

Cadernos de Pós-Graduação em Direito

Estudos e documentos de trabalho

n. 23, 2013

LES CULTES ET LES POUVOIRS PUBLICS EN FRANCE
LA QUESTION DE LA LAÏCITE

~~LA SOUVERAINETÉ AUJOURD'HUI~~

*Jean-Pierre Machelon**

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo



n. 23, 2013

**LES CULTES ET LES POUVOIRS PUBLICS EN FRANCE
LA QUESTION DE LA LAÏCITÉ**

LA SOUVERAINETÉ AUJOURD'HUI

*Jean-Pierre Machelon**

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es), que cederam a Comissão de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, os respectivos direitos de reprodução e/ou publicação. Não é permitida a utilização desse conteúdo para fins comerciais.

The contents of this publication are the sole responsibility of the authors, who have authorized the Postgraduate Studies Commission of the School of Law of the University of São Paulo to reproduce and publish them. All commercial use of this material is prohibited.

La responsabilidad por el contenido de los artículos publicados recae única y exclusivamente en sus autores, los cuales han cedido a la Comisión de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo los respectivos derechos de reproducción y/o publicación. Queda prohibido el uso con fines comerciales de este contenido.

*Doyen de la Faculté de droit de l'université Paris Descartes. Directeur d'études à l'École pratique des Hautes Études. Membre du Conseil Supérieur de la Magistrature.

LES CULTES ET LES POUVOIRS PUBLICS EN FRANCE

LA QUESTION DE LA LAÏCITÉ

*Jean-Pierre Machelon**

C'est avec grand plaisir qu'à l'invitation du professeur Claudia Perrone Moisés je vais, pour les besoins d'une discussion que j'espère riche et passionnante, vous parler de la laïcité, qui est l'un des concepts les plus controversés, les plus difficiles aussi, du droit public français. Les données principales en sont probablement connues de ce côté-ci de l'Atlantique, mais assurément comme une donnée étrangère à la culture nationale. Reste qu'en France même, nous allons le voir, la portée du principe, depuis toujours, laisse place à la discussion...

«**La France, affirme l'article premier de son actuelle Constitution, est une République** indivisible, **laïque**, démocratique et sociale », et, depuis la Constitution du 27 octobre 1946, la laïcité figure au sommet de l'ordre juridique français. La France est même le seul État de l'Union européenne, avec le Portugal, à avoir inscrit le mot dans sa Constitution. Mais, en droit français, la notion n'est définie nulle part. La fameuse loi du 9 décembre 1905 « concernant la séparation des Églises et de l'État » n'en parle pas ; et aucun texte postérieur n'est plus explicite, pas même la loi du 15 mars 2004 « encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics », ni la loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ». La laïcité est d'ailleurs de plus en plus souvent assortie d'adjectifs qui en orientent diversement le sens. « Positive » – nous y reviendrons –, la laïcité peut être dite aussi « ouverte », « plurielle », « renouvelée », « apaisée », « évolutive » ou encore (mais cette liste de qualificatifs n'est pas limitative) « de participation », pour reprendre l'expression utilisée par la Conférence des évêques de France à l'occasion du centenaire de la loi de 1905. On prône aussi parfois, purement et simplement, le retour à la rigueur du principe, ou, à tout le moins, le maintien de son acception traditionnelle. Monsieur Gérard Larcher, ancien président du Sénat, parlait ainsi de « laïcité sans adjectif ». Bref, nous sommes en présence d'une notion juridique juridiquement non définie ; ou, si l'on préfère, d'une norme ouverte, dont le contenu peut se prêter à toutes les interprétations. Toutes les interprétations ? Oui, car la laïcité comme principe juridique de séparation, dont l'idée première trouve son origine dans le christianisme – « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu » (*Matthieu, XXII, 21*) –, n'est pas toujours imperméable au laïcisme (en son sens d'idéologie politique) dans son application.

I.

Voilà bien des incertitudes. C'est qu'**un long passé a quelque peu brouillé les pistes**. La « laïcité à la française », qui vise d'une manière générale à affranchir la vie civile de l'emprise des institutions religieuses, a partie liée avec la République. Innommée jusqu'au XIX^e siècle, l'idée a connu sous **la Révolution française** des applications éphémères, mais d'envergure, qui ne se sont pas bornées pas au transfert aux municipalités des

*Doyen de la Faculté de droit de l'université Paris Descartes. Directeur d'études à l'École pratique des Hautes Études. Membre du Conseil Supérieur de la Magistrature.

registres paroissiaux. N'oublions pas que la Constitution de l'an III a proclamé avec solennité la liberté des cultes et la séparation des Églises et de l'État. C'est toutefois bien davantage à la **III^e République** qu'à la Première qu'il est habituel de se référer. La laïcité a fait son entrée dans l'État lorsqu'au début des années 1880 les républicains victorieux se sont attachés à séparer l'Église et l'école. Sans utiliser à aucun moment le terme, la loi Ferry du 28 mars 1882 a introduit la laïcité dans l'enseignement primaire ; pour assurer la « neutralité confessionnelle des écoles », elle a supprimé toute référence à Dieu dans les programmes et inscrit en tête des matières obligatoires une « instruction morale et civique » dégagée de tout dogme religieux. La loi Goblet du 30 octobre 1886 a renforcé ce dispositif – sans équivalent à l'époque dans aucun autre pays - par la laïcisation du personnel enseignant. À peu près simultanément, diverses mesures, comme la suppression des prières publiques à l'occasion des rentrées parlementaires, la priorité donnée au mariage civil sur le mariage religieux, la loi sur le divorce ou la mise en œuvre de la neutralité des cimetières et de la liberté des funérailles ont fait cheminer l'idée de laïcité dans l'esprit public. Le mot a alors acquis son sens moderne. Coïncidence révélatrice, Littré lui a fait place dans le *Supplément* de son dictionnaire (1877), en même temps qu'à l'adjectif « anticlérical ».

Une rupture brutale a ensuite été opérée par la **loi du 9 décembre 1905**, dont il est inutile de rappeler ici qu'elle était d'abord un acte de force déchirant une convention diplomatique. Cependant cette loi, appliquée avec souplesse et modifiée à treize reprises depuis sa promulgation, n'a pas fait obstacle au développement de relations étroites entre les cultes et les pouvoirs publics. Ses dispositions majeures, contenues dans les deux premiers articles, ne l'interdisaient pas ; à certains égards contradictoires, elles continuent d'ailleurs de laisser place à la construction jurisprudentielle et doctrinale. Il est écrit (article 2) que « la République ne reconnaît aucun culte », sans que cette proclamation, qui signifie simplement que les activités confessionnelles ne sont plus des services publics, vaille quelque exclusion que ce soit ; la loi se réfère aux « règles d'organisation du culte » et admet l'autorité des évêques (article 4). Autant dire que si la République ne reconnaît plus les cultes, elle les connaît toujours, au même titre que les activités sociales et culturelles développées dans le pays ; et elle doit tous les connaître pour en garantir le libre exercice, comme l'exige en propres termes l'article premier de la loi - lequel implique à cette fin des actions positives qu'une lecture littérale de l'article 2 prohibant les subventions aux cultes semble pourtant interdire... Il faut l'ajouter, tout au long du XX^e siècle, ces actions positives ont rarement fait défaut, spécialement dans le domaine de l'immobilier cultuel et de l'enseignement confessionnel.

On aboutit ainsi à un **système très complexe**, dont, sous trois Républiques, la mise au point graduelle a notablement ajouté aux soubresauts de la vie politique. Les Églises et l'État sont en principe séparés, et le président de la République suscite un tollé s'il parle de religion. Mais, à peine la loi de 1905 entrée en vigueur, l'État et les collectivités publiques propriétaires ont reçu compétence pour assurer l'entretien et la conservation des cathédrales et des églises (loi du 13 avril 1908) – attribution étendue ensuite aux édifices appartenant aux associations culturelles (loi du 25 décembre 1942). Chaque fois qu'un besoin impérieux l'a nécessité, des solutions ont par ailleurs été trouvées pour faciliter la construction de nouveaux lieux de culte. En 1920, le Parlement, Édouard Herriot en tête, vota un crédit destiné à la future mosquée de Paris. Dans les années trente, l'œuvre des « Chantiers du cardinal » obtint des pouvoirs publics, pour la construction d'églises dans la banlieue parisienne, la location aux associations diocésaines de terrains dépendant du domaine privé des collectivités locales ; l'instrument juridique retenu, le bail emphytéotique (99 ans), consenti moyennant un loyer symbolique, devint depuis ce temps-là d'application courante (et favorisa notamment la construction de la cathédrale d'Évry). Une génération plus tard, lors de l'arrivée des rapatriés d'Algérie, un système de prêts bonifiés de la Caisse des dépôts et consignations permit le financement d'une quarantaine de lieux de culte

catholiques, protestants et israélites. À peu près au même moment, par mesure générale, les communes et leurs groupements se voyaient autorisés à garantir les emprunts contractés pour financer, dans les agglomérations en voie de développement, la construction, par des groupements locaux ou des associations culturelles, d'édifices répondant à des besoins collectifs à caractère religieux (article 11 de la loi de finances rectificative du 29 juillet 1961).

Le cas de l'enseignement privé n'est pas moins topique. Tirant les conséquences de longues années de « guerre scolaire », le législateur a prévu, au début de la V^e République, la prise en charge sur fonds publics des dépenses de fonctionnement d'un nombre considérable d'établissements d'enseignement confessionnels, placés sous contrat d'association, « dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public » (loi Debré du 31 décembre 1959) ; et, quelques années plus tard, il a renforcé les obligations financières des collectivités publiques à l'égard de l'enseignement privé et de ses maîtres (loi Guerneur du 25 novembre 1977). D'autres dispositifs, de moindre portée, s'analysent également, de manière directe ou indirecte, comme des **subventions à caractère culturel**. La loi sur le mécénat de 1987, par exemple, a rendu fiscalement déductibles (sous certaines conditions) les dons consentis à des organismes religieux. On doit signaler en outre qu'il existe, depuis 2002, des relations institutionnelles entre le gouvernement français et l'Église catholique, ainsi qu'une institution représentative du culte musulman, créée à l'initiative du pouvoir politique. Cette conception quelque peu « gallicane » du principe de séparation est souvent rejetée à l'arrière-plan par une vision « sentimentale » de la laïcité qui voudrait tout simplement ignorer le fait religieux, en le rejetant dans le for interne. Très ancienne - Hauriou l'a qualifiée il y a plus d'un siècle, en en soulignant le simplisme caricatural – celle-ci tend à dissimuler la multiplicité des implications juridiques aujourd'hui reconnues au principe de laïcité.

II.

Pour cerner avec précision ces implications, il faut, en l'absence de définition, se référer à des textes nombreux et disparates, et bien sûr à la jurisprudence, à titre principal celle du Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'État. On est ainsi conduit à distinguer d'une part les orientations majeures découlant de la Constitution, à concilier avec d'autres principes à valeur constitutionnelle, comme la liberté de conscience et la liberté d'enseignement ; d'autre part, les règles qui visent à en garantir l'effectivité.

Découlent directement et exclusivement du principe constitutionnel de laïcité : la neutralité de l'État en matière religieuse ; la non-reconnaissance des cultes ainsi que l'interdiction de les salarier ; et, « notamment », le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et le libre exercice des cultes (Conseil constitutionnel, décisions n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 et n° 2012 QPC du 21 février 2013). Autour de ce noyau dur s'agrègent les règles législatives et jurisprudentielles. Toutes doivent être prises en considération pour mesurer la portée juridique présente du principe de laïcité, mais, comme le Conseil d'État l'a clairement marqué dans son *Rapport public 2004* (« Un siècle de laïcité »), elles comportent différents aspects.

L'impératif de neutralité, en son sens d'indétermination religieuse, est à mentionner en premier lieu. Il est évidemment impliqué par la séparation des Églises et de l'État (mais la loi de 1905, dont les quarante-quatre articles ont été depuis l'origine substantiellement remaniés et interprétés, n'a pas valeur constitutionnelle). L'État se situe en dehors de toute obédience religieuse. Les Églises n'interviennent pas dans l'organisation de l'État ;

en sens inverse, si elles n'ont plus de statut public, elles s'administrent librement, sans immixtion du pouvoir politique (comme, par exemple, au temps de la Constitution civile du clergé, sous la Révolution française). La neutralité des services publics à l'égard de toutes les croyances religieuses, qui est le corollaire de l'égalité de traitement des usagers, exprime une exigence voisine, toujours étroitement associée au principe de laïcité. Elle pèse normalement – mais, semble-t-il, de plus en plus strictement – sur les seuls agents, qui, dans le cadre du service public, ne peuvent manifester leurs croyances religieuses par le port de signes d'appartenance ou de quelque autre façon. Sous les réserves d'usage tenant au respect de l'ordre public et des limites inhérentes au bon fonctionnement du service public, l'utilisateur garde, quant à lui, sa liberté d'expression religieuse. Celle-ci est cependant entamée, depuis la loi du 15 mars 2004, par des restrictions particulières touchant au port de signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics. À la faveur des inquiétudes suscitées par le « voile intégral », dont le port est interdit dans l'espace public par la loi du 11 octobre 2010, d'autres restrictions pourraient demain survenir.

Autant qu'à la neutralité de l'État, la laïcité est liée à **la liberté religieuse**, elle-même indissociable de la liberté d'opinion et de la liberté de conscience. Le Conseil d'État rappelle nettement qu'elle doit permettre la diversité religieuse de la société. Chacun est libre de croire ou de ne pas croire et, le cas échéant, de choisir sa religion. Il est bien connu que la liberté de conscience qu'assure la République aux termes de l'article premier de la loi de 1905 est elle-même de valeur constitutionnelle. Les références sont surabondantes, qu'il s'agisse de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses »), de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946, de l'article premier de la Constitution de 1958 ou de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (décision 77-87 DC du 23 novembre 1977). Le culte n'étant pas une affaire purement privée, la liberté religieuse s'étend à tout ce que l'on nommait jadis « l'extérieur de la religion » (par opposition au « service divin », du seul domaine de la foi et de la conscience) ; elle inclut le droit d'exprimer et de manifester ses convictions religieuses, sous réserve de l'ordre public. La liberté de culte en est dès lors une composante essentielle, ce que reconnaît l'article premier de la loi de 1905 (« [la République] garantit la libre exercice des cultes »).

Les difficultés commencent lorsqu'il faut passer des principes aux réalisations pratiques. La laïcité impose de les résoudre dans le respect du pluralisme. Car – c'est son troisième aspect – rejetant la notion même de cultes reconnus, elle postule **l'égal traitement de toutes les croyances et de tous les cultes**. Il en résulte que l'État laïque, sans se faire juge du religieux correct, doit protéger les cultes minoritaires contre les discriminations et permettre la diversité religieuse. Tâche que la rapide et spectaculaire montée de l'islam, devenu la deuxième religion de France, le développement du culte évangélique et, d'une façon générale, la transformation contemporaine du paysage religieux rendent à la fois urgente et malaisée...

III.

Comment relever ce défi dans le respect des principes établis ? Faut-il, dans la logique habituellement invoquée (et jusqu'à présent largement méconnue dans la réalité), d'une stricte laïcité, c'est-à-dire d'une laïcité d'abstention, voire de refoulement, tenter d'ignorer le fait religieux et l'exclure de l'espace public ? Ou bien, sous la bannière de la « laïcité positive » (ou toute autre), admettre clairement, sans hypocrisie, le rôle des religions dans l'équilibre et la cohésion de la société, afin d'en tirer toutes conséquences de droit et de fait ?

La première voie offre depuis peu des tentations nouvelles. **Les adversaires les plus résolus de l'immigration musulmane** y succombent avec empressement ; ils condamnent le multiculturalisme qui se serait insidieusement installé dans le pays à la faveur du consensus officiel imposant la non-discrimination, la tolérance et le respect des diversités ; convertis à la laïcité de combat, ils découvrent – avec le zèle du néophyte bien souvent – les vertus offensives du vieux concept républicain. Dans des cercles plus larges de l'opinion, beaucoup, sans avoir les mêmes arrière-pensées, considèrent qu'un signe ostentatoire d'appartenance comme le « voile islamique » symbolise un assujettissement inadmissible à un ordre social archaïque, réfractaire à toute séparation du politique et du religieux. Ou s'inquiètent du rejet, mis en lumière par certains faits divers, des règles de fonctionnement du service public hospitalier, et, plus généralement, des revendications identitaires affirmant ou sous-entendant la supériorité des prescriptions religieuses sur les lois et règlements civils ; sont notamment désignés l'exigence d'une nourriture confessionnelle dans les cantines, la méconnaissance de la priorité du mariage civil, le refus de la mixité dans les piscines municipales ou la mise en cause systématique de l'assiduité scolaire à l'occasion des fêtes religieuses. Dans cette perspective, l'ignorance du fait religieux, c'est-à-dire son confinement dans la sphère privée, peut apparaître comme le rempart le plus efficace contre le communautarisme et la division du corps social.

Il n'est guère discutable que, pour mettre fin à certains abus ou à des comportements provocants, des mesures spécifiques peuvent être envisagées, relevant de la police administrative, de l'autorité réglementaire ou, exceptionnellement, du législateur ; la loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public » fournit un cas d'école. **Pour autant, la voie de la « laïcité positive » ne doit pas être fermée.** Non seulement elle évite le déni de la réalité religieuse, mais elle permet de donner aujourd'hui tout son sens à la garantie du libre exercice des cultes, mise à la charge de la République en 1905 en même temps qu'était proclamée la séparation des Églises et de l'État. Comme aucun culte n'est reconnu, toutes les religions doivent avoir droit de cité pourvu qu'elles respectent les lois de la République.

Je me bornerai sur ce point à formuler trois remarques. Il me semble tout d'abord utile de préciser que l'idée d'une laïcité attentive à la place des religions dans la vie sociale, avancée à plusieurs reprises par le président Sarkozy dans le prolongement de son ouvrage, *La République, les religions, l'espérance* (Cerf, 2004), ne présente aucun danger pour la démocratie, car aucune religion ne prétend aujourd'hui en France à une quelconque hégémonie spirituelle. Pas davantage, elle n'est liée à un projet politique ou partisan. Utilisé en premier lieu par le ministre de l'intérieur (socialiste) Jean-Pierre Chevènement (le 23 novembre 1997, à Strasbourg, à l'occasion de l'ordination épiscopale de Mgr Doré), le mot de « laïcité positive » fait aujourd'hui écho à la volonté de la plupart des responsables religieux d'être entendus sur les grands sujets du moment, sans rester cantonnés dans les limites étroites d'une définition purement rituelle des cultes. Loin de favoriser le communautarisme, l'ouverture ainsi indiquée de la part des pouvoirs publics semble au surplus bien accordée à l'objectif d'intégration et d'apaisement qui tend à s'imposer dans une société multiconfessionnelle de plus en plus hétérogène. Pour ce motif, elle ne devrait pas susciter d'objections majeures, ni de difficultés insurmontables. Prenons le cas de l'aide publique à la construction de lieux de culte, qui, idéalement, rend inutile l'interdiction des prières dans la rue fréquemment réclamée aujourd'hui. Elle est juridiquement possible sans bouleverser la législation existante et – on l'a vu en passant en revue les solutions légales (d'autres l'étaient moins...) – elle a toujours été plus ou moins discrètement pratiquée. À dire vrai, la « laïcité positive » n'est pas plus aventureuse que la laïcité « par le vide ». Elle peut être mise en œuvre dans le prolongement et, à certains égards, dans la continuité d'un siècle de séparation très administrée, dont les traces sont multiples, tangibles et durables.

Sans entrer dans davantage de détails, il y a lieu d'indiquer aussi, en guise de remarque prospective, que **cette conception ouverte de la neutralité est bien accordée au message de l'Europe**. Elle peut être regardée comme dominante dans les États voisins, même si chacun d'entre eux a ses traditions nationales et demeure libre de conférer aux religions le statut qu'il juge souhaitable. Sous ce rapport, le particularisme de la France, s'il apparaît bien réel, est aujourd'hui moins marqué qu'on ne l'affirme parfois. Peut-être pourrait-il demain s'estomper quelque peu.

Le schéma français, avec ses équilibres complexes, n'est parfaitement original que comparé à la situation des États-Unis. Vu d'Europe, le droit américain des religions est d'une simplicité biblique. Les États-Unis, écrivait Tocqueville, ont été fondés pour qu'il fût possible de « prier Dieu en liberté » (*De la Démocratie en Amérique*, livre 1, première partie, I). Depuis lors, le pays, sa société et ses institutions baignent dans une atmosphère de religiosité dont la permanence frappe tous les observateurs. Mais non moins frappante est la neutralité absolue de la puissance publique américaine en matière religieuse. C'est un dogme indiscuté, qui, entre autres effets, permet à un pluralisme culturel strictement égalitaire de prospérer librement et irrésistiblement. Le respect quasi religieux de la liberté religieuse, venu d'une tradition de rupture avec les Églises établies et consacré par le 1^{er} amendement à la Constitution, impose aux pouvoirs publics de strictes obligations de ne pas faire ; la moindre subvention publique aux cultes, qu'elle soit directe ou indirecte, est rigoureusement interdite par la « clause de non-établissement ».

On assiste au contraire, en France et en Europe, à une sécularisation grandissante des sociétés, qui fait parler parfois de « laïcité culturelle », sans que celle-ci fasse obstacle au financement public, direct ou indirect, et à la régulation normative des cultes, Églises, communautés, sociétés et confessions religieuses (selon les différentes terminologies nationales) les plus fortement intégrés à la vie du pays. La plupart des États européens, quel que soit leur régime des cultes, concordataire ou autre, prennent en compte le facteur religieux dans l'équilibre et la cohésion de la société. Tel est traditionnellement le cas en Espagne et (plus encore) en Italie, où le catholicisme garde de très fortes positions ; en Allemagne également, où les Églises sont reconnues et associées à la vie publique, dans une coopération avec l'État solidement institutionnalisée. Sur le plan technique, derrière la diversité des formules juridiques appliquées d'un pays à l'autre, des priorités significatives apparaissent. Un peu partout (sauf en terre d'orthodoxie), la garantie de la liberté de conscience et du pluralisme confessionnel tend à s'imposer comme un impératif catégorique, alors que la séparation des Églises et de l'État, là où elle existe, n'est qu'un principe général d'organisation auquel il peut être dérogé. Le modèle européen qui se dessine tend ainsi à faire de l'autorité publique le garant du libre exercice des cultes. Il n'est certes pas d'application générale, du fait des diversités nationales, mais aucun État, pas même les Pays-Bas, qui ne confèrent pas de statut aux cultes, n'est complètement indifférent en matière de religion. La France laïque, tout en étant singulière, ne fait pas exception sur ce point.

Il faut cependant se garder de rapprochements aventureux. Le mot « laïcité » semble en effet littéralement intraduisible sans faux sens dans aucune langue étrangère, même relativement proche du français. Une affaire retentissante, récemment tranchée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, requête n° 30814/06), a ainsi attiré l'attention sur la largeur du fossé existant entre la « laïcité à la française » et la *laicità*, « principe suprême » dégagé en 1989 par la Cour constitutionnelle italienne. Nul n'imaginerait en France que le Conseil d'État puisse considérer, comme en Italie, que l'exigence de laïcité n'est pas méconnue par l'exposition du crucifix dans les écoles publiques. Mais, comme l'a rappelé le juge européen, la portée de cette exigence, qui dépend largement des traditions nationales, est comprise dans la marge d'appréciation dont disposent les États, sous réserve des contraintes

nées du système européen de protection des droits de l'homme. Suivant l'opinion commune des spécialistes français du droit public, elle relève de ce que le Conseil constitutionnel, pour se réserver une marge de manœuvre à l'occasion des transpositions du droit communautaire, nomme depuis quelques années l'«identité constitutionnelle de la France» (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006).

Ce concept est-il le ciment d'une forteresse? Il est permis d'en douter, à l'examen du droit jurisprudentiel qu'élabore depuis une trentaine d'années **la Cour européenne des droits de l'homme**, dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le juge européen est en harmonie avec la tendance dominante qui vient d'être indiquée. La Cour se montre intransigeante sur la liberté de conscience et le pluralisme confessionnel inhérents à la société démocratique. Néanmoins, elle demeure réfractaire à la traditionnelle laïcité d'abstention invoquée en France. La laïcité, dans ses arrêts, n'est pas un dogme, ni une valeur en soi, mais un moyen parmi d'autres de protéger la démocratie et l'État de droit. Pour citer en propres termes l'un des motifs centraux de sa jurisprudence en la matière, qui émane de sa formation la plus solennelle, « elle a souvent mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des divers religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique » (*Refah Partisi et al. c°/Turquie*, 13 février 2003 (Grande Chambre), § 91). Cette référence à une mission positive de l'État pour le maintien de l'ordre public et de la coexistence pacifique entre les cultes rejoint des conceptions assez généralement reçues en Europe, où l'identité religieuse semble d'abord comprise comme un élément du pluralisme démocratique. Sans doute le juge européen des droits de l'homme ne peut-il imposer un type déterminé de relations entre les Églises et l'État. On aurait tort cependant en France de négliger la force d'attraction des vues qui sous-tendent ses arrêts.

LA SOUVERAINETÉ AUJOURD'HUI

Jean-Pierre Machelon*

Mon propos tentera d'illustrer l'extraordinaire destin d'une idée, devenue dès le XVI^e siècle le concept clé de l'État moderne, avant de subir avec lui une usure particulièrement propice aux controverses juridiques et aux discussions politiques. Dans leur richesse même, les unes et les autres ne sont guère séparables. Le concept en cause est, en effet, d'une rare complexité, qu'il faut souligner d'entrée de jeu. Georges Burdeau l'a fort bien dit: «les débats auxquels donne lieu la notion de souveraineté passent, à juste titre, parmi les plus épineux du droit public; leur ancienneté d'une part, et, d'autre part, l'importance des intérêts pratiques qu'ils engagent les ont entouré d'une obscurité telle qu'elle légitime presque le désir de les déclarer une fois pour toutes sans objet.» Et d'affirmer qu'il s'agit d'une notion «mystérieuse»¹.

Comment en douter? À l'origine fort simple, lorsqu'il ne s'appliquait qu'à la puissance royale, le mot de «souveraineté» est devenu progressivement polysémique (du moins en langue française²). La notion regarde tout à la fois la légitimité du pouvoir, la définition de l'État et l'étendue des prérogatives des gouvernants. Un instrument de consultation courante comme le *Vocabulaire juridique* d'Henri Capitant propose aujourd'hui quatre acceptions. La souveraineté est d'abord le «caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre », ce qui est le cas de la « puissance suprême et inconditionnée dans laquelle l'ordre international reconnaît un attribut essentiel de l'État ». En deuxième lieu, la souveraineté désigne le « caractère d'un organe qui n'est soumis au contrôle d'aucun autre [...] ». « Plus spécifiquement, dans la théorie du régime représentatif, [la souveraineté est l'] attribut d'un être, nation ou peuple, qui fonde l'autorité des organes suprêmes de l'État [...] ». La souveraineté est, enfin, la puissance publique elle-même; c'est l'« ensemble des compétences et privilèges susceptibles d'être exercés par un être souverain»³.

Il est dès lors normal que la souveraineté soit, sur le plan scientifique, diversement scrutée, comme une pyramide dont on peut regarder de tous côtés le sommet inaccessible. Chacun est invité sinon au mélange des genres, du moins à la « pluridisciplinarité ». Pour obtenir en cette matière une vision précise, plusieurs points de vue doivent être croisés. Il y a celui de l'histoire des idées politiques et de la philosophie politique. Il y a celui, difficilement dissociable du précédent, de la théorie générale du droit et de l'État. Il y a celui aussi de la science politique, indispensable pour apprécier dans la réalité des faits l'évolution des relations entre États souverains. Et, *last but not least*, celui du droit public positif, qu'il s'agisse du droit et du contentieux constitutionnels, du droit international ou du droit communautaire.

*Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Paris Descartes. Directeur d'études à l'École pratique des Hautes Études. Membre du Conseil Supérieur de la Magistrature.

¹BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. L'État. 3. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1980. t. 2, p. 287.

²Sur ce point, la langue allemande offre, en revanche, plus de ressources. Elle permet de distinguer le caractère suprême de la puissance étatique (*Souveränität*), l'ensemble des compétences susceptibles d'être exercées par l'État (*Staatsgewalt*) et la qualité de l'organe étatique prédominant (*Herrschaft*).

³CORNU, G. (Dir.). *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1987. p. 754 sq. On peut dire aussi qu'il y a la « souveraineté-indépendance », celle de l'État par rapport aux autres États, la « souveraineté-source », celle du pouvoir dans l'État, et la « souveraineté-puissance », attachée à la notion même d'État (RIALS, S. La puissance étatique et le droit dans l'ordre international: éléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe". *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, t. 32, p. 197, 1987).