

Introduction

Lors de l'inauguration de la Mosquée de Paris en 1926, qui fut la première rencontre officielle entre la France métropolitaine et la religion musulmane, deux discours foncièrement antagonistes divisèrent l'opinion publique.

D'un côté, la presse consensuelle couvrit l'événement avec un enthousiasme largement hérité de l'orientalisme du dix-neuvième siècle, rapportant qu'à cette occasion « *Partout les regards se posaient sur un songe, un détail de conte des Mille et une Nuits. Partout on admirait, en se taisant, d'avoir été si vite transporté, par un aimable stratagème, dans les terres voilées d'or où règne le Coran...¹* ». De l'autre, on pouvait lire le même jour dans l'Action Française : « *s'il y a un réveil de l'Islam, et je ne crois pas qu'on puisse en douter, un trophée de la foi coranique sur cette colline Sainte Geneviève où tous les plus grands docteurs de la chrétienté enseignèrent contre l'Islam représente plus qu'une offense à notre passé : une menace pour notre avenir* ». Et Maurras de conclure : « *Nous venons de transgresser les justes bornes de la tolérance, du respect et de l'amitié (...). Fasse le ciel que les nobles races auxquelles nous avons dû un concours si précieux ne soient jamais grisées par leur sentiment de notre faiblesse²* ».

Les controverses suscitées par les différentes « affaires du foulard islamique » survenues depuis 1989 ont, si besoin était, confirmé la persistance du caractère passionnel du rapport entre l'Islam et la République.

En effet, bien qu'elles se soient progressivement détachées de leurs inspirations religieuses et orientalistes, pour désormais se focaliser sur le concept de laïcité, les deux perceptions contradictoires de l'Islam nous sont parvenues intactes sur le fond, toujours partagées entre la crainte et la déférence.

¹ Cité in *La symbolique de la Mosquée de Paris*, Dr. Dalil BOUBAKEUR, Recteur de l'Institut Musulman De la Mosquée de Paris.

² Charles Maurras in *L'action française* du 13 juillet 1926.

Il n'est évidemment pas anodin que ce soit aujourd'hui encore la construction de mosquées et le port du voile qui animent l'espace public. Les mosquées et le voile islamique sont, de toute évidence, les expressions les plus visibles d'une religion peu familière à la culture française, de même que la conception française de la laïcité est susceptible d'interpeller nombre de musulmans pratiquants. De la question de la visibilité à celle de la représentativité, puis de la représentativité inassouvie à la remise en cause du principe de laïcité... ainsi s'est développé un climat de défiance entre l'Islam de France et la République. Dans sa version la plus policée, la remise en cause de la laïcité, tant sur la question du voile que sur celle des mosquées, se traduit par un appel au respect mutuel mâtiné de reproche. Ainsi Tariq Ramadan considère-t-il que doit être établi « *un état de reconnaissance réciproque et de respect mutuel qui ne peut se suffire de l'affirmation définitive et intransigeante d'un cadre laïque enfanté par une histoire à laquelle les musulmans n'ont pas participé*³ ». Outre le fait que l'émergence de cette contestation du principe de laïcité, telle que formulée par Tariq Ramadan, véhicule une conception éminemment clientéliste des principes fondateurs de la République - n'hésitant pas à taxer de « *fondamentalisme* » ce qui n'est somme toute que justification historique -, elle contribue insidieusement à opposer l'Etat de droit au fait religieux.

Or, le droit et la religion sont deux univers nettement moins distants que ne le suggère d'ordinaire les différents acteurs de l'opposition contemporaine entre Islam et République. Les deux systèmes sont en effet animés d'une tension interne rigoureusement identique, consistant à distinguer dans un texte fondateur ce qui peut être *contextualisé* de ce qui doit demeurer *essentialisé*. En d'autres termes, la science juridique et religieuse ont en partage le goût du relatif et de l'absolu. Ainsi, à la dissociation juridique entre le public et le privé répond le clivage religieux entre le temporel et le sacré.

En définitive, l'essentiel du litige provient donc de ce que la sphère publique et le temporel sont un seul et même espace - la communauté humaine -, où se heurtent deux ambitions *a priori* contradictoires. En ce sens, l'affirmation de la laïcité de l'Etat fut la victoire, incontestable autant que clémente, du droit sur le fait religieux. Incontestable car opposant une fin de non-recevoir à toute velléité religieuse quant à la gestion du temporel. La loi de 1905, en consacrant la substitution de l'intérêt général à la raison divine, mettait un terme à plusieurs siècles de concurrence politique.

³ Tariq Ramadan, « *Pour une laïcité ouverte* », *Le Monde*, 13 octobre 1994.

Néanmoins, bien que bénéficiant dans l'absolu d'une portée *erga omnes*, la laïcité ne s'en est pas moins forgée au contact de religions — le catholicisme, le protestantisme et le judaïsme — qui à des degrés divers ont imprégné l'histoire de France et ainsi réussi avec succès leur migration du corps politique vers la société civile.

Grand absent du processus de laïcisation, tardivement apparu dans le tissu social français sous les effets conjugués du processus de décolonisation et du fait migratoire, l'Islam interroge aujourd'hui la laïcité au même titre que les religions établies avant 1905 ont tenté d'infléchir la portée du principe de laïcité.

Partagée entre le souci légitime de faire respecter le principe de la laïcité et la peur d'opprimer une communauté, la France paraît aujourd'hui osciller entre l'intransigeance et la compromission, sans jamais parvenir à ce point d'équilibre qui saurait raisonnablement satisfaire les exigences de la République autant que la réalité contemporaine de son tissu social.

De toute évidence, faire prévaloir une conception hypertrophiée de la laïcité, en ce qu'elle instaurerait un climat d'ignorance mutuelle entre la religion musulmane et l'idéal républicain, ne pourrait que décupler insidieusement la défiance qui prévaut déjà entre les deux parties. Inversement, l'Etat ne saurait, en adoptant une interprétation trop souple de la laïcité, méconnaître les spécificités d'une religion sans risquer de mettre en péril les principes qui assurent la pérennité du modèle républicain.

Par ailleurs, contrairement à la situation de 1905, la problématique de la laïcité ne se réduit plus à un simple rapport de dualité entre l'Eglise et l'Etat, mais s'inscrit dans une relation triangulaire qui se doit désormais d'intégrer les principes issus de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Kokkinakis contre Grèce* du 25 mai 1993, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la liberté de religion constituait l'une des assises de la société démocratique, tout en précisant que « *dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté d'une limitation propre à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun* » sans pour autant adopter ni condamner la conception française de la laïcité. En effet, en matière de liberté religieuse, le principe de compétence subsidiaire de la CEDH prend tout son sens, en ce que l'Etat est considéré comme le plus apte à mettre en œuvre des politiques destinées à préserver les équilibres sociaux tout en veillant à la sauvegarde de sa cohérence historique.

Seuls les manquements les plus flagrants aux dispositions de la Convention sont donc susceptibles d'être sanctionnés, l'Etat disposant d'une marge considérable d'appréciation quant à sa capacité d'ingérence dans le domaine de la liberté religieuse.

De façon générale, la problématique de la laïcité ainsi renouvelée consiste donc à estimer du bon usage des droits de l'homme entre l'Islam et la République. En d'autres termes, et eu égard à la marge d'appréciation dont disposent les Etats en matière de liberté religieuse, est-il des spécificités du culte musulman qui ne puissent en France bénéficier du régime de protection des libertés fondamentales ?

En l'occurrence, la question des mosquées et celle du voile islamique permettent d'interroger respectivement la laïcité quant à sa dimension collective et quant à sa portée individuelle. Plus précisément, ces deux dimensions d'une même problématique agissent comme de puissants révélateurs de la consistance du principe de laïcité « à la française » : tandis que les revendications musulmanes en matière de construction et de financement des lieux de culte mettent à l'épreuve la neutralité confessionnelle de l'Etat (Partie I), la question du port du voile interroge la consistance même du service public au travers de la défense des libertés individuelles (Partie II).

Partie I : La construction de mosquées, une exigence laïque ? La neutralité confessionnelle de l'Etat à l'épreuve de l'Islam.

« (...) l'Eglise recevrait ce qu'elle avait seulement le droit d'exiger, à savoir la pleine liberté de s'organiser, de vivre, de se développer selon ses règles et par ses propres moyens, sans autre restriction que le respect des lois et de l'ordre public »

Rapport du 4 mars 1905 à la Chambre des députés, Aristide Briand.

« Aujourd'hui, plus habiles dans les termes, les nostalgiques des emprises publiques des religions baptisent la restauration de telles entreprises « laïcité ouverte », grossière expression polémique, aussi peu recevable que le serait celle de « droits de l'homme ouverts ».

La laïcité. Textes choisis et présentés par Henri Pena-Ruiz, GF Flammarion 2003.

« Frein à la mise en place d'un véritable culte islamique⁴ », « source d'inégalités⁵ », « caution au déséquilibre entre l'islam et les autres religions⁶ »... Les critiques à l'encontre de la loi de 1905 ont ces dernières années gagné en audience autant qu'en virulence. Visant de concert l'interdiction de financement public des cultes et la propriété publique de la majorité des églises, deux principes considérés comme discriminatoires à l'égard des religions dites émergentes, les détracteurs de la loi de 1905 n'ont de cesse d'appeler à sa réforme. Selon ces derniers, l'interdiction de financement public des cultes serait en effet un archaïsme législatif dont la République devrait se défaire afin de satisfaire aux réalités contemporaines, notamment pour pallier à l'insuffisance des lieux de culte musulmans.

Or, en matière de lieux de culte, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme semble à ce jour privilégier le principe de neutralité confessionnelle de l'Etat. En

⁴ *La voix du Nord*, 12 et 21 novembre 1999, cité dans *La République et l'Islam. Entre crainte et aveuglement*. Jeanne-Hélène Kaltenbach et Michèle Tribalat, Gallimard, 2002

⁵ *L'Islam dans la République*, Rapport au Premier ministre rendu par le Haut Conseil à l'Intégration, La documentation française, p.49.

⁶ *La laïcité dans les services publics*, Rapport du groupe de travail présidé par M. André ROSSINOT, p.9.

effet, dans l'arrêt *Manoussakis et autres contre Grèce*⁷, la Cour se limite à rappeler que le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation de la part de l'Etat quant à la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expressions de celles-ci. En d'autres termes, si la Cour impose aux Etats d'assurer l'*égalité de traitement juridique* des cultes, elle ne leur fait nullement obligation de pourvoir à l'*égalité matérielle* de ces derniers. Au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la laïcité demeure donc un « *droit liberté* », et non un « *droit créance* » sur le fondement duquel les associations religieuses pourraient exiger de l'Etat qu'il pourvoie à leurs besoins matériels.

De fait, en matière de régime des édifices culturels, le droit français est exclusivement soumis à une obligation de non-discrimination.

Or, il est précisément reproché à la loi de 1905 de receler un caractère inégalitaire vis-à-vis de l'Islam. Pourtant, à considérer le régime de soumission des lieux de culte au droit commun de l'urbanisme qui résulte de la loi (I), il apparaît que les inégalités qui sont reprochées à cette dernière proviennent moins de lacunes juridiques que d'obstacles conjoncturels (II).

I- La loi de 1905 : une soumission des lieux de culte au droit commun de l'urbanisme

Lorsque l'on recense les griefs formulés à l'encontre de la loi de 1905, deux critiques reviennent de façon récurrente : la loi aurait favorisé les cultes établis en France avant 1905 et l'interdiction de financement public des cultes serait discriminatoire à l'égard de l'Islam. Intimement liées, ces deux critiques semblent moins se fonder sur l'incidence réelle de la loi de 1905 quant à la construction des lieux de culte (B) que sur un singulier procès intenté à l'Histoire (A).

A/ La critique de la séparation immobilière de l'Eglise et de l'Etat : l'Histoire en procès

Soucieuse de pérenniser l'acquis révolutionnaire autant que de rationaliser le principe de laïcité - en l'émancipant notamment de ses inspirations anti-cléricales -, la loi de 1905 se devait d'être un modèle de conciliation juridique. Aussi se traduisit-elle, en matière de

⁷ Arrêt *Manoussakis et autres c. Grèce* du 26 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1364, § 44

séparation immobilière de l'Eglise et de l'Etat, par une nationalisation des biens du clergé et l'octroi à ce dernier d'un droit d'usage des lieux de culte ainsi intégrés au domaine public.

Les détracteurs de la loi de 1905 décèlent dans ces dispositions immobilières la persistance d'une étroite relation entre les cultes et les pouvoirs publics⁸, voire l'existence originelle d'une laïcité relative, qui justifierait aujourd'hui le subventionnement public des religions émergentes. Pour le dire mieux, la loi de 1905 aurait indûment favorisé l'exercice de certains cultes, et l'Etat aurait donc à charge de réparer ce « préjudice historique⁹ », en soutenant financièrement les religions n'ayant pas bénéficié des « avantages » prodigués en 1905.

Cette relecture critique de la loi, outre le fait qu'elle s'embarrasse fort peu de subtilité juridique, se caractérise avant tout par une singulière méconnaissance de l'histoire.

En effet, entreprise dès 1789, la nationalisation des biens du clergé ne fut nullement conçue comme un privilège accordé à l'Eglise, loin s'en faut. Incapable de lever l'impôt et de mobiliser l'épargne auprès du Trésor public, l'Etat se devait de trouver un expédient pour assurer sa viabilité financière : l'appropriation des richesses accumulées par l'Eglise constitua le plus sûr moyen de prévenir la banqueroute. Aux antipodes d'un traitement de faveur, la nationalisation des biens du clergé fut ainsi une authentique entreprise de spoliation, qui n'avait d'autre finalité que de renflouer les caisses de l'Etat (assignats) par le transfert à la nation des titres de propriété d'un patrimoine alors évalué à près de 3 milliards de livres, soit dix fois le montant du budget annuel du royaume.

En 1905, les motivations du législateur sont d'une autre nature. Après plus d'un siècle de querelles et de tractations entre la France et le Saint Siècle, il s'agit de soumettre définitivement les autorités religieuses au cadre normatif de la laïcité. Pour ce faire, la loi n'hésite pas à se faire ultimatum. Elle supprime les établissements ecclésiastiques et conditionne le transfert des titres de propriété acquis par ces derniers - après la nationalisation de 1789 et avant la promulgation de la loi de 1905 - à la constitution d'associations religieuses conformément aux statuts de cette même loi. Refusant de se plier à ces exigences normatives, considérées comme une atteinte à son organisation hiérarchique, l'Eglise catholique vit ainsi la loi du 13 avril 1908 procéder à l'incorporation au domaine public de

⁸ *Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, présidée par Jean-Pierre Machelon, p.24.

⁹ *La République et l'Islam, entre crainte et aveuglement*, Jeanne-Hélène Kaltenbach et Michèle Tribalat, Gallimard, 2002, p.119.

nombre d'immeubles dont elle avait pourtant la propriété légale, si ce n'est par son défaut de constitution de personne morale conformément à la loi de 1905.

Aussi apparaît-il que les critiques adressées à la loi de 1905 en matière de séparation immobilière de l'Eglise et de l'Etat sont largement infondées, tant celle-ci a constitué pour les différentes autorités ecclésiastiques la perte d'un patrimoine foncier considérable ainsi que de nombre de privilèges.

Les plus virulents détracteurs de la loi - tout en présentant cette dernière comme une « loi de circonstance » afin d'en mieux relativiser les principes – n'hésitent pourtant pas à faire abstraction de ses motivations conjoncturelles et de sa genèse historique, considérant que cette dernière aurait quoiqu'il en soit entériné la supériorité numérique des édifices cultuels des religions établies en France avant 1905. Raisonner de la sorte équivaut à imputer à la loi des effets qui sont le produit exclusif de l'histoire, induisant en cela l'idée pour le moins discutable que le législateur aurait pour fonction première d'abolir toute réalité historique.

Ce type d'objection est d'autant moins recevable que le principe d'interdiction de financement public des cultes, largement tempéré par le droit de l'urbanisme, se révèle être moins un vecteur d'intransigeance laïque qu'un facteur d'égalité des personnes morales au sein de la société civile.

B/ L'interdiction de financement public des cultes assouplie par le droit commun de l'urbanisme

Présentée comme un obstacle majeur à l'édification de mosquées en France, l'interdiction de financement public des lieux de culte posée à l'article 2 de la loi de 1905 connaît pourtant de nombreux aménagements. En effet, en soumettant *in fine* la construction des édifices cultuels au droit commun de l'urbanisme, la loi de 1905 laisse à disposition des pouvoirs publics une marge de manœuvre considérable en vue d'accompagner les associations religieuses dans leurs démarches immobilières, au même titre qu'avec toute personne morale légalement constituée.

En premier lieu, les collectivités publiques peuvent - sous réserve qu'ils ne constituent pas des subventions déguisées, notamment par la fixation d'un prix anormalement bas au regard de l'évaluation du bien par les Domaines¹⁰ - conclure avec ces associations des baux

¹⁰ Tribunal administratif de Marseille, 17 avril 2007 : Dans le cadre du projet de construction de la grande mosquée de Marseille, le loyer prévu pour le bail d'une partie des anciens abattoirs de Marseille dans les quartiers Nord de la ville, 300 euros annuels alors que les Domaines l'avaient estimé à 4.400 euros, a été

emphytéotiques, particulièrement adaptés à l'affectation d'immeubles à l'exercice du culte¹¹. Etablis pour une durée comprise entre 18 et 99 ans renouvelable, ces baux emphytéotiques offrent en effet aux associations religieuses une sécurité immobilière propice à l'organisation de leur culte. De plus, la somme modique des loyers attachés à ces baux - justifiée par le fait que la construction de bâtiments ainsi que l'entretien des immeubles existants demeurent à la charge du locataire - permet aux associations religieuses de surmonter en partie les difficultés rencontrées en matière de financement de leurs projets de construction. Enfin, les baux emphytéotiques octroient au locataire certains éléments du droit de propriété indispensables à l'accueil du public dans les lieux loués, dont un droit réel d'usage et de jouissance.

Ensuite, la loi de 1905 ne s'oppose pas au financement public d'activités annexes, d'ordre culturel, social ou d'intérêt général, organisées par les associations religieuses. Eu égard à la pluralité d'activités inhérente au fonctionnement d'une mosquée, cette option présente un intérêt particulier pour les associations musulmanes. Cette possibilité d'un allègement du coût financier global de construction reste néanmoins soumis à de strictes exigences. Ainsi, les lieux concernés doivent nécessairement être ouverts au public, et non aux seuls membres d'une communauté religieuse. De plus, le partage entre les activités culturelles et celles d'une autre nature ne doit pas souffrir la confusion, sous peine de voir la décision de financement public annulée devant les juridictions administratives.

Par ailleurs, l'article 11 de la loi de finances rectificative du 29 juillet 1961 autorise les collectivités publiques à garantir les emprunts contractés par les associations religieuses en vue de la construction d'un lieu de culte. Dans ce cas particulier, il s'agit bien évidemment pour les collectivités concernées d'estimer en amont la viabilité économique du projet immobilier des associations invoquant le bénéfice d'une telle garantie.

Enfin, l'article 19 de la loi de 1905 précise que « *ne sont pas considérées comme subvention les sommes allouées pour réparation aux édifices affectés aux cultes publics, qu'ils soient ou non classés monuments historiques* ». De fait, les collectivités publiques ont toute licence pour contribuer financièrement aux plus onéreux travaux d'entretien des nouveaux lieux de cultes.

A travers ces diverses modalités offertes par le droit de l'urbanisme, l'interdiction de financement public des cultes apparaît ainsi n'être pas tant un vecteur d'intransigeance laïque

considéré par le tribunal administratif comme "une subvention". Pour ce motif, le tribunal administratif de Marseille a annulé la délibération du conseil municipal de la ville qui mettait à disposition de l'association "La mosquée de Marseille" un terrain par un bail emphytéotique de 99 ans.

¹¹ *Cent ans de laïcité*, Rapport annuel du Conseil d'Etat, p.390

qu'une exigence de rationalisation des rapports économiques entre les pouvoirs publics et les cultes. Néanmoins, et ce malgré les principes vertueux de la loi de 1905 en la matière, force est de constater que cette rationalisation ne trouve pas dans la société contemporaine l'écho escompté.

II- La persistance des obstacles conjoncturels à l'édification de mosquées

Tel que nous l'avons exposé précédemment, l'interdiction de financement public des cultes ne s'oppose pas fondamentalement à la construction de mosquées en France. Tout au plus exige-t-elle une contractualisation des rapports immobiliers entre l'Etat et les associations musulmanes. Dans l'absolu, cette exigence de transparence constitue l'une des plus sûres garanties du pluralisme religieux, en ce sens qu'elle permet de prévenir toute tentative d'emprise étatique sur une religion déterminée¹².

Cependant, les faits demeurent têtus et discréditent encore trop fréquemment cet idéal juridique. En effet, les projets d'édifications de mosquées se heurtent aujourd'hui à deux écueils conjoncturels majeurs : une politisation croissante du droit de l'urbanisme (A) à laquelle s'ajoutent les conséquences de l'atomisation du clergé musulman (B).

A/ La politisation du droit de l'urbanisme

Qu'il s'agisse de jouer à l'excès des règles de l'urbanisme ou d'abuser de leurs prérogatives en matière immobilière, certains élus locaux sont devenus maîtres dans l'art de pratiquer la discrimination en toute légalité. Cette stratégie de contournement est devenue particulièrement flagrante à travers deux pratiques récurrentes : une surenchère d'exigence administrative dans les délivrances de permis de construire et un recours abusif au droit de préemption par les autorités locales.

La délivrance des permis de construire, bien que le ministère de l'Intérieur ait eu l'occasion de préciser que celle-ci n'était soumise à d'autres exigences que « celles prévues

¹² Conseil d'Etat, 15 décembre 1919, Commune de Fleury lès Lavancourt, Leb. P.1053 : Le Conseil d'Etat considère comme illégal le fait d'accorder un loyer réduit à un ministre du culte ; Conseil d'Etat, 9 octobre 1992, Commune de Saint Louis contre association Shiva Soupramien, AJDA 1992, p.817 et s.

d'une façon générale par le Code de l'urbanisme ¹³», reste à ce jour largement tributaire de la bonne volonté des élus locaux. Du fait de l'inertie administrative pratiquée par les municipalités les plus rétives à l'égard de la religion musulmane, l'instruction de certains dossiers peut ainsi se prolonger pendant près d'une décennie.

Parmi le florilège de motifs invoqués, outre la mauvaise intégration aux sites et le non-respect des normes d'accessibilité, le non-respect de la réglementation du plan d'occupation des sols en matière de stationnement est ainsi fréquemment employé pour justifier le refus d'un permis de construire. Destinée à l'origine à rationaliser l'implantation d'activités de commerce ou de service, la réglementation relative aux places de stationnement des établissements destinés à accueillir du public n'a pourtant jamais eu vocation à s'appliquer avec la même rigidité à la construction de lieux de culte, du fait que ces derniers ne génèrent qu'une circulation ponctuelle et très précisément ciblée dans le temps. De fait, un aménagement de cette réglementation semble éminemment souhaitable, afin de mettre un terme à l'instrumentalisation politique du droit de l'urbanisme à des fins proprement incompatibles avec le principe de neutralité confessionnelle de l'Etat.

Au nombre des pratiques discriminatoires, il faut également évoquer les multiples détournements du droit de préemption, considéré par certains élus peu scrupuleux comme un authentique droit de veto à l'édification d'une mosquée dans leur commune. Malgré l'annulation quasi-systématique de ces préemptions illégales par le Conseil d'Etat¹⁴, nombre de maires persistent pourtant à user de cette prérogative comme d'une fin de non-recevoir aux projets immobiliers des associations musulmanes. À titre d'exemple, le maire de Nice affirmait en novembre 2005 qu'il s'opposerait à la construction d'une mosquée en centre ville en usant de son droit de préemption. Il justifiait alors sa position en affirmant que « *ce n'[était] pas le moment, face aux violences urbaines et à la montée de l'islam radical, d'installer en plein coeur de Nice une terre d'islam* »¹⁵.

Nombre de mesures ont été préconisées afin de remédier à de telles dérives. Parmi celles-ci, certaines présentent le double avantage de prévenir ces détournements du droit de préemption tout en préservant la cohérence de la loi de 1905 - c'est à dire sans porter ouvertement atteinte au principe d'interdiction de financement public des cultes. Ainsi, le rapport Machelon propose afin « *de dissuader les communes de faire un usage abusif de leur*

¹³ Rép. quest. écrite min. int. JOAN (Q), 18 décembre 1989, p.5583.

¹⁴ Conseil d'Etat, 28 avril 2004, n° 249430.

¹⁵ *Un projet de mosquée à Nice suscite l'hostilité des riverains et du maire*, par Paul Barelli, *Le Monde*, daté du 13 novembre 2005.

droit de préemption, (...) de les obliger à consigner les fonds nécessaires, chaque fois qu'elles exercent une telle prérogative¹⁶ ». Si une obligation de consigner l'intégralité du prix d'achat du bien préempté paraît peu souhaitable, en ce qu'elle dénaturerait l'essence même du droit de préemption, un réajustement à la hausse du montant de la consignation¹⁷ pourrait néanmoins constituer une mesure suffisamment dissuasive sans pour autant alourdir abusivement la procédure de préemption.

B/ Les conséquences de l'atomisation du clergé musulman

Largement dépendante de la bonne volonté des élus locaux, la construction des mosquées reste également tributaire, souvent à part égale, des rivalités existant au sein même de la communauté musulmane. Dans les plus ambitieux projets de « mosquées-cathédrales » notamment, le défaut d'homogénéité de l'« Islam de France » n'a en effet pas manqué de poser de sérieux cas de conscience républicains aux municipalités les plus investies.

L'expérience phocéenne est à ce titre particulièrement révélatrice. Solennellement annoncé en juin 2001, le projet de construction d'une Grande Mosquée à Marseille devait, selon le maire Jean-Claude Gaudin, mettre un terme à plusieurs années de polémique et d'attente¹⁸. Sous réserve que soit formée une association représentative de la communauté musulmane de Marseille pour gérer la mosquée, la municipalité s'engage à céder sous forme de bail emphytéotique un terrain d'une superficie totale de 8500 m²¹⁹. Soucieux d'assurer la légitimité de l'association, le maire souhaite que ses membres soient élus à l'unanimité. Après consultation d'une cinquantaine de personnalités musulmanes, le comité de pilotage municipal constitue une liste d'une trentaine de noms considérés comme représentatifs de la communauté musulmane de Marseille. S'estimant insuffisamment représenté, le « *Conseil des Imams de Marseille et ses environs* » suscite une polémique qui interdit tout consensus sur la composition de l'association destinée à assurer la gestion de la future mosquée. Elu à la présidence du CRCM Paca en 2003 grâce à une éphémère alliance avec l'UOIF, le leader du CIME, Mourad Zerfaoui, n'en devient que plus intransigeant et affiche des prétentions incompatibles avec le consensus nécessaire à la réalisation du projet. Cette situation

¹⁶ *Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, présidée par Jean-Pierre Machelon, p.30.

¹⁷ Actuellement, les communes sont tenues de consigner 15% du prix évalué par le service des domaines à la Caisse des Dépôts et Consignations.

¹⁸ Michel Samson, *Le Monde*, 27 juin 2001

¹⁹ Le terrain des anciens abattoirs de Saint-Louis, situé dans le XV^{ème} arrondissement, sur lequel se trouve notamment un entrepôt de 2250 m² et de 10m de haut, alors dédié aux décors de l'opéra de Marseille.

inextricable se prolonge deux années durant et ne prend fin qu'avec l'arrivée à la présidence du CRCM Paca de Abderrahmane Ghoul, personnalité plus encline au dialogue que son prédécesseur. Prenant acte de ces péripéties successives, le maire revient finalement sur le critère initial de l'unanimité, acceptant ainsi que les membres de l'association attributaire de la gestion de la future mosquée soient élus à la majorité. Il s'ensuit la création, en 2005, de l'association « *La Mosquée de Marseille* » à qui est octroyé le bail emphytéotique initialement promis. Entre l'annonce solennelle du projet et la constitution de l'association gestionnaire de la réalisation du projet, cinq années auront ainsi été dilapidées en vaines querelles entre clercs musulmans.

A certaines variantes près, dont une subvention municipale assujettie à des conditions proprement attentatoires au libre exercice des cultes, le scénario phocéen s'est rejoué à Strasbourg. Deux projets y ont ainsi fait l'objet de multiples tractations pendant près d'une dizaine d'années, le projet Bouanama « porté par une sensibilité d'origine marocaine²⁰ » et le projet Boussouf soutenu par l'UOIF, promoteur en France d'un Islam orthodoxe, entraînant des conflits similaires à ceux qui grevèrent le projet marseillais.

Bien évidemment, ces exemples ne minorent en rien la gravité des manœuvres politiques, précédemment évoquées, dont sont aujourd'hui victimes les projets de mosquées. Néanmoins, ils mettent en exergue une réalité dont les conséquences sont trop souvent sous-estimées. En effet, il apparaît que l'absence d'homogénéité de l'Islam de France a une incidence considérable dans la réalisation des projets de mosquées. Trop fréquemment, ces derniers deviennent pour les représentants de la religion musulmane des enjeux stratégiques où les finalités partisans prennent le pas sur les attentes de la communauté.

Or, il ne saurait être reproché aux pouvoirs publics de se garder de trancher de tels litiges, l'Etat n'ayant pas vocation à désigner les personnalités destinées à contrôler les lieux de culte musulmans. Les quelques tentatives en ce sens ont d'ailleurs été généralement perçues, et ce à juste titre, comme attentatoire au libre exercice des cultes par la communauté musulmane elle-même²¹. Cette défiance des associations musulmanes à l'égard de l'intervention des pouvoirs publics dans cette problématique indique d'ailleurs qu'il existe une concordance certaine entre la définition légale et l'interprétation musulmane du principe de laïcité : toutes deux sont attachées à la neutralité confessionnelle de l'Etat.

Aussi est-il pour le moins paradoxal de la part des associations musulmanes de solliciter les faveurs de l'Etat tout en rappelant par ailleurs ce dernier à son obligation de

²⁰ *La mosquée de Strasbourg au miroir du droit*, par Abdallah Salih al-Bokhtorî, précité.

²¹ *La grande mosquée enfin sur les rails*, Karine Portrait, La Provence, article paru le vendredi 5 janvier 2007.

neutralité. Une telle contradiction relève d'une tentative de promotion de cette « laïcité ouverte » qui tend à présenter l'Etat comme le débiteur ponctuel des associations religieuses.

Cette propension à relativiser les implications pratiques de la laïcité n'est pas nouvelle et s'apparente *in fine* à une tentation concordataire, évoquant cette période de 1801 à 1905 où les évêques étaient nommés conjointement par le pape et l'Etat et les prêtres rémunérés sur les fonds publics. Or, c'est précisément à ce régime concordataire que la loi de 1905 mit précisément un terme, en achevant de retirer ses privilèges à l'Eglise tout en lui offrant en contrepartie une totale indépendance. Malgré certaines particularités, à commencer par les motifs d'ordre ethnique qui se greffent sur les problématiques proprement religieuses, l'Islam est aujourd'hui confronté à une épreuve similaire : il s'agit pour cette religion d'intégrer la société civile comme d'autres avant elle, en prenant acte de ce que la liberté religieuse induit nécessairement le douloureux apprentissage de l'autonomie financière.

Partie II : La question du voile islamique, d'un intégrisme l'autre ?

-La consistance du service public en question-

« La grandeur du génie ne consisterait-elle pas à savoir dans quel cas il faut l'uniformité et dans quel cas il faut des différences ? »

Montesquieu, *L'esprit des lois*, XXIX, 18.

Simultanément décrié comme symbole d'aliénation de la femme et soutenu en tant que modalité d'expression religieuse ou d'affirmation identitaire, le voile islamique cultive les paradoxes dans le débat public.

En interdisant « *dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse* », la loi du 15 mars 2004 a indéniablement singularisé la France au sein d'un espace européen relativement libéral à l'égard du foulard islamique. Elle suscite en effet de légitimes interrogations quant à sa conventionalité au regard du régime de protection et de la défense des droits de l'homme. D'aucuns n'hésitent pas à la définir comme une loi d'exception qui se heurterait conjointement au principe de liberté d'expression et au droit à l'éducation, tandis que ses partisans la présentent comme l'instrument de sauvegarde d'une laïcité et d'une parité mises en péril par le fondamentalisme musulman.

Différentes conceptions de la défense des droits de l'homme s'affrontent ainsi autour de la question du foulard islamique, sans que l'une d'elles puisse véritablement se réclamer d'un soutien tangible de la CEDH. En effet, à ce jour, la transposabilité des arrêts *Leyla Sahin contre Turquie* et *Dahlab contre Suisse*²² à la situation juridique française n'est pas plus acquise qu'elle n'est improbable. Cette incertitude juridique s'explique par l'attachement particulier de la Cour aux contextes nationaux en matière de défense de la liberté religieuse.

²² CEDH, Arrêts *Leyla SAHIN* contre Turquie du 29 juin 2004 et 10 novembre 2005 - Requête n° 44774/98. Note G.Gonzalez, AJDA, 2006, p.316 ; observations, J-F Flauss, AJDA, 2006, p.474.

Ainsi, lorsque la Cour atteste dans l'arrêt *Sahin contre Turquie* de la conventionalité de la mesure d'interdiction du port du voile dans les universités turques, elle ne décerne nullement un brevet d'incompatibilité absolue du foulard islamique avec le principe de laïcité. Pour reprendre les termes de l'arrêt, ce n'est qu'en raison de son caractère « *nécessaire dans une société démocratique* » - en l'espèce, la prohibition du port du voile visait à lutter contre l'emprise croissante des fondamentalistes musulmans sur la société civile turque – qu'une réglementation restrictive du port des signes religieux est admise au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. De même s'agissant de l'arrêt *Dahlab contre Suisse*²³, qui ouvre implicitement de nouvelles perspectives en matière de port du voile par les agents publics.

De fait, la conventionalité de la législation française sur le port des signes religieux dans les écoles se doit d'être analysée en fonction du critère de nécessité établi par la CEDH (I). Dans le même temps, l'interdiction faite aux fonctionnaires de manifester leurs convictions religieuses mérite d'être questionnée, notamment au regard de l'émergence d'une neutralité du service public à géométrie variable (II).

I- La loi du 15 mars 2004 : expression d'un « besoin social impérieux » ou émanation d'une peur collective ?

Selon l'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989 et de la circulaire du 20 septembre 1994, l'interdiction à l'école du port de signes religieux devait nécessairement procéder d'une démonstration d'un trouble à l'ordre public, d'un danger pour la sécurité de l'élève ou d'un manquement à l'obligation d'assiduité. En posant un principe général d'interdiction du « *port des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement leur appartenance religieuse* », le législateur de 2004 a donc bouleversé la conception traditionnelle de la laïcité, en présumant de l'incompatibilité du port « ostensible » des signes religieux avec le principe de neutralité de l'école républicaine.

Eu égard à son caractère particulièrement répressif, la loi du 15 mars 2004 interpelle nécessairement quant au régime de protection des Droits de l'homme.

²³ CEDH, 15 fev. 2001, *Dahlab contre Suisse*, n° 42 393/98

Dans l'état actuel de la jurisprudence de la CEDH, cette interrogation revêt trois dimensions. En premier lieu, il s'agit d'établir dans quelle mesure l'interdiction du port des signes religieux à l'école est susceptible de répondre à un « *besoin social impérieux* » dans le contexte français (a). Par ailleurs, s'agissant de la marge d'appréciation dont disposent les Etats dans le domaine des libertés religieuses, l'on rappellera l'importance particulière que revêt la tradition constitutionnelle française (b). Enfin, il s'agit de déterminer si ladite interdiction peut raisonnablement être perçue comme une ingérence proportionnée au regard du but poursuivi (c), tel que l'exige la CEDH.

A/ De l'incertitude jurisprudentielle liée à la notion de « besoin social impérieux »

Dans l'affaire *Leyla Sahin contre Turquie*, la légitimation de l'interdiction du port du voile dans les universités se nourrit autant de la spécificité du contexte turc - caractérisé par l'activisme de mouvements extrémistes utilisant les symboles religieux à des fins politiques – que des craintes quant à « *l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arbovent pas* ». En d'autres termes, la protection des « *droits et libertés d'autrui* » et le « *maintien de l'ordre public* » justifient aux yeux de la Cour l'ingérence étatique en matière de port des signes religieux.

Néanmoins, le raisonnement circonstancié de la Cour souffre d'une certaine ambiguïté, en ce qu'il semble indiquer que c'est en raison de ce que l'interdiction intervient « *dans un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane* » qu'elle est légitime au regard de la Convention.

Est-ce à dire que la prégnance de l'Islam dans un Etat partie à la Convention doit être considéré comme un critère déterminant en matière de réglementation du port des signes religieux? Faut-il en déduire que la portée de cette jurisprudence a vocation à fluctuer, selon qu'un contentieux relève exclusivement de la liberté religieuse ou qu'il peut également se réclamer de la défense du « *droit des minorités* » ? Plus généralement, doit-on en déduire que « *les démocraties « mal assurées ou vacillantes » (dont la Turquie ferait partie) ne seraient pas tenues de respecter les droits de l'homme dans les mêmes termes que les démocraties « solides »²⁴ » ?*

²⁴ D. Ch. Deckert et M. Leoydd, « Case analysis, *Leyla Sahin v. Turkey* », *European Human Rights Law Review*, 2004, p.678.

De fait, en l'absence de précisions pertinentes apportées par la Cour elle-même, soumettre la conventionalité de la loi du 15 mars 2004 à la seule transposabilité de l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie* participe de l'aporie juridique qui s'attache trop souvent à la problématique du voile. En effet, bien que de nombreux témoignages attestent de l'essor en France d'un Islam rigoriste²⁵, foncièrement hostile au principe de laïcité et d'égalité, rien ne permet d'assurer que la Cour ne succombe à la tentation de minorer l'importance de cette montée de l'intégrisme en comparaison du contexte turc, et dénie ainsi à la loi française son caractère de « nécessité dans une société démocratique ».

B/ De l'importance des traditions constitutionnelles devant la CEDH

Face à l'incertitude relative à la portée de la jurisprudence *Leyla Sahin*, il semble donc utile de renverser la problématique de la conventionalité de la loi du 15 mars 2004. A cette fin, il convient de la replacer sous les auspices d'une autre constante de la Cour européenne, à savoir l'attention portée par cette dernière aux traditions constitutionnelles propres à chaque Etat.

Ainsi, lorsque l'on considère la décision de la Cour constitutionnelle du 19 novembre 2004 relative au « *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* », la problématique liée à la loi du 15 mars 2004 perd considérablement de son caractère polémique.

Dans cet arrêt, le Conseil Constitutionnel se prononce notamment sur la compatibilité de l'article II-70 du Traité, qui reconnaissait à chacun le droit « *individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public* ». De toute évidence, cette disposition du Traité ne pouvait que susciter un doute raisonnable quant à la compatibilité entre la conception de la laïcité portée par ledit Traité et celle qui résultait de la loi du 15 mars 2004. Malgré cette apparente contradiction, le juge constitutionnel parvient néanmoins à les concilier et à leur redonner toute leur cohérence. Pour ce faire, il rappelle que l'article II-70 se doit d'être interprété au regard de l'article 9 de la Convention qui « *a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, et en dernier lieu par sa décision susvisée -l'arrêt Leyla Sahin contre Turquie du 29 juin 2004-, en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre* ».

Or, tel qu'interprétée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision de novembre 2004, l'acception française de la laïcité s'entend comme le principe interdisant à l'individu de

²⁵ *La République et l'Islam. Entre crainte et aveuglement*, Jeanne-Hélène Kaltenbach et Michèle Tribalat, Gallimard, 2002, p.227 ; « *Voile islamique. Sous le niqab, Leïla la rebelle.* », *L'Humanité*, 7 février 2004 ;

« se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers ». Ainsi, sauf à supposer que la Cour dénie à la France la légitimité de sa tradition constitutionnelle, il est peu probable que la loi du 15 mars 2004 soit sanctionnée au motif d'une incompatibilité de principe vis-à-vis de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Néanmoins, la tradition constitutionnelle d'un Etat, aussi légitime soit-elle, ne dispense pas celui-ci de se conformer au critère de nécessité posée par la Convention en matière d'ingérence dans la liberté religieuse ; or, c'est précisément ce critère qui aujourd'hui semble placer la législation française relative au port des signes religieux en position de sursis.

C/ La loi du 15 mars 2004 en sursis vis-à-vis du contrôle de proportionnalité

Conformément à l'article 9 §2 de la Convention, la Cour est tenue de procéder à un contrôle de proportionnalité afin d'apprécier la nécessité de l'ingérence étatique en matière de liberté religieuse, contrôle sur la base duquel est ainsi ajustée la marge d'appréciation de chaque Etat, en fonction du contexte propre à celui-ci.

L'on a vu précédemment l'importance que revêt le contexte national turc dans le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Leyla Sahin*, contexte dont on a également établi qu'il ne pouvait raisonnablement être comparé à l'actuel contexte français. Pour autant, est-il envisageable que la CEDH fasse abstraction des troubles qui « escortent » le port du voile dans les écoles publiques, tels que des refus de cours de biologie ou d'éducation physique qui constituent autant de manquements à l'obligation d'assiduité de l'élève ? Le fait que « *les mouvements radicaux se substituent largement aux parents dans les affaires contentieuses, en particulier pour les dépenses engagées en cas de procès*²⁶ » n'est-il pas l'indice probant de l'essor en France d'un fondamentalisme musulman qui incite précisément certaines musulmanes à se *prévaloir de leurs croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes*, en violation absolue des principes constitutionnels ?

Si l'on considère de plus la restriction du champ d'application de la loi du 15 mars 2004 aux écoles, collèges et lycées publics, il paraît douteux que la CEDH considère que la France ait outrepassé sa marge d'appréciation ; d'autant plus que la proportionnalité des sanctions disciplinaires prévues par la loi semble acquise, en ce qu'elles sont assorties d'un

²⁶ Hanifa Chérifi, chargée de mission pour les « affaires de voile » auprès de François Bayrou en 1994, cité dans *L'islam et la République, entre crainte et aveuglement*, précité, p.227.

dialogue préalable avec l'élève, satisfaisant ainsi aux exigences procédurales qui se déduisent de l'article 9 de la Convention.

Pour J.F. Flauss, la Cour européenne consacrerait dans le cas contraire, « *sous couvert de la spécificité du contexte national en cause, un nouveau cas de double standard*²⁷ ». Dans le même sens, G. Gonzalez observe qu'en Turquie, « *le but légitime et la proportion des moyens employés s'apprécient à l'aune d'un rapport de minorité à majorité mais sur un même fondement religieux* », tandis qu'en France, « *le rapport est celui d'une minorité à une double majorité, celle des membres de la minorité musulmane n'adhérant pas à des obligations religieuses contraignantes et celle des non musulmans majoritaires* ». Ainsi G.Gonzalez suggère-t-il que le sort de la législation française relative au port des signes religieux reste principalement lié au « *rapport que souhaitera privilégier la Cour au sein de ce triangle d'intérêts divergents* ». Plus qu'une mise à l'épreuve de la laïcité française par l'intégration européenne, une condamnation de la France inaugurerait ainsi un déplacement de la problématique juridique du principe de la liberté religieuse, déplacement dont on peut craindre qu'il ne constitue à terme une dissimulation plus qu'une rationalisation du contentieux en matière de liberté religieuse.

II- L'avenir du voile dans la fonction publique : l'émergence d'un principe de neutralité à géométrie variable

A l'inverse du régime restrictif auquel sont soumis les élèves de l'école publique, l'interdiction du port du voile imposée aux agents de la fonction publique ne résulte pas d'une disposition législative, mais est déduite du principe général de neutralité du service public.²⁸ En d'autres termes, selon le Conseil d'Etat, les fonctionnaires sont tenus d'« incarner » la neutralité qui caractérise le service public.

Cette logique administrative, pour autant qu'elle témoigne d'une indéniable cohérence au regard du droit interne, pourrait néanmoins être prochainement remise en cause sous l'impulsion de la CEDH.

²⁷ *Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement*, J.F. Flauss, in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'Homme*, dir. GONZALEZ, Editions Bruylant, p.219

²⁸ CE, 8 nov. 1985, *Rudent*, Rec. p.316 ; RFD Adm. 1986, p.630

En effet, à considérer les motifs du récent arrêt *Dahlab contre Suisse*, il semble se développer au sein de la Cour une conception relativiste du principe de neutralité du service public, susceptible d'aboutir à la reconnaissance d'un droit au port de signes religieux pour certaines catégories de fonctionnaires.

La consécration d'une telle modulation de la liberté d'expression religieuse des fonctionnaires est d'autant plus probable que, au-delà des indices fournis par la CEDH, les fondements légitimes d'une telle modulation peuvent d'ores et déjà être déduits de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

A - L'arrêt Dahlab : une légitimation tacite et sélective du port du voile dans la fonction publique

Dans l'affaire *Dahlab contre Suisse*, il incombait à la CEDH de déterminer dans quelle mesure pouvait être justifiée l'exclusion d'une institutrice au seul motif que, récemment convertie, celle-ci avait décidé de porter le voile dans le cadre de ses fonctions. En l'espèce, la Cour a admis la conventionalité de la mesure disciplinaire, sans pour autant retenir d'incompatibilité de principe entre le port du voile et le statut de fonctionnaire.

S'intéressant moins à la qualité ou à l'état de fonctionnaire qu'à la nature de sa mission, ou plus précisément aux valeurs qui lui sont spécifiquement liées, la Cour a privilégié un raisonnement extrêmement circonstancié, selon lequel il s'avère « *difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui, et surtout d'égalité, de non-discrimination, que dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves.* »

A l'évidence, c'est donc très précisément la finalité de la fonction exercée par la requérante et non son appartenance à la fonction publique en tant que telle qui a motivé la solution adoptée par la Cour de Strasbourg.

Pour N. Chauvin, l'adoption par la Cour de ce critère finaliste contient, « *en germe, une condamnation radicale du système français, puisqu'il ne reste plus rien ou presque de la solution dégagée dans l'avis Marteaux*²⁹ », selon laquelle « *il n'y a pas lieu d'établir en matière de liberté d'expression religieuse des fonctionnaires une distinction entre les agents de service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement*³⁰ ».

²⁹ *RFD adm*, mai 2003, p.356

³⁰ Conseil d'Etat, avis du 3 mai 2000, Dlle Marteaux

L'on est ainsi en présence d'une opposition *a priori* irréductible entre une position de la CEDH qui consiste, *in fine*, à écarter toute présomption d'incompatibilité entre le port du voile et la qualité de fonctionnaire en exercice, et une consécration sans détour de cette incompatibilité par le Conseil d'Etat.

Selon toute vraisemblance, si l'adoption d'un critère finaliste vient à être confirmé par la CEDH, la France devra nécessairement réviser sa conception unitaire du principe de neutralité du service public, et de fait envisager une application quantifiée du principe de laïcité à ses agents publics, en fonction de la « *force sociale attachée à la fonction occupée par l'agent.*³¹ »

Dans une telle perspective, nul doute que le port du voile serait autorisé dans nombre de services publics, tels que les services postaux ou le Trésor public par exemple, dont la mission première n'est nullement la transmission à ses usagers des valeurs laïques. Reste à savoir si le Conseil d'Etat ne serait pas fondé à dénoncer une tentative de subversion du droit administratif français par le biais de l'intégration européenne.

B - Vers une réconciliation entre le principe de neutralité du service public et la conception administrative d'égalité.

Il existe, *a priori*, peu d'espace de conciliation entre le raisonnement libéral que véhicule l'arrêt *Dahlab contre Suisse* et l'intransigeance affichée par le Conseil d'Etat quant aux implications pratiques du principe de neutralité du service public. Pourtant, dès lors que la problématique se pose en des termes autres que ceux de la liberté d'expression religieuse, il apparaît que la philosophie du Conseil d'Etat s'assouplit considérablement, ce qui se traduit notamment par l'emploi d'un critère finaliste dans sa propre conception de l'égalité des agents ainsi que des usagers du service public.

En effet, dans l'arrêt *Société des Concerts du Conservatoire*, la définition de l'égalité répond à une logique contextualisée, considérant que « *toutes les personnes qui se trouvent placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles.* » Sont ainsi admises des différences de traitements, tant pour les usagers que

³¹ F.Melleray, *AJDA* 2001, p.481

pour les agents du service public, dès lors qu'elles peuvent être justifiées par une différence de situation en rapport avec le service.

Cette conception circonstanciée de l'égalité a une influence considérable quant à la consistance même du principe de neutralité du service public, qui transparaît plus particulièrement à travers l'existence d'un devoir de réserve à géométrie variable.

Ainsi la liberté d'expression des agents publics fait-elle l'objet de restrictions proportionnées à la nature de leurs fonctions et aux circonstances³², qui leur interdit toute manifestation d'opinion de nature à porter atteinte à l'autorité de la fonction.

Aussi existe-t-il d'ores et déjà une convergence certaine entre la CEDH et le Conseil d'Etat quant à la mise en œuvre d'une approche différenciée de la neutralité du service public, qui ne demande aujourd'hui qu'à être étendue en droit interne au port des signes religieux.

³² CE, 11 janv. 1935, *Bouzanquet*, *Rec.* p.44 ; CE, *Melero*, 10 janv. 1959, *Rec.* p. 24 ; CE, 2 juin 1989, *Collier*, *RFD adm.* 1991, p.134. La solution dépend des conséquences dans le public : CE, 20 fevr. 1952, *Magnin*, *Rec.* p.111.

Conclusion

Le port du voile et la construction de mosquées, en tant qu'émanations tangibles de la religion musulmane dans l'espace public français, et au-delà des controverses politiciennes qui les accompagnent avec ferveur vers nombre d'impasses juridiques, interroge aujourd'hui encore le droit français dans ses fondements.

De toute évidence, cette sollicitation du droit ne pourra aller que croissant sous l'impulsion d'une CEDH indiscutablement plus libérale que la France dans le domaine de la liberté religieuse.

On ne saurait ainsi se satisfaire d'avoir appréhendé la seule partie émergée d'une problématique dont les racines vont au cœur du droit et de la religion, et dont l'enchevêtrement constitue l'un des plus sûrs écueils pour la République.

Aussi, s'agissant de la dimension collective de l'Islam, l'intérêt commun exige que soit interrogée l'atomisation du clergé musulman, à laquelle la création du Conseil Français du Culte Musulman n'a pas été en mesure de répondre, voire a contribué à exalter les passions au sein de la communauté musulmane.

De même, s'agissant de la liberté de croyance, par laquelle la liberté individuelle dans son ensemble vient nécessairement se heurter à la consistance de l'espace public, il est d'ores et déjà nécessaire d'observer une vigilance particulière à l'égard de ces nouveaux laboratoires du fondamentalisme musulman que sont les écoles et les hôpitaux publics. Plus concrètement, il revient à la science juridique de veiller à ce que celui-ci ne prospère au gré d'insidieux déplacements de problématiques, telle la substitution du droit au libre choix du médecin au principe général de l'égalité ou de la primauté du « droit de l'élève » vis-à-vis des contenus pédagogiques. C'est de cette vigilance particulière que dépend, assurément, la pérennité de la liberté religieuse et de la cohésion de l'espace public.

SOMMAIRE

<i>Introduction</i>	1
Partie I : La construction de mosquées, une exigence laïque ?	
<i>La neutralité confessionnelle de l'Etat à l'épreuve de l'Islam</i>	5
I- La loi de 1905 : une soumission des lieux de culte au droit commun de l'urbanisme	6
<i>A/ La critique de la séparation immobilière de l'Eglise et de l'Etat : l'Histoire en procès</i>	6
<i>B/ L'interdiction de financement public des cultes assouplie par le droit commun de l'urbanisme</i>	8
II- La persistance des obstacles conjoncturels à l'édification de mosquées	10
<i>A/ La politisation du droit de l'urbanisme</i>	10
<i>B/ Les conséquences de l'atomisation du clergé musulman</i>	12
Partie II : La question du voile islamique, d'un intégrisme l'autre ?	
<i>-La consistance du service public en question-</i>	15
I- La loi du 15 mars 2004 : expression d'un « besoin social impérieux » ou émanation d'une peur collective ?	16
<i>A/ De l'incertitude jurisprudentielle liée à la notion de « besoin social impérieux »</i>	17
<i>B/ De l'importance des traditions constitutionnelles devant la CEDH</i>	18
<i>C/ La loi du 15 mars 2004 en sursis vis-à-vis du contrôle de proportionnalité</i>	19
II- L'avenir du voile dans la fonction publique : l'émergence d'un principe de neutralité à géométrie variable	20
<i>A - L'arrêt Dahlab : une légitimation tacite et sélective du port du voile dans la fonction publique</i>	21
<i>B - Vers une réconciliation entre le principe de neutralité du service public et la conception administrative d'égalité</i>	22
Conclusion	24

