

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

CECI N'EST PAS UNE CRECHE !

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2016) [*Ceci n'est pas une crèche ! : à propos de CE., Ass., 09 novembre 2016, Commune de Melun \(etc.\)*](#). La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales (JCP A) (45). p. 2.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

CECI N'EST PAS UNE CRECHE !

Libres propos par Mathieu Touzeil-Divina professeur de droit public à l'université Toulouse 1 Capitole

CE, 9 nov. 2016, n° 395122 et 395223

Par deux décisions du 9 novembre 2016, le Conseil d'État précise les conditions de légalité de l'installation temporaire de crèches de Noël, par des personnes publiques. - Il s'agit principalement pour la Haute Juridiction administrative de déterminer si une crèche présente un caractère culturel, artistique ou festif, ou au contraire exprime la reconnaissance d'un culte ou d'une préférence religieuse (et donc tombe sous le coup de l'article 28 de la loi de séparation des Églises et de l'État de 1905). - La solution pragmatique retenue par les juges du Palais-Royal ne va pas sans poser questions

Il flottait, à quelques jours du premier dimanche de l'Avent, comme un saint esprit de doutes en cette fin d'année 2016. Ce 9 novembre, deux résultats se faisaient effectivement attendre : le fruit détonnant des élections américaines et la réponse à cette question qui paraissait pourtant simple : une représentation matérielle par une personne publique de la crèche de la nativité est-elle un emblème religieux au sens de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État ? Autrement dit : ce symbole incontestablement religieux est-il « vraiment » et / ou encore « seulement » religieux au regard de notre constitutionnelle laïcité ? La question pourrait prêter à sourire tant la réponse devrait être a priori évidente : oui, la crèche qui symbolise la naissance christique est manifestement toute religieuse à l'instar d'un calvaire du domaine public symbolisant la Passion. Toutefois, la question (comme souvent en matière de laïcité) a divisé les juridictions et même les conseillers d'État. Ces derniers – ce qui n'était pas arrivé depuis 1945 paraît-il – n'ont ainsi pas réussi à parvenir spontanément à un vote, à la suite de l'audience du 21 octobre, au point qu'il a fallu attendre le mois de novembre.

Les faits étaient les suivants : plusieurs collectivités avaient installé dans leurs bâtiments pourtant consacrés au(x) service(s) public(s) des crèches, décisions contestées au nom de leur contrariété au principe constitutionnel de laïcité et à la loi précitée de 1905.

En premiers ressorts, des tribunaux administratifs (dont ceux de Nantes, Montpellier et Melun : *V. M. Touzeil-Divina, Trois sermons (contentieux) pour le jour de Noël. - La crèche de*

*la nativité symbole désacralisé : du cultuel au culturel ? : JCP A 2015, 2174, note sous TA Nantes, 14 nov. 2014, n° 1211647, Fédération de Vendée de la libre pensée : JurisData n° 2014-033663 ; TA Montpellier, 19 déc. 2014, n° 1405626, Garcia : JurisData n° 2014-033492 et TA Melun, 22 déc. 2014, n° 1300483, Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne : JurisData n° 2014-033618) comme des cours administratives d'appel (V. M. Touzeil-Divina, *La crèche de la nativité, emblème religieux confirmé au sens de la loi de 1905 mais avec des conséquences différentes selon les juges ! : JCP A 2015, act. 878, note sous CAA Nantes, 13 oct. 2015, n° 14NT03400, Département de la Vendée et CAA Paris, 8 oct. 2015, n° 15PA008145, Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne) n'avaient pas su se mettre d'accord. Les uns voyaient un symbole religieux évident alors que d'autres acceptaient de reconnaître (tel le tribunal administratif de Melun) un symbole « ayant perdu [son] caractère religieux » et s'inscrivant dans une tradition plus culturelle que cultuelle.**

On attendait donc du Conseil d'État qu'il unifie la jurisprudence et indique – avec fermeté – la voie. Avant cela, la diffusion, dans la presse spécialisée et généralisée, du sens des conclusions du rapporteur public (essentiellement suivi), avait beaucoup attisé les émotions puisqu'il préconisait l'autorisation – sous conditions – des dites crèches dans les bâtiments publics. « *Nous ne croyons pas que le contexte de crispation sur la laïcité vous impose d'instruire par principe le procès de la crèche* » avait signifié Mme Bretonneau en prônant une dimension pragmatique et « *pacificatrice de la laïcité* » sauf lorsque ladite crèche a manifestement été érigée comme « *le geste de reconnaissance d'un culte* » c'est-à-dire par « *prosélytisme religieux* ».

1. Un juge « à la Magritte ». La crèche est un symbole cultuel avec un caractère potentiel « culturel, artistique ou festif »

D'abord, le Conseil d'État a commencé par rappeler que le principe constitutionnel de laïcité et la loi de 1905 créaient des obligations et réaffirmé que la puissance publique ne devait ni reconnaître ni subventionner aucun culte et que, par conséquent, l'article 28 précité interdisait toute mise en avant – publique – d'un emblème religieux.

Toutefois, des exceptions aux principes vont se manifester. On comprend évidemment le caractère pragmatique, moins de deux mois avant Noël, et pacificateur de la position portée par le rapporteur public puis par le Conseil d'État. Affirmer que la crèche n'est pas seulement religieuse est réaliste (le juge évoque une « *pluralité de significations* ») mais cela ne fait pas

pour autant disparaître l'aspect religieux originel. « *Même entourée d'un renne et d'un sapin* » relève justement T. Hochmann (aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, oct. 2016, n° 53, p. 53 et s.), « *la signification religieuse de la crèche ne saurait être éliminée* ». Ce n'est donc pas parce que la crèche est aujourd'hui également une expression culturelle et sociétale non religieuse pour de nombreux citoyens que cela gomme cet élément culturel originel. En ce sens, rappelons que si la cour administrative d'appel de Nantes désirait tolérer la crèche litigieuse, ce n'est pas parce qu'elle n'était pas un symbole religieux, mais uniquement parce que ce dernier « *en l'absence de tout autre élément religieux* » ne gênait finalement que peu « *compte tenu de sa faible taille* », de son caractère traditionnel et de sa « *situation non ostentatoire* ».

En ce sens, reprend le Conseil d'État, une installation expressément ici reconnue comme religieuse mais temporaire « *est légale si elle présente un caractère culturel, artistique ou festif* ». Autrement dit, en contextualisant la crèche, le Conseil d'État va la rendre « possible » ce qui ne signifie pas qu'elle est en soi légale mais qu'elle peut le devenir. Cette position nous semble cependant schizophrénique. En effet, affirmer que la crèche « *présente un caractère religieux* » et donc que l'on devrait la bannir de l'espace public en application de l'article 28 précité mais qu'elle représente également aujourd'hui « *sans signification religieuse particulière (sic) les fêtes de fin d'année* » est assez paradoxal. Le Conseil d'État semble dire que soit la crèche est religieuse soit elle ne l'est plus (et elle serait donc acceptable dans l'espace public). Or, la crèche est – par définition – toujours religieuse même si elle s'accompagne d'autres significations. Imaginons – sinon – que demain un créateur propose une *burqa* ou une *menorah* « artistique ou festive » : devra-t-on la considérer – sous ce motif – comme non religieuse ? Non ! Car le fait qu'il y ait une pluralité – indéniable – de sens à un symbole religieux ne fait pas disparaître le religieux. Au pire, elle le dilue mais ne l'efface pas. Or, en affirmant l'inverse, il nous semble que le Conseil d'État se fourvoie. Quelle joie, cela dit, de voir alors le juge s'inspirer de Magritte après avoir été – par sa technique du faisceau d'indices – un impressionniste : ceci n'est pas une crèche ?

2. Un juge co-législateur ? La crèche ne saurait être un emblème religieux toléré puisque la loi ne l'a pas prévu

Selon l'article 28 de la loi de 1905 : « Il est 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, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions ». Autrement dit : non seulement l'interdiction ne vaut que pour les emblèmes postérieurs à 1905 (il est hors de question de nier l'histoire nationale multiséculaire antérieure) mais encore la liste des exceptions est législative et limitative : il s'agit des lieux de culte, des éléments funéraires et des éléments culturels que sont les musées ou expositions. Or, force est de constater que la crèche n'en fait pas partie sauf à l'entourer d'éléments de scénographie et d'explications culturelles et notamment historiques. Une crèche qui serait ainsi accompagnée d'un descriptif expliquant qui sont les personnages, pourquoi la représentation est implantée dans le lieu choisi et comment – autrefois par exemple – elle a pu déjà s'y trouver lorsque la laïcité n'était pas proclamée nous semble pouvoir faire partie des exceptions mais tel n'était a priori pas le cas des installations réalisées dans la commune de Melun et dans l'hôtel du département de la Vendée. Il nous semble alors que le Conseil d'État a tout simplement complété la liste exhaustive des exceptions en y instaurant la crèche « culturelle, artistique ou festive ». Est-ce pourtant vraiment son rôle ?

3. Un juge de la compatibilité pragmatique et de la laïcité latitudinaire

En résumé, le Conseil d'État nous a engagé à ne pas adopter une position tranchée et principielle mais au contraire pragmatique en matière de laïcité (ce qui est bien la continuité de sa jurisprudence que nous avons qualifiée de latitudinaire en la matière ; V. M. Touzeil-Divina, *Laïcité latitudinaire* : D. 2011, n° 34, p. 2, note sous CE, ass., 19 juill. 2011, n° 309161, *Communauté urbaine du Mans* : *JurisData* n° 2011-014673 ; *Rec. CE* 2011, p. 370, concl. É. Geffray ; *JCP A* 2011, 2307, note J.-F. Amédéo). Au lieu d'exiger une stricte conformité à l'article 28 de la loi de 1905, le juge tolère une compatibilité qu'il justifie pour deux motifs : le caractère temporaire des installations et leur contextualisation. À ce dernier égard, il précise qu'a priori un bâtiment public abritant une collectivité ou un service public n'est pas le lieu pertinent pour recevoir une crèche alors que la voie publique le serait davantage. Par ailleurs, le juge renseigne les éléments de contextualisation suivants : « *l'existence (...) d'usages locaux, (...) [et le] lieu de cette installation* ». En outre, le juge réaffirme qu'aucune crèche ne devra « *exprimer la reconnaissance d'un culte ou marquer une préférence religieuse* » et bannir tout prosélytisme ce qui peut paraître très paradoxal puisque – par définition – et cela fait partie de cette « *pluralité de signification* » la crèche exprime la reconnaissance du culte catholique.

En pratique, le juge casse les deux arrêts de cour administrative d'appel et demande à celle de Nantes d'appliquer la méthode qu'il vient d'expliquer alors qu'il prononce au fond l'illégalité de la crèche melunoise directement insérée dans une alcôve de la mairie sans se prévaloir d'usage local ou d'environnement artistique, culturel ou festif.

En pratique donc, et pour l'instant, le juge condamne matériellement les crèches existantes et portées à son rôle même s'il permet – en pratique – l'existence de futures manifestations (et l'on ne doute pas que le contentieux naîtra en conséquence).