



HAL
open science

La loi du 9 décembre 1905 à l'épreuve des signes et emblèmes religieux

Anne Fornerod

► **To cite this version:**

Anne Fornerod. La loi du 9 décembre 1905 à l'épreuve des signes et emblèmes religieux. Mare et Martin. *Rerum novarum ac veterum scientia*. Mélanges en l'honneur de Brigitte Basdevant-Gaudemet, pp.435-450, 2021, 978-2-84934-472-9. hal-03512004

HAL Id: hal-03512004

<https://hal.science/hal-03512004>

Submitted on 7 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La loi du 9 décembre 1905 à l'épreuve des signes et emblèmes religieux

Anne Fornerod

La loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État résiste à trois processus susceptibles de renvoyer un texte législatif au champ de l'histoire: l'abrogation, la codification¹ et la désuétude. La célébration de son centenaire a donné lieu à un déploiement de célébrations, autant d'hommages rendus à une telle longévité. Réputée intouchable, elle a connu pourtant de nombreux toilettages. Depuis plus d'un siècle, différentes disciplines universitaires susceptibles d'en faire un objet d'études se sont emparées de ce texte. Pourtant, il semble aujourd'hui quelque peu délaissé au profit d'études sur la laïcité qui se sont multipliées, voire marginalisées dans l'appréhension par le droit du fait religieux aujourd'hui, au point de laisser penser que le principe de séparation posé par la loi, sans être périmé, est dépassé². Parallèlement, la loi de 1905 souffre d'une confusion en faisant souvent office, dans les esprits, de loi sur la laïcité. Confusion compréhensible si l'on se reporte aux décisions du Conseil constitutionnel qui emprunte à la loi de Séparation pour définir le principe constitutionnel de laïcité³. Mais est-ce là la seule façon de considérer comment la loi a franchi le siècle qui la sépare de son adoption ? L'actualité contentieuse des dernières années autour de l'article 28 montre combien la loi de 1905 peut emprunter un chemin singulier et riche, illustrant son étonnante capacité à constituer une ressource en droit des religions⁴.

Certes, tous les articles de la loi n'ont pas connu la même destinée. Alors que certains ont tout simplement été supprimés, d'autres ont fait l'objet d'une mise à jour formelle, tandis qu'une poignée d'entre eux sont régulièrement appliqués⁵. Ainsi en va-t-il des dispositions du titre III sur les édifices des cultes et bien sûr de l'article 2, connu pour interdire un financement public des cultes, et qui jouit d'une aura certaine aujourd'hui, au point d'incarner presque à lui seul la séparation. Plusieurs litiges ont récemment attiré l'attention sur l'article 28, selon lequel « Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions. » De manière générale, l'application de la loi de Séparation suppose un constant va-et-vient entre 1905 et « aujourd'hui », quelle que soit la période concernée. Ces opérations d'aller-retour ne se font pas « à vide », mais se chargent d'une appréhension des questions religieuses propre à la période dans laquelle elles s'opèrent, nécessitant *a priori* une adaptation et un travail de qualification qui incombent au premier chef au juge administratif. Cet aggiornamento est donc inséparable de la jurisprudence, quand il n'en est pas directement le fruit. C'est ainsi que les tribunaux se sont emparés de l'article 28, devenu un outil pour trancher une bien épineuse question, celle de la place des signes et emblèmes religieux dans l'espace public. L'article 28 a emprunté un parcours singulier : ayant fait l'objet jusque récemment d'une jurisprudence régulière, mais jusqu'à peu

¹ Contrairement à la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques par exemple.

² Voir sur cette idée Jean-Marie Woehrling, « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, droit et religion*, 1/2011, p. 63 et s.

³ Voir décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013 et décision n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017.

⁴ Ce qui fait dire à Jean Morange : « Cent dix ans après son entrée en vigueur, la portée de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'État rend encore nécessaires de savantes interprétations. C'est aussi une originalité de cette loi. », « Les crèches de Noël – Entre culturel et cultuel », *RFDA*, 2017, p. 127.

⁵ Sur ce point, voir Émile Poulat, *Scruter la loi de 1905*, Paris, Fayard, 2010, p. 79 et s.

confidentielle (1), son application ces dernières années s'inscrit dans des questionnements importants sur l'encadrement juridique du fait religieux, donnant lieu à une lecture renouvelée de ses dispositions (2).

1. L'article 28 de la loi de 1905 : un parcours singulier

Depuis la séparation, des litiges peu nombreux, mais réguliers font application des dispositions de l'article 28 (1.1). Sans être donc tombé dans l'oubli, l'article 28 a connu une publicité presque soudaine ces dernières années avec les arrêts concernant les crèches de Noël qui ont inauguré une période d'importante exposition de ces dispositions demeurées jusqu'alors relativement méconnues (1.2).

1.1. Un contentieux régulier et confidentiel

Les litiges survenus dans les deux décennies suivant la séparation illustrent les intentions exactes du législateur de 1905 et concernent surtout les monuments funéraires et les cimetières. Dans le prolongement de la loi du 14 novembre 1881, la loi de 1905 confirme le principe de neutralité des cimetières publics en réservant une exception à l'interdiction « d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public » pour les « terrains de sépulture dans les cimetières ». Lors de la séance du 27 juin 1905, la conversation s'engage à partir d'un amendement du député Alexandre Lefas tendant à rédiger le futur article 28 dans les termes suivants : « Il est interdit à l'avenir d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des cimetières, ainsi que des musées ou expositions. »⁶ L'intention du député Lefas est double. Il interroge d'une part la notion de « terrains de sépulture privée » en souhaitant « que le texte excepte au moins de ses prohibitions tous les 'terrains de sépulture' en général », permettant ainsi d'y inclure « les sépultures érigées par exemple sur un terrain qui appartient à l'État », telles les « sépultures militaires, par exemple [...] celles élevées lors de la dernière guerre franco-allemande ». Sur ce point il lui sera donné satisfaction. Il entend d'autre part s'opposer à « la prohibition d'élever dans l'enceinte du cimetière un monument religieux ayant un caractère collectif. Disons le mot : vous en voulez à la croix ou à la chapelle de nos cimetières. » À ses yeux, il résultera de cette prohibition « qu'à l'avenir nos municipalités n'aient pas le droit de faire ériger une croix au centre d'un cimetière ». Cette fois, sa requête ne sera pas suivie d'effets, même si la jurisprudence se montrera par la suite très respectueuses de ces exceptions à l'interdiction des signes et emblèmes religieux⁷.

La souplesse de la jurisprudence est tangible à propos des monuments funéraires. Ainsi, le Conseil d'État a précisé en 1924 qu'« il résulte de la distinction même faite par le législateur

⁶ Séance du 27 juin 1905, *JO*, Débats parlementaires, Chambre des députés, p. 2527.

⁷ Voir CE, 21 janv. 1910, *Sieur Gonot, Rec.*, p. 52 : « le maire de la commune de Perrigny-sur-Armançon, en enjoignant au sieur Gonot d'enlever la croix qu'il avait fait édifier sur le terrain dont il est concessionnaire, et en interdisant d'une façon générale 'la pose de toute croix revêtant le caractère d'emblèmes religieux', a entendu assurer la neutralité au point de vue confessionnel du lieu de sépulture; Cons. que si la loi du 14 nov. 1881 a abrogé l'art. 15 du décret du 23 prair. an XII, d'après lequel les cimetières devaient être aménagés en tenant compte des différents cultes professés dans la commune; l'art. 28 de la loi du 9 déc. 1905 maintient le droit des familles de donner à leurs sépultures un caractère religieux ».

entre les terrains de sépulture dans les cimetières et ‘les monuments funéraires’, que cette dernière expression s’applique à tous les monuments destinés à rappeler le souvenir des morts, même s’ils ne recouvrent pas de sépultures et quel que soit le lieu où ils sont érigés » et « que, par suite, le monument élevé à la mémoire des morts de la guerre sur une place publique de la commune de Fouilloy doit être considéré comme un monument funéraire au sens de l’art. 28 précité de la loi du 9 déc. 1905 »⁸. En 2010, et avec une résonance étonnante, la cour administrative d’appel de Lyon se réfère en des termes identiques à la distinction faite par le législateur à propos d’un « monument élevé à la mémoire des morts de la guerre de 1914-1918, initialement sur un emplacement situé devant l’église de ladite commune, doit être considéré comme un monument funéraire au sens des dispositions précitées de l’article 28 de la loi du 9 décembre 1905, nonobstant la circonstance qu’il n’a pas été érigé dans un cimetière »⁹. Cet arrêt traite d’un autre point de l’article 28 à savoir qu’il ne porte interdiction qu’« à l’avenir »¹⁰, d’élever ou d’apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit ». L’intention du législateur était tout aussi claire : « l’article [28] respecte le passé ; il laisse subsister les emblèmes religieux actuellement existants et cette tolérance implique forcément le droit de les réparer pour les tenir en bon état. »¹¹ Or, en l’espèce, la délibération du conseil municipal avait seulement pour objet le déplacement du monument, qui comportait une croix dès l’origine. Ce point avait déjà été précisé quelques années après la séparation, à propos d’une « croix placée à l’entrée du village » et pour laquelle le conseil municipal avait ouvert un crédit nécessaire à sa réfection¹². Les dispositions de l’article 28 ne s’appliquent pas « à l’entretien et à la réparation des monuments préexistants ». La jurisprudence est mince, mais constante sur ce sujet, comme l’a montré l’avis du Conseil d’État rendu le 28 juillet 2017¹³ à propos du refus du maire de la commune de Prinçay, contesté en l’espèce, de déposer « la croix ornant le portail du cimetière communal », croix présente antérieurement à 1905. En dehors des cas d’exception, la date d’installation détermine donc l’applicabilité de l’interdiction contenue dans l’article 28. Ainsi, le tribunal administratif de Besançon a enjoint à la ville de Besançon de démonter la croix qui surmontait le clocher du palais de Granvelle et qui avait été ajoutée lors de la restauration du bâtiment en 1996, en vue de l’installation d’un musée. Il en résultait que « la pose d’un tel objet culturel à cet endroit donne désormais au bâtiment, dans son ensemble, l’aspect d’un édifice religieux ; qu’ainsi, l’apposition d’un tel objet au sommet du musée Granvelle, qui n’a aucune vocation religieuse, est contraire aux dispositions précitées de l’article 28 de la loi du 9 décembre 1905 »¹⁴. On observe d’ailleurs que, de façon incidente au regard des faits à l’origine du litige, les dispositions de l’article 28 ont pu être utilisées afin de caractériser un édifice culturel. Ainsi, la cour administrative de Marseille a jugé à propos d’un projet de salle polyvalente construite par la municipalité et destinée à être mise à disposition d’une association franco-marocaine, que le fait d’invoquer que « le projet de construction élaboré par la direction du patrimoine de la ville concernait les plans d’une

⁸ CE, 4 juillet 1924, *Abbé Guerle*, *Rec.*, p. 640.

⁹ CAA Lyon, 16 mars 2010, n° 07LY02583.

¹⁰ Nous soulignons.

¹¹ Intervention du rapporteur Aristide Briand, Séance du 27 juin 1905, *JO*, Débats parlementaires, Chambre des députés, p. 2527.

¹² CE, 12 janv. 1912, n° 38934, *Commune de Montot*, *Rec.*, p. 36.

¹³ CE, Avis, 28 juil. 2017, n° 408920. Voir aussi, antérieurement, CAA, Nancy, 3 juin 2004, n° 02NC00147, à propos de la décision de la ville de Besançon de remettre un crucifix et des inscriptions religieuses sur le porche de la mairie après sa rénovation.

¹⁴ TA Besançon, 20 déc. 2001, n° 97-0044, *M. Christian G. c/ Ville de Besançon*.

mosquée et que le bâtiment projeté contiendrait des aménagements spécifiques à la religion musulmane », ne suffit pas à établir une méconnaissance des dispositions de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905¹⁵. De façon plus nette dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 9 septembre 2010, la question se posait de savoir si des caves troglodytes creusées dans une falaise au sommet de laquelle se situait une église étaient, à l'instar de l'édifice, affectées au culte. En l'espèce, la cour considère que « les caves ne portent ni signe ou emblème religieux, au sens de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905, propre à les faire reconnaître ou les faire supposer, comme une dépendance de l'édifice cultuel ou du terrain de sépulture dans l'ancien cimetière. »¹⁶

L'article 28 réserve par ailleurs l'exception des signes et emblèmes religieux présents dans les musées ou expositions, dont une illustration contentieuse mérite d'être signalée. En l'espèce, un crucifix avait été accroché au mur de la salle du conseil municipal et de célébration des mariages en 1987 lors du transfert de la mairie de Vallet dans ses nouveaux locaux. À la suite d'un premier arrêt ayant conclu à la méconnaissance de l'article 28 de la loi de 1905¹⁷, il résulte d'un recours ultérieur que « la commune de Vallet a décroché le crucifix apposé sur un mur de la salle du conseil municipal » et « déposé dans une vitrine placée dans la même salle et dans laquelle sont conservés un certain nombre d'objets reçus ou acquis à l'occasion d'événements ayant marqué la vie de la commune ». Il est ici notable que le simple déplacement du crucifix et qu'il soit « conservé, au titre du patrimoine historique d'une commune dans une vitrine d'exposition comportant divers objets dénués de connotation religieuse » suffisent à lui ôter sa qualification d'« emblème religieux apposé dans un emplacement public au sens de la loi du 9 décembre 1905 »¹⁸.

C'est cependant avec le contentieux des crèches de Noël que les dispositions de l'article 28 ont pris une autre dimension en alimentant le débat public et académique.

1.2. Le tournant des crèches de Noël : le délicat passage du cultuel au religieux

La question de savoir si une crèche de Noël pouvait être qualifiée de signe ou emblème religieux au sens de l'article 28 de la loi de 1905 constituait une nouveauté dans le contentieux sur le fondement de ces dispositions. En retenant la « pluralité de significations » des scènes de nativité et face aux divergences d'interprétation des juridictions inférieures, le Conseil d'État a été conduit à poser des critères d'appréciation de leur légalité.

Cette construction prétorienne évoque celle, plus classique, opérée à propos de la prohibition du financement public des cultes. En effet, la loi de 1905 porte essentiellement sur la dimension matérielle de la séparation entre les cultes et l'État en organisant un nouveau statut pour les groupes religieux et en réglant le sort des biens immobiliers et mobiliers des anciens établissements publics du culte. Toute une jurisprudence s'est déployée autour des dispositions de l'article 19 interdisant les subventions aux associations culturelles et surtout de l'article 2 prohibant le financement public des cultes, avec des interrogations soulevées par les limites de la notion de culte. Au fil du temps, des aménagements se sont avérés nécessaires à ce que requiert l'exercice du culte dans un contexte de liberté de religion et de la contrainte que représentaient les interdictions combinées des articles 2 et 19. Lorsqu'il s'agit de distinguer entre les activités culturelles et celles qui ne relèvent pas de l'exercice du culte et

¹⁵ Voir CAA Marseille, 21 février 2014, n° 11MA04852, *Commune de Montpellier*.

¹⁶ CA Versailles, 9 sept. 2010, n° 07/09174, *Commune de Rolleboise*.

¹⁷ CAA Nantes, 4 févr. 1999, n° 98NT00337.

¹⁸ CAA Nantes, 12 avril 2001, n° 00NT01993.

par là de décider de la légalité d'une aide publique au culte, directe ou indirecte, le juge administratif dispose désormais d'une jurisprudence consistante et désormais bien établie¹⁹.

Se reflète ici le fait que le système de relations entre l'État et les cultes s'ordonne presque tout entier autour de la notion de culte²⁰. En dépit des évolutions de la sociologie religieuse, la notion de culte continue d'être cernée et opérante sans difficulté majeure et la différence avec ce que recouvrent potentiellement les signes religieux visés par l'article 28 s'avère substantielle. Le rôle de douanier du cultuel joué depuis longtemps et avec aisance par le juge administratif rencontre ici un défi de taille. La singularité de l'article 28 de la loi de 1905 vient de ce qu'il implique une distinction entre ce qui est religieux et ce qui ne l'est pas, une telle qualification s'exerçant dans des limites plus floues que celles qui entourent la notion de culte. Il ne s'agit plus d'articuler le double usage d'un bien, cultuel et non cultuel, mais de statuer sur un bien unique dont le sens est pluriel. Le passage d'une distinction entre le cultuel et le non cultuel à la différenciation du religieux et du non-religieux suppose un saut substantiel, mis en lumière par les litiges concernant l'exposition de crèches de Noël dans des espaces publics.

Doit-on considérer une crèche comme un signe ou un emblème religieux, entrant dans cette hypothèse dans le champ d'application de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 ? Telle était la question que devait trancher le Conseil d'État dans deux arrêts rendus le 9 novembre 2016²¹. Au moment de la séparation, le rapporteur Aristide Briand avait donné des indications permettant de savoir ce qu'il faudrait entendre par signes ou emblèmes religieux : « Il s'agit ici d'emblèmes, des signes extérieurs ayant un caractère spécial, c'est-à-dire destinés à symboliser, à mettre en valeur une religion. »²² Pour autant, il avait aussi prédit les difficultés d'interprétation des dispositions de l'article 28, sans que l'on puisse donc en attribuer la cause au seul changement d'époque : ces difficultés « constitueront des questions d'espèces. Elles sont inévitables. Je conviens volontiers que parfois elles pourront engendrer des abus. Mais qu'y faire ? C'est le sort de toutes les lois, si minutieusement qu'elles aient été étudiées, de rester quand même, par quelque côté, imparfaites. »²³ Il convient toutefois de s'interroger sur la façon dont le Conseil d'État s'est saisi de ces difficultés dans un contexte de rapport au religieux profondément modifié.

¹⁹ Ainsi, dans l'affaire des ostensions limousines jugée le 15 février 2013, le Conseil d'État considère que celles-ci, conclues par des célébrations eucharistiques, « revêtent, en elles-mêmes, un caractère cultuel, alors même [...] qu'elles ont acquis un caractère traditionnel et populaire » : CE, 15 févr. 2013, n° 347049, *Grande confrérie de Saint Martial et a.* ; voir aussi CE, Ass., 19 juil. 2011, *Commune de Trélazé*, n° 308544 à propos de l'achat et l'installation d'un orgue par la municipalité, dans une église paroissiale, en vue d'organiser des manifestations culturelles et CE, Ass., 19 juillet 2011, *Fédération de la libre pensée du Rhône*, n° 308817 concernant une subvention municipale en vue de l'installation d'une rampe d'accès pour les personnes handicapées dans la basilique de Fourvière à Lyon. Voir aussi Édouard Geffray, « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », *RFDA*, 2011, p. 967 et s. et Jean-Marie Woehrling, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP*, 6/2006, p. 1633.

²⁰ Même si le Conseil d'État s'est livré à un exercice de définition pour pouvoir continuer à mobiliser le texte de 1905 dans un contexte de diversification des courants religieux : voir CE, avis, Ass., 24 oct. 1997, n° 187122.

²¹ CE, 9 nov. 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 et CE, 9 nov. 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223. La multiplication des commentaires de ces litiges évoque l'engouement qui avait saisi la doctrine lors du feuilleton judiciaire auquel avait donné lieu une autre crèche, gérée par l'association Baby-Loup. Le propos n'est pas ici d'ajouter une analyse des critères retenus par le Conseil d'État pour qualifier un signe ou emblème de religieux, mais de tenter d'apprécier comment le juge administratif se saisit aujourd'hui de dispositions adoptées il y a plus d'un siècle, d'observer l'incidence du passage du temps sur l'application de l'article 28.

²² Séance du 27 juin 2005, JO, Débats, p. 2528.

²³ Séance du 27 juin 2005, JO, Débats, p. 2528.

Jusqu'à présent, le juge administratif avait généralement eu à connaître de signes ou emblèmes dont la signification religieuse ne pose pas de réelle difficulté, à savoir des croix ou crucifix, qu'il s'agisse de juger de l'applicabilité de l'interdiction de l'article 28 ou qu'ils entrent dans les exceptions prévues. Même une « statue de la Vierge portant l'inscription 'Notre Dame du Léman veille sur tes enfants' » installée dans un parc public avait sans équivoque été qualifiée d'emblème religieux²⁴. D'où venait alors la difficulté à propos des crèches et comment interpréter la formule du Conseil d'État qui leur attribue une « pluralité de significations » ?

Partant de cette « mixité » et pour demeurer dans le cadre de l'article 28, le cas des crèches n'est pas très éloigné de ce qui a trait aux monuments funéraires et en particulier les monuments aux morts. L'on pourrait en effet considérer que ces « emblèmes » tirent leur caractère mixte de ce qu'ils sont « destinés à rappeler le souvenir des morts, même s'ils ne recouvrent pas de sépultures et quel que soit le lieu où ils sont érigés »²⁵. Dans ces cas de figure, une croix va au-delà du signe chrétien et incarne le culte des morts, depuis des siècles lié aux traditions religieuses, et dont il ne s'est pas totalement affranchi, même en ayant été touché ces dernières décennies par une sécularisation certaine. C'est le point de vue qu'avait essayé de défendre le député Alexandre Lefas lors de la discussion de la loi de séparation à propos des croix de cimetière²⁶. L'incidence du contexte contemporain sur l'application de la loi de 1905 ne résiderait-elle pas dans le fait que la qualification de religieux intervient dans une situation d'« effacement d'une culture liée à la 'civilisation paroissiale' et [de] flottement des esprits devant les formes inédites que prend le culte dans notre société »²⁷ ? Avec les crèches de Noël la question se pose des incidences de la recomposition des modes d'expression des croyances qui sont susceptibles de modifier la religiosité des pratiques – et des biens qui en sont le support – et de les rendre plus insaisissables. L'on peut aussi considérer qu'en retenant la « pluralité de significations » des crèches, le Conseil d'État a souhaité retrouver la veine des arrêts de juillet 2011 qui reposaient sur la possibilité d'une séparation entre le cultuel et le non cultuel, en distinguant les cas où une crèche de Noël présente un caractère religieux et ceux où une crèche est « un élément faisant partie des décorations et illustrations qui accompagnent traditionnellement, sans signification religieuse particulière, les fêtes de fin d'année ». Or, la démarche semble ici nettement moins praticable qui consiste à isoler ces significations et d'en conclure à l'applicabilité ou pas de l'article 28, car « la crèche est – par définition – toujours religieuse même si elle s'accompagne d'autres

²⁴ TA Grenoble, 29 janv. 2015, n° 1200005.

²⁵ CE, 4 juil. 1924, *Abbé Guerle, Rec.*, p. 640 ; voir aussi, dans les mêmes termes CAA Lyon, 16 mars 2010, n° 07LY02583.

²⁶ Chambre, séance du 27 juin 1905. On en trouve une expression, d'une certaine façon, dans l'arrêt *Abbé Guerle* qui annule un arrêté municipal « interdisant le dépôt des croix, emblèmes religieux et autres autour du monument aux morts » ce qui empêchait « les familles de rendre à ceux des leurs qui sont morts pour la France un hommage de forme aussi normale et aussi traditionnellement respectable », CE, 4 juil. 1924, *Abbé Guerle, Rec.*, p. 640.

²⁷ Émile Poulat, *Scruter la loi de 1905, préc.*, p. 277. L'auteur applique cette réflexion au patrimoine culturel religieux, qui « n'est pas uniquement religieux, et il l'est même de moins en moins au fil du temps, mais il l'est pour une part qui reste essentielle. La culture ne se confond ni avec la foi, ni avec la science, ni avec l'art : seule elle est accessible à tous et voie d'accès à tout au prix que chacun peut y mettre. Michel de Certeau évoquait 'la beauté du mort' devant cet engouement pour un passé religieux avec lequel beaucoup n'ont plus d'attache. » (p. 347). Il a été soutenu à propos des crèches de Noël que « le recul des pratiques religieuses est tel aujourd'hui que cette représentation des traditions populaires n'est plus assurée, ce qui appelle une prise en charge que les maires sont naturellement portés à proposer par substitution, pour faire vivre leur ville au moment des fêtes. » Pierre-Henri Prélot, « Les crèches de Noël devant le juge administratif », *Revue du droit des religions*, 1/2016, p. 151.

significations » et « le fait qu'il y ait une pluralité – indéniable – de sens à un symbole religieux ne fait pas disparaître le religieux. Au pire, elle le dilue, mais ne l'efface pas. »²⁸ En appréhendant les scènes de nativité par le biais de la pluralité de significations, le Conseil d'État a-t-il ouvert une boîte de Pandore ? Au regard des quelques décisions qui ont suivi les arrêts du 9 novembre 2016, force est de constater que les juridictions administratives inférieures se sont approprié la ligne jurisprudentielle ainsi établie pour les crèches de Noël et ont majoritairement retenu l'illégalité de leur installation²⁹.

Par la suite, la Haute juridiction a eu deux fois l'occasion de se pencher sur l'applicabilité de l'article 28 – à propos d'une croix ornant une statue et d'une croix sur un portail de cimetière – sans que la qualification de signe ou emblème religieux ne soulève de difficulté et sans recourir aux critères posés précédemment pour les crèches³⁰. Dans l'arrêt *Fédération morbihannaise de la Libre Pensée et autres*, « le monument litigieux [...] se compose d'une statue du pape Jean-Paul II ainsi que d'une arche surmontée d'une croix »³¹. Il est clairement jugé que « si l'arche surplombant la statue ne saurait, par elle-même, être regardée comme un signe ou emblème religieux au sens de l'article 28 précité de la loi du 9 décembre 1905, il en va différemment, eu égard à ses caractéristiques, de la croix. Par suite, l'édification de cette croix sur un emplacement public autre que ceux prévus par l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 précité méconnaît ces dispositions, sans que la commune et l'association intervenante en défense soient utilement fondées à se prévaloir ni du caractère d'œuvre d'art du monument, ni de ce que la croix constituerait l'expression d'une forte tradition catholique locale, ni de la circonstance, au demeurant non établie, que la parcelle communale sur laquelle a été implantée la statue aurait fait l'objet d'un déclassement postérieurement aux décisions attaquées ». S'agissant de la croix qui ornait le portail du cimetière communal de Princay, l'avis du Conseil d'État du 28 juillet 2017³² est formulé dans la tonalité de la jurisprudence antérieure alors que la question posée par le tribunal administratif de Poitiers se référait aux critères posés pour les crèches et demandait « si cette croix constitue simplement un élément visant à signaler de manière traditionnelle la présence d'un cimetière ou si elle revêt le caractère d'un signe ou emblème religieux ».

En revanche, il est à relever que, tant l'avis que l'arrêt de 2017, reprennent la référence à la « neutralité des personnes publiques » associée dans les arrêts de novembre 2016 à l'article 28. C'est, au-delà de la nécessaire distinction entre culturel et religieux, un des autres enjeux que recèle l'article 28 au regard de ce qu'il dit de l'application de la loi de 1905

²⁸ Voir Mathieu Touzeil-Divina, « Ceci n'est pas une crèche ! », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 45, 14 novembre 2016, act. 853.

²⁹ CAA Marseille, 3 avril 2017, n° 15MA03863 (crèche dans l'hôtel de ville de Béziers) ; TA Lyon, 5 oct. 2017, n° 1701752 (crèche de Noël dans le hall d'entrée de l'hôtel de la région Rhône-Alpes) ; CAA Douai, 16 nov. 2017, n° 17DA00054 (crèche dans l'hôtel de ville d'Hénin-Beaumont, confirmant TA Lille 30 nov. 2016, n° 1509979). Toutes ces décisions ont conclu à l'illégalité de l'installation d'une crèche : seule la cour administrative de Nantes (6 oct. 2017, n° 16NT03735) a considéré à propos de la crèche dans l'hôtel du département de Vendée que « son installation temporaire, qui résulte d'un usage culturel local et d'une tradition festive, n'est pas contraire aux exigences attachées au principe de neutralité des personnes publiques et ne méconnaît pas les dispositions de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 ».

³⁰ Pour une autre appréciation de ces décisions de 2017, voir Samuel Etoa, « Le juge, le pape, la croix... et le calvaire de l'article 28 de la loi de 1905 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20 novembre 2017. Selon l'auteur, l'arrêt *Fédération Morbihannaise de la libre pensée* « approfondit dès lors le relativisme inhérent à l'appréciation des 'signes et emblèmes religieux' puisque tout porte à croire, à la lecture de cette décision, qu'une croix de moindre dimension aurait eu les faveurs du juge. »

³¹ CE, 25 oct. 2017, *Fédération morbihannaise de la Libre Pensée et autres*, n° 396990.

³² CE, 28 juil. 2017, Avis, n° 408920.

aujourd'hui : il invite à une lecture renouvelée du principe de neutralité religieuse et de la notion d'espace public.

2. L'article 28 de la loi de 1905 et le principe de neutralité

La loi de 1905 n'est pas demeurée un texte « hors-sol » et la question se pose de son articulation avec l'évolution de l'encadrement juridique du fait religieux. C'est ainsi que l'on peut considérer qu'à travers les arrêts récents faisant application de l'article 28, l'on touche à deux sujets essentiels dès lors qu'il s'agit de la régulation publique du fait religieux aujourd'hui. D'une part, l'article 28 vient s'ajouter à l'article 2 de la loi de 1905 comme fondement de la neutralité des personnes publiques (2.1). D'autre part, il permet de saisir plus exactement les évolutions de l'usage de la notion d'espace(s) public(s) en lien avec l'expression de convictions religieuses, s'inscrivant ainsi dans le débat plus général sur la visibilité des signes religieux dans l'espace public, jusqu'à présent nourri quasi exclusivement par le port du foulard islamique (2.2).

2.1. La neutralité des personnes publiques : l'émancipation de l'article 28 ?

Le contentieux des crèches de Noël et celui qui lui succède apportent sur la question de la neutralité des personnes publiques une nouveauté de formulation qui mérite d'être soulignée en ce qu'elle pourrait être liée à ce que recouvre la neutralité des personnes publiques dès lors qu'il s'agit de signes et emblèmes religieux.

L'originalité de la formulation des arrêts de novembre 2016 – et des suivants – est double : elle procède d'une part de la référence à la neutralité des personnes publiques, sans lien avec une activité de service public ; elle vient d'autre part de la mise en avant de l'article 28 dans le fondement d'une telle neutralité, laissant penser à un enrichissement du fondement juridique de la neutralité religieuse sinon à une émancipation de ces dispositions à l'égard de l'article 2 de la loi de Séparation.

L'article 2 de la loi de 1905 posant le principe de la non-reconnaissance des cultes et de l'interdiction de leur financement sur fonds publics est étroitement associé au principe de neutralité des personnes publiques en matière religieuse. Le Conseil d'État avait jugé à ce propos que « la prohibition des subventions à l'exercice même d'un culte [...] poursuit depuis plus d'un siècle le but légitime de garantir, compte tenu de l'histoire des rapports entre les cultes et l'État en France, la neutralité des personnes publiques à l'égard des cultes »³³. Si cet article est aujourd'hui interprété comme l'incarnation de la neutralité de l'État, sa raison d'être en 1905 vient surtout de ce qu'il découle de la suppression du budget des cultes. Il en résulte un certain paradoxe en ce que l'article 28 poursuit *a priori* un objectif de neutralité plus explicite aux yeux du législateur de la séparation³⁴.

³³ CE, 15 févr. 2013, n° 347049, *Grande confrérie de Saint Martial et a. V.* aussi Observatoire de la laïcité, *Avis sur l'application ou la non-application du principe de neutralité aux prestataires extérieurs de l'administration publique ou des services publics*, 29 mai 2018, p. 4 : « L'exigence de neutralité religieuse de l'administration publique, des services publics et de ceux qui exercent une mission de service public résulte de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État. »

³⁴ V. l'intervention du rapporteur : « La rue, la place publique sont à tous. Pourquoi revendiquez-vous le droit, vous catholiques, en régime de séparation, de violer la neutralité confessionnelle en exposant aux regards des citoyens, qui peuvent ne pas partager vos croyances, des objets exaltant votre foi et symbolisant votre religion ? »

Le lien établi entre le principe de neutralité et l'article 28 n'est pas complètement inédit au sens où il précède le contentieux des crèches. Dans deux litiges antérieurs à 2016, le juge administratif avait considéré ensemble l'article 1^{er} de la loi de Séparation et son article 28 pour en déduire que « l'apposition d'un emblème religieux sur un édifice public, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 1905, méconnaît la liberté de conscience, assurée à tous les citoyens par la République, et la neutralité du service public à l'égard des cultes quels qu'ils soient »³⁵. Pourtant, l'on observe une évolution dans l'ensemble jurisprudentiel que constituent les arrêts relatifs aux crèches et les deux affaires ultérieures, à Ploërmel et Prinçay. Dans les premiers, la référence est d'abord celle de l'article 2 avant que celle-ci ne disparaisse dans les deux espèces suivantes et que l'article 28 « s'émancipe » et acquiert son autonomie pour « assurer la neutralité des personnes publiques à l'égard des cultes ».

Au fond, davantage que sur la nature religieuse – ou pas – des crèches de Noël, les arrêts du 9 novembre 2016 ont fait jurisprudence sur le principe de neutralité des personnes publiques. Fondée sur l'article 28 et non comme habituellement sur l'article 2, l'obligation de neutralité religieuse des personnes publiques revêt-elle une singularité ? À la différence d'un signe religieux vestimentaire par exemple, le symbole religieux « n'a pas pour objet de manifester une adhésion d'une ou plusieurs personnes à une conviction. Il fait référence à une religion de manière objective afin de donner une visibilité publique à celle-ci : tel est le rôle des emblèmes, monuments ou autres objets destinés à faire référence à une conviction religieuse »³⁶.

La neutralité des personnes publiques en la matière s'apprécierait donc dans le maniement qu'elle opère de ces signes et emblèmes. Dès 1905, le rapporteur posait la question en ces termes : « ne comprenez-vous pas qu'il serait dangereux pour la paix publique de permettre aux conseils municipaux de se servir des places et des rues de nos villes et de nos villages pour affirmer leurs convictions religieuses sous l'aspect d'emblèmes ou de signes symboliques ? ». Contrairement à la notion de culte, les signes et emblèmes religieux, quelle que soit l'importance de leur portée signifiante, demeurent passifs et dépendent de l'usage qui en est fait, conférant toute son importance à l'intention des personnes publiques en la matière. Le parallèle a été fait entre ces litiges et l'affaire Lautsi qui concernait la présence d'un crucifix dans une salle de classe d'une école publique italienne³⁷. Or, au moins un élément permet de distinguer le contentieux français et le cas italien. En 1905, le législateur a bien pris la peine de préciser que l'interdiction de l'article 28 ne vaut que pour l'avenir, laissant ainsi aux édiles locaux la responsabilité de leur démarche et écartant la possibilité de signes et emblèmes religieux « passifs » postérieurement à 1905. Défaite du prisme du service public, la neutralité des personnes publiques dès lors qu'elle s'apprécie à travers l'exposition de « signes et emblèmes religieux » prend alors toute sa substance et se définit comme l'absence de « reconnaissance d'un culte » ou de « préférence religieuse » pour reprendre la formule des arrêts du 9 novembre 2016. Il revient au juge de vérifier qu'il n'entraîne pas dans leurs intentions de « promouvoir une religion », qu'elles n'agissaient pas « dans un but de

³⁵ CAA Nantes, 4 févr. 1999, n° 98NT00207 ; voir aussi, dans des termes identiques : TA Besançon, 20 déc. 2001, n° 970044 et, mais associant cette fois l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 et l'article 28 de la loi de 1905, CAA Nantes, 11 mars 1999, n° 98NT00357 et TA Rennes, 30 déc. 2009, n° 0701701.

³⁶ Jean-Marie Woehrling, « Qu'est-ce qu'un signe religieux ? », *Société, droit et religion*, 2012, p. 14.

³⁷ Jean Morange, « Les crèches de Noël – Entre culturel et culturel », *RFDA*, 2017, p. 127 ; Samuel Etoa, « Le juge, le pape, la croix... et le calvaire de l'article 28 de la loi de 1905 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 20 novembre 2017.

manifestation religieuse»³⁸, expression déjà utilisée lors des débats parlementaires³⁹. L'intention des promoteurs de tels signes et emblèmes s'avère donc déterminante. Dans l'affaire du logotype du conseil général de Vendée, « représentant deux cœurs entrelacés surmontés d'une couronne portant une croix », il a été retenu qu'« en admettant même que chacun de ses éléments puisse être dissocié et représenter un motif religieux, ce logotype, qui n'a pas été réalisé dans un but de manifestation religieuse, ni n'a eu pour objet de promouvoir une religion, a pour unique fonction d'identifier, par des repères historiques et un graphisme stylisé, l'action du Département de la Vendée ; [...] dès lors, ce logotype ne peut être regardé comme un 'emblème religieux' »⁴⁰.

Outre la signification du signe ou emblème religieux et l'intention de la personne publique, l'examen juridictionnel de l'article 28 tient compte du lieu d'exposition, dans une moindre mesure. Il reste donc à apprécier l'incidence de l'évolution de la neutralité de l'espace public sur l'application de l'article 28.

2.2 L'article 28 et la neutralité de l'espace public ?

L'identification de ce qui peut constituer un signe ou emblème religieux ne constituait qu'un des enjeux pour le Conseil d'État dans les arrêts relatifs aux crèches de Noël : il lui revenait également de se saisir de la notion d'« emplacement public », dans un contexte contemporain doublement marqué par l'avènement de la catégorie d'espace public et le débat toujours sensible sur la visibilité des signes religieux.

Qu'entendait le législateur de 1905 par l'expression « quelque emplacement public que ce soit »⁴¹? Il ressort des débats parlementaires que sont visés « les rues, les places publiques ou les édifices publics autres que les églises et les musées »⁴². Plus précisément, l'article 28 « ne s'applique qu'aux emplacements publics, c'est-à-dire qui sont la propriété soit de l'État, soit du département, soit de la commune. Ce domaine est à tous, aux catholiques comme aux libres penseurs. C'est lui seul que nous avons voulu préserver contre les manifestations religieuses sous la forme d'emblèmes ou signe symboliques. »⁴³ L'on observe ainsi une conception organique de ce qui sera un siècle plus tard l'espace public : il incombe aux personnes publiques de ne pas « violer la neutralité confessionnelle » dans les espaces qui leur appartiennent « en exposant aux regards des citoyens, qui peuvent ne pas partager vos croyances, des objets exaltant votre foi et symbolisant votre religion »⁴⁴. En 1905, « il n'est nullement question d'empêcher un particulier, si c'est son goût, de faire décorer sa maison de la manière qui lui plaira, même si cette maison a façade sur une place ou une rue. Si telle avait été notre intention, nous aurions appliqué l'interdiction de l'article [28] à tous les emblèmes

³⁸ CAA Nantes, 11 mars 1999, n° 98NT00357.

³⁹ Par Aristide Briand : « Vous me demandez quels autres signes distinctifs de la religion ne devront plus être érigés dans l'avenir. Je vous indique que par ces mots "emblèmes, signes religieux", nous entendons désigner des objets qui ont un caractère nettement symbolique, qui ont été érigés moins pour rappeler des actions d'éclat accomplis par les personnages qu'ils représentent que dans un but de manifestation religieuse. » Voir en ce sens par exemple Thomas Hochmann, « Le Christ, le père Noël et la laïcité, en France et aux États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 53, no. 4, 2016, p. 53-61 : « la crèche, si elle a bien une signification religieuse, ne fait dans les circonstances de l'espèce que s'inscrire dans les décorations de Noël et ne traduit nulle adhésion publique au christianisme. »

⁴⁰ CAA Nantes, 11 mars 1999, *Association « Une Vendée pour tous les vendéens »*, n° 98NT00357.

⁴¹ L'accent sera mis ici sur cette notion, les « monuments publics » visés par la loi s'entendant, à ce qui ressort des débats, des statues ou monuments funéraires essentiellement, sans que l'on puisse y inclure les édifices.

⁴² Chambre, Séance 27 juin 1905.

⁴³ Chambre, Séance 27 juin 1905.

⁴⁴ Chambre, Séance 27 juin 1905.

religieux offerts à la vue du public. Dans ce cas, les maisons n'eussent pas seules été visées, mais encore tous les terrains privés qui, par leur situation, pouvaient être vus de la rue. Il eût été interdit d'y ériger, par exemple, un calvaire.»⁴⁵ Depuis, la question de la visibilité des signes religieux dans l'espace public a été considérée à propos des signes vestimentaires sur un plan législatif. Après la loi du 15 mars 2004 concernant les établissements scolaires, c'est la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public qui a été adoptée. Celle-ci innove en ce qu'elle a introduit en droit la notion d'espace public⁴⁶. Aux termes de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2010, l'espace public est tripartite, car « constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public ». La circulaire d'application du 2 mars 2011⁴⁷ considère que « la notion de voies publiques n'appelle pas de commentaire », mais apporte des précisions sur les notions de « lieux ouverts au public » et de « lieux affectés à un service public ». Ces derniers « désignent les implantations de l'ensemble des institutions, juridictions et administrations publiques ainsi que des organismes chargés d'une mission de service public »⁴⁸. Les premiers « constituent des lieux ouverts au public les lieux dont l'accès est libre (plages, jardins publics, promenades publiques...) ainsi que les lieux dont l'accès est possible, même sous condition, dans la mesure où toute personne qui le souhaite peut remplir cette condition (paiement d'une place de cinéma ou de théâtre par exemple). Les commerces (cafés, restaurants, magasins), les établissements bancaires, les gares, les aéroports et les différents modes de transport en commun sont ainsi des espaces publics. » Dans quelle mesure la conception contemporaine de l'espace public a-t-elle rejailli sur l'appréciation des conditions d'application de l'article 28 qui emploie les termes de « monuments publics » et « emplacement public » ? Car la notion d'espace public définie en relation avec l'interdiction de dissimuler son visage apparaît ici extensive et la traditionnelle dichotomie public/privé est moins nette. Concernant les lieux affectés à un service public, l'équivalence s'établit assez aisément avec ce que le Conseil d'État a désigné à propos des litiges concernant les crèches de Noël par les « bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public »⁴⁹. En revanche, l'ensemble formé par les lieux ouverts au public – entendu très largement par la circulaire du 2 mars 2011 – est absent des considérations de la Haute juridiction qui se réfère aux « autres emplacements publics [...] notamment sur la voie publique », renvoyant aux « voies publiques » de la loi de 2010. Le propos n'est évidemment pas le même : le législateur de 2010 était mû par l'ambition d'ôter toute visibilité au « voile intégral » musulman tandis que, dans le cadre plus restreint de l'article 28, l'enjeu consiste, davantage que de soustraire du domaine public tout signe ou emblème religieux « offerts à la vue du public » à apprécier ce que recouvre, aujourd'hui, l'impératif de neutralité qui pèse sur les personnes publiques hors du cadre classique d'un service public.

⁴⁵ Chambre, Séance 27 juin 1905.

⁴⁶ V. Olivia Bui-Xuan (dir.), *Droit et espace (s) public (s)*, LGDJ, 2012.

⁴⁷ Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁴⁸ Le texte de la circulaire poursuit : « Sont notamment concernés les diverses administrations et établissements publics de l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les mairies, les tribunaux, les préfectures, les hôpitaux, les bureaux de poste, les établissements d'enseignement (écoles, collèges, lycées et universités), les caisses d'allocations familiales, les caisses primaires d'assurance maladie, les services de Pôle emploi, les musées et les bibliothèques. »

⁴⁹ CE, 9 nov. 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122.

De ce point de vue, la jurisprudence relative à l'article 28 offre une image de continuité en caractérisant la neutralité, entre autres, par l'absence d'action des personnes publiques « dans un but de manifestation religieuse », mais aussi, dans une formulation plus récente, par l'absence d' « acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse ».

Au final, c'est sans doute à propos des symboles religieux que la jurisprudence récente pourrait indiquer un changement depuis l'adoption de l'article 28. En effet, si l'on se place du point de vue de l'évolution de la notion d'emplacement public vers celle, *a priori* plus large, d'espace public, l'on s'aperçoit surtout du caractère conjoncturel de l'introduction de la notion dans et par la loi du 11 octobre 2010, sans que les conséquences soient tangibles sur le contentieux de l'article 28, alors que la réception des litiges les plus récents permet d'entrevoir une perception transformée des signes et emblèmes religieux. Les réactions à l'affaire de la statue du pape Jean-Paul II sont d'ailleurs aussi symptomatiques que celles suscitées par les crèches de Noël, qui traduisent ces signes comme ceux d'une identité culturelle autant que comme la marque d'une appartenance confessionnelle. La statue comme les crèches incarnent non plus seulement une conviction religieuse, mais la tradition catholique et la place historique de cette religion et renvoient au fait que « le paysage de la France laïque reste marqué d'une empreinte religieuse devenue patrimoniale »⁵⁰. Autant que « des questions d'espèces »⁵¹, la mise en œuvre de l'article 28 de la loi de Séparation constitue bien une question d'époque.

⁵⁰ Conclusions du rapporteur public relatives à l'installation de crèches dans un bâtiment ou emplacement public, audience du 21 octobre 2016, Conseil d'État.

⁵¹ Séance du 27 juin 2005, JO, Débats, p. 2528.