

LAÏCITÉ

Ce commentaire de l’Avis sur la laïcité de la Commission nationale consultative des droits de l’homme (26 septembre 2013), a été publié in Christine Lazerges (dir.) *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l’homme*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 292-307. Il est reproduit ici avec en notes, quelques mises à jour tenant compte des évolutions juridiques ultérieures

1. La laïcité est une notion très spécifiquement française qui n’a pas de véritable équivalent en Europe. Cette exception française n’a au demeurant rien de spécialement remarquable, chaque pays européen ayant eu sa manière propre d’affirmer la souveraineté de l’État face aux autorités religieuses. Ce mouvement a pris son essor à l’aube des Temps modernes dans des conditions retracées dans l’œuvre monumentale de Georges de Lagarde (*La naissance de l’esprit laïc au déclin du Moyen Âge*, 1^{ère} édition 1934-1946, 6 vol.). Il s’est accéléré avec la Réforme qui, en émancipant les princes protestants de l’autorité pontificale, a posé les bases de la modernité juridique (Cf. Harold Berman, *Droit et Révolution II : L’impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Fayard, 2010). En Angleterre le Roi s’est fait chef de l’Église (il l’est toujours), tandis que la maxime « *cujus regio ejus religio* » (la religion du pays est celle du prince) scellait en Allemagne le compromis confessionnel entre catholiques et luthériens. La solution française fut différente. L’adoption de l’Édit de Nantes en 1598 y marqua la victoire du « parti des politiques », c’est-à-dire de ceux qui, tels le juriste Michel de L’Hospital ou encore Montaigne, pensaient que la paix civile était une affaire trop sérieuse pour être abandonnée aux religions et qu’il fallait opérer une *pacification des esprits par le droit*. Dans son maître livre sur la loi de 1905, Émile Poulat note que cette victoire fut la première étape sur la voie de notre laïcité, étape plus ancienne et aussi importante que la seconde, qui fut l’idée d’*émancipation des esprits par la raison*, telle que défendue par la philosophie des Lumières (*Scruter la loi de 1905. La République française et la Religion*, Paris, Fayard, 2010, pp. 252 sq.). Il est utile de conserver à l’esprit cette double origine, car elle éclaire les controverses contemporaines entre ceux qui voient dans le principe de laïcité une condition de la paix civile et ceux qui y voient une condition d’émancipation des individus. Issu du grec *laos* (la plèbe, par opposition au *demos*) et du vocabulaire canonique (où le laïc est opposé au clerc) la laïcité est une notion absente de la loi de 1905 « concernant la séparation des Églises et de l’État ». C’est seulement après la seconde guerre mondiale que le Pouvoir constituant affirmera que « La France est une République indivisible, *laïque*, démocratique et sociale ». De cette assertion elliptique a été déduit le « principe de laïcité ».

2. Interrogée sur « les voies et moyens d’une bonne application du principe de laïcité », la CNCDH souligne qu’une définition précise de ce principe, se dégage de la jurisprudence, qui rendrait inutile et dangereuse toute intervention du législateur sur le sujet. Le Parlement semblant ne pas l’avoir entendue, elle a réaffirmé sa position avec vigueur dans une déclaration adoptée le 19 mars 2015. Visant à faire œuvre pédagogique, son avis offre une synthèse de la jurisprudence administrative traçant le périmètre des activités de services publics soumises au principe de neutralité, synthèse excellente et qui n’appelle pas de commentaire particulier. En revanche il faut s’arrêter sur la dichotomie établie par la CNCDH entre d’un côté les services publics, qui seraient seuls soumis au principe de laïcité et de l’autre les entreprises privées, où ce il ne serait pas applicable. Cette opposition tranchée méconnaît la richesse et la complexité du principe de laïcité qui, ne se réduisant pas à la

neutralité des services publics, articule le public et le privé plutôt qu'il ne les oppose. Il faut donc commencer par prendre la mesure de cette articulation (I) avant d'examiner la manière dont elle peut s'opérer dans les entreprises privées (II).

I – Le principe de laïcité articule le public et le privé

3. La manière proprement française de séparer l'Église et l'État se trouve dès la Révolution dans le célèbre [discours de Stanislas de Clermont-Tonnerre](#) justifiant l'abolition de toute discrimination à l'égard des Juifs : « Il faut refuser tout aux Juifs comme Nation et accorder tout aux Juifs comme individus. Il faut méconnaître leurs juges, ils ne doivent avoir que les nôtres ; (...) il faut qu'ils ne fassent dans l'État ni un Corps politique ni un Ordre. Il faut qu'ils soient individuellement Citoyens » (Paris, 23 déc. 1789, p. 13). Égale devant la loi, les citoyens ne peuvent se réclamer d'une appartenance ethnique ou religieuse pour s'y soustraire. En revanche la loi respecte la diversité de leurs croyances, ainsi que le proclame l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses ». Deux principes complémentaires donc : l'effacement des Églises en tant que corps intermédiaires ; la neutralité de l'État à l'égard des opinions religieuses.

4. Sous le régime concordataire, tel qu'il s'est mis en place à partir de 1802, la conjugaison de ces deux principes avait pris la forme de la reconnaissance par l'État de quatre *cultes* – catholique, luthérien, calviniste et israélite - dont *l'exercice public* était subventionné par lui. C'est de ce régime que nous vient la notion de *cultes*, notion clé de la loi de 1905 et plus généralement du droit français, qui est en revanche particulièrement avare du mot 'religion'. Cette loi de 1905 participe des grandes lois par lesquelles la jeune III^{ème} République a reconnu les principales libertés publiques, que sont la liberté syndicale (1884), d'association (1901) et de réunion (1907). La liberté qu'elle consacre n'est pas la « liberté religieuse », mais une nouvelle *liberté publique* : le libre exercice des cultes : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées (...) dans l'intérêt de l'ordre public » (Loi 1905, art 1er). La liberté des cultes se présente ainsi comme la face publique de la liberté de conscience, déjà consacrée par la Déclaration de 1789. Sa reconnaissance générale efface la distinction concordataire entre cultes reconnus et non reconnus, car depuis lors « La République ne reconnaît ne salarie ni ne subventionne aucun culte » (art. 2). Cette formule, reprise à un mot près du décret de la Convention du 18 septembre 1794, est celle qui marque la séparation des Églises et de l'État annoncée par le titre de la loi.

5. Il est certainement exact, ainsi que le souligne la CNCDH, que cette « non reconnaissance » des cultes par la République entraîne pour ceux qui la servent une obligation de neutralité. Mais il est hasardeux d'en déduire que le principe de laïcité se réduit à deux exigences qui toutes deux incomberaient à l'État : la neutralité et la protection de la liberté de conscience (Avis, §.7). Car le principe de laïcité n'oblige pas seulement l'État et ses agents, mais aussi les personnes privées, qui sont tenus de le respecter. « La paix et la tranquillité publique, observait déjà Spinoza, ne peut se maintenir si chacun doit vivre selon le jugement particulier de sa pensée » (Spinoza, [Traité théologico-politique, Ch. XX](#)). Un régime où chacun entendrait vivre selon sa propre loi religieuse en ignorant les exigences d'une loi commune serait intenable. Tous les systèmes juridiques se trouvent confrontés à cette question, dont les termes ont été clairement posés par la Cour suprême des Etats-Unis à la fin du XIX^{ème} siècle, à propos de la polygamie chez les mormons. Elle y a répondu en déclarant que faire dépendre l'obéissance aux lois civiles de leur conformité aux croyances

religieuses de chacun, « reviendrait à placer les doctrines ou les croyances religieuses au-dessus de la loi du pays et à permettre à chaque citoyen de devenir à lui-même sa propre loi. Dans de telles conditions, l'État n'aurait plus d'existence que nominale » ([U.S. Supreme Court, Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 \[1878\] 166-167](#)).

6. Dans le régime de laïcité à la française, cette dissymétrie entre les dogmes civils sur lesquels repose l'État et les dogmes religieux qui relèvent de la liberté de conscience, se marque par le fait que si « La République ne reconnaît aucun culte » (Loi 1905, art. 2), les citoyens en revanche doivent reconnaître les lois de la République, quelle que soit leur confession. La loi de 1905 réprime ainsi le fait d'user des lieux de culte pour provoquer la résistance à l'exécution des lois ou pour soulever ou armer une partie des citoyens contre les autres (art. 35). La foi dans les dogmes de la République est objective et non nécessairement subjective : ceux là même qui sont hostiles par exemple à la liberté de conscience, à la monogamie ou à l'égalité entre hommes et femmes, sont tenus de s'y conformer. Le régime de laïcité ne peut donc être réduit à un problème de « conciliation du respect des droit individuels et des droits collectifs » (Avis, §.8). Qu'ils soient individuels ou collectifs, les droits subjectifs n'ont en effet de sens et de force, que rapportés à un Droit objectif qui tout à la fois les garantit et les encadre. Ici s'affirme, écrit ainsi Émile Poulat, « *une transcendance sans transcendance*, l'absolue souveraineté de l'ordre étatique qui ne se laisse opposer aucun ordre antérieur ou supérieur » (*Scruter la loi de 1905*, op. cit. p. 165). Il n'y a pas place dans un tel régime pour des accommodements négociés entre les dogmes religieux et les principes fondamentaux de la République (ce que le jargon politico-médiatique nomme ses « valeurs »). En vertu du principe constitutionnel de laïcité, « la séparation ne se négocie pas, parce qu'il n'y a rien à négocier, ni personne avec qui négocier. Elle est un acte souverain de la représentation nationale seule » (Poulat, op. cit. p. 356).

7. Ce point tend à être perdu de vue avec le processus contemporain de « pulvérisation du Droit en droits subjectifs » observé par Carbonnier (J. Carbonnier *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 121). Saisir le régime de laïcité par le seul filtre des droits de l'Homme expose au risque de précipiter ce processus de pulvérisation et de démanteler les cadres juridiques nationaux qui garantissent l'exercice de ces droits. Dans un univers juridique réduit à une poussière de droits subjectifs négociables, la liberté de conscience serait en effet elle-même négociable et cesserait d'être également garantie à tous les citoyens. Ce risque devrait conduire les juridictions européennes à la plus grande prudence dans leur interprétation de la liberté religieuse, dont la garantie résulte de montages juridiques différents d'un État à l'autre, et ne peut être assurée indépendamment de ces montages. Autant il est absurde de prêter une vocation universelle au principe de laïcité à la française et de prétendre l'exporter à la terre entière, autant il est inconséquent de chercher à imposer en France, entre la loi républicaine et les lois religieuses, des 'accommodements raisonnables' qui sont incompatibles avec ce principe. La CNCDH se montre du reste, nous allons le voir, tout à fait consciente de ce danger dans la manière dont elle critique, dans la seconde partie de son avis, la notion d' 'entreprise de tendance laïque'.

II – La laïcité dans l'entreprise

8. L'expression de la foi religieuse sur les lieux de travail est devenue depuis quelques années une question contentieuse dans de nombreux pays occidentaux (Pour un panorama comparatif, voy. les contributions réunies in [Religious Expression in the Workplace, in Comparative Labor Law & Policy Journal](#), vol. 30, 2009/3, pp. 465-653). Selon la CNCDH, seules les activités de service public seraient soumises au principe de laïcité, qui ne

s'étendrait pas en revanche aux entreprises privées (Avis, §. 28). Elle adopte ainsi la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation dans la célèbre affaire *Baby Loup*, selon laquelle « le principe de laïcité instauré par l'article 1er de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public » ([Soc. 19 mars 2013, n°11-28845](#)).

9. On ne peut comprendre l'avis du CNCDH sans avoir en tête les données de cette affaire *Baby Loup*, qui en constitue l'arrière plan (Avis, §.3), car elle a cristallisé la controverse juridique sur la laïcité. *Baby Loup* est le nom d'une association loi de 1901 gérant une crèche avec pour but statutaire de « développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé, et en même temps d'œuvrer pour l'insertion professionnelle des femmes du quartier ». Son règlement intérieur disposait 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*, tant dans les locaux de la crèche, ses annexes ou en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche à l'extérieur ». Au retour d'un congé parental, la directrice adjointe de la crèche s'était présentée revêtue d'un voile islamique. Après son refus de l'enlever et diverses altercations avec la direction, elle fut licenciée pour insubordination et infraction au règlement intérieur. A bon droit selon les juges du fond, mais non selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui jugea que « le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul » (Soc. 19 mars 2013, n°11-28845).

10. Après avoir déclaré le principe de laïcité inapplicable aux entreprises privées, la Chambre sociale a considéré que la restriction à l'expression des convictions religieuses imposée par la crèche à son personnel, ne répondait pas aux exigences du code du travail, selon lesquelles de telles restrictions doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché. Approuvé par la CNCDH (Avis, §. 32), l'arrêt de la Chambre sociale a suscité en revanche les fortes critiques de ceux qui ne comprennent pas qu'une République laïque ne puisse faire place à des crèches associatives se réclamant de la laïcité. D'où la floraison de proposition de lois ayant justifié la saisine de la CNCDH. Mais deux mois après que celle-ci ait rendu l'avis ici commenté, l'affaire *Baby Loup* a connu un rebondissement avec la résistance de la Cour de renvoi à l'interprétation de la Chambre sociale. Reprenant un argument doctrinal (François Gaudu, 'L'entreprise de tendance laïque', *Droit social* 2011, p. 1186), la Cour de Paris considéra en premier lieu que l'association était une « entreprise de conviction », ce qui l'autorisait à exiger la neutralité de ses employés. Elle estima d'autre part, contrairement à la Chambre sociale, que la restriction apportée à la liberté des salariés était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (CA Paris, 27 nov. 2013, *Rec. Dalloz*, 2014, p. 65). Réunie cette fois en Assemblée plénière, la Cour de cassation a approuvé ce second motif et rejeté le pourvoi, tout en déclarant « erronés, mais surabondants » les motifs relatifs à l'entreprise de conviction ([Cass. Ass. Plén. 25 juin 2014, n°13-28369](#), avis J.-C. Marin, rapp. L. Truchot).

11. Ainsi désavouée, la Chambre sociale ne s'est pas montrée bonne perdante, puisqu'ayant à juger une nouvelle affaire de licenciement d'une salariée ayant refusé d'ôter son voile (cette fois dans un établissement commercial), elle a préféré saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours préjudiciel, plutôt que d'appliquer la jurisprudence de l'Assemblée plénière, qui lui donnait pourtant tous les moyens de répondre au pourvoi (Soc. 9 avril 2015,

n°13.19855)¹. Ce recours à la CJUE risque d'ajouter ainsi au chaos des sources juridiques². Le Parlement français a de son côté inscrit à son ordre du jour une proposition de loi aux termes de laquelle « Les établissements et services privés accueillant des enfants avant leur scolarisation (...), lorsqu'ils bénéficient d'une délégation de service public, sont soumis au principe de laïcité et à l'obligation de neutralité comme tout service public » (Ass. Nat., Proposition n°2614 du 4 mars 2015³).

12. Ces initiatives sont fâcheuses, alors que l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation montre que les textes en vigueur suffisent parfaitement à régler ce type de difficultés, confirmant sur ce point le diagnostic de la CNCDH. Cet arrêt équilibré montre le chemin d'une sage interprétation du principe de laïcité, qui ne tombe ni dans les errements de la Chambre sociale, ni dans ceux de la Cour de renvoi. Contrairement à l'avis de la CNCDH, on ne peut suivre en effet la Chambre sociale lorsqu'elle affirme que « le principe de laïcité n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé ». Une telle affirmation que l'Assemblée plénière s'est gardée de reprendre à son compte, (*mais qui aurait été consacrée a contrario si le Parlement avait adopté la proposition de loi tantôt évoquée*), réduit la laïcité à la neutralité, qui n'en est qu'une application propre aux services publics. L'application du principe de laïcité à tous les citoyens sur tout le territoire de la République est la condition de la liberté de conscience reconnue à chacun. On ne peut suivre davantage la Cour de Paris, lorsqu'elle voit dans la laïcité une « conviction », dont les entreprises pourraient ou non se réclamer. Car comme le dit excellemment la CNCDH « si on fait de la laïcité une tendance, alors on la dévalue, en la réduisant à un choix, elle n'est plus le principe constitutionnel partagé par tous » (Avis, §.25). Mais si le principe de laïcité doit bien être « partagé par tous », comment la CNCDH peut-elle sans contradiction affirmer qu'il ne doit pas être étendu aux entreprises privées (Avis, §. 20, 28) ?

13. Ces errements procèdent en fait d'une même incompréhension de la laïcité, qui n'est pas seulement la source de devoirs pour les agents publics et de droits pour les personnes privées, mais le principe sous l'égide duquel des personnes de confessions différentes peuvent constituer une communauté politique, laquelle ne se réduit pas à « vivre ensemble » (expression à la mode, dont Pierre Legendre note à juste titre qu'il ne faut pas méconnaître la « note bétaillère » : in *Fantômes de l'État en France*, Fayard, 2015, p. 11). Une communauté politique n'est pas en effet un troupeau d'individus munis des mêmes droits, mais suppose le respect de la loi commune qui garantit l'exercice de ces droits.

14. Or cette question de la constitution d'une communauté politique se pose aussi dans l'entreprise. C'est la raison pour laquelle les lois Auroux, dont sont issues les dispositions du code du travail mobilisées dans cette affaire, n'ont pas abordé l'entreprise comme un espace

¹ Plutôt que de saisir également la CEDH, qui a donné son aval à la loi française sur le voile, la plaignante a saisi le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies (ONU) qui a condamné la France dans des 'constatations' [n° CCPR/C/123/D/2662/2015](#) du 24 septembre 2018. Le Comité a réitéré cette condamnation le 7 décembre 2018, dans des constatations [n° CCPR/C/123/D/2747/2016](#), adoptées par une majorité de 5 voix (celles des représentants d'Afrique du Sud, du Canada, d'Estonie, des États-Unis et d'Israël), contre deux voix dissidentes, dont celle du professeur Ben Achour, seul représentant d'un pays de culture musulmane dans ce comité (voir ces opinions dissidentes en annexes III et IV des constatations du 7 décembre 2018..

² Cela n'a pas été le cas, la CJUE ayant, postérieurement à la publication de cette note en 2016, adopté pour l'essentiel le même raisonnement que l'Assemblée plénière, par deux arrêts [C-157/15](#) et [C-188/15](#) du 14 mars 2017.

³ Les dispositions finalement adoptées par la Loi *Travail* du 8 août 2016 sont revenues à une formulation consacrant elle aussi la position de l'Assemblée plénière : voir [art. 1321-2-1 du code du travail](#).

privatif relevant du pouvoir discrétionnaire de son propriétaire, mais comme le lieu d'une démocratie économique. On se souvient de la devise sous laquelle elles furent adoptées : « Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans l'entreprise ». Cette citoyenneté n'aurait évidemment aucun sens si l'on admettait avec la Chambre sociale que les principes constitutionnels « ne sont pas applicables aux salariés des employeurs de droit privé ». Bien sûr, ces salariés ne sont pas soumis aux mêmes règles de neutralité que les travailleurs œuvrant au service public, mais cela ne veut pas dire que le principe de laïcité, qui garantit leur liberté de conscience, s'arrête aux portes de l'entreprise. Les lois Auroux ont transposé dans l'entreprise les principes qui fondent la citoyenneté dans la cité. A cette fin chaque entreprise doit se doter d'une loi commune, qui adapte ces principes aux contraintes qui lui sont propres. Lorsqu'elle ne procède pas de la négociation collective, cette loi de l'entreprise émane du pouvoir de l'employeur, mais d'un pouvoir encadré et constitutionnalisé. Dans ses rapports avec ses salariés, l'employeur se trouve, comme l'État dans ses relations avec les citoyens, soumis au principe de laïcité : il doit à la fois faire preuve de neutralité religieuse et empêcher que chaque salarié puisse arguer de ses convictions religieuses pour échapper à la loi commune, qui soude la collectivité de travail et permet à l'entreprise de réaliser son objet. Cette mise en œuvre du principe de laïcité dans l'entreprise s'opère sous le contrôle de l'État (juge ou inspecteur du travail) et obéit aux règles générales d'objectivité et de proportionnalité fixées par le code du travail. Mais la liberté d'entreprendre (et, dans l'affaire *Baby Loup*, la liberté d'association) commandent de laisser à l'employeur une marge d'appréciation suffisante et de tenir compte de la situation concrète de l'entreprise. L'Assemblée plénière ne dit pas autre chose lorsqu'elle approuve les juges du fond d'avoir « apprécié de façon concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents ». Le bon fonctionnement d'une communauté de travail peut appeler ainsi dans une entreprise à but non lucratif aux effectifs réduits des restrictions qui n'auraient pas lieu d'être dans une grande entreprise commerciale.

15. L'avis de la CNCDH ne convainc donc pas lorsqu'il affirme que le principe de laïcité s'arrête aux portes des entreprises privées. La loi Auroux du 4 août 1982 en a au contraire organisé la transposition en droit du travail. Mais c'est une raison supplémentaire pour approuver sans réserve la conclusion de cet avis, qui met en garde le législateur contre toute intervention intempestive, alors que les dispositions de cette loi suffisent à faire face à la montée des revendications religieuses sur les lieux de travail.

Alain Supiot