

## Des libertés à la répression : un renversement à peine voilé de la laïcité

Elsa Bourdier

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2910>

DOI : [10.4000/revdh.2910](https://doi.org/10.4000/revdh.2910)

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Elsa Bourdier, « Des libertés à la répression : un renversement à peine voilé de la laïcité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 13 janvier 2017, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2910> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2910>

---

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

---

# Des libertés à la répression : un renversement à peine voilé de la laïcité

Elsa Bourdier

---

- 1 La laïcité est au cœur de vifs débats ; objet de tensions, on ne compte plus les allusions quotidiennes à ce principe républicain. La définition de la laïcité n'est pas figée, mais juridiquement elle peut être lue à la lumière du contenu de la loi de 1905<sup>1</sup>, bien que le mot laïcité n'y figure pas, à savoir un mode d'organisation de l'État impliquant une séparation de celui-ci avec les religions (à l'époque essentiellement par rapport à la religion catholique). La définition juridique de la laïcité renvoie à « la neutralité religieuse de l'État »<sup>2</sup>. A cela s'ajoute l'article premier de la loi de 1905 protégeant la liberté de conscience et la garantie du libre exercice des cultes. Henri Peña-Ruiz<sup>3</sup> évoque ainsi le triptyque de l'idéal laïc : la liberté de conscience, l'égalité des droits et l'universalité. Dès lors, les « multiples grammaires de la laïcité »<sup>4</sup> soulèvent un certain nombre d'interrogations concernant les libertés et droits fondamentaux.
- 2 Il semble en effet que cette valeur républicaine tende aujourd'hui vers une nouvelle forme d'« injonction à l'assimilation »<sup>5</sup>, produisant discriminations, inégalités voire exclusion de certains individus du corps politique en raison de leur religion, ce qui entrerait alors en contradiction frontale avec le triptyque de l'idéal laïc. Un glissement s'est ainsi opéré d'une protection pour tous (en 1905, l'État doit rester neutre afin que chacun puisse librement exercer sa religion), à une obligation (où cette fois la neutralité s'applique aux usagers du service public, en particulier à l'école), jusqu'à une injonction (où on perd le principe de neutralité des autorités publiques qui désormais s'introduisent dans la sphère privée des pratiques religieuses, par exemple dans le cas des procédures de naturalisation). Comment l'interprétation de l'énoncé de 1905 a-t-elle été étendue, écartée ou renversée de l'objet premier de celui-ci, c'est-à-dire la séparation de l'Eglise et de l'Etat ? Comment la laïcité – figurant au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit<sup>6</sup> – a-t-elle pu devenir un mode d'organisation que l'on pourrait qualifier de liberticide ?

- 3 Cet article se propose de décrire le processus du renversement qui a conduit à discriminer certains groupes au nom de la laïcité. Car c'est bien l'interprétation de la loi de 1905 qui en a été faite à différents moments, dans des contextes donnés, qui est le moteur de ce glissement. La distinction qu'Alessandro Ferrari, juriste italien, opère entre une « laïcité narrative » et d'une « laïcité du droit » est précieuse pour saisir cette évolution<sup>7</sup>. L'auteur définit la laïcité du droit comme un cadre formel et juridique, et la laïcité narrative comme « *un récit qui continue de nourrir le discours sur soi*<sup>8</sup> », en l'espèce ici il s'agit du discours produit par l'État français. En reprenant cette distinction entre l'objet et le discours sur l'objet<sup>9</sup>, il devient possible de décrire la manière dont la laïcité narrative s'articule avec la laïcité du droit. Le discours sur ce qu'est la laïcité en tant que valeur, à mesure qu'elle devient de plus en plus présente dans le débat public, s'éloigne dans le même temps de la laïcité prise au sens juridique. Une telle confusion laisse à penser qu'il y aurait une assise juridique à la laïcité narrative.
- 4 Les différents niveaux de discours, notamment ceux des divers opérateurs juridiques<sup>10</sup> (pouvoirs politiques, autorité administrative indépendante, jurisprudence, doctrine), mettent ainsi en lumière un double paradoxe. Parallèlement à ce glissement discriminatoire, son usage tend à faire croire qu'elle serait devenue le mode d'organisation essentiel de protection des droits de l'homme. D'un côté, la laïcité serait devenue le seul garant de l'égalité entre les citoyens, notamment entre les hommes et les femmes, mais aussi de la liberté de culte. De l'autre côté, une inquiétude concernant un renversement de la laïcité « contre elle-même » se fait entendre.
- 5 Car force est de constater que cette nouvelle interprétation de la laïcité s'est construite d'abord à l'encontre du port de signes religieux par des femmes musulmanes, opérant ainsi un traitement différentiel selon les religions, et selon le sexe des croyants. Pour éclairer et illustrer ce constat, nous reviendrons en particulier sur l'adoption de la loi du 10 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public<sup>11</sup>. Si, de prime abord, cette loi ne semble pas entrer dans le champ de la laïcité, nous montrerons qu'il s'agit d'un premier glissement de la laïcité pensée comme un mode d'organisation de l'État vers la laïcité pensée comme l'un des éléments de la protection de l'ordre public. Cette loi est intervenue après la loi sur l'école de 2004<sup>12</sup> et après la décision du Conseil d'Etat<sup>13</sup> en 2008 refusant la naturalisation d'une femme pour défaut d'assimilation car celle-ci portait le *niqab* et n'aurait pas fait sienne les valeurs françaises.
- 6 Ainsi, tout le processus d'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public semble mettre en lumière le renversement qui s'opère autour de la laïcité, d'une laïcité inclusive à une laïcité répressive. Or il n'y a pas d'assise juridique à cette laïcité « outrancière », de plus en plus présentée comme la réponse « logique » à tous les problèmes liés aux actes terroristes, au « vivre ensemble », et aux problèmes d'« intégration » en France. Jean Baubérot parle en ce sens de « *laïcité falsifiée* »<sup>14</sup> pour désigner la dissimulation d'opinions politiques derrière des concepts juridiques. Certains éléments convergents laissent cependant à penser que la laïcité narrative commence à produire malgré tout quelques effets juridiques.
- 7 Nous nous sommes concentrés sur les différents temps précédant l'adoption de la loi de 2010, à savoir les auditions organisées par la commission parlementaire fin 2009 et les débats parlementaires du mois de juillet 2010. Deux décisions ont également été au cœur de notre réflexion : celle du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010<sup>15</sup> et SAS *contre France* de la Cour européenne des droits de l'homme rendue le 1<sup>er</sup> juillet 2014<sup>16</sup>.

On examinera dès lors ce glissement des conceptions de la laïcité à travers l'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (I), pour ensuite nous attarder sur les conséquences de ce renversement (II), conséquences que nous étudierons sur deux niveaux, au regard de la protection de la liberté de religion et de la théorie des droits fondamentaux plus largement.

## I Laïcité narrative *versus* laïcité du droit ? Le processus d'un déplacement argumentatif.

- 8 La procédure d'adoption de la loi interdisant de se dissimuler le visage dans l'espace public a donné lieu à d'intenses recherches de stratégie argumentative. Devant l'Assemblée nationale, c'est une loi protégeant l'ordre public « social<sup>17</sup> » qui a été débattue et non une loi concernant la laïcité et le port de la *burqa*. (A). Le Conseil constitutionnel, pour sa part, lors de son contrôle de constitutionnalité, révèle dans sa décision les personnes *réellement* visées par la loi (B).

### A De la laïcité à la protection de l'ordre public : un renversement à peine voilé de la part du législateur

- 9 C'est à la lumière de l'emballage juridique qui précède la loi de 2010 que l'on peut saisir les ressorts du glissement de la laïcité à l'ordre public. Le 27 juin 2008, le Conseil d'Etat, dans une décision *Madame Machbour*,<sup>18</sup> confirmait ainsi un décret refusant la naturalisation d'une femme pour défaut d'assimilation. Il reprend les éléments du rapporteur public : cette femme n'a pas fait sienne des valeurs de la République française au motif, entre autres, qu'elle porte le *niqab*. Cette décision, qui a fait l'objet d'une sur-médiatisation, devient rapidement « l'affaire de la *burqa* ».
- 10 Quelques jours plus tard, le 22 juillet 2008, une proposition de loi n° 1080<sup>19</sup> est déposée visant à étendre le champ d'application de la loi du 15 mars de 2004<sup>20</sup> aux femmes accompagnant les sorties scolaires mais aussi interdire toute forme de signes religieux ostentatoires ou contraire à la dignité dans les établissements publics. Cette loi prohibe, on le rappelle, le port de signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics. Certains y voient déjà dans cette proposition « *une extension aux usagers du service public de l'enseignement de la portée jusque-là limitée aux agents publics du principe juridique de laïcité* »<sup>21</sup>. Le 23 septembre 2008, une proposition de loi n° 1121<sup>22</sup> est rédigée contre les atteintes à la dignité de la femme du fait de certaines pratiques religieuses. Le 9 juin 2009, 59 députés déposent une proposition de résolution n° 1725 tendant à la création d'une commission d'enquête sur le port de la *burqa* en France. Le 23 juin 2009 est créée la mission d'information parlementaire sur la pratique du port de la *burqa* et du *niqab* sur le territoire national<sup>23</sup>.
- 11 Les auditions tenues devant cette commission appellent plusieurs remarques. En introduction de la première séance, le président de la Commission faisait part de son souhait de présider cette mission d'information dans le même esprit que le fut la mission conduite par Bernard Stasi. La continuité de cette mission avec la commission Stasi de 2003, qui avait pour but de réfléchir à l'application du principe de laïcité, ne fait donc aucun doute. Tout au long du travail de la mission d'information, il est d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises que le port du voile intégral remet en cause la

laïcité. Les motivations pour interdire le port de celui-ci oscillent entre la protection de l'ordre public, le respect de la dignité des femmes, l'égalité entre les hommes et les femmes, l'encadrement d'une pratique radicale religieuse, et le respect de la laïcité. Il est rappelé que c'est la « féminité » qui est en jeu avec le voile intégral. Quelques interventions relèvent aussi que le sujet est délicat car il touche la liberté de culte. Par ailleurs, les difficultés juridiques que pose l'interdiction du voile intégral dans l'espace public sont soulevées lors des auditions de conseillers d'État et de professeur.e.s de droit, plus exactement sur la « faisabilité juridique d'une prohibition du voile intégral »<sup>24</sup>. Lors de son audition, Guy Carcassonne argumentait : la seule possibilité à son sens d'interdire le port du voile intégral est de fonder cette interdiction sur la protection de l'ordre public, c'est-à-dire sur l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public.

- 12 La CNCDH intervient sur le sujet par un avis du 21 janvier 2010 sur l'interdiction du voile intégral, elle précise « qu'elle n'est pas favorable à une loi prohibant de manière générale et absolue le voile intégral »<sup>25</sup>. Quelques jours plus tard, le 26 janvier 2010 est publié le rapport d'information de la mission.
- 13 Le 29 janvier 2010, le Conseil d'Etat est à son tour saisi dans sa formation de conseil pour étudier les « solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral ». Son rapport, publié le 25 mars 2010 reprend toutes les difficultés énoncées lors des auditions de la mission d'information que pose juridiquement l'interdiction du voile. Toutefois, le Conseil ne considère pas qu'une interdiction générale concernant la dissimulation du visage dans l'espace public soit impossible à la différence d'une interdiction ne concernant que le voile intégral. Il émet néanmoins des réserves au regard de la solidité juridique d'une telle interdiction et du changement ou du renouvellement que celle-ci entraînerait sur la conception juridique française de l'ordre public<sup>26</sup>.
- 14 C'est donc un projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, et non plus du voile intégral qui arrive sur les bancs de l'Assemblée Nationale. L'article 1<sup>er</sup> du projet dispose que « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». Lors des débats parlementaires qui ont lieu les 6, 7 et 13 juillet 2010, la laïcité juridique n'est pas mobilisée car elle n'est pas le cœur du sujet, mais la laïcité narrative reste omniprésente.
- 15 La recherche de la laïcité – juridique – comme justification de l'interdiction du voile intégral s'est heurtée à deux difficultés majeures. La première est celle du sujet même de la laïcité qui est l'Etat et non les usagers. L'obligation de neutralité ne vise en effet que l'administration et ses agents. La seconde est la frontière des discriminations. La prohibition de toutes discriminations légales reste la seule limite entre le régime juridique de la laïcité, ou laïcité du droit, et la laïcité narrative entendue comme discours politique souhaitant limiter voire restreindre la liberté religieuse et, partant, ne se préoccupant guère du principe d'égalité entre les citoyens ou encore du droit de la non-discrimination. En revanche, la laïcité juridique – réglant l'organisation des pouvoirs publics avec les différents cultes – ne peut prévoir de mesures discriminantes. Or interdire le port du voile intégral au nom de la laïcité revient à ne cibler juridiquement qu'un groupe de personnes déterminées, ce qui constitue juridiquement une discrimination si le traitement différencié n'est pas objectivement justifié.
- 16 Dès lors, on comprend pourquoi, l'interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public est appelé à se fonder sur la protection de l'ordre public. La justification de cette

interdiction n'est plus présentée comme une application de la laïcité juridique mais est liée à la sécurité. Le débat ne porte plus sur l'encadrement d'une pratique religieuse, mais sur une question de sécurité publique. Néanmoins la laïcité narrative reste omniprésente et se dissimule pendant les débats parlementaires derrière deux arguments juridiques : la sécurité et l'égalité entre les hommes et les femmes.

- 17 Lors des débats parlementaires, toutes les prises de parole sont introduites par le fait que la liberté de religion n'est pas en cause, car la laïcité protège la liberté de culte. Les interventions insistent sur le fait que le principe de laïcité n'est pas en jeu, ni mobilisé à des fins justificatives. Toutefois, certaines d'entre elles « ne jouant pas le jeu » continuent à affirmer que le port du voile intégral est contraire à la laïcité, entendue ici au sens de laïcité narrative. En effet, le port du voile intégral n'est pas contraire à la laïcité juridique puisque les individus présents dans l'espace public ne sont en principe pas soumis au principe de neutralité religieuse.
- 18 Sur 339 votants à l'Assemblée nationale, 335 votent le projet de loi, deux ne se prononcent pas, et un vote contre. L'adoption de cette loi à la quasi-unanimité ne peut que soulever des interrogations concernant ce consensus politique et le « *détournement de la laïcité comme instrument idéologique* »<sup>27</sup>.
- 19 Il ressort en effet de la mission d'information parlementaire que le nombre de femmes portant la *burqa* en France serait autour de 2000<sup>28</sup>. Il est alors possible de pointer l'absence de caractère général de la loi<sup>29</sup>. La laïcité narrative paraît dès lors intégrer discrètement l'ordre public au nombre de ses composantes, comme la dignité en son temps. Le fait de cibler une mesure au nom de l'ordre public et non de la laïcité peut finalement, paradoxalement, sembler être un aveu du législateur de ce que sa mesure a été inspirée par une conception de la laïcité qui, ces vingt dernières années, vise à invisibiliser le fait religieux.

## B Un renversement dévoilé par le Conseil constitutionnel : quand le général devient les femmes

- 20 Après l'adoption de la loi par les deux chambres, le Conseil constitutionnel a été appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de celle-ci. La saisine du Conseil en elle-même suscite quelques remarques préalables à l'étude du fond de la décision rendue. Premier élément : le Conseil a en effet été saisi le 14 septembre 2010, conjointement par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat. Second élément : aucun grief d'inconstitutionnalité n'a été soulevé à l'appui de la saisine, ce qui donne un très grand pouvoir d'appréciation au Conseil constitutionnel. Ces deux éléments s'expliquent notamment par le fait que le consensus politique dans l'adoption du texte est presque total. Toutefois, si aucun grief n'est soulevé, les débats ont néanmoins porté sur les difficultés juridiques que comportait la loi. Si la saisine est introduite pour vérifier que la loi n'est pas contraire aux droits et libertés protégés par la Constitution, on peut aussi penser qu'elle n'avait pour but que d'empêcher une future question prioritaire de constitutionnalité.
- 21 Le contrôle du Conseil s'est en particulier déployé au regard de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du préambule de la Constitution de 1946. Les droits et libertés que vise le Conseil constitutionnel dans sa décision sont la liberté, la liberté de religion, et l'égalité entre les hommes et les femmes. A aucun moment le voile intégral n'est mentionné dans la décision ; le Conseil évoque « *des pratiques consistant à dissimuler*

*le visage dans l'espace public* ». Cette formule avait précisément été trouvée afin d'éviter qu'une interdiction absolue du port du voile intégral ne soit déclarée inconstitutionnelle. Par conséquent, lorsque dans le considérant 4 de sa décision, le Conseil examine le respect par les dispositions de la loi de la liberté de culte et de l'égalité entre les hommes et les femmes, il révèle bien dans son argumentaire l'objet visé par celle-ci, à savoir le voile intégral porté par les femmes de confession musulmane : « *le législateur a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité, qu'en adoptant les dispositions déférées, le législateur a complété et généralisé des règles juridiques jusque-là réservées à des situations ponctuelles et à des fins de protection de l'ordre public* ». La protection de l'ordre public nécessite donc, au nom du respect de la liberté et de l'égalité, d'interdire aux femmes se dissimulant le visage volontairement de ne plus pouvoir le faire, et ce car elles s'excluent et s'infériorisent.

- 22 La protection de cet aspect de l'ordre public est justifiée par la multiplication des pratiques. Faut-il envisager *a contrario* que si la pratique ne s'était pas multipliée le Conseil aurait censuré cette loi ? Cela reviendrait alors à dire que la pratique religieuse d'une seule femme est tolérable, mais que celle d'un nombre plus important ne l'est plus et nécessite donc l'intervention du législateur.
- 23 La seule réserve du Conseil concerne l'étendue de l'interdiction. Il considère que celle-ci ne peut concerner les lieux de cultes ouverts au public. Cette réserve atteste donc bien que la loi visait une pratique religieuse, sinon pourquoi formuler cette réserve alors que la saisine ne comportait aucun grief ?
- 24 Cette décision peut sans doute s'expliquer par le fait que, face au consensus politique, le Conseil n'a pas voulu aller à son encontre et a fait œuvre de contorsion pour n'émettre qu'une seule réserve. Mais on peut également se demander si, au regard de la justification de cette décision, le Conseil aurait réellement censuré, comme cela a pu être envisagé pendant les débats, une loi interdisant le voile intégral de façon explicite.
- 25 Il reste que la loi n'est pas entrée en vigueur immédiatement, mais 6 mois plus tard, soit le 11 avril 2011. En effet, le communiqué de presse du Conseil des ministres du 19 mai 2010 précisait que « *ce délai sera mis à profit pour poursuivre une démarche de dialogue et de persuasion auprès des femmes portant volontairement le voile intégral* ». Envisager la « *persuasion* » auprès de femmes « *volontaires* » montre bien la délicate entreprise que constitue cette interdiction.
- 26 Si tout a été mis en œuvre pour que l'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public n'entre pas dans le champ de la laïcité du droit, la laïcité narrative a néanmoins été présente tout au long des débats. Or, celle-ci influe nécessairement sur l'interprétation des énoncés juridiques.

## II La fragile légitimation juridique de la laïcité narrative

- 27 Ce renversement du principe de laïcité a selon nous deux conséquences principales : une tendance à la neutralisation de la liberté de religion pourtant consacrée par l'ensemble des textes de protection des droits de l'homme<sup>30</sup> (A) et, du point de vue de la théorie des droits fondamentaux, l'apparition de nouvelles notions propices à des arguments d'autorités (B).

## A Les nouvelles interprétations de la laïcité : une limite à la liberté de religion ?

- 28 Alors que le 11 avril 2011, la loi du 11 octobre 2010 entrant en vigueur, ce jour même, un recours devant le Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) était déposé. La décision de la Cour, *SAS contre France*, est rendue le 1<sup>er</sup> juillet 2014. La décision de la Cour de Strasbourg explicite le risque pour la liberté de religion que représente cette loi, le contrôle étant essentiellement exercé sous l'angle de l'article 9 de la Convention<sup>31</sup>. On ne s'attardera pas ici sur les développements concernant la recevabilité de la requête mais plutôt sur la question de la conventionnalité de la loi.
- 29 L'article 9 de la Convention, dans son second alinéa, prévoit que les Etats peuvent restreindre la liberté de religion seulement si la loi le prévoit, dans un but légitime, et si cette restriction est nécessaire dans une société démocratique. En l'espèce, la Cour constate une ingérence dans la liberté de religion. Au fil de son argumentaire, elle rejette les différents objectifs de la loi mis en avant par le Gouvernement. Celui-ci admettait en effet, que, malgré le caractère général de la loi en cause, celle-ci puisse être considérée comme une restriction au sens du second alinéa de l'article 9 de la Convention. Mais, pour le gouvernement, l'ingérence opérée par la loi est nécessaire et motivée par un souci de sécurité publique et de protection des droits et libertés d'autrui. Cette protection est assurée par « *le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte* ». Ce faisant l'interdiction renvoie donc à trois valeurs : l'exigence minimale de la vie en société, le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes et le respect de la dignité des personnes. Le Gouvernement met en avant la quasi-unanimité avec laquelle la loi a été adoptée pour asseoir la légitimité et la proportionnalité de la restriction au regard de sa nécessité dans une société démocratique.
- 30 Dans son appréciation, la Cour réfute la légitimité et la proportionnalité de l'interdiction sur deux d'aspects : l'égalité entre les hommes et les femmes et la dignité. En revanche la Cour considère « *que le vivre ensemble peut se rattacher au but légitime que constitue la protection des droits et libertés d'autrui* »<sup>32</sup>. La Cour, consciente du caractère flexible de la notion de « vivre ensemble », examine la nécessité de l'interdiction dans une société démocratique. Son examen débute par un rappel de l'importance de la liberté de religion dans une société démocratique et le pluralisme de celle-ci, et ce en s'appuyant sur une sélection de ses décisions antérieures. La Cour estime néanmoins que cette liberté a des limites. Par conséquent l'article 9 ne protège pas tous les comportements religieux dans la sphère publique. Cependant, la Cour réaffirme son attachement au rôle de l'Etat « *en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des différents cultes* » ; elle considère donc qu'il doit s'abstenir de tout jugement concernant les pratiques religieuses. L'Etat ne peut décider de la plus grande légitimité de telle ou telle pratique notamment quand différentes religions coexistent. Des obligations positives et négatives pèsent donc sur lui.
- 31 Pour autant, la Cour ne juge pas qu'en l'espèce la régulation étatique du fait religieux par la loi de 2010 soit discriminatoire. C'est pour le moins surprenant. Alors que la loi contestée n'est pas nécessaire pour la sécurité publique, en atteste le fait que le gouvernement ne démontre pas de menace générale, la Cour estime que l'ingérence est

proportionnée au but poursuivi « *s'agissant du vivre ensemble comme élément de la protection des droits et libertés d'autrui* » (§ 157).

- 32 Pourtant, tout au long de son raisonnement, la Cour énumérait les difficultés et risques potentiels de cette mesure (impacts négatifs sur les femmes musulmanes, limitation du pluralisme). La Cour s'inquiétait même des propos islamophobes tenus pendant les débats nationaux. Elle soulignait le fait : « *qu'un Etat qui s'engage dans un processus législatif de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance* »<sup>33</sup> (§ 149).
- 33 Néanmoins l'aspect général de l'interdiction, dépourvu de connotation religieuse, et le vivre ensemble défendu par la France relèvent pour la Cour d'un choix de société démocratique. En cela, l'Etat dispose d'une marge d'appréciation. La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public n'est donc pas contraire à l'article 9.
- 34 Il peut être envisagé que le « vivre ensemble », concept légitimant l'interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public, participe d'une rhétorique rattachée à laïcité narrative, entendue ici comme un discours sur soi de la part de l'Etat, sur un idéal laïc de l'Etat français. La laïcité est présentée comme le fondement du vivre ensemble français, *le pilier de l'unité de la communauté nationale*. Ce renversement de la conception du principe de laïcité (*supra* I. A.) a des effets indéniables sur la liberté de religion. La Cour reconnaît d'ailleurs que les débats autour de cette loi ont pu avoir des conséquences douloureuses sur une partie de la communauté musulmane, et des femmes musulmanes en particulier. L'impact du processus de rapprochement entre laïcité narrative et laïcité du droit, pousse la première à aller encore plus loin. La laïcité narrative crée des dérives, voire des discriminations, illégales certes<sup>34</sup>, mais en accord avec elle-même.
- 35 A ce propos, il n'est pas anodin que la CNCDH se soit prononcé à la même période sur la laïcité notamment « *sur les voies et moyens d'une bonne application du principe de laïcité, respectueuse des libertés fondamentales et du principe de non-discrimination* »<sup>35</sup> à la demande de l'Observatoire de laïcité. A la lecture de l'avis, la distinction entre laïcité narrative et laïcité du droit s'avère très facilement identifiable. La CNCDH rappelle le régime juridique national et international de la laïcité et insiste sur sa grande méconnaissance. Elle considère que l'arsenal législatif est suffisamment riche et qu'une nouvelle réforme ne serait ni nécessaire, ni bienvenue. Consciente que le droit ne peut répondre à toutes les situations individuelles qui peuvent se poser, elle préconise un usage de la voie conventionnelle pour résoudre des conflits. Elle affirme « *qu'il n'y a pas de vide juridique dans l'application du principe de laïcité* ». Elle conclut son avis par un constat ferme. Elle appelle à la prévention de toute « *construction d'une nouvelle laïcité plus restrictive et qui risquerait d'enfermer toute expression de la liberté de religion dans la stricte sphère intime, ce qui serait contraire à la loi de 1905, attentatoire aux libertés fondamentales et au principe d'égalité* »<sup>36</sup> (§ 39).
- 36 Après l'affaire *SAS contre France*, la tension autour de la distinction entre laïcité narrative et laïcité du droit se fait sentir encore plus qu'avant. Les exemples sont nombreux. En avril 2015 une polémique a lieu après que la RATP<sup>37</sup> ait modifié une affiche en soutien aux Chrétiens d'Orient. Une partie de la classe politique y a tout de suite dénoncé une conception tronquée du principe de laïcité. Les mêmes réactions ont eu lieu avec le contentieux des crèches de Noël, jugées « *traditionnelles* » et de nature culturelle par certains juges du fond, alors que d'autres les estiment contraires à

l'article 28<sup>38</sup> de la loi de 1905<sup>39</sup>. Le Conseil d'Etat a donné raison aux premiers dans deux arrêts récents en considérant qu'une crèche pouvait être autorisée si elle revêtait « *un caractère culturel, artistique ou festif* »<sup>40</sup>. Néanmoins l'application de cette jurisprudence semble soulever encore des divergences.

- 37 Il y aurait donc à la fois une vision restrictive de la laïcité qui coexisterait avec, *a contrario*, une vision trop souple. La vision restrictive de la laïcité n'est que rarement mise en avant s'agissant de l'Islam. En revanche, lorsque d'autres religions sont concernées, les discours semblent moins vindicatifs. Ainsi, alors qu'après l'agression antisémite<sup>41</sup> d'un homme portant la kippa, le Consistoire Marseillais avait appelé à ne plus porter la kippa « *en attendant des jours meilleurs* »<sup>42</sup>, des députés sont arrivés, en signe de solidarité, à l'Assemblée nationale avec une kippa sur la tête. Ces mêmes députés auraient-ils porté un voile à la suite de l'agression d'une femme voilée pour des motifs islamophobes ? Cette affaire révèle une différence de discours selon la religion et le signe distinctif désigné – et selon le sexe de ce signe distinctif.
- 38 Les débats sur le voile touchent, dès lors, deux groupes dominés et victimes de discriminations en même temps : les femmes et les croyants de confession musulmane ou, à tout le moins, « *les musulmans présumés* »<sup>43</sup>. Les femmes musulmanes constituent alors un groupe victime d'un cumul de discriminations, dites aussi discriminations intersectionnelles<sup>44</sup>.

## B La narration juridique ou ses conséquences sur la protection des droits fondamentaux

- 39 Les conséquences de ce renversement sur la théorie des droits fondamentaux sont doubles : de nouveaux concepts abstraits voient le jour et une nouvelle forme de discours apparait, illustrant la double identité de la laïcité. En ce sens, les juges de Strasbourg, pour ne pas condamner la France, font preuve d'un exercice de contorsion très poussé qui peut notamment s'expliquer par le fait que le dualisme entre les choix démocratiques des États et la protection des droits fondamentaux est au cœur de l'activité des juges européens. La Cour rappelle que son rôle est subsidiaire (§ 129), et que les Etats ont une « *légitimité démocratique directe* ». En ce qui concerne la laïcité, cet arbitrage n'a pourtant pas emporté la conviction générale. D'ailleurs l'arrêt SAS n'a pas été adopté à l'unanimité<sup>45</sup>. Une opinion dissidente, introduite par le constat d'un « *sacrifice des droits individuels à des principes abstraits* » a été formulée par les juges allemande et suédoise. Elle conclut à la violation des articles 8 et 9 de la Convention. Les juges Nussberger et Jaderblom contestent que « *le vivre ensemble c'est à dire le respect des exigences minimales de la vie en société puisse être entendu comme un élément de la protection des droits et libertés d'autrui* », et énumèrent un certain nombre de critiques. L'utilisation du concept de « *vivre ensemble* » comme justification d'une ingérence dans les droits de l'homme est notamment fortement contestée. Ce concept est considéré comme trop large, factice, ou encore trop vague. S'agissant précisément du voile intégral, les juges constatent que « *les motifs tendant à son interdiction sont extrêmement liés à l'interprétation de sa signification symbolique* ». Néanmoins l'absence du droit à ne pas être choqué est rappelée et défendue.
- 40 L'argumentaire principal de la Cour aurait d'ailleurs tout à fait pu conduire à la condamnation de la France. Dès lors, l'interdiction du voile intégral peut être un exemple de l'intolérance des Etats au regard de pratique de certaines minorités. Alors

que la Cour énumère tous les risques que cette interdiction peut entraîner, risques juridiques mais également sociologiques, elle conclut par l'absence de violation de la Convention. Cela montre la réversibilité des concepts mobilisés. Le vivre ensemble peut recouvrir tout et son contraire<sup>46</sup>. Du fait de son caractère vide, il est le vecteur de potentielles interprétations aussi bien libérales que liberticides selon le sujet. De plus, l'opinion dissidente insiste sur le fait qu'un consensus européen existe en la matière, contrairement à ce que la majorité affirme. D'ailleurs, seuls les États belges et français ont adopté une loi à ce sujet sur les quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe.

- 41 La notion de vivre ensemble provient tout droit des discours construits sur le terrain de la laïcité narrative. Il est donc ici étonnant que ce concept soit réceptionné par la Cour. Avec cette décision, elle donne valeur juridique à cette notion pour justifier l'absence de violation de la Convention par la France. Le langage de la laïcité narrative intègre désormais le droit positif : la laïcité comme valeur républicaine et non plus comme organisation des pouvoirs publics, justifiée par le biais du vivre ensemble la production de discriminations.
- 42 Les juges de Strasbourg ne sont pas les seuls à utiliser ce procédé ; le Conseil constitutionnel a fait de même dans sa décision du 7 octobre 2010. En effet pour justifier l'interdiction de se dissimuler le visage, le Conseil évoquait « *les exigences minimales de la vie en société* ». La laïcité du droit rencontre ainsi des difficultés à se faire entendre<sup>47</sup>. La laïcité narrative – comme renversement idéologique de la laïcité du droit – s'apparente désormais à un ensemble de valeurs bien éloignées du principe initial de neutralité des autorités publiques<sup>48</sup>. Comme le relevait Géraud de la Pradelle : « *la mise en forme juridique peut notamment fournir à l'idéologie dominante les raisonnements propres à charpenter une argumentation délicate* »<sup>49</sup>. Cela semble tout indiqué s'agissant de l'évolution des usages de laïcité dans les discours du droit.
- 43 Lors de son audition devant la mission d'information le 21 octobre 2009, Jean Baubérot se prononçait contre l'adoption d'une nouvelle loi sur les signes religieux. Il mettait en avant les risques de stigmatisations qu'entraîneraient celle-ci, et la tentation d'un engrenage législatif, facteur de discriminations. Les derniers débats provoqués par les attaques du Premier ministre Valls<sup>50</sup> à l'encontre du président de l'Observatoire de laïcité, montrent la confusion qui règne autour de la laïcité, et sa mobilisation à des fins politiques. On comprend que la laïcité puisse aujourd'hui être perçue par certains comme une arme politique et juridique contre une religion, la religion musulmane. La laïcité semble donc devenir un nouvel outil - bien loin d'un idéal porteur d'égalité et d'émancipation - pour maintenir des rapports de pouvoir et de domination existants.

---

## NOTES

1. Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905 p.7205.

2. RIVERO J., « Le concept de laïcité », *Recueil Dalloz*, 1949, chron.33.

3. PENA-RUIZ H., *Histoire de la laïcité : Genèse d'un idéal*, La Découverte, Gallimard, Paris, 2005, p. 17.
4. HENNETTE-VAUCHEZ S., « Séparation, garantie, neutralité... Les multiples grammaires de la laïcité », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2016/4 (N° 53), p. 9-19.
5. HAJJAT A., *Les frontières de l'« identité nationale » : l'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, La Découverte, Paris, 2012, 338 p.
6. Conseil constitutionnel DC N° 2012-297QPC, 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité.
7. FERRARRI A., « De la politique à la technique : laïcité narrative et laïcité du droit, pour une comparaison France/Italie », in *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIIIe - XXe siècles)*, Leuven, Paris, 2009, 345 p.
8. Idem p. 333.
9. Tout en constatant que le lien entre ces deux laïcités est « *fort complexe* », Ferrari mobilise cette distinction pour analyser les rencontres qu'il est possible d'établir entre les deux. Il observe les imbrications, les influences, ou encore les oppositions entre la laïcité narrative - « l'idéal laïc » - et la laïcité du droit.
10. MILLARD E., « Qui sont les « opérateurs juridiques » de Riccardo Guastini ? », *Analisi e diritto*, 2014, pp. 103-113.
11. Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public JORF n° 0237 du 12 octobre 2010 p.18344.
12. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant en application du principe de laïcité, le port des signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JORF n° 65 du 17 mars 2004 p.5190.
13. CE, 27 juin 2008, Mme M., n° 286798.
14. BAUBEROT J., *La laïcité falsifiée*, La Découverte, Paris, 2014, 288p.
15. Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, JORF n° 0237 du 12 octobre 2010 p.18345.
16. Cour edh, Gde ch, 1<sup>er</sup> juillet 2014, SAS, Req. n° 43835/11.
17. Débats parlementaires, Garde des sceaux, 6 juillet 2010, JORF, p. 5667.
18. CE, 27 juin 2008, Mme M., n° 286798.
19. « Laïcité : interdiction du port de signes ou de vêtements manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, politique ou philosophique à toute personne investie de l'autorité publique : Proposition de loi de Mme Françoise HOSTALIER et plusieurs de ses collègues visant à interdire le port de signes ou de vêtements manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, politique ou philosophique à toute personne investie de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou y participant concurremment, n° 1080, déposée le 22 juillet 2008 ».
20. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.
21. HENNETTE-VAUCHEZ S., « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 « loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public » », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166.
22. « Lutte contre les atteintes à la dignité de la femme résultant de pratiques religieuses : Proposition de loi de M. Jacques MYARD visant à lutter contre les atteintes à la dignité de la femme résultant de certaines pratiques religieuses, n° 1121, déposée le 23 septembre 2008 ».
23. A la lecture des comptes rendus des auditions de la commission, celle-ci change de nom entre le mercredi 8 juillet 2009 et le mercredi 15 juillet 2009. La mission se nomme désormais *mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*. Ces différents changements d'appellation semblent être la démonstration d'un tâtonnement politique sur l'objet visé ou encore d'une recherche de légalité. La dernière étape est le passage de la loi sur l'interdiction du port du voile intégral à la loi sur l'interdiction de dissimulation du visage dans

l'espace public (voir CHAMPEIL-DESPLATS V., « Laïcité et liberté religieuse en France : aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public », in *Revista Derecho del Estado*, n° 29, julio-diciembre del 2012, pp. 51-72.)

24. DE BECHILLON D., Mission d'information parlementaire, Compte-rendu n° 8, p. 21.

25. CNCDH, Avis sur le port du voile intégral, 21 janvier 2010. Pour un commentaire de cet avis voir : CHAMPEIL-DESPLATS V., Avis sur le port du voile intégral (21 janvier 2010), pp. 133-146, in LAZERGUES C. (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2016, p. 466.

26. Conseil d'Etat, section du rapport et des études Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, 46 p.

27. Débats parlementaires, 7 juillet 2010, JORF, pp. 5392-5433.

28. Selon les propos de Brice Hortefeux Ministre de l'intérieur en 2010 qui reconnaît également que quantifier la pratique n'est pas évidente, in Rapport d'information parlementaire publié n° 2262, 16 septembre, p. 612.

29. HENNETTE-VAUCHEZ S., « La burqa, la femme, l'État, réflexions inquiètes sur un débat actuel », *Raison Publique* : [www.raison-publique.fr/la-burqa-la-femme-et-l-Etat.html](http://www.raison-publique.fr/la-burqa-la-femme-et-l-Etat.html).

30. Article 18 de la déclaration universelle des droits de l'homme, Article 18 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 9 de la convention européenne des droits de l'homme, article 10 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

31. L'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) dispose dans son alinéa 1 que « 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 », et dans son alinéa 2 que « 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 ».

32. Paragraphe 121, SAS c/France, CEDH, p. 60.

33. SAS c/France, CEDH, p. 58.

34. Collectif contre l'islamophobie en France, Rapport annuel, 2016, 32p.

35. CNCDH, avis sur la laïcité, 26 septembre 2013.

36. *Idem*.

37. La Régie autonome des transports parisiens.

38. « 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 ».

39. DE DIEULEVEULT A., « Noël au risque de la laïcité », *AJDA*, 2015, p. 2390.

40. CE 9 novembre 2016, req. n° 395122, et n° 395223

41. [http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/01/12/ce-que-l-on-sait-de-l-agression-antisemite-de-marseille\\_4845710\\_1653578.html](http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/01/12/ce-que-l-on-sait-de-l-agression-antisemite-de-marseille_4845710_1653578.html), dernière consultation le 17 octobre 2016.

42. Allocution de Zvi Ammar, Président du consistoire israélite de Marseille le 12 janvier 2016.

43. HAJJAT A., MOHAMMED M. : Islamophobie, comment les élites françaises fabriquent le « problème musulman », *La Découverte*, Paris, 2013, 190 p.

44. HENNETTE-VAUCHEZ S., « Genre et religion : le genre de la nouvelle laïcité », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir), *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, CNRS édition, Paris, 2014, 793 p.

45. Comme l'indique l'arrêt page 62, quinze voix contre deux affirment qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 et 9 de la Convention.
46. SAINT-BONNET F., « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa, réflexions sur la mort au monde et l'incarcération volontaire », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, pp. 1-30.
47. La CNCDH dans son avis de 2013 préconise une lutte contre « l'ignorance laïque ».
48. HENNETTE-VAUCHEZ S., « Séparation, garantie, neutralité... Les multiples grammaires de la laïcité », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2016/4 (N° 53), p. 9-19.
49. LA PRADELLE G., *L'Homme juridique*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, coll. « Critique du droit », 1979, cité par KOUSSENS D. : « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, vol. 41, n° 2, 209, p 343.
50. Suite à une tribune « Nous sommes unis » signée notamment par le président de l'Observatoire de la laïcité Jean-Louis Bianco en novembre 2015, Manuel Valls avait fortement critiqué en janvier 2016 cet appel, et l'institution par la même occasion jugée « trop accommodante » et qui pour le Premier ministre « dénature la réalité de cette laïcité ».
- 

## RÉSUMÉS

Cette contribution vise à montrer le glissement d'une interprétation de la laïcité comme principe d'organisation des autorités publiques à une laïcité visant à prescrire de « bonnes » pratiques religieuses. L'examen de l'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, de son contrôle par le Conseil Constitutionnel et de la décision SAS de la Cour européenne des droits de l'homme met en évidence la manière dont la laïcité, principe garanti par la Constitution, est mobilisée contre lui-même. Ce renversement, producteur de discriminations, a des implications profondes sur les droits fondamentaux.

This contribution aims to describe a shift in the interpretation of the concept secularism ("laïcité"), from a form of state organization to an attempt to prescribe "good" religious practices. The law of 2010 banning face-concealment in public spaces, its control by the French Constitutional Court (2010) and the decision of the European Court of Human Rights (2014) show how the secularism, guaranteed by the Constitution, is in fact mobilized against itself. The reversal, not only produces discriminations, but has also deep implications on fundamentals rights.

## INDEX

**Mots-clés** : laïcité, ordre public, droits fondamentaux, voile

**Keywords** : laïcité, public order, fundamentals rights, veil

## AUTEUR

**ELSA BOURDIER**

Elsa Bourdier est Doctorante en droit public Centre de théorie et analyse du droit – CREDOF  
Université Paris Nanterre