

Jésus revient au Palais Royal ou quand le Conseil d'État fait obstacle à la séparation de l'État et de l'étable

Serge Slama



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2951>

DOI : [10.4000/revdh.2951](https://doi.org/10.4000/revdh.2951)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Serge Slama, « Jésus revient au Palais Royal ou quand le Conseil d'État fait obstacle à la séparation de l'État et de l'étable », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 17 janvier 2017, consulté le 23 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2951> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2951>

Ce document a été généré automatiquement le 23 septembre 2020.

Tous droits réservés

Jésus revient au Palais Royal ou quand le Conseil d'État fait obstacle à la séparation de l'État et de l'étable

Serge Slama

- 1 Avec les arrêts rendus le 9 novembre 2016¹, ce n'est pas seulement la crèche de Noël qui est entrée « dans les Tables »², c'est surtout l'étable – et la crèche du « Baby Jésus »³ – qui a fait son irruption au sein du Palais Royal en ébranlant au passage l'un des piliers de la loi du 9 décembre 1905 : l'interdiction d'exposer des signes ou emblèmes religieux dans un bâtiment ou emplacement public. En effet, faisant une lecture quelque peu critiquable de l'article 28 de la loi de séparation des Églises et de l'État, l'Assemblée du contentieux estime que l'installation temporaire d'une telle crèche à l'initiative d'une personne publique dans ces lieux est, dans certaines circonstances de temps et de lieu, légale. Pourtant les dispositions de cet article apparaissaient dénuées d'ambiguïté : postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, ne peut être élevé ou apposé « aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit », à la seule exception – guère contestable – « des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires ainsi que des musées ou expositions ». Mais d'expositions il n'est en réalité pas question s'agissant de la myriade de crèches de la nativité qui font ces dernières années irruption dans ou à proximité de bâtiments publics à l'occasion des fêtes de Noël souvent à l'initiative de maire défendant, plus ou moins ouvertement, la défense des valeurs chrétiennes...
- 2 Saisie de ce contentieux, qui avait donné lieu à des solutions très contrastées de la part des juridictions administratives subordonnées⁴, l'assemblée du contentieux a dû, pour la première fois depuis 1945, s'y reprendre à deux fois pour trancher cette question. Et on comprend le « malaise »⁵ qu'ont pu ressentir certains membres du Conseil d'État car la solution adoptée, présentée par certains comme une solution de compromis, dans le

prolongement de la vision « apaisée » de la laïcité des arrêts d'Assemblée du 19 juillet 2011⁶, n'est, au regard du principe de laïcité, guère satisfaisante pour plusieurs raisons.

- 3 En premier lieu, le raisonnement du Conseil d'État repose sur une prémisse fautive. Si on peut bien admettre que les crèches de la nativité revêtent une « pluralité de signification » (cons. 4), en revanche il nous paraît erroné d'estimer que l'utilisation « profane » qui est faite à l'occasion des fêtes de Noël de cette « iconographie chrétienne » puisse être, dans ce contexte, « sans signification religieuse particulière » (cons. 4). La mixité des usages d'une crèche, mis en exergue par Aurélie Bretonneau dans ces conclusions, n'enlève en rien l'irréductible charge religieuse qui lui est « intrinsèque »⁷. Car l'étable en question n'abrite pas seulement un âne, un bœuf et un bébé nu dans une mangeoire entouré de ses parents mais aussi, selon la représentation de la scène de la nativité décrite dans les évangiles, l'enfant Jésus, entouré de la vierge Marie et de Joseph et son incarnation divine dans le monde lorsqu'il reçoit la visite et l'hommage des rois mages. Comme le résume Mathieu Touzeil-Divina, « 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 »⁸.
- 4 Et ce caractère religieux n'est ignoré par personne. Même si dans nos sociétés sécularisées la crèche de Noël constitue aussi un élément de décoration traditionnel, même s'il existe une tradition des santons dans le sud de la France ou d'exposition de crèches dans les marchés de Noël alsaciens, ceux qui les exposent et ceux qui les admirent (ou les détestent), y compris les enfants, n'ignorent pas la dimension religieuse de ces objets décoratifs. Mais surtout dans le contexte français actuel, aucun « observateur raisonnable »⁹ ne peut sérieusement faire abstraction de la dimension religieuse et identitaire de ces crèches lorsqu'elles sont élevées par une personne publique dans un bâtiment public, le plus souvent à grand renfort de tweets avec photos de l'élu devant l'enfant élu. Même le Huron s'il venait de nouveau s'égarer au Palais Royal s'apercevrait de la connotation religieuse d'une crèche représentant la naissance miraculeuse du Christ si celle-ci était exposée dans le hall du Conseil d'État, entre sapin et décoration de Noël. Et que dirait-on si les balcons de la glorieuse institution accueillait, pour égayer les colonnes de Buren, une cabane de Souccot festive, un ganesh artistiquement exposé¹⁰ ou encore un bouddha invitant à la méditation culturelle... ?
- 5 En second lieu, même si on acceptait de considérer que la pluralité de significations de la crèche et son utilisation profane permettent que, dans certains contextes, celle-ci est dénuée de caractère religieux, sur quel fondement admettre la légalité de l'installation d'une crèche au sein d'un bâtiment public ? Certes, l'Assemblée du contentieux a aménagé un régime de présomption défavorable si le bâtiment public est siège d'une collectivité publique ou d'un service public (cons. 6). Pour ce faire, le Conseil d'État a effectué une lecture de l'article 28 de la loi de 1905, à l'aune de son article 2 (« La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. ») et de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 (principe de laïcité). Il a estimé que la neutralité « des personnes publiques à l'égard des cultes » s'oppose à l'installation par celles-ci, dans un emplacement public, d'un signe ou d'un emblème uniquement s'ils « manifest[ent] la reconnaissance d'un culte ou marquant une préférence religieuse ». Or, cet élément intentionnel ne résulte absolument pas de la loi de 1905. Son article 28 interdit en effet purement et simplement *le fait* « d'élever ou d'apposer » à l'avenir des signes ou

emblèmes religieux, sans prescrire de rechercher si l'installation en question exprime l'adhésion d'une autorité publique à une religion.

- 6 Sur l'introduction de cet élément intentionnel, le Conseil d'État assume la « notable source d'inspiration outre-Atlantique »¹¹ en référence à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis fondée sur le premier amendement et ayant développé le « Lemon test »¹² permettant de déterminer si l'emblème ou le signe religieux manifestent une adhésion au christianisme¹³. Mais comme l'explique Thomas Hochmann, les logiques du droit constitutionnel américain et du droit administratif français ne sont pas les mêmes. Ce que cherche à établir la juridiction constitutionnelle américaine c'est si l'exposition d'un symbole religieux marque une adhésion de l'autorité publique au culte concerné. Mais jamais la Cour suprême n'a contesté la signification religieuse d'une crèche de la nativité qui est une « évidence »¹⁴.
- 7 Du reste cette conception s'accommode d'une référence à Dieu sur ses billets, d'un serment prêté par le président américain lors de son investiture la main sur la bible et d'une prière à l'ouverture d'une session d'un parlement, « seule manière raisonnable dans notre culture de conférer de la solennité à certaines cérémonies publiques », selon une opinion du juge O'Connor¹⁵. En revanche la laïcité à la française suppose non seulement la neutralité de l'État à l'égard des religions c'est-à-dire son absence de préférence ou d'adhésion envers une religion particulière mais aussi son indifférence et imperméabilité à l'égard du fait religieux. On peut raisonnablement penser que ce détermine le respect de l'article 28 ce n'est pas « le sens de son installation au moment de Noël »¹⁶ mais *le sens de la crèche*, sa signification pour le commun des mortels, qui est dans le contexte républicain et laïque français nécessairement religieuse. Comme le relevait fort justement Thomas Hochmann, « même entourée d'un renne et d'un sapin la signification religieuse de la crèche ne saurait être éliminée »¹⁷.
- 8 En outre, comme le reconnaît la doctrine autorisée¹⁸, rien dans les travaux préparatoires ou dans la lettre de l'article 28 n'indique que l'interdiction ne s'adressait qu'*aux personnes publiques*. On pourrait tout aussi bien penser que la prohibition vaut pour toute personne – publique ou privée, morale ou physique – qui apposerait un signe ou un emblème religieux dans un emplacement public quelconque. La loi de séparation visait à permettre l'émancipation des consciences individuelles *et* de la société française de la religion dominante. Pas seulement l'influence de l'Eglise sur l'Etat...
- 9 En troisième lieu, en développant cette jurisprudence libérale à l'égard d'un symbole de la religion chrétienne, alors que par ailleurs il se fait souvent le héraut de la laïcité¹⁹, le Palais Royal prend le risque d'être accusé d'admettre une laïcité à plusieurs vitesses au détriment de ceux qui pratiquent ou se rattachent à une autre religion ou qui n'adhèrent à aucune (et souhaitent seulement librement ne pas croire sans être exposés à des symboles religieux dans un lieu public). La jurisprudence du Conseil d'Etat se montre en effet très exigeante lorsqu'elle s'adresse aux élèves des établissements scolaires publics, au point non seulement d'admettre la prohibition des signes et tenues manifestant ostensiblement l'appartenance religieuse par la loi du 15 mars 2004 – en particulier le voile, la kippa ou le turban – mais aussi de tenues comme un bandana, dont le port ne manifeste ostensiblement une appartenance religieuse qu'« en raison du comportement de l'élève »²⁰. Elle se montre aussi très exigeante lorsqu'elle s'adresse aux étrangers ou aux postulants à une naturalisation²¹. Mais elle est bien plus conciliante lorsqu'il s'agit d'admettre d'une collectivité publique subventionne certains

projets ayant à la fois un intérêt culturel et un intérêt public comme, par exemple, l'ascenseur de la basilique de Fourvière²², le chauffage de la chartreuse de Portes²³ ou encore l'orgue de Trélazé²⁴.

- 10 Reconnaissons toutefois que le Conseil d'Etat a su s'ériger en rempart de la dérive de certains maires, soutenus par le premier ministre en exercice, interdisant, au nom de la laïcité et en absence de trouble à l'ordre public objectif, l'interdiction de tenue de bains pour des usagers d'une plage²⁵. On ne peut d'ailleurs qu'être étonné par le vacarme médiatique, entretenu par Manuel Valls lui-même, de l'été 2016 à propos de cette affaire dite du « burkini »²⁶, ou auparavant l'affaire Baby Loup, qui concernait elle-aussi la religion musulmane, et le faible écho médiatique et silence total des responsables politiques face aux arrêts du 9 novembre 2016.
- 11 En dernier lieu, ces décisions encourent également la critique car les critères dégagés pour identifier si la crèche est légale ou si elle exprime une reconnaissance ou une adhésion à un culte ne sont ni pertinents ni opérants.
- 12 Ils ne sont pas pertinents car on ne comprend pas bien pourquoi la prohibition de l'article 28 de la loi de 1905 est appliquée différemment aux bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public (présomption d'illégalité sauf circonstances particulières montrant que cette installation présente un caractère culturel, artistique ou festif) et aux autres emplacements publics (présomption de légalité compte tenu du caractère festif des installations liées aux fêtes de fin d'année, sauf si l'installation constitue un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse), ni pourquoi, dans le cadre cette méthode du faisceau d'indices, un « poids particulier »²⁷ est donné au critère du lieu sur les éléments contextuels. Il résulte pourtant de la lettre même de l'article 28 que le législateur de 1905 n'a entendu faire aucune différence selon le lieu public en question.
- 13 Alors même que les arrêts rendus par le Conseil d'État le 9 novembre 2016, complétés par un communiqué de presse qui, voulant probablement propager la bonne nouvelle de manière pédagogique (et œcuménique ?) déforme quelque peu la portée de ceux-ci, prennent des « airs de circulaires »²⁸, les critères dégagés ne sont pas opérants en raison de leur complexité²⁹, de leur caractère subjectif et peu opérationnels³⁰ ainsi que de la démarche casuistique adoptée. Celle-ci n'est pas sans rappeler celle adoptée dans l'avis du Conseil d'État de 1989 et dans l'arrêt *Kherouaa* de 1992 dans l'affaire dite « du voile » - avec le succès que l'on connaît jusqu'à l'adoption de la loi du 15 mars 2004.
- 14 Conscient de la difficulté pour les juges du fond d'appliquer les quatre éléments d'appréciation et la méthode dégagée³¹ - et probablement afin d'adresser à ceux-ci un signe de fermeté -, l'assemblée du contentieux a d'ailleurs jugé au fond l'affaire de la crèche de Melun installée en 2012 après censure de la décision de la Cour administrative d'appel de Paris³². Dans la seconde espèce elle s'est en revanche contentée de renvoyer à la Cour administrative d'appel de Nantes l'affaire vendéenne la laissant déterminer si l'exposition de crèche correspond, en pays chouan, à un usage local...³³
- 15 Ce caractère non opérationnel a été confirmé par le rejet quasi-systématique de toutes les requêtes en référé introduites par la Ligue des droits de l'homme³⁴ ou par un collectif d'étudiants grenoblois dans le cadre d'un exercice clinique mené par Romain Rambaud³⁵ concernant l'installation de crèches postérieurement aux arrêts du 9 novembre 2016 pour le Noël 2016³⁶, alors même que, dans tous les cas, les élus locaux (maire de Béziers³⁷ et président du Conseil régional Auvergne Rhône Alpes en tête) ont

ouvertement revendiqué le caractère identitaire et prosélyte de la crèche. Ces référés, liberté ou suspension, ont pourtant généralement été rejetés pour défaut d'urgence³⁸, souvent au « tri » c'est-à-dire sans audience, à l'exception d'une seule suspension, la veille de Noël, s'agissant de la crèche de Paray-le-Monial³⁹. Concrètement cela signifie que malgré l'interdiction de principe des crèches dans le siège d'une collectivité publique ou d'un service public posée par le Conseil d'Etat et alors même que dans ce cas « l'installation d'une crèche est présumée reconnaître un culte »⁴⁰, il n'existe pas de recours effectif susceptible de faire respecter cette interdiction, en violation de l'article 13 de la CEDH combiné à l'article 9 (liberté de religion dans sa dimension négative⁴¹) avant la fin de la période des fêtes de fin d'année.

- 16 On peut néanmoins parier qu'à la première occasion une QPC sera déposée. Suggérée par Thomas Hochmann⁴², cette QPC est désormais possible contre l'« interprétation constante » donnée par une juridiction suprême à l'article 28 de la loi de 1905 ; interprétation qui admet, dans certaines circonstances, la possibilité pour une personne publique d'installer des signes ou emblèmes religieux dans un lieu public en violation du principe de laïcité garanti aussi bien par l'article 1^{er} de la Constitution que par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Cela déterminera si les petits Jésus qui, depuis l'Épiphanie, dorment tranquillement dans les cartons de certaines collectivités locales, pourront légalement revenir Noël prochain...

NOTES

1. CE, Ass., 9 novembre 2016, Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne, n° 395122 ; Fédération de la libre pensée de Vendée, n° 395223.
2. L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « La crèche entre dans les Tables » (chron. sous). *AJDA* 2016 p.2375. Pour le lecteur non averti il s'agit d'une référence du recueil Lebon, dans lequel sont mentionnées « aux tables » certaines décisions classées du Conseil d'Etat.
3. T. Hochmann, « Le Christ, le père Noël et la laïcité, en France et aux États-Unis », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, oct. 2016, n° 53, p. 53
4. 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* ; TA Montpellier, 19 déc. 2014, n° 1405626, Garcia et TA Melun, 22 déc. 2014, n° 1300483, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne* ; « 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* ; H. Pauliat, « Crèches et bâtiments publics : la discorde », *JCP A*, n° 49, 7 décembre 2015, act. 1002. 42 ; M. Yazı-Roman, « Laïcité : la crèche de Noël dans l'enceinte des bâtiments des collectivités territoriales, emblème interdit d'une religion ou œuvre culturelle bienvenue ? », *AJ Collectivités territoriales*, 2015, p. 651.
5. M.-A. Lombard-Latune, « Crèches de Noël : malaise au Conseil d'Etat », *Le Figaro*, 26 octobre 2016.

6. CE, ass., 19 juillet 2011, Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole, n° 309161, Lebon 393 ; Commune de Montpellier, n° 313518, Lebon 398 ; Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, Picquier, n° 308817, Lebon 392 ; Vayssière, n° 320796, Lebon 395 ; Commune de Trélazé, n° 308544, Lebon 370, V. aussi CE 3 oct. 2011, Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole, n° 326460, Lebon T. 795 -810-920 ; CE 4 mai 2012, Fédération de la libre pensée et d'action sociale du Rhône, n° 336462, Lebon 185.
 7. D'après L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *chron. préc.*
 8. M. Touzeil-Divina, « Ceci n'est pas une crèche ! » (libre propos), JCP A n° 45, 14 nov. 2016, act. 853.
 9. Notion utilisée par la Cour suprême des Etats-Unis dans le cadre du « Lemon test » - en référence au nom de l'arrêt *Lemon v. Kurtzman* - 403 U.S. 602 (1971). Sur ce texte, v. outre les explications de Thomas Hochmann dans l'article préc. v. Johann Morri, « Blasphème et liberté d'expression aux Etats-Unis », *RDLF* 2015, *chron.* n° 19 (www.revuedlf.com)
 10. Les vaches sacrées sont déjà conformes à l'usage local.
 11. *Chron.* L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *préc.* et conclusions A. Bretonneau.
 12. Pour le détail voir l'article de T. Hochmann *préc.* dont l'article a manifestement influencé sur ce point le Conseil d'Etat alors même que l'auteur qualifie « d'ineptie » le fait de pouvoir considérer qu'une crèche n'a pas de signification religieuse...
 13. Ainsi ce n'est pas le cas d'une crèche installée dans un quartier commercial au sein d'un ensemble décoratif manifestant la volonté de célébrer la fête de Noël (*Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 [1984]) contrairement à celle installée seule à l'intérieur d'un tribunal sous une inscription « Gloria in excelsis Deo » (*County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 [1989]).
 14. T. Hochmann, *art. préc.*
 15. *Ibid.*
 16. *Ibid.*
 17. T. Hochmann, *art. préc.*
 18. *Chron.* L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *préc.*
 19. S. Hennette-Vauchez, V. Valentin, *L'affaire baby loup et la nouvelle laïcité*, LGDJ, 2014.
 20. CE, 5 déc. 2007, Bessam A., n° 295671.
 21. CE, 27 juin 2008, Mme M..., n° 286798.
 22. CE, ass., 19 juill. 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. Picquier, préc.*
 23. CE 26 nov. 2012, *Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, préc.*
 24. CE, ass., 19 juill. 2011, *Commune de Trélazé, préc.*
 25. CE, ord., 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, n° 402742, Lebon.
- Notons que même si cela est passé largement inaperçu les décisions du 9 novembre 2016 sont aussi importantes en ce qu'une part le Conseil d'Etat déduit de l'article 1er de la Constitution et de la loi de 1905 un principe de « neutralité des personnes publiques » et non seulement de l'Etat et d'autre part en ce qu'il mentionne clairement que la loi de 1905 ne crée que obligations qu'à charger des personnes publiques et, non, par exemple, des usagers. V. déjà à la demande du Défenseur des droits, l'avis « Application du principe de neutralité religieuse dans les services publics - Etude du Conseil d'Etat », 19 décembre 2013 sur les accompagnatrices scolaires portant un voile.
26. Nicolas Hervieu, « Burkini : Entretien croisé des Professeurs Stéphanie Hennette-Vauchez et Joël Andriantsimbazovina sur la décision du Conseil d'Etat », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 31 août 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2514> ; DOI : 10.4000/revdh.2514
 27. L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *chron. préc.*
 28. *Ibid.*

29. L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, évoquent dans le chronique « un système de présomptions croisées asymétriques qui n'a rien à envier aux régimes fiscaux les plus savants. »
30. Même Didier Mauss, Président émérite de l'Association internationale de droit constitutionnel et maire de Samois-sur-Seine, estime « peu opérationnelle » la solution retenue (« Une crèche est-elle un objet cultuel ou culturel ? (à propos des arrêts du Conseil d'État du 9 novembre 2016 » (entretien), *Recueil Dalloz* 2016 p.2456).
31. La rapporteure publique n'en avait dégagé pour sa part que trois.
32. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne, n° 395122.
33. Fédération de la libre pensée de Vendée, n° 395223
34. Sophie Mazas, Présidente de la fédération de l'Hérault de la Ligue des droits de l'homme, « Quand les politiques instrumentalisent jusqu'aux crèches de la Nativité », *Libération*, 24 décembre 2016.
35. « La crèche de Noël de Laurent Wauquiez manifestement illégale », *Place Gre'net*, 19 décembre 2016 ; « La crèche de Noël de Laurent Wauquiez sous le feu des critiques et des recours juridiques », *Place Gre'net*, 20 décembre 2016.
36. Le TA de Lille a également rendu un jugement le 30 novembre 2016 (n° 1509979, AJDA 2016 p. 2348) mais pour l'installation d'une crèche dans le hall de l'hôtel de ville d'Hénin-Beaumont en décembre 2015.
37. Un recours de la LDH avait déjà été rejeté contre l'installation de 2015 (TA de Montpellier, 16 juillet 2015, Garcia, LDH, n° 1405625).
38. TA de Montpellier, ord., 14 décembre 2016, LDH, Garcia, n° 1606104 ; TA de Lyon, ord., 17 décembre 2016, LDH, n° 1609064 ; TA de Lyon, ord., 20 décembre 2016, Romain Rambaud et a., n° 1609112 ; TA de Montpellier, ord., 21 décembre 2016, LDH, n° 1603877.
39. « La justice ordonne le retrait d'une crèche », *AFP*, 23 décembre 2016.
40. L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *chron. préc.*
41. CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*.
42. Th. Hochmann, *art. préc.*
-

AUTEUR

SERGE SLAMA

Serge Slama est Maître de Conférences HDR à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense