

<http://reseau-lcd-ecole.ens-lyon.fr/spip.php?article165>



# Laïcité, Liberté religieuse et port du voile : une évolution juridique peu favorable aux personnes musulmanes

- Ressources - Le droit anti-discriminatoire dans l'éducation - Droit et laïcité(s) -  
Date de mise en ligne : lundi 21 mars 2016

---

Copyright © Réseau National de Lutte Contre les Discriminations à l'École -

Tous droits réservés

---

Cet article s'appuie sur le travail réalisé lors d'un stage au [centre Alain-Savary](#) :

- ▶ [Clarification de quelques notions autour de la laïcité](#)
- ▶ [Histoire juridique de la laïcité...](#)

Sommaire

- [Liberté religieuse, liberté d'expression, ordre public](#)
- [Une logique politique discriminatoire ?](#)

Selon Aristote, la loi doit s'affranchir de la passion. Ces dernières années, force est pourtant de constater qu'un sujet fait particulièrement polémique dans le champ du droit privé comme public : la laïcité. L'étude de l'affaire Baby-Loup, qui en fut l'un des épisodes forts, à l'instar des « affaires du voile » dans l'Education Nationale, nous a conduite à nous interroger sur l'impact de l'évolution juridique et sociale de la notion de laïcité du point de vue des inégalités et des discriminations.

Pour travailler ce sujet, nous aborderons dans un premier temps la question de la tension entre liberté d'expression religieuse et ordre public en analysant notamment l'évolution de ces notions, ce qui nous conduira dans un deuxième temps à aborder la question de la place de l'islam en France et des conséquences de cette évolution pour les populations musulmanes.

## Liberté religieuse, liberté d'expression, ordre public

### De la laïcité à la « néo-laïcité »

Mentionnée pour la première fois dans le préambule de la Constitution de 1946, la laïcité était initialement perçue comme « *le refus de l'assujettissement du politique au religieux, ou réciproquement* » [1]. Garante de la liberté de pensée, de conscience et de religion [2], elle assure à chacun-e la liberté absolue de choisir sa religion et d'en changer (for interne), ainsi que le droit relatif de manifester son appartenance. En effet, ce dernier point fait l'objet de restrictions au regard de « *la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* », éléments communément rassemblés dans notre droit français sous la dénomination d'ordre public.

C'est en s'appuyant sur cette notion juridique que la conceptualisation de la laïcité a progressivement évolué ces 30 dernières années, jusqu'à ce que l'on aboutisse à une laïcité « nouvelle » ou, comme l'appelle Abdellali Ajjat, à la « néo-laïcité », qui a concerné avant tout une communauté bien spécifique : celle des musulman-e-s. L'acceptation ou non du foulard islamique, est ainsi au centre des débats jusqu'à la loi de 2004 qui en a consacré la portée prosélyte. La liberté d'exprimer son appartenance à une religion est depuis interdite dans l'éducation nationale, pour les professeur-e-s comme les élèves, et limitée dans le domaine public, et dans l'entreprise. Le salarié, s'il ne peut être contraint à une interdiction absolue d'expression, doit tout de même faire preuve d'une certaine réserve et ne pas

abuser de ses droits, la doctrine [3] insistant sur la nécessité de « *déterminer un point d'équilibre entre la liberté religieuse du salarié et sa subordination dans l'exécution du contrat de travail* ».

Si des mécanismes de justification différents ont pris place selon les domaines, le rapport avec la question de l'ordre public est cependant toujours présent et semble constituer le point de tension des débats.

## L'apparition d'un ordre public immatériel

Les composantes de l'ordre public fixées par la loi incluent la protection des biens et des personnes à travers la préservation de la tranquillité, de la salubrité et de la sécurité. Cependant, à l'occasion des débats sur l'adoption de la loi de 2004 [4], le législateur a modifié sa signification en faisant désormais référence à l'ordre public immatériel, « *un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société* » [5]. Pour les juristes, cela « *transcrit dans le droit les mœurs propres à la société française [...] ; cette extension sans précédent du concept est lourde de dangers pour la protection des libertés publiques* » [6]. En effet, elle permet également de prohiber des comportements qui iraient, indirectement, à l'encontre des règles essentielles au « *contrat social républicain* » : « *la compétence reconnue au législateur pour fixer un ordre des convenances dans la société française pourrait virtuellement recouvrir toutes les limitations de libertés qu'il pourrait juger bon d'imposer* » [7].

La conception sociétale de l'ordre public pose, en dernier ressort, un problème éthique, surtout dans un Etat pris dans une logique sécuritaire : « *pour les juristes, de telles conceptions de la dignité et de la liberté humaines ne sont que des idéologies visant à justifier le paternalisme d'Etat et l'inscription, dans le droit, des pratiques majoritaires, au détriment des minorités religieuses et culturelles.* » [8].

Le fait que cette notion influe sur les considérations relatives à la laïcité depuis une dizaine d'années nous conduit à approfondir son examen.

Si l'évolution du principe de laïcité peut se traduire comme le passage de la « *modalité principale de gouvernance du pluralisme religieux en valeur nationale [...], le modèle historique de la laïcité séparatiste laiss[ant] la place à un régime de régulation du religieux dont l'objectif ultime est l'assimilation culturelle* » [9], en concordance avec la logique universaliste française, on est donc en droit de s'interroger sur l'impact de ces logiques sur les populations majoritairement concernées par ces inflexions : les musulman·e·s.

## Une logique politique discriminatoire ?

### La question de l'islam en France

La législation et les décisions de Justice ont participé, depuis environ vingt-cinq ans, à l'évolution du regard posé sur les musulman·e·s en déplaçant progressivement la charge de la neutralité de l'Etat aux individus. Plus que la religion, c'est le comportement entier de la personne qui est perçu comme non conforme à la vie en France, et à la logique politique de la Nation. La laïcité se trouve redéfinie comme un « *patrimoine national de valeurs incluant la modernité, l'émancipation, l'égalité des sexes, l'autonomie et le choix rationnel* » [10] et quiconque n'y adhère pas (ou est considéré comme n'y adhérant pas) voit sa place dans le groupe social questionnée.

In fine, la laïcité devient ainsi prétexte à une rhétorique politique identitaire. Au premier abord, la (re)mise en question concerne la légitimité de la présence de l'islam en France, mais, au-delà, c'est la présence musulmane sur le territoire national, qui renvoie elle-même à « *la légitimité « présente » des immigrés postcoloniaux et de leurs*

*enfants (« immigrés à vie » malgré la nationalité française) » [11].* Devant l'incapacité juridique à atteindre ces populations par leur origine ethno-raciale ( ce qui serait discriminatoire), le législateur a déplacé le point de tension sur la religion, profitant de la crise moyen-orientale et de l'islamisation radicale croissante pour développer le discours sécuritaire que l'on évoquait plus haut, aisément transposé dans la notion de laïcité et que vient nourrir « l'islamophobie de plume [...], discours publics stigmatisant sans complexe l'islam et les musulmans » [12].

Pour preuve, le fait que l'expression de la religion n'est violemment perçue que lorsqu'elle émane des musulman-e-s. Le voile islamique, notamment, pose un problème non pas tant en sa qualité de signe religieux, mais en ce qu'il cristallise un ensemble de rapports de pouvoirs sociaux et historiques : le passé colonialiste non résolu de la France, l'hostilité latente à l'égard des immigré-e-s et de leur descendant-e-s, accusé-e-s de former une minorité par trop visible et peu assimilables à « la culture française ». Dans cette configuration, le voile est perçu comme un symbole de revendication identitaire arboré dans une politique de distanciation et de contestation des « normes » françaises [13], ou, pour certains courants féministes, comme celui d'une supposée « oppression » subie par les femmes qui l'arboreraient [14] et qu'il conviendrait de « libérer » de leurs chaînes.

### L'émergence d'une forme juridiquement admise de discrimination indirecte ?

Ces considérations, mises en relation avec l'étude de l'affaire Baby-Loup, font émerger une question essentielle à nos yeux. Les mesures en apparence neutre restreignant la liberté d'expression des salarié-e-s dans le cadre légal actuellement en vigueur ne sont-elles pas productrices de discriminations indirectes qui rendraient le recours au droit difficile pour les personnes musulmanes ?

En entreprise, des mesures permettent de restreindre la liberté d'expression des salarié-e-s, notamment à travers le règlement intérieur, à condition que cette restriction soit justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but à atteindre. La liberté d'expression du salarié peut être limitée en raison de la nature de son poste, des fonctions qu'il ou elle exerce. Une personne qui ne respecte pas le règlement intérieur peut être sanctionnée, ainsi qu'en cas d'abus du droit (si le ou la salariée a un comportement prosélyte ou gênant le bon fonctionnement du service).

La question de la discrimination est notamment posée dans l'arrêt de la Cour de Cassation réunie en assemblée plénière en 2014. Dans ses écritures, Madame Afif fait valoir que son licenciement résulterait d'une discrimination directe en raison de ses convictions religieuses. Le rapporteur rappelle la différence entre discrimination et atteinte à la liberté individuelle, cette dernière pouvant, on l'a vu, se justifier dans le monde du travail. De son point de vue, la limitation des libertés fondamentales ne saurait être équivalente à une discrimination directe. Cependant, s'il ne s'agit pas d'une discrimination directe, ne pourrait-il pas s'agir d'une forme de discrimination indirecte ?

Pour rappel, la discrimination indirecte est définie comme « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence [...] susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes » [15], sauf dans le cas où cette pratique est justifiée par un but légitime.

Partant du principe que l'évolution juridique relative à la laïcité s'est faite dans un contexte où les première-e-s visé-e-s par ces réformes sont les musulman-e-s, est-il possible de considérer les dispositions du règlement intérieur de l'association Baby-Loup comme relevant de la discrimination indirecte ? Autrement dit, est-ce-que les personnes appartenant à une autre religion que l'islam sont autant touché-e-s par ces dispositions ? Et est-ce-que le but poursuivi par l'association Baby-Loup est réel et légitime ?

Les défenseurs de la néo-laïcité aiment à dire que les musulman-e-s ne sont pas les seul-e-s concerné-e-s par les mesures de limitation de la liberté d'expression. Cependant, si l'on considère un instant qui sont les personnes qui arborent, en France, les signes religieux les plus visibles, il s'agit bien des musulman-e-s et plus spécifiquement, des

musulman-e-s qui portent le voile. Une chaîne de baptême, par exemple, est bien plus discrète et n'est pas, contrairement au voile, une obligation religieuse.

La discrimination indirecte comprend le fait de fixer, pour un emploi, des exigences apparemment neutres mais qui vont en réalité conduire à écarter une partie des demandeurs d'emploi. Ici, les personnes portant le voile sont donc placées devant un dilemme : retirer leur voile ou ne pas pouvoir accéder à certains postes. De plus, concernant l'argument relatif au « but légitime », considérant ce que nous avons cherché à démontrer dans notre première partie, il s'avère utile de lire les outils juridiques au regard du contexte social dans lequel ils sont émis. Si la laïcité a été « *pensée pour évoluer en fonction des attentes du corps social comme des exigences de l'Etat de droit* » [16], quid de la notion d'ordre public, ou encore de l'appréciation de ce qu'est un but légitime ou non, appréciation qui a beaucoup varié en fonction des tribunaux en charge du dossier Baby-Loup ?

Il semble donc qu'on soit bien confronté ici à une forme de discrimination indirecte en raison de la religion des individus. Et lorsque, le 13 mai 2015, l'assemblée nationale adopte, en première lecture [17], la proposition de loi Laborde visant à « renforcer la neutralité » dans les structures publiques et à l'étendre à certains services privés, dont les crèches, mais également les services d'assistant-e-s familiales et maternelles, cela ne signifie-t-il pas, pour les musulman-e-s portant le voile et ne désirant pas l'enlever, qu'elles ne pourront plus accéder à ces emplois-là ?

\* \* \*

Nous avons donc vu que la modification profonde du principe de laïcité a entraîné la transformation de la notion d'ordre public, point de tension délimitant la liberté de l'expression religieuse, ce qui pose la question du relativisme du droit et du référentiel d'appréciation du juge. L'évolution des règles de droit relatives à la liberté de l'expression religieuse devant être contextualisée, cela nous a conduit à interroger la logique socio-politique en oeuvre dans le domaine des rapports entre musulman-e-s, immigré-e-s postcoloniaux et République française. La question de l'émergence d'une forme juridiquement admise de discrimination s'est alors posée, et reste en suspens. Dans un contexte où le recours au droit est loin d'être systématique, où les institutions d'opposition sont affaiblies (cf. position du Conseil Constitutionnel lors du vote de la loi du 11 octobre 2010 [18]), l'appareil étatique ne dispose-t-il pas d'une certaine latitude pour institutionnaliser des mesures apparemment neutres mais produisant des inégalités, voire des discriminations ?

De fait, se pose donc la question de la possibilité du recours au droit dans un contexte où la législation et son interprétation par les différentes Cours semblent systématiquement défavorables aux personnes de confession musulmane, qui sont de toute évidence les plus concernées par les tensions autour de la laïcité.

---

[1] Julie BRAU, Controverses autour de la loi du 15 mars 2004 : laïcité, constitutionnalité et conventionalité, ATER en Droit public à l'Université Montesquieu Bordeaux IV- Membre du CERCLE

[2] Cf. Article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

[3] Traité de droit français des religions, sous la direction de Francis MESSNER, Pierre Henri PRELOT et Jean-Marie WOERTHING

[4] Relative à l'interdiction de couvrir son visage dans l'espace public

[5] Conseil d'Etat, « Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », 25 mars 2010

[6] Constantin LANGUILLE, « Logique juridique, logique politique. Le cas de la burqa », Le Débat 2012/5 (n° 172), p. 87-97.

[7] Ibid.

[8] Claire DE GALEMBERT, « Forcer le droit à parler contre la burqa. Une judicial politics à la française ? », Revue française de science politique 2014/4 (Vol. 64), p. 647-668.

[9] Valérie AMIRAUX, « Après le 7 janvier 2015, quelle place pour le citoyen musulman en contexte libéral sécularisé ? », Multitudes 2015/2 (n° 59), p. 83-93.

[10] V. AMIRAUX, *ibid.*

[11] Abdellali HAJJAT, Marwan MOHAMMED, Islamophobie - comment les élites françaises fabriquent le « problème musulman », La découverte, 2013

[12] Ibid.

[13] Christelle HAMEL, « de la racialisation du sexisme au sexisme identitaire », Migrations Société : Femmes dans la migration, vol. 17, 99-100, 2005. - p. 91-104

[14] Pour rappel, selon le CCIF, en 2012, 8 agressions islamophobes sur 10 ont été perpétrées à l'encontre de femmes voilées.

[15] Article 1 de la Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008

[16] Rapport du Haut conseil à l'intégration (HCI), L'islam dans la République, 2000

[17] Site « Vie publique », [publication du 15 mai 2015 concernant la proposition de loi](#)

[18] Interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public