

DROIT ET POLITIQUE : A PROPOS DE LA LAÏCITE

DIREITO E POLÍTICA: A PROPÓSITO DA LAICIDADE

RIGHT AND POLITICS: THE PURPOSE OF LAITY

Michel Miaille¹

Résumé :

Tout le système juridique ne peut être dit politique, ainsi les règles juridiques techniques. Mais, en revanche l'idée que le "Droit est une figure du politique" est aujourd'hui communément admirée tant par les juristes que les politistes. Cette problématique trouve à s'appliquer, ce sera la laïcité comme principe de république française. La laïcité comme principe est d'abord entrée par la petite porte de réformes successives. La laïcité entre ainsi dans le droit constitutionnel qui, plus que toute autre branche du droit, est un droit politique. Ainsi, le principe de laïcité, si souvent sollicité aujourd'hui est une forme politique à travers laquelle sont définies et précisées de nouvelles libertés contre toutes les hiérarchies cléricales (même les Cleres « laïcs » de la médecine par exemple). Ce faisant le principe révèle sa nature politique et les conflits qu'il ouvre en sont la preuve quasi quotidienne.

Mots-Clé : Droit et Politique ; Laïcité ; Droit constitutionnel ; Principes.

Resumo :

Todo o sistema jurídico não pode ser dito político, assim as regras jurídicas técnicas. Mas, em contrapartida, a ideia de que o « Direito é uma figura da Política » é hoje comumente admirada tanto pelos juristas como pelos politólogos. Essa problemática encontra aplicação em na laicidade como princípio da República Francesa. A laicidade como princípio é introduzida pela pequena porta de reformas sucessivas. A laicidade entra no direito constitucional, que mais que os outros ramos do direito é um direito político. Assim, o princípio da laicidade, frequentemente reivindicado hoje, é uma forma política através da qual são definidas e precisas as novas liberdades contra todas as hierarquias clericais (mesmo os cleros « laicos » da medicina por exemplo). Assim, o princípio revela sua natureza política e os conflitos dele abertos são a prova quase cotidiana disso.

Palavras-Chave : Direito e política ; Laicidade ; Direito Constitucional, Princípios.

Abstract :

The whole legal system cannot be said to be political, so the technical legal rules. But on counterpart the idea that « Law is a political figure » is actually commonly admired both by lawyers and political scientists. This problematic finds application in secularism as the principle of the French Republic. As a foundation, the secularism is introduced through the small door of successive reforms. The secularism is found in the constitutional law, which is a

¹ Professeur émérite de droit et de sciences politiques de L'Université Montpellier. E-mail:

political law more than all the other branches of law. Therefore, the principle of secularism, frequently claimed nowadays, is a political way through which are defined and specified the new liberties against all the clerical hierarchies (even the « laymen » clergy of medicine, for an example). Thus, the principle reveals its political nature and the conflicts opened by it are the almost everyday proof of that.

Key Words : Law and Politics ; Secularism ; Constitutional Law ; Principles.

Le thème général “Droit et politique ” paraît un peu banal tant il a été utilisé, pour le critiquer chez les conservateurs, ou le mettre en valeur chez les progressistes dans les universités. Est-ce pour autant un thème de débat dépassé ou sans intérêt ? Certainement pas.

Bien sûr que tout le système juridique ne peut être dit politique ainsi les règles juridiques techniques ou portant sur un objet technique (par exemple, circuler à droite ou à gauche sur la route ... est-ce politique ?...) mais, en revanche l'idée que le “Droit est une figure du politique” (pour rappeler un ouvrage récent !) est aujourd'hui communément admirée tant par les juristes que les politistes.

Autrement dit, l'expression Droit dans son rapport au politique n'est pas un dogme, une vérité, une évidence : c'est plutôt une question, ou une « problématique », une manière d'interroger le Droit et le politique.

Pour ne pas en rester à des propos généraux, il faut prendre un objet où cette problématique pourrait trouver à s'appliquer, ce sera la laïcité comme principe de république française.

Ce choix n'est pas un hasard. Même si l'interrogation politique à propos de la laïcité est ancienne, il est clair qu'elle est redevenue d'actualité, car les discussions de la société civile sur ce principe roulent très rapidement au débat politique. Il est clair que les oppositions, quelquefois violentes sur ce thème, sont éminemment politiques. Permettre telle ou telle manifestation au nom de la liberté laïque est tout de suite interrogé en termes politiques. Et l'usage que les partis font aujourd'hui de ce principe ne se comprend que par rapport à des positions politiques. Au point que le principe lui-même disparaît au bénéfice d'affirmations ou de critiques qui souvent n'ont rien à voir avec ce thème. Il vaut la peine de regarder de plus près cette interprétation politique du principe, ou de mesurer la distance qui peut exister entre le concept de laïcité et l'usage politique qui en est faite.

Nous nous proposons, très classiquement, d'interroger ce lien entre le droit de la Laïcité et politique, à partir d'abord du principe qui est formulé (I) et ensuite dans la mise en œuvre de ce principe (II).

I- LE PRINCIPE : LAÏCITE, PRINCIPE POLITIQUE DE LA REPUBLIQUE

220

La laïcité est bien sûr, née dans un moment de conflits politiques violents quelquefois, entre une majorité républicaine qui, depuis trente ans, consolidait une République au travers de textes et d'institutions spécifiques et une minorité conservatrice voire réactionnaire qui tentait de sauver une conception archaïque du bien social.

Ainsi, la laïcité comme principe est d'abord entrée par la petite porte de réformes successives : laïcité de l'enseignement public, (les bâtiments, les personnels le programment), laïcité du bien matrimonial et retour du divorce, laïcité des institutions parlementaires (fin des prières publiques), laïcité des cimetières, et des associations. La loi de 1905, au-delà de l'aspect conjoncturel (conflit avec Rome) est le couronnement d'un mouvement républicain commencé en 1879 avec la victoire républicaine aux élections législatives.

En quoi ce principe vient-il, dans la forme juridique confronter le régime politique républicain ?

1.1 Le principe de laïcité posé par la loi du 9 décembre 1905 a accédé quarante ans plus tard, au rang du principe constitutionnel : en 1946, puis en 1958, la laïcité devient une des quatre dimensions de la République à côté de l'indivisibilité, de la démocratie et de la dimension sociale. Désormais, la laïcité est un attribut de la République.

On sait comment le mot de République a changé de sens, depuis le moment où il ne désigne qu'un projet, de la fin du XVIIIe à la fin du XIXe siècle, jusqu'au moment où il désigne un régime politique défini et stable. (C. Nicolet, L'idée de République en France) de sorte que la République devient la forme incontestée des institutions politiques françaises.

a- La laïcité entre ainsi dans le droit constitutionnel qui, plus que toute autre branche du droit, est un droit politique (ainsi désigné dans d'autres pays). Autrement dit, le droit de la laïcité révèle, toute de suite, sa « nature » politique.

Cette nature politique résulte du fait que ce principe vient confronter une image classique du droit moderne occidental, dans sa division entre l'espace public et l'espace privé. Le principe vient renforcer cette *summa divisio* du monde moderne qui n'est que la reproduction, instaurée dans le droit, d'une vision éminemment politique, au sens où l'avait pressenti Aristote (à propos de la cité, au tout début de la Politique) et Rousseau (dans l'imaginaire réconcilié du contrat). En effet, le principe de laïcité neutralise l'expression des particularismes philosophiques et religieux dans l'espace public pour la libérer dans l'espace privé, contribuant ainsi à confronter une conception du vivre ensemble très différente de celle des pays anglo-saxons où les droits des individus continuent à prévaloir, dans l'espace public.

En neutralisant l'Etat et toutes les institutions publiques, collectivités, établissements et services publics ainsi que les personnels qui y sont attachés, la laïcité organise une grande dichotomie qui échappe à l'organisation politique des autres États européens. En ce sens, on peut dire qu'il y a une exception française, en matière de laïcité : elle ne réside pas dans la protection des personnes et de leurs convictions, mais bien dans la partition des institutions entre celles qui relèvent du public, donc laïques et celles qui n'en relèvent pas, les institutions privées.

Cette grande fiction est, évidemment, politique car elle instaure la cité (polis-politique) dans un schéma absolument spécifique. C'est pour cela que la défense de la laïcité est toujours, en même temps, défense de la République, de l'État et, plus loin d'une « certaine conception de la France ».

b- Pourtant, la protection dont jouit en droit constitutionnel ce principe, dépend non seulement des gouvernants, mais aussi du conseil constitutionnel.

Il n'y a pas de protection, dans le texte constitutionnel de ce principe, qui soit spécifique. Seul le principe républicain fait l'objet d'une protection spécifique, par l'article 89, puisqu'il ne peut faire l'objet d'une révision. Faut-il penser que les autres attributs de la République indivisible, démocratique, sociale et évidemment laïque qui ne sont pas visés par cet article pourraient être révisés ?

On sait que le conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur ces questions. Par exemple sur l'indivisibilité, et précisément à propos du statut dérogatoire de l'Alsace Moselle en matière de laïcité. Le conseil a jugé qu'indivisibilité ne signifiait pas uniformité et que, tant que la loi de 1924, prorogeant le particularisme " concordataire " de ce territoire, n'était pas modifiée, l'exception continuerait à être admise, car indivisibilité ne signifie pas uniformité.

C'est donc au conseil constitutionnel que revient la tâche de protéger ce principe et, dans une décision du 22 Février 2013 il a précisément constitutionalisé les éléments essentiels de l'article 1 et l'article 2 de la loi de 1905. Désormais, ce n'est plus seulement le mot laïcité qui est protégé, mais ce qu'il recouvre : liberté de conscience et de culte, neutralité de l'Etat par la non-reconnaissance des religions et de non salariat. En revanche le non-subventionnement a disparu du texte !...

Le droit européen ne saurait utilement être invoqué puisque, précisément, le traité de l'Union Européen, dans sa dernière monture (Lisbonne, 2007) reprend la formule traditionnelle depuis des décennies, selon lesquelles l'Union respecte et ne préjuge pas du droit dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et associations religieuses. En revanche, évidemment, les libertés personnelles en matière de conscience et de pratique religieuse sont protégées par l'Union, sur la base de la Charte des droits de libertés (Nice 2000) et le CEDH (1950) intégrée désormais dans le droit de l'Union Européenne.

1.2- Au-delà de sa qualité constitutionnelle, éminemment politique, le droit de la laïcité est également politique par le fait que les principes qui sont posés concernent une organisation fondamentale de la vie sociale.

Trois éléments doivent être notés :

- **(Art 1 loi 1905) la liberté de conscience et de culte.**

Le vocabulaire est, ici, essentiel, par rapport à celui utilisé couramment et surtout celui des autres Etats démocratiques. Liberté de conscience et non de religion. En effet proclamer la liberté de religion semble signifier que tout individu est susceptible d'avoir une religion qu'il faut alors protéger. Que faire de ceux qui n'ont pas de religion ? En réalité, la loi française en protégeant la liberté de conscience protège l'intime de la croyance ou du non croyance, cet espace intérieur que chacun remplit avec ses convictions, religieuses,

agnostiques ou athées. Cet espace intérieur échappe à toute autorité civile, ce qui rompt avec des siècles où les gouvernants disaient ce qui devait meubler cette conscience.

- **Liberté de culte et non des églises.**

La loi n'utilise pas le mot église pas plus que religion. Ce vocabulaire n'est pas celui de la République : il appartient aux communautés religieuses. On sait, pour le christianisme que ces débats ont déchiré les communautés et continuent à alimenter un débat sur ce qu'est l'église ou la religion. La République ne s'intéresse qu'à l'expression visible et sociale des croyances, non aux croyances. L'usage de l'espace public notamment (processions, sonneries de cloches , vêtements , etc...) est règlement par rapport à l'ordre public, seule norme restrictive.

-**Neutralité de l'Etat.**

Enfin par l'affirmation que la République ne reconnaît, ni salaire ni ne subventionne aucun culte. C'est la fin du culte- service public qui continue d'exister dans bien des Etats européens (GB, Danemark, Grèce, etc.). C'est cette rupture dans la vieille tradition de «l'union du trône et de l'autel », qui singularise la République Française, au sein de l'espace européen. En ce sens, elle marque, plus que toute autre, la spécificité politique de la laïcité « à la française ».

Ainsi, la laïcité n'est pas seulement une technique juridique pour traiter de l'expression des convictions dans un contexte moderne : elle construit un univers politique où la pensée des individus, leurs pratiques sociales et le rôle de l'Etat sont organisés d'une manière très particulière et cette solution est proprement politique.

A fortiori, allons –nous retrouver ce constat dans la mise en œuvre du principe, et constater combien la laïcité est politique et pas seulement politisée.

II- LA MISE EN ŒUVRE : LAÏCITE, PRATIQUE POLITIQUE DANS LA REPUBLIQUE

Comme chacun le sait, l'adoption de textes souverains n'est pas toujours significative : c'est la mise en œuvre concrète qui dira le contenu du principe. Comme il est normal, deux autorités vont être convoquées pour mettre en œuvre le principe et la loi : d'une part les autorités administratives, d'autres part les juges.

224

Chacun a une mission particulière, on comprend que les autorités administratives ont un rôle très important, pas les échelons de l'administration seulement, mais surtout les autorités élues, notamment les municipalités qui, à la base, devront donner des solutions aux difficultés. Or, ici, on comprend que les arguments politiques seront prééminents : une autorité élue se préoccupe d'abord de l'opinion publique et de ses appuis pour espérer une réélection. Dès lors, les solutions choisies seront souvent formellement acceptables mais, en réalité, très discutables sur le fond. Mais celui qui contestera la solution choisie par un Maire n'est pas seulement mû par le souci du droit, mais aussi par une opposition politique et ceci dans le meilleur sens, qui n'est pas condamnable.

En cas de désaccord, c'est le juge qui tranchera, normalement le juge administratif. Longtemps, autorité seulement administrative et, à la base dépendant du Préfet, les juges des T.A. ont gagné la confiance des administrés par leur indépendance depuis la réforme de la justice administrative en 1963. Le conseil d'Etat, au sommet, n'est pas une autorité directement politique, mais dans cette matière des libertés, plus que toute autre, il montre clairement un souci de préserver certains équilibres politiques autant qu'à définir la règle de droit.

Dès lors, les questions classiques où doit s'appliquer la règle 7 laïque apparaissent en fait comme un champ où s'organise une certaine conception du «vivre ensemble » qui est éminemment politique. *A fortiori* lorsque les questions soulevées sont inédites et ouvrent un nouveau champ où l'autorité administrative (tant de l'appareil administratif que des juridictions) doit nécessairement trancher pour montrer de nouveaux chemins.

2.1 L'application concrète du principe de laïcité : logique de liberté ou de contrainte ?

Dans une matière aussi sensible que les libertés publiques, les décisions, tant de l'administration que du juge, sont très importantes et ne peuvent se départir du terrain politique où elles se trouvent posées, qu'on le veuille ou non. Le dilemme est simple : la laïcité est-elle un principe qui apporte plus de liberté ? Ou au contraire, un principe d'autorité qui permet de contraindre la société civile ? Ce débat qui est actuel a pourtant eu lieu, en 1905.

Au moment de la discussion de la loi de 1905, deux positions se sont affrontées dans les rangs de ceux qui étaient favorables à la laïcité mais qui ne l'entendaient pas de la même manière.

D'une part, les minoritaires comme E. Cambes qui, président du conseil au tournant du XXe siècle, est le bon représentant du radicalisme anticlérical. Il a déjà fait adopter la loi de 1901 sur les associations dont le deuxième chapitre concerne les congrégations étroitement contrôlées. Son souci est de libérer l'Etat du poids clérical : d'où des mesures coercitives pour empêcher l'église catholique de nuire comme on l'avait vu avec l'affaire Dreyfus. Il propose donc le maintien du concordat puis le vote d'une loi coercitive pour empêcher l'église de nuire. Un autre minoritaire, M. Allard radical socialiste, héritier de la pensée scientiste et anticléricale des XIXe siècle pense qu'il faut hâter la fin des superstitions et du rôle de l'église par des mesures draconiennes, faisant même éclater l'unité de l'église pour la réduire en miettes.

Contre ces arguments, A. Briand soutenu par J. Jaurès plaidera pour une loi modérée, qui ne refuse pas l'existence des églises mais les maintiennent dans l'espace privé. Dès lors, deux conceptions politiques opposées de la loi de 1905.

Qui ne voit qu'aujourd'hui, ce débat, sans se répéter, peut se retrouver dans l'argumentation de «défenseurs » de la laïcité qui se ne défendent pas tous la même chose.

Observons d'abord, un chassé-croisé inédit chez les tenants de la laïcité. Traditionnellement, les forces politiques de gauche portaient le principe et son application. Or, depuis la fin des années 1980, c'est la droite puis l'extrême droite qui apparaissent comme les parties laïques, défendant une position intransigeante en réalité axée sur la question de l'Islam. Les propositions de réforme comme les lois votées l'ont été à l'instigation de la droite : ainsi la loi de 2004 sur l'interdiction du foulard à l'école, et la loi de 2010 officiellement hors champ laïcité mais qui vise la burqa.

Il y a ensuite une escalade dans les revendications de laïcité par les partis de droite, quelquefois de manière invraisemblable (laïcité à l'Université, dans la petite enfance, mais aussi dans les entreprises) faisant de la laïcité un code de plus en plus coercitif dans la société civile qui perd sa liberté.

L'application, dans les faits, du principe, est évidemment modulable, en fonction des secteurs de la vie sociale en jeu. On prendra seulement trois exemples différents mais qui ont en commun d'avoir soulevé les passions politiques : le vêtement, la nourriture, l'expression orale et imagée.

226

Le vêtement :

c'est par là en 1989 que le conflit est né, dans un collège de CREIL. Ce n'est que 15 ans plus tard qu'une loi est votée. Elle a apaisé les craintes des milieux scolaires mais n'a pas donné une solution. On le voit avec les tentatives multiples ou de contourner la loi (l'affaire des jupes longues cette année) ou de la contester ouvertement.

La fixation sur le costume (présente dès 1905 à l'égard de la soutane) est un bon exemple d'un usage politique de la laïcité.

La nourriture :

Longtemps ignoré, le problème de la liberté de choisir sa nourriture est venu occuper la scène depuis 10 ans. D'où les cantines scolaires, champ de bataille de cette question où s'illustrent quelques municipalités conservatrices ou FN au nom de la laïcité. C'est oublier que ce principe est d'abord liberté. La jurisprudence n'est pas fixée et même contradictoire (ainsi TA et CAA Grenoble et CE sur les cantines dans les prisons).

L'expression des opinions en matière religieuse.

C'est certainement l'affaire des caricatures du prophète, reprises par Charlie Hebdo qui a relancé médiatiquement une question de toute manière permanente mais, autrefois, illustrée par les fractions intégristes du Catholicisme. Retour du «blasphème » puni par la loi ? Certainement pas et, heureusement les juges français sur la base de la loi de 1881 font

prévaloir la liberté sur l'interdit. Mais le sujet demeure sensible et à interprétations variables surtout au niveau européen.

La lecture attentive de la jurisprudence montre comment le juge se fait une place dans ces débats, quelquefois dans les conflits aux quels le principe donne matière. Mais, il ne faudrait pas se limiter à ce champ, même s'il est important, et considérer les nouvelles questions à résoudre.

2.2 Les nouveaux champs des questions de société face au principe de laïcité.

Il ne faudrait pas restreindre la laïcité au seul champ religieux : en effet, la laïcité concerne la liberté de conscience et, pourtant, la liberté d'agir, dans le cadre des règles de l'ordre public. Or, cette liberté d'agir s'est étendue, depuis quelques décennies à des « questions de société » sur lesquelles des affrontements ont été immédiats et violents et qui continuent d'animer la vie politique d'aujourd'hui.

Le champ de ces questions pourrait, *largo sensu*, se rattacher à ce que M. Foucault appelait le " biopouvoir " ou, au sens plus banal le traitement par le droit de questions liées à la vie. Or, ces questions se sont multipliées depuis une trentaine d'années.

On citera pour mémoire :

- La revendication de l'avortement libre, au-delà des contraintes médicales
- la revendication de la contraception, la plus libre et la plus accessible
- la revendication d'une vie commune pour les homosexuels identique à celle des couples hétérosexuels ; après celle d'un P.A.C.S
- la revendication d'une adoption plus ouverte pour les couples homosexuels
- la revendication des procédés de procréation « artificielle » : GPA et PMA
- la revendication du droit de choisir sa fin de vie

Or, à quoi a-t-on assisté face à ces revendications ? À des réponses d'interaction par quelques forces plus ou moins organisées, mais capables avec "la manif pour tous " de mobiliser des fractions non négligeables de la société et surtout soutenues par des appareils ecclésiastiques, toutes religions confondues : catholicisme, protestantisme, islam, judaïsme.

L'argument avancé était toujours le même : le rappel de « enracinement naturel du Droit » dans certaines prescriptions éternelles et, au-dessus de tout, l'autorité supérieure du Dieu créateur sollicité dans divins textes.

Le combat laïc n'est donc plus celui seulement de l'école ou du foulard !

Cela signifie que les nouvelles libertés qui ont été conquises, l'ont été contre un front conservateur (avec évidemment des nuances) qui est aussi revendiqué par les partis les plus traditionnalistes d'extrême droite.

228

Ainsi, le principe de laïcité, si souvent sollicité aujourd'hui est une forme politique à travers laquelle sont définies et précisées de nouvelles libertés contre toutes les hiérarchies cléricales (même les Cleres « laïcs » de la médecine par exemple). Ce faisant le principe révèle sa nature politique et les conflits qu'il ouvre en sont la preuve quasi quotidienne.

Artigo recebido em 27 de agosto de 2015 e aceito em 22 de dezembro de 2016
