

La liberté religieuse et le principe de laïcité

Mustapha Afroukh

DANS **TITRE VII 2025/1 N° 14**, PAGES 27 À 34

ÉDITIONS **CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

ISSN 3001-963X

DOI 10.3917/tvii.014.0027

Date de mise en ligne : 02/07/2025

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-titre-vii-2025-1-page-27?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Conseil constitutionnel.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

La liberté religieuse et le principe de laïcité

Mustapha AFROUKH

Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Montpellier

RÉSUMÉ

L'idée selon laquelle la laïcité et la liberté religieuse sont les deux faces d'une même médaille, qui est au cœur de la loi de 1905, est aujourd'hui traversée par deux logiques opposées : d'une part, à la faveur de la fondamentalisation de la liberté religieuse, l'obligation de garantir le libre exercice des cultes se trouve renforcée, ce qui permet notamment une adaptation de la laïcité à l'évolution du paysage religieux ; d'autre part, s'est imposée, souvent au nom de laïcité, une nouvelle neutralité applicable aux personnes privées qui limite considérablement la liberté religieuse. Ces évolutions interrogent tant la portée que l'on entend donner au principe de laïcité que l'office du juge pour apprécier le caractère religieux des pratiques invoquées.

À l'approche de la célébration des 120 ans de la grande loi de 1905 sur la séparation des Églises et de l'État qui s'inscrit dans une actualité brûlante, de grands malentendus demeurent sur les relations entre la liberté religieuse et le principe de laïcité, qui sont souvent appréhendées dans une logique d'opposition. Pour les uns, en effet, la liberté religieuse serait de plus en plus fragilisée par une interprétation extensive du principe de laïcité. Pour les autres, au contraire, ce déploiement du principe au-delà de son champ d'application

initial ne serait que la conséquence d'une montée en puissance du fait religieux marquée par des revendications communautaristes dangereuses. Le fait est que des questions importantes se sont récemment invitées dans les prétoires : port du burkini dans les piscines municipales¹, port de l'abaya dans les écoles² ou bien encore compatibilité de la « *tabâa* »³ avec le principe de laïcité⁴. Prétoires où l'on voit d'ailleurs, le rôle essentiel du juge dans l'adaptation du principe à ces réalités nouvelles qui n'ont rien à voir avec les premiers

1. Conseil d'État, Référé, 21 juin 2022, n° 464648, *Commune de Grenoble*.

2. CE, 4/1 CHR, n° 487944, *Association La voix lycéenne et association Le poing levé*, concl. J.-F. de Montgolfier.

3. Terme qui désigne une tâche sur le front résultant de l'observance assidue des prières par les fidèles musulmans.

4. Cour administrative d'appel de Paris, 18 octobre 2024, n° 23PA02755.

contentieux liés à la mise en œuvre de la loi de 1905. P. Delvolvé évoque des « mutations »⁵ du principe de laïcité. Il est intéressant de constater que ces tensions s'observent ailleurs qu'en France : aux États-Unis par exemple, le « mur de séparation » évoqué par T. Jefferson entre les Églises et l'État est de plus en plus menacé par une jurisprudence récente de la Cour suprême faisant la part belle à « l'hypertrophie de la liberté de religion »⁶. En Turquie, où la laïcité est l'objet d'une clause d'éternité, l'heure est à sa fragilisation depuis la révision constitutionnelle du 12 septembre 2010. Derrière ses aspects progressistes, cette révision a permis à l'AKP, le parti du président, de mettre la main sur la composition de la Cour constitutionnelle qui s'était jusqu'alors opposée à des remises en cause du principe de laïcité par le législateur turc comme la levée de l'interdiction du foulard islamique à l'université⁷.

Peut-être que la meilleure méthode pour traiter sereinement la question des rapports entre liberté religieuse et laïcité en France est de partir de la loi de 1905. La liberté de religion est une composante de la laïcité. L'article 1^{er} de la loi souligne en ce sens que « 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 », limite que l'on retrouve à l'article 25 s'agissant de la police des cultes. A. Briand, rapporteur de la loi de 1905

à la Chambre des députés, avait été très clair quant au terme choisi : « nous l'avons choisi [le mot culte] parce qu'il est le mot approprié, le mot juridiquement consacré »⁸. La liberté de conscience, absolue dans son principe, est certes visée, mais, parce qu'elle est aussi un texte d'organisation administrative des cultes, la loi de 1905 fait référence au libre exercice des cultes dont le régime juridique fait écho à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». La neutralité de l'État, énoncée à l'article 2 de loi de 1905, est le préalable au respect de la pleine expression de la liberté religieuse et de l'égalité entre les citoyens, quelles que soient leurs convictions. L'examen des travaux préparatoires de la Constitution de 1946 montre que le Constituant a entendu rester fidèle à ces principes (Préambule). Il en sera de même au moment de l'écriture de la Constitution de la V^e République en 1958 (art. 1).

Aussi, la formule du juriste R. Capitant selon laquelle laïcité et liberté religieuse « sont si proches qu'elles sont, en réalité, une seule et même chose »⁹ nous semble parfaitement résumer la nature de ces relations¹⁰. La laïcité est assurément un principe de liberté. Partant de cette approche, on voudrait souligner que la relation riche et féconde entre liberté religieuse et laïcité

5. P. Delvolvé, « Les mutations du principe de laïcité », *Justice et Cassation*, 2019 p. 167. Pour une perspective critique, S. Hennette-Vauchez, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de laïcité », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 53, p. 9.

6. I. Fassasi, « L'extension significative du financement public des écoles religieuses aux États-Unis ou les petits pas habiles de la Cour Roberts - À propos de l'arrêt *Carson v. Makin* », *Titre VII*, 2024/1 N° 12, p. 89 à 98.

7. E. Sales, *La Turquie, un État de droit en question ?*, L'Harmattan, 2021.

8. J. O., 13 avril 1905, Chambre des députés, séance du 12 avril 1905, p. 1346.

9. J. O. Débats de l'Assemblée consultative provisoire, 29 mars 1945, p. 845.

10. Sa définition de la laïcité mériterait d'ailleurs d'être plus connue : « une conception politique impliquant la séparation de la société civile et de la société religieuse, l'État n'exerçant aucun pouvoir religieux et les églises aucun pouvoir politique ».

n'empêche pas d'identifier des points de tension, car, étant indissolublement liées, l'évolution de leurs usages affecte inévitablement leur relation.

A) Une relation féconde

1. Le principe de laïcité, vecteur de garantie de la liberté religieuse

La décision 2012-297 QPC du Conseil constitutionnel sur le régime des cultes en Alsace-Moselle aux termes duquel « *il (...) résulte [de la laïcité] la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* »¹¹ est particulièrement révélatrice de cette fonction protectrice de la laïcité. L'expression « *libre exercice des cultes* » est fidèle à la loi de 1905¹², le Conseil n'ayant pas repris le qualificatif de « *principe constitutionnel de liberté d'expression religieuse* » utilisé par le Conseil d'État¹³. Aussi, est évoquée, dans le sillage de l'étude du Conseil d'État relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral (30 mars 2010), la seule « *neutralité de l'État* », alors qu'en 2004, le Conseil constitutionnel, présidé par P. Mazeaud, estimait que la laïcité

impliquait des obligations à la charge des particuliers, en interdisant à « *quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* »¹⁴. Les deux formules paraissent bien éloignées. En réalité, tout laisse à penser que les contextes dans lesquels le Conseil est intervenu en 2004, conformément à l'article 54 de la Constitution pour vérifier la constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe qui avait été présenté comme représentant une menace à l'endroit du principe de laïcité¹⁵, et en 2013, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, expliquent cette différence de positionnement. Il faut également préciser que la formule de 2004 faisait écho au débat sur la constitutionnalité de la loi du 15 mars 2004 sur l'interdiction du port de signes religieux ostensibles dans les établissements scolaires publics dont le Conseil n'avait curieusement pas été saisi¹⁶.

Quoi qu'il en soit, la décision de 2013 a le mérite de s'inscrire dans le cadre de l'esprit de la loi de 1905. Rappelons que l'article 28 de cette loi, qui interdit l'installation, par des personnes publiques, de signes ou emblèmes qui manifestent la reconnaissance d'un culte ou marquent une préférence religieuse, ne mentionne pas la neutralité des personnes privées. Le Conseil constitutionnel a une approche englobante qui repose sur une connexion

11. Décision du 21 février 2013.

12. Le libre exercice des cultes renvoie à la dimension individuelle et collective de la liberté religieuse (sur cette dimension collective, cf. notamment CE, Référé, 18 mai 2020, n° 440366 à propos de la fermeture des lieux de culte pendant la pandémie du covid-19).

13. CE, 27 juin 2008, n° 286798, *Mme M.*

14. Cons. const., déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Sur la postérité de cette formule, cf. G. Calvés, « Nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes. Itinéraire d'un slogan politico-juridique », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2024, chronique n° 73 qui montre que, si le Conseil d'État la cite également, il n'hésite pas à rechercher un accommodement des « *règles communes* » pour garantir l'exercice effectif des cultes. La jurisprudence développée à propos des menus de substitution proposés aux enfants dans les cantines scolaires en témoigne.

15. Dans le cadre de son contrôle, le Conseil avait mobilisé maladroitement la jurisprudence européenne en citant un arrêt de la Cour (*Leyla Sahin c/ Turquie*), alors frappé d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre.

16. Cf. sur ce point, la table ronde sur la réception en droit français des exigences européennes relatives à la liberté de religion, *Revue du droit public*, 2023, n° 3, *Dossier : La montée en puissance du fait religieux dans la jurisprudence de la CJUE*, p. 670 et s.

de toutes ces composantes du principe de laïcité. Cela est également perceptible dans la qualification du principe de laïcité au nombre des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution dès lors que ces composantes sont invocables au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

L'idée selon laquelle la laïcité a des vertus émancipatrices est essentielle. Le respect de la neutralité participe du respect de la liberté de conscience. Ainsi, la Cour de Strasbourg a-t-elle souligné, dès 2001, que « *la neutralité de l'État en matière de conception religieuse est d'autant plus précieuse qu'elle permet de préserver la liberté de conscience des personnes dans une société démocratique pluraliste* »¹⁷. Relativement à l'interdiction générale du port de signes convictionnels visibles au sein de l'enseignement officiel organisé par la Communauté flamande, le juge européen a récemment rappelé que semblable ingérence à la liberté de religion répond « *au souci d'éviter toute forme d'exclusion et de pression dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui* »¹⁸. La liberté de conscience de la communauté des élèves l'emporte sur la liberté de manifester ses convictions religieuses. Certes, le raisonnement articulé n'est pas nouveau, mais il montre bien qu'au nom de la neutralité, la liberté de conscience tend à l'emporter sur la liberté de manifester ses convictions religieuses. Il n'est pas sans rappeler, toutes choses égales par ailleurs, l'objectif poursuivi par la loi du 15 mars 2004 : la neutralité de l'environnement scolaire est censée préserver les élèves, le plus souvent mineurs, des pressions et contraintes.

Semble alors se dessiner un mouvement de hiérarchisation entre le for interne de la liberté religieuse, la liberté de conscience, et son for

externe, la liberté de manifester ses convictions religieuses au détriment de cette dernière. Dans un récent arrêt portant sur la conformité au droit de l'Union européenne d'une interdiction générale imposée par une commune à son personnel de porter des signes religieux, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas dit autre chose en se montrant très sensible au fondement constitutionnel de l'obligation de neutralité (art. 10 et 11 de la Constitution belge)¹⁹. À l'inverse, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, chargé du contrôle des dispositions du Pacte international sur les droits civils et politiques, est, pour sa part, plus réservé quant aux effets concrets de cette hiérarchisation sur le droit fondamental à la liberté religieuse²⁰.

2. La liberté religieuse, source d'adaptation de la laïcité

Partons là encore de la loi de 1905. Il suffit de lire l'article 2 sur la prise en charge par l'État des services d'aumônerie dans les écoles, asiles et prisons pour se rendre compte que la neutralité portée par ce texte fondateur n'est pas synonyme d'indifférence à l'égard des religions. Il n'empêche que, à la faveur de la fondamentalisation de la liberté religieuse favorisée par l'euphémisation et la constitutionnalisation du droit, l'accent est mis de plus en plus sur l'obligation d'agir de l'État pour garantir l'effectivité de la liberté de culte. La formulation de la décision 2012-297 QPC du Conseil constitutionnel est de ce point de vue significative. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est sans doute pas étrangère à cette insistance sur l'obligation de prendre des mesures positives pour faciliter les conditions d'exercice de la liberté religieuse²¹. C'est ainsi sur ce terrain que la question de l'accès

17. CEDH, décision, 15 février 2001, *Dahlab c/ Suisse*, req. n° 42393/98.

18. CEDH, décision, 9 avril 2024, *Mikyas c/ Belgique*, req. n° 50681/20.

19. CJUE, 28 novembre 2023, *Commune d'Ans*, Aff. C-148/22.

20. CEDH, constatation, 4 février 2013, comm. n° 1852/2008, *Bikramjit Singh c/ France*.

21. Cf. les observations de G. Gonzalez, in F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2022, 10^{ème} édition, p. 689 et s.

des détenus à des repas conformes à leurs préceptes religieux a été portée devant les juges administratif et européen²². Dans le contexte français, une telle sensibilité aux conditions d'exercice de la liberté religieuse est à mettre en lien avec « *l'évolution sensible du paysage religieux de notre pays depuis un siècle, et à l'adaptation de la loi de 1905 à ces évolutions* »²³.

En ce qui concerne plus précisément les rapports entre liberté religieuse et laïcité, cette sensibilité conduit à une interprétation actualisée de la laïcité. L'une des raisons pour lesquelles l'interdiction de subventionner les cultes énoncée à l'article 2 de la loi de 1905 n'a pas été érigée en principe constitutionnel par le Conseil constitutionnel réside justement dans la nécessité de garantir le libre exercice du culte. Sur ce point, le commentaire aux Cahiers du Conseil de la décision de 2013 s'inscrit dans la droite ligne des arrêts rendus par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État le 19 juillet 2011 sur la question de savoir à quelles conditions la loi de 1905 permet qu'une collectivité territoriale apporte une aide financière ou matérielle en rapport avec des pratiques cultuelles. Dans l'un de ces arrêts qui concernait l'aménagement par une collectivité de locaux pour procéder à l'abattage rituel durant la fête de l'Aïd el Kebir²⁴, le Conseil d'État affirme que « [les dispositions de la loi de 1905] ne font pas obstacle 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 [justifie une telle intervention] »²⁵. Le refus

de constitutionnaliser le principe de non-subventionnement des cultes donne du sens à l'obligation constitutionnelle de garantir l'exercice des cultes. Ainsi, la loi peut-elle permettre des dérogations à ce principe comme l'illustre le recours au bail emphytéotique administratif pour l'édification des lieux de culte.

B) Une relation perturbée

1. La logique tentaculaire du principe de laïcité

C'est devenu un lieu commun que de souligner la multiplication des hypothèses dans lesquelles la laïcité constitue un motif de limitation de la liberté religieuse.

L'un des exemples les plus saisissants de cette évolution est l'extension de la laïcité au-delà de la seule « *relation entre les collectivités publiques et les religions ou les personnes qui s'en réclament* »²⁶. Le gouvernement avait bien tenté, en 2010, de justifier l'interdiction du voile intégral dans l'espace public par le principe de laïcité. Dans son étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, le Conseil d'État ne ménagea pas ses efforts pour expliquer l'ineptie de cette argumentation. De même, certains arrêtés municipaux ayant interdit, en 2016, le port du burkini sur les plages visaient le principe de laïcité. Saisi d'une requête de la Ligue des droits de l'homme tendant à la suspension de l'arrêt du maire de la commune de Villeneuve-Loubet, le Conseil d'État se plaça sur le terrain classique de l'ordre public pour considérer qu'en l'absence de troubles à l'ordre public, le maire avait excédé ses pouvoirs de police²⁷. Il ne faut pas oublier non plus que, dans la célèbre affaire Baby Loup,

22. CE, 9/19 SSR, 10 février 2016, n° 385929 ; CEDH, 10 octobre 2020, *Saran c/ Roumanie*, n° 65993/16.

23. Conclusions E. Geffray sous les arrêts d'Assemblée rendus par le Conseil d'État le 19 juillet 2011.

24. CE, Assemblée, 19 juillet 2011, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans Métropole*, n° 309161.

25. Parce qu'elle vise à garantir le libre exercice du culte, la dérogation à la règle de l'étourdissement préalable des animaux avant leur mise à mort en cas d'abattage rituel n'a pas été jugée contraire au principe de laïcité.

26. CE, 30 mars 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*.

27. CE, Référé, 26 août 2016, n° 402742, 402777.

le règlement intérieur de l'association prévoyait que « *le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup* »²⁸. Le refus de la Cour de cassation d'appliquer le principe de laïcité aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public n'empêcha pas une diffusion de la neutralité dans le cadre des entreprises privées²⁹. Lorsqu'en 2021, à l'occasion de la discussion du projet de loi confortant le respect des principes de la République, les sénateurs ont adopté un amendement élargissant le principe de neutralité aux parents accompagnant les sorties scolaires, c'est encore la laïcité qui fut convoquée³⁰, alors que le Conseil d'État avait semblé exclure cette voie en 2013³¹. Que dire, enfin, de l'interdiction par la fédération française de football (FFF) du port des signes religieux, telle qu'un hijab, durant les matchs de football, qui a donné lieu à une discussion sur le point de savoir si l'exigence de neutralité pouvait s'appliquer à des joueurs affiliés à la FFF. Le Conseil d'État a répondu par la négative, en jugeant cependant que cette interdiction pouvait se justifier par le bon fonctionnement du service public³².

Si l'objectif est de rendre l'espace public libre de toute présence religieuse, disons-le clairement, il ne s'inscrit pas dans l'esprit de la loi de 1905. En 2005, l'ancien président du Conseil constitutionnel, P. Mazeaud, donnait un élément d'explication intéressant sur ce mouvement d'extension de la laïcité : « *le communautarisme n'a tout simplement pas sa place dans notre ordre constitutionnel* »³³. C'est cette préoccupation qui sera, cinq ans plus tard, au cœur de la loi de 2010 sur l'interdiction du voile intégral dans l'espace public. Dix ans plus tard, en 2020, le projet de loi de lutte contre le séparatisme, rebaptisé en projet de loi confortant le respect des principes de la République, vise à combattre « *un entrisme communautariste insidieux [...] pour l'essentiel d'inspiration islamiste* »³⁴.

La question qui se pose alors est de savoir si la laïcité est en mesure de porter tous ces combats. Si le respect du vivre-ensemble a finalement constitué le motif principal de loi de 2010, d'ailleurs validé par la Cour européenne en 2014 dans l'affaire *S.A.S. c/ France*³⁵, il n'était pas détaché d'une nouvelle approche de la laïcité engagée dans le combat pour l'égalité des sexes, absente en 1905³⁶. Même s'agissant du voile islamique, nombreux sont ceux qui l'associent à une dérive

28. Cour de cassation, ch. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690.

29. Cass. Ass. Plen., 25 juin 2014, n° E 13-28.369 (dans la même affaire) ; l'article L. 1321-2-1 du Code du travail introduit par la loi du 8 août 2016 qui prévoit qu'un règlement intérieur d'une entreprise peut comporter, sous certaines réserves parmi lesquels le respect des droits fondamentaux, une clause de neutralité ; ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (4 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, Aff. C-157/15 ; *Bouguanou et ADDH*, Aff. C-188/15, sur renvoi de la Cour de cassation de France ; plus récemment 15 juillet 2021, *WABE et MH Müller Handel*, Aff. C-804/18 et Aff. C-341/19). La loi du 24 août 2021 confortant les principes de la République étend le respect de l'obligation de neutralité aux employés des organismes privés auxquels la loi ou le règlement confie l'exécution d'un service public et aux employés des entreprises titulaires d'un contrat de commande publique.

30. Sénat, compte-rendu intégral des débats, séance du 30 mars 2021 : <https://www.senat.fr/seances/s202103/s20210330/s20210330010.html>.

31. Selon le Conseil d'État, les parents d'élèves, étant des usagers du service public de l'éducation même lorsqu'ils apportent leur concours au service public de l'éducation, ne sont pas soumis à l'exigence de neutralité religieuse incombant aux agents du service public : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État, sur demande du Défenseur des droits, 2013.

32. CE, 29 juin 2023, n° 58088, 459547, 463408 préc.

33. P. Mazeaud, « Échanges de vœux à l'Élysée », juin 2017.

34. Exposé des motifs de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

35. CEDH, arrêt 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c/ France*, req. n° 43835/11.

36. Rapport du Sénat, 3 novembre 2016, La laïcité garantit-elle l'égalité femmes-hommes ?

communautariste. Le foulard islamique est vu comme un signe religieux fort qui a un effet prosélytique. Aussi, la limitation à la liberté de religion deviendrait-elle tributaire de la signification donnée à une pratique religieuse au regard d'une définition de la laïcité ou de la neutralité ? Il est aisé d'imaginer qu'à cette posture combative puisse être adressé le grief que la discussion sur la signification d'un signe religieux est un débat sans fin (comment distinguer les femmes qui portent librement le voile et celles qui y sont contraintes ? ...) qui suppose de mobiliser d'autres outils que le droit³⁷. Dans l'affaire des hijabeuses, la Ligue du droit international des femmes (LDIF), intervenant au soutien de la FFF, faisait valoir que l'interdiction en tant qu'elle vise le port du hijab, peut se justifier par « *les principes d'égalité entre les femmes et les hommes, [l]e respect de la dignité humaine, ou encore [...] la préservation des conditions du vivre-ensemble* ». La difficulté est ici aisément perceptible : on demande au juge de se prononcer sur la signification d'une pratique religieuse, ce qui ne relève assurément pas de son office. Comme l'a écrit le rapporteur public dans cette affaire, C. Malverti, citant R. Schwartz, « [il ne peut lui-même] *donner une portée à un signe religieux et se lancer dans le périlleux exercice qu'est l'interprétation du sens des religions et de leur contenu* »³⁸. Sans surprise, dans cette affaire, le Conseil d'État n'est pas entré dans ce débat. Telle est la position adoptée depuis très longtemps par le juge européen qui manifeste une extrême réserve à l'égard de l'appréciation étatique sur la légitimité des croyances religieuses. À titre d'illustration, dans l'affaire *S.A.S.* relative à l'interdiction du voile intégral dans l'espace public³⁹,

il a immédiatement tué dans l'œuf le débat sur l'existence d'une pratique radicale en considérant que « *la circonstance que cette pratique est minoritaire et apparaît contestée est sans pertinence [pour apprécier l'applicabilité de l'article 9]* ». À propos de la question de savoir si la pratique de l'étourdissement réversible des animaux est compatible avec les préceptes religieux, la Cour européenne a récemment affirmé qu'elle « *n'est guère équipée pour se livrer à un débat sur la nature et l'importance de convictions individuelles. En effet, ce qu'une personne peut tenir pour sacré paraîtra peut-être absurde ou hérétique aux yeux d'une autre, et aucun argument d'ordre juridique ou logique ne peut être opposé à l'assertion du croyant faisant de telle ou telle conviction ou pratique un élément important de ses prescriptions religieuses* »⁴⁰.

2. Un risque d'instrumentalisation de la liberté religieuse

D'un autre côté, il est difficile de nier que les juges sont parfois confrontés à une instrumentalisation de la liberté religieuse, laquelle est sans doute facilitée par une approche généreuse de son champ d'application. Par exemple, dans le cadre de la Convention européenne, l'applicabilité de l'article 9 peut tenir au seul fait que le requérant invoque une pratique religieuse, aussi radicale soit-elle. De sorte que l'applicabilité de la liberté n'implique pas un « *aspect religieux [au sens de conformité à un dogme connu et établi]* »⁴¹. « [cela] *se traduit par une présomption au profit des requérants à se réclamer de la liberté de*

37. S. Bazouin, *La personne biojuridique*, PUF, 2006, p. 47 et s.

38. Et le rapporteur public de poursuivre : « *D'autant qu'à en croire les travaux en sciences sociales sur cette question, la plupart des musulmanes voilées font plutôt le choix de « se retirer des jeux sociaux où [le hijab] est explicitement interdit » – quitte à trouver refuge dans une forme de « théodicée de la souffrance » (...) – ou de « se soumettre formellement (c'est-à-dire sans adhésion) à l'ordre de se dévoiler* ».

39. On se souvient que par une décision du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel avait jugé la loi conforme à la Constitution, sous réserve qu'elle ne s'applique pas « *dans les lieux de culte ouverts au public* » (Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*).

40. CEDH, arrêt 13 février 2024, *Executief van de Moslims van België et autres c/ Belgique*, req. n° 16760/22.

41. X. Bioy, « Dans toute la mesure du possible... », *Actualité juridique, Droit administratif*, 2016, p. 1127.

religion »⁴². L'approche consiste à s'en tenir à l'intention sérieuse de celui qui revendique une atteinte à sa liberté religieuse.

Étant donné les contours très incertains de la liberté religieuse, il n'est pas du tout étonnant que cette liberté soit parfois invoquée pour défendre une pratique qui n'a aucun fondement religieux. La question du port du voile intégral est un exemple parmi d'autres de ce risque puisqu'il est a souvent été présenté comme culturel et non religieux. Le juriste tunisien Y. Ben Achour, ancien membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, évoquait ainsi « [une] *mystérieuse transfiguration d'une coutume en une obligation religieuse à caractère culturel* ». À ses yeux, à supposer même que la liberté religieuse trouve à s'appliquer, son exercice heurte certains principes de la société démocratique (égalité des sexes...). Avec la contestation de l'interdiction générale du port de l'abaya dans les écoles au nom de la liberté religieuse, alors même qu'il n'est ni prescrit par le Coran, ni par les autorités religieuses, le juge administratif n'était pas non plus dans une position confortable. Faisant sienne la mise en garde précitée de R. Schwartz, le rapporteur public J.-F. de Montgolfier a observé, à juste titre, « *qu'il ne*

s'agit pas de juger de la conformité d'une pratique à un dogme. Toutefois, l'autorité administrative peut appréhender la religion comme un fait social. (...). En l'espèce, le fait social dont il s'agit ne consiste pas dans l'organisation d'un culte, mais dans l'affichage de l'appartenance à une communauté de croyance religieuse »⁴³.

Preuve de la difficulté du juge à déterminer la mise en cause d'une pratique religieuse, il arrive que celui-ci saute cette étape pour considérer « *que l'on était en présence d'une conception si exagérée de la foi invoquée par le requérant qu'il n'est pas possible d'en imposer le respect à l'État* »⁴⁴. Ainsi, concernant la compatibilité avec la liberté religieuse de l'obligation pour les élèves du canton de Bâle-Ville de suivre des cours de natation mixtes à l'école, l'attention prêtée par la Cour européenne à l'objectif de protection des élèves contre tout phénomène d'exclusion était une façon de pointer du doigt une pratique dangereuse menaçant l'intégration sociale⁴⁵. Bref, sous la bannière de l'intérêt général, les idées de coexistence et d'harmonie entre groupes acquièrent une opposabilité renforcée qui limite inévitablement la prétention d'une revendication religieuse à devenir un droit.

42. G. Gonzalez, « Vademecum pour interdire les signes religieux au travail », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2017, p. 345.

43. Conclusions précitées, note 2.

44. P. Wachsmann, « Convention européenne des droits de l'homme. Liberté de pensée, de conscience et de religion », *Jcl Europe-Traité*, Fasc. 6522-1, 31 décembre 2019, paragr. 4.

45. CEDH, arrêt 10 janvier 2017, *Osmanoğlu et Kocabaş c/ Suisse*, req. n° 29086/12.