYARD-FABRE (S.)**, « La Déclaration des droits ou le devoir d’humanité : une philosophie de l’espérance », *Droits*, n° 8, 1988, p. 41-54
- GREENE (S.) (A.)**, « Three Theories of Religious Equality...and of Exemptions », *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 963-1007
- GROSHENS (J.-C.)**, « À propos de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l’État », *Revue d’histoire et de philosophie religieuse*, n°2, 2005, p. 207-233
- GRUA (F.)**, « Les divisions en droit », *RTD civ.*, 1993, p. 50
- GRÜNDLER (T.)**, « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Délibérée*, n° 2, 2017/2, p. 60-64
- GUERARD DE LATOUR (S.)**, « Justice et multiculturalisme libéral. Ambiguïté et écueil du modèle de la tolérance religieuse », *Éthique, politique et religions*, n° 11, 2017/2, p. 35-51
- GUIBART-SLEDZIEWSKI (E.)**, « Raison politique et dynamique des lois dans la Déclaration », *Droits*, n° 8, 1988, p. 33-39
- GUICHARD (S.)**, « Convictions et croyances : que protège la liberté de conscience ? », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 48, n° 3, 2019, p. 361-381
- GUILBAUD (M.)**, « La loi de séparation de 1905 ou l’impossible rupture », *Revue d’histoire du XIX^e siècle*, n° 28, 2004, p. 163-173
- GUILLAUME (B.)**, « Loi 1901 ou Loi 1905 ? », *JA*, n° 450, 2011, p. 19

- GUILLAUMONT (O.)**, « Du principe de neutralité des cimetières et de la pratique des carrés confessionnels », *JCP A*, n° 50, 2004, 1799
- GUILLET (N.)**, « La MILS est morte, vive la MIVILUDES ! », *JCP A*, n° 6, 2003, p. 138
- GUIZOT (F.)**, « M. de Barante, ses souvenirs de famille, sa vie et ses œuvres », *Revue des Deux-Mondes*, 1867, t. LXX, p. 18-20
- GUSDORF (G.)**, « La France, pays des droits de l'homme... », *Droits*, n° 8, 1988, p.23-31
- GUYOMAR (M.) et GENEVOIS (B.)**, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, oct. 2018
- HABERMAS (J.)**, « De la tolérance religieuse aux droits culturels », *Cités*, n° 13, 2003, p. 151-170
- HAINCE (M.-C.)**, « Entre le religieux et le séculier : les apories de la gestion de la diversité », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 46, n° 2, 2017, p. 292-307
- HALL (T.) (L.)**, « Religion, Equality, and Difference », *Temple Law Review*, vol. 65, n° 1, 1992, p. 1-90
- HAMON (L.)**, « La Révolution française et la question religieuse », *Droits*, n° 18, 1993, p. 43-54
- HEBERT (L.)**, « Analyse comparée d'attributs de Dieu et des bouddhas », *RS.SI*, vol. 37, n° 1-2, 2017, p. 111-139
- HEINE (S.)**, « La dimension communautarienne du républicanisme français : l'affaire du foulard islamique comme réactivation d'un imaginaire national », *Raison publique*, n° 9, oct. 2008, p. 59-85
- HELLY (D.)**,
- « Le multiculturalisme canadien », *Hommes et Migrations*, n° 1200, juill. 1996, p. 25-34
 - « Le traitement de l'islam au Canada. Tendances actuelles », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 20, n° 1, 2004, p. 47-73
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.)**,
- « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *AJDA*, 2012, p. 163-167
 - « Séparation, garantie, neutralité... Les multiples grammaires de la laïcité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, oct. 2016
 - « Nous sommes Achbita », *RTD eur.*, 2019, p. 105
 - « Neutralité religieuse, laïcité et *colorblindness* : essai d'analyse comparée », *Droit et Société*, n° 108, 2021/2, p. 351-365
 - « Religious Neutrality, Laïcité and Colorblindness: A Comparative Analysis », *Cardozo Law Review*, vol. 42, n° 2, 2021, p. 539-595
 - « Commentaire : Conseil d'État, ord., 21 juin 2022, n° 464648, Commune de Grenoble », *Vigie de la Laïcité*, disponible en ligne sur : <https://vigie-laicite.fr> (consulté le 22 juill. 2022)
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.) et WOLMARK (C.)**, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire sur le port du voile au travail, CJUE, Achbita, aff. C. 157-15 », *Semaine sociale Lamy*, n° 1728, 2016, p. 5-8
- HERMON-BELOT (R.)**, « La genèse du système des cultes reconnus : aux origines de la notion française de reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 17-35
- HERMON-BELOT (R.) et FATH (S.)**, « “La République ne reconnaît... aucun culte” », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 7-13
- HERVIEU (N.)**, « Liberté de religion (Art. 9 et 14 CEDH) : Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », *La Revue des Droits de l'Homme*, janv. 2013, disponible en ligne sur : <https://revdh.wordpress.com> (consulté le 7 juin 2022)

- HERVIEU-LEGER (D.)**, « Faut-il définir la religion ? Questions préalables à la construction d'une sociologie de la modernité religieuse », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 63, 1987, p. 11-30
- HOLLEAUX (A.)**, « La fin des règles générales », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, n° 39, 1976, p. 419-451
- HONNETH (A.)**, « Invisibilité : sur l'épistémologie de la "reconnaissance" », *Réseaux*, n° 129-130, 2005, p. 39-57
- HOWARD (E.)**, « Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights or pandering to prejudice », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 28, n° 5, 2021, p. 648-666
- HUSSER (A.)**, « La conciliation entre le principe de neutralité du service public et le droit de la non-discrimination religieuse : un acte manqué ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 8, 2024
- JACQUOT (F.)**, « La nécessité d'identifier la religion par une définition ou des critères précis », *Village justice*, avr. 2020, disponible en ligne sur : <https://www.village-justice.com/articles/necessite-identifier-religion-par-une-definition-des-criteres-precis,34953.html> (consulté le 10 déc. 2021)
- JAFFRELOT (C.)**, « L'État face aux communautés », *Cultures et Conflits*, n° 15/16, 1994, p. 3-6
- JANICOT (L.)**, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, n° 4, 2013, p. 722
- JANNIC-CHERBONNEL (F.)**, « Visite du pape à Marseille : pourquoi la présence d'Emmanuel Macron à la messe est symbolique, mais pas incompatible avec la laïcité », *Franceinfo*, 17 sept. 2023
- JAUME (L.)**, « La Constitution civile du clergé : l'Église n'a ni corps ni territoire », *L'Année canonique*, t. LIX, 2018/1, p. 65-73
- JOVELIN (E.)**, « Sociologie de la femme voilée. Du voile hérité au voile révélé », *Pensée plurielle*, n° 21, 2009/2, p. 113-125
- JOUANJAN (O.)**,
- « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1993, p. 131-139
 - « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012
 - « Logiques de l'égalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 4, avr. 2020
- JOIN-LAMBERT (A.)**, « Quel sens pour les fêtes chrétiennes ? », *Études*, t. 412, 2010/3, p. 355-364
- JOSSERAND (L.)**, « Sur la constitution d'un droit de classe », *D.*, chr. 1, 1937, p. 1-4
- KABOGLU (I.)**, « L'individualisme dans la Déclaration des droits de 1789 et la "conception individualiste" dans la Turquie contemporaine », *CEMOTI*, n° 12, 1991, p. 99-115
- KAHN (P.)**, « La laïcité est-elle une valeur ? », *Spirale*, 2007, n° 39, pp. 29-3
- KEBE (A.)**, « Le nouveau déféré laïcité à l'épreuve de la libre adaptation du service public. Réflexions à partir de l'ordonnance du Conseil d'État du 21 juin 2022, Commune de Grenoble, n° 464648 », 2023, disponible en ligne sur : <https://univ-rochelle.hal.science> (consulté le 18 févr. 2024)
- KEFER (F.) et LINGUELET (R.)**, « L'affaire Achbita c. G4S Secure Solutions : le suspense continue », *J.L.M.B.*, n° 3, 2018, p. 122-129
- KHAITAN (T.) et CALDERWOOD NORTON (J.)**,
- « The right to freedom of religion and the right against religious discrimination: Theoretical distinctions », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17, n° 4, p. 1125-1145
 - « Religion in human rights law: A normative restatement », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, n° 1, 2020, p. 111-129
- KIMMEL-ALCOVER (A.)**, « Restauration scolaire et laïcité : quand la religion de l'élève s'invite à la table de la cantine », *RDSS*, 2014, p. 146

KINTZLER (C.),

- « Laïcité et philosophie », *Archives de philosophie du droit*, t. 48, 2005, p. 43-56
- « Construire philosophiquement le concept de laïcité. Quelques réflexions sur la constitution et le statut d'une théorie », *Cités*, n° 52, 2012/4, p. 51-68

KISS (C.) (A.), « Le concept d'égalité : définition et expérience », *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 1, 1986

KMONK (K.), « Les “carrés confessionnels” : requiem pour la neutralité des cimetières publics ? », *RFDA*, 2016, p. 1201

KNEE (P.), « Universalisme et pluralisme chez Montesquieu », *Philosophiques*, vol. 18, n° 2, 1991, p. 3-26

KOPPELMAN (A.),

- « Is it fair to Give Religion Special Treatment? », *University of Illinois Law Review*, n° 3, 2006, p. 571-603
- « Nonexistent & Irreplaceable. Keep the Religion in Religious Freedom », *Commonweal*, vol. 142, n° 7, mars 2015

KOUBI (G.),

- « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *La Revue administrative*, n° 236, 1987, p. 133-138
- « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux », *JCP G*, n° 29, 1987, 3292
- « En marge d'un “conflit” : observations sur la liberté d'opinions, “mêmes” religieuses... », *LPA*, n° 36, 1991, p. 16
- « Droit et religion : dérives ou inconséquences de la logique de conciliation », *RDP*, 1992, p. 725-748
- « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France... », *RTDH*, n° 14, 1993, p. 243-262
- « L'“entre-deux” des droits de l'homme et des droits des minorités : “un concept d'appartenance” ? », *RTDH*, n° 18, 1994, p. 177-194
- « Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités », *RTDH*, 1997, p. 412
- « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 4, 1999, p. 721-739
- « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA*, 2003, p. 1005

KOUSSENS (D.),

- « La religion “saisie” par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France ? », *Recherches sociographiques*, vol. 52, n° 3, 2011, p. 811-832
- « Ce que la laïcité a de nouveau, ou pas. Regards croisés France-Québec », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 14, 2018

KOUSSENS (D.) et DEJEAN (F.), « Stratégies des communautés évangéliques face aux contraintes des réglementations des lieux de cultes en France et au Québec », *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, vol. 42 (1), 2013, p. 59-82

LABORDE (C.),

- « Republicanisme critique vs républicanisme conservateur : repenser les “accommodements raisonnables” », *Critique internationale*, n° 44, 2009, p. 19-33
- « Equal Liberty, Non-Establishment and Religious Freedom », *Journal of Legal Theory*, vol. 20, n° 1, 2014, p. 52-77

- « Religion in the Law: The Disaggregation Approach », *Law and Philosophy*, vol. 34, n° 6, 2015, p. 581-600
- « Républicanisme critique et religion », *Mouvements*, n° 89, 2017/1, p. 62-68
- LACROIX (J.)**, « Communautarisme et pluralisme dans le débat français. Essai d'élucidation », *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007
- LADRIERE (J.)**, « Droit naturel, droit, éthique », *RIEJ*, vol. 13, 1984/2, p. 90-97
- LAGRANGE (M.)**, « L'État nouveau et les questions religieuses », *Revue des Deux Mondes*, vol. 78, n° 1, 1943, p. 39-61
- A. LALLET (A.)**, concl. sous CE, 20 mars 2013, *Association végétarienne de France c. Ministre de l'Agriculture*, n° 354547, disponible en ligne sur : <https://www.conseil-etat.fr> (consulté le 20 juin 2023)
- LALOUE (J.)**,
 - « Les enterrements civils dans les premières décennies de la Troisième République », *Ethnologie française*, t. 13, n° 2, 1983, p. 111-128
 - « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prétoires », *Mots. Les langages du politique*, n° 27, 1991
 - « La Séparation avant la Séparation. "Projets" et propositions de loi (1866-1891) », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 87, 2005/3, p. 41-55
 - « La politique religieuse de la Seconde République », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 28, 2004, p. 79-94
 - « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, n° 162, 2013/4, p. 45-57
 - « Les vains débats de la Seconde République en matière de religion », *L'année canonique*, t. LIX, 2018/1, p. 109-118
- LANDAU (L.)**, « Aspects et problèmes spécifiques de l'histoire des Juifs en France », *Revue d'histoire de l'Église de France*, t. 59, n° 173, 1973, p. 229-249
- LANDHEER-CIESLAK (C.)**,
 - « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 2, 2006, p. 239-217
 - « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 623-675
- LANDOT (E.)**, « Le rite abat sans estourbir ; quid si l'abat non estourbi irrite ? », *Landot & associés*, juill. 2022, disponible en ligne sur : <https://blog.landot-avocats.net> (consulté le 15 juin 2023)
- LANTERO (C.)**, « L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination », *RDP*, n° 3, 2009, p. 817
- LAMBERT (Y.)**, « La "Tour de Babel" des définitions de la religion », *Social Compass*, vol. 38, n°1, 1991, p. 73-85
- LAMINE (A.-S.)**,
 - « Mise en scène de la "bonne entente" interreligieuse et reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 83-96
 - « Identités religieuses, appartenance communautaire et participation sociale », *Revue du droit des religions*, n° 10, 2020, p. 105-12
- LAMONT (M.) et BAIL (C. A.)**, « Sur les frontières de la reconnaissance », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 21, n° 2, 2005, p. 4
- LANDES (X.)**, « Multiculturalisme et culture. La portée de la critique réductionniste », *Revue philosophique de Louvain*, t. 109, n° 4, 2011, p. 641-670

LANGLOIS (C.),

- « Religion, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *Revue française de sociologie*, n° 30-3-4, 1989, p. 471-496
- « Incertaine actualité du système concordataire en France », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n° 66, 2000, p. 107-117

LARMORE (C.), « Qu'est-ce que la philosophie politique ? » (traduction de l'anglais par D. CLICHE), *Revue Phares*, n° 10, 2010, p. 9-36.

LAULOME (S.), « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1762, 2017, p. 6-10

LAVERGNE (C.), « Vincent Descombes, *Les embarras de l'identité*, NRF Gallimard, « Les Essais », Paris, 2013, 282 p. », *Terrains/Théories*, n° 3, 2015

LAVOIE (B.), « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *Réguler le religieux*, vol. 4, 2015, p. 1-20

LAYCOCK (D.), « Religious Liberty as Liberty », *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 313-356

LEBEN (C.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295-353

LECLERC (C.), « Le statut d'association cultuelle et les sectes », *RFDA*, 2005, p. 565

LECLERC (H.), « Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression », *Legicom*, n° 55, 2015/2, p. 43-52

LECUCQ (O.), « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *AJDA*, n° 4, 2008, p. 141-149

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Citoyen », *Droits*, n° 17, 1993, p. 33-42

LEITER (B.), « "Why Tolerate Religion?" has clearly touched a nerve: some comments on Michael McConnell's review », *Brian Leiter's law School Reports*, déc. 2013, disponible en ligne sur : <https://leiterlawschool.typepad.com> (consulté le 16 mai 2023)

LEMAIRE (F.), « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301

LEPELTIER (T.), « Véganisme et antisépisme : deux nouvelles formes de religiosité ? », *Revue du droit des religions*, n° 12, 2021, p. 113-126

LEPINARD (E.), « Écriture juridique et régulation du religieux minoritaire en France au Canada », *Revue française de science politique*, vol. 64, 2014/4, p. 669-688

LESCHI (D.),

- « À propos des sectes », *Médium*, n° 11, 2007, p. 44-61
- « Problèmes contemporains de la laïcité publique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, 2016, p. 264
- « L'organisation du culte musulman : un regard de praticien administratif », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 27-42

LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 55-71

LEYVA (K.), « Multiculturalisme et laïcité en France : les trois républicanismes du rapport Stasi », *Dialogue*, n° 54, 2016, p. 647-684

LIBCHABER (R.), « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 575

LIBER (M.),

- « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) », *Revue des études juives*, t. 63, n° 126, 1912, p. 185-210
- « Les Juifs et la convocation des États Généraux (1789) (Suite) », *Revue des études juives*, t. 64, n° 127, 1912, p. 89-108
- « Napoléon I^{er} et les Juifs. – La question juive devant le Conseil d'État », *Revue des études juives*, t. 71, n° 142, 1920, p. 127-147
- « Napoléon I^{er} et les Juifs – La question juive devant le Conseil d'État en 1806 (suite) », *Revue des études juives*, t. 72, n° 143, p. 1-23
- « Napoléon I^{er} et les Juifs. – La question juive devant le Conseil d'État en 1806 (suite et fin) », *Revue des études juives*, t. 72, n° 144, 1921, p. 135-162

LIGNEREUX (B.), « Le Conseil constitutionnel et les discriminations par ricochet : confirmations jurisprudentielles », *La lettre juridique*, n° 826, juin 2020

LIGOU (D.), « L'Évolution des cimetières », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 39, 1975, p. 61-77

LOCHAK (D.),

- « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387-392
- « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *RIEJ*, vol. 13, 1984/2, p. 49-88
- « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, 1987, p. 778-790
- « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 291-303
- « Les ambiguïtés du principe de séparation », *Actes*, n° 79/80, 1992
- « Les droits de l'homme : ambivalences et tensions », *Revue internationale de psychologie*, n° 23, 2004, p. 9-24
- « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n° 48, 2004/1, p. 13-23
- « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », *Droit et Cultures*, n° 49, 2005, p. 15-19
- « La race, le sang, le droit. La place de la filiation et du mariage dans la définition des catégories du droit antisémite », *Revue française de théorie juridique*, n° 73, 2023, p. 39-60

LONG (M.), « Liberté religieuse et liberté de conscience », *Rev. adm.*, n° spécial 2, 1999, p. 79-83

LOUPES (P.), « Le casuel dans le diocèse de Bordeaux aux XVII^e et XVIII^e siècle », *Revue d'histoire de l'Église de France*, n° 160, 1972, p. 19-52

LUCHAIRE (F.), « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p. 1229-1274

LUND (C.) (C.), « Religion Is Special Enough », *Virginia Law Review*, vol. 103, n° 3, 2017, p. 481-523

MACHELON (J.-P.), « Combats d'hier, laïcité d'aujourd'hui. Retour sur la loi du 9 décembre 1905 », *Le Débat*, n° 185, 2015/3, p. 83-94

MAIA (J.), « Égalité et Constitution : l'égalité comme principe d'action ordonnée », *Justice et Cassation*, 2020, p. 95-106

MAISONNEUVE (M.), « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 561

MALAUURIE (P.), « Droit, sectes et religions », *Archives de philosophie du droit*, t. 38, 1993, p. 211-219

MARCOU (J.), « La "qualité de juif". L'antisémitisme d'État, de la propagande au droit positif », *Le Genre humain*, n° 30-31, 1996/1, p. 153-171

MARGUENAUD (J.-P.), « Le droit du détenu à un régime végétarien », *RSC*, 2011, p. 221, commentaire sous CEDH, 7 déc. 2010, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06

- MARGUET (L.)**, « Liberté religieuse et séparation : les ambivalences du financement du culte », *RFDA*, 2021, p. 1041
- MARI (DE) (É.)**, « La répression des prêtres réfractaires conduites hors de la loi sous la Révolution française (1793 – an VIII) », *Cahiers d'Études du Religieux*, 2007
- MARONGIU-PERRIA (O.)**, « Politique publique et islam depuis la loi de 1905 », *Hommes et Migrations*, n° 1248, 2004, p. 89-97
- MARSHALL (P.) (W.)**, « The Case Against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption », *Case Western Reserve Law Review*, vol. 40, n° 2, 1989-90, p. 357-412
- MARTIN (R.)**, « L'Homme des droits », *RTD civ.*, 2000, p. 283-287
- MATHIEU (B.)**, « Les mutations du principe d'égalité. Conclusions », *Justice et Cassation*, 2020, p. 143
- MAULIN (E.)**, « Les statistique ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité », *Bulletin de l'Observatoire des Politiques Économiques en Europe*, vol. 20, p. 3-15
- MAY (P.)**, « La controverse sur les tribunaux d'arbitrage religieux ontariens : un non-dit identitaire ? », *Revue canadienne de science politique*, vol. 47, n° 2, 2014, p. 327-347
- MAYEUR (J.-M.)**, « Religion et politique : géographie de la résistance aux inventaires (février-mars 1906) », *Annales. Économies, Société, Civilisations*, n° 6, 1966, p. 1259-1272
- MCCONNELL (M.) (W.)**,
- « Accommodation of Religion », *Supreme Court Review*, vol. 1985, 1985, p. 1-59
 - « The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion », *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 7, 1990, p. 1410-1517
 - « Accommodation of Religion: And Update and a Response to the Critics », *The George Washington Law Review*, vol. 60, n° 3, 1991, p. 685-742
 - « The Problem of Singling out Religion », *DePaul Law Review*, vol. 50, n° 1, 2000, p. 1-48
 - « Why Protect Religious Freedom? », *The Yale Law Journal*, vol. 123, n° 3, 2013, p. 710-810
- MCCREA (R.)**, « Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination and the Seculare State », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 183-210
- MCKEOWN (P.) et DUNN (R.) (A.)**, « A "Life-Style Choice" or a Philosophical Belief?: The Argument for Veganism and Vegetarianism to be a Protected Philosophical Belief and the Position in England and Wales », *Liverpool Law Review*, n° 42, 2021, p. 207-241
- MEDARD INGHILTERRA (R.)**, « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *Délibérée*, n° 7, 2019/2, p. 27-33
- MEDEVIELLE (G.)**, « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Transversalités*, n° 107, 2008/3, p. 69-91
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**,
- « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (le contrôle du respect du principe d'égalité) », *LPA*, n° 46, 2009, p. 70
 - « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010/3, p. 89-100
- MELLERAY (F.)**, « Les voies du Seigneur », *AJDA*, 2020, p. 2457
- MERCAT-BRUNS (M.)**,
- « La personne au prisme des discriminations indirectes », *D.*, 2013, p. 2475
 - « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672

- MERON (M.),** « Statistiques ethniques : tabous et boutades », *Travail, genre et société*, n° 29, 2009/1, p. 62
- MESSNER (F.),** « Laïcité imaginée et laïcité juridique. Les évolutions du régime des cultes en France », *Le Débat*, n° 77, 1993/5, p. 77-83
- MESTIRI (S.),**
- « Droits collectifs, libéralisme et tolérance. Un débat entre Rawls, Kymlicka, Taylor et Habermas », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 92, 2008, p. 753-771
 - « État et religion en Europe. L'exemple des mécanismes d'accès aux statuts des cultes », *Droit et cultures*, t. 2, n° 42, 2001, p. 93-108
- MICLO (F.),** « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, p.115-135
- MILOT (J.-R.),** « La Cour suprême du Canada et la liberté de religion : regard religiologique sur un parcours sinueux », *Religiologiques*, n° 34, 2016, p. 117-142
- MINE (M.),** « Les concepts de discrimination directe et indirecte », *ERA Forum*, n°4, 2003, p. 39-44
- MINNERATH (R.),** « La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l'esprit », *Consciences et Liberté*, n° 40, 1990, p. 16-19
- MONOD (J.-C.),** « La sécularisation. Histoire et actualité d'un concept controversé », *Droits*, n° 58, 2013/2, p. 3-30
- MONOD (F.),** « La liberté religieuse selon la nouvelle Constitution », *Archives du christianisme au Dix-neuvième Siècle*, t. XX, n° 3, p. 17-18
- MONTPETIT (M.) et BERNATCHEZ (S.),** « Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 7, 2019, p. 13-40
- MOON (R.),** « Freedom of Religion Under the Canadian Charter of Rights: The Limits of State Neutrality », *UBC Law Review*, vol. 45, n° 2, 2012, p. 497-549
- MOREAU (L.),** « Le fonctionnaire et le fait religieux », *AJCT*, 2012, p. 295
- MORENA (LA) (DE) (F.),** « Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de la laïcité dans l'entreprise », *Droit social*, 2015
- MORINEAU (M.),** « Les courants de pensée dans la laïcité », *Revue Projet*, n° 267, 2001/3, p. 75-84
- MORTET (L.),** « Les limites de la liberté religieuse du détenu », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 117-128
- MOUANNES (H.),** « Le sens de la laïcité et les limites du phénomène religieux à travers la jurisprudence du Conseil d'État », *Politeia*, 2016, n° 29, p. 222
- MOULY (J.),**
- « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.*, 2017, p. 947
 - « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte », *Droit social*, n° 4, 2018, p. 330
 - « L'applicabilité des règles de droit du travail aux membres de l'organisation religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 5, 2018, p. 87-104
- MOUTOUH (H.),** « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *RDP*, n° 2, 2007, p. 479-488
- MUGLIONI (J.-M.),** « La découverte cosmopolitique de l'humanité », *Le Philosophoire*, n° 31, 2009, p. 37-62
- MURAY (P.),** « Citoyen. De la citoyennophilie », *Le Débat*, n° 112, 2000, p. 53-57
- MUZNY (P.),** « Le droit à l'objection de conscience au service militaire pour motifs religieux », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 129-14

- NAUROIS (DE) (L.),** « Aux confins du Droit privé et du Droit public : la liberté religieuse », *RTDC*, 1962, p. 242
- NICKEL (W.) (J.),** « Who Needs Freedom of Religion? », *University of Colorado Law Review*, vol. 76, 2005, p. 941-964
- NIORT (J.-F.),** « Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle », *Droits*, n° 42, 2005/2, p. 93-118
- OBADIA (C.),** « Entre le même et l'autre, l'Universel », *Le Philosophoire*, n° 31, 2009, p. 113-120.
- OLIVA (A.-M.),** « Émissions religieuses et service public audiovisuel », *Droit et Cultures*, vol. 51, n° 1, 2006, p. 103-112
- PAPI (S.),**
- « Islam, laïcité et commensalité dans les cantines scolaires publiques », *Hommes & migrations*, n° 1296, 2012, p. 126-135
 - « Neutralité dans les cimetières : carrés confessionnels et inhumations religieuses », *AJCT*, 2017, p. 363
- PAULIAT (H.),** « La liberté de culte, un liberté particulièrement fondamentale », *JCP A*, n° 49, 2020, 692, p. 1-2
- PAUTI (C.),** « Autorités publiques, laïcité et discriminations religieuses », *Hommes et Migrations*, n° 1324, 2019/1, p. 57-64
- PELABAY (J.),** « De la tolérance à la reconnaissance. Une lecture des débats philosophiques sur la diversité », *Toiles @ penser*, Doss. n° 2009 – 010 – 005, 2009, disponible en ligne sur : <https://lapenseetleshommes.be> (consulté le 29 juill. 2020)
- PERONNET (M.),** « Les Assemblées du clergé et les protestants », *Dix-Huitième Siècle*, n° 17, 1985, p. 141-50
- PERREAU (B.),** « L'invention républicaine. Éléments d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 41-53
- PERRY (J.) (M.),**
- « From Religious Freedom to Moral Freedom », *San Diego Law Review*, vol. 47, 2010, p. 993-1014
 - « Freedom of Conscience as Religious and Moral Freedom », *Journal of Law and Religion*, vol. 29, n° 1, 2014, p. 124-141
- PHILLIPS (A.),** « La politique identitaire : faut-il tourner la page ? », *Cahiers du Genre*, n° 33, 2002/2, p. 43-61
- PIERRE-CAPS (S.),** « Les “nouveaux cultes” et le “droit public” », *RDP*, n° 4, 1990, p. 1073-1119
- PINGEL (I.),** « Le bien-être animal en droit de l'Union européenne. À propos de trois décisions de la Cour de justice relatives à l'abattage rituel », *RTD Eur.*, n° 1, 2022, p. 57
- PLONGERON (B.),**
- « Regards sur l'historiographie religieuse de la Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 188, 1967, p. 145-198
 - « La première séparation de l'Église et de l'État sous la Révolution a-t-elle eu lieu ? », *Revue d'histoire de l'Église de France*, XCI, 2005, p. 239-263.
- POIRET (C.),** « Au travail, le bonneteau de l'ethnicité », *Mouvements*, n° 4, 1999, p. 19
- PORTA (J.),** « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1) », *RDT*, 2011, p. 290
- PORTIER (P.),** « L'État, les vivants et les morts », *Critique*, n° 780, 2012/5, p. 411-421

POURHET (LE) (A.-M.),

- « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, n° 14, 1998, p. 519-525
- « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, 2001/2, p. 166-177
- « Deux conceptions du droit », *Le Débat*, n° 117, 2001/5, p. 175-178
- « De l'incohérence constitutionnelle... », *LPA*, n° 11, 2016, p. 9

PRANCHERE (J.-Y.), « “Catholisme-laïcité” », *Revue des Deux Mondes*, avr. 2011, p. 109-132

PRELOT (P.-H.),

- « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, n° 3, 2001, p. 738-775
- « Le droit des Églises dans l'État », *Transversalités*, janv.-mars 2005, p. 109-122
- « Le financement public des cultes en France entre régime d'exception et droit commun », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 55-66
- « Les tentatives d'organisation du culte musulman en France au prisme du principe de laïcité », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 13-26

PREVOST (A.), « Le régime de la séparation de l'Église et de l'État dans la ville de Troyes en 1794 », *Revue d'histoire de l'Église de France*, t. 3, n° 15, 1912, p. 249-275

PREVOST-PARADOL (L.-A.), « De la liberté des cultes en France », *Revue des Deux Mondes*, vol. 17, n° 2, 1858, p. 342-366

PUJOL (S.), « L'humanisme et les Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, n° 30, 1998, p. 271-279

PUPPINCK (G.), « Objection de conscience et droits de l'homme », *Société, droit et religion*, n° 6, 2016/1, p. 209-275

RAKOTONDRAHASO (R.) (T.), « Illégalité d'une subvention accordée à une association d'obédience maçonnique », *AJDA*, 2011, p. 1205

RAPI (P.), « Le “contrôle abstrait” de constitutionnalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016

RAYNAULT-OLLU (L.-P.) et ZUCCHI (G.), « Conceptions de religion dans le droit. Étude éclectique des approches juridiques à la définition et au droit à la liberté religieuse », *Revue juridique Thémis*, vol. 46, n° 3, p. 649

REDOR-FICHOT (M.-J.), « Laïcité et principe de non-discrimination », *CRDF*, n° 4, 2005, p. 87

REMOND (R.), « La laïcité et ses contraires », *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 9

RENAUT (A.), « Qu'est-ce qu'une politique juste ? Essai de philosophie politique appliquée », *Politique et Sociétés*, vol. 22, n° 3, 2003, p. 155-178

REUSS (R.), « La séance de nuit de l'Assemblée nationale du 4 août 1789 racontée par un curé alsacien », *Annales de l'École pratique des hautes études*, Annuaire 1923, 1923-1924, p. 7-19

REY (O.), « Que faire des différences ? », *Recherches de Science Religieuse*, t. 101, 2013/3, p. 329-350.

RIGAUX (F.), « La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international », *RRJ*, n° 53, 1993-2, p. 591-601

RINGELHEIM (J.),

- « Athéisme et liberté de conscience en droit international des droits de l'homme », *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n° 1, 2011, p. 33-49
- « La non-discrimination dans la jurisprudence des droits de l'homme. Bilan d'étape », *CRIDHO Working Paper*, 2017/2.

RIVERO (J.), « La notion juridique de laïcité », *D.*, chron. 33, 1949, p. 137

ROBERT (J.), « Sommes-nous encore, en France, en régime de séparation ? », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 4, 2005, p. 99-104

- ROCHFORT-TUQUIN (A.),** « Les protestants face à la séparation des Églises et de l'État. Débats et enjeux idéologiques de 1871 à 1905 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 31, n° 3, 1984, p. 503-516
- ROLLAND (P.),**
- « L'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (27 juin 2000) » in P. TAVERNIER (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1999*, Sceaux, CREDHO, 2001, p. 61-65, disponible en ligne sur : <http://www.credho.org> (consulté le 21 juill. 2022)
 - « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 51-63
 - « La loi de 1905 à l'épreuve des sectes », *Études théologiques et religieuses*, t. 82, 2007, p. 148
 - « La religion, objet de l'analyse juridique », 2013, HAL, disponible en ligne sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr> (consulté le 1^{er} sept. 2022)
 - « Penser la liberté religieuse en 1789 : Stanislas de Clermont-Tonnerre », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 49, 2019, p. 65-100
- ROMAN (J.),** « Un multiculturalisme à la française ? », *Esprit*, juin 1995
- ROQUE (J.-D.),**
- « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (I) », *Études théologiques et religieuses*, t. 73, 1998/2, p. 203-230
 - « Égalité de droit et inégalités de fait entre les différents cultes en France (II) : Le statut social et fiscal des ministres », *Études théologiques et religieuses*, t. 73, 1998/3, p. 403-425.
- ROSENFELD (M.),** « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence, *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, n° 2, 2010, p. 177-208.
- ROULAND (N.),**
- « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTD civ.*, 1994, p. 287.
 - « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 381-419
 - « Être amérindien en Guyane française : de quel droit ? », *RFDC*, 1996, p. 501
 - « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, n° 46, 2000, p. 519-545
- ROULHAC (C.),** « Les droits de l'homme sans la loi ? Conception(s) et effectivité des droits de l'homme en droit français », *RDH*, n° 6, 2014/5
- ROUSSEAU (L.),** « Le vivre ensemble et la recomposition des différences religieuses », Conférence destinée au congrès annuel de la SCÉR, Ottawa, 2009
- ROUX (M) (LE),**
- « La règle d'abstention financière des pouvoirs publics en matière cultuelle », *RDP* n° 1, 2007, p. 261
 - « Le maire ne peut refuser de louer une salle communale pour une fête religieuse », *AJDA*, 2013, p. 694
- RUDE (G.),** « Les sans-culottes parisiens et les journées vendémiaire an IV », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 158, 1959, p. 332-346
- RÜEGGER (M.),** « Tolérance et neutralité : incompatibles ou complémentaires ? », *Les ateliers de l'éthique*, vol. 4, n° 2, 2009, p. 175-86
- PENA-RUIZ (H.),**
- « Laïcité : principes et enjeux actuels », *Cités*, n° 18, 2004/2, p. 63-75
 - « Lecture de la loi de séparation du 9 décembre 1905 à la lumière de l'actualité », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 54-60

- « Laïcité : petite histoire d'un grand idéal », *Après-Demain*, n° 52, 2019/4, p. 22-24

SABBAGH (D.),

- « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, n° 29, 1999, p. 177-194
- « Discrimination positive et déségrégation. Les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, p. 85-99
- « Les mutations contemporaines de l'*affirmative action* », *Politique américaine*, n° 16, 2010/1, p. 11-24

SAFIATIAN (S.), « La rédaction du Code civil », *Napoléonica. La Revue*, n° 16, 2013/1, p. 49-63

SAGNAC (P.),

- « Les Juifs et la Révolution française (1789-1791) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 1, n° 1, 1899, p. 5-23
- « Les Juifs et la Révolution française (1789-1791) (Suite et fin) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 1, n° 3, 1899, p. 209-234
- « Les Juifs et Napoléon (1806-1808) (À suivre) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 2, n° 5, 1900, p. 461-484
- « Les Juifs et Napoléon (1806-1808) (Suite et fin) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 3, n° 5, 1901, p. 461-492
- « Le Concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821) », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, n° 3, 1905, p. 189-210
- « Le Concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821). (Suite) », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, n° 4, 1905, p. 269-288
- « Le Concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821). (Suite et fin) », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 7, n° 6, 1905, p. 433-453

SAINT-BONNET (F.), « La restauration de la religion de l'État et la liberté des cultes », *Jus Politicum*, n° 13, disponible sur en ligne sur : <http://juspoliticum.com> (consulté le 10 juin 2021)

SALIN (DE) (C.), « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA*, 2003, p. 1053

SALEILLES (R.), « Étude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État », *RTD civ.*, 1906, p. 847-874

SAMPER (C.), « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, p. 327-348

SANSY (D.), « Marquer la différence : l'imposition de la rouelle aux XIII^e et XIV^e siècles », *Médiévales*, n° 41, 2001, p. 15-36

SCHNAPPER (D.),

- « Intégration des immigrés et intégration nationale », *Migrants-Formation*, n° 95, déc. 1993, p. 17
- « La Nation et l'universel », *Raison présente*, n° 122, 1997, p. 9-19
- « L'universel républicain revisité », *VEI Enjeux*, n° 121, juin 2000, p. 11-22
- « Les enjeux démocratiques de la statistique ethnique », *Revue française de sociologie*, vol. 49, 2008/1, p. 133-139

SCHUTTER (DE) (O.), « Homosexualité, discours, droit », *RIEJ*, vol. 30, 1993/1, p. 83-142

SCHWARTZMAN (M.), « What If Religion Is Not Special? », *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n° 4, p. 1352-1426

SCOT (J.-P.),

- « Liberté-égalité-laïcité. Genèse, caractères et enjeux de la loi de 1905 », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n° 100, 2007, p. 161-183
- « Laïcité : confusions, dérives et impostures », *La Pensée*, n° 383, 2015/3, p. 13-26

SCOTT (J.), « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du genre*, n° 33, 2002/2, p. 17-41

SEGALL (E.), « Putting the "Exercise" Back in the Free Exercise », *Kentucky Law Journal*, vol. 106, n° 4, p.675-696

SEGAUNES (N.), « La présence d'Emmanuel Macron à la messe du pape François relance le débat sur la laïcité », *Le Monde*, 22 sept. 2023

SEGUR (P.), « Le principe constitutionnel de laïcité », *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, vol. 44, 1996, p. 117-134

SENIGUER (H.), « "communautarisme" et islam en France : y a-t-il un "communautarisme" musulman ? », *Droit social*, 2015, p. 664

SETTOUL (E.), « 2006-2016, 10 ans d'aumônerie militaire du culte musulman », *Hommes et migrations*, n° 1316, 2017, p. 109-117

SEYMOUR (M.) et GOSSELIN-TAPP (J.), « La religion libérale pour les personnes et pour les groupes. Droits fondamentaux et accommodements », *ThéoRèmes*, n° 15, 2019

SFEIR (A.) et COSTE (J.), « Le Conseil français du culte musulman à l'épreuve du temps », *Hommes et Migrations*, n° 1259, 2006, p. 44-54

SILD (N.),

- « La construction de l'État, processus de sécularisation : retour sur une équation inadaptée au cas français », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 50, 2019/2, p. 197-229
- « La conventionnalité des dispositions de la loi Séparatisme relatives aux associations culturelles et para-culturelles », *AJDA*, 2023, p. 843, commentaire sous CE, 22 déc. 2022, n° 461800

SINGER (C.), « 1940-1944 : La laïcité en question sous le régime de Vichy », *Raison présente*, n° 149-150, 2004, p. 41-54

SLAMA (A.-G.), « Contre la discrimination positive », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 133-143

SORBARA (J.-G.), « La spécificité de la définition fiscale de l'édifice culturel », *Société, Droit et religion*, n° 1, 2011/1, p. 105-116

SOULIER (G.), « Droits des minorités et pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, n° 53, 1993-2, p. 525-638

SOUVIGNET (X.), « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315

STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.), « Obligation d'assiduité des élèves de l'enseignement public et liberté religieuse », *AJDA*, n° 7-8, 1995, p. 501

STASSE (F.), « Pour les discriminations positives », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 119-132

SU (A.), « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, n° 5, 2016, p. 28-48

SURATTEAU (J.-R.), « Le Directoire avait-il une politique religieuse ? », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 283, 1990, p. 79-92

SURREL (H.), « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII*, n° 4, avr. 2020

SYDORYK (S.), « La CEDH et le monstre en spaghettis volant : une nécessité de bonne foi des fois protégées par la Convention ? », *RDLF*, 2022, chron. 3

TAVOILLOT (P.-H.), « L'idée d'universalité », *Lumières !*, disponible en ligne sur : <http://expositions.bnf.fr> (consulté le 27 oct. 2021)

- TERRE (F.)**, « La “crise de la loi” », *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, p. 17-28
- TEYSSEIRE (D.)**, « La valeur d’une incise : le “même(s) religieuses” de l’article X de la *Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen* du 26 août 1789 marque-t-il le triomphe de la tolérance en matière religieuse ? », *Cahiers de Fontenay*, n° 71-72, 1993, p. 165-178
- THERIAULT (J. Y.)**, « De l’utilité de la distinction moderne privé/public », *Politique*, n° 21, 1992, p. 47-69
- TIERNEY (B.)**, « Origines et persistance de l’idée des droits naturels », *Corpus. Revue de philosophie*, n° 64, 2013, p. 9-30
- TIFINE (P.)**, « Les menus confessionnels dans les prisons : à la recherche d’un équilibre entre les nécessités du service public et les droits des détenus », *La lettre juridique*, n° 646, mars 2016, disponible en ligne sur : <https://www.lexbase.fr> (consulté le 28 juin 2022)
- TISSOT-GROSSRIEDER (S.)**, « De l’usage du bail emphytéotique pour la construction d’une mosquée », *AJDA*, 2010, p. 2471
- TOUTLEMONDE (B.)**, « La discrimination positive dans l’éducation : des ZEP à Science Po », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 87-99
- TOUZEIL-DIVINA (M.)**,
- « Laïcité latitudinaire », *D.*, n° 34, 2011, p. 2375, note sous CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans*, n° 3091
 - « Laïcité latitudinaire (suite et non fin) : observations sous CC, 02 juin 2017 ; n° 2017-633 QPC-Collectivité territoriale de la Guyane », *JCP A*, n° 23, p. 8
 - « Des autorisations d’absence de service pour motif religieux », *AJCT*, 2021, p. 290
- TRISPIOTIS (I.)**, « Religious Freedom and Religious Antidiscrimination », *Modern Law Review*, vol. 82, n° 5, p. 864-896
- TULKENS (F.) et PIEDIMONTE (S.)**, « La protection des minorités nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *Comité d’experts sur les questions relatives à la protection des minorités nationales (DH-MIN)*, 7^e réunion, 12-13 mars 2008, Strasbourg
- TUOT (T.)**, « L’égalité, source de la laïcité ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, p. 57-62
- UNGER (G.)**, « Les débats parlementaires lors de la loi de 1905 », *Matériaux pour l’histoire de notre temps*, n° 78, 2005, p. 8-15
- VALADE (J.-M.)**, « La lutte contre les francs-maçons sous le régime de Vichy (1940-1944). L’exemple de la Corrèze », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, n° 197, 2000, p. 117-128
- VALENTIN (V.)**, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388
- VANBELLINGEN (L.)**, « La religion devant les juges : comment appréhender la subjectivité de la croyance du requérant ? », *Scriptura*, vol. 17, n° 1, 2017, p. 89-101
- VELAERS (J.) et FOBLETS (M.-C.)**, « L’appréhension du fait religieux par le droit – À propos des minorités religieuses », *RTDH*, n° 30, 1997, p. 273-307
- VERNEUIL (Y.)**,
- « L’école et la laïcité, de l’Ancien Régime à nos jours : enjeux du passés, enjeux dépassés ? », *Revue internationale en sciences de l’éducation et didactique*, n° 37, 2012, p. 130-143
 - « École et religion : enjeux du passé, enjeux dépassés, enjeux déplacés ? », *Histoire, monde et cultures religieuses*, n° 32, 2014/4, p. 13-27
- VIARD (C.)**, « Congés… pour “prières” », *Droit et Cultures*, n° 51, 2006-1, p. 49-65
- VICKERS (L.)**, « Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace », *European Labour Law Journal*, vol. 8, n° 3, 2017, p. 232-257

- VILLIERS (DE) (M.),** « Jurisprudence constitutionnelle : le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *La Revue Administrative*, vol. 37, n° 217, 1984, p. 39-45
- WALINE (M.),** « Paradoxe sur l'égalité devant la loi », *Dalloz*, chron. VI, 1949, p. 25 et s.
- WALZER (M.),** « Communauté, citoyenneté et jouissance des droits », *Esprit*, mars/avr. 1997, disponible en ligne sur : <https://esprit.presse.fr> (consulté le 15 août 2020)
- WEILER (H.) (H.) (J.),** « Je suis *Achbita* ! », *RTD eur.*, 2019, p. 85
- WEISS (N.),** « Les séances des 22 et 23 août 1789 à l'Assemblée nationale », *Bulletin historique et littéraire / Société de l'histoire du protestantisme français*, Paris, t. 38, n° 11, 1889, p. 561-575
- WILLAIME (J.-P.),**
- « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 67-82
 - « Difficultés et enjeux des études quantitatives de la minorité protestante française », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 195, 2021/3, p. 221-251
- WITTE (DE) (B.),** « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, p. 113-128
- WOEHLING (J.),**
- « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de McGill*, n° 43, 1998, p. 325
 - « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *RDUS*, vol. 34, n° 1-2, 2004, p. 93-155
 - « La place de la religion à l'école publique du Québec », *RJT*, n° 41, 2007, p. 651
 - « Neutralité de l'état et accommodements : convergence ou divergence ? », *Options politiques*, sept. 2007, p. 20-27
 - « Liberté de religion, accommodements raisonnables et neutralité religieuse de l'État : les fluctuations de la jurisprudence de la Cour suprême », *Religiologiques*, n° 34, 2016, p. 83-115
- WOEHLING (J.-M.),**
- « Réflexions sur le principe de neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 101, 1998, p. 31-52
 - « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP*, n° 6, 2006, p. 1633
 - « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 58-71
 - « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, Droit et Religion*, n° 1, 2011, p. 63-85
- WORMS (J.-P.),** « Modèle républicain et protection des minorités nationales », *Hommes et Migrations*, n° 1197, 1996, p. 27-36
- WYVEKENS (A.),** « La croisée des savoirs – les magistrats et la diversité culturelle : “comme M. Jourdain...” », *Les cahiers de la justice*, 2013, p. 139
- YOUNG (M.) (I.),** « Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship », *Ethic*, n° 99, 1989, p. 250-274
- YOUTA (F.),** « Conseil d'État, 16 mars 1962, *Compagnie des Tramways électriques d'Oran* : un grand arrêt oublié ? », *RFDA*, 2022, p. 957
- ZADIG (J.-J.),** « La loi et la liberté de conscience », *RFDA*, 2013, p. 957

- ZAMORD (C.)**, « Les Témoins de Jéhovah : un mouvement religieux aux caractéristiques d'un mouvement social », *Études caribéennes*, 2014, disponible en ligne sur : <http://journals.openedition.org> (consulté le 18 avr. 2024)
- ZEDHAL (M.)**, « La constitution du Conseil Français du Culte Musulman : reconnaissance politique d'un Islam français ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, p. 97-113
- ZEGHBIB (H.)**, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA*, 2008, p. 1997

ARTICLES DE CONTRIBUTIONS

- ABOU RAMADAN (M.)**, « La définition des minorités en droit international » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion »
- AIRIAU (P.)**, « La religion est une affaire privée » in *Un siècle de laïcité en France. Centenaire officiel de la loi de 1905*, 2008, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques
- ANDRE-VINCENT (P.)**, « Le droit à la liberté religieuse dans l'État de droit » in J.-B. D'ONORIO (dir.), *L'Église et l'État en France*, Paris, Téqui, 1983
- AMIRAUX (V.) et KOUSSENS (D.)**, « Introduction. La neutralité de l'État à l'épreuve du pluralisme » in V. AMIRAUX et D. KOUSSENS (dir.), *Trajectoires de la neutralité*, Montréal, PUM, 2014, p. 7-17
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes. Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 197-222
- ARMAND (G.)**, « La liberté de conscience : entre liberté d'expression et liberté de religion » in S. GUERARD (dir.), *Regards croisés sur la liberté de conscience*, Paris, L'Harmattan, 2010
- AST (F.)**, « L'apport du droit à la non discrimination à la protection du pluralisme religieux : regards croisés des juridictions et de la HALDE » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 175 et s.
- AUDARD (C.)**,
- « Pluralisme religieux et égalité : une critique de la laïcité » in S. GUERARD DE LATOUR et M.-A. DILHAC (dir.), *Étant donné le pluralisme*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2013, coll. « Philosophie », p. 105-135
 - « Le même et l'autre : les *british muslims* face au multiculturalisme libéral » in S. GUERARD DE LATOUR (dir.), *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, Paris, Éditions Hermann, 2013, coll. « Hermann Philosophie »
- AUDIBERT (M.)**, « Laïcité et liberté d'association et de fondation : le régime des congrégations » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés »
- BADIE (B.) et SADOUN (M.)**, « Introduction » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996
- BARBIER (C.)**, « La distinction entre religions et sectes dans le droit français » in G. BOLLENOT (dir.), *Religions, églises et droit*, Saint-Étienne, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 1998, coll. « CERHID »
- BASDEVANT-GAUDEMET (B.)**,

- « Le régime général de la France » in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER (dir.), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union européenne*, Paris, PUF, 1999, coll. « Histoire »
- « Les manifestations extérieures du culte en droit français au XIX^e siècle (1801-1914) » in P. D'HOLLANDER (dir.), *L'église dans la rue : les cérémonies extérieures du culte en France au XIX^e siècle*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2001
- « Églises/État » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003
- « Évolutions historiques et présentation des grandes religions en France au troisième millénaire » / « Le régime de séparation des Églises et de l'État depuis 1905 » in F. MESSNER, P. HENRI-PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013

BAUBEROT (J.),

- « La loi de 1905 est plus qu'une loi » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique »
- « La laïcité » in V. DUCLERT, C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2007
- « Liberté, laïcité, diversité – La France multiculturelle » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009
- « Laïcité, athéisme, indifférence religieuse. Pistes de sociologie historique » in P. BRECHON et A.-L. ZWILLING (dir.), *Indifférence religieuse ou athéisme militant ? Penser l'irréligion aujourd'hui*, Grenoble, PUG, 2020, coll. « Libres cours Politique »

BAUDOT (P.-Y.), « La mort en attente de laïcisation (1887-1904) » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007

BELLANGER (E.), « La mort laïcisée, neutralisée et rationalisée » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007

BELLEY (J.-G.), « Pluralisme juridique » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, coll. « Anthologie du droit »

BENELBAZ (C.), « Le cultuel et le culturel au regard de la loi de 1905 » in H. MOUANNES (dir.), *La territorialité de la laïcité*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, coll. « Actes de colloques de l'IFR », p. 125-126

BERGER (B.), « Law's Religion: Rendering Culture » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009

BERNARD (G.), « Pratique religieuse et politique de la tolérance dans l'ancien droit français » in S. GUERARD (dir.), *Regards croisés sur la liberté de conscience*, Paris, L'Harmattan, 2010

BIRNBAUM (P.), « Entre universalisme et multiculturalisme : le modèle français dans la théorie politique contemporaine » in A. DIECKHOFF (dir.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de sciences po, 2004

BORRILLO (D.), « Lutter contre les discriminations et aussi contre les inégalités » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, Paris, LGDJ, 2013

- BOSSET (P.)**, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable » in M. JEZEQUEL et P. BOSSET (dir.), *Les accommodements raisonnables, quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007
- BOUTRY (P.)**, « Le triomphe de la liberté de conscience et la formation du parti laïc » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France Religieuse*, Paris, Seuil, vol. 3, 2001, coll. « Points. Histoire »
- BOUZAR (D.)**, « Des cimetières et des cantines à Lyon. Une gestion laïque de la diversité par l'«élargissement de la norme générale» » in A.-S. LAMINE (dir.), *Quand le religieux fait conflit. Désaccords, négociations ou arrangements*, Rennes, PUR, 2014, coll. « Science des religions », p. 77-94
- BRAIBANT (G.)**, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989
- BRIBOSIA (E.), RINGELHEIM (J.) et RORIVE (I.)**, « L'aménagement raisonnable pour motif religieux : un concept issu d'Amérique du nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe ? » in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Actualité du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges/Bruxelles, de Keure/la Charte, 2010
- BUCH (H.)**, « La notion d'égalité dans les principes généraux du droit » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971
- BUI-XUAN (O.)**,
- « Sphère publique, espace public et diversité religieuse » in C. RUET (dir.), *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, coll. « Colloques et Essais », p. 259-274
 - « Libre propos sur l'arrêt du Conseil d'État du 27 juin 2018, *Syndicat de l'Enseignement Supérieur SNESUP-FSU* » in V. BOUHIER et D. HOUTCIEFF (dir.), *Les transformations du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur François Colly*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021
 - « Différence de situation » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021
- CALVES (G.)**,
- « Fin d'une hypocrisie ? Quelques remarques sur la discrimination positive "à la française" » in M. WIEVIORKA et J. OHANA (dir.), *La différence culturelle. Une reformulation des débats. Colloque de Cerisy*, Paris, Balland, 2001, coll. « Voix et regards »
 - « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques » in É. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD, *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques », p. 22 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « Le Code civil » in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, t. 2, 1986, coll. « Bibliothèque illustrée des histoires »
- CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND (F.)**, « Le droit et le fait religieux dans un système laïc » in *Droit et religion. Colloque de Beyrouth mai 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- CERF (M.)**, « Sécularisation » in M. CERF et M. HORWITZ (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, Paris, Armand Colin, 2011
- CESARI (J.)**,
- « De l'islam en France à l'islam de France » in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1999, coll. « Textes à l'appui »
 - « L'unité républicaine menacée par les idéologies multiculturelles » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica »

CHAMPEIL-DESPLATS (V.),

- « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, coll. « Sciences juridiques et politiques »
- « De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations » in T. GRÜNDLER et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche, juin 2016

CHAMPION (F.) et COHEN (M.), « Les sectes : un problème social, passionnel et complexe » in F. CHAMPION et M. COHEN (dir.), *Sectes et démocratie*, Paris, Seuil, 1999

CHAPPE (V.-A.), « Inégalité de fait » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021

CHAUVIER (S.), « La question philosophique de l'identité personnelle » in C. HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Auxerre, Sciences Humaines, 2016

CHELINI-PONT (B.), « L'émergence normative du pluralisme religieux ? Prospective sur les transformations de la laïcité française » in F. FABERON (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, Aix-Marseille, PUAM, 2015, coll. « Droit et religions »

CHEVALLIER (J.),

- « Lutte contre les discriminations et États-providence » in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, coll. « Recherches »
- « Réflexions sur la notion de discrimination positive » in *Libertés, Justice, Tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 2004

CHEVANDIER (C.), « Laïciser les hôpitaux » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007

CHRISTIANS (L.-L.),

- « La délimitation de la liberté religieuse en droit de l'Union européenne » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L'Harmattan, 2011
- « Vers une typologie ouverte des dérives religieuses en droit contemporain » in D. KOUSSENS *et al.* (dir.), *La religion hors la loi. L'État libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, coll. « Droit et religion »

CHRISTNACHT (A.), « La loi de 1905 est-elle dépassée ? » in J.-D. DURAND (dir.), *Quelle laïcité en Europe ?*, Paris, LARHRA, 2003, coll. « Chrétiens et Sociétés. Documents et Mémoires »

CLERMONT-TONNERRE (DE) (S.), « Analyse raisonnée de la constitution française décrétée par l'assemblée nationale » in *Œuvres complètes de Stanislas de Clermont-Tonnerre*, Paris, Chez Letellier, t. 4, An III

COHEN (D.),

- « Les sectes : un problème social passionnel et complexe » in F. CHAMPION et M. COHEN (dir.), *Sectes et démocratie*, Paris, Seuil, 1999
- « Le droit à... » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF, 1999, p. 393-400
- « Catégories de personnes, égalité et différenciation » in P. BLOCH, C. DUVERT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006

- « La cité et l'intégration des vagues migratoires juives et musulmanes en France. Du cadre national à la mondialisation » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007

COHEN (M.),

- « L'intégration de l'islam et des musulmans en France : modèles du passé et pratiques actuelles » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica »
- « Les minorités : propositions d'analyse pour le cas de la France » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions »

COINTET (M.), « Vichy et la séparation de l'Église et de l'État : une remise en cause limitée (1940-1945) » in R. VANDENBUSSCHE (dir.), *De Georges Clemenceau à Jacques Chirac : l'État et la pratique de la loi de séparation*, Villeneuve d'Ascq, Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008, coll. « Histoire et littérature du Septentrion »

COSTA (J.-P.), « Secte et religions : où sont les différences ? » in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, coll. « Mélanges »

COSTA-LASCOUX (J.), « Laïcité et service public : la passion de l'égalité » in N. EL-HAGGAR (dir.), *La laïcité. Ce précieux concept*, Paris, L'Harmattan, 2008, coll. « Les Rendez-Vous d'Archimède »

COUR GRANDMAISON (LE) (O.), « Citoyenneté, anthropologie et politique pendant la Révolution française (1789-1791) » in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, coll. « Politique d'aujourd'hui »

COUSSIRAT-COUSTERE (V.), « La manifestation de sa religion vue de Strasbourg. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in B. DUARTE (dir.), *Manifester sa religion : droits et limites*, Paris, L'Harmattan, 2011

CURTIT (F.), « Le droit français des religions au miroir des textes » in P. AUVERGNON et al. (dir.), *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion »

DABIN (J.), « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, t. 3, 5e partie, 1938

DELBREL (Y.), « Les discriminations légales au XIX^e siècle » in *Huitièmes Journées René Savatier. Communautés, discriminations et identité*, Poitiers, Université de Poitiers, 2009, coll. « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales »

DELGRANGE (X.) et LEROUXEL (H.), « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice en Belgique » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes »

DELMAS (C.), « Le juge judiciaire, garant de la liberté de religion ? » in A. FORNEROD (dir.), *La liberté de religion en question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 2022, coll. « Droit et Religion », p. 167-180

DELOYE (Y.), « Deux figures singulières de l'universel : la république et le sacré » in M. SADOUN (dir.), *La démocratie française*, Paris, Gallimard, 2000

DEVAUX (O.), « Citoyenneté et Révolution française : naturalisation et ostracisme » in H. ROUSSILLON (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006

DIEU (F.), « Les mouvements dits "sectaires" appréhendés par le droit : aperçu général », in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013

DREYFUS (F.), « Représentation et compétence dans les organes consultatifs de l'administration » in F. D'ARCY (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1985

- DUPEYROUX (H.)**, « Sur la généralité de la loi » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933
- DURAND (J.-P.)**, « Les associations diocésaines » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris LexisNexis, 2nd éd., 2013
- DUVERT (C.)**,
- « L’homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SOUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006
 - « La genèse de l’interdiction de la discrimination par le droit international : les clauses d’égalité de traitement dans les traités de protection des minorités de 1814 à 1945 » in *Mélanges en l’honneur de Jean-François Flauss. L’homme et le droit*, Paris, Pedone, 2014
- EDEL (E.)**, « Quel apport du droit à la non-discrimination au régime français de laïcité dans la jurisprudence du Conseil d’État et de la Cour de cassation » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2011, coll. « Colloques », p. 57 et s.
- EID (P.)**, « La ferveur religieuse et les demandes d’accommodements religieux. Une comparaison intergroupe » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009
- EISENBERG (A.)**, « What is wrong with a liberal assessment of religious authenticity? » in G. B. LEVEY (dir.), *Authenticity, autonomy and multiculturalism*, New York, Routledge, 2015
- ÉTIENNE (B.)**, « L’islam minoritaire en France : problèmes culturels et culturels » in P. GUILLAUME, R. PELLETIER, J.-M. LACROIX et J. ZYLBERBERG (dir.), *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986
- EVANS (D.) (M.)**, « Religious Liberty and Non-Discrimination » in T. LOENEN et P. M. RODRIGUES (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999.
- FABRE (R.)**, « L’élaboration de la loi de 1905 » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007, coll. « Hors collection »
- FAGOT-LARFEAULT (A.)**, « Sur quoi fonder philosophiquement un universalisme juridique ? » in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002
- FENET (A.)**,
- « Présentation générale » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L’Harmattan, 1989
 - « Le droit français des différences à l’épreuve de la langue » in D. LACORNE et T. JUDT (dir.), *La politique de Babel. Du monolinguisme d’État au plurilinguisme des peuples*, Paris, Karthala, 2009, coll. « Recherches internationales »
- FERRAJOLI (L.)**, « Théorie des droits fondamentaux » in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 3, 2012, coll. « Traités Dalloz »
- FERRE (N.)**, « Les travailleurs dans le Code civil » in P. Bloch et al. (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006
- FIALAIRE (J.)**, « Compétences des collectivités territoriales : cultes et moyens d’action administrative locale » in *Encyclopédie des collectivités locales*, Paris, Dalloz, 2020, folio n° 4327
- FLAUSS (J.-P.)**, « Le port de signes religieux distinctifs » in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2006, coll. « Droit et Justice »

- FORET (F.),** « “l’accommodement raisonnable”, libres propos sur la circulation d’un concept au travers des frontières » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L’accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes »
- FOREY (E.),**
- « Du “cultuel” au “culturel” : vers une remise en cause du principe de séparation de 1905 ? » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d’aujourd’hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica »
 - « L’égalité des cultes : un principe en évolution ? » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l’égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions », p. 41 et s.
- FORIERS (P.),** « L’égalité et sa dialectique démocratique chez Montesquieu » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *L’égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971
- FORNEROD (A.),** « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité » in F. FABERON (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-Marseille, PUAM, 2018, coll. « Droit et religions », p. 241 et s.
- FOURNIER (P.),** « In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translation *Mahr* as a Bargaining Endowment » in R. MOON, *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009
- FOURNIER (P.) et JACQUES (E.),** « Voiles/Voiler » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L’accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Allemagne*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 135 et s.
- FREDRICKSON (M.) (G.),** « Identité nationale et codes d’altérité » in R. KASTORYANO (dir.), *Les codes de la différence. Race, Origine, Religion, Allemagne, États-Unis*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, coll. « Mondes »
- FRIEDRICH (J.) (C.),** « La crise de l’égalitarisme » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *L’égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971
- FROMONT (M.),** « Conclusion générale. Les discriminations religieuses et les moyens de lutte contre celles-ci » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques »
- GAUDEMET (J.),** « Conclusions de l’historien des institutions » in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER (dir.), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l’Union européenne*, Paris, PUF, 1999, coll. « Histoire »
- GAUDEMET (Y.),** « Liberté de religion. Droit français » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire du droit des religions*, Paris, CNRS Éditions, 2^e éd., 2022
- GAUTIER (Y.),** « Les discriminations religieuses devant le juge de l’Union européenne » in E. LAMBERT ABDELGAWAD et T. RAMBAUD (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, 2011, coll. « colloques »
- GEDICKS (M.) (F.),** « Religious freedom as equality » in S. FERRARI (dir.), *Routledge Handbook of Law and Religion*, Abingdon, Routledge, 2015
- GIRO (P.),** « Égalité devant la loi » in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992
- GOESEL-LE BIHAN (V.),** « Contrôle de proportionnalité » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l’égalité et de la non-discrimination*, Paris, L’Harmattan, 2021

GONZALEZ (G.),

- « L'exigence de neutralité des services publics » in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2006, coll. « Droit et Justice »
- « Liberté de pensée, de conscience et de religion » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008

GOUTTES (DE) (R.), « Les discriminations religieuses et la Convention européenne des droits de l'homme » in T. MASSIS et C. PETTITI (dir.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2004, coll. « Droit et Justice »

GROCOLAS (D.), « Sectes et laïcité », in MIVILUDES, *Sectes et laïcité*, Paris, La Documentation Française, Paris, 2005

GUERARD (S.), « Qu'est-ce que la liberté de conscience ? » in S. GUERARD (dir.), *Regards croisés sur la liberté de conscience*, Paris, L'Harmattan, 2010

GUERARD DE LATOUR (S.), « Introduction » in S. GUERARD DE LATOUR (dir.), *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, Paris, Éditions Hermann, 2013, coll. « Hermann Philosophie »

GUILLET (N.), « Les critères de délégitimation des minorités religieuses » in A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion »

HALPERN (C.), « L'identité. Histoire d'un succès » in C. HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Auxerre, Sciences Humaines, 2016

HARLE (A.), « Panser les discriminations et non penser l'égalité » in A. MOUCHTOURIS et D. SISTACH (dir.), *Discrimination et modernité. Actes de colloque*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, 2007, coll. « Études »

HENNETTE-VAUCHEZ (S.) et FONDIMARE (E.), « Incompatibility between the "French Republican Model" and Anti-Discrimination Law? » in B. HAVELKOVÀ et M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p.56-75

HERMON-BELOT (R.), « État » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige »

HERNU (R.),

- « Le juge communautaire (Question 1. Le principe de non-discrimination recouvre-t-il une réalité identique devant les Cours du continent américain et celles du continent européen, notamment au regard du principe d'égalité ?) » / « Le juge communautaire (Question 2. Le principe de non-discrimination ne devrait-il pas, pour être pleinement effectif, impliquer que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes différents ?) » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008
- « Égalité et non-discrimination » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.*, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2012

IMBERT (J.)

- « Introduction » in J. GAUDEMET *et al.*, *Administration et Église. Du concordat à la séparation de l'Église et de l'État*, Genève, Droz, 1987
- « L'origine idéologique des "principes de 1789" » in J. IMBERT *et al.*, *Les principes de 1789*, Aix-Marseille, PUAM, 1989

- « Cultes » in N. KADA et M. MATHIEU (dir.), *Dictionnaire de l'administration publique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2014, coll. « Droit et action publique »
- IZORCHE (M.-L.)**, « Réflexions sur la distinction » in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998.
- JADELET (D.)**, « Formes et figures de l'altérité » in M. SANCHEZ-MAZAS et L. LICATA (dir.), *L'Autre : Regards psychosociaux*, Grenoble, PUG, 2005, coll. « Vies sociales »
- JAKUSZEWICZ (A.)**, « Protection of Pluralism and Religious Diversity in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union » in J. SIEKIERA (dir.), *Unity in pluralism – Europe's underestimated strength*, Varsovie, CBPE, 2022
- JORION (B.)**, « Égalité et non-discrimination en droit public français » in G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, coll. « Recherches »
- JOUANJAN (O.)**,
 - « Conclusions » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.) *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon, Éditions Universitaire de Dijon, 2003, coll. « Institutions ».
 - « Égalité » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003
 - « Kelsen et l'égalité devant la loi : une critique » in *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pédone, 2015
- JOUTARD (P.)**, « La réintégration officielle des réformés » / « Pour les protestants, gérer la longue durée de la clandestinité » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, t. 3, 1991, coll. « L'Univers historique »
- JUKIER (R.) et WOEHLING (J.)**, « Religion and the Secular State in Canada » in J. MARTÍNEZ-TORRÓN, W. C. DURHAM JR. et D. D. THAYER (dir.), *Religion and the Secular State: National Reports*, Madrid, Complutense University of Madrid Faculty of Law, 2014
- KHOSROKHAVAR (F.)**, « L'universel abstrait, le politique et la construction de l'islamisme comme forme d'altérité » in M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1997 coll. « Essais »
- KOENIG (M.)**, « Contentieux religieux, politique judiciaire et gouvernance de la diversité religieuse » in I. BECCI, C. MONNOT et O. VOIROL (dir.), *Pluralisme et reconnaissance. Face à la diversité religieuse*, Rennes, PUR, 2018 coll. « Sciences des Religions »
- KOUBI (G.)**,
 - « Article 10 » in G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993
 - « Droit et minorités dans la République française » / « Penser la minorité en droit » in A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2000, coll. « Organisation internationale et Relations internationales »
 - « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence » in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, coll. « Laboratoire de théorie juridique »
 - « Égalité, inégalités et différences » in Y. MICHAUD (dir.), *Égalité Inégalités*, Paris, Odile Jacob, 2003, coll. « Université de tous les savoirs »
 - « Pluralisme et libertés fondamentales au prisme de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2007, coll. « Droit et Justice »

- KRIEGEL (B.),** « Peut-on concilier l'universel et le particulier » in S. TRIGANO (dir.), *L'universel et la politique des identités*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2010
- LABORDE (C.),** « La liberté de religion à l'âge séculier » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes »
- LANGLOIS (C.),** « La laïcité française et la loi de 1905 : illusions et réalités » in S. LE GRAND (dir.), *La laïcité en question. Religion, État et société en France et en Allemagne du 18^e siècle à nos jours*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2008, coll. « Mondes germaniques »
- LATOURNERIE (M.-A.),** « Le libre exercice des cultes » in T. MASSIS et C. PETTITI (dir.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2004, coll. « Droit et Justice »
- LATOURNERIE (R.),** « Essais sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État » in *Le Conseil d'État : Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952
- LEBEL-GRENIER (S.),** « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009
- LEBEN (C.),** « Y a-t-il une approche européenne des droits de l'homme » in P. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001
- LECLERC (A.),** « La contribution de la théorie procédurale de John Rawls à la redéfinition de la laïcité » in J. BAUDOUIN et P. PORTIER (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, PUR, 2001, coll. « Res publica » p. 229-245
- LECUYER (Y.),** « Égalité dans la loi » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021
- LEPINARD (É.),** « La prise en compte de la subjectivité minoritaire dans l'exercice du jugement au Canada et en France » in A. BARRAS, F. DERMANGE et S. NICOLET (dir.), *Réguler le religieux dans les sociétés libérales. Les nouveaux défis*, Genève, Labor et Fides, 2015, coll. « Religions et modernités »
- LETERRE (T.),** « L'autre comme catégorie philosophique. Remarques sur les fondements métaphysiques et logiques de l'altérité » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de sciences po, 1996
- LETOCHA (D.),** « L'obligation d'accommodement raisonnable : une conception statique de l'écart culturel » in R. MAGER et S. CANTIN (dir.), *Modernité et religion au Québec. Où en sommes-nous ?*, Québec, PUL, 2010 : <https://danieleletocha.com> (consulté le 12 sept. 2022)
- LIOGIER (R.),** « La distinction sociocognitive et normative entre bonne et mauvaise religion en contexte européen : le cas de l'islam et du bouddhisme » in M. MILOT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *Pluralisme religieux et citoyenneté*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, coll. « Sciences des religions »
- LOCHAK (D.),**
- « Droit, normalité, normalisation » in J. CHEVALIER (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, CURAPP
 - « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences la gestion des différences » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 111-185
 - « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » in CURAPP (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989

- « La citoyenneté : un concept juridique flou » in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, coll. « Politique d'aujourd'hui »
 - « For intérieur et liberté de conscience » in *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1994, coll. « CURAPP »
 - « L'Autre saisi par le droit » in B. BADIE et M. SADOUN (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996
 - « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, coll. « Les voies du droit »
 - « L'appartenance saisie par le droit » in A. GOTMAN (dir.), *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004
- LORRAIN (F.-G.)**, « La séparation de l'Église et de l'État (1905) » in P. GUENIFFEY F.-G. LORRAIN (dir.), *Les grandes décisions de l'histoire de France*, Paris, Perrin, 2018, coll. « Hors collection »
- LÜSEBRINK (H.-J.)**, « Universalisme des Lumières et impérialisme colonial » in F. HOFMANN et M. MESSLING (dir.), *The Epoch of Universalism / L'époque de l'universalisme 1769-1989*, Berlin, De Gruyter, 2020, p. 55-70
- MABILEAU (A.)**, « L'État, la société civile et les minorités en France » in P. GUILLAUME *et al.* (dir.), *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986
- MACHELON (J.-P.)**, « L'État et les congrégations » in J. GAUDEMET *et al.* (dir.), *Administration et Église. Du concordat à la séparation de l'Église et de l'État*, Genève, Droz, 1987
- MACLURE (J.)**, « Convictions de conscience, responsabilité individuelle et équité : l'obligation d'accommodement est-elle équitable ? » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009
- MACLURE (J.) et BOUCHER (F.)**, « Conclusions générales. Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Berne, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes »
- MAGNON (X.)**, « Le juge face à l'exception. (Re)lecture générale du jugement d'égalité par le prisme de l'exception illustrée par la jurisprudence QPC » in A. VIDAL-NAQUET et M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014
- MAMERI-CHAAMBI (D.)**, « De la charte au CFCM (1995-2015). Retour sur vingt années de tentatives de construction d'un islam de France » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique »
- MARCOU (G.)**, « Introduction » in G. BRAIBANT et G. MARCOU (dir.), *Les droits de l'homme : universalité et renouveau (1789-1989)*, Paris, L'Harmattan, 1990, coll. « Logiques juridiques »
- MARTUCELLI (D.)**, « Les contradictions politiques du multiculturalisme » in M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1997 coll. « Essais », p. 61 et s.
- MEJAN (F.)**, « La laïcité de l'État en droit positif et en fait » in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés »
- MESSNER (F.)**, « Du droit ecclésiastique au droit des religions. Mutations terminologiques et représentations sociales » in F. MESSNER, P. HENRI-PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013

MIAILLE (M.),

- « Observations » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989
- « Le droit public, instrument de définition de groupes identifiés » in A. GOTMAN (dir.), *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004
- « À propos de citoyenneté et laïcité : débat sur l'universel » in V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, coll. « Droit et Société »

MOCKLE (D.), « Crise et transformation du modèle légicentrique » in J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris/Laval, PUL, 1996

MOON (R.), « Government Support for Religious Practice » in R. MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2009

MORFOUACE (D.), « Tolérance » in M. CERF et M. HORWITZ (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, Paris, Armand Colin, 2011

MOUTOUH (H.), « La différence dans l'égalité. Chronique nécrologique de l'universalisme juridique français » in G. LEBRETON (dir.), *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000

OBADIA (L.), « Minorité et sciences religieuses : pragmatique, minoration et religiogenèse » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING (dir.), *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion »

PALLARD (H.), « Culture et diversité culturelle. Essai préliminaire à une étude sur l'universalité des droits fondamentaux » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997

PASQUINO (P.), « Citoyenneté, égalité et liberté chez Rousseau et Sieyès », » in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, coll. « Politique d'aujourd'hui »

PENA-RUIZ (H.), « Permanence de la loi de 1905 » in Y.-C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?* Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique »

PERELMAN (C.), « Égalité et valeur » in H. BUCH, P. FORRIERS et C. PERELMAN (dir.), *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971

PETZOLD PERNIA (H.), « Égalité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, coll. « Anthologie du droit »

PEYRARD (C.), « De la liberté cultuelle à la police des cultes : la première Séparation des Églises et de l'État en France » in C. PEYRARD (dir.), *Politique, religion et laïcité*, Aix-en-Provence, PUP, 2009, coll. « Le temps de l'histoire »

PHILIP-GAY (M.), « Regards juridiques sur la construction des institutions représentatives de l'Islam en France » in G. GIRAUDEAU, C. GUERIN-BARGUES et N. HAUPAIS (dir.), *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Paris, Pédone, 2016

PIBOUBES (J.-Y.), « La liberté de conscience à l'épreuve du serment. Individu, religion et politique au XIX^e siècle » in A.-E. DEMARTINI et D. KALIFA (dir.), *Imaginaire et sensibilités au XIX^e siècle. Études pour Alain Corbin*, Paris, Créaphis, 2005

- PICHERAL (C.),** « L'incertaine détermination des différences de traitement » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008
- PIERRE-CAPS (S.),** « Le droit des minorités » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1996
- PITT (G.),** « Religion or belief; aiming at the right target? » in H. MEENAN (dir.), *Equality Law in an Enlarged Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- POURHIET (LE) (A.-M.),**
- « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme » in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002
 - « Égalité et discrimination » in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Cujas, 2012, coll. « Actes & Études »
 - « La conception française de l'égalité religieuse » in C. ROMAINVILLE *et al.* (dir.), *États et religions*, Limal, Anthémis, 2018
- PRELOT (P.-H.),**
- « Définir juridiquement la laïcité » in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2006, coll. « Droit et Justice »
 - « Qui sont les minorités religieuses en France ? » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007
 - « La religion dans les constitutions françaises. De la Constitution civile du clergé à la laïcité constitutionnelle (1789-1958) », in S. AKGÖNÜL (dir.), *Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*, Strasbourg, PUS, 2008, coll. « Société, droit et religion »
 - « Constitution. Droit français » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire. Droit des Religions*, Paris, CNRS Éditions, 2010
 - « L'aménagement juridique de la liberté de religion » / « La neutralité religieuse de l'État » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013
 - « Les transformations coutumières de la loi de 1905 » in P. AUVERGNON *et al.* (dir.), *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion »
 - « Communautés et communautarisme – les aspects juridiques » in L. OBADIA et A.-L. ZWILLING, *Minorité et communauté en religion*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, coll. « Société, droit et religion »
 - « L'affiliation religieuse en droit français. Éléments pour une problématisation » in F. MESSNER (dir.), *L'affiliation religieuse en Europe*, Strasbourg, PUS, 2017, coll. « Société, droit et religion »
- PRESCENDI (F.),** « Culte » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadriges »
- PROESCHEL (C.) et KOUSSENS (D.),** « Introduction: contesting in the name of religion? » in C. PROESCHEL, D. KOUSSENS et F. PIRAINO (dir.), *Religion, Law, and the Politics of Ethical Diversity*, Londres/New-York, Routledge, 2021, p. 1-12

- QUASTANA (F.),** « “un tombeau qui se cache sous la forme d’un autel” ordre public et liberté religieuse chez Dumont et Bentham : de la critique de l’article X de la Déclaration de 1789 à celle de “la religion des droits de l’homme” » in M. GANZIN (dir.), *Pensée politique et Religion*, Aix-Marseille, PUAM, 2017
- QUINTILI (P.),** « Éthique universaliste, politique révolutionnaire » in O. BLOCH (dir.), *L’idée de révolution : quelle place lui faire au XXI^e siècle ?*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Philosophie », 2009, p. 75-90
- RAPHAEL (F.),** « Les juifs de l’Ancien Régime » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, t. 3, 1991, coll. « L’Univers historique »
- REMOND (R.),** « Les raisons d’une révision » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique »
- RENAUT (A.),** « Un humanisme de la diversité est-il possible ? » in S. TRIGANO (dir.), *L’universel et la politique des identités*, Paris, Éditions de l’Éclat, 2010
- RIASSETTO (I.),** « Discrimination religieuse. Droit français » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire. Droit des Religions*, Paris, CNRS Éditions, 2010
- RIGAUX (F.),** « Le droit à la différence aux États-Unis d’Amérique » in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, coll. « Laboratoire de théorie juridique », p. 45-70
- RIVERO (J.),**
- « De l’idéologie politique à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in Centre de sciences politiques de l’institut d’études juridiques de Nice, *La laïcité*, Paris, PUF, 1960, coll. « Bibliothèque des centres d’études supérieures spécialisés »
 - « Les notions d’égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d’égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l’association Henri Capitant, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965
 - « Rapport général introductif » in *Les droits de l’homme. Droits collectifs ou droits individuels (actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979)*, Paris, LGDJ, 1980
- RIVOAL (I.),** « Minorité religieuse » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige »
- ROBERT (J.),** « La liberté de religion, de pensée et de croyance » in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2005
- ROBERT-WANG (L.),** « Règle de droit » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003
- ROLLAND (P.),**
- « L’affaire *Cha’are Shalom Ve Tsedek* (27 juin 2000) » in P. TAVERNIER (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l’Homme. La jurisprudence de 1999*, Sceaux, CREDHO, 2001, p. 61-65, disponible en ligne sur : <http://www.credho.org> (consulté le 21 juill. 2022)
 - « Neutralité de l’État et liberté de convictions » in MIVILUDES (dir.), *Sectes et laïcité*, Paris, La Documentation française, 2005
 - « Définir la religion. Sociologues et juristes » in J. BAUBEROT, P. PORTIER et J.-P. WILLAIME (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcité au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, coll. « Bibliothèque de science politique »
 - « Liberté » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige »

- ROULAND (N.)**, « Droit des minorités et peuples autochtones » / « Le droit des peuples autochtones » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1996
- ROUVIERE (F.)**, « Le revers du principe “différence de nature (égale) différence de régime” » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l’honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, coll. « Penser le droit »
- ROUX (LE) (M.)**, « La règle d’abstention financière des pouvoirs publics en matière cultuelle » in J. FIALAIRE (dir.), *Liberté de culte, laïcité et collectivités territoriales*, Paris, Litec, 2007, coll. « Colloques & débats »
- ROUYERE (A.)**, « Réflexions sur la sanctionner juridictionnelle du principe d’égalité. De la règle de non-discrimination au droit à la différence en passant par l’exigence d’égalité réelle... » in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l’égalité*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2003, coll. « Institutions »
- RUDDER (DE) (V.) et POIRET (C.)**, « Affirmative action et “discrimination justifiée” : vers un universalisme en acte » in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration. L’état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1999, coll. « Textes à l’appui »
- RUET (C.)**, « Liberté matrimoniale et différenciation des personnes » in P. BLOCH, C. DUVERT et N. SOUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006
- SABBAGH (D.)**, « L’affirmative action : effets symboliques et stratégies de présentation » in G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI (dir.), *L’égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, coll. « Recherches »
- SARIS (A.)**, « La gestion de l’hétérogénéité normative par le droit étatique » in P. EID, P. BOSSET, M. MILOT et S. LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Laval, PUL, 2009
- SCHAIN (M.)**, « La politique du multiculturalisme en France et aux États-Unis » in M. WIEVIORKA et J. OHANA (dir.), *La différence culturelle. Une reformulation des débats. Colloque de Cerisy*, Paris, Balland, 2001, coll. « Voix et regards »
- SCHNAPPER (D.)**, « Peut-on encore être universaliste ? » in S. TRIGANO (dir.), *L’universel et la politique des identités*, Paris, Éditions de l’Éclat, 2010
- SCHUTTER (DE) (O.)**, « Reasonable Accommodations and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights » in A. LAWSON et C. GOODING (dir.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Londres, Hart Publ., 2005
- SCHWARTZ (R.)**, « La jurisprudence de la loi de 1905 » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007
- SCOT (J.-P.)**, « La genèse de la loi de 1905 » in Y.-C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique »
- SEGUR (P.)**, « La “secte” en droit constitutionnel » in F. MESSNER (dir.), *Les « sectes » et le droit en France*, Paris, PUF, 1999, coll. « Politique d’aujourd’hui »
- SENAC (R.)**, « Des dilemmes de la pensée républicaine de l’égalité » in R. SENAC, *L’égalité sous conditions. Genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, coll. « Académique »
- SERRAND (P.)**, « La loi » J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, Paris, PUF, 2008

- SEVE (R.),** « La loi au défi de l'individualisme » in J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris/Laval, PUL, 1996.
- SILD (N.),** « La loi de 1905 : une loi libérale ? » in B. NABLI (dir.), *Laïcité de l'État et État de droit*, Paris, Dalloz, 2019, coll. « Thèmes et commentaires », p. 29-44
- SOULIER (G.),** « Minorité, État et société » in A. FENET et G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989
- STARCK (C.),** « l'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité » in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984
- SUDRE (F.),** « Rapport introductif » in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008
- TAVOILLOT (P.-H.),** « L'idée d'universalité » in Y. FAUCHOIS, T. GRILLET et T. TODOROV (dir.), *Lumières ! Un héritage pour demain*, Paris, Bibliothèque nationale de France, 2006, disponible en ligne sur : <http://expositions.bnf.fr> (consulté le 29 juill. 2020)
- TAYLOR (C.),** « La politique de reconnaissance » in A. GUTMANN et C. TAYLOR (dir.), *Multiculturalisme. Différence et démocratie* (traduit de l'américain par D.-A. CANAL), Paris, Flammarion, 2009, coll. « Champs essais »
- TEBOUL (G.),** « Commentaire de l'article 6 » in M. DEBENE, G. TEBOUL et G. CONAC (dir.) *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993
- TESTU (F.-X.),** « Individu » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003
- THARAUD (D.),** « Égalité réelle » in D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021
- THIREAU (J.-L.),** « Droit commun » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003
- TINIERE (R.),** « La cohérence assurée par l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux et l'Union. Le principe d'alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondants » in L. COUTRON et C. PICHERAL (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 3-19
- TODOROV (T.),** « L'esprit des Lumières » in Y. FAUCHOIS, T. GRILLET et T. TODOROV (dir.), *Lumières ! Un héritage pour demain*, Paris, Bibliothèque nationale de France, 2006, disponible en ligne sur : <http://expositions.bnf.fr> (consulté le 29 juill. 2020)
- TULKENS (F.),** « Préface » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, France*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes »
- VANDEBUSSCHE (R.) (dir.),** *De Georges Clémenceau à Jacques Chirac : l'État et la pratique de la loi de séparation*, Villeneuve d'Ascq, Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2008, coll. « Histoire et littérature du Septentrion », p. 107-121
- VANNIER (G.),** « De l'universalité et de la particularité des droits de l'homme » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997
- VEDEL (G.),** « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989

- VIBERT (S.)**, « Sociétés pluralistes ou pluralisme des sociétés ? De deux types irréductibles et potentiellement contradictoires de “pluralisme culturel” » in S. VIBERT (dir.), *Pluralisme et démocratie. Entre culture, droit et politique*, Montréal, Québec Amérique, 2007
- VOVELLE (M.)**, « La politique religieuse de la Révolution française » in J. LE GOFF et R. REMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, t. 3, 1991, coll. « L’Univers historique »
- WEIL (P.)**, « Introduction. La loi de 1905 et son application depuis un siècle » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007
- WERBERT (F.)**, « La France et les minorités » in N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1996
- WILLAIME (J.-P.)**,
- « Les définitions sociologiques de la secte » in F. MESSNER (dir.), *Les « sectes » et le droit en France*, Paris, PUF, 1999, coll. « Politique d’aujourd’hui »
 - « Faits religieux » in R. AZRIA, D. HERVIEU-LEGER et D. LOGNA-PRAT (dir.), *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2^e éd., 2019, coll. « Quadrige »
- WOEHLING (J.)**,
- « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec » in M. JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables, quoi, comment, jusqu’où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007
 - « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien » in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L’accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, coll. « Études canadiennes », p. 289 et s.
- WOEHLING (J.-M.)**,
- « Le droit constitutionnel des religions » / « Définition juridique de la religion » / « Les principes fondamentaux du droit des religions » in F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING (dir.), *Traité français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013
 - « Les minorités religieuses en droit français » in J.-P. BASTIAN et F. MESSNER (dir.) *Minorités religieuses dans l’espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007
- WOEHLING (J.) et MILOT (M.)**, « Canada » in F. MESSNER (dir.), *Dictionnaire du droit des religions*, Paris, CNRS Éditions, 2^e éd., 2022
- ZARKA (Z.) (Y.)**, « Nouvelles conditions du rapport des religions à la laïcité » in Y. C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Paris, PUF, 2005, coll. « Intervention philosophique »
- ZWILLING (A.-L.)**, « Évolutions institutionnelles et visibilité publique des protestants en France » in *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l’espace public*, Strasbourg, PUS, 2014, coll. « Société, droit et religion »
- ZYLBERBERG (J.)**, « La régulation étatique des minorités religieuses » in P. GUILLAUME *et al.* (dir.), *Minorités et État*, Laval/Bordeaux, PUB/PUL, 1986

VARIA

<https://www.conseil-etat.fr>

<https://www.gouvernement.fr>

<https://www.congress.gov>

<https://www.larousse.fr>

www.conseil-constitutionnel.fr

<https://www.interieur.gouv.fr>

Le Moniteur universel, n° 46, du 23 au 2

Le Moniteur universel, n° 219, 7 août 1830

Le Moniteur universel, n° 220, 8 août 1830

Le Moniteur universel, n° 340, 6 déc. 1830

Le Moniteur universel, n° 33, 2 févr. 1831

Le Moniteur universel, n° 263, 19 sept. 1848

Journal des États généraux convoqués par Louis XVI, 22 août 1789, t. 3, n° 4

Journal des États généraux convoqués par Louis XVI, 23 août 1789, t. 3, n° 5

Courrier de Provence. Lettres du comte de Mirabeau à ses commettants, vol. 2, n° XII, des 22 et 23 août 1789

L'Aurore, 31 oct. 1904, n° 2599

L'Aurore, 30 nov. 1904, n° 2599

Le Matin, n° 1960, 4 juill. 1889

La Matin, n° 1967, 11 juill. 1889

Opinion de M. le comte de Castellane, du 23, sur sa Motion de la veille, Versailles, Baudouin, 1789

Confidence d'un arrière-neveu du Père de la Chaise, à un religieux, Docteur en Sorbonne sur l'article dixième de la Déclaration des droits de l'homme, par l'Assemblée nationale, portant : nul ne peut être inquiété pour ses opinions religieuses ; pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public établi par la loi in Courrier de Provence, n° XXXIX, 9 au 10 sept. 1789, 12-24)

« Assemblée nationale. Séance de Jeudi 28 janvier », *Journal de Paris*, 29 janv. 1790, p. 113-116

Œuvres complètes de Stanislas de Clermont-Tonnerre, Paris, Chez Letellier, t. 4, An III (1795)

Exposition des principes sur la constitution du clergé, par les évêques députés in Séance du 30 oct. 1790, Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Assemblée nationale, t. 20, Paris, P. Dupont, 1885, p. 153 et s.

Rapport de Cambon, au nom du comité des Finances, concernant le salaire des membres d'un culte in Séance du 18 sept. 1794, Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Convention nationale, t. 97, Paris, CNRS éditions, 1993

Rapport fait par Saladin, au nom d'une commission spéciale, composée des représentants Grégoire, Chappuy, Louvot, Beyts et Saladin, sur les pétitions des juifs de Metz et d'Avignon, Paris, L'imprimerie nationale, 1796 (an V)

Rapport de la commission chargée de l'examen du projet de loi relatif au traitement attribué aux ministres du culte israélite in Le Moniteur universel, n° 30, 30 janv. 1831, p. 199 et s.

BERR-BING (I.), *Mémoire particulier pour la communauté des juifs établis à Metz*, Annexe à la séance de l'Assemblée nationale du 14 octobre 1789, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. IX, Paris, P. Dupont, 1877

BOISSY D'ANGLAS (DE) (F.-A.), *Rapport de Boissy d'Anglas au nom des comités de salut public, de sûreté générale et de législation réunis sur la liberté des cultes*, Paris, Du Pont, 1795

CREMIEUX (A.), *Plaidoyer sur cette question : « Le juif français doit-il être soumis à prêter le serment more judaïco ? »*, Nîmes, P. DURAND-BELLE, 1827

DELABORDE (J.), *Liberté religieuse : mémoires et plaidoyers*, Paris, Ch. Meyrueis et Compagnie, 1854

DIAS (P.) et al., *Adresse à l'Assemblée nationale des Juifs de Bordeaux*, 1789, Paris, Baudouin

- FERRY (J.)**, *La lettre de Jules Ferry aux instituteurs*, 27 nov. 1883, disponible en ligne sur : <https://www.gouvernement.fr> (consulté le 10 sept. 2021)
- FURTADO (A.) et al.**, *Lettre adressée à M. Grégoire, curé d'Emberménil, député de Nancy, par les députés de la nation juive portugaise, de Bordeaux*, 1789, Versailles, Baudouin
- GODARD (J.)**, *Pétition des juifs établis en France, adressée à l'Assemblée nationale le 28 janvier 1790, sur l'ajournement du 24 décembre 1789*, Paris, Prault, 1790
- GOLDFCHMIT (J.) et al.**, *Adresse présentée à l'Assemblée nationale, le 26 août 1789, par les juifs résidant à Paris*, 1789
- GREGOIRE (H.)**, *Discours sur la liberté des cultes*, Paris, Maradan, 1795
- JORDAN (C.)**, *Rapport sur la police des cultes au Conseil des Cinq-cents. Séances du 29 prairial an V (17 juin 1797)*, Paris, L'imprimerie nationale, 1797
- LUZERNE (DE) (LA) (C.-G.)**, *Instruction donnée par M. l'évêque de Langres aux curés, vicaires et autres ecclésiastiques de son diocèse, qui n'ont pas prêté le serment ordonné par l'Assemblée nationale*, 15 mars 1791
- PORTALIS (J.-E.-M.)**, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, éd. 2004, Bordeaux, Éditions Confluences, coll. « Voix de la Cité »
Discours, rapport et travaux inédits sur le concordat de 1801, commentaires et introduction de F. PORTALIS, Paris, Joubert, 1845
- PRESSENSE (DE) (F.)**, *Proposition de loi sur la séparation des Églises et de l'État, la dénonciation du Concordat et la suppression du budget des cultes*, du 7 avr. 1903, disponible en ligne sur : <http://www.eglise-etat.org> (consulté le 25 août 2023)
- RAVEL (A.) et al.**, *Observations pour les Juifs d'Avignon, à la Convention nationale*, Paris, EDHIS, 24 sept. 1794
- REVEILLAUD (E.)**, *Proposition de loi sur la séparation des Églises et de l'État*, disponible en ligne sur : <http://www.eglise-etat.org> (consulté le 25 août 2023)
- ROBESPIERRE**, *Le marc d'argent (25 janv. 1790)*, disponible en ligne sur : <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-discours-parlementaires/robespierre-25-janvier-1790> (consulté le 15 août 2020)
- WOLFF (L.) et al.**, *Adresse présentée à l'Assemblée nationale, le 31 août 1789, par les députés réunis des juifs établis à Metz, dans les Trois Évêchés, en Alsace et en Lorraine*, 1789

TABLE DE JURISPRUDENCE

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES FRANÇAISES

Tribunaux administratifs

TA Paris, 7 juill. 1970, *Spagnol*, Rec. p. 851
TA de Grenoble, 5 juill. 1993, *Époux Darmon*, n° 922676
TA de Marseille, 26 nov. 1996, *Mmes Zitouni, Ghribi et a. c. Commune de Marignane*, n° 96-4627
TA de Paris, 27 mars 1998, *Association Fraternité sacerdotale Saint Pie X*, n° 9709459-4
TA de Lyon, 22 mars 2007, n° 050813
TA de Paris, 6 juill. 2007, *Association cultuelle des Témoins de Jéhovah de France*, n° 0613450
TA de Montpellier, 22 avr. 2008, n° 0500363
TA de Montpellier, 22 avr. 2008, n° 0600596
TA de Paris, 21 juin 2010, n° 08006080, 0814387, 0806549 et 0913626
TA de Montreuil, 22 nov. 2011, n° 1012015
TA de Grenoble, 7 nov. 2013, n° 1302502
TA Versailles, 12 juill. 2014, n° 1404939 et n° 1404959
TA Nantes, 14 nov. 2014, *Fédération de Vendée de la libre pensée*, n° 1211647
TA Melun, 22 déc. 2014, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 1300483
TA de Toulon, 17 sept. 2015, *Association musulmane de El Fath*, n° 1503276
TA de Nîmes, 9 févr. 2021, *Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*, n° 1900310
TA Nîmes, 19 févr. 2021, *Association Libre Pensée du Gard*, n° 1900022
TA de Grenoble, ord., 25 mai 2022, *Préfet de l'Isère*, n° 2203163

Cours administratives d'appel

CAA de Paris, 9 mai 2000, n° 98PA02431
CAA de Paris, 22 mars 2001, *M. Crouzat*, n° 99PA02621
CAA de Nancy, 6 mars 2008, *Commune de Soultz*, n° 07NC00083
CAA de Paris, Form. plén., 9 juin 2006, *Association « congrégation du Vajra Triomphant »*, n° 04PA01642
CAA de Marseille, 13 avr. 2007, *Mme Catherine X*, n° 05MA02458
CAA de Nancy, 6 mars 2008, *Commune de Soultz*, n° 07NC00083
CAA de Marseille, 6 juin 2011, n° 08MA02999
CAA de Marseille, 6 juin 2011, n° 08MA03000
CAA de Lyon, 22 juill. 2014, *Ministre de la justice c. M. A.*, n° 14LY00113
CAA de Nantes, 21 avr. 2016, *Association Lectorium Rosicrucianum Rennes*, n° 15NT00581
CAA de Nantes, 19 octobre 2018, n° 17NT03030
CAA de Lyon, 23 oct. 2018, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 17LY03323 et 17LY03328

Conseil d'État

AVIS

CE, avis, 2 pluviôse an XIII, Recueil Duvergier, 1826, p. 155
CE, avis n° 185707, 13 déc. 1923
CE, avis n° 309354, 21 sept. 1972, *Laïcité du corps enseignant*
CE, avis n° 346.040, 14 nov. 1989
CE, avis n° 346.893, 27 nov. 1989
CE, avis n° 357.466, 6 juill. 1995
CE, avis n° 359.461, 24 sept. 1996
CE, Ass., avis n° 187122, 24 oct. 1997
CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteau*
CE, avis n° 387.425, 7 mars 2013
CE, avis n° 390.268, 30 juill. 2015

ARRÊTS

CE, 30 mars 1846, *Pertuzon* ; S., 1846, vol. 2, p. 411
CE, 19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, Rec. p. 181
CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, Rec. p. 561, concl. HELBRONNER ; S., n° 3, 1912, p. 145, note M. HAURIOU ; D., n° 3, 1914, p. 74, concl. J. HELBRONNER ; RDP, 1912, p. 453, note G. JEZE ; GAJA, Paris, Dalloz, 23^e éd., 2021, n° 22
CE, 9 mai 1913, *Roubeau*, Rec. p. 521
CE, 6 févr. 1914, *Minoun Amar*, n° 43695, Rec. p. 151
CE, 10 juin 1921, *Sieur Poirier*, Rec. Lebon p. 559
CE, 30 juill. 1920, *Abbé Bouteyre*, Rec. p. 794
CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur c. Époux Lalanne*, n° 45681, Rec. p. 573 ; S., vol. 3, 1921, p. 49
CE, 23 mars 1923, *Saint-Jean à Paris*, Rec. p. 290
CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*
CE, 3 juill. 1931, *Ville de Clamart* ; S. 1932, III, 1, note Bonnard
CE, 13 janv. 1932, *Société La Grande Taverne*, n° 2871, Rec. p. 36
CE, Sect., 27 mars 1936, *Association culturelle israélite de Valenciennes*, n° 32147, Rec. p. 383
CE, 1^{er} juill. 1936, *Veyre*, Rec. p. 713
CE, 4 févr. 1938, *Abbé Nicolet*, Rec. p. 128
CE, Ass., 1^{er} avr. 1938, *Société L'Alcool dénaturé*, Rec. p. 337, concl. R. LATOURNERIE ; RDP, 1938, p. 487, concl. R. LATOURNERIE
CE, 28 avr. 1938, *Demoiselle Weiss*, Rec. p. 379
CE, 25 juill. 1939, *Beis*
CE, Sect., 4 févr. 1944, *Guieyresse*, Rec. p. 45, concl. CHENOT ; RDP, 1944, p. 158, concl. CHENOT, note G. JÈZE
CE, 8 déc. 1948, *Demoiselle Pasteau*
CE, 22 mars 1950, *Société des ciments français*, Rec. p. 175
CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p. 151
CE, 5 févr. 1960, *Commune de Mougins*, n°42735, Rec. p. 83 ; Rev. adm., 1960, p. 101, note J. HOURTICQ
CE, Sect., 28 oct. 1960, *Sieur de Laboulaye*, Rec. p. 570
CE, 2 nov. 1960, *Ville de Sidi-bel-Abbès*, Rec. p. 928

CE, 21 nov. 1962, *République malgache c. Dame Razafindranaly*, Rec. p. 618

CE, 21 janv. 1966, *Legastelois*, Rec. p. 45

CE, 13 févr. 1970, *Dame Vigan et a.*, Rec. p. 110

CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. p. 274

CE, 23 juill. 1974, *Commune de Cayeux-sur-mer*, Rec. p. 435

CE, Sect., 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, n° 00096, Rec. p. 182

CE, 19 oct. 1979, *Camps*, n° 03861, Rec. p. 381

CE, 1^{er} oct. 1980, *Union des athées*, n° 17651

CE, 16 juin 1982, *Époux Z*

CE, 21 janv. 1983, *Association Fraternité des serviteurs du monde nouveau*, Rec. p. 18

CE, Sect., 5 oct. 1984, n° 47875

CE, Ass., 1^{er} févr. 1985, *Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »*, n° 46488 ; *RDP*, 1985, p. 497, note J. ROBERT

CE, 26 juill. 1985, *L'association « Défense des intérêts des lecteurs de la bibliothèque nationale »*, n° 50132, Rec. p. 544

CE, 18 févr. 1987, *Union des écrivains provençaux*, Rec. p. 653

CE, Sect., 12 févr. 1988, *Association des résidents des quartiers Portugal-Italie*, Rec. p. 66 ; *AJDA*, 1988, p. 293, concl. E. GUILLAUME ; *LPA*, n° 61, 1988, p. 4, note J. MORAND-DEVILLER.

CE, 3 juin 1988, *Mme Barsacq-Adde*, n° 67791, Rec. p. 227

CE, 17 juin 1988, *Union des athées de Paris*, n° 63912, *AJDA*, 1988, p. 247, chron. M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE

CE, 21 oct. 1988, *SE chargé des P. et T. c. Mme Capro-Placide*, Rec. p. 371

CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris et Bureau d'aide sociale de Paris c. Levy*, Rec. p. 157

CE, 25 nov. 1988, n° 65932 ; *AJDA*, 1989, p. 172, note M. DUBOIS

CE, Ass., 16 déc. 1988, *Bleton*, n° 77713, Rec. p. 451, concl. C. VIGOUROUX ; *ADJA*, 1989, p. 102, concl. C. VIGOUROUX

CE, 17 janv. 1990, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, n° 86166, Rec. p. 601

CE, 24 oct. 1990, *Ministre des Postes, des Télécommunications et de l'Espace c. M. Vignon*, n° 99457

CE, 22 nov. 1991, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, n° 70946

CE, Sect., 9 oct. 1992, *Commune de Saint-Louis c. Association Siva Soupramanien de Saint-Louis*, n° 94455, Rec. p. 358 ; *La Semaine Juridiction Édition Générale*, n° 24, 1993, II, p. 22068, note A. ASHWORTH

CE, 2 nov. 1992, *Kherouaa*, n° 130394

CE, Sect., 13 janv. 1993, n° 115474

CE, 11 mai 1994, *Larcena*, n° 137612

CE, 25 nov. 1994, *Cha'are Shalom Ve-Tsedek*, n° 110002, Rec. p. 509 ; *AJDA*, 1995, p. 476, note P.-J. QUILLIEN

CE, Ass., 14 avr. 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n° 125148

CE, Ass., 14 avr. 1995, *Koen*, n° 157653 ; *RFDA*, 1995, p. 585, concl. Y. AGUILA ; *AJDA*, 1995, p. 501, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVIAUX ; *D.*, 1995, p. 481, note G. KOUBI ; *RDP*, 1995, p. 867, note C. HAGUENAU

CE, Sect., 3 juill. 1995, *Paturel c. Premier ministre*, n° 140872

CE, 10 juill. 1995, *Contremoulin*, n° 147212, Rec. p. 293

CE, 20 mai 1996, *Ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c. M. Ali*, n° 170343, Rec. p. 187

CE, 9 oct. 1996, *Département de Paris* ; JCP G, 1997, concl. C. MAUGÜE

CE, 27 nov. 1996, *Ministre de l'Éducation nationale c. Saglamer*, n° 169522

CE, 12 févr. 1997, *Mlle Henny*, n° 125893

CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter*, Rec. p. 115

CE, 28 sept. 1998, *Association séfarade de Mulhouse*, n° 162289, Rec. p. 343

CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et a.*, n° 194658 et 196116

CE, 15 mai 2000, *M. Barroux*, n° 200903, Rec. p. 172

CE, 23 juin 2000, *ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Riom ; ministre de l'Économie des Finances et de l'Industrie c. Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Clamecy* ; RDP, 2000, concl. M. BACHELIER ; RDP, 2000, note A. GARAY et P. GONI

CE, Ass., 6 avr. 2001, *M. Pelletier et a.*, n° 224945

CE, 27 juill. 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice*, n° 216903

CE, 10 oct. 2001, n° 219645

CE, 29 avr. 2002, *Fraternité sacerdotale Saint-Pie X*, n° 216850

CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, Rec. p. 229

CE, 18 oct. 2002, *Spaggiari*, n° 224804 ; AJDA, 2003, p. 36, concl. R. SCHWARTZ ; AJFP, 2003, p. 12, note S. SLAMA

CE, ord., 25 oct. 2002, *Commune d'Orange*, n° 251161

CE, 2 avr. 2003, *M. X. et Syndicat Lutte pénitentiaire*, n° 225728

CE, 24 oct. 2003, *Mme Benchemachk*, n° 250084

CE, ord., 16 févr. 2004, *Benaissa*, n° 264314

CE, 28 avr. 2004, *Association culturelle du Vajra Triomphant*, n° 248467, Rec. p. 591 ; AJDA, 2004, p. 1367, concl. S. BOISSARD

CE, 19 nov. 2004, *M. X.*, n° 265064

CE, 19 janv. 2005, *Hardy et Le Cornec*, Rec. p. 9

CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. gouvernement de la Polynésie française*, n° 265560

CE, ord., 25 août 2005, *Commune de Massat*, Rec. p. 386 ; B. QUIRIGNY, JCP G, 2006, J., p. 322 ; P. SUBRA DE BIEUSSES, AJDA, 2006, p. 91

CE, ord., 6 mars 2006, *Association United Sikhs*, n° 289947

CE, 15 déc. 2006, *Association United Sikhs et M. Shingara Mann Singh*, n° 289946

CE, 4 févr. 2008, *Association de l'église néo-apostolique de France*, n° 293016 ; AJDA, 2008, p. 279

CE, 21 mai 2008, *M. Serge Synakiewicz*, n° 293567

CE, 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, n° 286798, Rec. p. 737 ; AJDA, 2008, p. 1997, étude H. ZEGHBIB ; AJDA, 2008, p. 2013, note P. CHRESTIA

CE, 14 nov. 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale*, n° 311312 ; AJDA, 2009, p. 380, concl. R. KELLER

CE, 6 mars 2009, n° 307764

CE, 10 avr. 2009, *El Haddioui*, Rec. p. 158 ; AJDA, 2009, p. 1386, note G. CALVES ; JCP A, 2009, p. 2108, note D. JEAN-PIERRE

CE, 20 nov. 2009, *Mme A.*, n° 324376

CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Montpellier*, n° 31518

CE, Ass., 19 juill. 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône*, n° 308817, Rec. p. 392

CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Trélazé*, n° 308544, Rec. p. 370

CE, Ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans métropole* ; *AJDA*, 2011, p. 1667, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *D.*, 2011, p. 2025, édito F. ROME et p. 2375, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *AJCT*, 2011, p. 515, obs. M. PERRIER

CE, 19 juill. 2011, *Mme Vayssière*, n° 320796 ; *RFDA*, 2011, p. 967, concl. E. GEFFRAY

CE, 3 oct. 2011, *Communauté d'agglomération Saint-Étienne métropole* ; *AJDA*, 2011, p. 1926 ; *AJCT*, 2012, p. 264, note E. PECHILLON

CE, 23 déc. 2011, *Halfon et a.*, n° 323309 ; *Revue juridique de l'économie publique*, n° 701, oct. 2012, concl. F. ALADJIDI ; *JCP A*, n° 35, 2012, p. 2281, comm. F. DIEU ; *Civitas Europa*, n° 29, 2012/2, p. 137-146, note L. SEUROT

CE, 4 mai 2012, *Fédération de la libre-pensée et d'action sociale du Rhône*, n° 336462, Rec. p. 185

CE, 4 mai 2012, n° 336463

CE, 26 oct. 2012, *Lliboutry*, n° 346648

CE, 26 nov. 2012, *Communauté des Bénédictins de l'Abbaye de Saint-Joseph de Clairval*, n° 344284 ; *AJDA*, 2013, p. 345, note J.-M. PONTIER

CE, 26 nov. 2012, *ADEME c. Communauté de la Chartreuse de Portes*, n° 344379, Rec. p. 390

CE, 26 nov. 2012, *ADEME c. Communauté des Bénédictins de l'Abbaye de Saint-Joseph de Clairval*, n° 344378

CE, Sect., 18 janv. 2013, *SOS Racisme*, n° 328230, Rec. p. 1

CE, 15 févr. 2013, *Association Grande Confrérie de Saint Martial et a.*, n° 347049 et 347050 ; *AJDA*, 2013, p. 375, obs. M.-C. DE MONTECLER

CE, 5 juill. 2013, *Œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs*, n° 361441 ; *DA*, déc. 2013, p. 44-48, note G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, n° 29, 2013, note M. TOUZEIL-DIVINA

CE, 16 oct. 2013, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des libertés c. Fuentes*, n° 351115, 351116, 351152, 351220, 354484, 354485, 354507 et 354508 ; *AJDA*, 2013, p. 2386, concl. D. HEDARY

CE, 16 juill. 2014, *M. B. c. Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, n° 377145

CE, 25 févr. 2015, n° 375724 ; *AJDA*, 2015, p. 421, obs. J.-M. PASTOR ; *JCP A*, 2015, n° 243, obs. É. LANGELIER

CE, 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426

CE, ord., 23 sept. 2015, *Association des musulmans de Mantes sud*, n° 393639

CE, 10 févr. 2016, *Khadar*, n° 385929

CE, 17 févr. 2016, *Associations de libre pensée et d'action sociale du Rhône*, n° 368342

CE, 9 nov. 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 ; Rec., *AJDA*, 2016, p. 2135, concl. A. BRETONNEAU

CE, 9 déc. 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223

CE, 10 févr. 2017, *Ville de Paris*, n° 395433 ; *AJDA*, 2017, p. 684, concl. O. HENRARD

CE, 13 mars 2017, *Association de sensibilisation, d'information et de défense de consommateurs musulmans*, n° 391499

CE, 27 juin 2018, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, Rec. p. 271 ; *JCP A*, 2018, p. 2331, concl. F. DIEU

CE, 19 déc. 2018, *M. A.*, n° 419773

CE, 4 oct. 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 423647

CE, 27 déc. 2019, *Association Vigilance Halal, protection et respect de l'animal et du consommateur*, n° 433067

CE, ord., 18 mai 2020, n° 440366 ; *AJDA*, 2020, p. 1733, note T. RAMBAUD

CE, ord., 29 nov. 2020, n° 446930 ; *AJDA*, 2021, p. 632, note X. BIOY

CE, 11 déc. 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483 ; *Dr. adm.*, n° 3, 2021, comm. 16, comm. G. ÉVEILLARD

CE, 22 déc. 2020, n° 440402

CE, 12 avr. 2022, *Fédération Sud éducation*, n° 452547

CE, 12 avr. 2022, union nationale des syndicats autonome Éducation, n° 456068

CE, ord., 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, n° 464648, *AJDA*, 2022, p. 1255 ; *AJDA*, 2022, p. 1736, note X. BIOY ; *D.*, 2022, p. 1210 ; *AJCT*, 2022, p. 451, obs. G. LE CHATELIER ; *RFDA*, 2022, p. 689, note J.-P. CAMBY et J.-E. SCHOETTL ; *Dr. adm.*, 2022, Alerte 109, obs. A. COURREGES ; *Dr. adm.*, 2022, Alerte 109, comm. 38, note G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, 2022, p. 2237, note L. ECK ; *JCP G*, 2022, actu. 803, obs. G. GONZALEZ ; *LPA*, 31 août 2022, n° 7-8, p. 4, note F. CHALTIEL

CE, 1^{er} juill. 2022, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 441260

CE, 22 déc. 2022, n° 461800

CE, ord., 7 sept. 2023, n° 487891

CE, 18 mars 2024, n° 471061

JURIDICTIONS JUDICIAIRES FRANÇAISES

COUR ROYALE

Cour royale de Paris, 27 déc. 1828 in *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, S., t. 29, part. 2, 1829, p. 34

TRIBUNAUX

Tribunal de la Seine, Dumonteil, 19 juin 1828 in *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, Sirey, t. 29, part. 2, 1829, p. 34

Trib. corr. de Montpellier, 19 mars 1930, *Ministère public et abbé Mader c. P... et a.* ; *DP*, 2, 1931, p. 133 ; note M. WALINE

COURS D'APPEL

CA de Nancy, 15 juill. 1808 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1809, p. 6

CA de Turin, 22 févr. 1809 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1809, p. 87

CA de Chambéry, 15 janv. 1964 ; *D.*, 1964, p. 605

CA de Nîmes, 10 juin 1967 ; *D.*, 1969, p. 367, note J. CARBONNIER

CA de Paris, 25 mai 1990, *Brami c. Arbib*, n° 89-36864

CA de Lyon, 28 juill. 1997, *Ministère public c. Veau et a.* ; *Gaz. Pal.*, mars 1999, p. 319, chron. L. de NAUROIS

CA de Lyon, 14 oct. 2014, n° 13/04353 ; *Dr. Fam.*, 2015, comm. n° 7, obs. C. NEIRINCK

COUR DE CASSATION

- Cass., Section des requêtes, 28 mars 1810 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1810, p. 235
- Cass., Section des requêtes, 12 juill. 1810 in *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, Paris, Porthmann, 1810, p. 371
- Cass., crim., 3 août 1826 in *Plaidoyers de Me Isambert pour les piétistes de Bischwiller*, Paris, J. TASTU, 1826, p. 33
- Cass., crim., 23 avr. 1830, *Lefèvre et Poisot* ; S., 1830, t. 30, vol. 1, p. 301
- Cass., civ., 3 mars 1846 in *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile*, Paris, 1846, p. 59 et s.
- Cass., crim., 9 déc. 1853, *Porchat* ; S., 1854, vol. 1, p. 284
- Cass., civ., 25 janv. 1888, *Consorts Houpin c. consorts Sterlin* in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle : ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Paris, Dalloz, t. 1, 1888, p. 97 et s.
- Cass., crim., 9 avr. 1910, *Ministre publ. c. abbé Bailleul* ; DP, 1910, p. 192
- Cass., crim., 1^{er} déc. 1910, *Ministre publ. c. abbé Galin et demoiselle* ; DP, 1911, p. 345 ; note P. Bureau
- Cass., crim., 1^{er} déc. 1910, *Bull. des arrêts de la Cour de cassation*, Matière criminelle, n° 12, p. 74
- Cass., civ., 6 févr. 1912 ; S., 1913, 1, p. 138 ; note A. MESTRE
- Cass., civ., 6 févr. 1912, *Esdoluc c. Journiac*, D., 1912, 1^{ère} partie, p. 121
- Cass., civ., 30 oct. 1912 ; S., 1913, 1, p. 379
- Cass., soc., 29 mai 1947 ; S., 1948, 1, p. 13
- Cass., civ. 29 mai 1954 ; *Bull. Civ.*, n° 134
- Cass., civ., 13 mars 1964 ; D., 1964, p. 357
- Cass., mixte, 17 oct. 1975, n° 72-40.239
- Cass., Ass. plén., 19 mai 1978, *Dame Roy c. Association pour l'éducation populaire Saint-Marthe*, n° 76-41.211
- Cass., 21 avr. 1982, n° 81-11.775 ; *Gaz. Pal.*, 21 avr. 1982
- Cass., soc., 20 nov. 1986, *Carlier c. Union nationale des associations culturelles de l'Église réformée de France*, n° 84-43.243
- Cass., soc., 17 avr. 1991, *Painsecq*, n° 90-42.636
- Cass., soc., 23 avr. 1997, n° 94-40.909
- Cass., crim., 30 juin 1999, n° 98-80501
- Cass., crim., 1^{er} mars 2005, *Joël X...*, n° 04-83556
- Cass., soc., 12 juill. 2005, n° 03-43.354
- Cass., soc., 29 oct. 2008, n° 07-44.766
- Cass., soc., 20 janv. 2010, n° 08-42.207
- Cass., civ., 19 nov. 2014, n° 13-25.156

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

- Décision n° 60-6 DC, 15 janv. 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958* ; D., 1960, n° s.n., p. 293, note L. HAMON
- Décision n° 73-51 DC, 27 déc. 1973, *Loi de finances pour 1974*

Décision n° 76-67 DC, 15 juill. 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*

Décision n° 77-87 DC, 23 nov. 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement* ; Gaz. Pal., 9-10 et 11-13 juin, 1978, p. 293-300, note J.-F. FLAUSS

Décision n° 78-101 DC, 17 janv. 1979, *Loi portant modification des dispositions du titre I^{er} du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes*

Décision n° 80-128 DC, 21 janv. 1981, *Loi relative au travail à temps partiel*

Décision n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*

Décision n° 82-141 DC, 27 juill. 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*

Décision n° 82-146 DC, 18 nov. 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*

Décision n° 82-153 DC, 14 janv. 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*

Décision n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, *Loi de finances pour 1984*

Décision n° 83-165 DC, 20 janv. 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*

Décision n° 85-200 DC, 16 janv. 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activités*

Décision n° 86-209 DC, 3 juill. 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*

Décision n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*

Décision n° 86-218 DC, 18 nov. 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*

Décision n° 87-229 DC, 22 juill. 1987, *Loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire*

Décision n° 87-232 DC, 7 janv. 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*

Décision n° 89-257 DC, 25 juill. 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*

Décision n° 90-280 DC, 6 déc. 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*

Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*

Décision n° 93-320 DC, 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993*

Décision n° 93-329 DC, 13 janv. 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités territoriales*

Décision n° 1996-375 DC, 9 avr. 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*

Décision n° 97-393 DC, 18 déc. 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*

Décision n° 98-404 DC, 18 déc. 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*

Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*

Décision n° 2000-435 DC, 7 déc. 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*

Décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*

Décision n° 2001-450 DC, 11 juill. 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*

Décision n° 2003-489 DC, 29 déc. 2003, *Loi de finances pour 2004*

Décision n° 2004-505 DC, 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*

Décision n° 2005-521 DC, 22 juill. 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*

Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*

Décision n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*

Décision n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*

Décision n° 2009-599 DC, 29 déc. 2009, *Loi de finances pour 2010*

Décision n° 2010-601 DC, 4 févr. 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*

Décision n° 2010-602 DC, 18 févr. 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*

Décision n° 2010-13 QPC, 9 juill. 2010, *M. Orient O. et a.*

Décision n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*

Décision n° 2010-613 DC, 7 oct. 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ; JCP G*, 2010, n° 42, p. 1930, note M. BERTRAND ; n° 43, p. 1977, note A. LEVADE ; *AJDA*, 2010, n° 42, p. 2373, note M. VERPEAUX ; *RFDC*, 2011, n° 87, p. 548, note S. M. FATIN-ROUGE et P. XAVIER ; *Constitutions*, n° 2014-4, p. 483, note M. AFROUKH

Décision n° 2010-92 QPC, 28 janv. 2011, *Mme Corinne C. et a.*

Décision n° 2011-130 QPC, 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et a.*

Décision n° 2012-266 QPC, 20 juill. 2012, *M. Georges R.*

Décision n° 2012-297 QPC, 21 févr. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*

Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

Décision n° 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management*

Décision n° 2013-353 QPC, 18 oct. 2013, *M. Franck M. et a.*

Décision n° 2015-725 DC, 29 déc. 2015, *Loi de finances pour 2016*

Décision n° 2017-629 QPC, 19 mai 2017, *Société FB Finance*

Décision n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane*

Décision n° 2019-796 QPC, 5 juill. 2019, *Société Autolille*

Décision n° 2022-1004 QPC, 22 juill. 2022, *Union des associations diocésaines de France et a.*

JURIDICTIONS EUROPEENNES

Cour européenne des droits de l'homme

COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Comm. EDH, 12 déc. 1966, *Grandrath c. Allemagne*, n° 2299/64

Comm. EDH, 2 avr. 1973, *G. Z. c. Autriche*, n° 5591/72

Comm. EDH, 5 mars 1976, *X. c. Royaume-Uni*, n° 5947/72

Comm. EDH, 8 mars 1976, *X. c. Danemark*, n° 7374/76

Comm. EDH, 4 oct. 1977, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7291/75

Comm. EDH, 12 juill. 1978, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7992/77

Comm. EDH, 5 mai 1979, *X et Église de scientologie c. Suède*, n° 7805/77

Comm. EDH, 12 mars 1981, *X. c. Royaume-Uni*, n° 8160/78
Comm. EDH, 12 oct. 1988, *Verein Kontakt-information-therapie et siegfried hagen c. Autriche*, n° 11921/86
Comm. EDH, 6 juill. 1994, *Union des athées c. France*, n° 14635/89
Comm. EDH, 7 avr. 1997, *Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 7 déc. 1976, *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72
CEDH, 25 févr. 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76 et 7743/76
CEDH, 14 juill. 1987, *Chappell c. Royaume-Uni*, n° 12587/86
CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83
CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88
CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87
CEDH, 23 août 1994, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, n° 13470/87
CEDH, 1^{er} juill. 1995, *Kalaç c. Turquie*, n° 20704/92
CEDH, 18 déc. 1996, *Valsamis c. Grèce*, n° 21787/93
CEDH, 1^{er} juill. 1997, *Kalac c. Turquie*, n° 20704/92
CEDH, 16 déc. 1997, *Église de La Canée c. Grèce*, n° 25528/94
CEDH, 18 févr. 1999, *Buscarini et a. c. Saint-Marin*, n° 24645/94
CEDH, 14 oct. 1999, *Riera Blume et a. c. Espagne*, n° 37680/97
CEDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97
CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, n° 27417/95
CEDH, 26 oct. 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, n° 30985/96
CEDH, 15 févr. 2001, *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98
CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94
CEDH, 2 oct. 2001, *Pichon et Sajous c. France*, n° 49853/99
CEDH, 13 déc. 2001, *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldavie*, n° 45701/99
CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02
CEDH, 28 mai 2002, *Mc Shane c. Royaume-Uni*, n° 43290/98.
CEDH, 2 juill. 2002, *Wilson, National Union of Journalists et a. c. Royaume-Uni*, n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96
CEDH, 12 déc. 2002, *Sofianopoulos et a. c. Grèce*, 1988/02
CEDH, 13 févr. 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98
CEDH, Gr. Ch., 8 juill. 2003, *Sommerfeld c. Allemagne*, n° 31871/96
CEDH, 13 juill. 2004, *Pla et Puncerneau c. Andorre*, n° 69498/01
CEDH, 11 janv. 2005, *Suku Phull c. France*, n° 35753/03
CEDH, Gr. Ch., 6 juill. 2005, *Natchova et a. c. Bulgarie*, n° 43577/98 et 43579/98
CEDH, 3 nov. 2005, *F. L. c. France*, n° 61162/00
CEDH, 10 nov. 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98
CEDH, Gr. Ch., 12 avr. 2006, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01
CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02
CEDH, 24 déc. 2006, *Köse et a. c. Turquie*, n° 26625/02
CEDH, Gr. Ch., 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05

CEDH, 12 avr. 2007, *Ivanova c. Bulgarie*, n° 52435/99
 CEDH, 3 mai 2007, *Baczkowski et a. c. Pologne*, n° 1543/06
 CEDH, 3 mai 2007, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et a. c. Géorgie*, n° 71156/01
 CEDH, Gr. Ch., 29 juin 2007, *Folgero et a. c. Norvège*, n° 15472/02
 CEDH, 18 sept. 2007, *Griechische Kirchengemeinde München et Bayern c. Allemagne*, n° 52336/88
 CEDH, 13 nov. 2007, *D. H. et a. c. République tchèque*, n° 57325/00
 CEDH, 21 févr. 2008, *Alexandridis c. Grèce*, n° 19516/06
 CEDH, 4 mars 2008, *El Morsli c. France*, n° 15585/06
 CEDH, 31 juill. 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et a. c. Autriche*, n° 40825/98
 CEDH, 12 mars 2009, *Gütl c. Autriche*, n° 49686/99
 CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02
 CEDH, 30 juin 2009, *Aktas c. France*, n° 14308/08 ; *Ghazal c. France*, n° 29134/08 ; *Bayrak c. France*, n° 14308/08 ; *Gamaleddyn c. France*, n° 18527/08 ; *Jasvir Singh c. France*, n° 25463/08 ; *Ranjit Singh c. France*, n° 27561/08
 CEDH, 23 sept. 2010, *Obst et Schüth c. Allemagne*, n° 425/03
 CEDH, 10 juin 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, n° 302/02
 CEDH, 7 déc. 2010, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06
 CEDH, 14 déc. 2010, *O'Donoghue et a. c. Royaume-Uni*, n° 34848/07
 CEDH, 3 févr. 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02
 CEDH, Gr. Ch., 18 mars 2011, *Lautsi et a. c. Italie*, n° 30814/06
 CEDH, 7 juill. 2011, *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03 ; *RFDA*, 2012, p. 455, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO
 CEDH, 15 mai 2012, *Fernandez-Martinez c. Espagne*, n° 56030/07.
 CEDH, 12 juin 2012, *Savda c. Turquie*, n° 42730/05
 CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10
 CEDH, 29 janv. 2013, *Horvath et Kiss c. Hongrie*, n° 11146/11
 CEDH, 7 nov. 2013, *E.B. et a. c. Autriche*, n° 31913, 38357/07, 48098/07, 49777/07 et 48779/07
 CEDH, 17 déc. 2013, *Vartic c. Roumanie*, n° 14150/08
 CEDH, Gr. Ch., 12 juin 2014, *Fernandez Martinez c. Espagne*, n° 56030/07
 CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juill. 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11
 CEDH, 2 déc. 2014, *Cumhuriyetçi Egitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, n° 32093/10.
 CEDH, 23 févr. 2016, *Çam c. Turquie*, n° 51500/08
 CEDH, Gr. Ch., 26 avr. 2016, *Izzettin Dogan et a. c. Turquie*, n° 62649/10
 CEDH, 24 mai 2016, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13
 CEDH, Gr. Ch., 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10
 CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, n° 51362/09
 CEDH, 15 sept. 2016, *Papavasylakis c. Grèce*, n° 66899/14
 CEDH, 17 oct. 2016, *Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah et a. c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13
 CEDH, 5 déc. 2017, *Hamidović c. Bosnie-Herzégovine*, n° 57792/15
 CEDH, 17 sept. 2019, *Aikaterini-Veatriki Pantelidou c. Grèce*, n° 36267/19
 CEDH, 9 juin 2020, *Erlich et Kastro c. Roumanie*, n° 23735/16 et 23740/16

CEDH, 10 nov. 2020, *Association chrétienne des témoins de Jéhovah de Bulgarie c. Bulgarie*, n° 5301/11
 CEDH, 9 nov. 2021, *De Wilde c. Pays-Bas*, n° 9476/19 ; *RDLF*, 2022, chron. 3, S. SYDORYK.
 CEDH, 5 avr. 2022, *Assemblée chrétienne des témoins de Jéhovah d'Anderlecht et a. c. Belgique*, n° 20165/20
 CEDH, 19 mai 2022, *T.C. c. Italie*, n° 54032/18
 CEDH, 7 juin 2022, *Teliatnikov c. Lituanie*, n° 51914/19
 CEDH, 13 févr. 2024, *van de Moslims van België et a. c. Belgique*, n° 16760/22

Cour de justice de l'Union européenne/des Communautés européennes

CJCE, 17 juill. 1963, *Italie c. Commission*, n° 13/63
 CJCE, 12 févr. 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, n° 152-73
 CJCE, 27 oct. 1976, *Vivien Prais c. Conseil des communautés européennes*, n° 130-75
 CJCE, 31 mars 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing production) Ltd*, n° C-96/80
 CJCE, 11 juill. 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, n° 265/87
 CJCE, 17 oct. 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, n° C-450/93
 CJCE, 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a. c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, n° C-158/97
 CJCE, 22 mars 2007, *Raffaele Talotta c. État belge*, n° C-383/05
 CJUE, Gr. Ch. 5 sept. 2012, *Y. et Z. c. Bundesrepublik Deutschland*, n° C-71/11 et C-99/11
 CJUE, Gr. Ch., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*, n° C-188/15
 CJUE, Gr. Ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV*, n° C-157/15
 CJUE, Gr. Ch., 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. c. Vlaams Gewest*, n° C-426/16
 CJUE, Gr. Ch., 22 janv. 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, n° C-193/17
 CJUE, Gr. Ch., 26 févr. 2019, *Œuvres d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° C-497/17
 CJUE, 17 déc. 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België e.a. c. Vlaamse Regering*, n° C-336/19
 CJUE, Gr. Ch., 15 juill. 2021, *IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, n° C-804/18 et n° C-341/19
 CJUE, 13 oct. 2022, *L.F. c. S.C.R.L.*, n° C-344/20
 CJUE, Gr. Ch., 28 nov. 2023, *Commune d'Ans*, n° C-148/22

JURIDICTIONS ETRANGERES

COUR SUPRÊME DU ROYAUME-UNI

Cour Suprême du Royaume-Uni, *R (Hodkin) v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages*, [2013], U.K.S.C. 77

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

Cour Suprême des États-Unis, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)
 Cour Suprême des États-Unis, *U. S. v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965)
 Cour Suprême des États-Unis, *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970)
 Cour Suprême des États-Unis, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)
 Cour Suprême des États-Unis, *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005)

Cour Suprême des États-Unis, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. 171 (2012)

COUR SUPRÊME DU CANADA ET COUR FÉDÉRALE DU CANADA

Cour Suprême du Canada, *Chaput c. Romain*, [1955] S.C.R. 834.

Cour Suprême du Canada, *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295

Cour Suprême du Canada, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536

Cour Suprême du Canada, *La Reine c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284

Cour Suprême du Canada, 2 févr. 1989, *Andrew v. Law Society of British Columbia*, 1 RCS 143

Cour Suprême du Canada, *Corbière c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203

Cour fédérale du Canada, *Maurice v. Canada*, [2002], 215 F.T.R. 315 (TD)

Cour Suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 ; 2004 CSC 47

Cour Suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006, CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256

Cour Suprême du Canada, *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567

Cour Suprême du Canada, *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012, CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235

INDEX

Les numéros correspondent aux paragraphes de la thèse. Les numéros en gras correspondent aux passages le plus pertinents.

A

Abattage rituel : 684, 773, 774, 1068, 1072, 1171, 1224, 1225, 1226, 1345, **1409 s.**, 1454, 1476, 1483, 1546, 1548, 1552, 1553, **1554 s.**, 1564, 1565, 1566, 1573, 1585, 1635, 1649, 1662, 1663, 1667, 1759, 1760
Abstraction (abstrait) : 18, **26 s.**, 28, 29, 37, 47, 61, 63, 66, 96, 141, 151, 334, 337, 339, 394, 396, 404, 409, 425, 428, 517, 540, 553, 559, 571, 645, 649, 713, 915, 980, 1152, 1154, 1281, 1449, 1507

Accommodement(s) (de la norme) : **59**, 830, 842, 894, 994, 995, 1002, 1070, 1076, 1085, 1165, 1180, 1186, 1191, 1197, 1209, 1216, 1240, 1253, 1256, 1263, 1275, 1287, 1289, 1301, 1304, 1317, 1318, 1337, 1340, 1342, 1347, 1392, 1396, 1406, 1464, 1482, 1483, 1499, 1523, 1525, 1541, 1547, 1558, 1594, 1595, 1602, 1636, 1638, 1639, 1655, 1659, 1660, 1683, 1693, 1714, 1715

Accommodement(s) raisonnable(s) : **59**, 467, 578, 494, 495, 1115, 1134, 1162 s., 1176, 1186, 1190, 1197, 1207, 1216, 1223, 1233 s., 1264, 1269, 1274, 1310, 1344, 1395, 1406, 1452, 1457, 1465, 1468, **1482 s.**, 1524, 1701, 1715, 1748

Action(s) positive(s) : **54 s.**, 572, 820, 1071 s., 1200, 1231, 1554, 1725, 1726

Affirmative action : **53 s.**, 586

Agrément : 279, 280, 292, 658, 1171, 1225, 1359, 1423, 1556 s., 1565, 1585, 1759

Aménagement(s) (de la norme) : **59 s.**, 426, 544, 556, 577, 581, 589, 607, 612, 617, 634, 641, 649, 682, 687 s., 704, 707, 870, 889, 895, 915, 966, 993 s., 1000, 1001, 1002, 1006, 1009, 1011, 1034, 1038, 1050, 1055, 1057, 1062, 1066, 1069 s., 1072, 1076, 1078, 1080, 1086, 1087, 1139, 1140, 1145, 1156, 1163 s., 1175, 1176, 1189, 1191 s., 1197, 1207 s., 1234, 1244, 1255, 1259, 1260 s., 1275, 1276, 1284, 1289, 1293, 1299, 1300, 1303, 1310, 1313, 1314, 1315 s., 1321 s., 1326, 1328, 1334, 1336 s., 1340, 1341, 1342 s., 1348, 1349, 1350, 1355 s., 1386, 1387, 1391, 1392, 1394, 1395, 1396 s., 1412, 1421, 1422, 1426, 1428, 1442, 1450, 1452 s., 1474 s., 1477, 1480, 1482 s., 1491, 1519, 1523 s., 1527, 1537, 1538 s., 1542, 1545, 1547, 1548 s., 1559, 1562, 1594 s., 1626, 1630, 1631, 1633, 1635 s., 1642, 1648, 1653, 1659 s., 1664, 1667, 1673, 1674, 1680, 1694, 1696, 1704, 1716, 1725, 1729, 1730, 1739, 1741, 1744, 1748, 1754, 1761

Angleterre : 854 s.

Appartenance(s) : 12, 14, 19, 45, **46 s.**, 70, 73, 76, 78, 121, 125, 126, 143, 148, 158, 196, 250, 255, 269, 316 s., 340, 358, 363, 367, 368, 442, 489, 719, 723, 726 s., 742, 744, 749, 752, 755, 756, 759, 801, 804, 813, 859, 864, 879, 889, 996, 1087, 1127, 1154, 1187, 1205, 1240, 1271, 1324, 1328, 1329, 1351 s., 1468, 1497, 1507 s., 1534, 1536, 1537, 1538, 1540 s., 1552, 1572, 1580,

1596, 1601 s., 1620, 1623, 1624, 1746, 1752, 1755

Applicabilité : **29**, 401, 445, 452, 471, 1450, 1485, 1759

Approche/Conception :

- objective de la religion : 725, **731 s.**, **741 s.**, 751, 757, 758, 759, 776, 791, 801, 803 s., 897, 822 s., 936, 1007, 1010, 1136, 1560, 1565, 1567, 1592 s., 1599 s., 1607 s., 1623, 1758

- subjective de la religion : 664, 725, **731 s.**, 742, 744, 751, 853, 856, 1008, 1592, 1594, 1597, 1598 s., 1605 s., 1620 s., 1626, 1647, 1701, 1702, 1711, 1724, 1758, 1767, 1770

Association(s) :

- loi de 1901 : 498 s., 522, 630, 640, 652, 666, 678, 691, 1672, 1723, 1741

- cultuelle(s) : 401 s., 474 s., 481, 486, 496, **497 s.**, 504 s., 508 s., 517 s., 525 s., 567, 598, 621 s., 628, 630, 638, 640, 644, 659 s., 666, 667, 668 s., 678, 680, 682, 728, 749, 750, 753, 761, 764, 771, 796, 803, 872 s., 875 s., 885 s., 917, 920, 925 s., 1027, 1098, 1117, 1279 s., 1419, 1565, 1570, 1622, 1667, 1672, 1674, 1722, 1723, 1731 s., 1735, 1741

- diocésaine(s) : 475, 508, 625, 626, 628, 630, 918, 927, **1282 s.**, 1447

Aumônier(s) : 496, 543, **545 s.**, 551, 658, 697

Aumônerie(s) : 408, 481, 534, **543 s.**, 550, 555, 658, 691, 697, 706, 748, 749, 773, 774, 805, 873, 1052, 1065, 1195, 1578, 1734

Autonomie des groupes : 150, 155, 158, 160, **785 s.**, 792, 938, 1070, 1499, 1509, 1625

Autonomie individuelle/personnelle : 19, 735, 900, 997, 1004, 1058, 1079, 1095,

1119, 1156, 1157, 1212, 1216, 1266, 1267, 1479, 1611, 1640, 1642, 1651

Autorisation(s) d'absence : 1188, **1307 s.**, 1318, 1323, 1324, 1332, 1336, 1351 s., 1356 s., 1382, 1402 s., 1408, 1442, 1460 s., 1469, 1471, 1483, 1486, 1537, 1540 s., 1654 s., 1716, 1747, 1766

Autorité(s) religieuse(s) : 265, 279, 292, 337, 346, 396, 477, 505, 541, 546, 548, 550, 551, 604, 650, 652, 657, 671, 724, 733, 744, 747 s., 772 s., 790, 791, 792 s., 920, 1225, 1282, 1307, 1329, 1423, 1431, 1541 s., 1569 s., 1599, 1601, 1608, 1609, 1612, 1620, 1622, 1758 s.

Altérité : 42, 56, **441 s.**

B

Bail/baux emphytéotique(s)
administratif(s)/BEA : 614, 630, **631 s.**, 872, 1634

Bien(s) cultuel(s) : 398, 475, 478, 480, 593, 594, 600, 602, 614, 621, 677, 772, 1052, 1280, 1286, 1292

Burkini : 1311, 1340, 1341, **1364 s.**, 1394, 1432, 1450, 1486, 1487, 1537, 1766 (voir aussi Piscine(s) municipale(s))

C

Canada : **82 s.**, 467, 736, 741, 742, 745, 751, 756, 995, 1163, 1194, 1269, 1347, 1391, 1452, 1493, 1505, 1506, 1524, 1526, 1594, 1607, 1701

Cantine(s) (restauration) : 1300, 1304, 1333, 1337, 1338, 1358, 1382, 1472, 1545, 1656, 1659, 1693, 1741 (voir aussi *Halal* et *Casher*)

Carré(s) confessionnel(s) : 773, 1050, 1327, 1329, 1541, 1545, 1622 (voir aussi Cimetière(s))

Casher (kasher, cacher) : 1019, 1333, 1339, 1346, 1359, 1360, 1387, 1544

Catégorie(s) générale(s) : **30 s.**, 47, 80, 447, 553, 805, 1444

Catégorisation juridique : 7, 10, 18, 25, 28, 33, 36, 46, 47, 54, 55, 62, 63, 111, 417, 429, 430, **432 s.**, **441 s.**, 458, 464, 492, 553, 598, 524, 720, 805, 814, 882, 983, 1077, 1666, 1752, 1762, 1763

Catégorie(s) juridique(s) : 7, 24 s., 29 s., 35 s., 39, 42, **47 s.**, 66, 80, 93, 116, 147, 196, 229, 240, 248, 292, 304, 308, 320, 337, 391, 392, 409, 410 s., 423, 428, 429, 431 s., 437 s., 441 s., 451 s., 457, 468, 481, 482, 485 s., 493 s., 520, 525, 552 s., 591, 595, 597, 613, 616, 646, 647, 719, 724, 728, 729, 750, 755, 799, 805 s., 814 s., 827 s., 850, 853, 861, 882, 888, 926, 954, 956, 957, 983, 996, 997, 1315, 1365 s., 1368, 1371, 1373, 1409, 1415, 1436, **1437 s.**, 1536, 1603, 1666, 1678, 1680, 1684 s., 1687 s., 1695, 1706 s., 1750 s., 1765

Catholicisme : 135, 202, 233, 240, 244, 286, 308, 405, 539, 677, 773, 802, 811, 1288, 1289, 1567, 1580, 1581

Champ d'application : 28, 36, 120, 156, 447, 496, 497, 504, 647, 688, 781, 893, 1364, 1429, 1431, 1433, 1666, 1686, 1699, 1750, 1765

Charte constitutionnelle (1814, 1830) : 244 s., 270, 272, **283 s.**, **289 s.**

Choix (caractérisation de la religion) : 7, 42, 341, 454, 732, 737, 760, 826, 840 s., 854, 861, 883, 902, 904, 905, 974, **991 s.**, 1056, 1067, 1078 s., 1156, 1162, 1167, 1197, 1211 s., 1220, 1246 s., 1266, 1267, 1451, 1465, 1466 s., 1279, 1480, 1508, 1560, 1592 s., 1632, 1640 s., 1663, 1714, 1715, 1739, 1750, 1754, 1767, 1770

Christianisme : 486, 535, 1621

Cimetière(s) : 267, 326, 356, 773, 1036, 1050, 1326, 1329 (voir aussi Carré(s) confesional(s))

Circoncision : 1346

Circonstance extérieure (caractérisation de la religion) : 7, 826, 840, 974, **991 s.**, 1056, 1078 s., 1144, 1162, 1167, 1174, 1210 s., 1220, 1244 s., 1263, 1466 s., 1516, 1536, 1592 s., 1632, 1639 s., 1664, 1715

Citoyen(s) : 14, 19, 45, 140, 163, 219, 234, 246, 247, 367, 383, 364, 365, 902, 1043, 1307

Communauté(s) : **46 s.**, 56, 68, 71 s., 117, 121, 132, 142, 143, 145, 149, 150, 152, 153, 154, 157, 158, 159, 160 s., 167 s., 185, 206, 229, 237, 239, 240, 247, 249, 255, 271, 273 s., 291, 336, 406, 440, 442, 478, 484, 486, 488, 497, 505, 508, 516, 537, 540, 546, 548, 549, 551, 604, 614, 639, 652, 655, 656, 660, 675, 691, 698, 704, 707, 708, 718 s., 728, 729, 730, 733, 734, 736, 737, 739, 743 s., **751 s.**, 758, 759 s., 772, 776, 777, 778, 780, 783 s., 804 s., 808, 809, 813, 825, 829, 833, 923, 938, 941, 954, 979, 1001, 1019, 1021, 1024, 1030, 1033, 1042 s., 1048, 1087, 1122, 1142, 1143, 1171, 1179, 1196, 1200, 1201, 1205, 1307, 1324, 1346, 1348, 1359 s., 1422 s., 1477, 1486, 1492 s., 1501 s., 1507 s., 1522 s., 1527, 1528 s., 1537, 1540 s., 1548, 1550, 1554 s., 1561 s., 1582 s., 1596, 1600 s., 1612, 1616, 1617, 1620, 1623 s., 1637, 1646, 1647, 1706, 1724, 1752, 1759, 1770

Communautarien(s) : **79**, 986, 989, 991, **1507 s.**, 1523

Communautarisme : **46**, 52, 66, 85, **86**, 87, 421, 642, 690, 699, 727, 811, 812, 1204, 1492, 1500, 1510, 1525, 1552, 1612

Concordat : 108, 236, 240, 246, 248, 258, 269 s., 274 s., 294, 297, 305, 310, 321, 340, 372, 374, 376, 379, 406, 412, 493, 550, 744, 750, 768, 787, 910, 914, 915, 1288, 1291, 1566, 1589

Congrégation(s) : 133, 349, 481, **534** s., 549, 550, 551, 555, 603, 644, **650** s., 747 s., 774, 795, 796, 803, 805, 873, 874, 1173, 1447, 1758

Consistoire : 402, 773, 1659

Constitution civile du clergé (C.C.C.) : 137, **138** s., 173, **199** s., 218, 220, 236, 412, 909, 928, 1668

Conviction(s) :

- areligieuse(s) : 721, 820, 821, 824, 826, 838, 842, 858, 876, 887, 893, 912, 913, 925, 950, 1043, 1046, 1296, 1374, 1488, 1543, 1642, 1655, 1663, 1685, 1688, 1690, 1693, 1702, 1706, 1716, 1763

- non religieuse(s) : 813, 817, 820, 853, 878, 881 s., 895, 896, 900, 902, 905, 907, 911, 914 s., 923 s., 931, 939, 946, 953, 954, 1628, 1632, 1633 s., 1657, 1658, 1660, 1688, 1698, 1704, 1709, 1730

- religieuse(s) : 5, 319, 341, 342, 411, 480, 578, 584, 667, 718, 719, 721, 813, 816 s., 818 s., 821, 822s., 830, 834s., 847, 850, 851, 853, 856, 858, 861, 864, 867, 868, 870, 873, 879, 884, 888 s., 895, 897, 900, 908, 913, 915, 917, 921, 922, 925, 926, 929, 934, 939, 940, 944, 945, 946, 950, 954, 998, 1000, 1004, 1142, 1156, 1186, 1189, 1198, 1205, 1207, 1211, 1248, 1258, 1299, 1304, 1311, 1338, 1345, 1351, 1356, 1362, 1390, 1396, 1399, 1468, 1489, 1490, 1491, 1594, 607 s., 1620, 1629 s., 1631 s., 1633 s., 1639 s., 1641, 1643 s., 1652 s., 1656, 1659, 1660, 1662, 1663 s., 1679 s., 1682, 1686, 1688,

1691, 1693, 1695, 1696 s., 1707, 1708, 1710, 1716, 1720, 1721, 1722, 1726, 1729 s., 1734, 1739, 1742, 1746 s., 1757

Critère(s) objectif(s) : 380, 648, 660, 747, 1007, 1175, 1201, 1572

Critère(s) prohibé(s) : **52**, 62, 78, 318, 363, 366, 605, 615, 1011, 1409, 1421, 1434, 1438 s., 1475, 1478, 1482

D

Dérive(s) sectaire(s) : 541, 751 s., 1171 (voir aussi Mouvement(s) sectaire(s))

Dérogação(s) : 240, 543, 634, 707, 799, 873, 976, 995, 1137, 1141, 1164, 1186 s., 1199, 1222, 1224 s., 1237, 1240, 1265, 1271, 1275, 1283, 1286, 1287, 1289, 1298, 1308, 1310, 1315 s., 1323 s., 1342 s., 1356, 1371, 1375 s., 1381, 1396, 1404, 1405, 1422, 1423, 1429 s., 1454 s., 1482, 1483, 1487, 1492, 1537, 1540, 1541, 1543, 1558, 1613, 1642, 1659, 1662, 1667, 1680, 1746, 1758

Différence(s) :

- de situation : 7, 91, 111, 471, 560, **586** s., 605, 612 s., 816, 868, 890, 891, 1001, 1004 s., 1024, **1038** s., 1162, 1218, 1219, 1290 s., 1295, 1337, 1370, 1386, **1409** s., 1430 s., 1438, 1473, 1513, 1528, **1533** s., 1565, 1576, 1581, 1582, 1754

- de traitement : 7, 76, 358, 457, **586** s., **592** s., 605 s., 816, 817, 868, 878, 890, 1040, 1100, 1115, 1164, 1171, 1176, 1203, 1239, 1258, 1269, 1271, 1292, 1305, 1334 s., 1364 s., 1389, 1399, 1413, 1414, 1421, 1430, 1433, 1487, 1565, 1761

- identitaire(s) : **44**, 70, 87, 977, 980, 1022, 1739

- substantielle(s) : **42**, 49, 56, 58, 60, 61, 64, **66 s.**, 79, 80, 83, 98, 122, 616, 968, 975 s., 1263, 1416, 1421, 1755

- communautaire(s) : 47, **71**, 728

Différencialisme : 9, 64, 68, **79 s.**, 98, 115, 569, 608, 619, 693, 699, 714, 729, 735, 818, 862, 965 s., 969, 970, 975, 980, 988, 1013, 1016, 1049, 1072, 1117, 1119, 1123, 1148, 1152, 1155, 1159, 1161, 1165, 1204, 1219, 1264, 1266, 1268, 1272, 1274, 1341 s., 1386, 1451, 1460, 1476, 1491, 1504, 1506, 1524, 1527 s., 1547, 1552, 1560, 1578, 1624, 1626, 1632, 1652, 1642, 1645, 1654, 1762, 1764

Discrimination(s) :

- à rebours : 1288, 1759

- directe(s) : 122, 363, 366, 461, 660, 965, 1106, 1125, 1127, 1146, 1167, 1168, 1175, 1176, 1183, 1205, 1230, 1240, 1249, 1250, 1477

- indirecte(s) : 363, 426, 430, 456, **457 s.**, 472, 480, 496, 531, 544, 553, 555, 564, 565, 567, 616, 802, 806, 862, 882, 893, 957, 965, 966, 997, 1005, 1012, 1030, 1048, 1085, 1100 s., 1113 s., 1125 s., 1131 s., 1141 s., 1157, 1163 s., 1167, **1175 s.**, 1187, 1202, 1204 s., 1218, 1219, **1235 s.**, 1244 s., 1257 s., 1261 s., 1269 s., 1310, 1311, 1337, 1390, 1469, 1477, 1505, 1516 s., 1521 s., 1636, 1645, 1688, 1704, 1751, 1758

- positive(s) : **53 s.**, 66, 605, 607, 608, 610, 615, 674, 977, 978, 1174, 1175, 1231, 1233, 1289, 1416, 1522, 1523, 1525, 1526

Diversification : 428, **491**, 673, 704

Diversité religieuse : 77, 236, 429, 516, 556, 574, 701, 708, 957, 766, 1038, 1094, 1151, 1446, 1568, 1585, 1588, 1619, 1623, 1639, 1700

Droit à la différence : **55 s.**, 66, 87, 964, 980, 1020, 1021, 1073, 1076, 1101, 1122, 1152, 1160, 1417, 1503, 1525, 1624

Droit(s) :

- à... : 55, 1060

- civil(s) : 123, 124, 140, 152, 170, 195, 196, 197, 202, 243, 246, 247, 256, 266, 318, 796, 907, 1512, 1666, 1690

- civique(s) : 123, 148, 170, 196, 202, 266

- collectif(s) : **727 s.**, 759, 765, 1103, 1104, 1552

- commun : 79, 108, 110, 117, 121, 125, 127, 128, 133, 136, 140, 144, 145, 149, 150, 57, 158, 172, 174, 189, 190, 196, 198, 201, 208, 210, 214, 216, 237, 238, 239 s., 268, 269, 316 s., 323 s., 336, 337, 342, 355, 362, 367, 370, 392, 404, 409, 413, 414, 416, 422, 535, 616, 643, 673, 678, 688, 698, 718, 727, 792, 814, 819, 834, 870, 873, 891, 912, 932, 954, 956, 965, 978, 991, 1001, 1010, 1014, 1016, 1018, 1020, 1023, 1024, 1030, 1040, 1041, 1046, 1047, 1052, 1054, 1061, 1070, 1106, 1109, 1121, 1141, 1143, 1158, 1165, 1186, 1187, 1191, 1216, 1226, 1229, 1261, 1265, 1276, 1293, 1295, 1313, 1349, 1371, 1377, 1386, 1387, 1410, 1411, 1419, 1422, 1473, 1474, 1488, 1547, 1629 s., 1634, **1665 s.**, 1682, 1719, 1720 s., 1730 s., 1734s., 1740, 1741, 1746, 1751, 1753, 1758, 1767, 1768

- -créance(s) : 788, **1059**, 1060 s., 1091, 1093, 1094, 1191

- culturel(s) : **75 s.**, 1514

- de... : 55, **1060**

- de groupe : 604, **727 s.**, 1246, 1504, 1559

- individuel(s) : 647, 727, 730, 759, 977, 1076, 1502, 1506, 1509, 1552

- -liberté(s) : 384, 788, **1059 s.**, 1091, 1109, 1113, 1191

- subjectif(s) : 34, 83, 1062, 1153, 1757

E (É)

Édifice(s) culturel(s)/du culte : 217, **474 s.**, 476, 595, 598, 600, 682, 621 s., 633, 641, 675, 680, 1028, 1042, 1107, 1108, 1109, 1110, 1112, 1113, 1114, 1189, 1419

Égalité :

- de traitement/égal traitement : 301, 343, 360, 595, 646, 821, 843, 857, 868, 906, 939, 1232, 1258, 1360, 1371, 1495, 1497, 1631, 1635

- des convictions/entre convictions : 770, 819, **835 s.**, 844, 843, 850, 852, 853, 856, 861, 866, 867, 869, 870, 873, 878, 881, 883, 888, 889, 890, 905 s., 915, 917, 920, 921, 927, 949, 950, 954, 958, 967, 1252, 1629, 1630, 1631, 1632, 1651, 1655, 1660, 1661, 1679, 1684, 1686, 1698, 1701, 1703, 1716, 1727, 1732, 1739, 1742, 1746, 1747, 1766

- devant la loi : 18, 51, 244, 335, 392, 645, 1366, 1670

- différencialiste : 995, 1014, 1023, 1053, 1054, 1155, 1528, 1630, 1639, 1739, 1743

- formelle : **62**, 83, 227, 352, 355, 365, 404, 424, 425 s., 430, 444, 457, 458, 464, 469, 478, 540, 553, 555, 562, 565 s., 571 s., 581, 585, 588, 590, 606, 621, 660, 711, 920, 964, 979, 990, 1023, 1030, 1073, 1115 s., 1139, 1140, 1145, 1152, 1153, 1157, 1160, 1172, 1230, 1231, 1239, 1271, 1273, 1277, 1297, 1304, 1337, 1356, 1357, 1380, 1408, 1446, 1459, 1460, 1465, 1477, 1495, 1506, 1525, 1528, 1530, 1535, 1536, 1654, 1754

- générale/par la généralité : 22, **29 s.**, 37, 38, **61**, 116, 118, 322, 370, 380, 391, 392, 423, 427 s., 482, 552, 553, 619, 710 s., 758, 808, 812, 955s., 957, 968, 973, 974, 1275, 1437, 1623, 1745, 1751, 1752, 1759

- individualiste : 114, 115, 145, 724, 726, 731, 741, 757, 775, 776, 778, 779, 782, 801, 807, 870, 952, 958, 967, 1491, 1556,

1559, 1572, 1591, 1598, 1618, 1742, 1746, 1752

- matérielle : **83**, **979**, 987, 1141, 1165, 1182, 1260, 1261, 1263, 1266, 1269, 1391, 1506, 1519, 1704

- Principe d'... : 4, 18, 30, 35 s., 41, 51 s., **62**, 102, 135, 143, 198, 217, 234, 270, 345 s., 351 s., 355 s., 363, 392, 435, 438, 449 s., 571, 583, 592 s., 609 s., 702, 707, 879 s., 977, 1099, 1215, 1230, 1269, 1297, 1303 s., 1321, 1325, 1330, 1337, 1356, 1366 s., 1383 s., 1397 s., 1409 s., 1428 s., 1449, 1452, 1459, 1477 s., 1577, 1583, 1557, 1558

- réelle : **83**, **425 s.**, 468, 470, 552, 556, 559 s., **564 s.**, 571 s., 575, 581, 584, 585, 586, 588, 590, 591, 605, 614, 617 s., 621, 622, 624, 627, 628, 631, 639, 640, 641, 646, 660, 675, 679, 685 s., 692, 695, 701 s., 711, 714, 809, 920, 954, 957, 960, 963, 965, 972, 973, 974, 975 s., 988, 997, 1010, 1012, 1015, 1035, 1049 s., 1066, 1092 s., 1099, 1112, 1140 s., 1165, 1200, 1276, 1300, 1307, 1309, 1310, 1311, 1380, 1398, 1411, 1414, 1416, 1426, 1427, 1465, 1477, 1492, 1505, 1506, 1510, 1511 s., 1520, 1522, 1523, 1525, 1526, 1528 s., 1547, 1552, 1553, 1560, 1562, 1568, 1572 s., 1581, 1583, 1584, 1586 s., 1624 s., 1633 s., 1638, 1641, 1645, 1647, 1649, 1651, 1653, 1660, 1661, 1757

- réelle différentialiste : **83**, 975, 1025, 1053, 1414, 1480, 1494, 1505, 1510, 1624, 1628, 1634 s.

- substantielle : **83**, 1492

- universaliste : **10 s.**, 22, 37, 38, 41, 54 s., 69, 85, 87, 89, 94, 95, 97 s., 103, 113 s., 116, 118, 119, 120, 124, 126, 127, 129, 145, 171, 196, 275, 315, 317, 321, 323, 370, 381, 391, 415, 416, 423 s., 469, 702, 704, 710 s., 726, 80, 807 s., 859, 861, 866, 869, 886, 896, 949 s., 955 s., 975, 1115, 1120, 1152, 1268, 1347, 1360, 1386 s., 1476, 1481, 1604, 1619, 1626, 1646, 1680, 1681, 1739, 1741, 1742, 1743 s.

Égalité des cultes : 7, 174, 184, 190, **194 s.**, 208, 209, 217, 223, 237, 273 s., 283, 284 s., 295 s., 310 s., 319, 320, 371 s., 383, 389, 391, 404, 416, 417, 418, 422, 425, 548, 562, 563, 564 s., 635, 711, 770, 861, 911, 950, 954, 1030, 1137, 1143, 1289, 1291, 1295, 1634, 1746

- formelle : 227, 314, 370, 379, 423, 424, 469, 544, 556, 558, 564, 565

- réelle : 563, **570 s.**, 685, 889, 1014, 1049, 1053, 1527 s.

- réelle différentialiste : **83**, 975, 1025, 1053, 1414, 1480, 1494, 1505, 1510, 1624, 1628, 1634, 1635

- différentialiste : **1048 s.**

Église catholique : 117, 130, 132, 135, 138, 143, 145, 183, 185, 197, 200, 202, 211, 251, 273 s., 284, 291, 294, 305, 320, 330, 372, 373, 379, 384, 398, 400, 405, 409, 473 s., 487, 491, 505, 521, 527, 537, 539 s., 550, 556, 566, 600, 603, 604, 621, 625, 628, 689, 691, 707, 718, 745, 749, 759, 663, 778, 791, 795, 804, 812, 908, 915, 1066, 1070, 1108, 1139, 1276, 1277, 1280, 1283, 1287 s., 1386, 1588, 1595, 1622, 167

Émission(s) (télévisée, religieuse) : **775 s.**, 880 s., 1568, 1579, 1734

État civil : 146, 202, 243, 257, 266, 267, 270, 316, 338

États-Unis : 54, 827, 831, 839, 853, 856, 900, 1134, 1452, 1493, 1525, 1526, 1687

Exercice du/des cultes : voir Libre exercice du/des culte(s)

Expression(s) religieuse(s) : 124, 182, 197, 422, 726, 733, 755, 756, 777, 938, 964, 967, 1022, 1073, 1148, 1158

F

Fête(s) (religieuse(s)) : 684, 773, 1019, **1031 s.**, 1042 s., 1148, 1180, 1188, 1223, 1306 s., 1318, 1323, 1324, 1337, 1351, 1353, 1357, 1402, 1454, 1472, 1486, 1541

Financement :

- Interdiction de... : 378, 477, 594, 596, 635, 686, 890, 893

- Principe de non financement (des cultes) : 226, 302, 362, 378, 634, 689, 1579, 1736

Fonction publique : 139, 196, 247, 336, **344 s.**, 1032, 1041, 1106, 1309, 1319, 1323, 1324, 1356, 1469, 1537

Formulation(s) générale(s) : voir Généralité

Foulard : 85, 756, 1215, 1242, 1249, 1596, 1612

G

Gallicanisme : 117, 744

Garantie(s) d'emprunt : **628 s.**, 638, 872

Généralité

Formulation(s) générale(s) : 428, 1146

Règle(s) générale(s) : 70, 269, 392, 437, 440, 468, 469, 508, 541, 614, 645, 707, 862, 1114, 1116, 1166, 1176, 1187, 1188, 1190, 1194, 1199, 1200, 1209, 1224, 1226, 1280, 1296, 1314, 1315 s., 1343, 1356, 1361, 1365, 1372, 1375, 1380, 1482, 1487, 1667, 1762

Norme(s) générale(s) : 9, 70, 229, 278, 391, 400, 410, 437, 444, 450, 464 s., 481, 504, 544, 559, 614, 644, 673, 719, 889, 849, 954, 966, 970, 1001, 1010, 1088, 1114, 1115, 1141, 1189, 1219, 1336, 1447, 1485, 1635, 1662, 1752 s.

Loi(s) générale(s) : 22, 28, 30, 154, 260, 1342

Gueth (guet, gett) : 730

Groupe(s) majoritaire(s) : 571, 1001, 1002, 1013, 1028, 1038, 1125, 1148, 1560, 1561, 1567, 1575, 1578, 1582, 1591, 1599, 1626, 1634, 1647

Groupe(s) religieux : 7, 412, 480, 485, 571, 636, 730, 758, 759, 764, 768, 770, 771, 774, 778 779, 780, 785, 786, 792, 812, 830, 838, 853, 861, 927, 958, 960, 1045, 1055, 1173, 1288, 1294, 1379, 1485, 1490, 1497 s., 1510, 1530, 1531, 1534, 1538, 1549, 1562, 1566, 1571, 1574, 1583, 1586, 1587, 1595, 1608, 1625, 1626, 1645, 1739, 1745, 1747, 1752, 1754, 1757, 1758, 1765, 1766

H

Halal : 946, 1019, 1303, 1333, 1338, 1339, 1346, 1359, 1360, 1387, 1459, 1544, 1552, 1663

Handicap(s) : 465, 995 s., 1006 s., 1156, 1216, 1233, 1235, 1244, 1270, 1468, 1471, 1697, 1714, 1715

Homosexualité : **445 s.**, 992 s.

Hijab : **87**, 1482

I

Idéal universaliste : **9 s.**, 39, 54, 56, 60, 62, 74, 80, 84, 88, 96, 104, 113, 114, 129, 441, 445, 559, 608, 610, 717, 728, 807, 808, 888, 952, 968, 971, 973, 975, 982, 983, 990, 1011, 1146, 1312, 1313, 1322, 1355, 1360, 1448, 1449, 1476, 1554, 1624, 1762 s.

Identité(s) (personnelle(s), communautaire(s)) : 12, **44 s.**, 55, 56, 68, **70 s.**, 79, 82, 86, 87, 98, 423, 533, 718, 728, 821, 845, 971, 976, 980, 986 s., 1012, 1019

s., 1030, 1074, 1077, 1078, 1082 s., 1210 s., 1244 s., 1249 ; 1251 s., 1266, 1271, 1414, 1469, 1480, 1495, 1497, 1502, 1503, 1508, 1518, 1530, 1594, 1636, 1640 s., 1644, 1651, 1696 s., 1710 s., 1755, 1770

Impersonnalité : **27**, 37, 49, 61, 394 s., 517, 1152

Indifférenciation : 122, 148, 186, 336, 345, 369, 370, 404, 424, 965, 976, 1169, 1269, 1417, 1757

Individualisation (du croire, des identités) : 551, 1343, **1620**, 1623, 1705

Individualisme : **19 s.**, 46, 79, 249, 722, 723, 741, 749, 811, 1495, 1501, 1502, 1506, 1523, 1540 s., 1572, 1573, 1596, 1627, 1645

Inégalité(s) :

- de fait : 41, 53, 430, **458 s.**, 464, 465, 472, 473 s., 475 s., 552, 555, 565, 578, 593, 605, 621, 626, 629, 633, 642, 643, 676, 689, 694, 697, 957, 1001, 1051, 1113, 1173, 1174, 1292, 1304, 1312, 1419, 1516, 1522, 1531, 1548, 1583, 1716, 1751, 1758

- de traitement : 593, 875, 921, 926, 950, 954, 1008, 1132, 1135, 1330, 1547, 1647, 1661, 1740

- des cultes : 184, 287, 288, 373, 910

- juridique(s) : 168, 421, 425, 478

Institutionnalisation : 619, **691 s.**, 716, 748, 758, 771, 772, 774, 809, **1548 s.**, 1562, 1568, 1589, 1606, 1611

Interdiction de financement des cultes : voir Financement

Interdiction de subventionnement des cultes : 499, 543, 596, 602, 628, 632, 678, 680, 877, **890 s.**, 917, 1052, 1067, 1732

Islam : 89, 470, 486, 522, 548, 551, 627, 633, 641, 657, 690, 693, 696, 698, 707, 716, 758, 761, 772, 774, 812, 953, 1037, 1050, 1548, 1550 s., 1568 s., 1580, 1582, 1584, 1606, 1759

J

Judaïsme : 121, 405, 550, 773, 1288, 1292, 1566, 1580, 1588

L

Laïcisation : **265**, 269, 325, 328, 330

Laïcité : **2** s., 343, 353, 355, 361 s., 371, 372, 377, 379 s., 389, 404, 567, 570, 575, 576, 579 s., 598, 646, 655, 656, 675, 706, 716, 782, 785, 802, 852, 865 s., 876, 881, 884, 895, 895, 914, 920, 946 s., 951, 1064, 1076, 1299, 1361, 1393, 1394, 1397, 1399, 1428, 1440, 1454, 1456, 1459, 1462, 1633, 1663, 1692

Légistique : 61, 111, 195, 392, 1366, 1447

Libéralisme : 295, 301, 308, 861, 864, 1059, 1079, 1082, 1497, 1500, 1502, 1504, 1506, 1507

Liberté :

- d'opinion : 181, 207, 351, 858, 902, 943, 1073, 1079, 1095, 1301, 1657, 1668, 1722

- de conscience : 123, 143, 187, 190, 198, 202, 258, 311, 328, 331, **340** s., 355, 364, 373, 377, 384, 386, 405, 558, 575, 581, 760, 847, 856, **858** s., 900, 903, 907 s., 914 s., 923, 931 s., 1016, 1055, 1058, 1062, 1076, 1083, 1086, 1088, 1095, 1106, 1111, 1217, 1305, 1457, 1467, 1617, 1635, 1659, 1663, 1668, 1680, 1689 s., 1702, 1708, 1725 s., 1741

- de conviction : 123, 858, 941, 1087, 1457, 1694, 1702, 1706, 1722, 1767

- de croyance : 897, 916, 1403

- de culte : **123**, 184, 187, 190, 197, 203, 206, 209, 211 s., 217, 226, 227, 232, 278, 289, 294, 304, 373, 377, 403, 409, 411, 546, 628, 646, 684, 704, 759, 662, 667, 793, 882, 911, 917, 934, 938, 944, 948, 1027, 1055, 1062, 1066 s., 1070 s., 1109, 1131, 1139 s., 1352, 1408, 1429, 1431, 1433, 1452, 1454, 1458 s., 1562, 1622, 1625, 1670, 1732

Libre exercice du/des culte(s) : 117, **123**, 171, 178, 190, 198, 300, 384, 558, 745, 905, 932, 945, 956, 1061, 1067, 1087, 1094, 1134, 1454, 1456, 1486

Lieu(x) de culte : 203, 276, 290, 306, 337, 476, 479, 573, 589, 591, 605, 634, 635, 640, 675, 680, 685, 697, 882, 1052, 1061, 1131s., 1175, 1196, 1200, 1419

M

Manifestation(s) :

- culturelle(s) : 174, 182, 878, 935, 956, 1668, 1722

- religieuse(s) : **123**, 175, 181, 194, 203, 309, 905, 945, 1183, 1351, 1707, 1721, 1746

Marché(s) (parisien(s), dérogation aux règles) : **1317**, 1405

Mariage : 243, 244, 266, 269, 449, 453, 456, 647, 784, 790, 793

Ministre(s) du culte : 137, 231, 240, 247, 284, 290, 337, 378, 401, 790, 797, 873, 917, 1279, 1294, 1676

Minorité(s) religieuse(s) : 121, 476, 754, 764, 1029, 1038, 1345, 1347, 1348, 1533, 1552, 1570, 1576, 1645, 1684, 1716, 1718

Mixte(s) (équipement(s)/association(s)) : 640, 676, 678, 679, 683

Modèle(s) majoritaire(s) : 89, 443, 458, 469, 481, 713, 719

Mouvement(s) sectaire(s) : 501, 508, 510, 530, 547, 660, 670, 751, 754, 884, 1160, 1170, 1562, 1587, 1674 (voir aussi Dérive(s) sectaire(s))

Multiculturalisme : 67, **79**, **82**, 735, **986 s.**, 1012, 1495, **1501 s.**, 1507 s., 1514

N

Nature :

- commune : 9, **13**, 17, 66, 430, 444

- humaine : **13**, 42, 373, 869, 902, 1091, 1415

Neutralité (principe de) : **2 s.**, 332, 343, 345, 348, 349, **355 s.**, 365, 376, 381, 389, 404, 567, 570, 579, 583 s., 598, 760, 785, 788, 861, 863 s., 884, 893, 895, 896, 920, 947, 1061, 1064, 1067, 1076, 1098, 1206, 1243, 1255, 1299, 1327, 1329, 1362, 1384, 1394, 1397, 1399, 1441, 1454, 1461, 1542, 1611, 1692, 1732

Neutralité (de la norme, universalisme, généralité, règle) : 428, 440, 493, 520, 523, 525, 663, 708, 735, 805, 806, 809, 840, 958, 984 s., 1001, 1022, 1037, 1252, 1496, 1599, 1604

Non-discrimination : 5, 338, 343, 351, 357, 360, 361, **363 s.**, 541, 868, 902, 941, 996, 997, 1011, 1020, 1059, 1085, 1088, **1095 s.**, 1105, 1106, 1108, 1112, 1115, 1118, 1121, 1124 s., 1133 s., 1138, 1144, 1146 s., 1160, 1161, 1163, 1167, 1170, 1171, 1174 s., 1204 s., 1218, 1230 s., 1245, 1249, 1254, 1257, 1260, 1262, 1263, 1265, 1271, 1411, 1416, 1452, 1460, 1464, 1465, 1474, 1497, 1521, 1530, 1565, 1722

Non-reconnaissance des cultes (principe de) : 92, **335 s.**, 355, 362, **375 s.**, 386, 392,

395, 656, 774, 867, 884, 917, 1023, 1067, 1291, 1496, 1663

Non subventionnement : voir Interdiction de subventionnement des cultes

Normalité : 440, **443 s.**, 456, 495, 508, 516, 530, 752, 757

Norme(s) commune(s) : 456, 465, 560, 977, 1008 s., 1015, 1023, 1024, 1028, 1030, 1037, 1052, 1055, 1284, 1293, 1388, 1399, 1421, 1471, 1472, 1524, 1539, 1642, 1664, 1755

Norme(s) générale(s) : voir Généralité

Norme(s) religieuse : 238, 604, 778, 787, 791, 997, 1015, 1024, 1033, 1129, 1141, 1155, 1419, 1437, 1447, 1544, 1658, 1675, 1676, 1753(s)

O

Objection de conscience : 240, 853, 1198, 1206, 1468, 1613, **1729 s.**

Ordre(s) juridique(s) : 30, 46, 143, 247, 249, 758, **778 s.**, 780 s., 787, 788, 789, 791, 797, 798, 803, 983, 1034, 1156, 1540, 1543, 1595, 1608

Ordre public : 92, 172, 177 s., 184, 198, 217, 226, 230, 280, 281, 300, 319, 336, 380, 386 s., 411, 508, 511, 512, 516, **518 s.**, 523, 582, **667 s.**, 684, 754, 817, 857, 904, 943, 945, 956, 960, 1058, 1098, 1117, 1152, 1271, 1318, 1362, 1387, 1425, 1426, 1431, 1454 s., 1731, 1732

P

Particularisme(s) : 7, 9, 14, **41**, 45, 46, 55, 57, 59, 64, 67, 68, 78, 80, 122, 124, 145, 196, 197, 244, 249, 278, 316, 319, 320, 336,

339, 365, 369, 422, 423, 441, 442, 445, 483, 613, 723, 728, 853, 893, 954, 965, 978, 979, 981, 988, 1014, 1029, 1049, 1102, 1115, 1117, 1138, 1145, 1157 s., 1219, 1223, 1265, 1267, 1272, 1386, 1387, 1410, s., 1433, 1439, 1447, 1450, 1526, 1534, 1535, 1743, 1744, 1750, 1754

Piscine(s) municipale(s) : 1311, 1340, 1361, 1366, 1374, 1381, 1546, 1662 (voir aussi Burkini)

Pluralisme : 5, 51, 68, 76, 135, 229, 236, 273, 312, 320, 404, 572, 583, 634, 649, 693, 780, 811, 880, 905, 972, 1214, 1524

Police (administrative) : 1139, 1455

Principe d'égalité : voir Égalité (principe d'...)

Privilège(s) : 12, 117, 121, 125, **131 s.**, 150, 154, 155, 157, 160 s., 166, 181, 202, 223, 227, 239 s., 256, 291, 307, 311, 312 s., 317, 327, 336, 341, 373, 377, 773, 774, 829, 847, 862, 865, 880, 912, 917, 919, 920, 941, 1001, 1030, 1032, 1108, 1289, 1290, 1294, 1356, 1374, 1448, 1468, 1472, 1525, 1556, 1571, 1638, 1702

Prison(s) : 543, 544, 548, 1019, 1194, 1333, 1334, 1375, 1381, 1382, 1442, 1459, 1657, 1658

Protestantisme : 121, 405, 815, 1228, 1292, 1580, 1588, 1604

Q

Québec : 84, 745, 865, 1391, 1482, 1608

Qualification juridique : 337, **437 s.**, 450, 500, 516, 667, 792, 799, 1025

R

Reconnaissance :

- des différences : 14, **55**, 58, 79, 83, 99, 735, 964 s., 990, 1023, 1208, 1490, 1496, 1582, 1629, 1743

- des groupes : 722, 747, 778, 780, 801, 812, 888, 949 s., 958, 1204, 1490, 1492 s., 1510, 1520, 1524 s., 1528 s., 1539, 1560 s., 1573, 1624 s., 1739, 1742, 1745 s., 1754, 1758

Reconnaissance des cultes : voir
Non-reconnaissance des cultes

Réalité (sociale, religieuse) : 21, 28, 425, 430 s., 456, 556, 564, 588, 605, 660, 717, 726, 918, 1114, 1613, 1625, 1765

Régime des cultes : **173 s.**, 189, **197 s.**, 199, 209, 210 s., 219 s., 224 s., 236, 269, 272 s., 282, 284, 291, 296, 308 s., 319 s., 362, 370 s., 372 s., 389, 391, 403, 405 s., 417, 422 s., 425 s., 469 s., 481 s., 483, 490 s., 495 s., 502, 520, 551, 554, 561, 562 s., 571 s., 575 s., 607, 611, 616, 617 s., 640, 649, 658, 673, 686 s., 699 s., 710 s., 717, 721, 724, 734, 803, 805, 807 s., 818 s., 834, 870 s., 880, 884, 888, 889, 897, 908, 926, 947, 950 s., 956 s., 1010, 1030, 1052, 1062, 1066, 1139 s., 1158, 1274, 1293, 1419, 1634, 1649, 1667, 1679, 1734 s., 1746 s.

Règle commune : 537, 995, 997, 1014, 1024, 1048, 1155, 1197, 1275, 1314, 1342, 1348, 1362, 1371, 1377, 1392, 1393, 1409, 1469, 1488, 1737, 1741, 1743, 1766

Relativité (de la généralité, de l'égalité) : 448, 592, 758, 814, 824, 882, 1363, **1758 s.**

Représentativité : 695, 698, 772, 833, 927, 1291, 1557, 1565, 1568, **1575 s.**

Réunion cultuelle : 281, 292 s., 300 s., 384, 688, 882, 1147, 1722, 1731, 1733

V

Revendication (identitaire, différentialiste, religieuse) : 45, 51, 55, 79, 85 s., 812, 826 s., 1003, 1020 s., 1076, 1184, 1216, 1265, 1297, 1354, 1371, 1386, 1414, 1422, 1525 s., 1599, 1624, 1637

Vajra triomphant : 541, 556, 668

Voile islamique : **87 s.**, 755, 1128 s., 1148, 1187, 1206, 1214 s., 1271, 1612, 1643 (voir aussi *Hijab*)

S

Sécularisation : 70, 135, 238, 243, **264 s.**, 318, 320, **325 s.**, 334, 782, 908, 914, 1022, 1086, 1480, 1716

Sikhe (religion, confession) : 480, 841 s., 1019, 1187, 1206, 1271, 1482, 1630

Statistique : 52, 248, 426, 827, **1577 s.**

Subvention(s)/Subventionnement : voir
Interdiction de subventionnement des cultes

T

Témoin de Jéhovah : 509 s., 547, 658, 667, 752 s., 1170, 1173, 1176, 1179, 1516, 1732

Tolérance : 129, **146 s.**, 187, 190, 197, 204, 211 s., 259, 285 s., 340, **379**, 822, 865 s., 914, 934, 941, 992, 1076, 1249, **1346 s.**, 1404

Turban : 824 s., 841 s., 1206, 1271

U

Universalisation : 424, 456, 508, 559 s., 618, **644 s.**, 650 s., **659 s.**, 688, 699, 705, 954, 963 s., 976 s., 980, 1022, 1049, 1051, 1634, 1688, 1765

Universel (l') : 67, 431, **441 s.**, 483, 724, 988

Usager : 353 s., **357 s.**, 1299, 1311, 1339, 1362, **1366 s.**, 1393, 1399, 1544, 1559, 1661

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	V
SOMMAIRE	VII
LISTE DES ABREVIATIONS	IX
INTRODUCTION	1
<i>SECTION 1. L'égalité universaliste et sa traduction concrète par l'égalité générale</i>	<i>7</i>
PARAGRAPHE 1. Les fondements : l'égalité universaliste.....	8
PARAGRAPHE 2. La concrétisation de l'égalité universaliste : l'égalité générale et ses catégories juridiques	16
A) La généralité : définition et distinction.....	16
B) L'égalité par la généralité comme conséquence de l'histoire et de la réalité juridique	20
PARAGRAPHE 3. La persistance de l'universalisme par le rejet de certaines distinctions en droit.....	25
PARAGRAPHE 4. La traduction en droit de l'égalité universaliste et du rejet des différenciations substantielles et communautaires	33
<i>SECTION 2. Prémices d'une problématique : la caractérisation de la religion comme différence</i>	<i>41</i>
PARAGRAPHE 1. La religion comme différence substantielle	41
PARAGRAPHE 2. Un caractère particulariste pris en compte et valorisé : appréhension du différencialisme	47
PARAGRAPHE 3. Des tensions saillantes et actuelles.....	51
PARAGRAPHE 4. Le problème de la diversité religieuse : le choix d'une définition du fait religieux	53
<i>SECTION 3. Problématique, méthodologie et présentation du plan : l'étude d'une articulation entre égalité et prise en compte du fait religieux</i>	<i>55</i>
<u>PARTIE 1. L'EGALITE RELIGIEUSE PAR LA GENERALITE DE LA NORME.....</u>	<u>67</u>
TITRE 1. LA CONSTRUCTION D'UNE PRISE EN COMPTE DU RELIGIEUX DANS L'UNIVERSALISME GRACE A L'EGALITE GENERALE	69
<u>CHAPITRE 1. L'évolution et la spécificité de la problématique égalitaire dans l'appréhension du religieux.....</u>	<u>73</u>
<i>SECTION 1. L'émergence de deux problématiques égalitaires distinctes : entre égalité civile et égalité des cultes.....</i>	<i>74</i>
PARAGRAPHE 1. La Révolution et la question première de l'égalité : une consécration théorique pour une concrétisation fragile	74

A) Le maintien de la place spécifique de l'Église catholique	75
1) Un pas en avant pour l'égalité : la fin des privilèges catholiques	75
2) Trois pas en arrière pour l'égalité : la gestion du cas de l'Église par la Constitution civile du clergé.....	77
B) La situation des protestants : une égalité tardivement, mais entièrement acquise.....	82
C) Une évolution lente et freinée pour l'égalité des juifs	85
1) La situation des juifs du Midi : des revendications universalistes pour une égalité aisément acquise	87
2) La situation des juifs de l'Est et de Paris : la route sinueuse pour l'égalité	89
a) Les communautés de l'Est et de Paris : des revendications maladroites et opposées à l'égard de l'égalité	89
b) Une égalisation tardive et incomplète	91
PARAGRAPHE 2. Les débuts du régime des cultes moderne et l'émergence de la question spécifique de l'égalité des cultes	94
A) L'émergence d'un régime et d'une égalité des cultes	95
1) Une naissance du régime des cultes en tension entre la liberté et le culte national ...	95
2) Un débat en réalité porté sur l'égalité des manifestations religieuses.....	100
3) La naissance d'un questionnement sur une « égalité des cultes ».....	105
B) Sous la C.C.C. : entre inégalités juridiques et approfondissement de l'exigence d'égalité	108
1) La formation d'un régime aux fondements inégalitaires.....	108
2) L'accroissement et la précision de l'exigence d'égalité des cultes	112
C) De la Convention au Directoire : une évolution instable, mais continue vers une concrétisation des exigences égalitaires	116
1) Une instabilité du régime des cultes au service des inégalités	116
2) L'émergence de propositions égalitaires profondes : une concrétisation par les prémices d'une quasi-séparation.....	118
<i>SECTION 2. L'approfondissement de deux problématiques distinctes dans un régime des cultes reconnus</i>	<i>123</i>
PARAGRAPHE 1. Une atteinte à l'égalité civile immanquablement approfondie	124
A) Une progression de l'imbrication entre État et religieux aux dépens de l'égalité.....	124
B) Le traitement des juifs : l'illustration claire d'une inégalité sous-jacente au processus de reconnaissance	128
1) Une politique de « régénération » des juifs par la discrimination.....	128
2) Le serment <i>more judaïco</i> : témoin d'un traitement discriminatoire persistant des juifs	132
C) Un détour conceptuel : l'importance de la sécularisation dans le processus historique d'égalisation.....	135

PARAGRAPHE 2. L'approfondissement sinueux mais constant de l'égalité des cultes et de ses exigences.....	139
A) La naissance du régime des cultes reconnus ou l'apparence d'une nouvelle égalité des cultes	139
B) Les Chartes constitutionnelles : une consécration textuelle de l'égalité des cultes pour un impact restreint	144
1) La Charte de 1814 : une consécration difficile de l'égalité sous un régime de cultes reconnus et d'une religion d'État.....	144
2) La Charte de 1830 : une égalité enfin acquise entre les cultes reconnus, mais un statut inchangé pour les non reconnus.....	146
C) De la Seconde République au Second Empire : l'ébauche d'une pleine mais courte égalité des cultes	149
1) La Seconde République : l'affirmation des exigences d'égalité des cultes les plus poussées	150
2) Le court retour en arrière du Second Empire : la persistance d'une évolution égalitaire du régime des cultes.....	153
D) Les exigences propres de l'égalité des cultes : la solution par la fin du système de reconnaissance	155
<i>Conclusion du chapitre.....</i>	158
<u>CHAPITRE 2. L'aboutissement d'une intégration juridique du religieux sans différenciation à travers l'égalité générale</u>	<u>163</u>
<i>SECTION 1. La consécration du rejet des distinctions dans le droit commun</i>	<i>165</i>
PARAGRAPHE 1. L'affirmation d'un éloignement du pouvoir religieux ou la consécration enfin possible de l'égalité civile	165
A) Une poursuite de la sécularisation sous la III ^e République profondément liée à l'égalité	166
B) La loi de séparation comme tournant fondamental pour l'indifférenciation religieuse	170
PARAGRAPHE 2. Conséquences et continuité pour l'indifférenciation religieuse	175
A) Un exemple d'indifférenciation enfin acquise : l'égalité dans l'emploi public et l'égalité des usagers de l'Administration	176
B) L'essor de principes confortant l'égalité : le principe de neutralité et de laïcité	180
C) La prospérité de l'indifférenciation religieuse : quelques mots sur la non-discrimination	184
<i>SECTION 2. L'aboutissement d'un régime des cultes égalitaire dans la généralité de la norme.....</i>	<i>188</i>
PARAGRAPHE 1. L'enjeu égalitaire de la séparation : l'affirmation concomitante de l'égalité et du maintien d'un régime des cultes	188
A) Une loi de séparation imprégnée de l'égalité des cultes.....	189

B) Une séparation non synonyme d'ignorance du fait religieux	194
PARAGRAPHE 2. La solution égalitaire : un régime des cultes dans la généralité de la norme	197
A) Une égalité des cultes dans l'égalité par la généralité	198
B) La fin des statuts spécifiques et la naissance d'un régime des cultes « passif ».....	203
C) Des catégories juridiques nouvelles et générales.....	205
<i>Conclusion du chapitre</i>	207
<u>Conclusion du titre</u>	<u>209</u>
TITRE 2. LE FAIT RELIGIEUX ET LES LIMITES DE LA GENERALITE COMME OUTIL DE CONCRETISATION DE L'UNIVERSALITE	211
<u>CHAPITRE 1. La mise en lumière par le religieux des limites de l'égalité générale</u>	<u>213</u>
<i>SECTION 1. Généralité n'est pas universalité : le risque latent d'exclusion</i>	213
PARAGRAPHE 1. Une prétention à l'universalité mise à mal par la réalité de la catégorisation juridique	214
A) L'opération non neutre de la catégorisation juridique.....	214
B) L'opération non neutre de l'interprétation et de l'application des catégories	217
C) Une universalité biaisée par le processus de catégorisation : l'ambiguïté entre normalité et altérité	218
PARAGRAPHE 2. Des risques concrets d'exclusions.....	221
A) Une universalité créant et excluant les « Autres »	221
B) Un exemple concret d'exclusion : le cas de l'homosexualité.....	224
PARAGRAPHE 3. La part d'ombre de l'égalité formelle : les inégalités de fait et les discriminations indirectes	226
<i>SECTION 2. Des limites patentes et saillantes dans le régime des cultes français</i>	<i>231</i>
PARAGRAPHE 1. Un régime vecteur d'inégalités de fait entre religions	232
PARAGRAPHE 2. L'effet concret des limites de la généralité : l'exclusion inévitable de certaines religions dans le bénéfice du régime	235
A) Les difficultés intrinsèques à la catégorisation générale en matière religieuse.....	236
1) La norme générale entre deux feux : l'imprégnation historique et axiologique du religieux et la diversification sociale du fait religieux.....	236
2) L'enjeu complexe de l'application des catégories juridiques du régime	240
B) L'exclusion du régime par une approche inévitablement spécifique du religieux : le cas des associations cultuelles	242
1) Le régime attractif des associations cultuelles	243
2) Le problème des conditions d'application : l'existence <i>ab initio</i> d'une distinction entre cultes traditionnels et nouvelles religions.....	245
3) L'illustration d'un malaise (in)égalitaire : l'exclusion du régime des « sectes ».....	247

4) Des critères d'application interrogés	252
a) L'utilisation biaisée de l'ordre public	252
b) L'adaptation insuffisante des critères de l'activité cultuelle exclusive et de l'exercice public du culte.....	254
c) Une notion de « culte » porteuse d'une conception particulière de la « religion »	255
C) L'exclusion du régime par l'absence de structure proche du modèle catholique : le cas des aumôneries et congrégations	258
1) Le cas du régime des congrégations : une condition d'application directement issue de la tradition catholique.....	259
2) Le cas du régime des aumôneries : la recherche limitée d'une organisation communautaire hiérarchisée	262
3) Remarques sur l'exigence d'une structure calquée sur le modèle catholique	265
<i>Conclusion du chapitre.....</i>	<i>266</i>
<u>CHAPITRE 2. Une prise en compte du religieux pénétrée par l'égalité réelle : l'exigence de dépassement des limites de la généralité</u>	<u>269</u>
<i>SECTION 1. Un régime des cultes aujourd'hui empreint de l'égalité réelle.....</i>	<i>270</i>
PARAGRAPHE 1. Une prise en compte du fait religieux poussant à l'égalité réelle	271
A) L'ambiguïté doctrinale sur l'égalité des cultes : un fait religieux intrinsèquement appréhendée par l'égalité réelle	271
B) Une prise de conscience et une défense généralisée de l'égalité des cultes réelle	273
C) Un régime et des principes conduisant à égalité des cultes réelle	275
PARAGRAPHE 2. La question complexe de la différence de traitement justifiée par une différence de situation	280
A) Les enjeux complexes de la différence de traitement.....	280
1) La défense politique d'une différence de traitement	281
2) L'hypothèse contentieuse complexe de la différence de traitement en fonction des situations	282
B) Questions et réflexions sur la place l'« égalité sans distinction de religion »	287
<i>SECTION 2. La recherche de corrections au nom de l'égalité réelle et dans le cadre universaliste.....</i>	<i>292</i>
PARAGRAPHE 1. Une intervention législative en demi-teinte, mais dans le respect de la généralité	293
PARAGRAPHE 2. Une intervention jurisprudentielle active et judicieuse : le réajustement de la règle générale.....	304
A) La solution par l'universalisation de la norme	304
1) L'universalisation par l'ouverture des conditions d'application	304
2) L'exemple d'une avancée claire, mais insuffisante dans le régime des congrégations	306

3) L'exemple d'une universalisation avérée, mais complexe dans le régime des associations culturelles.....	310
B) L'assouplissement par l'emploi du droit commun ou l'éviction du caractère religieux	316
PARAGRAPHE 3. Un procédé justifié par l'égalité réelle à rebours de l'universalisme : l'institutionnalisation de l'islam	322
<i>Conclusion du chapitre</i>	327
<u>Conclusion du titre</u>	<u>331</u>
TITRE 3. L'INSUFFISANCE DE LA GENERALITE : DES TENSIONS AVEC L'UNIVERSALISME INHERENTES AU REGIME DES CULTES	335
<u>CHAPITRE 1. Une appréhension du religieux perpétuellement communautaire</u>	<u>337</u>
<i>SECTION 1. Une caractérisation juridique du religieux et de sa liberté centrée sur la dimension communautaire</i>	338
PARAGRAPHE 1. Prémices d'une tension : l'impulsion communautaire du fait religieux.	338
PARAGRAPHE 2. La place de la dimension communautaire en droit : entre approche objective et subjective du religieux	342
PARAGRAPHE 3. Une approche objective française ou le témoin d'une appréhension communautaire du religieux	346
A) Le choix français pour une conception objective	346
B) Des problématiques révélatrices d'une approche française par la communauté et de ses revers.....	350
<i>SECTION 2. Une approche objective et communautaire comme modalité historique de la gestion religieuse</i>	354
PARAGRAPHE 1. La sensibilité historique du régime français des cultes aux groupes	354
PARAGRAPHE 2. La notion de « culte » comme expression d'une approche groupale ancienne	359
PARAGRAPHE 3. Un renvoi ancien aux groupements religieux « institutionnalisés ».....	361
PARAGRAPHE 4. Une illustration historique par la problématique des ordres juridiques religieux	364
A) La complexité et la fragilité de l'ignorance des ordres juridiques privés au contact du religieux	364
B) Une reconnaissance indéniable des ordres religieux en droit public	368
C) Une reconnaissance indéniable des ordres religieux en droit privé.....	370
SECTION 3. La mise en perspective du problème de catégorisation du régime des cultes	375
<i>Conclusion du chapitre</i>	377
<u>CHAPITRE 2. Une prise en compte perpétuellement particularisée de la conviction religieuse</u>	<u>379</u>
<i>SECTION 1. L'égalité des convictions, une exigence universaliste en péril</i>	381

PARAGRAPHE 1. Prémices d'une tension : une conviction religieuse « particularisable » et particularisée.....	382
PARAGRAPHE 2. La contestation de la spécificité religieuse : l'exigence universaliste de l'égalité des convictions	391
A) Une défense légitime de l'égalité des convictions	391
1) Le rejet des arguments justifiant la particularisation religieuse	391
2) Quelques exemples étrangers d'une forme d'égalisation des convictions	398
B) Une égalité des convictions sous-jacente à l'égalité universaliste	401
<i>SECTION 2. L'insuffisance de la norme générale : des inégalités entre convictions constatables en droit positif français</i>	<i>408</i>
PARAGRAPHE 1. Des inégalités présentes en faveur des convictions religieuses.....	408
PARAGRAPHE 2. Des inégalités aussi présentes en défaveur des convictions religieuses.	417
<i>SECTION 3. La place ambiguë de la religion dans le champ des libertés : une inégalité des convictions historique et durable</i>	<i>421</i>
PARAGRAPHE 1. Une place historiquement spécifique de la religion dans le champ des libertés	422
A) De la Révolution française à la loi de séparation : une spécificité difficilement ignorée de la croyance religieuse.....	422
B) La loi de séparation ou la difficile rupture avec la tradition historique d'une inégalité des convictions.....	429
PARAGRAPHE 2. Une inégalité accrue par une conception traditionnellement objective de la liberté de religion.....	434
PARAGRAPHE 3. La particularisation de la liberté de religion	437
A) Le constat d'une liberté de religion en définitive particularisée	438
B) Des pistes expliquant la spécificité de la liberté de religion.....	441
<i>Conclusion du chapitre.....</i>	<i>445</i>
<i>Conclusion de titre.....</i>	<i>447</i>
CONCLUSION DE LA PARTIE.....	449
<u>PARTIE 2. L'EGALITE RELIGIEUSE PAR LA DIFFERENCIATION.....</u>	<u>453</u>
TITRE 1. ANALYSE ET MISE EN LUMIERE D'UNE INEXORABLE PROXIMITE ENTRE SAISIE DU RELIGIEUX ET DIFFERENCIALISME	455
<u>CHAPITRE 1. Une appréhension du religieux imprégnée du différencialisme : une question conceptuelle d'égalité et de liberté.....</u>	<u>457</u>
<i>SECTION 1. Une égalité différencialiste adaptée et défendue pour le traitement juridique du religieux.....</i>	<i>458</i>
PARAGRAPHE 1. La conceptualisation d'une égalité réelle à l'appui de nouvelles demandes religieuses différencialistes.....	458
A) Égalité réelle et différenciation religieuse	458

1) Égalité réelle et différences substantielles.....	459
2) Une égalité impulsée par les courants différentialistes.....	462
B) La question fondamentale de la caractérisation de la conviction religieuse comme choix personnel ou contrainte extérieure.....	466
1) La conviction religieuse : une affaire de choix personnel ou de contrainte extérieure à l'individu.....	467
2) La religion comme circonstance extérieure à l'appui d'aménagements : un problème d'objectivité ?	474
PARAGRAPHE 2. Un modèle français stimulant les demandes religieuses particularistes	476
A) La tension constante entre la norme religieuse et le respect de la norme juridique, expression du différentialisme intrinsèque au religieux	477
B) L'expression d'une culture majoritaire en faveur d'une religion : moteur de contestations différentialistes contre l'universalisme	480
1) L'imbrication entre culture et chrétienté	480
2) L'imbrication entre norme commune et tradition religieuse chrétienne	482
3) L'interrogation délicate de la différence de situation.....	485
C) Une reconnaissance des particularisme religieux encouragée par une égalité des cultes différentialiste	489
<i>SECTION 2. Les rapports ambigus entre égalité et liberté : une saisie différentialiste appuyée par la liberté de religion</i>	<i>491</i>
PARAGRAPHE 1. Une liberté de religion en faveur de la différenciation religieuse	491
A) Le mouvement continu vers une garantie active de la liberté de culte : un moteur de différenciation.....	492
1) La défense d'une garantie active de la liberté de culte au profit d'aménagements juridiques constants.....	492
2) Un mouvement et une liberté difficiles à délimiter favorisant les différenciations religieuses	499
B) La conviction entre choix personnel et contrainte extérieure : l'ambiguïté de la liberté de religion	502
PARAGRAPHE 2. L'égalité comme moteur d'une liberté de religion davantage différentialiste	506
A) Une évolution égalitaire globale des droits fondamentaux en faveur de leur effectivité concrète.....	507
B) La non-discrimination comme levier du différentialisme au sein de la liberté de religion.....	508
PARAGRAPHE 3. Essai de systématisation : la constatation finale d'une liberté en faveur de la différenciation religieuse	512
A) Un rapport égalité-liberté aux multiples paramètres	512
1) Le rapport simple et initial de la liberté de religion avec l'égalité formelle	512

2) L'observation des faits ou le potentiel d'une liberté de religion illimitée.....	515
3) Un potentiel irrémédiablement étendu à l'inclusion des différences religieuses	516
B) La complexité d'une distinction égalité-liberté au regard des demandes différencialistes.....	519
1) Des propositions doctrinales de distinctions des principes	519
2) Une liberté de religion et une non-discrimination indirecte concrètement assimilables sur plusieurs plans.....	522
C) Essai de clarification.....	525
<i>Conclusion du chapitre.....</i>	<i>531</i>
CHAPITRE 2. Des débats aux implications concrètes : l'exemple de l'insertion irrémédiable de la différenciation en droit européen.....	535
<i>SECTION 1. Le cas de la Convention européenne des droits de l'homme</i>	<i>537</i>
PARAGRAPHE 1. Une inclusion timide des différences religieuses par l'égalité.....	538
PARAGRAPHE 2. L'inclusion perceptible mais ambiguë des différences religieuses par le truchement de la liberté de religion	546
PARAGRAPHE 3. La proximité entre l'égalité et la liberté : une liberté de religion concrètement plus propice à la différenciation.....	554
PARAGRAPHE 4. Le débat choix-circonstance : entre primauté ambiguë de l'autonomie et prise de conscience du caractère identitaire de la religion	558
<i>SECTION 2. Le cas de l'Union européenne.....</i>	<i>562</i>
PARAGRAPHE 1. La modeste application de la liberté de religion	563
PARAGRAPHE 2. Une non-discrimination progressivement sensible aux différences religieuses	567
PARAGRAPHE 3. Le débat choix-circonstance : une sensibilité accrue au caractère identitaire du religieux.....	574
PARAGRAPHE 4. Une proximité entre égalité et liberté concrètement affirmée par le droit de l'UE.....	580
<i>Conclusion du chapitre.....</i>	<i>581</i>
Conclusion du titre	583
TITRE 2. UNE PENETRATION INEVITABLE DU DIFFERENCIALISME RELIGIEUX EN DROIT FRANÇAIS.....	585
CHAPITRE 1. Une sensibilité au différencialisme difficilement et insuffisamment dissimulée	589
<i>SECTION 1. Une tendance constante à la différenciation religieuse en droit français</i>	<i>589</i>
PARAGRAPHE 1. Des dispositions anciennes aux limites de la différenciation.....	590
PARAGRAPHE 2. De nombreuses différences de traitements particularistes acceptées.....	598
<i>SECTION 2. Des tentatives vaines de rendre les aménagements différencialistes conformes à l'universalisme</i>	<i>606</i>

PARAGRAPHE 1. Des aménagements dissimulant la contradiction avec l'idéal universaliste	606
A) La justification d'aménagements par l'interprétation de la règle supérieure générale	606
B) Un respect méthodique de l'égalité formelle dans les aménagements	610
1) Les garanties égalitaires encadrant les aménagements avec « demandes »	610
2) L'encouragement d'aménagements « généraux et sans tri »	614
PARAGRAPHE 2. Les limites de ces méthodes ou la persistance des contradictions à l'universalisme.....	616
A) Les limites des aménagements dans la pratique	617
B) Les insuffisances d'une garantie égalitaire pour les aménagements avec « demandes »	620
1) La difficulté concrète de garantir l'égalité dans le traitement des demandes.....	620
2) Des aménagements ne dissimulant que peu la différenciation	622
C) Une remise en cause douteuse, par le juge, des aménagements « généraux et sans tri »	624
<i>Conclusion du chapitre</i>	635
CHAPITRE 2. Une égalité sans distinction de religion effacée au profit de la liberté de religion	637
<i>SECTION 1. Un principe d'égalité formelle finalement effacé</i>	637
PARAGRAPHE 1. L'ambiguïté de l'absence d'obligation de traitement différent.....	637
A) Le rappel constant d'un principe universaliste	638
B) Un principe à considérablement nuancer à la lumière des aménagements religieux	639
PARAGRAPHE 2. Le recul de l'égalité sans distinction de religion : l'exemple de l'abattage rituel.....	644
A) Une reconnaissance de la différence de situation ambiguë au regard de l'article 1 ^{er} de la Constitution.....	645
B) Les caractères différencialistes de la réglementation pour l'abattage rituel.....	649
C) Le renouvellement de la question patente des catégories employées.....	657
<i>SECTION 2. Un effacement de l'égalité universaliste au profit de la liberté de religion</i>	662
PARAGRAPHE 1. Une liberté de religion poussant à la différenciation au détriment de l'égalité formelle.....	662
PARAGRAPHE 2. Une religion irrémédiablement caractérisée comme une circonstance extérieure	669
<i>Conclusion chapitre</i>	673
<i>Conclusion du titre</i>	677
TITRE 3. LA MISE EN LUMIERE D'UNE AGGRAVATION DES TENSIONS ET DES INCOHERENCES INTRINSEQUES A LA PRISE EN COMPTE FRANÇAISE DU RELIGIEUX	681

<u>CHAPITRE 1. Une logique différentialiste stimulant une prise en compte des groupes minoritaires.....</u>	<u>683</u>
<i>SECTION 1. Le différentialisme au service d'une prise en compte des groupes</i>	<i>684</i>
PARAGRAPHE 1. Des politiques et doctrines différentialistes protectrices des communautés	684
A) Un courant multiculturaliste expressément favorable à la reconnaissance des groupes particularistes	687
B) Un courant communautarien substantiellement favorable à la prise en compte des groupes.....	690
PARAGRAPHE 2. L'illustration par un droit international moteur d'une égalité réelle favorable aux groupes.....	692
PARAGRAPHE 3. Une prise en compte des groupes sous-jacente aux instruments du différentialisme	695
<i>SECTION 2. Une reconnaissance des groupes sous-jacente aux différenciations constatables en droit français</i>	<i>698</i>
PARAGRAPHE 1. La place ambiguë des groupes dans la défense française de l'égalité réelle	699
A) Une égalité des cultes envisagée comme égalité des groupes	699
B) Une différence de situation entendue comme différence entre groupes.....	701
PARAGRAPHE 2. Une prise en compte des groupes intrinsèque à la différenciation.....	703
A) Des aménagements à mi-chemin entre individualisme et prise en compte des groupes	703
B) Des aménagements induisant une reconnaissance problématique des communautés	707
1) L'institutionnalisation de l'islam ou l'intégration ambiguë d'une communauté	707
2) L'abattage rituel comme forme claire de reconnaissance d'une communauté et de sa norme	709
<i>SECTION 3. La mise en lumière d'une reconnaissance des groupes limitée et discordante</i>	<i>711</i>
PARAGRAPHE 1. La mise en lumière d'une approche communautaire intrinsèquement favorable au groupe majoritaire.....	712
A) L'exclusion patente des « sous-groupes » religieux.....	712
B) Un emploi paradoxal du critère de représentativité	719
PARAGRAPHE 2. L'emploi paradoxal de l'approche objective au regard du débat choix-circonstance	726
PARAGRAPHE 3. Réflexions sur la pertinence de la conception objective ou subjective sous le modèle français.....	727
A) Les avantages de la conception objective.....	728
B) Un intérêt probant de l'approche subjective	730

1) Une approche subjective envisageable d'un point de vue égalitaire et individualiste	731
2) Un contexte sociétal individualiste à la faveur d'une approche subjective.....	735
<i>Conclusion du chapitre</i>	737
CHAPITRE 2. Une logique différencialiste interpellant l'égalité entre convictions	741
<i>SECTION 1. Un différencialisme confortant l'inégal traitement entre convictions :</i> <i>l'illustration d'un risque à travers le droit français</i>	<i>742</i>
PARAGRAPHE 1. Un risque d'accroissement des inégalités inhérent au différencialisme	742
A) Une égalité réelle comme support intrinsèque d'une inégalité entre convictions	742
B) Le débat choix-circonstance : une identitarisation du religieux au service d'inégalités entre convictions.....	746
C) Une appréhension communautaire au service des inégalités.....	748
D) Une liberté de religion au service des inégalités entre convictions.....	749
PARAGRAPHE 2. Des inégalités entre conviction découlant de la différenciation religieuse en droit français	751
<i>SECTION 2. Réflexions sur la place de l'intégration juridique du religieux au regard du droit commun</i>	<i>756</i>
<i>SECTION 3. Pistes de réflexions et de solutions pour une plus grande égalité entre convictions</i>	<i>764</i>
PARAGRAPHE 1. De multiples solutions doctrinales en faveur de l'égalité : l'extension vers le droit commun des convictions	764
A) Une solution par l'emploi de catégories plus globales et inclusives	766
B) Des critères d'application dénués de toute référence à la nature religieuse de la conviction	769
1) La théorie de Maclure et Taylor : une distinction entre préférences personnelles et convictions de conscience.....	770
2) Une conception approfondie par Cécile Laborde : l'intégrité éthique au cœur de l'application	775
3) La soumission des manifestations religieuses au droit commun.....	779
PARAGRAPHE 2. Des cas concrets d'un droit plus égalitaire.....	782
A) Des exemples d'un droit commun sans spécificité religieuse : la liberté de réunion et l'objection de conscience.....	782
B) Des exemples de rapprochements progressifs du droit français des cultes avec le droit commun	784
<i>Conclusion du chapitre</i>	<i>786</i>
<u>Conclusion du titre</u>	<u>789</u>
CONCLUSION DE LA PARTIE	791
<u>CONCLUSION FINALE</u>	<u>795</u>

<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>805</u>
DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES	805
MANUELS, TRAITÉS, COURS, RECUEILS ET OUVRAGES CLASSIQUES	805
OUVRAGES INDIVIDUELS	807
THÈSES ET MÉMOIRES	814
OUVRAGES COLLECTIFS, MÉLANGES ET ACTES DE COLLOQUES.....	818
RAPPORTS, ÉTUDES, AVIS NON JURIDICTIONNELS, OBSERVATIONS, DÉLIBÉRATIONS ET GUIDES.....	824
ARTICLES DE REVUES, INTERNET ET DE JOURNAUX	826
ARTICLES DE CONTRIBUTIONS	852
VARIA	868
<u>TABLE DE JURISPRUDENCE.....</u>	<u>871</u>
JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES FRANÇAISES	871
Tribunaux administratifs	871
Cours administratives d'appel.....	871
Conseil d'État.....	872
JURIDICTIONS JUDICIAIRES FRANÇAISES	876
CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	877
JURIDICTIONS EUROPÉENNES.....	879
Cour européenne des droits de l'homme.....	879
Cour de justice de l'Union européenne/des Communautés européennes.....	882
JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES.....	882
<u>INDEX.....</u>	<u>885</u>
<u>TABLE DES MATIÈRES</u>	<u>897</u>

Résumé en français

Une conception universaliste de l'égalité imprègne le droit français. Elle est historiquement et inéluctablement traduite par l'égalité générale, c'est-à-dire par l'emploi de catégories générales, abstraites et impersonnelles ne faisant aucune distinction en fonction de certaines différences qui mettent en péril le postulat universaliste. Un problème et des tensions apparaissent lorsque l'on constate que la religion peut s'apparenter à une différence substantielle, identitaire ou communautaire, en somme que l'égalité universaliste rejette *a priori*. Pourtant, fruit d'une construction historique, révélatrice de multiples discriminations, le droit français comprend aujourd'hui un régime spécifique aux cultes. Pour assurer la conformité à l'idéal universaliste, ce régime est empreint d'une égalité générale, évitant alors toute différenciation religieuse. Cependant, le fait religieux met aujourd'hui particulièrement en lumière les limites de cette égalité générale dans sa capacité à concrétiser ce qui ne reste précisément qu'un « idéal » universaliste : inégalités de fait et discriminations indirectes parcourent le régime des cultes. Plus encore, l'existence d'un tel régime, malgré la généralité de la norme, peut entraîner une atteinte à deux composantes de l'égalité universaliste : l'égal traitement des convictions et l'égalité individualiste. Toujours est-il que le fait religieux ne se satisfait pas d'une prise en compte juridique dans cette généralité ; il pousse intrinsèquement au différencialisme, notamment au travers d'une conception différente de l'égalité et de la liberté de religion. Malgré son opposition de principe au différencialisme, le modèle français cède inévitablement à la différenciation religieuse. Cette réalité ne peut alors qu'accroître l'inégalité entre convictions et la reconnaissance des groupes, sous-jacentes à la prise en compte française du fait religieux. En définitive, cette prise en compte ne peut être dans une position confortable au regard de l'égalité universaliste. De toute part elle entre en tension avec cette dernière.

MOTS-CLES : Égalité – Universalisme – Fait religieux – Différencialisme – Minorité – Liberté de religion – Convictions

Résumé en anglais

A universalist conception of equality pervades nowadays the laws of France. That conception has been concretized historically and unavoidably through equality by general rules (or general equality). General equality is a type of approach that revolves around non-focusing on each individual but on abstract legal classifications and without taking into consideration any differences that could jeopardize the postulate of a universalist conception. Still, compatibility problems arise when confronted to the fact that religion can be construed as being a type of identity, a difference that the universalist approach *a priori* does not take into account. That is why the French judicial system has endeavoured to devise an equality regime for cults, aimed at casting aside any religious differentiation thanks to general rules. However, religion-related concrete facts have highlighted limits in applying what eventually proves to be only a universalist « utopia », since we can still witness indirect discrimination and *de facto* inequalities when dealing with religion ; moreover, such a theoretically fairer system can result in being antagonistic towards two components of universalist equality : equality of personal convictions and individual equality. In addition, religious facts sometimes seem to advocate differentialism. Despite the will of establishing a norm regardless of religious differences, it is clear that French law does not ignore those religious differences when dealing with religion-related matters, which can only result at times in conflicts with a universalist equality-based judicial system and increase the risks of recognition of religious communities, as well as increasing the risks of inequality in legal treatment of convictions, due to the various reasons that underly the French way of taking into account religious facts.

KEYWORDS : Equality – Universalism – Religious Fact – Differentialism – Minority – Religious Freedom – Convictions