

Rapport n°16.47
Novembre 2020

Rapport final de recherche

LA LAÏCITÉ DANS LA JUSTICE

Sous la direction de : Christine PAUTI , Maître de conférences de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS UMR 8103)

Ont également contribué à cette recherche :

- Xavier DUPRÉ DE BOULOIS, Professeur de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne- Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS UMR 8103)
- Céline FERCOT, Maîtresse de conférences de droit public à l'Université Paris Nanterre- Centre de théorie et d'analyse du droit (CTAD)- Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)
- Charles FROGER, Maître de conférences de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en délégation auprès de l'Université de la Nouvelle-Calédonie- Laboratoire de Recherches Juridique et Economique (LARJE)
- Alexis GUÉRIT, Vacataire de recherches dans le cadre du rapport ; titulaire du Master d'Etudes politiques à l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS) et du DU « Connaissance de la laïcité » à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre- Centre de théorie et d'analyse du droit (CTAD)- Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)
- Raphaële PARIZOT, Professeur de droit pénal à l'Université Paris Nanterre - Centre de droit pénal et de criminologie (CDPC)
- Vincent VALENTIN, Professeur de droit public à Sciences-po Rennes - Centre de théorie et d'analyse du droit (CTAD) de l'Université Paris Nanterre

La dernière mise à jour du présent rapport date d'octobre 2019.

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°16.47). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

|

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE.....	11
PREMIERE PARTIE - LA LAÏCITE ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QU'INSTITUTION.....	23
TITRE I- LA FORMATION DES PROFESSIONNELS DE LA JUSTICE RELATIVE A LA LAÏCITE ET/OU AU FAIT RELIGIEUX (CHRISTINE PAUTI).....	25
CHAPITRE I- LA FORMATION DES JUGES	26
Section I- La formation des juges judiciaires à l'Ecole Nationale de la Magistrature.....	26
<i>§1- La formation initiale à l'Ecole Nationale de la Magistrature.....</i>	<i>28</i>
<i>§2- La formation continue des juges judiciaires</i>	<i>37</i>
Section II- La formation des juges administratifs	51
<i>§1- L'Ecole Nationale d'Administration et les futurs juges administratifs.....</i>	<i>51</i>
<i>§2- La formation au Centre de formation de la juridiction administrative.....</i>	<i>60</i>
CHAPITRE II- LA FORMATION DES GREFFIERS.....	61
CHAPITRE III- LA FORMATION DES AVOCATS	63
Section I- La laïcité et le fait religieux dans les examens pour devenir avocat	64
Section II- La laïcité et le fait religieux dans la formation des élèves avocats et des avocats	66
<i>§1- La formation initiale.....</i>	<i>66</i>
<i>§2- La formation continue</i>	<i>67</i>
TITRE II- LE BILAN DES ENTRETIENS CONFRONTES AUX TEXTES ET A LA JURISPRUDENCE RELATIFS A LA LAÏCITE DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE : PAROLES DE JUGES ET D'AVOCATS SUR LA LAÏCITE DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE (XAVIER DUPRE DE BOULOIS, CELINE FERCOT, CHARLES FROGER, ALEXIS GUERIT, STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ, RAPHAËLE PARIZOT, CHRISTINE PAUTI, VINCENT VALENTIN).....	69
CHAPITRE I- LA NEUTRALITE DES LOCAUX ET DES ACTEURS PROFESSIONNELS OU OCCASIONNELS DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE	70
Section I- La neutralité des locaux.....	70
<i>§1- Rappel historique.....</i>	<i>71</i>
<i>§2- La persistance de signes religieux au sein des tribunaux de nos jours.....</i>	<i>73</i>
<i>§3- Le nouveau Tribunal de Paris : la recherche de locaux totalement neutres.....</i>	<i>83</i>

Section II- La neutralité des acteurs professionnels ou non professionnels du service public de la justice	85
§1- Les règles et comportements sur l'impartialité et la neutralité des juges et autres fonctionnaires de justice.....	86
§2- Les règles ou pratiques vestimentaires des juges	91
§3- Le serment des magistrats	95
§4- L'hypothèse de la récusation de magistrats en lien avec des questions religieuses	97
Section III- La neutralité des collaborateurs occasionnels du service public de la justice : le cas des jurés d'assises.....	103
§1- Le serment des jurés d'assises	104
§2- Le port de signes d'appartenance religieuse par les jurés d'assises.....	105
§3- L'absence officielle d'objection de conscience religieuse pour les jurés d'assises	109
Section IV- Le cas des avocats, auxiliaires de justice.....	110
§1- Une prestation de serment dénuée de toute connotation religieuse	110
§2- L'avocat et l'expression de ses convictions religieuses	111
§3- La relation entre l'avocat et ses clients	122
CHAPITRE II- LA LIBERTE DES JUSTICIABLES, DES TEMOINS ET DU PUBLIC AU SEIN DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE.....	126
Section I- La liberté du port de signes d'appartenance religieuse par les usagers du service public de la justice.....	126
§1- En France.....	126
§2- A l'étranger.....	132
Section II- Le serment des témoins	135
§1- En France.....	135
§2- A l'étranger.....	136
Section III- Le report d'audiences pour des motifs religieux	137
§1- En France.....	138
§2- A l'étranger.....	141
TITRE III- LES ETUDES DE DROIT COMPARE.....	142
CHAPITRE I- LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE. POINTS DE COMPARAISON NORD-AMERICAINS (STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ)	143
Section I- Les bâtiments judiciaires	146
Section II- Les professions judiciaires.....	148
§1- Les Juges.....	149
§2- Administrative Rules of the Unified Court System and Uniform Rules of the Trial Courts.....	151
§3- Les Avocats.....	153
§4- Les Jurés.....	156
Section III- Les justiciables.....	158

CHAPITRE II- LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE ITALIENNE (CHRISTINE PAUTI)	163
Section I- La problématique de la neutralité des locaux et des professionnels du service public de la justice	166
§1- La « neutralité » des locaux du service public de la justice.....	166
§2- La « neutralité » des professionnels du service public de la justice.....	182
Section II- La liberté religieuse des usagers du service public de la justice	189
§1- L'évolution de la question du serment du témoin.....	189
§2- L'évolution de la jurisprudence sur le délit de blasphème.....	192
§3- Le port de signes d'appartenance religieuse, en particulier par les usagers du service public de la justice	195
CHAPITRE III- LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE : PRESENTATION GENERALE DU DROIT ALLEMAND (CELINE FERCOT)	203
Section I- Principe de neutralité et lieux de justice	210
§ 1- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 17 juillet 1973, « Crucifix dans une salle d'audience»	210
§2- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 mai 1995 relative au crucifix	212
Section II- Principe de neutralité et femmes et hommes de justice	215
§1. Le principe de neutralité et les acteurs de l'institution judiciaire	215
§2- Principe de neutralité et justiciables.....	234
DEUXIEME PARTIE - LA LAÏCITE ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QUE JURIDICTION	237
TITRE I- LA DIVERSITE DE LA LAÏCITE DANS LES JURIDICTIONS DE DIFFERENTS TERRITOIRES FRANÇAIS	240
CHAPITRE I- MISE EN CONTEXTE HISTORIQUE : LA LAÏCITE COLONIALE (STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ)	241
Section I - La mise à l'écart de la logique de séparation et de laïcité aux colonies	243
§1- Entreprise coloniale, droit colonial et juridicisation de catégories religieuses.....	243
§2- L'application de la loi de 1905 aux colonies.....	245
Section II- Connotations et Alliances religieuses au cœur du projet colonial	248
§1- Religion, Republicanisme et Colonies.....	248
§2- Le cas de l'Algérie : l'exception impériale à la laïcité dans une logique de contrôle.....	250
§3- Ce que l'étude de la laïcité coloniale enseigne sur le droit et les acteurs juridiques à l'époque de la consolidation du projet républicain	254

CHAPITRE II- LAÏCITE ET JUSTICE A MAYOTTE (CHRISTINE PAUTI).....	258
Section I- Les spécificités mahoraises au regard de la laïcité dans la justice	262
§1- Les spécificités religieuses du département mahorais	262
§2- Les spécificités judiciaires du département mahorais	270
Section II- Les cadis et la justice cadiale à Mayotte.....	275
§1- La persistance d'une justice religieuse à Mayotte jusqu'en 2010 : une singularité territoriale indispensable ou une entorse à la laïcité de la justice française ?.....	275
§2- L'existence d'une justice cadiale : atteinte à l'indépendance des juges et au principe d'égalité entre justiciables ?	277
§3- La suppression douloureuse et chaotique de la juridiction cadiale en 2010.....	280
Section III- L'application du principe de laïcité par les juridictions mahoraises.....	291
§1- La jurisprudence judiciaire.....	292
§2- La jurisprudence administrative.....	296
CHAPITRE III- L'APPLICATION DE LA LOI DU 9 DECEMBRE 1905 DANS LES DEPARTEMENTS DU GRAND OUEST DE LA FRANCE (XAVIER DUPRE DE BOULOIS).....	304
Section I- Un droit spécifique pour le grand Ouest ?	306
§1- « A l'avenir »	306
§2- L'usage local. Textes	306
§3- L'usage local. Jurisprudence.....	307
Section II- Une application du droit spécifique pour la Bretagne ?.....	309
§1- Des contentieux emblématiques.....	309
§2- Une cour administrative d'appel sensible à son environnement ?.....	314
TITRE II- LES « CONTENTIEUX-CIBLES » NOVATEURS, PROBLEMATIQUES OU RENOUVELES DE LA LAÏCITE	315
CHAPITRE I- LE CONTENTIEUX DE LA LAÏCITE DANS LA FONCTION PUBLIQUE (CHARLES FROGER)	316
Section I- Le contenu certain du principe de la laïcité dans la fonction publique	318
§1- La protection mesurée de la liberté religieuse de l'agent	318
§2- L'application rigoureuse d'une obligation de neutralité à l'agent.....	329
Section II- Les contours incertains du principe de laïcité dans la fonction publique	337
§1-L'intégration de l'agent au sein du service	338
§2- La participation de l'agent à une mission de service public.....	340

CHAPITRE II- LE CONTENTIEUX DE LA LOI DE 2004 SUR LE PORT DES SIGNES RELIGIEUX DANS LES LIEUX D'ENSEIGNEMENT (VINCENT VALENTIN)	345
Section I- L'encadrement législatif du port des signes religieux à l'école.....	347
Section II- Les données du contentieux	350
§1- <i>Combien d'affaires, devant quelles juridictions ?</i>	351
§2- <i>Les données sociales et géographiques</i>	352
§3- <i>Les signes et tenues concernés</i>	352
Section III- La portée normative de la loi de 2004.....	354
§1- <i>L'interprétation de la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse</i>	354
§2- <i>Les contentieux périphériques de la loi de 2004</i>	357
CHAPITRE III- LAÏCITE ET DROIT DE LA FAMILLE DANS LA JUSTICE (CHRISTINE PAUTI)	361
Section I- Neutralité du juge et religion dans le couple.....	363
§1- <i>La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors de la formation du couple.....</i>	363
§2- <i>La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors du divorce</i>	366
Section II- Neutralité du juge et religion de l'enfant	372
§1- <i>La neutralité du juge face au droit d'éducation religieuse, composante de l'autorité parentale sur l'enfant, même placé</i>	374
§2- <i>La neutralité du juge dans les procédures d'adoption</i>	394
§3- <i>La neutralité du juge dans le choix des modalités de garde de l'enfant de parents séparés.....</i>	396
§4- <i>La neutralité du juge lors de conflits entre parents sur l'éducation religieuse de l'enfant</i>	405
CHAPITRE IV- LA CIRCONCISION RITUELLE: UN TABOU EN QUETE DE STABILITE JURIDIQUE (CELINE FERCOT)	415
Section I- Le choix du droit français : « une louable tolérance »	422
§1- <i>Une tolérance symptomatique du droit positif français</i>	422
§2- <i>Une tolérance multifactorielle</i>	433
Section II- Le traitement juridique de la circoncision : une question aux réponses multiples	435
§1- <i>Les apports du droit comparé</i>	435
§2- <i>Les évolutions à entrevoir en France</i>	445
BIBLIOGRAPHIE	447
SIGLES ET ACRONYMES.....	463
LISTE DES ANNEXES.....	466
TABLES DES MATIERES	467
ANNEXES.....	474

|

INTRODUCTION GENERALE

Partie 1 : L'objet de la recherche

- Justification du thème de la recherche

Le thème de « la laïcité dans la justice » offre un champ extrêmement riche de recherches et d'analyses, du fait de la particularité du service public de la justice. Au cœur de l'espace judiciaire, le juge en particulier, agent du service public, détient un rôle clef et original au regard de la religion : devant faire preuve de neutralité, comme n'importe quel agent d'un service public, il est aussi parfois contraint de trancher des conflits religieux et donc nécessairement de se prononcer sur des faits religieux. Cette double facette illustre parfaitement la spécificité et la richesse du thème.

Or, en dépit de l'importance du sujet, la littérature qui y a été jusqu'alors consacrée semble peu abondante et assez lacunaire, surtout s'agissant du lien entre l'institution judiciaire, en tant que service public, et la laïcité¹. Les jugements en rapport avec le fait religieux et la laïcité ont en revanche davantage recueilli l'attention de la part de la doctrine². Or, seule l'étude des deux volets de la question - le juge comme institution, le juge comme juridiction -, pris isolément mais également dans leurs interactions réciproques, peut rendre compte de l'intérêt et de la spécificité du thème relatif à « la laïcité dans la justice ».

La thématique de recherche est d'autant plus importante que la laïcité constitue, dans le débat public, un terrain tendu, comme en témoigne la multiplication contemporaine des polémiques, telle la dernière en date - qui ressurgit régulièrement - concernant les mères voilées accompagnatrices de sorties scolaires³. Par ailleurs, la

¹ A titre significatif, on relève que le traité *Droit français des religions*, dirigé par Francis Messner, Pierre-Henri Prétot et Jean-Marie Woehrling (LexisNexis, 2013, 2^{ème} éd.), ouvrage récent sans doute le plus complet sur les thèmes de la religion et de la laïcité, ne consacre aucun chapitre particulier à cette question.

² V. en particulier, E. Tawil, *Justice et religion. La laïcité à l'épreuve des faits*, Paris, PUF, 2016.

³ A la rentrée scolaire 2019, la Fédération des conseils de parents d'élèves (FCPE) a diffusé sur les réseaux sociaux une affiche de campagne (parmi cinq autres ayant des thèmes totalement différents) pour les élections des représentants de parents d'élèves qui a fait largement polémique, même au sein de la FCPE. On y voit une femme voilée, souriante, accompagner une petite fille et poser cette question : « Oui, je vais en sortie scolaire, et alors ? ». L'image est accompagnée de ce commentaire : « La laïcité, c'est accueillir à l'école tous les parents sans exception. #SERESPECTER ». Le ministre de l'Education nationale a par la suite indiqué qu'il jugeait que cette parution était une « erreur regrettable » d'une Fédération qui « essay[ait] de flatter le communautarisme ». Cette affiche a été ensuite parodiée par une autre, diffusée par l'extrême droite, montrant deux djihadistes, armes à la main avec le même slogan : « Oui, je vais en sortie scolaire, et alors ? ». Quelques semaines plus tard, une mère voilée accompagnatrice lors d'une sortie scolaire a été prise à partie par un élu du Rassemblement national (membre du Bureau national et Président du groupe RN à l'Assemblée régionale) alors qu'elle assistait à une séance du Conseil régional de Bourgogne-Franche-Comté le 11 octobre 2019. Le Ministre de l'Education nationale s'est alors déclaré personnellement contre le port du voile par les accompagnatrices scolaires même si la loi ne l'interdisait pas.

Rappelons qu'une proposition de loi « tendant à assurer la neutralité religieuse des personnes concourant au service public de l'éducation » (Proposition n° 643, session 2018-2019) avait été déposée au Sénat par Mme Jacqueline Eustache-Brinio, M. Bruno Retailleau et plusieurs de leurs collègues le 9 juillet 2019. Voté en première lecture par le Sénat le 29 octobre 2019, ce texte vise à modifier l'article L. 111-1 du Code de l'éducation, lequel dispose actuellement : « Outre la transmission des connaissances, la Nation fixe comme mission première à l'école de faire partager aux élèves les valeurs de la République. Le service public de l'éducation fait acquérir à tous les élèves le respect de l'égalité des êtres humains, de la liberté de conscience et de la laïcité. Par son organisation et ses méthodes, comme par la formation des maîtres qui y enseignent, il favorise la coopération entre les élèves. Dans l'exercice de leurs fonctions, les personnels mettent en œuvre ces valeurs ». Le texte voté par le Sénat ajoute par

laïcité est victime de nombreux glissements de sens - en France peut-être plus encore qu'ailleurs. Pourtant, le principe de laïcité, en écho aux deux premiers articles de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, comporte traditionnellement deux facettes :

- Le principe de neutralité de l'Etat
- Le respect de la liberté de conscience et du libre exercice des cultes de chacun, autrement dit le droit à la liberté religieuse.

Or, si les composantes du droit à la liberté religieuse sont depuis longtemps acquises et stabilisées, rappelées par les textes et la jurisprudence, tant nationaux qu'internationaux et européens, la notion de neutralité, couramment proclamée, est finalement peu questionnée dans sa signification et sa portée exactes, alors même qu'elle est au cœur de la compréhension et de l'acceptation du principe de laïcité aujourd'hui.

De ce point de vue, la recherche s'est attachée à fournir une réflexion théorique, historique et comparative sur les notions de laïcité et de neutralité qui sont au cœur de la problématique de la laïcité dans la justice – et de bien d'autres services publics.

Cette mise en perspective permet de mettre en évidence les spécificités du débat politique et juridique français contemporain relatif au principe de laïcité. En effet, ce principe est aujourd'hui invoqué par une multiplicité d'acteurs avec des significations presque toujours floues et souvent contraires. En particulier, la compréhension juridique traditionnelle du principe laïcité est aujourd'hui remise en cause par l'avènement d'une « Nouvelle Laïcité » à laquelle sont censées se soumettre un nombre sans cesse croissant de personnes privées : élèves des écoles, collèges et lycées publics (loi du 15 mars 2004), stagiaires en formation continue dans les GRETA (v., à rebours de diverses interventions de tribunaux administratifs et de la HALDE, l'arrêt CAA Paris, 12 oct. 2015, n°14PA00582), accompagnateurs de sorties scolaires (circulaire Chatel du 27 mars 2012, remise en cause par la jurisprudence postérieure⁴ et par l'avis du Conseil d'Etat du 23 décembre 2013), salariés des structures de petite taille en charge de la petite enfance (C. Cass., Ass. plén., 24 juin 2014, « Baby Loup »), salariés d'organismes privés associés au service public (C. Cass., 19 mars 2013, CPAM de St Denis)⁵...

Au final, si le principe de laïcité est source d'une telle ambiguïté aujourd'hui, c'est sans doute en grande partie en raison des nombreuses incertitudes qui entourent la signification exacte du principe de neutralité et de ses contours, laquelle a inévitablement des impacts sur l'autre facette du principe de laïcité, à savoir la liberté religieuse de chacun.

Parallèlement aux glissements affectant le sens du principe de laïcité, l'intolérance

ailleurs que les personnes qui participent au service public de l'éducation sont également tenues de respecter ces valeurs. La proposition de loi modifie également l'article L 141-5-1 du même Code qui interdit depuis 2004 aux élèves le port de signes ou de tenues manifestant ostensiblement une appartenance religieuse. Il est prévu d'ajouter : « La même interdiction s'applique aux personnes qui participent, y compris lors des sorties scolaires, aux activités liées à l'enseignement dans ou en dehors des établissements, organisées par ces écoles et établissements publics locaux d'enseignement. »

⁴ V. TA Montreuil, 5^{ème} et 6^{ème} ch. réunies, 21 nov. 2011, n° 1012015, *AJDA* 2012. 163, note S. Hennette-Vauchez, *ibid.* 2011. 2319, *D.* 2012. 72, note A.-L. Girard, *AJCT* 2012. 105, obs. P. Rouquet ; TA Nice, 5^{ème} ch., 9 juin 2015, n° 1305386.

⁵ Sur cette évolution, v. notamment S. Hennette Vauchez, V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, Lextenso, 2014.

religieuse est toujours forte⁶. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), dans son rapport sur la France de décembre 2015, dénonçait « l'augmentation importante du discours de haine, et surtout, de la violence motivée par le racisme et l'intolérance »⁷, dans lequel la question de l'intolérance religieuse figure en bonne place.

Dans ces conditions, l'étude de « la laïcité dans la justice » revêt un intérêt tout particulier : c'est dans un contexte de tensions incontestables et d'interprétations très diverses sur le thème de la laïcité en général qu'il convient ici de s'attacher à la manière dont elles affectent ou se reflètent dans la justice.

- Plan choisi

Comment la justice - en tant qu'*institution*, en premier lieu - aborde-t-elle les questions en lien avec le principe de laïcité ? Ce seront alors les agents (les juges, mais aussi les greffiers, les auxiliaires, etc.), les bâtiments, les établissements de formation, les usagers, et plus largement l'ensemble des personnes, lieux et programmes concernés par le fonctionnement du service public de la justice qui seront ici saisis au regard du principe de laïcité/neutralité du service public mais aussi au regard des exigences liées au respect de la liberté religieuse (I).

Mais aussi comment la justice – en tant que *jurisdiction* (juris-diction) – se positionne-t-elle dans son rapport à la religion et à la laïcité au travers du droit qu'elle produit ? (II).

I- LAICITÉ ET SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QU'INSTITUTION

Ce premier axe de recherche - l'étude de la justice comme institution, et donc comme service public gouverné en tant que tel par le principe de laïcité - a été mené avec une réflexion constante sur la spécificité du lien existant entre le principe de laïcité et le service public de la justice comparé aux autres services publics confrontés à cette problématique. En particulier, l'école se caractérise par la présence d'usagers mineurs particulièrement influençables, l'hôpital par la vulnérabilité des patients du fait de la maladie, la prison par l'enfermement auquel sont soumises les personnes incarcérées, qui les rend dépendantes de l'administration pour leur pratique religieuse. Ces trois services publics se singularisent aussi par le fait que leurs usagers passent une période souvent assez longue au sein de leurs structures.

En dehors de la justice pour mineurs, touchant elle aussi un public plus vulnérable du fait de son âge, et des décisions du juge de l'application des peines s'agissant des conditions d'exercice de la religion en prison, le service public de la justice ne se singularise par aucune des spécificités rencontrées dans les trois services publics mentionnés ci-dessus.

⁶ Si, dans son dernier rapport sur *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, la CNCDH constate que l'indice général de tolérance en France augmente, elle souligne néanmoins notamment que, de façon générale, « l'essor de l'islamisme radical, la multiplication d'attentats commis en son nom, les débats autour du voile et des signes religieux dans l'espace public, ont progressivement mis l'islam au cœur du débat politique et contribué à la stigmatisation de ses fidèles » (Rapport 2018, p. 124).

⁷ Rapport de l'ECRI sur la France adopté le 8 décembre 2015, Conseil de l'Europe, mars 2016, p. 9.

Il est essentiel de conserver cette comparaison entre services publics à l'esprit, dans la mesure où c'est souvent en fonction des spécificités d'un service public que le principe de laïcité est interprété et justifié. Ces spécificités peuvent alors naturellement concerner la neutralité du service public⁸. Mais on note aussi, par exemple au sein du service public de l'enseignement, une interprétation particulière du principe de laïcité, motivée par l'âge de ses usagers, justifiant la restriction de l'exercice de leur liberté religieuse⁹.

Suivant ce fil conducteur comparatif entre les services publics, l'éventuelle spécificité du service public de la justice a été appréhendée tant au regard de l'institution judiciaire et de ses acteurs qu'au regard de ses usagers, les justiciables.

En effet, au regard du service public en général - et, pour ce qui nous intéresse, du service public de la justice -, le principe de laïcité a traditionnellement été présenté comme emportant à titre principal une obligation de neutralité religieuse pesant sur les fonctionnaires et agents publics d'une part, et sur les bâtiments, d'autre part (A). On assiste aujourd'hui à l'émergence de la question de savoir si et dans quelle mesure cette exigence de neutralité emporte une obligation de neutralité religieuse à l'égard des usagers du service public - ici, les justiciables - ou si leur liberté de conscience et de religion demeure intacte (B).

A- Quelle laïcité-neutralité de l'espace et des acteurs de la justice ?

Par-delà la production d'un état des lieux transversal et comparatif des règles applicables - avec l'Allemagne, les Etats-Unis et l'Italie -, la recherche vise à produire une enquête juridique. L'équipe a en effet confronté un état des lieux établi par les moyens de la recherche juridique classique, à la réalité des perceptions et des pratiques. Il s'est agi de partir à la rencontre de juges et d'avocats sur la base d'un questionnaire d'enquête, afin, d'une part, de recueillir leurs témoignages sur d'éventuelles tensions ou discussions relatives à la laïcité et, d'autre part, d'identifier le cas échéant l'existence d'un « infra-droit »¹⁰ de la laïcité (pratiques administratives locales).

L'analyse préalable de la formation - initiale ou continue - au principe de laïcité de ces acteurs de la justice nous a semblé importante pour mesurer son éventuel impact dans la façon dont juges et avocats perçoivent ce principe dans le quotidien de leur mission mais également, au moment du jugement.

B- Quelle laïcité-liberté pour les usagers de la justice ?

S'agissant des justiciables, il s'est agi d'analyser la façon dont leur liberté de conscience et de religion est respectée, tout à la fois dans l'enceinte judiciaire et par le juge dans le cadre de l'audience, au-delà de la neutralité des locaux et du personnel, première garantie du respect de cette liberté.

La méthodologie suivie a été celle adoptée dans l'axe « Laïcité-Neutralité des acteurs

⁸ On pense par exemple à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse* où l'interdiction du port du foulard par l'enseignante est justifiée au regard notamment du jeune âge des élèves ou encore à l'arrêt de cette même cour du 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France* où la vulnérabilité des patients est une justification importante à la neutralité imposée à une employée d'un hôpital public.

⁹ V. la loi du 15 mars 2004.

¹⁰ Hypothèse reprise de D. Lochak, *Etrangers, de quel droit ?*, La Découverte, 1985.

de la justice » : recueil et analyse transversale des règles juridiques applicables, confrontation aux résultats de l'enquête juridique menée dans le cadre du projet - étant entendu que pour ce qui est des justiciables, dans l'impossibilité de s'adresser à eux en l'absence d'un dispositif d'enquête bien plus conséquent, l'équipe s'en est tenue aux témoignages des juges et avocats sur l'existence ou non de règles et/ou de problèmes liés à la liberté religieuse des justiciables.

La problématique relative aux justiciables a été étendue à la question du public assistant aux audiences au regard du principe de laïcité, en s'attachant en particulier à la question du port de signes religieux.

II- LAÏCITÉ ET SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QUE JURIDICTION

Dans le second axe de recherche, par le biais d'une analyse certainement plus classique, mais non moins utile et nécessaire, l'équipe s'est attachée à étudier la manière dont le juge aborde le principe de laïcité, mais aussi les questions religieuses, dans ses jugements. La problématique générale, enrichie par l'analyse du premier axe de la recherche, et notamment de la notion malmenée de « neutralité », vise à s'interroger sur la signification de l'exigence qui consiste à « rendre une justice laïque ». Car, en effet, pour autant qu'on veuille y prêter attention, les contours et implications exacts de cette norme de laïcité qui gouverne la justice ne sont pas nets.

Dans le cadre de la seconde partie, l'objectif de la présente recherche a donc été, après une sélection attentive et informée, de se pencher sur différentes thématiques et illustrations spécifiques. Tout d'abord, il nous a semblé utile de nous intéresser à la variabilité des régimes de laïcité à travers le territoire national (A), pour ensuite, dans une approche non plus spatiale mais matérielle, faire le point sur la diversité de sens et de portée conférée par les juges au principe de laïcité dans certains contentieux (B).

A- Un différentialisme territorial de la laïcité ?

Si le principe constitutionnel de laïcité s'applique à l'ensemble des territoires de la République, en revanche, la loi du 9 décembre 1905, à partir de laquelle les juges ont progressivement défini l'économie générale du régime laïque, ne s'applique pas partout. C'est le cas des départements d'Alsace et de Moselle, mais également, de façon moins connue, de nombreux territoires d'outre-mer.

Une mise en perspective historique du principe de laïcité, à travers l'histoire du droit colonial, s'est révélée nécessaire car c'est notamment dans ce passé que la pluralité de régimes de laïcité trouve son origine en France.

A titre tout à la fois illustratif mais en partie singulier - puisqu'il s'agit d'un département d'outre-mer dont la quasi-totalité de la population est musulmane -, la manière dont le juge aborde le principe de laïcité et le fait religieux à Mayotte a retenu notre attention.

Nous nous sommes par ailleurs demandé si même au sein de certains territoires métropolitains *a priori* « classiques » - dès lors que la loi du 9 décembre 1905 s'applique - la notion de laïcité ne recevait pas également des applications variables en raison de certains « usages locaux ». Dans cette perspective, le cas des départements du grand Ouest nous est apparu un terreau d'études adapté.

B- La diversité de la laïcité au travers de certains contentieux-cibles

Il existe un certain nombre de conflits qui restent focalisés sur l'appartenance et la croyance religieuses. Dans un certain nombre de cas, les justiciables demandent au juge de reconnaître ou de valider une croyance ou une revendication religieuse : c'est le cas de l'objection de conscience - et du secret professionnel religieux -, ou encore de la protection par le juge du sentiment religieux (y compris la protection contre la discrimination, l'injure, la diffamation, l'incitation à la haine à raison de l'appartenance réelle ou supposée à la religion) ; dans d'autres cas, l'appartenance religieuse des requérants leur est opposée pour leur refuser un droit (ou une prestation, une autorisation...) : ainsi en va-t-il du rôle (croissant) de la laïcité (redéfinie pour inclure le principe d'égalité entre les sexes) dans le droit de la nationalité¹¹ et le droit des étrangers, le droit de l'emploi (fait religieux en entreprise ; recours des personnes discriminées dans l'emploi ou ailleurs sur le fondement de la religion), le port de signes religieux, les limitations de la liberté face aux pratiques jugées néfastes (excision, circoncision, abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse - délit dit de « manipulation mentale » -).

Ainsi, le contentieux pouvant faire intervenir le principe de laïcité est très varié et a vocation à toucher toutes les branches du droit : droit de la famille, droit civil, droit pénal, droit international privé, droit des médias, droit de la culture... Partant, il était impossible de les aborder toutes, même si les quatre contentieux choisis au final rassemblent des thématiques en lien tant avec le droit public qu'avec le droit privé : la fonction publique, l'école, la famille, la circoncision.

Dans ces différents contentieux, nous avons notamment tenté de savoir si le pluralisme croissant des modes de vie, ainsi que l'intervention politique plus fréquente ont un impact sur la façon dont le juge aborde le principe de laïcité. En effet, alors que les règles de la loi du 9 décembre 1905 apparaissent *a priori* simples, à mesure que la société se complexifie, que l'argument religieux est davantage mobilisé, à la fois socialement et dans le contentieux, les déclinaisons concrètes et notamment l'office du juge sur ces thématiques se compliquent.

Pour chacun de ces thèmes, il s'est agi d'identifier les questions de droit pertinentes, de défricher la jurisprudence afférente et, enfin, de produire des synthèses analytiques permettant de déceler les incohérences, discriminations ou blocages révélés par le traitement juridique du principe de laïcité.

Sur l'ensemble de ces « cas difficiles », on a cherché à préciser le sens de l'exigence qui pèse sur le juge et qui consiste pour lui à rendre une justice laïque. Le juge peut-il être neutre ? Quand, le cas échéant, se départit-il de sa neutralité (au regard de quelles religions ? Dans quels types de conflits ? Dans quels types de contentieux ? La religion est-elle vraiment traitée comme un fait « ordinaire » ? Quel peut - et doit - être le rôle du juge dans le maintien du vivre ensemble, du pluralisme confessionnel et du respect de la liberté religieuse de chacun ?

¹¹ V. notamment S. Hennette Vauchez, « Genre et religion: Le genre de la nouvelle laïcité », in S. Hennette Vauchez, M. Pichard, D. Roman, *La loi & le genre. Etudes critiques de droit français*, Ed. du CNRS, 2014. L'auteur est co-responsable scientifique de REGINE (Recherche et Etudes sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe).

Partie 2 : Les entretiens : un travail d'enquête au soutien de la recherche

Dans le cadre du premier axe de la recherche « Laïcité et service public de la justice en tant qu'institution », un travail d'enquête en juridiction et en cabinet d'avocats auprès des professionnels de la justice a été mené. Ces enquêtes juridiques destinées à recenser l'ensemble des normes effectivement appliquées par et dans les juridictions avaient notamment pour but de vérifier l'hypothèse du développement d'un « *infra* droit » par le biais duquel se multiplieraient les déclinaisons variées du principe de laïcité ou différentes façons de comprendre ou d'interpréter la laïcité. Cette analyse a été restituée dans le titre II de la première partie mais a également enrichi d'autres passages de la recherche.

- *Les entretiens*

- Les professionnels interrogés

Nos interlocuteurs ont été trouvés tant par le biais de contacts personnels qu'en diffusant le questionnaire à une série de professionnels, en passant notamment par les chefs de juridictions.

L'idée était de mener des entretiens à la fois auprès de professionnels *lambda*, c'est-à-dire dont il n'avait pas été vérifié au préalable le lien éventuel du contentieux qu'ils étaient amenés à traiter avec les questions religieuses et la laïcité, mais également d'identifier des professionnels directement acteurs, en tant que juges ou défenseurs, de jugements ayant un lien avec le principe de laïcité. Enfin, certains des professionnels ont été choisis en raison de leur engagement connu sur ces questions ou en raison de leur appartenance religieuse affichée les ayant conduits à créer des associations de juges ou avocats orientés religieusement. Ce mélange avait pour objectif d'interroger les acteurs de la justice dans toute leur diversité.

Ainsi, si tous nos interlocuteurs étaient nécessairement impliqués par la première partie de la recherche (la laïcité dans la justice en tant qu'institution), en revanche tous ne l'étaient pas sur la seconde partie de la recherche (la laïcité dans les jugements).

Une centaine d'entretiens ont été réalisés au total, quasi exclusivement de juges et d'avocats, à part égale entre les deux catégories. Parmi les juges, il s'agissait quasi exclusivement de juges professionnels. Par ailleurs, un entretien avec un magistrat « référent laïcité » a été effectué. Parmi les avocats, ont été interrogés des professionnels en lien avec des branches variées du droit : droit de la famille, droit pénal, droit des étrangers, droit commercial, etc. Enfin, les trois magistrats détachés responsables de la formation - initiale comme continue - à l'ENM ont été interviewés mais ces entretiens n'étaient pas anonymes et les questions ne portaient que sur la formation. De même, le responsable de la formation initiale de l'ENA à Strasbourg a été interrogé.

Au-delà des interviews réalisées auprès de juges administratifs et judiciaires, il aurait été enrichissant de saisir la figure du juge sous un angle encore plus large. Malheureusement, il a été impossible, mis à part deux entretiens avec des conseillers prud'hommaux, compte tenu des limites matérielles et de temps, d'interviewer les juges non-professionnels (jurés, juges consulaires des tribunaux de commerce, juges de

proximité, assesseurs au tribunal pour enfants ou à la Cour nationale du droit d'Asile)¹² qui, tout en rendant la justice, n'ont pas le statut d'agents publics.

Par ailleurs, au-delà de la figure du juge, les acteurs de la justice sont nombreux : greffiers, huissiers de justice, notaires, médiateurs (civils ou pénaux), conciliateurs de justice, experts judiciaires, interprètes, etc. Mais, là encore, faute de temps pour prendre attache avec les organisations professionnelles pertinentes (chambre des notaires, chambre des huissiers de justice...) et interroger les professionnels concernés, il était impossible d'examiner la situation de tous ces acteurs au regard du principe de laïcité. L'ensemble de ces professions mériterait pourtant une analyse particulière et détaillée, notamment s'agissant de l'amplitude des obligations qui pèsent - le cas échéant - sur eux en termes de neutralité, en comparaison de celles s'imposant au juge. Il serait aussi intéressant de voir le lien éventuel qui peut être fait entre ces acteurs de la justice et le statut et la jurisprudence relatifs aux collaborateurs, voire aux « participants », au sein de certains services publics¹³.

Il a, enfin, été décidé d'écarter les juridictions constitutionnelles, d'autant que les requérants et le « public » ne sont pas vraiment représentés.

- Le contenu et le déroulement de l'entretien

L'entretien était identique pour chaque catégorie de professionnels - juges ou avocats - mais les particularités propres à chaque fonction ont été développées et le professionnel interrogé était libre d'ajouter toute remarque sur le sujet.

Sauf quelques rares exceptions, la quasi-totalité des entretiens a été réalisée en « présentiel » car l'interactivité permettait de relancer l'interlocuteur sur des questions problématiques, de mieux saisir certains doutes, hésitations ou silences. Les personnes interviewées ont toutes accepté d'être enregistrées. La durée moyenne des entretiens était d'environ une heure.

Même si le vacataire de recherches et la responsable de la recherche ont effectué une grande partie des entretiens, chaque membre de l'équipe en a réalisé au moins cinq afin qu'une analyse commune puisse être dressée sur la base de constatations personnelles et que soit réalisée une enquête homogène.

Globalement, les professionnels de la justice ont réservé un bon accueil à nos sollicitations. Il a fallu néanmoins souvent les rassurer et insister sur l'anonymat des entretiens. Les questionnaires ont été rédigés de manière à ne pas pouvoir identifier celui qui y répond. Par ailleurs, tout professionnel était libre de ne pas répondre à certaines questions. Une lettre de présentation en ce sens était systématiquement jointe à la demande d'entretiens. Enfin, il a été précisé à nos interlocuteurs que les entretiens ne seraient en tout état de cause pas reproduits tels quels dans la recherche. Malgré ces garanties, il est arrivé que certains professionnels indiquent parfois, au gré de l'entretien, qu'ils souhaitaient apporter des précisions en « off », preuve du caractère sensible du thème de la recherche.

¹² Le système judiciaire français compterait 24921 juges non professionnels (site vie-publique.fr consulté en septembre 2019).

¹³ Quant à la catégorie de « participants » au service public, v., à propos de sœurs congrégationnistes intervenant en prison : CE, 27 janvier 2001, *Syndicat pénitentiaire FO*, n°215550 ; et à propos d'une mère accompagnatrice de sortie scolaire : TA Montreuil, 22 Nov. 2011, n°1012015, note S. Hennette-Vauchez (*AJDA* 2012 p.163).

Par ailleurs, et toujours en dépit des garanties d'anonymat, les entretiens auprès des juges ont mis en évidence une plus grande réserve des juges administratifs par rapport aux juges judiciaires pour répondre à notre enquête. Le Conseil d'Etat a fait part de son inquiétude quant à l'utilisation qui pourrait en être faite et l'accès aux juges administratifs s'est révélé globalement plus délicat¹⁴. Alors que le juge judiciaire s'exprime volontiers à titre personnel, l'enquête a permis de percevoir combien le juge administratif a plus de réticence à le faire, et répond - ou pas - en ayant le sentiment d'appartenance à une institution ce qui impliquait une parole « prudente ». A ce propos, un conseiller d'Etat à la retraite nous a rappelé : « c'est la nature des contentieux qui est différente car dans le cadre de la juridiction administrative, y compris au Conseil d'Etat, ce sont des litiges entre particuliers et l'Etat alors que pour le juge judiciaire ce sont des litiges entre particuliers. Il me semble que quand on est juge judiciaire on peut être plus décontracté sur ces thèmes que quand on est juge administratif car il y a une dimension politique plus délicate ». Un autre interlocuteur dresse le bilan suivant : « ayant été juge judiciaire et juge administratif, je peux dire que les juges judiciaires se considèrent comme indépendants, mais indépendants à un point... Ce qui signifie "je suis personnellement indépendant". Le juge administratif se considère comme assumant la justice administrative de façon indépendante mais il ne veut pas qu'on puisse dire qu'il a dit quelque chose qui ne correspond pas à la ligne jurisprudentielle ». Pour un juge judiciaire ayant lui aussi exercé en tant que juge administratif : « le juge administratif c'est le culte de la collégialité. C'est-à-dire que beaucoup de juges judiciaires prennent la décision seuls. Alors que dans la justice administrative, de toute façon c'est l'institution, même avec les quatre types de formations de jugement. Lorsqu'on interroge un conseiller d'Etat ou un juge administratif à titre personnel, il y a de toute façon la structure pyramidale, le Conseil d'Etat c'est le gardien du temple, ce qui a aussi sa plus-value ».

- Le bilan et l'utilisation des entretiens

Même si les entretiens ont été quasiment intégralement retranscrits, il a été décidé de ne pas les reproduire en intégralité dans ce rapport final. Ce choix s'explique par plusieurs raisons : tout d'abord, un tel « catalogue », très volumineux, aurait présenté un apport limité ou répétitif pour nombre de réponses ; par ailleurs, en dépit du soin apporté à préserver l'anonymat, chaque entretien aurait dû être passé au crible car certaines réponses - notamment en raison de la référence à certains procès - auraient permis d'identifier la personne interrogée.

Il a néanmoins été décidé de reproduire en annexe trois questions transversales qui éclairent l'idée que se font les professionnels interrogés de la laïcité dans la justice. Elles permettent également de confronter la vision des juges d'un côté et celle des avocats, de l'autre, sur les mêmes interrogations :

- « Existe-t-il, selon vous, une spécificité du service public de la justice au regard du principe de laïcité en comparaison des autres services publics (école, hôpital, prison notamment) ? »

¹⁴ Par ailleurs, les conditions d'ouverture d'un accès temporaire des bases de jurisprudence internes à la juridiction administrative (Ariane Web) pour des travaux universitaires ont fait l'objet d'un réexamen pendant la durée de notre recherche. Au final, trois conventions ont été signées pour l'accès aux jugements, arrêts et décisions relatifs aux contentieux ciblés de l'application de la loi du 9 décembre 1905 dans les départements du grand Ouest de la France (X. Dupré de Boulois), de la laïcité dans la fonction publique (C. Froger) et de la loi de 2004 sur le port des signes religieux dans les lieux d'enseignement (V. Valentin).

- « Que signifie selon vous une « justice laïque » ? »
- « La religion est-elle un fait traité comme un autre ? »

Au-delà de la reproduction des réponses apportées à ces trois questions par l'ensemble des professionnels interrogés, ces entretiens ont surtout permis de nourrir l'analyse générale de la recherche et, à titre exploratoire, de tenter de tirer certaines pistes de réflexion, essentiellement s'agissant de la première partie de la recherche relative à la laïcité et au service public de la justice en tant qu'institution. Ainsi, le titre II de la première partie de la recherche est intitulé « Le bilan des entretiens confrontés aux textes et à la jurisprudence relatifs à la laïcité du service public de la justice : paroles de juges et d'avocats sur la laïcité du service public de la justice ». Ce titre est le fruit d'un travail croisé et collectif de l'ensemble des membres de l'équipe, chacun étant chargé d'extraire de la lecture d'une vingtaine d'entretiens (en dehors de ceux qu'il avait personnellement menés) les réponses qu'il jugeait enrichissantes dans la perspective de notre recherche.

L'originalité de l'approche réside ainsi dans la confrontation entre les règles de droit existantes concernant la laïcité dans le service public de la justice, d'une part, et les entretiens menés, d'autre part. Il s'est agi d'intégrer au sein des différentes règles répertoriées, issues des textes ou de la jurisprudence, ce qui a pu nous frapper dans les entretiens, soit que la pratique confirme la règle, soit qu'elle s'en éloigne voire la contredise ou s'y oppose, soit qu'elle la renouvelle...

Du fait de la composition exclusivement juridique de l'équipe, il a été décidé d'écarter toute analyse sociologique qui aurait éventuellement pu être tirée des entretiens menés.

Si les entretiens ont permis une meilleure appréhension du fait religieux et du principe de laïcité au sein du fonctionnement quotidien du service public de la justice, ils ont également donné certaines pistes concernant la façon dont le fait religieux et le principe de laïcité sont analysés dans ses jugements. Ponctuellement, en effet, ces entretiens ont pu servir dans le titre II de la seconde partie dans l'étude de certains « contentieux-cibles », notamment le contentieux familial.

L'« enquête France » a également servi à confronter les réalités et pratiques françaises à celles existantes aux Etats-Unis, en Italie et en Allemagne¹⁵. Ces études comparatives avaient notamment pour but d'analyser l'éventuelle incidence pour la protection de la liberté religieuse du justiciable des différentes modes de relation entre l'Etat et les religions : pays adoptant un système laïc, comme la France mais également l'Italie qui y associe des concordats ou ententes avec différentes confessions religieuses, et les autres systèmes, comme l'Allemagne ou les Etats-Unis.

L'ensemble ne prétend, en aucun cas, acquérir une valeur scientifique ou statistique, même si nous avons tenté au mieux de tendre vers l'exigence de représentativité de ces entretiens.

¹⁵ La présence dans l'équipe de chercheurs spécialisés en droit comparé et ayant, au cours de leurs parcours, réalisé des séjours d'études ou d'enseignement à l'étranger, voire des thèses de doctorat en co-tutelle dans des pays dont ils maîtrisent parfaitement la langue a facilité une telle approche. Malheureusement, la pression très forte dont sont victimes nombre d'universitaires turcs à l'heure actuelle ne nous a pas permis d'associer un chercheur turc à l'équipe de recherches, ce qui avait été envisagé à l'origine. La Turquie est le seul Etat musulman laïque et le déclarant dans sa Constitution.

Il s'agit en quelque sorte d'une exploitation contrôlée des entretiens. Nous sommes en effet conscients qu'il s'agit d'un échantillonnage limité, d'entretiens isolés, et que toutes les personnes contactées n'ont pas répondu – ajoutons que nous avons conscience du fait qu'*a priori*, celles qui ont répondu étaient plutôt intéressées par cette problématique, ce qui oriente forcément les réponses.

Par conséquent, si nous sommes donc convenus qu'il était impossible de tirer une analyse autonome des seuls questionnaires, cette centaine d'entretiens a permis de voir se dessiner certaines tendances ou de percevoir certains angles morts.

La plupart des interlocuteurs - sauf ceux dont la fonction était liée à certains contentieux comme le contentieux familial - étaient surpris du sujet, peu y ayant été confrontés, jugeant souvent qu'il s'agissait d'un « non-problème » ou d'un problème mineur par rapport à ceux qu'ils rencontrent au quotidien. Mais, souvent, au fur et à mesure de l'entretien, les juges ou avocats se sont souvent remémoré des situations qu'ils avaient oubliées, et ont ainsi été conduits à réfléchir à cette problématique qui leur semblait inexistante au premier abord.

Parallèlement, ces entretiens ont été extrêmement enrichissants pour l'équipe. En effet, la plupart de ses enseignants chercheurs, qui ont déjà écrit sur le fait religieux et le principe de laïcité, n'avait jamais eu autant d'échanges avec des professionnels susceptibles d'être confrontés dans leur métier à ces questions. Il s'est ainsi avéré qu'il existait parfois un fossé entre les thématiques universitaires et médiatiques et le quotidien du travail des juges et des avocats.

- Pistes de recherche

Une des hypothèses qui a guidé notre recherche et qu'il convenait de vérifier – ou d'infirmier - était la suivante :

S'il existe des règles relatives à la laïcité propres à l'institution du service public de la justice, dont la pratique - étudiée notamment à travers les entretiens - et la jurisprudence démontrent néanmoins la fragilité, l'application du principe de laïcité par les juridictions dans leurs décisions apparaît comme beaucoup plus compliquée et moins pensée, alors même qu'elle est souvent présentée comme un acquis.

Au final, le service public de la justice, voire la justice en général, ne serait-il/elle neutre qu'en apparence ?

Par ailleurs, il s'agissait également d'examiner l'existence ou non d'une corrélation - et son degré - entre la neutralité de l'institution judiciaire et la neutralité de la juridiction et d'examiner quand, dans le contentieux, la logique de la séparation, qui officiellement irrigue la quasi-totalité du droit français, peut être altérée.

|

PREMIÈRE PARTIE

LA LAÏCITÉ ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QU'INSTITUTION

|

TITRE I- LA FORMATION DES PROFESSIONNELS DE LA JUSTICE RELATIVE A LA LAÏCITÉ ET/OU AU FAIT RELIGIEUX

Christine PAUTI

Introduction : la formation à l'université

Il est frappant de constater que la formation liée à la laïcité et au fait religieux à l'université est souvent la seule - quand elle existe - dont se souviennent les professionnels interviewés.

La plupart des personnes interrogées dans le cadre de notre enquête mentionnent l'absence de séminaire spécialement consacré à cette question (sauf ponctuellement, dans le cadre d'un Master de droit public général, par exemple, comprenant un séminaire « Droit et religions », voire une option « Droit et religion » parfois ouverte en L 2) et conservent des souvenirs issus de leurs enseignements de base, tels que le droit constitutionnel, le droit administratif, habituellement dispensé en L2, le droit des libertés (en Licence ou en Master 1, dans le cadre d'un Diplôme d'Etudes Approfondies consacré aux droits de l'Homme, ou encore lors de la préparation à l'examen d'entrée à l'école d'avocat), la théorie du droit, ou encore l'histoire pouvant réserver une place aux rapports entre droit et religion, en licence ou à Sciences Po.

Parfois, la question d'un enseignement relatif à la laïcité renvoie, dans l'esprit des personnes interrogées, à un fait ou à un moment en particulier, et notamment aux débats relatifs à l'interdiction du port du foulard dans les établissements scolaires. Est également mentionnée la création, à l'Université Paris-Dauphine, d'un Master « Finance islamique », considérée comme une « bonne chose » par une personne interrogée dès lors qu'il importe de « développer la finance islamique », ou encore la nécessité de renforcer la formation des juristes en général et des magistrats en particulier, en matière d'anthropologie des religions, par exemple. Certains estiment logique qu'il n'y ait pas eu d'enseignement à leur époque car aucun problème ne se posait et que « les signes particuliers extérieurs de religion n'avaient aucune importance ».

S'il existe aujourd'hui 26 DU laïcité en activité sur l'ensemble du territoire, y compris en outre-mer¹⁶, et plus de 400 inscrits¹⁷, ils n'ont pas pour destinataires privilégiés les professions judiciaires. Si l'on s'en tient à l'exemple du DU « Connaissance de la laïcité » de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, rares sont les juges ou avocats qui ont participé à cette formation¹⁸.

A la formation des juges (**CHAPITRE I**) et des avocats (**CHAPITRE III**), on ajoutera également celle des greffiers (**CHAPITRE II**) même si des représentants de cette dernière profession n'ont malheureusement pas été interviewés dans notre enquête faute de temps.

¹⁶ Sur le DU existant à Mayotte, v. *infra* p 285-289.

¹⁷ Chiffres donnés dans la Synthèse du 6^{ème} rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité 2018-2019, p. 7-8.

¹⁸ Depuis sa création en 2015, seul un avocat (2017-2018) et un juge administratif (2018-2019) se sont inscrits à la formation. Le second, faute de temps, a abandonné la formation en cours d'année.

CHAPITRE I- LA FORMATION DES JUGES

Depuis la rentrée 2015-2016, à la suite notamment des attentats de Charlie Hebdo, de Montrouge et de l'Hyper Cacher de la porte de Vincennes, des formations à la laïcité se sont multipliées, notamment dans le cadre universitaire. Afin de comprendre l'éventuel degré d'exposition et de sensibilisation des juges à cette problématique, on examinera la place faite à la thématique dans les formations dispensées à l'ENM ainsi qu'à l'ENA. Qu'est-il attendu d'une formation à la laïcité des personnels de la justice, au regard de celles qui existent pour les agents d'autres services publics (on pense par exemple à l'enseignement, à la police...)?

Section I- La formation des juges judiciaires à l'Ecole Nationale de la Magistrature

§1- La formation initiale à l'Ecole Nationale de la Magistrature

- A- Une demi-journée sur la laïcité depuis 2015
- B- Les conférences liées au terrorisme et à la radicalisation
 - 1- Les conférences destinées à l'ensemble des élèves de l'ENM
 - 2- Les conférences dans le cadre de la « préparation aux premières fonctions »
- C- Les autres conférences liées au fait religieux

§2- La formation continue des juges judiciaires

- D- Les formations nationales ayant un lien avec la laïcité et/ou le fait religieux
 - 1- La formation « phare » en matière de laïcité : « La laïcité, le juge et le droit »
 - 2- La formation traditionnelle en lien avec les religions : « Les trois monothéismes »
 - 3- La formation « Familles originaires du Maghreb, d'Afrique subsaharienne et de Turquie et pratiques judiciaires »
 - 4- La formation « Les dérives sectaires »
 - 5- Les formations en lien avec le racisme et l'antisémitisme
 - 6- Les formations nationales sur d'autres thèmes faisant des focus sur la laïcité ou le fait religieux
- E- Les formations nationales ayant un lien avec le terrorisme ou la radicalisation
- F- Les formations en lien avec des acteurs extérieurs à l'Ecole Nationale de la Magistrature
 - 1- La laïcité dans le cadre du partenariat de l'ENM avec le Réseau des Ecoles de Service Public (RESP)
 - a- La session « Laïcité : comment la faire vivre ? » ouverte aux magistrats
 - b- Un parcours sur la laïcité sur la plateforme e-formation de l'École ouvert aux magistrats
 - 2- Les diplômes universitaires (D.U.) en lien avec la laïcité et le fait religieux ouverts aux magistrats
- G- Les formations délocalisées en lien avec la laïcité et/ou le fait religieux

Section II- La formation des juges administratifs

§1- L'Ecole Nationale d'Administration et les futurs juges administratifs

- A- La laïcité et le fait religieux dans les concours d'entrée à l'Ecole Nationale d'Administration ou dans les concours d'entrée directs dans la magistrature administrative
 - 1- La laïcité et le fait religieux dans les concours d'entrée à l'ENA
 - 2- La laïcité et le fait religieux dans les concours d'entrée directs dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel
- B- La laïcité et le fait religieux dans la formation indifférenciée à l'Ecole Nationale d'Administration d'une grande partie des futurs juges administratifs
 - 1- La formation initiale
 - 2- La formation continue

§2- La formation au Centre de formation de la juridiction administrative

Section I- La formation des juges judiciaires à l'Ecole Nationale de la Magistrature

En application de l'article 64 de la Constitution, les magistrats de l'ordre judiciaire bénéficient d'un statut autonome, défini par l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature. Ils ne sont donc pas soumis au statut général de la fonction publique.

Comme le précise l'Ecole Nationale de la Magistrature sur sa page d'accueil « l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) est l'unique établissement en France qui forme les futurs magistrats du siège et du parquet, les magistrats en exercice ainsi que des magistrats étrangers. L'ENM assure aussi la formation des juges consulaires, des magistrats exerçant à titre temporaire, des conseillers prud'hommes, des conciliateurs de justice et des délégués du procureur.

La mission première de l'Ecole est le recrutement et la formation professionnelle des représentants de l'autorité judiciaire que sont les juges et procureurs. Ainsi, l'ENM recrute environ 500 élèves magistrats par an dont la moitié sont des professionnels en reconversion (anciens avocats, cadres de la fonction publique, juristes...). Leur formation initiale leur permet d'accéder à la sortie de l'ENM aux fonctions de juge, juge d'instance, juge des enfants, juge d'instruction, juge de l'application des peines et substitut du procureur.

Elle organise par ailleurs la formation continue obligatoire des quelques 8000 magistrats français en exercice. Près de 500 sessions sont proposées chaque année : elles offrent régulièrement des places aux professionnels des secteurs juridique et judiciaire ».

La direction en charge des recrutements, de la formation initiale et de la recherche est située à Bordeaux, tandis que la direction en charge de la formation continue, de l'international et des formations professionnelles spécialisées est localisée à Paris. Nous avons pu rencontrer les responsables des deux types de formations en juin et juillet 2019 qui nous ont réservé un excellent accueil mettant à notre disposition le maximum d'informations¹⁹. Au-delà des entretiens menés auprès d'eux, les magistrats détachés à l'ENM rencontrés à Bordeaux nous ont mis en contact avec des magistrats exerçant au Tribunal de Grande Instance et à la cour d'appel de Bordeaux que nous avons pu rencontrer sur place. En outre, à Paris, le magistrat responsable de la formation continue nous a permis d'assister à la formation de trois jours relative à « La laïcité, le juge et le droit »²⁰.

S'agissant de la formation sur la laïcité, on trouve sur le site internet de l'ENM la présentation suivante: « En qualité de gardienne des libertés individuelles, l'autorité judiciaire se trouve au cœur des débats publics sur la place du religieux et la laïcité. Dans bien des domaines, dans une société multiculturelle, le magistrat peut être amené à s'interroger sur les contours de la laïcité et les atteintes qui pourraient lui être portées, et ne peut appréhender sereinement ces situations sans disposer de repères clairs et d'outils sur ces thèmes. En outre, il doit, dans l'exercice de ses fonctions et dans ses relations avec les justiciables, donner corps à ces principes de laïcité et de neutralité, gage d'impartialité. D'où la nécessité pour l'ENM de proposer des sessions dédiées tant dans son programme de formation initiale que dans son catalogue de formation continue. »

Sauf exception, nos entretiens n'ont été que de peu d'utilité pour cette partie du rapport, car les magistrats judiciaires interrogés - environ vingt-cinq - ne font généralement pas partie des dernières promotions et ont effectué leurs études à l'ENM

¹⁹ L'ENM est membre du groupement d'intérêt public « Mission de recherche droit et justice » depuis sa création et, depuis 2018, elle y contribue financièrement. Le partenariat entre l'ENM et la Mission a été formalisé par la signature d'une convention le 24 juin 2019, valable jusqu'au 24 février 2024.

²⁰ V. *infra* p. 37 et s. sur la formation continue.

au moment où les problématiques liées à la laïcité et au fait religieux étaient très peu présentes, ou, tout du moins, ne posaient pas de problème et où il n'existait apparemment pas de conférences sur ce thème.

Des actions de formation initiale (§1) et continue (§2) des magistrats sont aujourd'hui menées par l'ENM sur le thème de la laïcité et du fait religieux de façon plus générale.

Nous les avons ici recensées.

§1- La formation initiale à l'Ecole Nationale de la Magistrature

Comme il est rappelé dans le Rapport 2018 de l'ENM : « un nouveau programme pédagogique est élaboré pour chaque promotion, en fonction du bilan établi à la fois par les élèves magistrats des promotions précédentes, par les membres du corps enseignant et par l'ensemble des partenaires de l'Ecole. Les différents supports pédagogiques sont également actualisés à l'arrivée de chaque nouvelle promotion »²¹. Les programmes ne sont néanmoins pas modifiés chaque année. En témoigne la stabilité de la matinée consacrée à la laïcité.

La promotion 2019 comprend 309 auditeurs de justice: 221 étudiants de moins de 31 ans et 88 professionnels en reconversion recrutés sur concours ou sur dossier.

L'ENM nous a fourni l'ensemble de ses calendriers de formation depuis 2011²².

Parmi ces derniers, nous avons extrait les formations concernant la laïcité précisément, mais également celles ayant un lien plus ou moins direct avec le thème de notre rapport. Hormis les conférences dans le cadre de la « préparation aux premières fonctions », il s'agit pour la plupart de conférences destinées à l'ensemble de la promotion, qui se déroulent donc en amphithéâtre en cours magistral et sont donc moins « interactives » que des petits formats.



²¹ Rapport ENM, 2018, p. 31.

²² Programmes transmis en juillet et octobre 2019 par Guillemette Hybois, Chef de service, Département de la recherche et de la documentation, Ecole Nationale de la Magistrature.

A- Une demi-journée sur la laïcité depuis 2015

Avant 2015, il n'existait apparemment pas de conférence sur la laïcité dans le cadre de la formation initiale²³.

Pour les élèves des promotions 2011 et 2012, aucune conférence n'avait eu lieu sur la laïcité ou le fait religieux.

Il n'existait pas davantage de conférence sur la question de la radicalisation mais « uniquement » sur la délinquance de façon plus générale ou sur la dangerosité. Ainsi, le 19 décembre 2011, une conférence avait été organisée sur « La dangerosité : définitions et outils d'évaluation »²⁴.

Pour les élèves de la promotion 2013, s'est tenue une conférence le 25 février 2014 une partie de l'après midi sur le thème « Service public de la justice et liberté de religion » par M. Jean-Guy Huglo, conseiller à la Cour de cassation.

Des promotions 2014 aux promotions 2018, les thèmes de la laïcité et de la non-discrimination ont été associés lors d'une journée complète avec la matinée consacrée à la laïcité et l'après-midi à la lutte contre les discriminations.

Cette apparition de la thématique laïcité n'est sans doute pas sans lien avec les attentats ayant secoué la France durant l'année 2015 : le 7 janvier 2015 au siège du journal *Charlie Hebdo* à Paris, le 8 janvier, le meurtre d'une policière à Montrouge, et le 9 janvier la prise d'otage de l'Hyper Cacher porte de Vincennes. A titre de comparaison, c'est également à partir de 2015 que se sont multipliés les « DU laïcité » dans de nombreuses universités, comme à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Pour les élèves de la promotion 2014, deux heures de conférences le matin du 5 mars 2015 sur « La laïcité » par Pierre-Henri Prélôt, professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise, et la première partie de l'après-midi consacrée au thème : « Le défenseur des droits et la lutte contre les discriminations » avec Mme Claudine Angeli Troccaz, adjointe au Défenseur des droits en charge de la déontologie de la sécurité et Mme Christine Jouhannaud, directrice du département protection sociale, travail et emploi auprès du Défenseur des droits.

Pour les élèves de la promotion 2015, la matinée du 24 novembre 2015 a été consacrée au thème de la laïcité. Après une conférence sur « La laïcité » prononcée par Remy Schwartz, conseiller d'Etat, et président du conseil d'administration de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, une table ronde s'est déroulée sur le thème « Service public de la justice et liberté religieuse » animée par Valérie Dervieux, première vice-présidente adjointe au TGI de Nanterre et Aurélie Canoves, juge aux affaires familiales au TGI de Pontoise.

L'après-midi de cette même journée a été consacré à « La lutte contre les discriminations » avec notamment une table ronde sur « les outils juridiques et les réponses de la justice » réunissant la vice-procureur au TGI de Marseille et une représentante du Défenseur des droits.

²³ Nous n'avons cependant pas effectué de recherche sur les programmes avant 2011.

²⁴ Conférence par M. Paul M'banzoulou, responsable du département de la recherche et du CIRAP à l'ENAP, M. Jean-Louis Lesaint, ancien président de la cour d'assises de Pau, président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes, Mme Eva Dunand-Fouillade, Vice-Président JAP Périgueux, Mme Magali Bodon, expert psychiatre, responsable SMPR de Fresnes, Mme Florence Fitte-Vallee, coordonnateur de formation.

Cette journée s'est déroulée seulement onze jours après les attentats - 13 novembre 2015 aux abords du stade de France à Saint-Denis, dans différents restaurants et brasseries des 10^{ème} et 11^{ème} arrondissements de Paris (*Le Petit Cambodge, Le Carillon, Café Bonne Bière, Casa Nostra, La Belle Équipe, Comptoir Voltaire*) et dans la salle de spectacle *Le Bataclan*.

Il semblait tout à fait exemplaire et essentiel d'associer les thèmes de la laïcité et de la lutte contre les discriminations. Les attentats ne pouvaient être oubliés, la veille s'était d'ailleurs déroulée un après-midi sur la radicalisation, mais les deux thèmes étaient bien distingués, même en cette période particulièrement tendue.

La même articulation a été reprise pour les élèves de la promotion 2016, l'année ayant également été marquée par plusieurs attentats dont le double meurtre le 13 juin d'un couple de policiers à Magnanville et deux au mois de juillet : le 14 juillet à Nice faisant 86 morts et le 26 juillet l'assassinat du prêtre Jacques Hamel dans l'église Saint-Etienne-du-Rouvray.

Ainsi, à l'ENM, les 28 et 29 novembre 2016 la première journée sur l'islam et la radicalisation a été suivie d'une seconde sur la laïcité et la lutte contre les discriminations.

La conférence intitulée: « Qu'est-ce que la laïcité aujourd'hui en France ? » était cette fois animée par Rita Hermon-Belot, historienne, directrice d'études à l'EHESS et la table ronde qui l'a suivie réunissait cette même historienne et Anne Fornerod, chargée de recherches CNRS-HDR, spécialiste en droit des religions, François-Xavier Bréchet, rapporteur public à la Cour administrative d'appel de Nantes ainsi qu'Eric Bazin, vice-président au TGI d'Orléans.

S'agissant de l'après-midi consacrée à la lutte contre les discriminations, la table ronde réunissait outre un représentant du Défenseur des droits, le procureur de la république près le TGI de Libourne, référent en matière de lutte contre les discriminations et Christine Lazerges, Présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) qui a conclu la journée.

Pour la promotion 2017, le même enchaînement a été suivi les 17 et 18 juillet 2017. La matinée sur la laïcité était identique à celle de l'année précédente mis à part le changement d'un intervenant à la table ronde, Valérie Dervieux ayant remplacé Anne Fornerod.

La table ronde de l'après-midi sur la lutte contre les discriminations réunissait Eric Pelisson qui, comme chaque année avait auparavant prononcé la conférence, ainsi qu'Agnès Douvreur, avocat général à la cour d'appel de Paris - et un représentant du Défenseur des droits.

Pour la promotion 2018, à l'occasion de la journée nationale de la laïcité le 9 décembre 2018²⁵, la journée classique sur la laïcité a été isolée chronologiquement de celle qui la précédait, fixée depuis 2015 la veille, sur l'islam et la radicalisation.

Les thèmes et les intervenants de la matinée du 9 décembre étaient identiques à ceux de l'année précédente²⁶.

²⁵ La première journée de la laïcité s'est déroulée le 9 décembre 2014. Le 19 novembre 2013 a été voté à l'Observatoire de la laïcité un avis instituant cette Journée. Ce vote faisait suite à une résolution du Sénat du 31 mai 2011 et à une proposition de résolution enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 mars 2013. La date du 9 décembre a été choisie en référence à la loi de séparation des Eglises et de l'Etat.

²⁶ Sur le site de l'ENM on trouve un résumé de la journée dénommée « Laïcité : quels enjeux de formation pour les magistrats ? », thème que l'on ne retrouve cependant pas expressément reproduit ainsi sur le programme de cours

Pour l'après-midi, la conférence traditionnelle sur « La lutte contre les discriminations » était assurée par Frédéric Potier, préfet en mission de service public et délégué interministériel à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH) et une avocate au barreau de Paris, médiatrice et formatrice, était présente à la table ronde.

Pour la promotion 2019, le programme et les intervenants de la matinée « laïcité » prévue le 9 décembre 2019 demeurent identiques. La séquence de l'après-midi sur les discriminations n'a en revanche pas été reconduite. On peut regretter cette disparition quand on sait combien il est essentiel de rappeler le lien étroit entre les principes de laïcité et de non-discrimination, surtout depuis une quinzaine d'années, notamment depuis les attentats de la décennie 2000 et la loi n°2004-228 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. En effet, depuis cette période, les personnes de confession musulmane sont victimes de nombreux amalgames et davantage sujets à discrimination. Notre thème de recherche « La laïcité dans la justice » nous en offre d'autres témoignages, les débats se cristallisant souvent autour du voile, qu'il s'agisse des acteurs professionnels ou non professionnels de la justice ou des usagers de ce service public. Il semblerait donc important, à l'heure où une nouvelle vision de la laïcité semble gagner du terrain, de continuer à étudier ces deux thèmes de concert dans une journée d'études complète, la non-discrimination étant l'une des composantes essentielles du principe de laïcité.

Une conférence de 2h s'est néanmoins tenue le 25 septembre 2019 sur le thème de la « protection des droits et affaires judiciaires » prononcée par Jacques Toubon, Défenseur des droits et Claudine Jacob, magistrate et directrice « Protection des droits-Affaires judiciaires », mais la lutte contre les discriminations n'est que l'une des missions du Défenseur des droits et l'aspect religieux n'a sans doute pas - ou peu - été développé dans cette conférence si l'on s'en tient à la présentation qui a été faite par l'ENM sur son site²⁷.

Le 27 janvier 2020, la matinée sera consacrée au thème de la radicalisation, thème qui, depuis 2018, est isolé dans le temps par rapport à celui de la laïcité, ce que l'on ne peut que saluer pour éviter tout amalgame.

L'ENM présente ainsi sur son site la journée laïcité 2018, mais compte tenu de la similitude, voire de l'identité des programmes et des intervenants d'une année sur l'autre depuis 2015, ces réflexions valent pour toutes les matinées « laïcité » des différentes promotions. Il s'agit ainsi de « Réfléchir aux implications de la laïcité pour le magistrat. Organisée par les pôles Environnement judiciaire et Humanités judiciaires²⁸,

donné par les services de l'ENM.

²⁷ Postérieurement à la tenue de conférence, on trouvait sur le site de l'ENM le résumé suivant : « Comment garantir le respect des droits fondamentaux et des libertés dans le contexte du renforcement de la lutte contre le terrorisme ? Comment éviter les discriminations en milieu professionnel, au moment de l'accès à un logement, de l'accès aux soins, à l'école ? Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ?... De nombreuses questions traitées par le Défenseur des droits sont en relation directe avec celles auxquelles sont confrontés les magistrats. C'est pourquoi Jacques Toubon, Défenseur des droits, était invité à l'ENM le 25 septembre dernier, pour présenter aux élèves magistrats de la promotion 2019 les missions et moyens d'action de son institution ». V. aussi l'interview de Jacques Toubon qui ne mentionne pas davantage la question religieuse (<http://www.enm.justice.fr/actu-11102019-jacques-toubon-defenseur-des-droits-rencontre-les-eleves-magistrats>).

²⁸ Il existe 8 pôles de formation de l'ENM :

- Humanités judiciaires
- Environnement judiciaire
- Processus de décision et de formalisation de la justice civile

cette séquence mêle des apports théoriques fondamentaux et une réflexion concrète sur les pratiques et les dispositifs à mettre en œuvre dans leur futur exercice professionnel. Elle doit ainsi permettre aux élèves magistrats de savoir définir la laïcité et de comprendre les spécificités de la « laïcité à la française » dans sa construction historique et ses enjeux actuels, mais également les amener à réfléchir aux implications de la laïcité pour le magistrat tant dans la tenue de l'audience que dans la gestion des dossiers qui peuvent lui être soumis, particulièrement dans le domaine de la famille. »

Comme on peut le lire sur le site de l'ENM, les enseignements du pôle Humanités judiciaires « doivent favoriser la réflexion des auditeurs de justice et des magistrats sur les obligations imposées par l'exercice de leur fonction, et leur apporter des éléments de culture judiciaire. À la croisée de la philosophie et du droit, ce programme pédagogique, fruit d'une collaboration entre magistrats, avocats, enseignants et représentants de l'Inspection des services judiciaires (ISJ) et de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), se fonde sur l'étude des valeurs éthiques et des règles déontologiques qui fondent la confiance en l'institution judiciaire, et qui sont présentes à chaque instant de la carrière du magistrat. ». Quant au pôle Environnement judiciaire il a une « double vocation : permettre aux auditeurs de justice et aux magistrats en fonction de développer leur capacité à appréhender le contexte non-juridique de leurs décisions, et dispenser des connaissances scientifiques (médecine légale, psychologie, psychiatrie, sociologie, criminologie, etc) pouvant être mobilisées dans le cadre du processus de décision judiciaire. »

Dans le cadre des entretiens réalisés à l'ENM en juin 2019²⁹ Marion Wiszniak, magistrate co-animatrice du pôle Humanités Judiciaires, coordonnatrice de formation et Philippe Latge, magistrat animateur du pôle « environnement judiciaire », coordonnateur de formation, ont insisté sur l'orientation de cette formation visant à insister sur le lien entre laïcité et déontologie: « Inscrite dans la partie Humanités judiciaires, la conférence est de trois heures, et il faut faire des choix : elle concerne plus la laïcité que l'intégration du fait religieux dans la décision du magistrat qui est une question un peu différente et qui est à nuancer selon le type de contentieux (pénal, civil...).

Sous l'angle déontologique, il s'agit de voir la conscience que l'on a de ses propres convictions religieuses, politiques, ou autres pour les mettre à distance, pour ne pas être dans une prise de décision influencée par des biais de jugement subjectifs. A l'ENM, on rattacherait plus cela à l'impartialité du juge. Les trois heures sont principalement axées sur l'angle du positionnement du magistrat vis-à-vis de ses propres convictions religieuses et vis-à-vis des convictions religieuses qui peuvent être exprimées éventuellement par les autres protagonistes du procès et notamment les auxiliaires de justice : avocats, jurés d'assises. C'est surtout sur ces questions-là, qui sont assez proches des questions déontologiques, qu'est axée la formation plus que sur le fond et la question de la religion liée aux parties elles-mêmes. Notre souci est que les collègues

-
- Processus de décision et de formalisation de la justice pénale
 - Communication judiciaire
 - Administration de la justice
 - Dimension internationale de la justice
 - Pôle économique, social et environnemental

²⁹ Rendez-vous avec Isabelle Monteils, Sous-directrice- Département Recherche et documentation, Marion Wiszniak, magistrate co-animatrice du pôle Humanités judiciaires, coordonnatrice de formation. Philippe Latge, magistrat animateur du pôle Environnement judiciaire, coordonnateur de formation. Ces deux derniers sont présents depuis 2016 à l'ENM.

repèrent qu'ils doivent garantir une neutralité dans leur façon de juger sans porter atteinte à la liberté religieuse des justiciables, on veut éviter que des juges fassent sortir des salles d'audience des personnes car elles sont voilées ou les prennent à partie car elles ont une croix ou un signe trop apparent...

S'agissant de la question des avocats, on fait état de la jurisprudence, on ne prend pas une position en disant « vous devez faire ceci ou cela », on veut absolument qu'ils connaissent l'état du droit existant, la jurisprudence, les doutes, et qu'ils arrivent à se positionner par rapport à ça ; c'est une question débattue et donc cela les autorise dans le cadre de leur police de l'audience à intervenir s'il y a une difficulté. On leur dit aussi qu'ils peuvent saisir le bâtonnier, on leur donne des clefs pour qu'ils puissent, si une difficulté se pose, apprécier le raisonnement, les ressources et les outils qu'ils peuvent avoir pour sortir de la difficulté.

Il n'y a pas une façon ENM de penser la laïcité. Comme sur d'autres sujets, l'ENM veut fournir la connaissance de l'état du droit existant, des questions, des évolutions, de ce que les autres disciplines peuvent nous apporter, c'est pour cette raison que le détour historique est très intéressant en la matière parce que c'est une façon de comprendre comment la conception française de la laïcité a pu arriver jusqu'à nous et évoluer. On essaie de leur donner des bases de compréhension, de leur dire « cela c'est interdit » quand ça l'est, de les tenir à jour du droit mais on ne va pas au-delà. Quand il y a plusieurs façons de percevoir un problème, on essaie de leur donner accès à des intervenants qui vont dire des choses différentes. Ce qui est le cas sur la question des jurés d'assises où la question n'est pas encore tranchée : on n'est pas là pour leur donner une solution mais pour leur permettre d'avoir les idées qui leur permettront de réfléchir sur ces questions si le problème se pose, de savoir qu'il peut y avoir débat. Notre intérêt est aussi de leur montrer ce que l'on montre ou pas : il s'agit de raisonnements sur l'impartialité objective et subjective. Si le signe religieux va clairement indiquer quelque chose au justiciable, on peut tout à fait avoir des convictions extrêmement fortes sans les montrer. Tout n'est pas résolu par le fait de cacher éventuellement une appartenance religieuse ou politique ».

Cette mise à distance des convictions personnelles est illustrée par le témoignage d'un juge se déclarant de confession catholique, ayant longtemps exercé en tant que juge des enfants : « J'ai été confronté à la question d'une IVG pour une jeune fille que les parents refusaient pour des raisons que je n'ai jamais réussi à éclaircir mais eux-mêmes n'ont pas invoqué des motifs religieux. Du coup, cela intervient par rapport aux propres convictions du juge. Cela a été une grande discussion avec les parents pour les renvoyer à leurs responsabilités parentales. Le juge n'était pas là pour pallier leurs questionnements mais c'était à eux en tant que parents de prendre les responsabilités qui étaient les leurs. Et donc finalement ils ont donné l'autorisation pour l'IVG pour leur fille.

C'était une phase où l'on recherchait l'accord des parents. Sinon, j'aurais décidé d'accorder l'IVG via l'article 375 du code civil même si, personnellement, je n'y suis pas favorable en termes de concept, de théorie. Après, face à une situation concrète, il y a des moments où il faut prendre la décision qui s'impose. Mais cela me semblait important que les parents ne se défaussent pas sur un tiers de leur responsabilité qui était avant tout leur histoire avec leur fille au regard de ce qu'ils toléraient ou de ce qu'ils ne toléraient pas. Ils étaient dans une situation totalement paradoxale : ils refusaient l'IVG mais ils refusaient également de prendre en charge leur fille avec son gamin, donc à un moment donné leur position n'était pas tenable. J'avais ce problème de conscience pour

moi. Mais il me semblait qu'au regard de l'intérêt de cette jeune de moins de 14 ans et de la situation qui était la sienne, l'IVG était la seule solution. Il n'y avait pas cinquante solutions : soit ils assumaient et ils l'accompagnaient avec son enfant soit elle n'était pas en mesure, et elle ne l'était pas, de poursuivre une grossesse, du point de vue de son âge et de sa maturité et la seule solution était l'IVG ».

B- Les conférences liées au terrorisme et à la radicalisation

Les conférences liées à la radicalisation ont été instaurées à partir de 2015.

Sur le site de l'ENM, un dossier est consacré à la lutte contre la radicalisation et le terrorisme présenté de la manière suivante : « les attentats djihadistes commis en France depuis 2015 ont conduit l'ENM à développer des formations dédiées à la prévention de la radicalisation violente et à enrichir fortement son offre sur le traitement judiciaire du terrorisme. Les nouveautés concernent les magistrats spécialisés, généralistes ou référents terrorisme, mais aussi les auditeurs de justice et les magistrats étrangers. »

1- Les conférences destinées à l'ensemble des élèves de l'ENM

Comme l'explique Sabine Corvaisier, sous-directrice des études, sur le site de l'ENM : « suite aux attentats de janvier 2015, des séquences spécifiques à ces thèmes d'actualité ont été créées et intégrées au programme de la formation initiale des auditeurs de justice ».

Le 8 mars 2015 après-midi, Boris Cyrulnik, doyen du pôle environnement judiciaire a dispensé une conférence sur le « Langage totalitaire de la radicalisation » et le 9 mars 2015 au matin, Robert Badinter évoquait quant à lui dans une conférence le thème « Le terrorisme et la loi ».

Par ailleurs, le 13 avril 2016, l'ENM a accueilli Jean-Pierre Filiu, professeur des universités spécialiste de l'histoire du Moyen-Orient contemporain à Sciences Po et auteur de nombreux articles et ouvrages notamment sur le *jihad*, *Al-Qaida* et *Daech*, pour une conférence sur le *jihadisme* devant l'ensemble de la promotion 2014.

Après cet éclairage, les auditeurs de justice ont assisté à l'intervention d'un lieutenant-colonel du Groupe d'intervention de la Gendarmerie nationale (GIGN) sur l'évolution des modes opératoires terroristes. On trouve sur le site de l'ENM les précisions suivantes : « L'objectif était notamment de donner aux futurs magistrats des clés de compréhension pratiques sur le langage, la communication et l'organisation matérielle des groupes terroristes ».

Le 19 avril 2016, François Molins, procureur de la République près le TGI de Paris a consacré une partie de son intervention à l'ENM aux questions des auditeurs de justice qui l'ont notamment interrogé sur le quotidien des magistrats depuis les attentats parisiens.

Par ailleurs, en novembre 2016, deux dispositifs de lutte contre la radicalisation violente, ainsi que le travail partenarial qu'ils impliquent entre les parquets et les préfetures, ont été présentés aux élèves magistrats.

Pendant quelques années, l'enseignement lié à la radicalisation a été plus long - au minimum une journée entière - dans le cadre de la formation initiale que celui

consacré à la laïcité qui correspond à une demi-journée. Pour la promotion 2019, la thématique radicalisation est elle aussi réduite à une demi-journée.

Jusqu'à présent, une conférence de 3 heures était organisée durant la matinée sur: « Les concepts clés de l'islam et l'histoire du *djihad* » (intitulée « Les notions clés de l'islam, le salafisme, certains islamismes radicaux, l'histoire du *djihad* » le 28 novembre 2016, « les notions clés de l'islam, le salafisme, l'histoire du *jihad* » le 17 juillet 2017 par le seul Asiem el Difraoui) réalisée par Hugo Micheron, politologue et Asiem el Difraoui, docteur en sciences politiques. Durant l'après-midi, un documentaire « Engrenage : les jeunes face à l'islam radical » réalisé par Clarisse Feletin était diffusé.

La journée se poursuit par une conférence-débat sur la radicalisation violente.

En 2015, il s'agissait d'une conférence intitulée « Les mécanismes de radicalisation violente » menée par Sophie Sansy, conseillère justice, pole éducation jeunesse à la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) ; en 2016 : « les mécanismes d'entrée dans la radicalisation violente » par Samir Amghar, sociologue, politologue, chercheur à l'université de Bruxelles, conférence suivie d'une présentation des dispositifs de lutte contre la radicalisation violente ; en 2017 : « L'évaluation de la radicalisation violente » par Eliane Theillaumas, psychologue clinicienne, chargée de mission auprès du chef de l'unité de coordination de la lutte anti-terrorisme - Anne Faivre, directeur hors classe des services pénitentiaires suivie d'une présentation du dispositif de lutte contre la radicalisation violente mis en place sur le ressort du TGI de Bordeaux par la procureure de la République près le TGI de Bordeaux – le sous-préfet, directeur de cabinet du préfet de la région Nouvelle-Aquitaine, préfet de la Gironde.

Pour la promotion 2018 enfin, la matinée sur les concepts de l'islam et l'islamisme radical est supprimée et la journée entière du 16 juillet 2018 est consacrée à «La lutte contre la radicalisation », le matin, avec pour intervenant, Asiem El Difraoui, docteur en sciences politiques ; l'après-midi avec Anne Faivre, directeur hors classe des services pénitentiaires ; Eliane Theillaumas, psychologue clinicienne ; Catherine Champrenault, procureur général près la cour d'appel de Paris ; Marie-Madeleine Alliot, procureur de la république TGI de bordeaux ; Samuel Bouju, sous-préfet.

La suppression de la matinée où étaient mêlés concepts de l'islam, *djihad*, radicalisme ne peut être que saluée tant il apparaît fondamental de ne pas confondre la religion musulmane avec les phénomènes de radicalisation, d'autant que les autres religions ne sont pas évoquées dans les autres conférences pour l'ensemble de la promotion. Et même si l'islam, les islamistes, le *jihadisme* doivent nécessairement être évoqués pour traiter des phénomènes de radicalisation actuelle, mieux vaut que le titre de la conférence ne s'y réfère pas explicitement.

Comme nous l'ont expliqué les responsables des deux pôles rencontrés en juin 2019 à l'ENM : « Il faut voir comment la question du terrorisme, celle de la radicalisation nous imposent de changer de fonctionnement parfois en tant que magistrats. Il faut croiser tous les regards, voir notamment en quoi le travail avec les préfetures vient nous bousculer dans nos façons de travailler. On fait venir des préfets, des directeurs de cabinets de préfets pour voir comment, sur un plan opérationnel, on travaille ces questions. On s'interroge pour savoir en quoi la radicalisation peut changer ou ne pas changer nos fondamentaux. C'est ce qui a justifié que l'on sépare dans le temps la formation radicalisation de la formation laïcité. Sinon, cela donnerait une vision très défensive de la laïcité et très partielle et partielle ».

Par ailleurs, comme nous l'ont précisé ces mêmes responsables, pour la nouvelle promotion 2019, la question de la radicalisation devrait être plus ouverte en dépassant le cadre religieux car elle devrait s'ouvrir à la thématique de la radicalisation politique (ont notamment été évoqués lors du rendez-vous à l'ENM les gilets jaunes, la ZAD Notre Dame des Landes, la lutte animaliste...). Le programme précis n'est pas encore connu au moment de la rédaction de ce rapport. Sachant que le thème de la radicalisation a été réduit à une demi-journée, nous ne savons pas si ce projet d'extension à la radicalisation politique sera maintenu. Nous espérons que ce projet verra cependant le jour, car il permet de ne pas réduire et assimiler la radicalisation au phénomène religieux.

En parallèle à ces conférences destinées à l'ensemble de la promotion, d'autres interventions sont spécifiques aux fonctions que vont exercer, à la fin de leur formation, les élèves magistrats.

2- Les conférences dans le cadre de la « préparation aux premières fonctions »

Après une année à l'école et une année en juridiction, soit après 25 mois de formation, les stagiaires choisissent leur premier poste en fonction de leur classement. Ils ont alors des formations spécifiques, en plus petit effectif, pour les préparer à cette première fonction, afin de maîtriser les spécificités de leur futur poste. En 2017-2018, trois conférences de 3 heures sur une période d'un mois ont pu être délivrées. En 2018-2019, une seule conférence a pu être donnée. Comme nous l'ont expliqué nos correspondants de l'ENM: « Chaque année on fait des arbitrages entre les compétences techniques, la pratique de l'audience, les mécanismes de rédaction de décisions et les connaissances extérieures. »

Etant donné que les futurs magistrats de la promotion 2014 n'avaient pas bénéficié de la formation initiale liée à la radicalisation instaurée après les attentats de 2015, leur ont été délivré, en avril 2016, à quelques mois de leur prise de poste, de nouvelles séquences pédagogiques sur la lutte antiterroriste et la prévention de la radicalisation intégrées dans le programme de leur préparation aux premières fonctions.

Ainsi, depuis 2016, la préparation aux premières fonctions aborde la thématique de la radicalisation selon les spécificités propres à chacune des fonctions de magistrat.

Les futurs juges des enfants, qui pourront être confrontés à des dossiers de radicalisation, ont notamment bénéficié d'une séquence pédagogique animée par une référente laïcité et citoyenneté de la direction de la Protection judiciaire de la Jeunesse³⁰ et une juge des enfants. Valérie Grenier, coordonnatrice de formation à l'ENM, précise, sur le site de l'ENM, que « l'objectif de ces échanges est qu'une fois en juridiction, ils puissent repérer ces situations en étant en capacité de décrypter et décoder un certain nombre d'indicateurs pendant une audience, mais aussi qu'ils connaissent les dispositifs

³⁰ La PJJ bénéficie d'un réseau de 70 référents Laïcité et Citoyenneté (RLC) sur l'ensemble du territoire dans le cadre de la mission nationale de veille et d'information (MNVI). L'installation des premiers RLC est intervenue par la note du 7 septembre 2015 relative au cadre d'intervention des RLC. Sur cette question, v. E. Forey, « L'application de la laïcité dans la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) », in E. Forey et Y. Laidié, *L'application du principe de laïcité à la justice*, op. cit., p. 253-268.

et personnes ressources sur lesquelles ils peuvent s'appuyer pour gérer ces dossiers délicats »³¹.

Le site de l'ENM donne également les informations suivantes :

Les futurs juges de l'application des peines ont, pour leur part, assisté à une séquence sur la prise en charge pénitentiaire de la radicalisation violente.

Enfin, Nicolas Le Bris, substitut du procureur près le TGI de Paris, a présenté aux futurs parquetiers les actions du parquet antiterroriste, aux côtés du commissaire divisionnaire chef de la division nationale de répression du terrorisme international. Il a notamment évoqué les contentieux traités par ce parquet, les outils juridiques et procéduraux à la disposition des magistrats en termes de lutte antiterroriste et le rôle des parquets locaux dans la gestion de ces contentieux. « Sur vos ressorts respectifs, vous aurez sans doute des candidats au jihad et c'est vous qui allez piloter les premières heures ou les premiers jours de l'investigation en lien avec le parquet antiterroriste », a-t-il souligné en s'adressant aux auditeurs de justice.

En dehors de la radicalisation, d'autres interventions spécifiques à certaines fonctions, dans le cadre de la « préparation aux premières fonctions » peuvent avoir un lien avec le fait religieux, même si ce n'est pas spécialement rattaché à la laïcité.

B- Les autres conférences liées au fait religieux destinées aux juges des enfants et aux juges aux affaires familiales

Une formation sur « les spécificités culturelles de la famille » est destinée à la spécialisation des juges des enfants, les futurs juges aux affaires familiales pouvant également y participer. Jusqu'à présent, étaient étudiées les familles du Maghreb, subsahariennes et la question des gens du voyage mais la thématique a récemment été réduite à « famille du Maghreb ».

Il s'agit d'une conférence de trois heures avec des groupes beaucoup plus restreints (une trentaine de juges des enfants) menée par Mohamed Fazani, juriste de formation, qui dirige l'Association du lien interculturel, familial et social (ALIFS) à Bordeaux.

« Pour les juges des enfants c'est la formation où il y a le plus de séquences non judiciaires, juridiques. Notre cœur de métier fait qu'on a besoin de pédopsychiatres, psychologues, d'addictologues, de sociologues, etc... c'est la spécificité des juges des enfants. Pour les juges des enfants et tous les auditeurs de justice qui partent outre-mer, notamment ceux qui partent à Mayotte, Sophie Blanchy, une ethnologue qui donne aussi un éclairage religieux, vient depuis plusieurs années pour une durée d'1h30 » nous ont précisé nos interlocuteurs en juin 2019.

§2- La formation continue des juges judiciaires

Comme le présente le site de l'ENM, « la formation continue participe à une justice de qualité. Elle accompagne les pratiques professionnelles des quelques 8 500 magistrats en leur permettant de renforcer leurs compétences techniques et de se spécialiser tout au long de leur vie professionnelle. Conçue et organisée par la sous-direction de la formation continue de l'ENM, soit au

³¹ V. http://www.enm.justice.fr/actu-01juin2018_Le-juge-des-enfants-face-aux-mineurs-radicalises-ou-non-accompagnes

niveau national ou régional, soit en partenariat avec les cours d'appel, la formation continue revêt un caractère obligatoire depuis 2008 ».

Sur ce site, on trouve l'information suivante : « Les magistrats en fonction, qui ont une obligation annuelle de formation continue de 5 jours, peuvent (...) s'inscrire à plusieurs sessions spécifiquement ou partiellement dédiées à la laïcité, dans le cadre de la formation continue nationale ou déconcentrée. »

On dénombre plus de 500 formations offertes aux magistrats chaque année.

C'est donc seulement depuis dix ans que la formation continue est obligatoire et aucun des magistrats interviewés, à l'exception bien sûr de ceux rencontrés dans le cadre de la formation à l'ENM à l'automne 2019, n'avait suivi de formations en lien avec le fait religieux.

En juillet 2019, nous avons pu rencontrer Bertrand Mazabraud, magistrat coordinateur en charge de la formation continue sur les humanités judiciaires et la dimension internationale de la justice.

Le pôle Humanités judiciaires « propose des formations qui constituent le socle d'une culture judiciaire commune. Elles permettent aux magistrats d'identifier, de s'approprier et de mettre en œuvre les règles statutaires et déontologiques qui fondent la confiance dans l'institution judiciaire et d'alimenter leur réflexion sur les principes gouvernant l'exercice de leur mission ». Selon l'ENM, les « approches philosophiques, littéraires et historiques de l'acte de juger favoriseront la réflexion sur la place et le rôle du magistrat aujourd'hui »³².

Nicole Maestracci, magistrate, membre du Conseil constitutionnel, est doyenne des enseignements du pôle et a d'ailleurs conclu la formation 2019 sur « La laïcité, le juge et le droit ».

Dans le catalogue 2019, nous avons recensé les formations - le plus souvent relevant du pôle « Environnement judiciaire » ou « Humanités judiciaires » - qui ont un lien direct ou indirect avec la « laïcité » ou le fait religieux.

A- Les formations nationales ayant un lien avec la laïcité et/ou le fait religieux

1- La formation « phare » en matière de laïcité : « La laïcité, le juge et le droit »

« La laïcité, le juge et le droit » (Pôle Humanités judiciaires) constitue la formation continue principale au niveau national sur la laïcité. Elle existe depuis une dizaine d'années. Elle se déroule sur 3 jours à l'ENM à Paris. Autrefois de 2 jours, la formation est passée à 3 jours en 2016 pour intégrer la thématique de la radicalisation et tenir compte du contexte politique avec les attentats, la laïcité au travail (avec la question de la laïcité à l'hôpital par exemple), la laïcité et les institutions judiciaires³³.

Elle est présentée ainsi sur le site de l'ENM :

« Après une étude historique de la laïcité, aujourd'hui principe constitutionnel, exposés et retours d'expériences permettront d'appréhender tant sur le plan juridique que pratique son sens et sa portée aujourd'hui.

Contexte : *a priori* simple dans l'affirmation de son existence et dans la reconnaissance de sa valeur, la laïcité suscite régulièrement des débats passionnés dès lors qu'au delà d'affaires médiatisées, elle interroge d'autres libertés et principes

³² ENM, *Fascicule des formations*, 2019.

³³ Information donnée dans le Rapport final de recherche, *L'application du principe de laïcité à la justice*, E. Forey et Y. Laidié (dir.), CREDESPO Université Bourgogne Franche-Comté (UBFC), avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, p. 113-114.

fondamentaux comme la liberté d'expression, la liberté de religion, la liberté de conscience, le respect de la vie privée, la liberté matrimoniale ou le principe de neutralité. Dans bien des domaines, dans une société multiculturelle, le juge peut être conduit à s'interroger sur les contours de la laïcité et les atteintes qui pourraient lui être portées.

Pédagogie : par une approche pluridisciplinaire, cette session permettra aux intervenants et aux participants d'échanger sur leurs conceptions et leur interprétation de la laïcité afin d'en dégager, tant sur le plan des principes que sur le plan juridique, le sens et la portée.

Ne sera pas abordée la question de la lutte contre les dérives sectaires, objet d'une session spécifique »

75 places sont offertes à un public varié: Conciliateur de justice, Délégué du procureur, Juge consulaire, Magistrat, Magistrat à titre temporaire, Magistrat étranger, Magistrat honoraire juridictionnel, Public spécialisé tels que des administrateurs civils de l'Assemblée nationale et du Sénat...

Bertrand Mazabraud a accepté notre participation à la dernière session de formation qui s'est déroulée du 30 septembre au 2 octobre 2019. Sur les 75 places disponibles, une soixantaine d'inscriptions semble avoir été réalisée et 41 magistrats étaient au final présents. Il n'y a en revanche pas eu d'abandon au cours des journées (mis à part quelques départs anticipés l'après-midi du dernier jour) et l'effectif est donc resté stable jusqu'à la fin de la formation. Le bilan est donc meilleur en termes d'effectifs que les deux années précédentes³⁴. Le fait qu'un tiers des inscrits ne se soit pas présenté (seulement 5 sur la vingtaine d'absents relevaient de la CA de Paris) s'explique aisément par la difficulté de conserver bloqués trois jours consécutifs, compte tenu de la charge de travail des magistrats et du fait que ces inscriptions peuvent se faire longtemps à l'avance alors que les magistrats n'ont pas encore forcément une vision suffisamment précise de leur emploi du temps.

Manifestement, rares étaient les jeunes magistrats (environ 4 ou 5), la majorité ayant en moyenne autour de la cinquantaine, plusieurs proches de la retraite ou à la retraite. On peut avancer plusieurs hypothèses pour tenter d'expliquer cet âge moyen : le fait que le stage serait plus conçu comme un stage de culture générale qu'un stage directement utilitaire pour l'exercice de ses fonctions ; le fait que les magistrats d'un certain âge sont moins familiers avec ces thématiques que ne le sont les plus jeunes qui ont pu avoir un enseignement à la laïcité ou au fait religieux à l'université ou à l'ENM dans le cadre de la formation initiale.

Les magistrats présents étaient quasiment à égalité hommes (21)-femmes (20).

La répartition géographique parmi les participants au stage était la suivante:

- 15 relevaient de la cour d'appel de Paris (Bobigny, Creteil, Evry, Paris, Versailles)
- 10 de tribunaux du Sud (Aix-en-Provence, Albi, Mende, Montpellier, Nimes, Toulouse)
- 7 de tribunaux de l'Est (Besançon, Charlevilles-Mezières, Colmar, Metz, Reims)
- 5 de tribunaux de la région Rhône-Alpes (Grenoble, Lyon)

³⁴ En 2017, les inscriptions étaient au nombre de 60 et, en 2018, de 48. Mais tous n'étaient pas présents, et certains seulement à une journée ou deux. Au final, en 2018, environ 25 magistrats ont assisté aux 3 journées complètes (rappelé par S. Torcol, « Formation des magistrats de l'ordre judiciaire et la laïcité », in E. Forey et Y. Laidié, *L'application du principe de laïcité à la justice*, op. cit., p. 118).

- 3 de tribunaux de l'Ouest (Coutances, Rennes, Les Sables d'Olonnes)

Si plus d'un 1/3 de l'effectif global des présents relevait de la cour d'appel de Paris, cette surreprésentation s'explique sans doute en bonne partie par le lieu de la formation, à Paris même. En revanche, le Nord de la France n'était pas représenté.

La répartition selon les fonctions :

- 4 magistrats du Parquet (1 procureur de la République, 1 avocat général CA ; 1 substitut placé auprès du procureur général, 1 substitut général) soit quasi 10% de l'ensemble des participants
- 11 Vice présidents TGI et 2 juges TGI Paris
- 1 Vice président chargé du service TI
- 4 Conseillers CA et 3 Présidents de Chambre CA
- 1 Conseiller Cour de cassation

- 1 Délégué du procureur de la République

Par ailleurs, 12 juges non professionnels assistaient à la formation :

- 4 magistrats exerçant à titre temporaire
- 4 conciliateurs de justice
- 4 juges consulaires

Enfin, on note la présence des ces deux dernières catégories:

- 1 magistrat d'une chambre régionale des comptes
- 1 magistrat en détachement (ENM)

Cette répartition témoigne d'une assez grande diversité, même si les magistrats du Siège étaient cinq fois plus nombreux que ceux du Parquet. Près de 30% des participants étaient des juges non professionnels.

Les fonctions des participants reflètent que cette formation attire davantage des juges « confirmés ».

Comme nous le rappelait Bertrand Mazabraud, « ce qui est important c'est que le principe du contradictoire s'applique au niveau de la formation sur les questions de dogmatique comme la laïcité qui est structurante sur l'ensemble du champ juridique, même si on peut ensuite l'analyser du point de vue historique, philosophique. On n'est pas là pour enseigner la bonne parole mais pour chasser des préjugés, soumettre à un avis contradictoire, d'où l'idée d'une formation pluridisciplinaire ».

Durant la première journée, les thèmes suivants ont été abordés :

- Pluralité religieuse et laïcité dans l'histoire française (Patrick Cabanel, Directeur d'études, EPHE)
- Le principe constitutionnel de laïcité (Frédéric Dieu, Maître des Requêtes au Conseil d'état). Lors de la session de septembre/octobre 2019, Frédéric Dieu étant absent, il a été remplacé par Bertrand Mazabraud avec une communication sur « La place de la laïcité dans une démocratie libérale », conférence de nature philosophique.
- Laïcité et pluralité religieuse aujourd'hui (Rita Hermon-Belot, Directrice d'études, EHESS)

- Les contentieux liés à la laïcité (Anne Fornerod, chargée de recherches, CNRS, Strasbourg) (les contentieux abordés étaient essentiellement des contentieux de la juridiction administrative).

Durant la seconde journée, les thèmes suivants ont été abordés :

- Présence de la religion et laïcité en milieu carcéral (Céline Beraud, directrice d'études à l'EHESS)
- La question de la radicalisation (Ouisa Kies, EHESS, chef de projet « action déradicalisation prison »)
- Laïcité et hôpital (Severine Mathieu, directrice d'études, EPHE)
- Laïcité et entreprise (Géraldine Galindo, professeur à l'ESCP Europe)

Durant la troisième journée, les thèmes suivants ont été abordés :

- Ecole et laïcité (Patrick Cabanel, directeur d'études, EPHE)
- Armée, religions et laïcité (Elyamine Settoul, maître de conférences, CNAM)
- Questions familiales (Dominique Piwnica, Avocat à la Cour, Barreau de Paris)
- Questions débats autour de la laïcité aujourd'hui (Nicole Maestracci, magistrat, membre du Conseil Constitutionnel ; Patrick Cabanel, Directeur d'études, EPHE)

Les intervenants étaient donc majoritairement des universitaires et chercheurs, spécialistes de thématiques variées (prison, radicalisation, hôpital, entreprise, école, armée, famille). Le thème de la radicalisation a occupé une place mineure au sein des trois journées d'études. Les aspects philosophiques, historiques, théoriques et pratiques de la laïcité ont été abordés de façon très équilibrée.

Aucune des interventions ne concernait le premier aspect de notre recherche à savoir « la laïcité et le service public de la justice en tant qu'institution ». La question de la tenue de l'audience au regard du principe de laïcité n'a notamment pas été abordée. Seules certaines thématiques, en lien avec le contentieux de la laïcité et du fait religieux, se rattachaient à la seconde partie de cette recherche, autrement dit « la laïcité et le service public de la justice en tant que juridiction » : c'était le cas de l'intervention portant sur « Les contentieux de la laïcité » et celle sur « Questions familiales ».

Le public était extrêmement attentif, prenait des notes, posait des questions. La majeure partie des interventions était vivante et la formation correspondait parfaitement à la fiche de présentation. Au final, la formation est apparue d'un excellent niveau. Par ailleurs, un dossier documentaire réunissant des textes, de la jurisprudence est mis en ligne après le stage pour les participants à la formation³⁵.

A l'issue de la formation, une vingtaine de magistrats ont accepté de laisser leurs coordonnées pour que leur soit envoyé un questionnaire. Au final, seuls trois d'entre eux ont répondu. Ont été soulignées la variété des thèmes abordés, l'ouverture sur des thèmes autres que le droit et la qualité des intervenants. L'un d'entre eux juge néanmoins le « découpage par « administration » un peu réducteur » et qu'il aurait pu être « intéressant de « confronter » les intervenants ». Le plus jeune des trois, 40 ans, aurait espéré « plus d'informations concernant les aspects concrets et pratiques », en dehors des thèmes de la prison et de la famille.

³⁵ Le dossier de cette année était principalement constitué de documents ou rapports de l'Observatoire de la laïcité.

La richesse de la formation « La laïcité, le juge et le droit » réside notamment dans sa profondeur - par ses aspects philosophique et historique - et son ouverture pluridisciplinaire, au-delà des seuls aspects qui peuvent intéresser le juge dans son quotidien. Elle lui fournit sans aucun doute une base solide pour mieux comprendre et analyser le principe de laïcité et lui donne des outils, même si ce thème n'est que peu abordé dans la formation, afin de mieux réfléchir à ses applications concrètes dans le monde judiciaire.

Néanmoins, compte tenu du thème de la formation et de ses destinataires, il serait sans doute opportun d'intégrer une conférence, voire une demi-journée, au sein des trois jours de formation précisément sur le thème de la laïcité dans l'institution judiciaire. Cela permettrait, tout en conservant le caractère historique et pluridisciplinaire de la formation, de répondre à certaines attentes plus pratiques des magistrats. Placée le dernier jour, une telle conférence permettrait aux juges de réfléchir à cette question et d'en débattre, armés des connaissances acquises lors des deux premiers jours de formation.

2- La formation traditionnelle en lien avec les religions : « Les trois monothéismes »

Une autre formation en lien avec le fait religieux est intitulée: « Les trois monothéismes » (Pôle Environnement judiciaire). Cette formation est plus ancienne que celle sur la laïcité et est ouverte à un public plus nombreux. Il s'agit davantage d'une formation de culture générale sur les religions. Du fait des attentats, l'étude de la laïcité a été intégrée à cette formation depuis 2017. Ainsi, en septembre 2018, il y a eu des interventions de Philippe Gaudin, directeur de l'Institut européen en sciences des religions (IESR), sur « la laïcité et les faits religieux dans la France contemporaine » et de Didier Leschi, directeur général de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), sur les enjeux liés à l'immigration et aux religions pour la France. Cette formation se déroule à l'ENM à Paris sur une durée de 5 jours.

Elle est présentée ainsi sur la brochure des formations de l'ENM :
« Présentation du christianisme, de l'islam et du judaïsme à partir des thématiques liées à leurs fondements et à leurs manifestations plurielles dans l'espace et dans le temps.

Contexte : construite sur un principe thématique, l'approche de chaque religion, christianisme, islam et judaïsme, sera précédée par une introduction à la notion de monothéisme. D'une part, seront étudiés le pluralisme interne à chacun des monothéismes ainsi que leurs différentes manières de lire les Textes.

D'autre part sera appréhendée la façon dont ces trois monothéismes sont présents dans les problématiques du monde contemporain.

Pédagogie : des exposés de spécialistes fourniront des connaissances théoriques. Cette session ouverte à un large public doit également permettre des échanges lors des débats qui suivront les enseignements magistraux »

179 places sont offertes pour un public varié: Avocat, Conciliateur de justice, Magistrat, Magistrat à titre temporaire, Magistrat honoraire juridictionnel, Public spécialisé.

3- La formation « Familles originaires du Maghreb, d'Afrique subsaharienne et de Turquie et pratiques judiciaires »

Bertrand Mazabraud nous a indiqué que la formation « Familles originaires du Maghreb, d'Afrique subsaharienne et de Turquie et pratiques judiciaires » (Environnement judiciaire) n'abordait pas la laïcité mais l'aspect religieux surtout sur la version de l'islam. C'est selon lui une formation « surtout historique et ethno culturelle sous un prisme plutôt « ethnopsy ». Il s'agit des successeurs de Marie-Rose Moro, donc dans la suite de Tobie Nathan, ethno-psy ou/et psychiatrie transculturelle ».

Ce thème de formation existe aussi dans le cadre de la formation initiale mais sous le format d'une simple conférence de 3 heures.

D'une durée de 5 jours, cette formation est présentée ainsi sur le site de l'ENM : « Acquérir une approche interculturelle des problématiques qui sont soumises aux magistrats : systèmes de parenté distincts, importance du fait religieux, phénomènes migratoires. »

On peut penser que cette formation peut surtout intéresser les juges ayant un lien avec le contentieux familial.

4- La formation « Les dérives sectaires »

D'une durée de 4 jours, cette formation est présentée ainsi sur le site de l'ENM: « Gardien des libertés et protecteur contre toute sujétion physique et psychologique, le magistrat est au cœur de la prévention et de la lutte contre les dérives sectaires. Formation pluridisciplinaire donnant des clefs pour prendre une décision adaptée ».

5- Les formations en lien avec le racisme et l'antisémitisme

Même si elles ne touchent qu'indirectement le fait religieux, on peut citer les deux formations suivantes :

- « Le traitement judiciaire des discours et crimes de la haine » (Justice pénale)

ENM Paris. (3 jours) : « Cadre juridique, réflexion et échanges de pratiques autour du traitement judiciaire des propos et des crimes racistes, antisémites et homophobes ».

- « Le racisme et l'antisémitisme : enjeux contemporains » (Environnement judiciaire)

ENM Paris. (3 jours) : « État des lieux du racisme et de l'antisémitisme en France, analyses sociologiques et historiques, présentation de l'arsenal juridique existant et des politiques publiques de prévention et de lutte ».

6- Les formations nationales sur d'autres thèmes faisant des focus sur la laïcité ou le fait religieux

L'ENM peut aussi, dans le cadre de sessions plus générales, faire des « focus » sur la laïcité. Comme il est indiqué sur son site: « Soucieuse de proposer des formations adaptées aux besoins des juridictions, l'ENM intègre (...) régulièrement dans ses sessions de formation continue nationale des focus sur des sujets à forts enjeux sociétaux – dont la laïcité –, faisant ainsi écho à l'actualité et aux préoccupations des magistrats. Ces derniers, interrogés sur les difficultés qu'ils rencontrent dans leurs pratiques professionnelles lors de la session « L'entretien judiciaire : approches et méthodes », évoquent en effet régulièrement, depuis quelques années, les problématiques de laïcité et de religions.

En outre, certaines formations en lien avec les normes européennes et internationales des droits de l'homme peuvent également avoir un lien avec les thématiques de la laïcité et du fait religieux :

- « La convention européenne des droits de l'homme : mode d'emploi » Actualité jurisprudentielle des droits de l'Homme ENM Paris (3 jours)
« Présentation de l'actualité législative et jurisprudentielle des droits de l'Homme, ainsi que leur place dans la hiérarchie des normes, intégrant un focus sur les normes internationales des droits de l'Homme. *A priori* néanmoins, cette formation n'est pas reprise dans la plaquette 2020. »

En revanche, on trouve les formations suivantes dans la plaquette 2020:

- « Cour et Convention européenne des droits de l'Homme »
(5 jours) ENM Paris 3 jours + 2 jours de stage à la CEDH : « Présentation des principes essentiels qui gouvernent la protection des droits de l'Homme et des règles de procédure applicables devant la Cour européenne des droits de l'Homme. »

- « Les normes internationales des droits de l'homme »
nouveau 2020 (3 jours) : « Exposés et cas pratiques, permettront de connaître les conventions internationales des droits de l'Homme, leur invocabilité, et les procédures permettant de garantir leur respect. »

- « Les modes de contrôle des droits fondamentaux par les magistrats judiciaires »
ENM Paris (3 jours) : « Présentation de l'actualité jurisprudentielle concernant les droits fondamentaux, en intégrant une mise en œuvre du contrôle de proportionnalité au regard de la CEDH, comme cela est désormais requis du magistrat judiciaire. »

- « Conflits des normes / protection relative à l'application des droits fondamentaux »
Lieu à déterminer (UE) (2 jours) : « Cette formation organisée en partenariat avec l'Association des juges administratifs européens et combinant exposés théoriques et ateliers pratiques sur des études de cas spécialisées, se focalise sur des solutions aux divergences entre droit national et droit européen en matière d'application des droits et libertés fondamentaux. »

- « L'État de droit »
Lieu à déterminer (UE) (2 jours) : « Cette formation d'une journée et demie est proposée sous forme d'ateliers (scénarios inspirés de faits réels) consacrés au rôle crucial des juges et des procureurs dans la défense de l'État de droit. Elle traitera des normes des Nations Unies, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, relatives à la prépondérance du droit. »

- « Des discriminations à la haine : juger des préjugés et de l'hostilité »
2 modules de 3 jours chacun - nouveau ENM Paris : « Sensibiliser à l'histoire, la sociologie et la psychologie des préjugés raciaux, antisémites, sexistes, et généralement hostiles, afin de mieux traiter judiciairement les contentieux liés à ces préjugés et leurs manifestations de haine. »

Ont par ailleurs été traités les thèmes « Prison et faits religieux : quels enjeux dans la France de demain » lors de la session « La prison en question », en juin 2018, ou encore « Droits de l'homme et religion » au cours d'une nouvelle formation intitulée « Actualité jurisprudentielle des droits de l'homme », en octobre 2018.

B- Les formations nationales ayant un lien avec le terrorisme ou la radicalisation

« Créés pour permettre aux magistrats de renforcer leurs compétences dans des domaines spécifiques, ces cycles favorisent l'approfondissement d'une thématique et l'acquisition de connaissances et de savoir-faire spécialisés. Ils combinent différentes approches pédagogiques : enseignements théoriques, formations pratiques, mises en situation, stages.

Évoluant chaque année dans leur contenu, afin de proposer aux participants une offre de formation en complète adéquation avec les évolutions juridiques, sociales et techniques influant sur les fonctions judiciaires, ils représentent de vingt à trente jours de formation sur une à deux années. (...) Ces parcours qualifiants répondent aux besoins de formation identifiés par l'École dans des domaines où il existe de forts enjeux pour l'institution judiciaire, comme en matière de lutte contre le terrorisme, mais ont aussi pour objectif d'accompagner les magistrats dans l'évolution de leurs parcours professionnels »³⁶.

Il existe sept cycles approfondis de formation : le CADEJ (Cycle approfondi d'études judiciaires) ; le CADDE (Cycle approfondi d'études en droit de l'entreprise) ; le CADELCO (Cycle approfondi d'études de la criminalité organisée) ; le CADIJ (Cycle approfondi d'études sur la dimension internationale de la Justice) ; le CAEP (Cycle approfondi d'études en droit de la peine) ; le CAJM (Cycle approfondi d'études de la justice des mineurs) et enfin, le CLAT (Cycle approfondi de lutte anti-terroriste).

Destiné aux pénalistes intéressés par des fonctions spécialisées en la matière, le CLAT permet d'appréhender l'état de la menace actuelle et d'en comprendre le traitement judiciaire. Les trois modules intitulés « prévenir et détecter », « coopération internationale » et « poursuivre et juger » permettent de consolider des techniques judiciaires, d'approfondir sa réflexion mais aussi d'aborder d'autres notions interagissant avec les dossiers terroristes, telles que la lutte contre la radicalisation violente, ou la prise en compte du droit des conflits ».

Pour Bertrand Mazabraud « il a fallu répondre aux attentats ; le cycle CLAT a été créé pour répondre à ces besoins ».

Dans le cadre du CLAT, sont proposées les formations suivantes³⁷ :

- « Lutte contre la radicalisation violente : les outils de détection et de prise en charge » ENM Paris (5 jours) : « Apports pluridisciplinaires et clefs de compréhension permettant d'identifier le processus de radicalisation chez un individu afin de mieux l'appréhender et d'y répondre dans l'exercice quotidien des fonctions du magistrat. »
- « Terrorisme: état des lieux, enjeux et perspectives » ENM Paris (5 jours) : « Présentation du phénomène, des acteurs de l'anti-terrorisme et de son traitement judiciaire, depuis l'enquête jusqu'à l'exécution des peines »
- « Démocratie et terrorisme »

³⁶ ENM, *Fascicule des formations* 2019, p. 6.

³⁷ V. le tableau des formations du CLAT dans le *Fascicule des formations* 2019, p. 18.

ENM Paris (3 jours) : « Approche historique et philosophique des moyens de lutte contre le terrorisme dans les États démocratiques : Quelles règles ? Quelles limites ? Quels systèmes de défense ? »

- « Le renseignement et son traitement judiciaire en matière de terrorisme »

ENM Paris (2 jours) : « Présentation des acteurs institutionnels, analyse des problématiques et des solutions juridiques en matière d'intégration et d'exploitation du renseignement dans la lutte anti-terroriste. »

- « La guerre saisie par le droit : droit des conflits armés, droit international humanitaire »

ENM Paris (3 jours ; passe à 2 jours en 2020) « Règles de droit régissant l'engagement des armées en opération extérieure et qualification des conflits armés. Analyse des champs respectifs du droit international humanitaire, du droit international, du droit européen des droits de l'Homme et du droit de l'anti-terrorisme. »

- « La prise en charge des mineurs de retour de zone irako-syrienne »

ENM Paris (2 jours) : « Destinée à un public mixte (magistrats et éducateurs), cette session aborde les conditions de vie des mineurs en zone irako-syrienne, les modalités de leur prise en charge en assistance éducative à leur retour et les questions d'état civil. »

- « Cyber-risques, cyber-terrorisme »

ENM Paris (2 jours) : « Dans un monde interconnecté, quelles sont les principales cybermenaces ? Analyses croisées des risques actuels, de la capacité de nuisance pouvant être déployée par des organisations malveillantes et des réponses possibles. »

- « L'enquête à l'heure des nouvelles technologies : ruptures et continuités »

Co-organisé avec l'INHESJ (3 jours) : réservée aux magistrats suivant un cycle au sein de l'ENM (CLAT, CADELCO, CADIJ ou CADDE) et partagée avec les stagiaires du cycle "Sécurité et justice" à l'INHESJ, cette formation mêle apports théoriques et visites sur site.

- « Lutter contre le terrorisme »

(2 jours) Juges et procureurs d'État membres de l'Union européenne participeront à une simulation visant à recréer les différentes étapes d'une affaire dans le domaine du terrorisme (simulation d'entraide pénale internationale et d'émission de mandat d'arrêt européen)

C- Les formules en lien avec des acteurs extérieurs à l'Ecole Nationale de la Magistrature

1- La laïcité dans le cadre du partenariat de l'ENM avec le Réseau des Écoles de Service Public (RESP)

a) La session « Laïcité : comment la faire vivre ? » ouverte aux magistrats

Dans le cadre du partenariat de l'ENM avec le Réseau des Écoles de Service Public (RESP) il existe une session sur la « Laïcité : comment la faire vivre ? » (Humanités judiciaires) jusqu'alors présent de 3 jours, elle est réduite à 2 jours à partir de 2020. Elle se déroule à l'ESENER, École supérieure de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche (86360 Chasseneuil Futuroscope, près de Poitiers),

devenue IHEEF (ou l'IH2EF), Institut des hautes études de l'éducation et de la formation, en janvier 2019, Institut ouvert à tout le réseau des fonctionnaires³⁸.

Cette formation sur la laïcité est cependant très marginale dans le cadre de notre sujet d'études car elle est ouverte à seulement trois magistrats.

Elle est présentée de la manière suivante sur le site de l'ENM :

« Contexte : une circulaire émanant du ministère de la décentralisation et de la fonction publique en date du 9 avril 2015 a posé le principe d'une formation à la laïcité pour tous les agents de l'Etat et dans toutes les écoles de service public.

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, trente ans après la loi du 13 juillet 1983, actualise et complète les principes fondamentaux du statut général des fonctionnaires en matière d'obligation de neutralité et de respect du principe de laïcité des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions.

On le voit, les tragiques événements que la France a connus depuis 2015 ont remis la laïcité au centre des débats sur les valeurs qui fondent le service public, avec nombre de crispations, de difficultés d'appréhension et de questions.

Les objectifs de cette formation sont les suivants :

Connaître la situation en France au regard du respect du principe de laïcité .

Maîtriser la législation afin d'être capable de la rappeler et de l'expliquer .

Prévenir et traiter les situations à problèmes : quelles mesures, quels outils institutionnels ?

Identifier les postures à adopter vis à vis d'un usager /agent qui, par son comportement, discours... (re)met en cause le principe de laïcité.

Elle porte par ailleurs sur les aspects suivants :

- La laïcité, un principe universel, une valeur républicaine (approche historique)
- La laïcité : approche philosophique
- Le cadre juridique de la laïcité en France (approche juridique)
- La laïcité dans le monde (approche internationale)
- Le respect du principe de laïcité et les points de tension qui peuvent y être liés
- Les postures et les outils pour le traitement de situations

Pédagogie :

- Interventions : universitaire, chercheur, expert institutionnel et retour d'expérience de praticiens
- Travaux en sous-groupes
- Témoignages ».

b) Un parcours sur la laïcité sur la plateforme e-formation de l'École ouvert aux magistrats

Réalisé par les écoles du Réseau des écoles de service public (RESP), un parcours consacré à la laïcité a été mis à la disposition des élèves magistrats et magistrats en fonction sur la plateforme e-formation de l'École. D'une durée de 2 heures, ce dernier « explicite le principe de laïcité, revient sur l'histoire de cette notion en France et rappelle son contenu juridique. Il aborde également les enjeux de la notion de laïcité dans le débat public actuel et invite l'utilisateur à réfléchir à la résolution de cas pratiques qui illustrent bien la complexité de la notion. »

³⁸ De façon plus indirecte, on peut aussi renvoyer à la formation « Lutte contre les discriminations : un enjeu pour le service public » : Session proposée par le RESP ASP- ESENER Poitiers (2 jours) : « Les participants issus des trois fonctions publiques échangeront autour du cadre juridique organisant la lutte contre les discriminations, tout en interrogeant le rôle et les pratiques du service public. »

2- Les diplômes universitaires (D.U.) en lien avec la laïcité et le fait religieux ouverts aux magistrats

Comme l'indique l'ENM, « des formations longue durée sanctionnées par la délivrance d'un diplôme universitaire (DU) sont proposées afin de valoriser les connaissances de pointe dans les domaines où la justice doit être spécialisée ». Parmi ces DU, en lien avec notre sujet d'études, on peut citer les suivants :

- DU « Politique, religion, laïcité » à l'Université de Toulouse : « Diplôme qui permet d'offrir les ressources théoriques et pratiques nécessaires pour affronter questions et situations variées (accueil de publics, règlements intérieurs, encadrement de mineurs...) avec une parfaite conscience des enjeux et une connaissance approfondie des ressources disponibles. ». Ce DU est ouvert aux magistrats depuis 2019.

- DU « Emprise sectaire et processus de vulnérabilité ». L'ENM propose une place à un magistrat souhaitant suivre ce DU se déroulant à l'Université Paris Descartes sur une année universitaire.

Il est présenté ainsi sur le fascicule de formation :

« Contexte : gardien de la liberté individuelle et protecteur de la personne contre toute sujétion physique ou psychologique, le juge judiciaire est au cœur de la prévention et de la lutte contre les dérives sectaires.

Confronté, dans l'exercice de ses fonctions, à une affaire qui présente un contexte sectaire (notamment JAF, J.E., Parquet), il a besoin de clefs de lecture pour prendre une décision adaptée.

Pédagogie : les 8 modules de ce diplôme universitaire offrent une approche pluridisciplinaire de la problématique sectaire (juridique, médicale, sociale).

Ils associent à la fois une présentation théorique par les experts de la question (psychiatres, psychologues, magistrats, avocats, enquêteurs, associations) et l'étude de cas pratiques à partir de situations réelles.

Ce DU a pour objectifs :

- d'apporter une connaissance de base de la notion d'emprise sectaire et du processus de vulnérabilité,

- de développer la capacité à appréhender, dans l'exercice professionnel, tous les aspects d'un dossier révélant l'existence d'une dérive sectaire (auteurs, victimes, environnement familial, social et professionnel),

- de mettre en place, sur le territoire national, un réseau de professionnels formés à la spécificité du processus d'emprise sectaire.

Outre aux magistrats, cette formation s'adresse, dans un souci de regards croisés, aux professionnels de la santé (médecins psychiatres et pédopsychiatres, docteurs en médecine, psychologues cliniciens), aux experts judiciaires, aux avocats et aux enquêteurs.

Composé de 8 modules de 3 jours et sanctionnée par la délivrance d'un diplôme validant les compétences acquises, la formation impose une présence assidue à tous les modules, un examen écrit de 4 heures et la soutenance d'un mémoire devant un jury.

Ce DU peut particulièrement intéresser les magistrats des parquets généraux et des parquets qui, dans leur ressort, sont les correspondants dérives sectaires».

D- Les formations délocalisées en lien avec la laïcité et/ou le fait religieux

« Sous la responsabilité des CRF, la formation continue délocalisée est conçue et organisée par l'ENM et dispensée en région. Elle peut être initiée par l'École pour traiter,

en région, d'une problématique concernant un nombre important de magistrats sur l'ensemble du territoire national comme la formation en matière de "lutte contre le terrorisme et prévention de la radicalisation", de "déontologie" ainsi que "l'actualité jurisprudentielle des droits de l'Homme". Elle peut aussi, le cas échéant, être élaborée par le CRF afin de répondre aux besoins de formations spécifiques de son ressort qu'il aura identifiés »³⁹.

Par exemple, sur le site de l'ENM on trouve l'information selon laquelle une session « Laïcité et lieux de justice » a réuni le 30 novembre 2018 à Poitiers des magistrats, des greffiers, des éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse, des militaires de la gendarmerie, des conseillers d'insertion et de probation et des juristes assistants.

Au final, l'éventail des formations offertes témoigne d'une ouverture manifeste de l'ENM à la laïcité et au fait religieux. Mais la formation continue obligatoire étant limitée à cinq jours par an, les magistrats peuvent avoir tendance à se tourner vers des formations plus directement utilitaires d'autant, il est vrai, comme nous l'ont confirmé nos entretiens, que les incidents d'audiences ou le contentieux lié à la laïcité sont au final très rares.

A ce sujet, Bertrand Mazabraud nous indiquait : « Quand on fait des formations très théoriques, les magistrats trouvent que ce n'est pas assez pratique et quand on fait des formations très pratiques les magistrats trouvent que cela manque un peu de théorie. De toute façon, il est difficile d'appréhender véritablement le besoin.

Sur des questions comme la laïcité justement : c'est à la fois une grande question de principe et donc on peut vouloir avoir une connaissance assez théorique, mais c'est vrai que cela donne aussi lieu en même temps à une laïcité vivante dans la pratique.

Par exemple, en tant que juge des enfants, on a une mère qui est entièrement en voile intégral, est-ce qu'on la laisse rentrer dans notre cabinet pour parler de la situation de son enfant ou on se drapé dans une position de principe en se disant en plus qu'elle est en train de commettre une contravention et qu'il est absolument impossible de la recevoir ? Là, on est obligés de se poser la question car c'est toujours très intéressant de voir qui est cette mère, de l'entendre, de voir ce que cela cache. Ce sont des questions pratiques assez importantes qui sont derrière. Les collègues sont en demande : comment je fais avec des personnes qui, ouvertement, mettent en tension le principe de laïcité ? »⁴⁰.

Par ailleurs, ce même magistrat nous indiquait que le « catalogue de la formation continue est fait un an à l'avance ; on n'a pas un public captif (les magistrats choisissent la formation qu'ils veulent alors qu'à la formation initiale, ils ont davantage de liberté pour le programme des auditeurs de justice). Il est donc difficile de monter *ad hoc* une journée en fonction de l'actualité.

Cela se voit déjà de ce qui peut remonter des juridictions qu'il va y avoir une radicalisation politique d'extrême gauche ou d'extrême droite. Cela va être pris en compte dans les formations. Certains des intervenants ayant travaillé sur la radicalisation djihadiste avaient fait leurs premiers travaux sur les violences d'extrême gauche dans les années 1970/1980. Ce qui les intéresse c'est comment ça mute, comment ça bouge, quels sont les nouveaux enjeux... donc la formation ne sera à mon avis pas que liée au religieux ».

³⁹ ENM, *Fascicule des formations*, 2019 p. 38.

⁴⁰ Entretien à l'ENM à Paris en juillet 2019 avec Bertrand Mazabraud.

En dehors des formations, l'intérêt de l'ENM pour cette thématique s'est récemment manifesté dans les *Cahiers de la justice* dont le numéro 3 de 2018, coédité par l'ENM, est consacré au « Juge, gardien de la laïcité ». Ce numéro traite notamment de la laïcité dans l'institution judiciaire, de l'évolution de la pensée du juge administratif en matière de laïcité et de l'application du principe de laïcité dans la justice.

Par ailleurs, la Mission de recherche Droit et Justice et le Secrétariat d'État en charge de l'Enseignement supérieur et de la Recherche ont organisé du 30 janvier au 2 février 2017 les États généraux de la recherche sur le Droit et la Justice, en partenariat avec l'ENM, le CNRS et le ministère de la Justice. Lors de ces États généraux, le point a été fait sur les grandes orientations actuelles de la recherche dans les domaines juridique et judiciaire. Sept tables rondes concernaient des thèmes identifiés comme « actuels ». Une des tables rondes (la table ronde n°13) avait pour thème : « Le juge et le respect de la neutralité : l'impossible laïcité ? »⁴¹. Lors de cette table ronde, un des membres de notre équipe - Stéphanie Hennette-Vauchez - a fait une intervention sur le thème : « Le juge et le respect de la laïcité : l'impossible neutralité ? »⁴². Parallèlement, se tenait un atelier « Autour de la question de la radicalisation »⁴³ comme si ces dernières années les thématiques de la laïcité et de la radicalisation étaient devenues malheureusement presque indissociables. C'est la raison pour laquelle la dissociation dans le temps des deux thèmes, comme c'est le cas dans le cadre de la formation initiale depuis 2018, nous apparaît judicieuse. Elle l'est d'autant plus que cela permet de garder à l'esprit que la radicalisation n'est pas exclusivement religieuse, rapprochement que l'on a davantage tendance à faire quand les deux thèmes se succèdent dans la même journée, voire dans deux journées consécutives, ce que reflétaient d'ailleurs les programmes jusqu'à présent. L'élargissement envisagé à d'autres formes de radicalisation permettra de parachever cette évolution.

⁴¹ Les six autres « grands thèmes actuels » étaient les suivants :

- Vers une justice et un droit négociés ?
- Aux frontières du droit, des sciences et des techniques
- Le droit et la justice peuvent-ils sauver l'environnement ?
- Identité(s), une transformation continue ?
- Le droit face à la dangerosité
- Le sens de la peine et du traitement en milieu ouvert

Parallèlement, des ateliers concernaient :

- La barémisation de la justice
- Déjudiciarisation et déritualisation
- Les lanceurs d'alerte

⁴² La Présidente de séance était Laurence Pécaut-Rivolier (magistrat, inspectrice générale de la justice, membre de l'observatoire parisien de la laïcité) et les deux autres interventions étaient réalisées par Philippe Auvergnon (directeur de recherche CNRS, UMR Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux) sur « Expression des convictions religieuses au travail : intérêts et limites d'une approche de droit comparé » et par Vincente Fortier (directrice de recherche CNRS, UMR Droit, religion, entreprise et société, Strasbourg) sur « Droit, religion et soin ». Ces trois interventions étaient suivies d'une discussion avec Alain Christnacht (conseiller d'État honoraire, membre de l'Observatoire de la laïcité) et Mathilde Philip-Gay (maître de conférences HDR en droit public, Université Jean Moulin Lyon 3, actuellement en délégation au CNRS) et d'un débat avec le public.

⁴³ Cet atelier réunissait Laurent Bonelli (maître de conférences en science politique, Université Paris Ouest-Nanterre la Défense), Xavier Crettiez (professeur de science politique, Université de Versailles-Saint Quentin, Paris-Saclay, directeur adjoint de l'IEP de Saint-Germain-en-Laye), Ouisa Kies (chercheuse associée, Centre d'analyse et d'intervention sociologiques, EHESS), Mohamed Loueslati (aumônier musulman des prisons du Grand Ouest), Romain Sèze (chargé de recherche, Institut national des hautes études sur la sécurité et la justice).

Section II- La formation des juges administratifs

Quelques mois après les attentats de janvier 2015 contre *Charlie Hebdo* et l'Hyper Cacher, une circulaire du 9 avril 2015, complétant la circulaire d'octobre 2014 et élaborée à la suite du plan « Égalité et citoyenneté » adopté en comité interministériel le 6 mars 2015 - faisait du « principe de laïcité et, en corollaire, [de] celui de neutralité » un objectif à prendre immédiatement « en compte dans le cadre de la formation initiale délivrée par les écoles de service public à tout nouvel entrant dans la fonction publique ainsi que dans le cadre de la formation continue des agents publics. [...] Chaque agent public doit [...] être pleinement informé des obligations professionnelles qui découlent de l'application des principes de laïcité et de neutralité et accompagné dans leur mise en œuvre ».

On peut donc s'interroger, au-delà de cet objectif général qui touche tous les fonctionnaires, pour savoir s'il existe une formation spécifique à la laïcité et, de façon plus générale, au fait religieux pour les membres des juridictions administratives. Cette question se pose tant dans le recrutement et la formation des stagiaires (§1) que dans la formation continue des juges administratifs (§2).

§1- L'Ecole Nationale d'Administration et les futurs juges administratifs

Le recrutement dans le corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ainsi que dans le corps des membres du Conseil d'État, se fait, par principe, parmi les anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration (ENA) qui a vocation à former les hauts fonctionnaires.

Ainsi, aux termes de l'article L. 233-2 du Code de justice administrative : « Les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont recrutés parmi les anciens élèves de l'École nationale d'administration, sous réserve des dispositions des articles L. 233-3, L. 233-4, L. 233-5 et L. 233-6. »

Pour le reste, l'accès au corps se fait par la nomination au tour extérieur (art. L. 233-3 à L. 233-4-1 CJA) et, enfin et surtout, par le recrutement direct par voie de concours externe et interne (art. L. 233-6 CJA)

L'accès au corps des conseillers d'État peut quant à lui se faire par deux voies : le concours de l'ENA (nomination, à l'issue de la scolarité à l'ENA, dans le premier grade d'auditeur de 2^{ème} classe, art. L 133-6 CJA) et le tour extérieur (art. L 133-7 et L 133-8 CJA).

Une partie importante des membres des juridictions administratives est donc issue de l'ENA et formée à l'ENA.

A- La laïcité et le fait religieux dans les concours d'entrée à l'Ecole Nationale d'Administration ou dans les concours d'entrée directs dans la magistrature administrative

1- La laïcité et le fait religieux dans les concours d'entrée à l'ENA

Les concours d'entrée à l'ENA ne témoignent pas d'une attente particulière concernant les connaissances liées à la laïcité et au fait religieux.

L'arrêté du 16 avril 2014 fixant la nature, la durée et le programme des épreuves des concours d'entrée à l'Ecole nationale d'administration ne fait aucune mention de la question de la laïcité ou du fait religieux. Dans les programmes, cette problématique

peut néanmoins s'insérer dans les thèmes généraux et classiques de droit public relatifs à « La protection des droits fondamentaux » et « La hiérarchie des normes » mais également dans d'autres thèmes abordés dans le cadre du concours.

La consultation sur le site de l'ENA des sujets d'admissibilité au concours externe (ouvert aux titulaires d'un diplôme de niveau bac+3), au concours interne (ouvert aux agents publics après 4 années d'expérience professionnelle au 31 décembre de l'année du concours, sans condition de diplôme) et au 3^{ème} concours (ouvert aux salariés du secteur privé, élus locaux et responsables d'association après 8 années de mandat ou d'expérience professionnelle au 31 décembre de l'année du concours, sans condition de diplôme)⁴⁴ sur les sept dernières années (2013 à 2019)⁴⁵ ne fait apparaître que peu de sujets en lien avec la laïcité, voire le fait religieux.

Les rares sujets qui s'y rattachent sont généralement liés à l'épreuve de droit public qui, comme il est indiqué sur la feuille d'examen avant l'énoncé du sujet consiste « en la rédaction d'une note d'analyse et de propositions à partir d'un dossier. L'épreuve vise à apprécier les connaissances des candidats dans le domaine du droit public général (droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'Union européenne, droit de la Convention européenne des droits de l'homme) ainsi que leur capacité de raisonnement critique et d'analyse juridique.

Il est attendu des candidats qu'ils rédigent une note sur une ou plusieurs questions de droit en examinant les différentes solutions possibles, avec leurs avantages et inconvénients respectifs, et qu'ils fassent des préconisations opérationnelles.

Les candidats répondent à la commande à partir de leurs connaissances juridiques et à l'aide [ce n'est pas systématique pour le 3^{ème} concours] d'un dossier composé d'un ensemble de documents (textes normatifs, jurisprudence, extraits de rapports publics, articles de doctrine, etc.) destinés à nourrir leur réflexion ».

Seuls un sujet de la première épreuve d'admissibilité de droit public du concours interne d'entrée à l'école et un sujet de cette même épreuve pour le troisième concours, tous les deux consistant en une épreuve de cinq heures affectée d'un coefficient 4, et tous deux de l'année 2016, se rattachent directement à cette thématique. Il semble difficile de ne pas établir de lien entre l'année 2015, où la France a été secouée par les attentats, et le choix de ces sujets.

Ainsi, pour le concours externe, le sujet 2016 et les neuf documents joints sont directement en lien avec la thématique de la laïcité :

« Aux termes de l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. / [...] ».

Une proposition de loi a été récemment déposée, qui vise à insérer, après les dispositions précitées, un alinéa ainsi rédigé : « Cette disposition s'applique dans les salles de cours, lieux et situations d'enseignement et de recherche des établissements publics d'enseignement supérieur ».

En vue de la prochaine discussion de cette proposition de loi à l'Assemblée nationale, il vous est demandé, en votre qualité de chef de bureau à la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche, de

⁴⁴ L'ENA ouvre une nouvelle voie à compter de 2019 : le concours externe spécial à destination des titulaires d'un doctorat.

⁴⁵ Les sujets donnés pour les années 2013 et 2014 apparaissent uniquement dans les rapports du jury. Pour les années suivantes, sont détaillés tous les sujets et certaines copies (dont les meilleures) sont reproduites sur le site de l'ENA.

rédiger une note à l'attention de votre sous-directeur sur l'application du principe de laïcité dans l'enseignement supérieur, et en particulier sur la question de l'interdiction du port des signes religieux. Cette note, qui doit aider à fixer la position du Gouvernement sur cette proposition de loi, doit examiner non seulement la constitutionnalité des dispositions proposées et leur conformité aux engagements internationaux de la France, mais aussi leur utilité compte tenu de l'état du droit actuel ».

Voici les commentaires que faisait le jury du traitement du sujet après le concours : « Le sujet de droit public du concours interne peut parfaitement illustrer le principe selon lequel il convient toujours de se méfier des apparences.

Il portait sur une proposition de loi ayant pour objet l'interdiction des signes religieux ostensibles dans l'enseignement supérieur, et présentait donc toutes les apparences de la facilité. Les candidats ont pu avoir un sentiment de confort à la découverte de ce sujet, d'autant que l'actualité du principe de laïcité pouvait leur donner une impression de familiarité ou d'intimité avec ces questions.

Il n'en demeurait pas moins très technique, et nombreux sont les candidats qui, précisément, n'ont pas traité ce sujet en techniciens du droit, mais en simples commentateurs de l'actualité politique. Hormis quelques exceptions regrettables, les candidats ne se sont certes pas départis de l'approche dépassionnée que l'on doit légitimement attendre de futurs hauts fonctionnaires et ont su montrer un certain nombre de connaissances juridiques... Mais rares sont ceux qui ont véritablement livré une note juridique opérationnelle. (...) L'approche dépassionnée qui doit en principe être celle d'un haut fonctionnaire n'est pas pour autant une approche frileuse. De nombreux candidats, peut-être préoccupés par la sensibilité politique du sujet, semblent avoir été eux-mêmes paralysés par le climat de crispation actuellement observable sur ces thématiques, ce qui les a conduits à ne pas prendre position. La plupart se sont contentés de poser les termes du problème, et, s'agissant des solutions, de se réfugier derrière une demande d'avis à tel groupe de travail ou telle commission. Certains ont même trouvé un confort rassurant dans la multiplication des groupes de travail à solliciter, et ont même proposé de saisir à nouveau l'Observatoire de la laïcité, qui s'était pourtant déjà prononcé par un avis dénué d'ambiguïté, et figurant au dossier fourni aux candidats.

Plus préoccupant encore : alors que les candidats devaient s'interroger sur la constitutionnalité et la conventionalité des dispositions proposées, certains se sont simplement bornés à proposer la saisine pour avis du Conseil d'État sur ces questions... Si l'absence de prise de position claire quant à l'opportunité de la proposition de loi a pu être « pardonnée », notamment lorsque les connaissances étaient par ailleurs solides, il n'en va pas de même pour l'absence de réponse quant à la question de savoir si ladite proposition est ou non conforme au droit constitutionnel et international. (...) Le jury regrette en outre la faiblesse souvent constatée de l'analyse juridique, qui procède principalement d'un manque de recul par rapport au dossier et d'une insuffisance méthodologique. (...) Aucun candidat – ou presque – n'a omis de relever le constat de l'Observatoire de la laïcité, qui a souligné le caractère isolé des incidents en lien avec les signes religieux à l'université, mais rares sont ceux qui en ont tiré les conséquences proprement juridiques – à savoir le risque de disproportion d'une éventuelle mesure d'interdiction totale. Au pire, les candidats cumulent ces différents défauts – méconnaissance des réalités, frilosité, absence de connaissances, et superficialité des analyses juridiques (...)»⁴⁶.

⁴⁶ Rapport sur les concours d'entrée à l'École nationale d'administration, année 2016, p.18-20.

On peut aussi signaler le sujet de la première épreuve d'admissibilité en droit public au troisième concours d'entrée à l'école de 2016:

« Les responsables de lieux de culte musulman, estimant manquer de places ou de locaux adaptés pour accueillir l'ensemble de leurs fidèles et célébrer certaines fêtes rituelles, sollicitent de plus en plus l'intervention des acteurs locaux afin de réaliser des travaux, de créer de nouvelles mosquées ou d'avoir à leur disposition des locaux communaux.

Les acteurs locaux sont confrontés également à la demande de plusieurs associations de défense de la laïcité qui veillent scrupuleusement au respect de ce principe et engagent, de manière quasi systématique, un recours contentieux contre les décisions locales offrant un soutien aux différentes communautés religieuses.

Plusieurs maires de grandes villes ont saisi le ministre de l'Intérieur de ces difficultés, soulignant l'ambiguïté des textes qui encadrent leurs interventions en ce domaine. Ces élus s'interrogent notamment sur l'étendue de leurs compétences, les obligations et les interdictions qui leur sont imposées pour intervenir dans le développement, la gestion et le fonctionnement des établissements de culte.

Chef de bureau au sein du ministère de l'Intérieur, vous êtes chargé(e) de rédiger pour le ministre une note opérationnelle rappelant le cadre juridique de l'intervention des collectivités territoriales auprès des communautés religieuses, en précisant les soutiens que les acteurs locaux peuvent leur apporter ainsi que les conditions de leur légalité. La note devra notamment analyser les conséquences juridiques, administratives et pratiques d'éventuelles procédures contentieuses contre les décisions adoptées ».

Les quinze documents associés ont tous un lien avec la religion et la laïcité.

A la suite du concours, les réflexions suivantes ont été faites par le jury sur le traitement de ce sujet : « La plupart des introductions sont indigentes. Elles ne font aucune référence à l'actualité et aux enjeux de la question posée. (...) Très peu ont ainsi pris le soin de définir précisément le principe de laïcité et de définir, au-delà de la simple reprise de la mise en situation du sujet, le contexte dans lequel cette note était demandée. (...) Les candidats paraissent avoir été déstabilisés par le contenu très jurisprudentiel du dossier, qui impliquait de leur part un réel travail d'analyse. (...) Certains commettent d'ailleurs des contre-sens sur la signification de certaines décisions. Cette défaillance dans l'analyse du dossier s'explique sans doute, pour un nombre non négligeable de candidats, par une mauvaise compréhension du principe de laïcité, ce qui ne leur a pas permis d'organiser leur réflexion dans leurs développements ultérieurs. (...) Les copies, ayant obtenu des notes égales ou inférieures à 8 sont celles pour lesquelles il est apparu, de manière évidente, que les connaissances de base du droit administratif n'étaient pas maîtrisées. Elles donnent également une mauvaise analyse des documents fournis, comprenant un certain nombre d'erreurs sur la définition du principe de laïcité (principe simplement assimilé à un devoir de neutralité des personnes publiques, envisagé exclusivement à travers la loi de 1905, dont le contenu n'est pas bien maîtrisé non plus). De ces erreurs ou approximations résultent ensuite des contradictions dans les développements reprenant les documents fournis »⁴⁷. La meilleure note attribuée sur ce sujet est seulement de 11/20, ce qui traduit globalement une connaissance médiocre, voire mauvaise, des candidats à ce concours de la haute fonction publique sur le principe de laïcité.

En dehors de ces deux sujets, on peut signaler, bien que de façon très indirecte, le sujet de la première épreuve d'admissibilité en droit public du concours interne de 2018

⁴⁷ Rapport sur les concours d'entrée à l'école nationale d'administration, année 2016, p. 21-22.

portant sur les discriminations :

«Un récent rapport remis au Premier ministre constate la persistance de discriminations dans l'accès aux emplois publics au regard de différents critères tels que l'origine, le sexe, le lieu de résidence, la croyance religieuse, ou encore les idées politiques. Pour lutter contre ce phénomène, plusieurs recommandations suggèrent l'organisation de nouvelles voies d'accès, réservées à des publics spécifiques.

Chef(fe) de bureau au sein de la direction générale de l'administration et de la fonction publique, vous devez rédiger une note pour le cabinet du ministre, dans la perspective d'une réunion interministérielle portant sur le recrutement des agents publics qui se tiendra prochainement.

Vous rappellerez l'approche traditionnelle de la non-discrimination en droit français et les évolutions intervenues sous l'influence du droit européen. Vous vous prononcerez ensuite sur l'opportunité et la faisabilité juridique des mesures envisagées. La note proposera une position au cabinet du ministre en vue de la réunion interministérielle. »

Dans les dix documents joints, certains ont un lien avec notre thématique notamment l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

On peut aussi signaler le sujet de 2017 en droit public du concours externe sur une charte de déontologie :

« Chef(fe) de bureau au sein de la direction des affaires juridiques du ministère de la Transition écologique et solidaire, vous devez rédiger une note portant sur l'adoption d'une charte de déontologie pour les agents de votre administration.

Vous mobiliserez votre expertise juridique pour présenter les mérites de cette démarche sans en négliger les limites. Vous formulerez des propositions en vue de l'élaboration prochaine de cette charte. Votre hiérarchie souhaite notamment que la note expose le champ d'application du futur texte, son contenu possible et les bonnes pratiques à adopter, sa portée tant juridique que concrète, ou encore l'opportunité de charger une entité spécifique du respect de ses dispositions »

Dans les dix documents joints, certains ont un lien avec notre thématique notamment les articles 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016).

Et enfin, on peut signaler la troisième épreuve d'admissibilité « question contemporaine » du troisième concours d'entrée à l'école de 2017 (durée : cinq heures – coefficient 4) : Le « vivre ensemble » : une affaire de l'Etat ? »

Dans le cadre de ce sujet, certains documents associés faisaient référence à la religion et à la laïcité (notamment dans un article de Charles Rojzman, « Poser des limites, c'est la condition même du "vivre ensemble" », interview de Psychologies.fr, mars 2015).

L'épreuve de « question contemporaine » consiste en « une composition sur une question contemporaine d'ordre général portant sur le rôle des pouvoirs publics et leurs rapports à la société.

Cette épreuve de composition porte sur un sujet ayant trait à l'Etat, aux pouvoirs publics et à leurs rapports avec la société. Elle a pour but de mesurer la capacité des candidats à réfléchir sur le sens du service de l'Etat dans la société contemporaine et vise à

apprécier l'aptitude de futurs hauts fonctionnaires à appréhender les enjeux et les finalités de l'action publique et du politique dans le gouvernement des sociétés.

Cette composition, qui n'est en aucun cas réductible à une épreuve technique, suppose des connaissances dans les domaines littéraire, philosophique, historique et des sciences humaines et sociales. Au-delà de la vérification des qualités d'argumentation et de rédaction, le candidat doit témoigner de capacités critiques et formuler un point de vue qui lui soit propre.

Le dossier, d'une longueur de dix pages au maximum, comporte trois ou quatre documents visant à permettre au candidat d'élargir sa réflexion. Sa consultation est facultative et il ne saurait donner lieu à synthèse ni limiter l'étendue du sujet. »

2- La laïcité et le fait religieux dans les concours de recrutement direct dans le corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Pour le concours externe, il faut être titulaire de l'un des diplômes exigés pour se présenter au premier concours d'entrée à l'École nationale d'administration, soit un diplôme sanctionnant trois années d'études supérieures.

Pour le concours interne, il faut être magistrat de l'ordre judiciaire ou fonctionnaire, agent public civil ou militaire appartenant à un corps ou cadre d'emplois de la catégorie A ou assimilé et justifiant, au 31 décembre de l'année du concours, de quatre années de services publics effectifs.

Le programme des épreuves des concours organisés pour le recrutement direct des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est fixé dans un arrêté du 28 septembre 2012⁴⁸. Comme pour le concours de l'ENA, le programme est très général et comporte les connaissances classiques de droit public, un accent étant porté sur les libertés fondamentales mais sans précision particulière sur la laïcité et le fait religieux.

Les annales des dix dernières années ne font pas apparaître de sujet en lien avec la laïcité et le fait religieux, ni dans les sujets de dissertation, ni dans l'épreuve de QRC (Questions appelant une réponse courte), ni dans le sujet de note administrative⁴⁹.

Néanmoins, le dossier de contentieux administratif de la première épreuve commune d'admissibilité (durée 4h ; coefficient 3) lors de la session des 10 et 11 septembre 2014 au titre de l'année 2015 concernait un refus d'agrément à l'adoption pour des raisons religieuses (femme membre de la confession « Adeptes du soleil »)⁵⁰.

B- La laïcité et le fait religieux dans la formation indifférenciée à l'École Nationale d'Administration d'une partie des futurs juges administratifs

1- La formation initiale

Alors que l'ENM est spécialement chargée de la formation aux fonctions de juges judiciaires, tous les élèves de l'ENA suivent une formation identique destinée à de futurs hauts fonctionnaires. Il n'y donc pas à ce stade de formation spécifique au « métier de juge » dans le cadre de la formation. Il serait d'ailleurs difficile de procéder autrement puisque l'affectation des élèves dépend de leur rang de classement et n'est connue qu'à

⁴⁸ En application des nouvelles dispositions des articles L. 233-6, R. 233-8 à 233-14 CJA, le concours de recrutement complémentaire a laissé la place au recrutement direct par voie de concours, externe et interne.

⁴⁹ V. les annales sur le site du Conseil d'Etat.

⁵⁰ V. des extraits du dossier en annexe.

l'issue de la scolarité. Par exemple, pour la prochaine répartition des postes qui aura lieu en décembre 2019, sur les 83 postes ouverts (pour 80 élèves), 4 postes sont ouverts en tant qu'auditeur au Conseil d'État et 8 en tant que conseillers de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel⁵¹.

Aux termes de l'article 37 du décret du 9 novembre 2015 relatif aux conditions d'accès et aux formations à l'École nationale d'administration, la scolarité à l'ENA « a pour objectif de former les élèves à la conception, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques publiques et aux méthodes de management nécessaires à l'exercice des emplois de la haute fonction publique ».

La formation est de 24 mois : après onze mois consacrés aux stages (trois stages pratiques dans des administrations et entreprises en France et à l'étranger), les huit mois suivants correspondent à une phase d'approfondissement et de professionnalisation. A cette phase de formation succède enfin une période d'évaluation et la procédure de sortie.

Il est indiqué sur le site de l'ENA que la formation vise à faire des élèves « des serviteurs de l'Etat. Elle place la dimension managériale et la modernisation de l'action de l'Etat au premier plan en privilégiant une approche interdisciplinaire, et veut transmettre les valeurs du service public et de la déontologie ».

Le programme d'enseignement comprend dix thématiques principales. Outre les langues vivantes et le sport, sont étudiés les thèmes suivants : Politiques publiques et territoires, Europe et international, Management public, Droit et légistique, Finances publiques, Questions économiques et sociales, valeurs, éthique et engagement associatif et enfin, les sessions communes ENA-Institut National d'Etudes Territoriales. Dans le cadre de ce dernier module, parmi différentes thématiques abordées, des interventions sur la laïcité sont organisées.

Depuis 2018-2019, une conférence est animée par des élèves de l'ENA sur le thème « Les religions, la société et l'Etat ». Quatre représentants des grandes religions sont alors présents : le Grand Rabbin de Strasbourg, l'Archevêque de Strasbourg, le Président de la Grande Mosquée de Strasbourg et le Président du Consistoire protestant.

La demi-journée s'organise de la sorte :

- Une introduction par les élèves
- Le lien entre Etat et religions en Alsace-Moselle
- La laïcité à travers un sujet d'actualité
- La bioéthique

Cette demi-journée n'entre pas dans la notation.

Lors d'un entretien à l'ENA en juillet 2019 avec Jean-Baptiste Pointel, conseiller pédagogique en charge des politiques publiques et des questions de gouvernance à la Direction de la formation- service de la formation des élèves de l'ENA, celui-ci a souligné que l'ENA était avant tout une école d'application où les élèves recherchaient du concret, des cas pratiques, la connaissance du « dessous des cartes », et qu'ils avaient déjà tous des connaissances théoriques solides. Les enseignements de droit se font à travers la méthodologie en étudiant des dossiers. Il s'agit de former des hauts fonctionnaires à

⁵¹ V. l'arrêté du 21 juin 2019 portant répartition des emplois offerts aux élèves de l'École nationale d'administration achevant leur scolarité en décembre 2019.

travers la compréhension de dossiers de politique publique, de la légistique⁵², du management et des finances publiques.

Par ailleurs, selon Jean-Baptiste Pointel, en tant que futurs fonctionnaires de catégorie A+, les élèves seront moins confrontés que d'autres fonctionnaires à des questions impliquant le principe de laïcité.

Depuis une dizaine d'années, il existe des heures consacrées dans le cadre de la scolarité au thème de « la prévention de la délinquance ». Depuis 2017, elles intègrent la thématique de la radicalisation.

Dans le cadre de la préparation aux épreuves du concours de sortie, les élèves ont, chaque année, un dossier sur « la lutte et la prévention de la délinquance et de la radicalisation ». Il s'agit d'un entraînement et le rendu des élèves fait l'objet d'une remédiation après la conduite de la réunion.

Les élèves suivent une conférence de cadrage la matinée, durant laquelle ils ont des informations sur cette question, les enjeux, la manière de la traiter habituellement, etc. En 2018, la conférencière pour la séance plénière était Frédérique Camillieri, sous-préfète, directrice adjointe de cabinet du préfet de police de Paris ; l'année précédente, il s'agissait de Pierre N'Gahane, alors Préfet de la Charente.

L'après-midi, en atelier de petits groupes, ils simulent une réunion au sein d'une préfecture à partir du dossier de 40 pages qui leur a été fourni en amont. Un intervenant est présent afin de les guider et de leur faire un retour sur leurs compréhensions et leurs pratiques durant la réunion. Enfin, les élèves rédigent un compte-rendu, lequel est noté par l'intervenant. Selon Jean-Baptiste Pointel, comme il s'agit d'une épreuve blanche, les élèves sont très attentifs et préparent sérieusement le dossier.

2- La formation continue

Globalement, le catalogue de la formation continue à l'ENA s'articule autour de cinq thématiques, *a priori* bien éloignées des questions de laïcité et de religion : leadership et communication, Management, Transformation, Innovation, Affaires européennes. Les formations sont payantes.

En 2018, il y a eu 3000 participants, 450 journées de formation, 300 praticiens qui étaient intervenus.

Dans le cadre de la formation continue, le 17 septembre 2015, une journée ayant pour thème « La laïcité existe-t-elle ? » a été organisée.

Par ailleurs, le 13 octobre 2015 s'est tenue une journée de formation « Services publics et laïcité : du cadre juridique à la mise en œuvre managériale » présentée ainsi sur le site de l'ENA : « Les personnels des trois fonctions publiques sont confrontés à l'expression du fait religieux dans la sphère publique. Cette expression interroge le principe de laïcité qu'ils sont tenus de respecter et de faire respecter.

Au-delà d'un rappel du cadre juridique et conceptuel de la laïcité et d'une mise en perspective socio-historique de ce principe, cette journée de formation vise à accompagner les fonctionnaires et les agents du service public dans l'analyse des situations auxquelles ils sont confrontés, dans l'élaboration des réponses à y apporter et dans l'identification des moyens à mobiliser.

⁵² La légistique est l'ensemble des méthodes et conventions de rédaction des textes normatifs (lois, décrets, etc.). La légistique est une discipline essentiellement orientée vers ses applications concrètes. Elle vise à étudier les techniques de rédaction du droit et à tenir celles de meilleure qualité. Il s'agit d'une discipline au carrefour du droit, de la linguistique et de la sociologie.

En ateliers, sur la base de cas pratiques, les auditeurs sont amenés à réfléchir le processus de réponse aux situations rencontrées tant en termes stratégiques qu'en termes de communication (élaboration de supports : chartes, guides de bonnes pratiques), de formation des agents et de pilotage des actions visant à garantir le principe de laïcité. »

Le 27 juin 2017, une formation d'une journée destinée aux « cadres supérieurs du secteur public » se déroulait sur « Laïcité et prévention de la radicalisation : le manager public à l'épreuve du fait religieux ». La présentation qui en était faite sur le catalogue de la formation continue était la suivante : « Dans l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire doit s'abstenir de manifester ses opinions religieuses et traiter de façon égale toutes les personnes en respectant leur liberté de conscience et leur dignité. La réaffirmation du principe de laïcité dans la loi Déontologie traduit la prégnance des interrogations liées à l'expression du fait religieux. La question de la laïcité n'a cessé depuis de nombreuses années de s'affirmer de plus en plus pressante, sujet récurrent du débat public mais également enjeu des pratiques managériales ». Les objectifs étaient d' « identifier les éléments de réponses, en termes de pratiques managériales (postures et outils), aux questions soulevées par l'expression du fait religieux » et d' « être en mesure de résoudre des situations de tension liées à l'expression du fait religieux (radicalisation) ». Le contenu de la formation était présenté ainsi :

« Introduction : laïcité, service public et vivre ensemble

Fonction publique et liberté religieuse : ce que disent la loi et la jurisprudence

Fait religieux en France et les nouveaux défis de la laïcité : cas pratiques

Ateliers de groupes sur les postures managériales à adopter (communication, formation)

Témoignages et retours d'expériences : FP, FPH, FPT et/ou interministériel (Éducation nationale, Santé, Défense)

Conclusion et évaluation ».

Comme formation complémentaire à cette formation, était proposée « Déontologie et service public : le sens de l'engagement (en partenariat avec l'INP) »

Plus originale, une session de deux jours, dans le cadre des sessions « éthique et déontologie », existe depuis plusieurs années sur la « prévention des risques contentieux dans l'organisation d'un concours administratif » qui « a pour objectif d'identifier les principaux risques contentieux à chaque étape de l'organisation d'un concours administratif pour être pleinement en mesure de les prévenir. Outre la connaissance de la réglementation en vigueur, des ateliers spécifiques seront organisés sur des sujets particulièrement sensibles tels que la question de la laïcité ou le cas des candidats en situation de handicap. Cette formation privilégiera les échanges d'expériences en croisant les pratiques des différentes écoles et administrations représentées. »⁵³.

Les objectifs de cette formation sont de « maîtriser le cadre juridique et la jurisprudence relatifs à l'organisation d'un concours » et de « favoriser les échanges de bonnes pratiques ».

Les publics visés sont les « magistrats de la juridiction administrative, Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) et services des concours d'écoles de service public ».

Durant la formation sont abordés les thèmes suivants :

- Principes et modalités de recrutement dans la fonction publique (condition d'admission et modalités de recrutement)

⁵³ ENA, *Catalogue formation continue 2018*, p. 98. En 2018, la formation de 2 jours se déroulait à Paris et son coût était de 950€.

- Le recrutement par concours (le déroulement des concours : le rôle de l'administration)
 - Le traitement du contentieux des concours (le juge des concours ; les conditions de saisine ; les conséquences de l'annulation contentieuse d'un concours)
- Par ailleurs, il était fait état de « retours d'expériences (fait religieux, personne en situation de handicap, numérisation de copies, etc.) ».

Cette formation n'est plus présente dans le catalogue de la formation continue 2019. Il n'existe apparemment plus aucune formation en lien avec la laïcité, le fait religieux, ou la radicalisation.

§2- La formation au Centre de formation de la juridiction administrative

Il existe une période de formation de six mois qui est commune à tous les nouveaux juges administratifs quel que soit le mode de recrutement, et qui a lieu au Centre de Formation de la Juridiction Administrative (CFJA) situé dans les locaux du Tribunal administratif de Montreuil.

La formation à l'ENM est moins étroitement juridique que ne l'est celle dispensée au Centre de Formation de la Juridiction Administrative.

La formation au CFJA est présentée avant tout comme une formation « de fonctionnaire », « très technique » et les magistrats interrogés dans le cadre de notre enquête, mais ils étaient en faible nombre et souvent relativement proches de la retraite, n'ont pas souvenir d'une place quelconque accordée aux thématiques de la laïcité ou du fait religieux.

Ainsi, un juge administratif nous indiquait : « au CFJA, quelle que soit « l'origine » des membres du corps, on a quand même 6 mois de formation professionnelle, de mémoire, c'est quand même un enseignement très technique, beaucoup plus d'ailleurs que la formation d'avocat, qui reste encore généraliste ; là, c'est très technique, donc sur des techniques contentieuses, sur l'office du juge, comment on fait en pratique, dans tel ou tel dossier, du coup, la laïcité, non, on n'a pas eu de formation particulière ni d'enseignement particulier. C'est presque pas l'objet de la formation, en fait, c'est vraiment une formation de fonctionnaire, c'est pas une formation initiale, enfin on appelle ça comme ça, mais ... donc je pense que par rapport à l'ENM, à l'ENA, ou à l'Ecole des avocats, qui dure quand même plus longtemps, et qui est très généraliste (on forme les avocats, il y en a qui vont faire de la FUSAC [fusions/acquisitions] en cabinet d'affaires et il y en a qui vont faire des permanences pénales...) mais là, on s'adresse à des magistrats qui sont déjà magistrats accessoirement, donc je pense pas que ce soit l'objet du CFJA, ou alors vraiment vraiment à la marge ».

Par ailleurs, le livre Blanc de l'USMA (Union syndicale des magistrats administratifs) de 2016 indiquait qu' « alors que, d'après l'enquête sur les conditions de travail menée en 2013, 96 % des magistrats administratifs affirment devoir apprendre des choses nouvelles très fréquemment ou régulièrement, ils n'ont participé, en moyenne, qu'à moins de deux jours de formation sur l'année 2013.

La formation continue étant un enjeu majeur pour l'adaptabilité de chacun d'entre nous aux évolutions du métier de magistrat administratif, il est nécessaire d'augmenter à 5 le nombre de jours de formation crédités annuellement au titre du DIF, à l'instar des magistrats judiciaires et de s'assurer que chaque magistrat puisse effectivement en bénéficier, ce qui pose notamment la question prégnante du droit à formation du rapporteur public et de la pleine utilisation des décharges de service »⁵⁴.

⁵⁴ USMA, Livre Blanc, 2016, p. 14. V. <https://www.usma.fr/media/livre-blanc-usma.pdf>

CHAPITRE II- LA FORMATION DES GREFFIERS

Même si, dans le cadre de ce travail, nous n'avons malheureusement pu, faute de temps et de moyens suffisants, lancer une enquête auprès des greffiers, cette profession présente également un intérêt tout particulier au regard de notre thème d'études.

Dans le dernier rapport de l'Observatoire de la laïcité, publié en juin 2019, le bilan suivant a été réalisé sur la formation à la laïcité à l'Ecole nationale des greffes.

« Formation initiale

Pour l'année 2018, l'École nationale des greffes (ENG) a dispensé aux adjoints administratifs, greffiers et directeurs de service de greffe en formation initiale une formation sur les statuts et la déontologie. Cette formation porte sur les valeurs républicaines, le principe de laïcité, les obligations de réserve et de neutralité, les sanctions encourues et les dispositifs de contrôle.

Il en sera de même pour l'année 2019.

Dans le cadre de la classe préparatoire aux concours de greffier et de directeur de service de greffe, l'ENG dispense également une formation sur la laïcité dans la fonction publique (15 stagiaires pour la préparation au concours de greffier et 10 pour la préparation au concours de DSGJ).

Formation continue

- Circulaire de cadrage sur la formation continue

La circulaire du 13 octobre 2016 de la direction des services judiciaires fixant les orientations annuelles de la formation continue pour l'année 2017 visait dans ses orientations prioritaires la lutte contre la radicalisation (extraits : « S'il conviendra de poursuivre les formations initiées en 2016 par exemple pour l'action commune de formation des greffes judiciaires et des services de greffe pénitentiaire, ainsi que pour la lutte contre la radicalisation, et les formations aux management et à la prévention des risques psycho-sociaux, deux axes méritent d'être particulièrement développés afin d'accompagner les agents d'une part dans le cadre de la réorganisation des juridictions, et d'autre part tout au long de leur carrière dans le cadre de la réforme statutaire des greffes. »).

La circulaire du 3 juillet 2017 de la Direction des services judiciaires fixant les orientations annuelles de la formation continue pour l'année 2018 a repris dans ses orientations prioritaires la lutte contre la radicalisation (extrait : « Suite aux deux plans de lutte anti-terrorisme et en raison de l'actualité, les formations relatives à la radicalisation devront être maintenues pour une troisième année consécutive »).

Formation continue nationale

En 2018, une session relative à « la lutte contre la radicalisation violente : les outils de détection et de prise en charge pour les magistrats » et une session relative aux « valeurs républicaines et service public » ont été ouvertes aux personnels des greffes. La première était proposée par l'ENM, l'objectif de cette formation étant de connaître le processus de radicalisation chez un individu afin de mieux l'appréhender et d'y répondre dans l'exercice quotidien des fonctions du magistrat. La deuxième organisée par l'ENG et proposée dans le cadre du Réseau des écoles du service public avait trois objectifs : intégrer les valeurs républicaines à ses missions de cadre du service public et les faire vivre au quotidien, veiller au respect de ces valeurs dans l'exercice des missions qui lui sont dévolues, développer des processus pédagogiques et managériaux afin de faire de ces valeurs un point de vigilance de l'exercice professionnel.

Formation continue régionale

En 2018, les services administratifs régionaux (SAR) ont mis en place les thématiques suivantes :

- Laïcité, neutralité : droits et devoirs des fonctionnaires
- Les valeurs de la République et la laïcité
- La laïcité
- La radicalisation
- Initiation à la prévention de la radicalisation
- Sensibilisation à la radicalisation islamique
- Présentation du dispositif de lutte contre la radicalisation
- Sensibilisation aux phénomènes de radicalisation
- Action de sensibilisation à la radicalisation
- Sensibilisation à la radicalisation
- Présentation des actions conduites par le ministère de la Justice en matière de radicalisation
- Comment analyser les risques de radicalisation ?

Enfin, de nombreuses cours d'appel proposent des formations relatives à la déontologie et les droits et obligations des fonctionnaires. La thématique de la laïcité y est aussi abordée. »⁵⁵

⁵⁵ *Rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité 2018-2019*, juin 2019, p. 296-297. Pour ce même bilan pour l'année précédente, v. *Rapport annuel de l'observatoire de la laïcité 2017-2018*, p. 195-196.

CHAPITRE III- LA FORMATION DES AVOCATS

Section I- La laïcité et le fait religieux dans les examens pour devenir avocat

Section II- La laïcité et le fait religieux dans la formation des élèves avocats et des avocats

§1- La formation initiale

§2- La formation continue

S'agissant de la formation des avocats, nos constatations sont tirées de la cinquantaine de réponses données par les avocats lors de notre enquête.

En effet, pour des raisons matérielles et de temps, contrairement à ce que nous avons fait pour les magistrats grâce à nos rencontres à l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM), nous n'avons pas pris contact avec les centres régionaux de formation professionnelle des avocats (CRFPA), l'Ecole de Formation professionnelle des Barreaux de la cour d'appel de Paris (EFB) étant le plus important de ces centres. Alors que la formation initiale des magistrats est unique à Bordeaux, il existe onze CRFPA, et les promotions d'élèves sont d'un nombre bien plus élevé. La seule EFB forme chaque année près de la moitié des futurs avocats de France avec des promotions comptant plus de 1700 élèves avocats. Ainsi, les élèves avocats en France sont environ 4000 alors que les élèves magistrats sont environ 500.

Selon les statistiques du ministère de la Justice, au 1^{er} janvier 2018, 66958 avocats ont été recensés sur l'ensemble du territoire national contre 48461 dix ans plus tôt (+38%). Avec 28145 avocats, le barreau de Paris concentre à lui seul 42% de l'effectif total⁵⁶.

Si l'on s'en tient aux réponses données par les avocats dans le cadre de notre enquête, leur formation semble ne réserver quasiment aucune place à la laïcité, même dans les cours de déontologie. Une éventuelle formation demeure dans tous les cas un souvenir lointain et peu précis, certains avocats reconnaissant s'être formés eux-mêmes, en suivant des conférences, par exemple, ou en développant « une conscience politique ». Ainsi un avocat nous a indiqué : « Ce sont des concepts que j'ai étudiés, mais de manière transversale, ou alors spécifiquement dans des cours relatifs aux libertés fondamentales, mais un cours spécifique sur la laïcité, non, et je crois même que mon attachement à la laïcité, ou mon approche de la laïcité procède d'autres choses que des enseignements que j'ai pu avoir ; ça procède d'une conscience politique, ça procède d'une volonté affirmée du vivre-ensemble, mais je ne suis pas sûre que je puisse rattacher ça à une culture juridique que j'aurais pu recueillir dans le cadre de mes enseignements ».

Est par ailleurs évoquée la question des formations relatives à la question religieuse au sein des écoles d'avocats, en réponse notamment à des faits divers, liés par exemple au refus d'un enseignant de faire cours face à un public d'étudiants comprenant une étudiante voilée. Sans pour autant qu'une formation soit expressément prévue, il semble donc qu'un besoin de sensibilisation soit essentiel.

Fort de ce constat de carence, un avocat estime que la mise en place d'une formation à la laïcité dans le cadre des écoles d'avocats est « primordiale ». Pour certains, il serait même intéressant d'ajouter une approche comparative, afin

⁵⁶ Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau pôle d'évaluation de la justice civile, *Statistique sur la profession d'avocat, situation au 1^{er} janvier 2018*, p. 3.

« d'entendre d'autres sons ». Un autre, plus nuancé, estime qu'un enseignement spécifique serait « une bonne chose » tout en pensant que cela serait symptomatique de quelque chose qui ne va pas dans la société puisque cela reviendrait à devoir expliquer ce qu'est la laïcité et lui consacrer un cours entier ».

Il faut distinguer la place de la laïcité et du fait religieux dans les examens d'accès auprès d'un CRFPA (**Section I**) et dans la formation auprès d'un CRFPA (**Section II**).

Section I- La laïcité et le fait religieux dans les examens pour devenir avocat

La profession d'avocat est réservée aux titulaires d'un Master 1 en droit ou d'une équivalence et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA) délivré par un centre régional de formation professionnelle d'avocats (CRFPA).

L'accès au sein d'un CRFPA est soumis à la réussite de l'examen d'entrée, souvent appelé « pré-CAPA ». Seuls les titulaires d'un Master 1 en droit ou d'une équivalence peuvent se porter candidat à cet examen, organisé par les instituts d'études judiciaires (IEJ) des universités.

Cet examen comprend des épreuves écrites d'admissibilité et des épreuves orales d'admission.

La réforme est intervenue avec le décret n° 2016-1389 du 17 octobre 2016 modifiant les conditions d'accès aux centres régionaux de formation professionnelle d'avocats et l'arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats. La réforme est entrée en vigueur à la session de l'examen 2019. L'idée centrale de la réforme est l'uniformisation de l'examen d'accès aux Centres régionaux de formation professionnelle. Les dates deviennent nationales, tous les étudiants composeront en même temps sur des épreuves écrites et sur un sujet unique déterminé par une commission nationale, composée de huit membres, nommés par arrêté conjoint du Ministre de la Justice et du Ministre chargé de l'enseignement supérieur. La Commission nationale aura notamment pour mission d'élaborer les sujets des épreuves écrites d'admissibilité et d'harmoniser les critères de correction de ces épreuves.

Outre des changements dans la phase d'admissibilité, en lien avec notre étude, le « grand oral » est toujours la principale épreuve d'admission. L'article 7 (modifié par l'article 2 de l'arrêté du 2 octobre 2018) de l'arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats prévoit que les épreuves orales d'admission comprennent une interrogation en langue anglaise ainsi qu' « un exposé de quinze minutes, après une préparation d'une heure, suivi d'un entretien de trente minutes avec le jury, sur un sujet relatif à la protection des libertés et des droits fondamentaux permettant d'apprécier les connaissances du candidat, la culture juridique, son aptitude à l'argumentation et à l'expression orale.

Cette épreuve se déroule en séance publique.

La note est affectée d'un coefficient 4. »

La nouveauté provient du fait que le programme de l'épreuve est élargi pour intégrer la « culture juridique générale » et la durée de l'entretien avec le jury est augmentée de quinze minutes, changements qui s'accompagnent d'une augmentation du coefficient de l'épreuve, qui se déroule en « séance publique ». Cet entretien de

quarante-cinq minutes est destiné à apprécier les connaissances du candidat et son aptitude à la prise de parole.

En annexe de l'arrêté du 2 octobre 2018 modifiant l'arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats est déterminé le programme de l'examen dont celui relatif aux libertés fondamentales :

« Libertés et droits fondamentaux

I.- Culture juridique générale.

II.- Origine et sources des libertés et droits fondamentaux.

III.- Régime juridique des libertés et droits fondamentaux.

IV.- Principales libertés et les principaux droits fondamentaux. »

L'arrêté du 11 septembre 2003 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats prévoyait quant à lui expressément dans son annexe (abrogée par l'article 11 de l'arrêté du 17 octobre 2016), la laïcité parmi les « Les principales libertés et droits fondamentaux » dans le programme de Protection des libertés et des droits fondamentaux⁵⁷. Ce n'est donc que depuis le 1^{er} janvier 2017 que la laïcité ne figure plus expressément dans les programmes, à l'instar des autres droits et libertés, le programme étant présenté de façon beaucoup plus succincte. Cela ne signifie donc pas que ce thème ait disparu du grand oral d'admission. On peut même dire qu'il y figure naturellement.

⁵⁷ « Protection des libertés et des droits fondamentaux

1. Origine et sources des libertés et droits fondamentaux :

- histoire des libertés : évolution générale depuis l'Antiquité jusqu'à la période contemporaine en France et dans le monde ; les générations de droits de l'homme ;

- sources juridiques, internes, européennes et internationales ;

- libertés publiques, droits de l'homme et libertés fondamentales.

2. Régime juridique des libertés et droits fondamentaux :

- l'autorité compétente pour définir les règles en matière de libertés et la hiérarchie des normes. L'aménagement du statut des libertés fondamentales :

- régime répressif ;

- régime préventif ;

- régime de la déclaration préalable ;

- régime restitutif et droit à réparation ;

- la protection des libertés fondamentales :

- les protections juridictionnelles (internes, européennes et internationales) ;

- les protections non juridictionnelles (par les autorités administratives indépendantes, par l'effet du système constitutionnel, politique, économique et social) ;

- les limites de la protection des libertés fondamentales dans les sociétés démocratiques et dans les différents systèmes politiques ;

- les régimes exceptionnels d'atténuation de la protection des libertés et droits fondamentaux.

3. Les principales libertés et droits fondamentaux :

- les principes fondateurs et leurs composantes :

- dignité de la personne humaine (droit à la vie et à l'intégrité physique de la personne, bioéthique) ;

- liberté (liberté d'aller et venir, droit à la sûreté personnelle) ;

- égalité (devant la justice, en matière de fonction publique, devant les charges publiques, entre les hommes et femmes, entre Français et étrangers) ;

- fraternité ;

- les droits et libertés de la personne et de l'esprit (liberté d'opinion, liberté de croyance, liberté d'enseignement, liberté de communication) ;

- les droits et libertés collectifs (association, réunion, liberté syndicale, droit de grève) ;

- les droits économiques et sociaux (droit de propriété, liberté du commerce et de l'industrie, droit à la protection de la santé, droit aux prestations sociales, droit à l'emploi) ;

- les droits du citoyen (droit de vote, liberté des partis politiques, droit dans les relations avec l'administration) ;

- la laïcité. »

Les manuels de préparation à cet examen incluent d'ailleurs systématiquement une « fiche » sur la laïcité.

Si l'étudiant réussit son examen, il fera sa formation auprès d'un CRFPA puis sera astreint à une obligation de formation continue tout au long de sa vie professionnelle.

Section II- La laïcité et le fait religieux dans la formation des élèves avocats et des avocats

§1- La formation initiale

La formation initiale exigée pour l'exercice de la profession d'avocat est dispensée par les Centres régionaux de formation professionnelle d'avocats. Le législateur a confié le soin au Conseil national des barreaux de définir les principes d'organisation de la formation et d'en harmoniser les programmes.

La formation initiale obligatoire se déroule sur une période de 18 mois en trois temps:

- six mois d'enseignements pratiques pour l'acquisition des fondamentaux
Aux termes de l'article 57 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat « les élèves des centres régionaux de formation professionnelle reçoivent, en vue de la pratique du conseil et du contentieux, une formation commune de base, d'une durée de six mois, portant notamment sur le statut et la déontologie professionnels, la rédaction des actes juridiques, la plaidoirie et le débat oral, les procédures, la gestion des cabinets d'avocats ainsi que sur une langue vivante étrangère. Le centre régional de formation professionnelle choisit la ou les langues enseignées parmi celles prévues par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice. Le programme et les modalités des enseignements et formation sont fixés par le conseil d'administration du centre régional de formation professionnelle en conformité avec les dispositions arrêtées par le Conseil national des barreaux (...) ».
Hormis éventuellement dans le cadre des enseignements liés à la déontologie, les cours ne semblent pas laisser de place particulière à la notion de laïcité ou de fait religieux.
L'EFB précise que les 6 mois d'enseignements correspondent à environ 330 heures de cours.
- six mois consacrés au projet pédagogique individuel (PPI) de l'élève avocat, par exemple dans le cadre d'un stage au sein d'une juridiction, d'une administration, d'une entreprise ou d'un cabinet à l'étranger.
Comme il est précisé sur le site de l'EFB, le Projet Pédagogique Individuel est un stage effectué « dans un cadre différent de celui d'un cabinet d'avocats. Il prend en compte à la fois la formation passée de l'élève avocat et son désir de spécialisation future. Il doit être conçu comme un cycle d'insertion dans le monde professionnel. L'ouverture d'esprit, l'élargissement du champ d'observation sociale, la connaissance des conditions socioprofessionnelles dans lesquelles se forme la demande de droit, sont les ingrédients d'un PPI réussi. Ce stage est une occasion unique d'ouverture sur le monde juridique. »
Un PPI peut consister en :
 - un stage. Parmi les nombreux exemples donnés par l'EFB, on trouve des stages auprès des autorités administratives indépendantes, dans des associations militantes

- une formation complémentaire par exemple : l'accomplissement d'un programme de Master II Droit Professionnel/Recherche, option possible si l'étudiant a entamé son Master II en octobre, et souhaite le compléter à son entrée à l'EFB en janvier ; une formation juridique d'au moins 250 heures, d'un niveau de Master II, dispensée à l'extérieur de l'EFB dont la pertinence et la cohérence avec le cursus le l'élève avocat seront appréciées par le service PPI.

Il peut y avoir panachage d'une ou plusieurs suggestions ci-dessus : par exemple, deux stages d'une durée de trois mois chacun.

Le stage PPI peut donc très bien s'envisager auprès du Défenseur des droits, à l'Observatoire de la laïcité, dans des M2 liés au droit des religions ou des DU laïcité...

- six mois de stage au sein d'un cabinet d'avocat.

La formation initiale est sanctionnée par le CAPA qui comporte diverses épreuves orales et écrites. En cas de succès, l'élève avocat peut alors demander son inscription au tableau de l'Ordre du barreau de son choix, après avoir prêté le serment nécessaire à l'exercice de la profession.

L'arrêté du 7 décembre 2005 fixe le programme et les modalités de l'examen d'aptitude à la profession d'avocat. D'éventuelles questions sur la laïcité peuvent ainsi apparaître dans deux épreuves du CAPA (on pense ainsi, dans le programme de droit administratif, aux questions pouvant se poser en lien avec la police administrative ou les services publics), même si le programme des matières ne fait pas apparaître la notion de laïcité. Le programme ne comporte d'ailleurs pas d'examen lié aux libertés fondamentales. Ainsi, l'examen comporte notamment « un exercice oral, d'une durée de quinze minutes environ, après une préparation de trois heures, portant sur un dossier de droit civil, commercial, social, pénal, administratif ou communautaire, au choix du candidat (coefficient 2) » et « une interrogation orale à finalité pratique, d'une durée de vingt minutes environ, après une préparation d'une heure, sur un sujet portant sur le statut et la déontologie des avocats (coefficient 3) ».

Par ailleurs, il est prévu « Un exposé discussion de vingt minutes environ avec le jury, à partir d'un rapport élaboré par le candidat, portant sur son projet pédagogique individuel visé au premier alinéa de l'article 58 du décret du 27 novembre 1991 susvisé (coefficient 1) ».

§2- La formation continue

Comme le précise le Conseil national des Barreaux sur son site : « Afin d'assurer le perfectionnement des connaissances nécessaires à l'exercice de la profession, l'ensemble des avocats inscrits au tableau de l'Ordre sont soumis à une obligation de formation continue de 20 heures par an. Le Conseil national des barreaux, conformément à sa mission légale, est chargé d'en définir les modalités.

Depuis 2005, tout avocat inscrit à un barreau est tenu à une obligation de formation continue de 20 heures par année civile ou de 40 heures au cours de deux années consécutives.

Pendant les deux premières années d'exercice professionnel, les avocats doivent effectuer au moins 10 heures de formation continue portant sur la déontologie.

Sont considérés comme des actions de formation continue :

- Les formations, à caractère juridique ou professionnel, dispensées par les écoles d'avocats ou les universités

- Les formations dispensées par des avocats avec l'agrément de leur école d'avocats, ou par d'autres établissements d'enseignement ;
- Les colloques et conférences à caractère juridique ayant un lien avec l'activité professionnelle des avocats,
- Les formations à distance,
- La publication de travaux à caractère juridique,
- La dispense d'enseignements juridiques en lien avec la profession, dans un cadre universitaire ou professionnel.

Il semble que le thème de la laïcité et de la religion soit souvent abordé par l'EFB ou d'autres écoles dans le cadre de conférences dont les heures peuvent être validées au titre de la formation continue. Par exemple, une conférence d'une demi-journée s'est tenue le 3 avril 2012 sur « Les principes de laïcité et de liberté de conscience au regard du principe de non-discrimination. La neutralité des services publics. La réglementation des pratiques religieuses dans les entreprises »⁵⁸ ; le 17 mai 2017, une autre conférence avait pour thème « Le silence religieux dans l'entreprise »⁵⁹ ; le 25 mai 2018 s'est tenue à l'université de Lyon III une journée d'étude et de formation sur le thème « La déontologie des acteurs de la justice à l'épreuve de la laïcité » qui pouvait être validée au titre de la formation continue. Une des interventions de Baptiste Bonnet concernait en particulier « Le port de signes religieux par les avocats ». Autre exemple, Christophe Tukov, magistrat administratif, ancien magistrat judiciaire, donnait une conférence dans le cadre du centre d'Etudes et de Recherches en Droit des Procédures (CERDP) de la Faculté de Droit et Science Politique de Nice le 15 novembre 2018 sur le thème de « La laïcité » et il était indiqué que « la participation à ces conférences entre dans le cadre de la formation continue des avocats exigée en vertu de l'article 14-2 de la loi du 31 décembre 1971. Chaque conférence peut être validée pour 2 heures de formation. Une attestation de présence est délivrée sur simple demande ».

Enfin de nombreux DU sur la laïcité s'adressent, parmi d'autres, aux avocats⁶⁰.

⁵⁸ http://www.efb.fr/tools/upload-fichier/read?file=120319051491f7113614-fc12066_les_principes_de_laicite_et_de_liberte_de_conscience_au_regard_du_principe_de_non-discrimination_2_.pdf

⁵⁹ http://www.efb.fr/tools/upload-fichier/read?file=201704251616492fa631-AVOSIAL_Colloque_17-05-2017_Programme_au_25-04-2017.pdf

⁶⁰ v. par ex. le diplôme interuniversitaire formation civile et civique « normes et religions » de l'université Toulouse I Capitole.

TITRE II- LE BILAN DES ENTRETIENS CONFRONTÉS AUX TEXTES ET A LA JURISPRUDENCE RELATIFS A LA LAÏCITÉ DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE : PAROLES DE JUGES ET D'AVOCATS SUR LA LAÏCITÉ DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

Xavier DUPRE DE BOULOIS, Céline FERCOT, Charles FROGER, Alexis GUERIT, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Raphaële PARIZOT, Christine PAUTI, Vincent VALENTIN

Les textes relatifs au principe de laïcité au sein de l'institution judiciaire sont assez peu nombreux. Ils doivent être complétés par l'examen des décisions de justice sur ce thème, ou, pour être plus précis, par ce que dit le juge de l'application de la laïcité dans son propre service public.

Ce contentieux concernant l'institution judiciaire pourrait en lui-même constituer un « contentieux-cible » de notre étude⁶¹, certaines décisions pouvant témoigner de jugements de valeur ou d'une certaine hiérarchisation des croyances et des difficultés de l'application de la neutralité au sein du service public de la justice, historiquement très empreint de sacralité et de rites⁶².

L'analyse de l'évolution de textes et décisions permettra notamment de comparer l'application du principe de laïcité au service public de la justice par rapport à d'autres services publics.

Si, comme dans les autres services publics, les signes d'appartenance religieuse font l'objet de nombreux contentieux, bien d'autres aspects, plus méconnus, peuvent être révélateurs de l'application du principe de laïcité au sein du service public de la justice.

Originalité de l'étude, les réponses reçues lors des entretiens menés par l'équipe ont été confrontées aux règles du droit positif recensées. Ces entretiens, réalisés dans un but uniquement exploratoire, ne sauraient naturellement prétendre à quelque forme de représentativité, autrement dit refléter scientifiquement l'opinion du corps judiciaire et des auxiliaires de justice. La centaine d'entretiens menés a permis de rencontrer magistrats et avocats, à Paris et en région, intervenant à différents niveaux et dans différents types de juridictions et sur différents objets. Le but de ces entretiens est donc d'apporter un éclairage concret sur la façon dont les professionnels appréhendent ces règles au quotidien. Ils permettent de s'orienter vers différentes pistes de recherches qu'il pourrait s'agir de systématiser, notamment lorsque la pratique telle que décrite par les différents acteurs confirme la règle, ou s'en éloigne voire la contredit ou s'y oppose, ou bien la renouvelle...

Les règles et leur application seront tout d'abord étudiées au regard des locaux et des acteurs professionnels ou occasionnels du service public de la justice (**CHAPITRE I**), pour s'intéresser ensuite aux témoins, aux requérants et au public en contact avec ce même service public (**CHAPITRE II**).

⁶¹ Pour les contentieux « cibles », v. 2nde partie, T. II *infra*, p. 315 et s.

⁶² Sur les liens unissant la justice et la religion, v. en particulier A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, 351 p.

CHAPITRE I- LA NEUTRALITÉ DES LOCAUX ET DES ACTEURS PROFESSIONNELS OU OCCASIONNELS DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

Section I- La neutralité des locaux

§1- Rappel historique

- A- Tribunaux et chrétienté jusqu'au XXème siècle
- B- L'ordre d'enlever les emblèmes religieux des salles d'audience au début du XXème siècle

§2- La persistance de signes religieux au sein des tribunaux de nos jours

A- En France

- 1- Dans les salles d'audience et les lieux ouverts au public
 - a- La diversité des signes de présence religieuse
 - b- La signification des signes
 - c- La perception des signes
- 2- Dans les « espaces privés » ou bureaux des tribunaux
- 3- Des pratiques au sein ou en dehors des tribunaux heurtant certaines consciences

B-A l'étranger

§3- Le nouveau Tribunal de Paris : la recherche de locaux totalement neutres

Section II- La neutralité des acteurs professionnels ou non professionnels du service public de la justice

§1- Les règles et comportements sur l'impartialité et la neutralité des juges et autres fonctionnaires de justice

- A- La neutralité des membres des juridictions judiciaires
- B- La neutralité des membres des juridictions administratives
- C- Les comportements liés à l'impartialité et la neutralité des juges et autres fonctionnaires de justice

§2- Les règles ou pratiques vestimentaires des juges

- A- La question du costume et de la robe
- B- La pratique tolérée du port de signes religieux

§3- Le serment des magistrats

Il s'agit ici d'une déclinaison du principe de la neutralité de l'Etat et de ses services publics au service public de la justice. Cette neutralité touche tant les locaux (**Section I**) que les personnels (**Section II**).

Section I- La neutralité des locaux

Le tribunal, les salles d'audience en particulier, ne sont pas les seuls lieux où s'exerce le service public de la justice. On pense notamment aux locaux de garde à vue, aux commissariats, aux gendarmeries et, bien évidemment, aux prisons. Néanmoins, le tribunal, lieu où se dit la justice, a une dimension symbolique forte, raison pour laquelle - outre des contraintes matérielles, de temps et de choix des interlocuteurs interviewés - nous avons décidé de privilégier l'étude de cet espace en particulier. Les problématiques étaient d'ailleurs partiellement différentes s'agissant des usagers : alors que le tribunal, mais également les commissariats ou gendarmeries sont des lieux de passage, les prisons quant à elles, constituent des lieux de vie - à court, moyen ou long terme - au sein desquels doit être aménagée la possibilité de pratiquer sa religion, même si prisons et tribunaux peuvent bien évidemment se croiser dans la vie d'un justiciable⁶³.

⁶³ Pour certains, il faut attacher une attention particulière « aux demandes formulées par des prévenus ou accusés qui comparaissent détenus, dans le cadre notamment de la police de l'audience » (v. V. Dervieux, « La laïcité au sein des services publics de la justice et de l'éducation nationale. La laïcité dans l'institution judiciaire », *Les cahiers de la justice*, 2018/3, p. 425-426).

§1- Rappel historique

A- Tribunaux et chrétienté jusqu'au XXème siècle⁶⁴

Comme le rappelle Etienne Madranges, « pendant des siècles, Justice et Religion chrétienne ont été intimement liées. Sous l'Ancien Régime, la Justice ne pouvait émaner que de Dieu, Lequel délégait ce pouvoir au Roi de France. La Main de Justice⁶⁵ symbolisait cette délégation »⁶⁶. « Le Moyen-âge se méfie des juges qui viennent de s'emparer d'un pouvoir qui n'appartenait jusqu'alors qu'à Dieu (...). La symbolique judiciaire n'a de cesse de rappeler aux juges et aux princes que ce sont des hommes, donc faillibles »⁶⁷. Le tableau de la crucifixion fait partie du *decorum* des salles d'audiences pendant des siècles. A l'origine, l'image du Christ était d'abord destinée aux juges pour qu'ils jugent de façon équitable et juste (comme le Christ) : elle se trouvait donc face à eux. Simple relais de la justice divine, le juge devait accomplir sa tâche avec la crainte de Dieu, le crucifix représentant ainsi pour lui une forme de rappel, d'avertissement⁶⁸.

La question de la présence du crucifix dans les salles d'audience s'était déjà posée sous le Second Empire. Un juré ou un témoin juif pouvait demander au président du tribunal ou de la cour d'assises de voiler le crucifix.

B- L'ordre d'enlever les emblèmes religieux des salles d'audience au début du XXème siècle

Déjà, une loi du 7 vendémiaire an IV (29 septembre 1795) sur l'exercice et la police extérieure des cultes, titre 4, section 2, article 3 avait prévu: « Aucun signe particulier à un culte ne peut être élevé, fixé et attaché en quelque lieu que ce soit, de manière à être exposé aux yeux des citoyens, si ce n'est dans l'enceinte destinée aux exercices de ce même culte, ou dans l'intérieur des maisons des particuliers, dans les ateliers ou magasins des artistes et marchands, ou les édifices publics destinés à recueillir les monuments des arts ». Si les emblèmes religieux avaient donc disparu des tribunaux, ils y furent réinstallés au moment de la Restauration⁶⁹.

Les historiens font remonter aux années 1880 les premiers indices de troubles causés par la présence de signes religieux dans les prétoires : jurés refusant de prêter serment devant Dieu, témoins refusant de lever la main devant le Christ... Entre 1880 et 1886, une soixantaine d'incidents seraient ainsi documentés qui auraient mené à autant de condamnations pour refus de serment⁷⁰. Cette atmosphère s'inscrit dans une politique générale de laïcisation liée à l'arrivée des républicains au pouvoir : loi du 14

⁶⁴ V. K. Fiorentino, « Histoire de la laïcisation de la justice », in E. Forey et Y. Laidié, *L'application du principe de laïcité à la justice*, avr. 2019, p. 23-42.

⁶⁵ La main de justice est un insigne du pouvoir royal indiquant que le roi pouvait rendre la justice. Il est utilisé depuis le XIIIème siècle lors du sacre. Symbole de l'autorité judiciaire, cet objet faisait partie des *regalia* du Royaume de France. Il consiste en un sceptre terminé par une main dont les trois premiers doigts sont ouverts : deux doigts représentent la foi catholique ; trois doigts symbolisent la trinité.

⁶⁶ E. Madranges, *Les palais de justice de France*, Paris, Litec Lexis Nexis, 2011.

⁶⁷ Institut des Hautes Etudes sur la Justice, *Rapport du groupe de réflexion sur la symbolique du futur tribunal de Paris*, juin 2016.

⁶⁸ Sur ce thème, v. K. Fiorentino, « Histoire de la laïcisation de la justice », in E. Forey et Y. Laidié, *L'application du principe de laïcité à la justice*, op. cit., p. 26 et s. Par comparaison, la circulaire italienne du Ministère de la Grâce et de la Justice – Div. III n°2134/1867 du 29 mai 1926 « Placement du Crucifix dans les salles d'audience », qui fonde encore aujourd'hui la présence du crucifix dans les salles d'audience italiennes, évoque le crucifix comme un « avertissement solennel de vérité et de justice ». V. l'étude de C. PAUTI sur la laïcité dans la justice italienne, *infra*, p. 163 et s.

⁶⁹ Rappelé dans K. Fiorentino, *loc. cit.*, p. 32.

⁷⁰ J. Lalouette, « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prétoires », *Mots*, 1991, p. 23, qui cite en ce sens : V. Jeanvrot, *Le refus de serment*, Chevalier-Maresq, 1887. Sur le serment, v. aussi *infra* dans le rapport.

novembre 1881 sur la neutralité des cimetières, laïcisation progressive des hôpitaux, décision du préfet de la Seine de Paris du 9 décembre 1880 décidant l'enlèvement des crucifix dans les écoles publiques, la loi Ferry du 28 mars 1882 remplaçant l'enseignement religieux par l'enseignement moral et civique...

Le 6 février 1882, Jules Roche dépose à la Chambre une proposition de loi « tendant à garantir la liberté de conscience devant les tribunaux en modifiant les articles 75, 155, 189, 312, 317, 348 du Code d'Instruction criminelle et en supprimant dans les salles d'audience tout emblème religieux »⁷¹. Le texte voté à la Chambre concernant ce dernier point prévoit: « Il est interdit de placer dans les salles d'audience des tribunaux, et dans les salles servant à l'instruction des crimes ou délits ou aux enquêtes officielles, aucun emblème religieux »⁷². Finalement, le texte ne sera jamais adopté.

À la Chambre, le 20 janvier 1903, le socialiste Victor Dejeante demanda à Ernest Vallé, ministre de la Justice dans le gouvernement Combes depuis 1902 (et avocat au barreau de Paris, député puis sénateur de la Marne, président du parti radical), que les crucifix et les tableaux à caractère religieux soient retirés de tous les tribunaux. Le 5 novembre 1903, la Chambre des députés vote la suppression des emblèmes religieux dans les salles d'audience, alors que le Sénat y est hostile. L'ordre fut donné par le ministre de la Justice par circulaire du 31 mars 1904, qui se trouvait être – par simple coïncidence? – le Jeudi saint. Cette mesure provoqua la protestation de nombreux évêques et de divers barreaux. Rappelant que « le Parlement a manifesté sa volonté de voir enlever des prétoires de toutes les juridictions les emblèmes religieux que d'anciennes traditions y avaient fait placer », il ordonne aux procureurs généraux de « faire procéder sans retard à l'enlèvement de ceux desdits emblèmes, crucifix, tableaux et autres signes extérieurs d'un culte » qui se trouvent dans les cours d'appel, les tribunaux et les justices de paix. Il précise que les œuvres qui présentent « un caractère artistique ou historique indiscutable » devront être remises à l'administration des Beaux-Arts. Il ajoute que « cette suppression devra être réalisée dans la période comprise entre le 3 et le 10 avril, afin de ne pas gêner le cours de la justice »⁷³. Si les juges, qui avaient subi une épuration importante en 1880 à la suite de leurs jugements sur l'expulsion des congréganistes de l'enseignement public⁷⁴, ont globalement appliqué sans protester la mesure, certains avocats⁷⁵ et de nombreux conseils généraux⁷⁶, voire des requérants⁷⁷, s'insurgèrent contre cette circulaire.

La neutralité des palais de justice est aujourd'hui issue de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat aux termes duquel « 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 ». Ainsi, à Tours, les crucifix des salles d'audience ont été transférés sur le mur d'un escalier avec une plaque explicative.

⁷¹ J.O., Débats parlementaires, Chambre des députés, 6 févr. 1882, p.87.

⁷² J.O., Débats parlementaires, Chambre des députés, 21 juin 1882, p. 1017 et p. 1022.

⁷³ V. la circulaire ministérielle du 31 mars 1904 ordonnant le décrochage des croix, des crucifix et des tableaux à caractère religieux dans les salles d'audience, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, Paris, Imprimerie nationale, 1904.

⁷⁴ K. Fiorentino, *loc. cit.*, p. 29 et s.

⁷⁵ V. notamment le bâtonnier Rousse, auteur d'une protestation qui reçoit le soutien de 179 avocats du barreau de Paris, mais aussi de celui de Lyon (cité par K. Fiorentino, *loc. cit.*, p. 33). V. d'autres actes de protestations rappelés dans K. Fiorentino, *loc. cit.*, p. 33-34.

⁷⁶ V. les nombreux exemples cités dans K. Fiorentino, *loc. cit.*, p. 34-35.

⁷⁷ V. l'épisode rappelé par K. Fiorentino, *loc. cit.*, p. 33 : le 22 avril 1904, au tribunal correctionnel de Tulle un témoin refuse de prêter serment « Où est le Christ? a-t-il dit. Je suis baptisé et je ne jure pas devant les hommes », le président mettant fin à l'incident en recevant sa déposition, sans prestation de serment (*La Croix*, 23 avr. 1904).

Au delà de cette réglementation *a priori* simple, la jurisprudence sur ce thème - à l'instar de la question des crèches dans les bâtiments publics - révèle aujourd'hui une situation plus complexe.

§2- La persistance de signes religieux au sein des tribunaux de nos jours

A- En France

1- Dans les salles d'audience et les lieux ouverts au public

a- La diversité des signes de présence religieuse

C'est notamment sous l'angle culturel que la question doit aujourd'hui être analysée. Tout d'abord, il faut savoir ce qu'on entend par « emblèmes religieux ». Ainsi, en 1999, la Cour administrative d'appel de Nantes a jugé que le logotype du département de Vendée représentant deux cœurs entrelacés surmontés d'une couronne portant une croix ne constituait pas un emblème religieux⁷⁸.

Au-delà de cette question de qualification, on peut s'interroger sur l'incidence que peut avoir le fait que certains tribunaux - fréquemment parlements d'Ancien Régime disposant de ce type de symboles - conservent des emblèmes religieux, sur la façade extérieure, dans leurs cours ou en leur sein, par exemple s'il s'agit de monuments historiques - la représentation religieuse étant alors justifiée par l'intérêt artistique qu'elle présente -, ou, sans être des monuments historiques, car ces signes étaient présents avant 1905. On peut aller jusqu'à s'interroger sur le bien-fondé, au regard du principe de laïcité de la justice, du maintien de certains emblèmes religieux du fait de leur présence avant 1905, alors qu'ils sont pourtant des biens meubles et donc aisément supprimables ou substituables⁷⁹.

Il n'est pas rare de trouver des chapelles dans des tribunaux, quand bien même elles sont désaffectées, comme c'est par exemple le cas à l'intérieur de la première chambre de la cour d'appel de Toulouse ou au sein du Conseil d'Etat. Dans ce dernier cas, « la petite chapelle néo-gothique [a été] édiflée sous le Second Empire par l'architecte Prosper Chabrol et le peintre Alexandre Denuelle. Très pieuse, la princesse Marie-Clotilde disposait ainsi d'une chapelle où l'on célébrait la messe et d'un oratoire, pour prier (aujourd'hui au Conseil constitutionnel), près de sa chambre à coucher. (...) Le seul vestige du mobilier d'origine est l'autel. D'inspiration médiévale, il est composé de plaques de métal cloutées sur le bois. Il est porté par cinq colonnettes. Sur la partie postérieure, on peut voir des médaillons de couleur bleue qui portent les lettres X et P entrelacées : ce sont les premières lettres du Christ en grec, ainsi que les lettres A et O : l'alpha et l'oméga, la première et la dernière lettre de l'alphabet grec, symbolisant ainsi l'éternité du Christ. Le tabernacle (meuble qui contient les hosties consacrées) est orné d'un Christ en gloire dans une mandorle (le mot mandorle vient de l'italien *mandorla* qui signifie amande. Il désigne une figure en forme d'ovale ou d'amande dans laquelle s'inscrivent des personnages sacrés). Autour, on remarque les symboles des quatre évangélistes : l'aigle pour saint Jean, le bœuf ailé pour saint Luc, le lion ailé pour saint Marc, l'ange pour saint Matthieu. La décoration de l'autel est l'œuvre de l'orfèvre

⁷⁸ CAA Nantes, 11 mars 1999, *Association « Une Vendée pour tous les vendéens »*, n° 98NT00357. V. sur ce thème, X. Dupré de Boulois, « L'application de la loi du 9 décembre 1905 dans les départements du Grand Ouest de la France », *infra*, p. 304 et s.

⁷⁹ Sous réserve, bien entendu, de ne pas prendre de risque quant à leur préservation en les déplaçant s'il s'agit d'œuvres artistiques.

Alexandre Chertier. Le socle qu'on voit encore au-dessus de l'autel portait une statue de la Vierge réalisée en argent et émaux. La statue, installée en 1863, a été retirée et, dit-on, mise à l'abri dans un château de la Loire pendant la Seconde Guerre mondiale. Elle n'a pas été retrouvée à ce jour. La pièce désaffectée (c'est-à-dire qui n'est plus affectée au culte) est désormais utilisée comme salle de réunion. »⁸⁰



Chapelle au Conseil d'Etat transformée en salle de réunion⁸¹

Bien entendu, s'agissant du Palais de justice de Paris, la sainte-Chapelle a été mentionnée par plusieurs de nos interlocuteurs : un avocat indique que « pour visiter la Sainte-Chapelle, il faut quand même rentrer dans le Palais de justice. Cette chapelle est quasiment intégrée au palais » tandis que, selon les termes d'un juge, « ce n'est pas rien d'avoir le Palais de justice rattaché à la sainte chapelle ». Néanmoins, comme le soulignait Simone Gaboriau en 2003, « cette insertion est dénuée de lien avec le rendu actuel de la justice ; la visite touristique de ce très beau lieu ne paraît pas se confondre avec l'activité juridictionnelle des bâtiments environnants ni nuire à la « neutralité » religieuse de celle-ci, même si une certaine confusion peut s'installer dans les files d'attente »⁸².

Des traces, notamment architecturales ou artistiques, peuvent demeurer de l'imbrication historique forte entre justice et religion et ce, en dépit de la laïcisation des bâtiments et lieux de justice. Certains tribunaux conservent aujourd'hui les signes visibles des liens passés avec la religion chrétienne, qu'il s'agisse de vitraux, formules bibliques sur les frontons, statues⁸³. Parmi certains bâtiments visités par l'équipe de recherche⁸⁴, on pourra citer le palais qui abrite aujourd'hui la cour d'appel de Douai. L'aile Nord du bâtiment, édifice néoclassique ajouté entre 1784 et 1789 à l'abbaye de

⁸⁰ Description issue du site internet du Conseil d'Etat (<https://www.conseil-etat.fr/actualites/la-mediatheque/visite-du-conseil-d-etat-au-palais-royal/la-chapelle>).

⁸¹ Photo issue du site internet du tribunal administratif de Montreuil (<http://montreuil.tribunaladministratif.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Visite-du-Conseil-d-Etat-au-Palais-Royal/La-chapelle>)

⁸² S. Gaboriau, *loc. cit.*, p. 123.

⁸³ V. les photos dans E. Madranges, *op. cit.* Ainsi à Perpignan, à l'entrée du Palais de Justice, se trouve une sculpture de Belloc de 1865 qui représente Moïse présentant un texte en hébreu invitant à respecter la Loi de Dieu.

⁸⁴ V. aussi V. Hayaert, A. Garapon, *Allégories de Justice. La Grand'Chambre du Parlement de Flandre*, Paillart, 2014.

Marchiennes occupée par le tribunal depuis le début du XVIII^{ème} siècle, abrite aujourd'hui la Grand'Chambre qui est magistralement décorée par un ensemble réalisé par le peintre Nicolas Brenet (1728-1792) représentant notamment les différentes vertus judiciaires. Différents panneaux représentent ainsi la Vérité, l'Etude, l'Indépendance, la Prudence.... Mais, de manière intéressante, deux panneaux représentant la Justice et la Religion sont ici associés à un troisième qui figure, sous les traits de Louis XIV, l'autorité royale. Le panneau représentant la Religion représente une femme voilée portant d'une part une croix de grande taille et d'autre part un livre d'écritures saintes.



Fig. 19 : Nicolas Guy Brenet, Religion, Palement de Flandre, Douai. Ph. Damien Langlet.

Ce sont surtout les tableaux, et en particulier les crucifixions, qui sont encore les emblèmes religieux les plus fréquemment répandus et qui ont parfois donné lieu à des décisions de justice.

Ainsi, au sein de la Grande salle du Palais de Justice de Pau, accueillant la cour d'appel, un vitrail représentant le Christ en croix construit au milieu du XIX^{ème} siècle avait été démonté après le vote de la loi de 1905. Mais à la suite de protestations d'élus locaux et d'avocats, il avait été remis en place quelques années plus tard. Un rideau électrique a néanmoins été installé afin de permettre son occultation si nécessaire. Par exemple, ce vitrail fut voilé lors de la visite de la ministre de la Justice, Rachida Dati, le 18 octobre 2007.

De même, dans une salle d'audience de la cour d'assises du tribunal de Metz trônait depuis 1866 un tableau de 3,50 mètres de haut sur 1,50 mètre de large représentant un Christ en croix peint par Théodore Devilly⁸⁵. C'est dans ce même tribunal que le président de la cour d'assises avait demandé à Francis Heaulme, en avril 2000, de dire la vérité « en échange du pardon divin »... Ses avocats avaient sollicité et obtenu, à la suite de cet incident, le renvoi de l'affaire⁸⁶. Depuis des années, un avocat de

⁸⁵ Croix mentionnée aussi par l'une des personnes que nous avons interviewée, qui évoque « dans les mêmes années » la décision d'un-e de ses collègues de remplacer un Christ présent dans la salle d'audience d'une autre juridiction par une Marianne.

⁸⁶ Rappelé par S. Gaboriau, *loc. cit.*, p. 122.

gauche, Daniel Delrez, militant d'Initiative Républicaine, menait bataille pour faire décrocher le tableau s'opposant au collectif de défense de *La Crucifixion* qui estimait que la toile représentait le symbole de la défense du droit local. Finalement, en septembre 2000, en attendant une décision finale du ministère de la Justice, à l'issue d'un référendum sur le maintien ou non de ce tableau, le président du tribunal avait finalement pris la décision de le recouvrir d'un rideau, aucun autre plafond que celui de la cour d'assises n'étant assez haut pour accueillir la toile. On peut néanmoins s'étonner que les juges, avocats et personnels du tribunal aient été consultés, alors que tel n'avait pas été le cas des usagers du tribunal⁸⁷. Même si, bien entendu, une telle consultation aurait été bien plus compliquée à organiser, cela traduit néanmoins le fait que l'impact de cette présence religieuse n'est finalement que peu interrogé au regard des usagers. En 2007, la toile a rejoint l'église abbatiale Saint-Nabord de Saint-Avold, à une quarantaine de kilomètres de Metz sur décision du garde des sceaux de l'époque, Pascal Clément.

On peut se demander dans ce cas si le contexte historique et juridique d'Alsace-Moselle où la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État ne s'applique pas et où les religions ont une place reconnue dans la société, peut avoir une incidence sur la justification d'un éventuel maintien de signes religieux dans les tribunaux. Un auteur s'interroge ainsi : « Ne peut-on pas dire qu'en Alsace-Moselle, la pratique ou la coutume, propres aux trois départements de l'Est, font que les insignes religieux appartiennent au patrimoine local ? Il existe un précédent (réponse ministérielle n° 23680 du 21 mai 1990) : le Garde des Sceaux a reconnu que la pratique en Alsace-Moselle permet de faire figurer sur le livret de famille les actes religieux tels que le baptême ou le mariage »⁸⁸. D'ailleurs, une magistrate interviewée dans le cadre de nos entretiens s'est remémorée une époque où une « rumeur » voulait qu'en Moselle « s'il y avait un premier président protestant à Colmar, un premier président catholique à Metz, il fallait un premier président juif à Nancy ». Une avocate nous a indiqué qu'« en Alsace, il y a des croix dans les tribunaux où j'ai plaidé ». On peut néanmoins s'étonner de telles affirmations ou situations puisque le service public de la justice en Alsace-Moselle est neutre, comme dans le reste de la France, en application du principe de laïcité⁸⁹.

Autre exemple célèbre : le tableau de la Crucifixion au Palais de justice de Bordeaux.

Le tribunal administratif de Bordeaux, dans un jugement du 10 avril 2009, avait rejeté la requête de la fédération girondine de la Libre Pensée demandant le retrait des trois peintures couvrant les murs de trois salles d'audience de la cour d'appel de Bordeaux : « les trois tableaux en litige ont été installés dans les salles d'audience de la cour d'appel avant la publication de la loi du 9 décembre 1905 ». Or, cette loi stipule qu'« à l'avenir », les emblèmes ou signes religieux sont interdits sur les monuments publics ou emplacements publics. Par conséquent, selon le tribunal administratif, « la présence de ces tableaux (...) ne peut être considérée comme l'apposition d'un quelconque signe ou symbole religieux postérieure à cette loi et ne contrevient pas au principe de laïcité ».

Un membre de l'équipe a donc photographié en juin 2019 la salle H de la cour d'appel de Bordeaux, autrefois salle de la cour d'assises et aujourd'hui réservée aux audiences de la JIRS - juridiction inter-régionale spécialisée - qui regroupe des magistrats du parquet et de l'instruction et qui est spécialisée en matière de criminalité

⁸⁷ Rappelé par B. Zahra, « La croix et la balance », *Libération*, 5 oct. 2000.

⁸⁸ B. Zahra <http://blogerslorrainsengages.unblog.fr/2014/09/22/laffaire-du-christ-en-croix-du-palais-de-justice-de-metz/>

⁸⁹ Comme nous l'a rappelé dans un entretien à Strasbourg J. M. Woerling en 2019.

organisée, de délinquance financière ou dans des affaires où la complexité justifie des investigations importantes (meurtres commis en bande organisée, blanchiment, crimes aggravés d'extorsion...). L'affaire Bettencourt a ainsi été jugée dans ce cadre.



Salle H de la cour d'appel de Bordeaux-2019

On trouve également une scène de crucifixion dans la salle de la cour d'assises de Rouen.

Le Palais de justice de Rennes se situe au sein du Palais du Parlement de Bretagne. On y trouve deux tableaux du Christ du XVII^{ème} siècle classés au titre des monuments historiques⁹⁰ et, au sein de la 2^{ème} chambre civile de la cour d'appel, une œuvre centrale représentant *La Justice implorant la religion*. À chaque coin du losange, on retrouve un attribut de la Justice peint dans des médaillons circulaires : la balance et le glaive, l'œil de la Justice, le faisceau de licteur et le livre de la loi. Les coins du plafond sont ornés de quatre toiles figurant les vertus de la Justice (*L'Abondance, La Religion, La Vérité et La Loi*).

Comme le soulignait Jean Carbonnier, « si les arbres font fréquemment partie du décor judiciaire, c'est qu'ils attirent le charisme divin et le transmettent aux magistrats qui sont assis à leur ombre »⁹¹. Ainsi, une statue représentant le roi Louis IX – qui fut l'objet d'un plastilage en 1975- se trouve dans la galerie - dite « galerie Saint-Louis » - conduisant à la Cour de cassation, dans le Palais de justice de Paris. Plusieurs symboles y figurent : le chêne, que le roi prolonge de son propre corps pour montrer que la justice vient de Dieu et la faire accepter des humains, la couronne royale, la main de justice que

⁹⁰ *Le Christ en croix* de J. Jouvenet et *Louis XIV vénérant le Christ en croix* de J. Chalette.

⁹¹ J. Carbonnier, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd. , 1971, p. 253, note 8 (cité par A. Garapon, *Bien juger. Essais sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 25).

l'archevêque de Reims remettait au roi lors du sacre, le sceptre et l'épée, glaive de justice, qu'il lui remettait à l'issue du cérémonial⁹².

L'expression « Christ judiciaire » renvoie à des représentations souvent - autrefois - présentes dans des tribunaux : « le Christ est souvent représenté les yeux ouverts, tournés vers le ciel, semblant implorer Dieu le Père afin qu'il pardonne aux criminels ou délinquants venant d'être condamnés (ou allant l'être) »⁹³. Par ailleurs, on peut encore trouver dans certains tribunaux des copies (réalisées au 19^{ème} siècle) du tableau de Pierre-Paul Prud'hon intitulé *La Justice et la Vengeance Divine poursuivant le crime* peint en 1808 pour le Palais de Justice de Paris, avant d'être acquis par le Louvre en 1826.

En plus des emblèmes et représentations religieuses, certains tribunaux rappellent eux-mêmes encore l'espace sacré et parfois même sont installés en leur sein du fait de la désaffectation des églises: « La salle d'audience en forme de nef où l'on a l'impression en semaine d'aller à la messe du dimanche : le tribunal d'instance de Saint-Dizier (Marne) occupe la nef intacte d'une église désaffectée ; le conseil de prud'hommes de Laon (Aisne) siège depuis 1970 dans la nef de l'église Saint-Martin-au-Parvis, construite au 12^{ème} siècle (...). Dans les deux cas, l'autel est bien là... La salle toujours religieusement Trinitaire. (...) il reste la main de Justice Trinitaire dans le décor des tribunaux anciens, avec ses trois doigts levés représentant Dieu le Père, le Fils et le Saint-Esprit. Il reste les trois marches, elles aussi Trinitaires, qui mènent à l'estrade dans la plupart des agencements. Et il reste des crucifixions, à Pau, Bordeaux, Rouen... pour des raisons historiques. Un procureur général a répondu il y a une dizaine d'années à un bâtonnier qui protestait contre le maintien de ces tableaux religieux : « Maître, ce ne sont pas des représentations religieuses mais seulement le témoignage de la première erreur judiciaire » ! Dans la chambre commerciale de la Cour de cassation, on a bien enlevé Jésus... mais on a conservé le cartouche INRI... [Jésus de Nazareth, Roi des Juifs]... juste au-dessus de l'empereur Napoléon 1^{er} »⁹⁴. C'est que « la conception des Palais de Justice au 19^{ème} siècle s'est parfois fortement inspirée, volontairement ou non, de la basilique non seulement romaine mais aussi chrétienne : escalier extérieur, peu de fenêtres, obscurité, recherche du silence, distribution des salles, estrade correspondant au chœur, table du Juge équivalant à l'autel, espace inviolable, donc sacré, entre la barre et cet autel judiciaire, fauteuil du Juge souvent inspiré de la cathèdre »⁹⁵.

Il existe donc des traces historiques, inégalement réparties sur le territoire national, de signes religieux dans les bâtiments utiles au service public de la justice. L'histoire des bâtiments affectés à la justice compte ici pour beaucoup - et, de ce point de vue, le caractère plus récent et moderne, globalement, de certaines formes de justice administrative (on pense en particulier aux cours administratives d'appel, créées en 1987 seulement et donc installées tardivement dans des locaux souvent refaits à cette époque), est susceptible de mener à ce que les magistrats administratifs ou des avocats interviewés ne signalent pas, globalement, d'exemples de crucifix ou peintures à tonalité religieuse dans ces tribunaux. Néanmoins, par exemple, le tribunal administratif de Melun, créé en 1996, se situe depuis le 1^{er} septembre 1998, en remplacement du

⁹² V. J.-P. Royer, « Costumes et autres symboles » in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004 (rappelé dans Institut des Hautes Etudes sur la Justice, *Rapport du groupe de réflexion sur la symbolique du futur tribunal de Paris*, juin 2016).

⁹³ E. Madranges, *op. cit.*, en référence au Palais de Justice (TGI) de Colmar.

⁹⁴ E. Madranges, « Prétoire, audience et symboles - Libres propos », *Dalloz actualités*, 10 janv. 2018 ; v. aussi dans *RJA (Revue Justice Actualités)* n° 18, publiée sur l'intranet de l'ENM en décembre 2017.

⁹⁵ E. Madranges, *op. cit.*

tribunal de grande instance, « à l'emplacement d'un ancien couvent des Carmes (ordre mendiant créé au XII^{ème} siècle) implanté à Melun depuis le début du XIII^{ème} siècle. Il conserve de cette origine l'architecture typique du quadrilatère disposé autour d'un patio carré. Les moines ont quitté les lieux à la Révolution et la chapelle a été transformée en théâtre. Les locaux actuels datent, pour l'essentiel, d'une reconstruction de 1876 (...). Si cette trace du passé mérite d'être préservée, le Conseil d'État, qui est le gestionnaire direct des juridictions administratives, s'est engagé dans un programme d'importants travaux de rénovation qui se sont achevés en 2017 par la création d'un bâtiment contemporain élargissant ainsi l'espace dédié à la justice »⁹⁶. A l'instar de la salle de réunion et de la table moderne installées dans la chapelle du Conseil d'État, tout est fait pour mêler aux anciens symboles religieux des touches contemporaines désacralisées pour ne retenir que le témoignage historique et artistique des lieux.

b- La signification des signes

La question la plus importante dans le cadre de notre étude tient au sens qu'il convient de conférer à ces signes. On sait, depuis les arrêts d'Assemblée rendus par le Conseil d'État en novembre 2016 que la crèche est un signe « susceptible de revêtir une pluralité de significations » - dont, notamment, des significations purement culturelles et non religieuses⁹⁷.

A la différence des crèches, le crucifix, quand il est présent, l'est non pas à l'occasion d'une manifestation ou fête particulière mais constamment, et revêt forcément une signification liée à la religion, même si un caractère culturel ou artistique peut également lui être reconnu en tant qu'œuvre d'art. Quel que soit le contexte de son installation et son caractère historique ou culturel, le crucifix conservera toujours une signification religieuse première. L'historienne Jacqueline Lalouette, qui a travaillé sur la laïcisation des écoles, des prétoires et des hôpitaux, indiquait en 1991 : « Même quand il est, par sa présence répétée, un emblème banal, le crucifix - ou la croix -, dans un pays de forte culture catholique, ne peut jamais être vraiment neutre. Certes, il ne suscite pas nécessairement des sentiments, des comportements, nets, bien différenciés, que ce soit de dévotion ou de haine, mais nous ne pensons pas non plus qu'à sa vue puisse correspondre une réelle et profonde indifférence ; il est porteur d'une charge symbolique trop forte, symbole religieux de la Passion, symbole politique de la domination et rêve d'universalité de l'Église catholique. En outre, dans les lieux dont nous nous sommes occupés, l'objet crucifix prenait une dimension spécifique supplémentaire : pédagogique dans une école, tout à la fois consolante (...) et opprimante dans un hôpital, intimidante dans un tribunal »⁹⁸.

c- La perception des signes

La persistance de signes ou symboles religieux au sein des locaux du service public de la justice peut être perçue assez différemment selon les personnes interrogées. Ainsi, pour un juge à la retraite ayant prêté serment en 1983, la présence de décorations à caractère religieux, et notamment de croix ou de tableaux, dans certains tribunaux de

⁹⁶ Site du TA de Melun : <http://melun.tribunal-administratif.fr/Le-tribunal-administratif/Histoire-du-tribunal>

⁹⁷ CE, Ass., 9 nov. 2016, *Fédération de la libre pensée du Val de Marne*, n° 395122 et *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223.

⁹⁸ J. Lalouette, « Expulser Dieu », *op. cit.*, p. 36.

province, a longtemps constitué un « non-sujet » pour les magistrats⁹⁹. Revient également de manière récurrente l'argument selon lequel « au bout d'un moment on ne voit plus » ces signes religieux¹⁰⁰. Selon un avocat, une fois dans la salle d'audience, les avocats pensent « au dossier et à la neutralité du magistrat plutôt qu'à la présence d'une petite croix qui va rester dans un tableau ». Dans la même veine, un avocat considère que les tableaux à dimension religieuse « figurent ici à titre anecdotique, parce que le principe que l'on retrouve dans tous les palais de justice c'est Marianne. Ce sont de vieux tableaux, parfois il peut y avoir des tableaux religieux qui ont une liaison avec le passé mais personne ne fait de liaison entre la religion catholique et la justice ». Un autre relève : « c'est vrai qu'il y a des scènes religieuses peintes au plafond dans certains palais. Mais lorsque je vois un tableau je ne me dis pas qu'il est religieux, je le vois comme une œuvre d'art avant tout ». Un juge judiciaire nous indiquait quant à lui : « à mon avis si on regarde bien dans les détails, sans doute, on doit avoir toute une série de petits signes religieux mais comme cela ne m'intéresse pas, je ne regarde pas ». Un avocat estime quant à lui que la présence de signes religieux dans les palais, du fait de l'histoire, lui paraît certes contradictoire avec le principe de laïcité mais, pour autant, cela ne « le choque pas du tout ». Un autre affirme : « je dirais que je vois plus ça comme un stigmate de l'histoire passée que comme une violation du principe de laïcité. »

Néanmoins, certains s'interrogent. Ainsi, une avocate nous a dit : « Est-ce que la justice peut être rendue sereinement et en toute impartialité par rapport au principe de laïcité, quand on plaide, quand on est entendu comme justiciable, quand on rend la justice comme juge quand le Christ nous regarde ? Moi je pense qu'il y a quand même une dimension historique qui permet de prendre du recul par rapport à ça mais je peux comprendre que certaines personnes, sans qu'on me qualifie de laïcard extrémiste, attachées à la laïcité, ne trouvent pas ça normal ».

Si les lieux de justice sont aujourd'hui laïcisés, ils sont loin d'être désacralisés et cette dimension sacrée et intimidante est celle sans doute ressentie par nombre de justiciables. La présence d'un crucifix ne peut dans cette optique que perturber.

Lors de notre visite au Palais de justice de Bordeaux, nous avons recueilli les réactions suivantes des magistrats rencontrés à propos du tableau du Christ à la cour d'appel : « si c'était moi, je le couvrirais, je mettrais un tableau dessus. Car je trouve ça sinistre. Les pauvres types qui déjà sont accusés, ils savent très bien ce qu'ils ont fait, ils savent bien que c'est grave, ils ont déjà fait deux ou trois ans de détention provisoire, ils vont partir sur vingt ans. Et on leur rappelle des faits dont ils ne sont pas fiers, avec les victimes qui pleurent, ils voient en plus le président avec le Christ derrière, ça fait « non seulement tu as déjà été condamné sur terre mais tu seras aussi condamné après », je trouve que ça fait trop, c'est sinistre ; moi, je ne mettrais pas des roses dans une cour d'assises mais je pense que le neutre c'est quand même ce qu'il y a de mieux. Un homme crucifié, c'est sinistre. Déjà, les hommes le jugent alors il faut pas qu'il se dise qu'en plus il va être jugé par Dieu. Aucune faute ne mérite d'être deux fois jugée. Il s'en prend vraiment pour « perpétuel » de sa vie et après pour le reste. Moi j'aurais mis un tableau dessus car il paraît que c'est une peinture d'un peintre connu donc il ne faut pas l'abîmer, une scène de chasse, non, des sous-bois, la mer avec un bateau... mais que mettre dans une salle d'Assises ? (...) Moi si j'étais musulmane, ça rappellerait en plus

⁹⁹ Dans un de nos entretiens, un juge nous indiquait : « (le juge) ne le voyait pas, il ne le voyait pas plus que le roman Don Camillo et Peppone. On s'en (moquait), ce n'était pas un problème ».

¹⁰⁰ En ce sens, un magistrat nous confiait : « c'est une sensibilité qui est très récente quand même, cette histoire de mettre en œuvre la laïcité au quotidien. Avant c'était une évidence, mais une évidence qui s'imposait à nous de manière très particulière ».

l'extranéité de l'accusé, que ce n'est pas sa culture, c'est un peu du racisme... surtout qu'en plus les cours d'assises ce sont des endroits où l'on est assez pompeux, on tient un discours calibré, on est dans le bon sens, un peu comme le juge des enfants qui tient un discours éducatif, en cour d'assises c'est « c'est affreux ce que vous avez fait ». Si en plus on parle avec le Christ derrière, ça peut faire un peu dicté par la morale chrétienne. Maintenant, à mon avis, comme ils savent très bien ce qu'ils ont fait, ça m'étonnerait que dans leur religion d'origine ça soit mieux vu ».

Un autre nous indiquait : « La première fois où j'ai été confronté à cette question de la laïcité en termes de salles d'audiences c'est la salle H de la cour d'appel de Bordeaux puisqu'il y a un grand tableau avec un crucifix. Quand on siège on a ça dans notre dos et j'y ai été confronté de façon un peu particulière au départ puisque j'ai eu à juger un dossier un peu sensible (...) on utilisait la salle de la cour d'assises et il y avait une retransmission publique pour les journalistes dans la salle H. Je me suis très vite inquiété et me suit dit que ça allait être un souci, un sujet de controverse. Est-ce qu'on peut occulter ce tableau pendant le temps du procès ? A l'époque j'ai fait remonter la demande et il y a eu un refus total (...). En fait d'un point de vue pratique les choses se sont réglées assez facilement puisque, comme c'était une salle où il y avait une retransmission, les techniciens ont mis en place un écran sur lequel était projeté ce qui se passait dans la salle d'audience et, pour des raisons techniques, il y avait besoin de diminuer considérablement l'éclairage qui donnait sur le fond et donc sur le tableau. Le tableau était donc toujours là mais il n'était pas expressément éclairé. Il n'y a eu, à ma connaissance, aucune remarque particulière des journalistes à ce sujet mais je me dis que ça peut être une difficulté. (...) Alors effectivement c'est un tableau, on peut dire que c'est quelque chose d'historique qui est en rapport avec une oeuvre artistique mais tout est symbolique dans une audience et on sait que les symboles ont leur importance. Est-ce qu'il faut un symbole qui, par rapport à la question de la laïcité, peut questionner ? C'est la question de l'impartialité et de l'image qu'on donne de l'impartialité face à une représentation qui peut être sujette à interprétation. Cela peut laisser un doute, une inquiétude dans la tête du justiciable de se dire « mais finalement en fonction de quoi on va me juger ? » ».

Un autre magistrat a relevé : « Il y a un sujet bien évidemment : la justice est rendue au nom du peuple français, la République est une, indivisible et surtout laïque et séparée des églises et là vous avez un grand crucifix, même si c'est purement culturel en souvenir du palais de Thiac [du nom de l'architecte]. Ça me semble difficilement compatible avec la neutralité de l'Etat. La question va surgir tôt ou tard ». De même un avocat nous a indiqué que cela ne lui « semblait pas très conforme au principe de laïcité ».

2- Dans les « espaces privés » ou bureaux des tribunaux

Certains signes ne semblent guère poser de difficulté en raison de leur emplacement, souvent à l'écart du public et du justiciable. Ainsi un avocat parisien relate qu'au « palais de justice, dans le bureau du bâtonnier, il y a un tableau d'un pape qui était avocat, offert par des religieuses vers 1930 ». Il poursuit qu'« aucun bâtonnier n'a eu l'idée de le retirer, même les bâtonniers qui n'étaient pas spécialement catholiques ».

Un juge nous a indiqué que lors de son récent stage probatoire à Colmar se trouvait « dans le bureau du procureur, un énorme Christ en croix, fascinant, un truc de dingue. Potentiellement, il peut recevoir dans son bureau tous les pouvoirs publics, le préfet mais pas des requérants. (...) Après, c'est vrai qu'en Alsace il y a le Concordat,

mais quand même cela ne veut pas dire que la neutralité ne s'applique pas au service public de la justice mais encore une fois c'est son bureau, ce n'est pas une salle d'audience, ce n'est pas une salle de délibérés ».

Un autre juge judiciaire nous a signalé quant à lui le cas d'une de ses collègues qui a pris sa retraite cette année : « dans son bureau il y avait une icône, une croix, c'est étonnant. Il ne s'agissait pas d'un bureau où peuvent se tenir des audiences mais d'un bureau où elle peut recevoir des enquêteurs par exemple ».

Il peut également exister des signes plus temporaires. Ainsi, certains magistrats administratifs rapportent le souvenir d'époques, aujourd'hui révolues, où des magistrats ou agents du greffe pouvaient installer, à l'époque de Noël, des crèches dans leurs bureaux. De même aujourd'hui, certains magistrats font état du fait que l'installation, le cas échéant, d'arbres de Noël, peut être sujette à débat.

3- Des pratiques au sein ou en dehors des tribunaux heurtant certaines consciences

Certains entretiens ont permis de révéler que, dans plusieurs juridictions, des boissons non alcoolisées sont proposées à celles et ceux qui le souhaitent lors des pots de fin d'année. Ailleurs, il nous a été rapporté que, à la suite de l'organisation de plusieurs fêtes (une fête campagnarde, la fête du Beaujolais) au sein de juridictions, des agents ou groupes d'agents de confession musulmane ont fait savoir qu'ils se sentaient exclus par le fait que soient servis alcool ou charcuteries. De manière intéressante, si les magistrats interviewés indiquent avoir alors considéré que c'étaient les agents eux-mêmes qui, en ne prenant pas part aux festivités, s'excluaient, ils indiquent aussi que ces épisodes ont été l'occasion d'une prise de conscience et d'un changement dans les pratiques.

On notera enfin que la neutralité des tribunaux peut être remise en cause non par la présence de signes religieux, mais par l'organisation d'activités culturelles. Ainsi, l'avocat président de l'Association catholique du Palais relate que cette association organise des messes au dépôt, au sein du palais, pour les avocats, et ce « "de connivence" avec les magistrats et les policiers, qui eux aussi célèbrent une messe dans ces locaux-là ».

Rappelons que c'est une circulaire du 22 décembre 1900 qui a interdit en France les messes célébrées à l'occasion de la rentrée judiciaire, parfois appelées les « les messes rouges »¹⁰¹. Selon la circulaire, il s'agissait « d'assurer le respect absolu de la liberté de conscience et de placer la Justice en dehors de toutes les questions confessionnelles ».

B- A l'étranger

La réponse de la Cour européenne des droits de l'Homme à la présence des crucifix dans les salles de classe italiennes dans l'arrêt de Grande chambre du 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*¹⁰² et, au delà, la réglementation de notre voisin transalpin autorisant les crucifix dans les tribunaux alors même que, la Cour Constitutionnelle a placé la laïcité au rang des principes suprêmes de l'Etat italien, peut éclairer sur la façon dont les principes

¹⁰¹ V. M. Touzeil-Divina, « La mort d'un couple : prière(s) et vie publique ».

¹⁰² Après un premier arrêt du 3 novembre 2009 où la CourEDH avait condamné la présence des crucifix dans les salles de classe italiennes, dans un arrêt de Grande Chambre *Lautsi c. Italie* du 18 mars 2011, la Cour a, à l'inverse, jugé cette présence conforme à l'article 9 CEDH et à l'article 2 du Protocole n°1. Selon la Cour, la présence de symboles religieux dans les salles de classe relève de la marge d'appréciation de l'État - qui plus est en l'absence de consensus européen sur cette question - dans la mesure toutefois où les choix dans ce domaine ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement.

de laïcité et de neutralité peuvent être interprétés dans un cadre plus large et s'accommoder de signes religieux, sous couvert de signification culturelle¹⁰³.

Récemment interrogé, l'ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme nous indiquait néanmoins qu'il n'adopterait sans doute pas la même position s'il s'agissait de la présence d'un crucifix dans un tribunal¹⁰⁴.

Des solutions pacifiques ont pu être trouvées, témoignage d'un certain « art de l'arrangement », particulièrement adapté en matière religieuse. Ainsi, le crucifix a été enlevé au cours de travaux de restauration de la salle d'audience de la Cour constitutionnelle italienne. C'est d'ailleurs également ce qui s'est produit dans nombre de tribunaux en France, lors de travaux de restauration ou de déménagement dans des lieux plus modernes et/ou plus grands souvent à la fin des années 1980.

Un avocat français rapporte ainsi avoir été « frappé lors d'audiences en Italie où il y a des crucifix dans les juridictions ». De même, un autre nous a rappelé l'avoir constaté en Allemagne¹⁰⁵, comme quoi la présence du crucifix interroge manifestement davantage les professionnels que les tableaux « religieux », ce qui irait dans le sens d'une signification plus forte du signe.

On assiste également à des débats autour du maintien du crucifix- traditionnellement flanqué de deux cierges et posé sur la table du juge - dans les salles d'audience en Autriche. Les bougies sont allumées lors des prestations de serment. Mais le serment tombant en désuétude, ces « panoplies d'assermentation » disparaissent peu à peu¹⁰⁶.

§3- Le nouveau Tribunal de Paris : la recherche de locaux totalement neutres

L'architecture du nouveau tribunal de Paris, conçu par Renzo Piano et inauguré en avril 2018, a été délibérément vidée de toute connotation religieuse¹⁰⁷. Il n'y a plus de marche à franchir pour accéder à l'espace judiciaire. « Restent les sujets qui fâchent, notamment le bannissement des symboles ayant jalonné l'histoire de la justice. Un consensus s'est finalement établi sur la présence, dans les salles d'audience, d'une discrète balance, symbolisant l'équité, l'impartialité et la mesure¹⁰⁸. « Elle est positionnée face au public et placée sur la gauche, et non pas au centre du mur, pour éviter l'assimilation à un crucifix », explique Bernard Plattner. En lieu et place du glaive, du bandeau et de la main de justice, des citations inscrites sur les murs livrent leurs messages universels, comme celle, signée de Pierre Dray, ancien premier président de la Cour de cassation, qui énonce : « Juger, c'est aimer, écouter, essayer de comprendre et vouloir décider. »

De même que l'horizontal est préféré au vertical, on choisit « le carré plutôt que le rond. La dimension civique est inscrite dans la forme carrée choisie par l'architecte pour le futur Tribunal de Paris qui traditionnellement symbolise la terre en s'opposant à la forme circulaire qui représente plutôt le ciel. L'articulation du carré et du cercle dans

¹⁰³ V. *infra* le rapport de C. Pauti sur la laïcité dans le service public de la justice italienne, p. 163 et s.

¹⁰⁴ V. *infra* p. 170, entretien avec J.- P. Costa de juillet 2019 dans le rapport de C. Pauti sur la laïcité dans le service public de la justice italienne.

¹⁰⁵ Un avocat nous a déclaré avoir « vu un crucifix derrière le juge en salle d'audience ».

¹⁰⁶ Rappelé par S. Gaboriau qui indique que « les seuls incidents connus sont ceux où une partie agressive brandissait le crucifix pour menacer, ou même, frapper le juge ; c'est pourquoi les crucifix sont vissés sur la table dans certains tribunaux » (*loc. cit.*, p. 124).

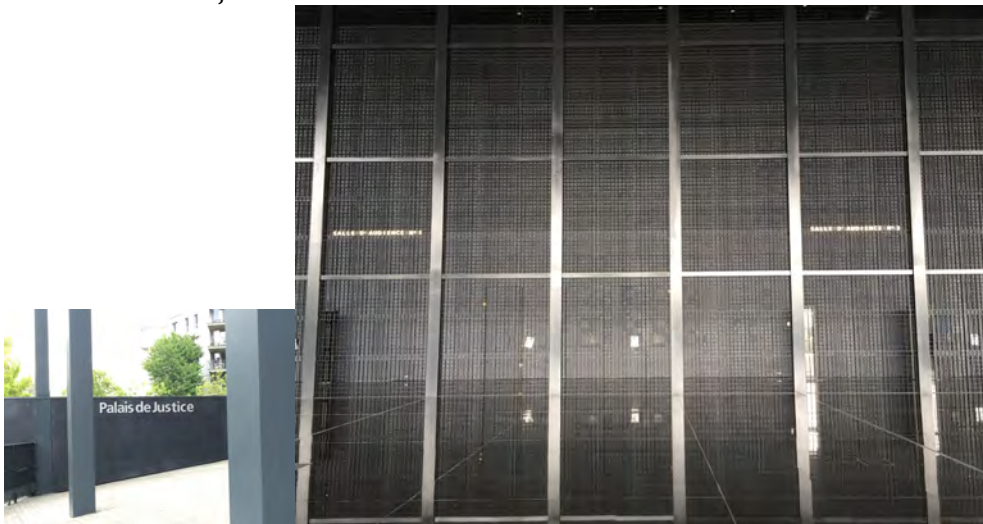
¹⁰⁷ Si ce n'est, semble t-il, les chênes de Saint Louis sur les terrasses arborées (rappelé par J.-P. Pierron, « Le juge, l'éthique et la laïcité. De la laïcité comme principe à la laïcité comme méthode », *Les cahiers de la justice*, 2018/3, p. 500).

¹⁰⁸ « La salle où l'on espère que la balance de la justice qui l'orne soit solide, fière, droite et non de biais » (E. Madranges, « Prétoire, audience et symboles - Libres propos », *Dalloz actualités*, 10 janv. 2018).

l'architecture religieuse représente d'ailleurs la rencontre des hommes et du divin (que l'on retrouve dans nombre de palais de justice). Mais pour sortir de l'architecture de la peur, il ne faut plus aucune référence au ciel. Le bâtiment est un empilement de cubes qui s'élèvent sans se rapprocher néanmoins du ciel. Le Tribunal de Paris est un palais terrien, tourné vers la cité et non plus vers le ciel. Selon les mots d'Antoine Garapon, cette nouvelle symbolique carrée, civique, cherche à inventer « une sacralité à hauteur d'homme »¹⁰⁹. Mariant la « verticalité de l'obéissance à la loi » et « l'horizontalité de la civilité »¹¹⁰, « cette nouvelle symbolique carrée (associée à la terre) relève l'homme et ne l'écrase plus »¹¹¹. S'ajoute à cela une grande transparence, image de la justice oblige, qui contraste avec d'autres Palais de justice pourtant récents : à cet égard, le Palais de justice de Nantes conçu par Jean Nouvel et construit pourtant en 2000 choque par sa noirceur¹¹².



Nouveau Palais de justice de Paris



Palais de justice de Nantes

¹⁰⁹ Institut des Hautes Etudes sur la Justice, *Rapport du groupe de réflexion sur la symbolique du futur tribunal de Paris*, juin 2016.

¹¹⁰ Institut des Hautes Etudes sur la Justice, *Rapport du groupe de réflexion sur la symbolique du futur tribunal de Paris*, juin 2016.

¹¹¹ Bernard Plattner, architecte responsable du projet, cité dans *Le Point*, 16 avr. 2018.

¹¹² L'ancien Palais de justice a été reconverti en hôtel de luxe, l'actuel hôtel Radisson Blu en 2012.

Comme l'indiquait une avocate, marquant la distinction entre les locaux, le *decorum* et l'organisation judiciaire : « Je dirais que les choses sont en mouvement, et que, à l'aune d'une vingtaine d'années d'exercice, les choses ont déjà changé, et qu'elles sont encore disparates sur le plan géographique et sont encore en train d'évoluer. Le premier exemple auquel je pense c'est le Tribunal de grande instance de Paris, qui est adossé à la Sainte Chapelle, et où l'iconographie religieuse (catholique) n'est pas très éloignée de la justice. Et le cérémonial de la justice a pu être furieusement teinté de religiosité à plein d'égards : le port de la robe, l'entrée des magistrats, la sortie des magistrats, tout cela ressemble à du théâtre d'un certain point de vue, mais aussi à des rituels, et donc il y a des rituels qui infiltrent ... qui infusent la justice, et ce sont des rituels qu'on peut retrouver aussi dans les rites religieux, me semble-t-il. Il y a une dynamique de la verticalité qui est quand même très présente dans la justice, ne serait-ce que par la topographie des salles d'audience : le Parquet, qui est censé être au niveau du parquet, ne l'est jamais ; les magistrats du Sièges sont sur le siège, est-ce que l'on pourrait dire sur le Saint Sièges, à certains égards, avec presque un système pyramidal, que l'on repère aussi dans ce mouvement vertical, religieux. Avec des gens, je pense aux greffiers d'audience, qui vont un peu, comme des enfants de chœur, venir faciliter l'audience. Et puis on « tient audience »... On sent bien que tout ça est teinté de rites, de rituels inspirés du religieux, du sacré... et pour autant, j'ai l'impression que cela tend à être de moins en moins vrai, les Palais de justice sont construits différemment, les salles d'audience sont construites différemment ... alors, après, il y a un mouvement de réflexion sur la façon dont sont construites les salles d'audience, parce qu'en termes de protection des libertés, là aussi, il y a beaucoup de questions qui se posent : les cages de verre, les box filtrés, etc., je ne trouve pas que ce soit la panacée, loin s'en faut, mais, la filtration du divin est peut-être moins présente ».

Ainsi, si le *decorum* change, les origines religieuses demeurent encore fortes dans le rituel peu modifié que doivent suivre les acteurs de la justice.

Section II- La neutralité des acteurs professionnels ou non professionnels du service public de la justice

Comme tous les agents des services publics, les agents du service public de la justice sont soumis à une obligation de neutralité qui s'étend à la neutralité religieuse. On peut même se demander si l'obligation d'impartialité ne renforce pas cette exigence pour les juges par rapport à d'autres services publics. Afin que le procès soit équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, il ne doit y avoir aucun doute sur cette neutralité dans l'esprit des justiciables.

On pourra ici distinguer plusieurs questions, concernant les règles et comportements sur l'impartialité et la neutralité des acteurs de la justice (§1), les règles ou pratiques vestimentaires de ces derniers (§2), le serment des magistrats (§3), ou encore l'hypothèse de la récusation des magistrats en lien avec des questions religieuses (§4).

§1- Les règles et comportements sur l'impartialité et la neutralité des juges et autres fonctionnaires de justice

L'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ne prévoit rien sur l'obligation de neutralité religieuse des magistrats. Il faut rappeler de façon plus générale l'avis contentieux du Conseil d'Etat et les dispositions législatives applicables aux fonctionnaires. Dans son avis *Mlle Marteaux* du 3 mai 2000, le Conseil d'Etat a établi que le principe de laïcité faisait obstacle à ce que les agents – en l'espèce il s'agissait d'un agent du service de l'enseignement public - disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses¹¹³.

Par ailleurs, l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, depuis sa modification par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, dispose: « Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité.

Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité.

Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses¹¹⁴.

Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.

Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service. »

Les règles sont claires. Elles semblent néanmoins être appliquées de manière relativement plus souple que ne laissent entendre les formulations juridiques ; et elles singularisent assez largement la France par rapport à ses voisins.

Ce choix de soumettre l'ensemble des fonctionnaires et agents publics, en tant qu'ils incarnent l'autorité ou la puissance publique, à une obligation de neutralité religieuse, est particulier ; dans d'autres pays où les Eglises et l'Etat sont également séparés, la neutralité de ce dernier ne suppose pas de soumettre l'ensemble des agents à une obligation de neutralité mais, au contraire, de permettre la manifestation de l'ensemble des croyances¹¹⁵.

¹¹³ CE, avis n° 217017, 3 mai 2000: « 1°) Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'Etat et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ;

2°) Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses ;

Il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents de ce service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement ;

3°) Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ;

Les suites à donner à ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire, doivent être appréciées par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, comme des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté ».

¹¹⁴ Selon un juge, « Les magistrats ont non seulement un devoir de neutralité mais aussi une obligation disciplinairement sanctionnée de neutralité même en dehors de leurs fonctions ».

¹¹⁵ L. Grunloh, « Religious Accommodations for Police Officers: A Comparative Analyse of the United States, Canada and the United Kingdom », *Indiana International and Comparative Law Review*, 2005, vol. 16, n° 1, p. 183.

Il importe ici de distinguer le principe de neutralité selon qu'il s'applique aux membres des juridictions judiciaires (A) ou aux membres des juridictions administratives (B).

A- La neutralité des membres des juridictions judiciaires

S'agissant du juge judiciaire, il est prévu que le juge qui manifeste lors de l'audience une appartenance religieuse peut non seulement faire l'objet d'une récusation mais aussi de poursuites disciplinaires.

Plusieurs articles du « Recueil des obligations déontologiques des magistrats », publié en juin 2010 par le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) précisent cette question :

A.20 : « Le magistrat a, comme tout citoyen, le droit au respect de sa vie privée. Il s'abstient cependant d'afficher des relations ou d'adopter un comportement public de nature à faire naître un doute sur son indépendance dans l'exercice de ses fonctions ». Par ailleurs, aux termes de l'A.23 : « Le magistrat s'abstient de se soumettre à des obligations ou contraintes de nature à restreindre sa liberté de réflexion ou d'action et de porter atteinte à son indépendance ». Et, dans les « commentaires et recommandations » qui suivent, il est indiqué : A.21 : « Le magistrat bénéficie des droits reconnus à tout citoyen d'adhérer à un parti politique, à un syndicat professionnel, ou à une association et de pratiquer la religion de son choix ». Cependant (A.22), « il s'abstient, dans le ressort territorial de la juridiction à laquelle il appartient, de tout prosélytisme politique, philosophique ou confessionnel pouvant porter atteinte à l'image d'indépendance de l'autorité judiciaire ».

Conformément à la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, le principe de neutralité s'applique, dans les enceintes judiciaires, non seulement aux magistrats mais aussi aux greffiers et fonctionnaires qui doivent s'abstenir de tout port d'insigne ou de toute manifestation de nature à mettre en doute leur impartialité.

La neutralité s'étend ainsi aux juges de proximité et aux juges non professionnels (par exemple, les assesseurs des tribunaux pour enfants, les assesseurs des tribunaux paritaires des baux ruraux, les juges consulaires¹¹⁶, les assesseurs des tribunaux du contentieux de l'incapacité) qui participent au service public de la justice.

L'article L1421-2 du Code du travail (créé par la loi n°2015-990 du 6 août 2015-art. 258) dispose : « Les conseillers prud'hommes exercent leurs fonctions en toute indépendance, impartialité, dignité et probité et se comportent de façon à exclure tout doute légitime à cet égard. Ils s'abstiennent, notamment, de tout acte ou comportement public incompatible avec leurs fonctions. ». On notera néanmoins que le principe de neutralité n'est pas explicitement formulé.

B- La neutralité des membres des juridictions administratives

Les articles L. 131-1 et L. 231-1 du Code de justice administrative prévoient l'application aux membres du Conseil d'Etat et aux magistrats dispositions statutaires de la fonction publique de l'Etat et donc notamment de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹¹⁶ L'article L. 722-18 du Code de commerce affirme qu'ils exercent leurs fonctions « en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité » et interdit « toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions ».

Aux termes des deux premiers alinéas de l'article L 131-2 CJA tel que modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires:

« Les membres du Conseil d'Etat exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard.

Ils s'abstiennent de tout acte ou comportement à caractère public incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. »

Les deux premiers alinéas de l'article L 231-1-1 CJA prévoient une règle identique pour les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

La neutralité s'étend aux juges non professionnels comme par exemple les assesseurs dans les formations collégiales de la Cour Nationale du Droit d'Asile.

En janvier 2012, la justice administrative s'est dotée d'une « Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative ». En vertu de son article 1^{er}, « les membres de la juridiction administrative exercent leurs fonctions en toute indépendance, avec impartialité et honneur, et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard. Plus largement, ils obéissent aux règles qui régissent la fonction publique française : probité, intégrité, loyauté, disponibilité pour leurs fonctions, discrétion professionnelle et attachement à la qualité du service rendu aux administrés comme aux justiciables ».

On peut aussi rappeler les articles suivants : article 2 : « Ils font abstraction, dans l'exercice de leur mission, de tout préjugé, quelle qu'en soit la nature (...) » ; article 4 : « Ils sont tenus, sans préjudice de leur liberté d'opinion, à une obligation de réserve dans l'expression et la manifestation de celle-ci. (...) » ; article 8 « Les membres de la juridiction administrative exercent leurs fonctions avec impartialité et en toute indépendance. Ces principes fondamentaux exigent que chacun, en toute occasion, se détermine librement, sans parti pris, ni volonté de favoriser telle partie ou tel intérêt particulier et sans céder à des pressions extérieures. »

Plus d'une quinzaine de références à l'impartialité apparaissent dans ce texte. Une seule fois est rappelée la neutralité : « 68. S'agissant des activités d'intérêt général exercées auprès des personnes publiques ou des personnes privées à but non lucratif ainsi que des missions d'intérêt public de coopération internationale, si leur exercice ne soulève pas, a priori, d'objections de principe, il convient de veiller, au cas par cas, à ce qu'elles ne soient pas de nature à compromettre le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité de l'institution à laquelle appartient l'intéressé ».

Ainsi, si l'obligation de neutralité vaut pour les magistrats administratifs comme pour tout fonctionnaire, elle ne figure pas souvent explicitement dans les textes qui leur sont spécifiques, qui renvoient plutôt à impartialité et toutes sortes d'obligations de probité etc.

Si le statut de la fonction publique, qui emporte avec lui des obligations de neutralité et de réserve, débouche sans surprise sur une forte limitation de la liberté d'expression (politique, philosophique, mais aussi religieuse) des magistrats en tant que fonctionnaires, la détermination de ses contours exacts est parfois sujette à interrogation. La Charte de déontologie dispose ainsi dans son article 40 que si « les membres de la juridiction administrative bénéficient de la liberté d'opinion garantie aux fonctionnaires par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983. Ils sont libres d'adhérer à un parti politique, à une organisation syndicale ou à une association », « l'expression publique de leurs opinions est, comme il est dit aux articles L. 131-2 et L. 231-1-1 du

Code de justice administrative, soumise au respect de l'obligation de réserve, principe qui revêt, eu égard à la nature des fonctions exercées, une acuité particulière en ce qui concerne les membres des juridictions, administratives comme judiciaires ». Plus avant, l'article 46 indique que lorsque le magistrat s'exprime, même en son nom propre, « la plus grande prudence s'impose dans l'expression publique de toute opinion », qu'elle soit politique, juridique, religieuse ou associative, « en particulier lorsque leur notoriété nationale ou locale rend publique leur qualité de membre de la juridiction administrative ». Faute d'éléments tangibles, on ne peut ici que spéculer ; mais il importe de souligner la très grande portée potentielle d'une telle règle. Ainsi, la référence à la notoriété locale interroge sur le point de savoir si le fait de se rendre régulièrement à des cérémonies cultuelles, par exemple, pourrait être considéré comme un manquement à la prudence exigée quant à l'expression publique des opinions. Parmi les magistrats avec lesquels nous nous sommes entretenus, il nous a été rapporté que telle ou telle invitation dont pouvait prendre l'initiative une institution (gendarmerie) pour célébrer le saint local était déclinée, précisément pour les motifs susévoqués et le désir du magistrat de maintenir sa neutralité.

En revanche, les principes de neutralité et de laïcité apparaissent à différentes reprises dans la Charte de déontologie des juridictions financières¹¹⁷. Le Préambule dispose ainsi que « les valeurs et principes qui doivent inspirer les comportements au sein des juridictions financières (...) ont pour objectif de garantir que les magistrats et autres personnes concernées des juridictions financières exercent leurs fonctions en toute indépendance, avec impartialité, neutralité, dans le respect du principe de laïcité, avec dignité, intégrité et probité, et se comportent de façon à prévenir à cet égard tout doute légitime. ».

La Charte distingue les notions d'impartialité, de neutralité et de laïcité. Ainsi, on peut lire :

« Impartialité, neutralité, laïcité

Impartialité

11. Les personnes concernées par la charte font en sorte, dans leurs comportements tant professionnels que privés, de ne pas se trouver dans une situation qui pourrait porter atteinte ou paraître porter atteinte à l'impartialité et à la neutralité de la juridiction à laquelle ils appartiennent.

12. L'impartialité des membres des formations de délibéré suppose que leur opinion a été formée sans préjugé ni parti pris.

13. Dans l'exercice de leurs fonctions, les personnes concernées par la charte veillent à permettre l'expression des parties, des personnes mises en cause et des tiers. Elles analysent et rendent compte objectivement des arguments et opinions exprimés.

Neutralité et laïcité

14. Dans leur activité professionnelle, les personnes concernées s'abstiennent de toute manifestation ou comportement qui pourrait traduire une appartenance politique, philosophique ou confessionnelle. Dans le cadre de leurs activités politiques, philosophiques ou confessionnelles, elles ne mettent pas en avant leur appartenance à l'institution ou leur collaboration aux travaux de celle-ci.

Dans l'esprit de cette règle, et eu égard à l'investissement personnel qui en résulte, ces mêmes personnes, dès lors qu'elles sont candidates à une élection nationale, ou à celle du Parlement européen, ou qu'elles ont des responsabilités dans une équipe officielle de

¹¹⁷ Un arrêté du Premier président de la Cour des comptes, en date du 1^{er} septembre 2017 a approuvé une charte révisée. Il abroge la précédente charte qui datait du 17 novembre 2006.

campagne, sont invitées à demander à être placées en position de disponibilité pendant toute la durée de la campagne officielle. Il en est de même pour les élections locales lorsqu'elles peuvent entraîner les personnes concernées à des prises de position et à une exposition médiatique de nature à porter atteinte au principe de neutralité. »

Par ailleurs dans la division « La prévention des conflits d'intérêts », on peut lire :

« 15. Afin de prévenir les conflits d'intérêts et dans le respect des dispositions du code des juridictions financières en ce domaine, les personnes concernées par la charte s'abstiennent de prendre part à des investigations ou à un délibéré concernant un organisme dans lequel elles détiennent, ou ont détenu dans les cinq années précédentes, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance, leur impartialité ou leur neutralité. »

C- Les comportements liés à l'impartialité et la neutralité des juges et autres fonctionnaires de justice

Le juge peut-il réellement être neutre ? Il est nécessairement « traversé par des déterminismes sociaux dont il n'a pas conscience mais qui orientent son jugement. Celui qui juge n'est jamais vierge de tout préjugé. Le jugement judiciaire s'articule sur un jugement social préalable qui agit souvent à l'insu du juge lui-même »¹¹⁸. La religion, le cas échéant, compte sans doute parmi ceux des déterminismes sociaux qui pèsent sur le travail judiciaire ; et la règle de neutralité religieuse qui s'impose aux magistrats gagne à être lue à ce prisme, qui permet de révéler le caractère idéal de la norme de neutralité qu'elle exprime.

De manière anecdotique, un avocat interrogé nous rapporte le cas d'un magistrat, « dont on connaît bien les orientations religieuses », et qui a pu prendre une ou des décision(s) *a priori* en totale opposition avec ses convictions, « de peur d'être taxé de raciste », ce qui prouve que l'on peut observer, selon la personne interviewée, « à l'inverse un excès, (...) une sorte d'autocensure ».

A la question « Existe-t-il, selon vous, une spécificité du service public de la justice au regard du principe de laïcité en comparaison des autres services publics (école, hôpital, prison notamment) ? »¹¹⁹, les réponses apparaissent très différentes les unes des autres. Ainsi, si certaines personnes interrogées concluent à l'existence d'une telle spécificité concernant le service public de la justice, d'autres considèrent en revanche qu'il n'en existe aucune.

On observera d'abord ici qu'un grand nombre d'entretiens ne mentionnent aucun argument particulier, ou des arguments très évasifs. Mais si l'on poursuit un peu plus avant, on notera que les partisans de la première réponse, qui concluent donc à l'existence d'une spécificité caractérisant le service public de la justice, soulignent souvent que le principe de laïcité doit être appliqué de manière plus stricte dans ce cadre particulier, dès lors qu'il s'agit de juger des comportements. Il importe alors que la justice, « (qui a) vocation à être universelle », puisse « s'exciper de l'arbitraire, ou du subjectif, ou du personnel »¹²⁰. Cette spécificité repose, pour de nombreuses personnes interrogées, sur l'exigence d'impartialité qui pèse soit sur la justice en général, soit sur

¹¹⁸ A. Garapon, J. Allard, G. Gros, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 7.

¹¹⁹ V. les réponses à cette question en annexe.

¹²⁰ L'avocat interrogé poursuit ainsi: « je ne vois pas comment la justice pourrait être autrement que laïque. Si, je vois comment elle pourrait être, mais à ce moment là, elle ne porterait plus le nom de justice au sens où on l'entend dans notre démocratie contemporaine ».

ceux qui l'incarnent tout particulièrement, à savoir sur les magistrats. Il est alors parfois implicitement fait mention à la théorie des apparences - sans pour autant que celle-ci ne soit citée -, ou au principe d'égalité, cité explicitement une seule fois. Pour d'autres personnes interviewées, la justice se doit d'être « indépendante et neutre », dans la mesure où elle incarne un « pouvoir constitutionnel », en tant que « fondement même de la démocratie »¹²¹. Dès lors, certains en concluent que le principe de laïcité s'applique de manière plus rigoureuse, ou plus exigeante, dans le cadre du service public de la justice. A ce propos, un avocat souligne que le principe de laïcité s'applique de manière plus rigoureuse aux magistrats, dès lors que « le droit, eux, ils le connaissent » : « on peut donc être plus sympathique avec un instituteur qui connaît moins le principe de laïcité dans ses déclinaisons juridiques qu'un juge qui incarne le droit et fait respecter le droit ». On retrouve une réponse originale, indiquant que la justice doit être « encore plus rigoureuse que les autres services publics dans l'application du principe de laïcité », dès lors qu'elle a parfois à trancher des litiges mettant en cause les autres services publics. Notons, *in fine*, qu'il est possible d'inverser les choses : un magistrat administratif souligne ainsi qu'il voit quant à lui des spécificités dans les autres services publics, à savoir à l'école, dans les hôpitaux et dans les prisons.

Quant aux arguments plaidant en faveur de la seconde réponse, et donc en l'absence de spécificité du service public de la justice, on retrouve principalement l'idée selon laquelle le service public de la justice est en réalité bien moins confronté que les autres services publics à des difficultés d'application du principe de laïcité.

§2- Les règles ou pratiques vestimentaires des juges

Comme dans d'autres domaines - notamment en milieu scolaire -, les implications du principe de neutralité vis-à-vis des fonctionnaires sont surtout rappelées au regard du port de signes ou vêtements marquant une conviction religieuse (B). Mais au-delà de l'interdiction du port de tels signes par les acteurs professionnels de la justice, le principe de neutralité touche à d'autres problématiques, souvent moins connues, dont le port de la robe (A).

A- La question du costume et de la robe

Dans le cas du juge, la question de la neutralité doit être mise en relation avec toute une part de la symbolique judiciaire (la robe, notamment) qui vise à souligner le fait que l'acte de juger opère, abstraction faite de tout ce qui détermine socialement et singularise les personnes qui rendent la justice¹²². Les travaux critiques sur l'acte de juger témoignent de l'ambivalence du rôle du costume: tout à la fois signe de l'objectivité d'un jugement rendu par un magistrat qui s'arrache à tout ce qui le singularise, et signe lui-même d'origine religieuse ! Car en effet, si officiellement, la robe judiciaire remonte à l'arrêté du 23 décembre 1802 des consuls du 2 nivose an XI qui règle le costume des

¹²¹ Dans un des entretiens d'un juge est elle évoquée comme « le 3^{ème} pilier de la démocratie ».

¹²² A. Garapon, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Le Centurion, 1985, souligne la manière dont la robe fait apparaître le magistrat et disparaître l'Homme -tout en interrogeant les limites de l'opération. Voir ainsi p. 80 : « En même temps que la robe voile les contours du corps du juge, elle dissimule au public les contours psychiques de l'homme qui a rendu la décision. Lorsque l'on cache les éléments humains qui ont participé au processus de la décision, on contribue à la mystification de la justice » et p. 84 : « Le costume rituel fait de ceux qui le portent des représentants. Le représentant n'agit pas en son nom propre, sinon officiellement : il fait office. Il assure une fonction... En faisant abstraction de la personnalité du sujet, la notion de représentation élimine l'identité et donc le nom de famille. L'officiant dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire dans le rituel, n'est jamais appelé autrement que par son titre ».

membres des tribunaux, des gens de la loi et des avoués, « J. Boedels fait remonter son origine au vêtement de grand prêtre de Jérusalem, qui arriva à la République de Venise via Byzance et influença ensuite toutes les cours d'Europe »¹²³. Antoine Garapon nous rappelle que la robe judiciaire comporte autant de boutons -13 - que la soutane¹²⁴. Par ailleurs, la couleur noire de la robe est aussi d'origine cléricale.

Pour beaucoup, le symbole de la robe est important¹²⁵. Ainsi, une juge judiciaire de confession catholique nous a déclaré : « je me disais que c'est assez curieux, parce que cette robe noire, qui vient de tout un ancien régime ecclésiastique, c'est la robe qui porte ma laïcité. Quand je suis en robe, je ne suis pas celle qui a été à la messe le jour de Noël (...) pour moi c'est un bleu de travail, mais un bleu de travail qui me permet d'être impartiale et laïque ».

Mais un juge judiciaire rappelait que « il y a beaucoup d'audiences, de cabinets notamment, qui sont tenus par des magistrats qui ne portent pas de robes, y compris judiciaires, ce n'est pas quelque chose d'impératif. Mais je trouve que c'est une tradition qui peut être intéressante de ce point de vue-là effectivement, de la dé-personnification du rapport au juge, et d'une certaine solennité aussi par ailleurs ».

Contrairement à leurs homologues judiciaires, les juges administratifs ne prêtent pas serment et ne portent pas de robe à l'audience. Cette distinction résulte d'origines historiques, le Conseil d'Etat n'ayant vu que tardivement se développer en son sein une formation contentieuse¹²⁶.

Certains professionnels interrogés regrettent cependant cette situation considérant que le port de la robe pour les magistrats administratifs pourrait être une bonne chose : un avocat d'une cinquantaine d'années spécialisé en droit public juge ainsi que « s'il existe une origine religieuse dans la robe, cela n'a pas de sens autre qu'historique pour moi. Je pense que la plupart de mes collaborateurs ignorent cette histoire d'ailleurs. La robe est pour moi un élément de neutralité et de majesté pour les auxiliaires de justice ou pour les magistrats. A ce titre, je regrette que les magistrats administratifs manquent de dignité dans les habits. Le costume civil des magistrats administratifs est une erreur (...). La justice doit être, selon moi, quelque chose de solennel. Les gens doivent avoir confiance et se dire que l'affaire ne va pas être réglée entre copains, mais bien par quelqu'un de neutre. C'est en ce sens que je suis contre les parures exotiques de certains magistrats supérieurs. Pour moi, cela doit être la robe simple et noire pour tous. Une absence de robe donne un sentiment ordinaire alors qu'on n'exerce pas n'importe quoi. Il faut donc un côté majestueux qui s'incarne par exemple dans un bâtiment, dans le vêtement. Le vêtement a une dimension sacrée, on est en dehors du monde normal. Un costume trop propre donne l'impression d'une justice de riche. Un magistrat en costume l'associe à un autre monde, celui de la finance.

¹²³ J. Boedels, *Les habits du pouvoir. La justice*, Paris, Antébi, 1992, p. 15 (cité par A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, p. 71).

¹²⁴ A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, p. 75.

¹²⁵ Pour les costumes, v. art. R111-6 du Code de l'organisation judiciaire : « Les costumes des magistrats de la Cour de cassation, de la cour d'appel, du tribunal de grande instance, du tribunal d'instance, des auditeurs de justice, des directeurs des services de greffe judiciaires et greffiers de ces juridictions ainsi que les insignes portés par les assesseurs des tribunaux de grande instance et de la cour d'appel spécialement désignés en application des articles L. 211-16 et L. 311-16 sont fixés par décret conformément au tableau I annexé au présent code. »

¹²⁶ Un avocat spécialisé en contentieux administratif nous a expliqué l'origine de l'absence de robe des juges administratifs : « les dessins des robes des juges du Conseil d'État avaient été commandés quelques mois avant Waterloo et au vu de la défaite des armées impériales, la mission n'a pas été rendue. Donc c'est passé aux oubliettes parce que Louis XVIII et Charles X n'avaient pas l'intention de faire exécuter le texte de Napoléon qui prévoyait de doter les magistrats administratifs d'un costume ».

La robe, c'est l'occasion de dire que nous ne sommes pas dans le monde des cadres ». Une magistrate d'un tribunal administratif nous a indiqué : « je trouve que le port de la robe, finalement, participe de la neutralité, alors qu'on ne l'a pas dans les tribunaux administratifs; quelqu'un qui va mettre une croix ou une maguen de David dans le judiciaire, cela ne se verra nécessairement pas, alors que quand il n'y a pas de robe, et bien cela peut se voir ». Une autre magistrate dans un tribunal administratif de banlieue parisienne relève : « Vous savez que c'est une question très sensible. C'est sûr que pour nous, c'est un inconfort de ne pas avoir de robe, puisque quand on arrive en salle d'audience, quelqu'un qui a un regard un petit peu avisé sait voir au travers des habits, sait catégoriser le juge au travers de ses habits. (...) Est-ce que cela indique que je serais favorable à la robe, peut-être pas, parce qu'en même temps, la robe est quelque chose d'assez hypocrite. C'est-à-dire que c'est une façon de dire que tous les juges sont interchangeable, que la fonction prend le dessus sur la personnalité, et l'on sait tous que ce n'est pas totalement vrai. On sait tous que dans la fonction de juger, on essaie bien-sûr autant que possible, mais c'est le rôle de la collégialité aussi, mais même hors collégialité, on essaie autant que possible de ne pas laisser nos sentiments ou nos idées personnelles prendre le dessus, mais ce n'est pas toujours totalement vrai. Je pense que, même sous dictaphone, je ne vais pas trahir un secret de polichinelle, ce n'est pas toujours forcément vrai. Donc il y a une forme d'hypocrisie aussi à mettre une robe et à laisser penser que l'on est prêtre de la justice, quand on est d'abord et avant tout un homme ou une femme parmi d'autres. (...) je pense que du point de vue du justiciable, avoir un juge en robe, c'est une façon que la justice a de dire qu'elle est neutre. Après, est-ce que cela faciliterait cette neutralité, je ne sais pas, je ne suis pas sûre que les juges judiciaires soient plus neutres que nous. Je n'ai pas l'impression ». Un magistrat administratif de Nantes juge que le « respect de [la] neutralité est, pour les magistrats et greffiers de l'ordre judiciaire, facilité par le port du costume judiciaire (CO), art. R. 111-6 et son tableau I annexé), qui vise notamment à leur rappeler « les devoirs de leur charge ». L'on peut d'ailleurs regretter que les magistrats administratifs, héritiers d'un « corps d'épée », ne portent toujours pas la robe, alors que ce costume renforcerait aux yeux du public leur qualité de magistrat »¹²⁷.

B- La pratique tolérée du port de signes religieux

Sur le terrain, il semble que le port de signes religieux discrets ne soit pas rare ni problématique. Il ressort de nombre de nos entretiens qu'un magistrat, au cours de sa carrière aura assez banalement fait l'expérience de collègues portant des signes d'appartenance religieuse - même si certains observent que c'était plus fréquent par le passé (il y a quelques décennies) qu'aujourd'hui¹²⁸.

Si les règles sont pourtant claires, certains des entretiens menés ont fait apparaître à la fois l'idée d'un pragmatisme souple et celle d'un statut « culturellement » spécifique de la religion catholique qui aurait bénéficié de « tolérances » en tant que religion dominante¹²⁹. Ce constat est par ailleurs assorti de l'idée selon laquelle la

¹²⁷ F.-X. Bréchet, « Liberté religieuse et audience », *AJDA* 2018. 1595. Dans le même sens v., A. Barlerin, « Le dilemme de la robe et de l'épée », *AJDA* 2012. 121 ; R. Melka et S. Morel, « La robe fait-elle le juge ? », *AJDA* 2007. 1338 ; v. *contra*, P. Cassia, « Pour des magistrats administratifs en tenue civile », *AJDA* 2012. 849.

¹²⁸ Une jeune assistance de justice, future magistrate, explique avoir longtemps porté sa médaille de baptême et ne plus la porter depuis son admission à la suite de l'oral de l'ENM. Dans un autre entretien, un juge évoque un changement générationnel, qui amène à davantage de discrétion.

¹²⁹ Un juge à la retraite indique ainsi : « Moi je suis ex-catholique, ça ne me gêne pas de voir quelqu'un qui porte une croix sauf quand elle est énorme (...) ».

question du port de signes religieux, et plus largement de la laïcité, a longtemps été considérée comme « un non-problème »¹³⁰. Il ressort en effet de plusieurs entretiens que si la règle prescrivant la neutralité des personnels est bien connue et généralement respectée, elle s'accompagne aussi de l'idée selon laquelle il s'agirait de ne pas tenir rigueur à un collègue ou agent qui porterait, pendant le service, une petite croix, ou une croix hugnuenote, par exemple¹³¹. Dans le même sens, une avocate mentionne le fait qu'une magistrate en poste dans la juridiction dans laquelle elle plaide porte sa médaille de baptême ainsi qu'un crucifix autour du cou, tout en semblant par ailleurs « extrêmement attachée (...) à la neutralité de sa fonction »¹³². D'autant que, selon certains témoignages de magistrats administratifs plus âgés, il ressort qu'autrefois (il y a quelques décennies), c'est bien la souplesse et la tolérance qui étaient de rigueur, au moins vis-à-vis des croix et des kippas. Un magistrat interviewé nous rapporte même une anecdote selon laquelle un agent du greffe revêtait une grande croix, mais, en l'absence de tout trouble (sous la forme de protestations de collègues ou justiciables), il n'avait pas été jugé nécessaire d'intervenir.

D'autres entretiens formulent toutefois l'idée selon laquelle si des signes discrets étaient autrefois portés, malgré la clarté de la règle de droit, sans que cela pose problème, il n'en irait certainement plus de même aujourd'hui en raison des tensions accrues sur ce sujet. Il est parfois fait une distinction entre le juge dans sa fonction de juger et le juge dans le tribunal : ainsi, un juge judiciaire indiquait « lorsqu'on juge ou requiert, il est évident qu'on ne peut avoir aucun signe d'appartenance religieuse, même discret ; ils doivent être placés sous la robe professionnelle. Dans les locaux en tant que fonctionnaires, je ne suis pas contre le fait que les autres portent des signes discrets d'appartenance religieuse, même si, moi, je n'en porte pas. Pour les autres fonctionnaires, l'interdiction est justifiée seulement pour ceux en lien avec le public. Pour ceux sans lien avec le public, seuls les signes discrets doivent être admis ». Cette réflexion témoigne des accommodements qui peuvent être faits au sein des juridictions, au mépris de la règle de droit applicable et peut-être d'une certaine confusion sur les règles en vigueur. En effet, les « signes discrets » sont ceux que les élèves sont autorisés à porter depuis 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 publics¹³³ et ne concerne nullement les magistrats.

¹³⁰ Ainsi, un juge nous indique : « tant que ce n'était pas ostentatoire, il n'y avait pas de réaction de rejet, chacun avait une forme de tolérance, d'indifférence ».

¹³¹ Le port de cette croix n'ayant suscité aucune réaction dans la mesure vraisemblablement, nous dit l'assistante de justice interrogée où « personne ne sait ce que c'est ».

¹³² Cette avocate poursuit en indiquant que « (si elle avait) eu le sentiment de ce que (l'appartenance religieuse de cette magistrate) venait entraver en quoi que ce soit l'exercice de sa fonction, (...) (elle l'aurait) interrogée, à tout le moins, parce qu'on a des rapports cordiaux avec la plupart des magistrats, et (elle lui aurait posé) la question ».

¹³³ V. la circulaire n°2004-084 du 18-5-2004, Port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : « Les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive. La loi est rédigée de manière à pouvoir s'appliquer à toutes les religions et de manière à répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi.

La loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets ».

§3- Le serment des magistrats

A- La récente « désacralisation » en France

Selon Antoine Garapon, « le serment est un avatar de l'ordalie. L'efficacité du serment ne se comprend que par une économie sacrée »¹³⁴. Il rappelle que « les travaux de Robert Jacob¹³⁵ ont magistralement montré la place centrale d'un élément sacré initialement plus destiné aux juges qu'aux justiciables : le serment des juges ». « R. Jacob nous apprend que c'est le serment qui fait le juge. Le juge moderne naît et n'acquiert le droit de juger que par son serment, c'est-à-dire qu'à la condition d'être jugé lui-même par Dieu. Ce serment des juges s'inspirait de cette phrase des Ecritures : « comme vous jugez vous serez jugés ». Il devait primitivement toucher un reliquaire en jurant. Cela explique la présence de la croix que le juge devait garder devant les yeux et qui émigrera ensuite derrière son siège »¹³⁶. Les termes de serment et de sacrement sont, en toute hypothèse, liés lexicalement ; il y a bien une nature religieuse du serment, qui se comprend comme une « attestation au nom de Dieu »¹³⁷.

Depuis la création de la Cour des comptes en 1807, l'obligation de serment s'impose à ses membres¹³⁸. Ce n'est que depuis l'adoption de la loi n°2006-769 du 1^{er} juillet 2006 portant dispositions statutaires applicables aux membres de la Cour des comptes que le terme « religieusement » a été éliminé du serment des magistrats de cette Cour¹³⁹.

Ce mouvement a été repris, s'agissant des juges judiciaires, dix ans plus tard, insufflé par le gouvernement, qui a demandé au Sénat de supprimer cet adjectif dans le cadre de l'examen du projet de loi « Justice au XXI^{ème} siècle » : ainsi, ce n'est que depuis l'adoption de la loi organique n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature que les magistrats ne prêtent plus serment « religieusement ». Jusqu'en août 2016, les magistrats ainsi que les assesseurs, lors de leur prise de fonctions, devaient prononcer la formule suivante : « "Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat. » Depuis la modification

¹³⁴ A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, p. 124. L'auteur poursuit ainsi : « Reposant sur un acte de foi, le serment ne peut se concevoir que dans une société où cette foi est partagée par tous. Comment un incroyant pourrait-il redouter les sanctions d'un dieu en qui il ne croit pas ? Mais cet acte de foi n'est pas seulement celui du jureur, il doit être aussi celui du juge. Quelle confiance peut avoir un juge dans un serment adressé à un être en lequel il ne croit pas ? ». Sur l'utilisation fréquente du recours à l'ordalie ou jugement de Dieu en procédure pénale dès l'époque carolingienne (IX^e siècle) jusqu'au XII^e siècle, v. Rapport final de recherche, *L'application du principe de laïcité à la justice*, E. Forey et Y. Laidié (dir.), CREDESPO Université Bourgogne Franche-Comté (UBFC), avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, p. 23 et s.

¹³⁵ V. R. Jacob, *La Grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, PUF, 2014, 515 p. (v. notamment le chapitre « Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire »).

¹³⁶ A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, p. 126.

¹³⁷ J. Lalouette, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, 2013, vol. 4, n° 162, p. 45 (en ligne sur Cairn).

¹³⁸ V. l'ancien article L. 112-3 Code des juridictions financières (abrogé par la loi du 1^{er} juillet 2006) : « Tout magistrat de la Cour des comptes, avant d'entrer en fonctions, prête serment publiquement devant la Cour réunie en audience solennelle, sur réquisition du procureur général, en ces termes :

Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat.

Il ne peut en aucun cas être relevé de ce serment. »

¹³⁹ Art. L 120-3 Code des juridictions financières : « Tout magistrat de la Cour des comptes, lors de sa nomination dans le corps, prête serment publiquement devant la cour réunie en audience solennelle, sur réquisition du procureur général, de bien et fidèlement remplir ses fonctions, de garder le secret des délibérations et de se comporter en tout comme un digne et loyal magistrat. Il ne peut en aucun cas être relevé de ce serment.»

de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature par la loi organique n°2016-1090 du 8 août 2016: « Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes :

« Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat. Il ne peut, en aucun cas, être relevé de ce serment. »

Lors de l'examen en commission, la rapporteure de cette loi, la députée du parti socialiste Cécile Untermaier, avait rappelé que l'adverbe « religieusement » « renvoie simplement à la dimension sacramentelle du serment » et signifie, en l'espèce, « scrupuleusement », ne faisant donc aucune allusion à un culte en particulier. Le ministère de la Justice aurait ainsi agi dans un souci d'homogénéisation du serment prêté par les magistrats de l'ordre judiciaire avec celui prononcé par les magistrats de la Cour des comptes. Le mouvement de laïcisation du serment semble néanmoins s'inscrire dans une perspective bien plus longue¹⁴⁰.

La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a également supprimé l'adverbe « religieusement » du serment prêté par les juges des tribunaux de commerce¹⁴¹.

On peut s'étonner du décalage par rapport à l'évolution qui a touché le serment des témoins et jurés notamment près de 45 ans plus tôt, en 1972¹⁴².

Pour une avocate administrative interrogée, la suppression, en 2016, de la formule impliquant pour le magistrat de s'engager à « garder religieusement le secret des délibérations » semble justifiée au regard du principe de neutralité, même si elle reconnaît comprendre surtout le terme « religieusement » comme « précieusement », en lien avec « quelque chose d'un peu solennel ». De même, un autre magistrat de tribunal administratif indique qu'il voit là surtout « une formule qui consacrait une expression de langage », ainsi d'ailleurs qu'« une expression culturelle », tout en reconnaissant « en même temps (que) c'est aussi avec les mots qu'on fait évoluer le fond des choses ».

La plupart de nos interlocuteurs n'accordent donc pas une importance fondamentale à ce changement, même s'ils l'approuvent. Ainsi, selon un juge interrogé : « la formule était totalement déplacée mais le sens commun du « religieusement » voulait dire très fort et on allait pas en faire une crise de nerf. Tout le monde y pensait en se disant que c'était bizarre mais voilà... on voit de vieilles traditions qui trainent, on se dit bon... Je trouve très bien l'abrogation même si ce n'était pas absolument prioritaire mais c'est sans doute car je n'ai pas beaucoup de principes. Mais tant qu'à faire autant le faire ».

Rares sont ceux qui accordent une réelle importance à cette évolution.

Une ancienne avocate devenue juge après 2016 nous indique pourtant : « c'était hyper choquant. Moi, je suis très contente et soulagée de ne pas avoir prêté ce serment là, « religieusement ». Scrupuleusement et religieusement ce n'est pas pareil. Pour moi les mots ont vraiment un sens. Ce n'est pas du tout que symbolique. Dans un serment chaque mot a un sens. « religieusement » !: c'est incroyable qu'il ait fallu attendre 2016 ». Une magistrate administrative nous indique également : « Il était temps ! Je suis une vraie laïcarde même si j'ai une éducation protestante ».

¹⁴⁰ V. les écrits de J. Lalouette.

¹⁴¹ V. les deux premiers alinéas de l'art. L722-7 Code de commerce : « Avant d'entrer en fonctions, les juges des tribunaux de commerce prêtent serment. Le serment est le suivant : Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un juge digne et loyal. »

¹⁴² Sur cette question, v. *infra*, p. 104 et s.

B- Le serment d'autorités publiques à l'étranger

La Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de statuer à propos, non du serment des magistrats, mais du serment religieux imposé à des autorités publiques.

Dans un arrêt de Grande Chambre du 18 février 1999, *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi statué sur l'obligation de prêter serment sur les Evangiles imposée à des parlementaires de Saint-Marin, sous peine de déchéance de leur mandat. Les élus jugeaient que, ce faisant, l'exercice d'un droit politique fondamental était subordonné à la profession publique d'une religion déterminée. La Cour a conclu à la violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a jugé en particulier que l'obligation de prêter serment n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » à la poursuite de l'un des buts énoncés à l'article 9 § 2 de la Convention, jugeant contradictoire de soumettre l'exercice d'un mandat qui vise à représenter au sein du Parlement différentes visions de la société à la condition d'adhérer au préalable à une vision déterminée du monde.

§4- L'hypothèse de la récusation de magistrats en lien avec des questions religieuses

A- En France

En vertu de l'article 339 du Code de procédure civile : « Le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge que désigne le président de la juridiction à laquelle il appartient. Le remplaçant d'un juge d'instance est désigné par le président du tribunal de grande instance à défaut de juge directeur ».

La faculté d'abstention pour motifs religieux est donc envisageable même si elle doit être ponctuelle et ne pas être élargie à toute une catégorie d'affaires, par exemple les divorces.

Aux termes de l'article 341 du Code de procédure civile: « Sauf disposition particulière, la récusation d'un juge est admise pour les causes prévues par l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire¹⁴³ », lesquelles ne comprennent néanmoins pas de possibilité de récusation pour motifs religieux.

Les possibilités de récusation sont moins larges en matière pénale. En effet, en vertu de l'article 674 du Code de procédure pénale : « aucun des juges ou conseillers visés à l'article 668 ne peut se récuser d'office sans l'autorisation du premier président de la cour d'appel dont la décision, rendue après avis du procureur général, n'est susceptible d'aucune voie de recours ». Dans les neuf hypothèses possibles de récusation prévues à l'article 668 du Code de procédure pénale ne figurent pas les motifs subjectifs

¹⁴³ Art. L. 111-6 Code de l'organisation judiciaire :

« Sous réserve de dispositions particulières à certaines juridictions, la récusation d'un juge peut être demandée:

1° Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation ;

2° Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties ;

3° Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement ;

4° S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;

5° S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties ;

6° Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties ;

7° S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;

8° S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties.

Les magistrats du ministère public, partie jointe, peuvent être récusés dans les mêmes cas. »

de conscience¹⁴⁴.

S'agissant de l'ordre administratif, en vertu de l'article L 721-1 du Code de justice administrative, « la récusation d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité».

Si l'on s'en tient aux réponses des juges et avocats interviewés, les demandes de récusation pour motifs religieux, semblent être extrêmement rares. Peut-être de ce fait, ont-elles, paradoxalement, bénéficié d'une couverture médiatique.

En novembre 2003, un requérant se présentant comme « d'origine arabe et de confession musulmane » et, se référant au conflit israélo-palestinien, avait demandé la récusation d'une magistrate au motif qu'elle était « de confession juive » et ne pourrait donc pas « aborder avec impartialité » l'affaire l'opposant à une société « dont les intérêts sont étroitement liés avec ceux de son fondateur (...) de confession juive ». Le Président de la République avait alors saisi le Conseil supérieur de la magistrature de cette question de principe. Le Conseil supérieur de la magistrature avait rendu le 11 mars 2004 un avis « sur les mesures qui pourraient être prises pour mieux garantir l'autorité judiciaire contre la mise en cause injustifiée de tel ou tel de ses membres ». Il a constaté alors, de façon générale, une « tendance à l'augmentation du nombre de demandes de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime ». Il a donc proposé d'envisager « de rendre d'emblée irrecevable une requête en récusation fondée sur des motifs (...) tenant en quelque sorte à « l'état de la personne » du juge, à des appartenances constitutives de son identité, dès lors que ces éléments et appartenances seraient invoqués par le requérant comme susceptibles, par eux-mêmes, de faire naître un doute sur l'impartialité du juge, indépendamment de toute manifestation ou implication personnelle de ce juge ». Il s'agirait « d'affirmer qu'un juge ne peut être récusé à raison de son sexe, de son orientation sexuelle, de son origine, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race, une religion ou un courant de pensée déterminés. Et les conditions de recevabilité d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime devraient, à cet

¹⁴⁴ Art. 668 CPP : « Tout juge ou conseiller peut être récusé pour les causes ci-après :

1° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin sont parents ou alliés de l'une des parties ou de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement.

La récusation peut être exercée contre le juge, même au cas de divorce ou de décès de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin, s'il a été allié d'une des parties jusqu'au deuxième degré inclusivement ;

2° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, si les personnes dont il est tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire, si les sociétés ou associations à l'administration ou à la surveillance desquelles il participe ont intérêt dans la contestation ;

3° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, est parent ou allié, jusqu'au degré indiqué ci-dessus, du tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire d'une des parties ou d'un administrateur, directeur ou gérant d'une société, partie en cause ;

4° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une des parties ;

5° Si le juge a connu du procès comme magistrat, arbitre ou conseil, ou s'il a déposé comme témoin sur les faits du procès ;

6° S'il y a eu procès entre le juge, son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin leurs parents ou alliés en ligne directe, et l'une des parties, son conjoint, ou ses parents ou alliés dans la même ligne ;

7° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, ont un procès devant un tribunal où l'une des parties est juge ;

8° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, leurs parents ou alliés en ligne directe ont un différend sur pareille question que celle débattue entre les parties ;

9° S'il y a eu entre le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité. »

égard, être identiques à celles applicables en matière de récusation ». Le Conseil supérieur de la magistrature avait souligné par ailleurs que « l'interdiction proposée contribuerait à prévenir le risque de voir l'institution judiciaire contaminée par les tendances à la « communautarisation » de l'espace public et par la tentation de « choisir son juge parmi les siens »¹⁴⁵. Cette proposition n'a néanmoins pas été inscrite dans les textes.

Une dizaine d'années plus tard, une autre affaire avait été largement relayée par les médias. Une grand-mère avait attaqué sa belle-fille en correctionnelle, l'accusant de ne pas respecter le droit de visite dont elle bénéficiait auprès de sa petite-fille. Siégeant comme juge unique, le magistrat Albert Lévy avait renvoyé sa décision sur d'éventuelles sanctions à deux mois plus tard, « de manière classique » en pareil cas, pour « amorcer » ce droit de visite, avait rappelé Mme Dufournet, avocate générale, à l'audience, le 18 septembre 2012. L'avocat de la grand-mère - Maître Dubruel - avait alors adressé le 31 octobre 2012 au premier président de la cour d'appel de Lyon une requête en récusation contre le juge, car il estimait qu'il existait entre le juge et une des parties au procès une « *manifestation assez grave pour faire suspecter son impartialité* », comme le prévoit l'article 668 du code de procédure pénale. Selon l'avocat, « *il y a lieu de s'en tenir à de simples constatations d'ordre patronymique et prénomymique* » : « *Le juge du siège dont la récusation est demandée porte le nom patronymique de Lévy. Le "papa" de la personne [la prévenue poursuivie pour non-présentation d'enfant] se prénomme Moïse* ». S'appuyant sur des fiches Wikipédia qu'il joignait en annexes de sa requête, il indiquait : « *La première page de la notice du mot "Lévy" sur le site Wikipédia mentionne que ce mot "est, dans le peuple juif, un des noms portés par les descendants des lévites, membres de la tribu des lévi). La première page de la notice du mot "Moïse" sur le site Wikipédia mentionne que ce nom est celui, "selon la tradition, [du] fondateur de la religion juive - le judaïsme, qui s'appelle parfois, pour cette raison mosaïsme, c'est-à-dire la religion de Moïse"* ». Et l'avocat concluait ainsi : « *La matérialité de ces constatations n'est pas contestable* ». Sans approfondir le lien entre le soupçon de partialité et le judaïsme supposé du juge et du père de la prévenue, l'avocat estimait ainsi qu'un magistrat juif ne pouvait juger une prévenue d'ascendance juive. Il précisait que sa cliente avait ressenti lors de la première audience « *le syndrome de l'inversion accusatoire* ».

Le 27 novembre 2012, le premier président de la cour d'appel de Lyon a rejeté cette demande. Cette affaire avait provoqué l'indignation des associations antiracistes (MRAP, LICRA), du Syndicat de la magistrature (auquel appartenait le juge Albert Lévy,

¹⁴⁵ Dans un communiqué de presse du 27 novembre 2003, le syndicat de la magistrature indiquait : « Le Premier Président de la cour d'appel de Paris vient de rejeter la requête en récusation présentée par un justiciable à l'encontre de l'un des juges du Tribunal de Grande Instance de Paris, supposé de confession juive, en motivant que « Monsieur A... n'apporte aucun élément de nature à démontrer la réalité de l'allégation de partialité avancée ». Le SM s'indigne de la motivation ambiguë du Premier Président de la CA de Paris, laissant entendre que la judaïté d'un magistrat pourrait constituer un motif de partialité, si elle était prouvée, et pourrait donc justifier sa récusation ! Cette motivation calamiteuse est à rapprocher de celle de la cour d'appel de Versailles, qui avait également répondu à une demande de récusation d'un magistrat du Syndicat de la Magistrature par un membre du Front National, en énonçant que l'appartenance de ce juge au SM n'était pas prouvée.

Le SM rappelle son attachement indéfectible à la défense des valeurs républicaines et démocratiques de notre société dont font partie la liberté de religion, la liberté de conscience et la liberté d'expression des magistrats. Qu'il s'agisse de l'appartenance réelle ou supposée d'un magistrat à une confession, à une communauté ou à un syndicat, le SM considère comme dangereuse et illégitime la motivation du Premier Président de la cour d'appel de Paris, qui aurait du se fonder sur l'illégalité de la demande de récusation de ce magistrat, comme étant antisémite, et non pas sur l'absence de preuve de sa judaïté ! A la veille de la remise du rapport de la commission sur l'éthique des magistrats, installée par le Garde des Sceaux, le SM s'inquiète de l'instrumentalisation des concepts d'impartialité et d'éthique à des fins illégitimes. Le SM s'étonne, après les discours du chef de l'Etat sur l'antisémitisme, que celui ci n'ait pas réagi, à titre de Président du Conseil Supérieur de la Magistrature ».

également membre de la Ligue des droits de l'homme), et de la garde des Sceaux Christiane Taubira¹⁴⁶. Le 16 octobre 2013, Alexis Dubruel était radié du barreau de Lyon par le conseil régional de discipline des barreaux, suivant ainsi les réquisitions du bâtonnier de Lyon et de l'avocate générale. A la suite du recours de Me Dubruel, en septembre 2014, le tribunal correctionnel de Paris a jugé que les poursuites engagées par l'association Mémoire 2000 contre l'avocat étaient nulles et irrecevables¹⁴⁷. Le 1er juillet 2015, la Cour de cassation a cassé la décision d'appel et a donc été annulée la radiation du barreau de Lyon prononcée en octobre 2013 contre l'avocat pour « antisémitisme ».

Sur ce point, les entretiens réalisés semblent confirmer la rareté de telles mises en cause de l'indépendance des juges. Ces rares cas semblent en tout cas sans aucune commune mesure avec les pratiques qui peuvent avoir cours dans les services hospitaliers où certaines patientes – directement ou par l'intermédiaire de leur conjoint ou mari - refusent d'être auscultées ou accouchées par un médecin de sexe masculin. Quelques exemples ont toutefois été rapportés. La position adoptée lorsque cela survient semble toutefois être une position d'inflexibilité ; ainsi par exemple, l'avocat qui demande (sans formellement récuser), dans une affaire relative à l'expulsion d'un imam, le sexe du juge, est convoqué par le président de la juridiction pour se voir signifier ses obligations en sa qualité d'auxiliaire de justice, et la règle selon laquelle un juge est un juge.

Ici encore, les liens entre appartenance religieuse et impartialité sont donc questionnés. On comprend certes bien la logique des réponses de l'institution judiciaire dans le cadre de ces deux exemples où des magistrats étaient mis en cause à raison de leur religion réelle ou supposée, brandie par des parties comme signifiant nécessairement un manquement à l'exigence d'impartialité. Il est néanmoins intéressant de mettre ces épisodes en lien avec certains aspects du débat aujourd'hui émergent au sujet de certaines formes de représentativité de la justice. Dans de nombreux pays

¹⁴⁶ L'affaire fit scandale dans les couloirs du palais de justice de Lyon d'autant qu'Albert Lévy a déjà fait l'objet dans sa carrière de nombreuses attaques à caractère antisémite. De la part de l'extrême droite principalement, mais pas seulement. En avril, l'enquête sur le groupe islamiste Forsane Alizza avait mis au jour un projet d'enlèvement et de séquestration du magistrat, en raison de sa judaïté supposée. Dans un communiqué du 27 novembre 2012, le Syndicat de la magistrature indiquait: « Au soutien de cette requête, l'avocat invoque « de simples constatations d'ordre patronymique et prénommique » : le juge se nomme Lévy et le père se prénomme Moïse, de sorte que le premier serait suspect de partialité !

Outre qu'elle est juridiquement délirante, une telle démarche est humainement inacceptable et tend à promouvoir une conception fondamentalement viciée et dangereuse du devoir d'impartialité qui s'impose à tout magistrat. Dans une démocratie digne de ce nom, on ne choisit pas son juge, en considération de sa religion, de son sexe, de son orientation sexuelle, de sa couleur de peau ou de toute autre caractéristique réelle ou supposée ! A défaut, il en serait fini de la justice et de la démocratie elle-même.

Le Syndicat de la magistrature condamne avec la plus grande fermeté cet acte antisémite déguisé en pseudo-argument juridique, qui s'analyse également en une tentative de déstabilisation d'un magistrat indépendant. L'indispensable liberté dont jouissent les avocats dans l'accomplissement de leur mission essentielle ne peut en aucun cas justifier pareille ignominie.

Le Syndicat de la magistrature exprime sa pleine solidarité à l'égard d'Albert Lévy, collègue et camarade déjà éprouvé par des attaques antisémites et qui n'aspire qu'à exercer sereinement ses fonctions ».

¹⁴⁷ La 17^{ème} chambre a déclaré nulle la citation directe de l'association Mémoire 2000, car les propos litigieux n'y étaient pas repris. La présidente Anne-Marie Sauteraud a en outre expliqué que la citation directe qui saisissait le tribunal était de toute manière irrecevable, car, comme l'avait soulevé le parquet à l'audience du 24 juin, le caractère public de l'infraction de complicité de provocation à la discrimination raciale reprochée à l'avocat ne pouvait être retenu. Comme la provocation non publique à la discrimination n'est pas un délit, mais une contravention, les poursuites ne peuvent prospérer, car une association ne peut poursuivre qu'en matière délictuelle.

comme à l'échelle internationale¹⁴⁸, la question de la représentativité des bancs judiciaires est en effet aujourd'hui posée : « représentation équilibrée »¹⁴⁹ des hommes et des femmes¹⁵⁰, « diversité » du corps judiciaire¹⁵¹ sont aujourd'hui des interrogations voire des exigences qui montent en puissance et sont parfois rattachées à la notion d'impartialité. Si cette réflexion naissante sur la diversité du corps judiciaire porte aujourd'hui essentiellement sur des questions de genre et de race, il importe de souligner que la question religieuse est parfois explicitement mentionnée. Ainsi par exemple, dans un pays largement fondé sur la religion comme en Israël, la religion des juges fait partie des éléments pris en compte dans les nominations judiciaires ; en Afrique du Sud, c'est notamment le critère racial mais aussi d'autres critères, comme celui de la promotion des personnes handicapées, que l'on voit émerger dans les procédures de nomination judiciaires¹⁵².

En toute hypothèse, on voit que deux mouvements contradictoires travaillent la notion d'impartialité. Il existe d'une part un mouvement en faveur d'une lecture dynamique de l'impartialité qui voudrait y voir une des justifications normatives à la promotion d'une justice diverse, représentative¹⁵³ ; il en existe un autre qui fait au contraire de l'impartialité un concept opposé aux juges issus des minorités en tant que leur âge/sexe/religion/origine (...) altèreraient leur capacité à l'objectivité¹⁵⁴.

Pour ce qui est des entretiens réalisés dans le cadre de la présente recherche, on observe que les magistrats interviewés rattachent volontiers la notion de laïcité, de mise à distance du fait religieux, aux notions cardinales d'impartialité et d'indépendance.

Une magistrate judiciaire, catholique pratiquante et proche de la retraite nous indiquait : « Comme sans doute tout magistrat engagé, il m'arrive d'hésiter entre le fait d'affirmer un peu mes convictions quitte à être suspectée de ne pas être neutre et d'être récusée ou, au contraire, de rester très discrète dans la vie professionnelle avec le défaut d'avoir l'impression de ne pas vivre en cohérence avec mes idées ; je pense que tout magistrat est exposé à cette tension ».

¹⁴⁸ R. Mackenzie, K. Malleon, P. Marin, P. Sands, *Selecting International Judges: Principle, Process and Politics*, Oxford University Press 2010; D. Terris, C. Romano, L. Swigart, *The International Judge: An Introduction To The Men And Women Who Decide The World's Cases*, Oxford University Press, 2007; N. Grossman, "Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?", *Chicago Journal of International Law*, 2012, vol. 12, p. 647; S. Hennette Vauchez, "More Women, but Which Women? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, 2015, vol. 26, p. 195; in J. Dawuni, A. Kuenyehia eds., *International Courts and the African Woman Judge. Unveiled Narratives*, Routledge, 2018.

¹⁴⁹ O. Bui-Xuan, « Propos introductifs », in O. Bui-Xuan dir., *Représentation et représentativité dans les institutions*, LGDJ/Varenne, 2016, p. 7 ; et de la même auteure : « La 'représentation équilibrée entre hommes et femmes', une catégorie juridique équivoque », *Revue du droit public*, 2015, n°2, p. 438. V. aussi M. Mekki dir., *La féminisation de la justice*, Economica, 2011.

¹⁵⁰ S. Kenney, *Gender Gender & Justice: Why Women In The Judiciary Really Matter*, Routledge, 2013; U. Schultz, G. Shaw eds., *Gender and Judging*, Hart, 2012.

¹⁵¹ La réflexion sur la diversité est particulièrement marquée au Royaume-Uni (v. par la Commission nommée sur ce point par le ministère de la Justice et son rapport de 2011, *Improving Judicial Diversity* : <http://judicialdiversityinitiative.org/wp-content/uploads/sites/34/2016/06/58393.pdf>) et aux Etats-Unis (v. par ex. les travaux du Brennan Center for Justice sur ce point : <https://www.brennancenter.org/analysis/judicial-diversity-0>).

¹⁵² K. Malleon, P. Russell, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, 2006, p. 7.

¹⁵³ S. Hennette Vauchez, « Le juge est une femme. Regard sur la question de la parité à la Cour Européenne des droits de l'Homme », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 335 et aussi : S. Hennette Vauchez, « Impartialité et indépendance du juge : une question de genre ? », in B. François, A. Vauchez (dir.), *Politiques de l'indépendance*, Presses du Septentrion, 340 p., à paraître.

¹⁵⁴ Hon. M. Omatsu, "The Fiction of Judicial Impartiality", *Canadian Journal of Women and the Law*, 1997, vol. 9, p. 1.

Une autre magistrate rappelle la possibilité de se dessaisir de certaines affaires : « mes convictions spirituelles (...) ne sont pas circonscrites, elles nourrissent mes convictions morales, politiques, mes convictions de citoyenne, et cela s'inscrit dans une cohérence. Donc, si vraiment il y a quelque chose qui rentre en opposition avec mes convictions, ce ne sera pas uniquement mes convictions spirituelles » ; ajoutant qu'elle pense que « (ses) convictions spirituelles sont vraiment en adéquation avec les valeurs de la république », ou alors « (que sa) conviction spirituelle (lui) permet d'avoir une vision de la république qui (lui) convient (...) ».

De façon plus générale, certains requérants réfutent l'idée même de justice des hommes. Un avocat se rappelle la situation d'une cliente « mais elle était un peu folle, ne reconnaissant pas la légitimité d'une institution au regard de sa religion. C'était une situation devant le juge des enfants, où elle a dit « de toute façon, vous n'êtes pas légitime à nous juger, il n'y a que Dieu qui l'est ». Mais bon, c'est souvent le dernier recours quand même ».

D'autres avocats nous ont fait part d'incidents du même type. Une avocate nous a indiqué: « je peux avoir l'impression que la justice laïque et républicaine n'est pas investie comme la véritable justice, et qu'il y a une autre justice, qui, elle, est divine, et que celle-là ne se trompera pas, par exemple. Ce sont des choses qui peuvent être invoquées ». Selon un autre « il arrive également que des mis en examen ou prévenus musulmans ne reconnaissent pas la « Justice des hommes », donc l'autorité judiciaire dans son ensemble et se prévalent de leur droit au silence. Les débats s'en trouvent paralysés, la défense étant « de rupture » ou peu efficace, et la justice mal rendue ».

Un juge de sexe masculin nous a raconté qu'« il est arrivé que, devant un tribunal entièrement composé de femmes, le prévenu refuse de parler à quelqu'un d'autre qu'à moi... ».

B- A l'étranger

La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt du 8 février 2001, n°47936/99, *Pitkevich c. Russie*, a admis la révocation d'un juge à la Cour de district de Noïabrsk, membre de l'Eglise de la Foi vivante, appartenant à l'Union russe des Eglises chrétiennes évangéliques, qui avait fait preuve de prosélytisme à l'audience. En février et mars 1997, cette juge se présenta au poste de maire de Noïabrsk. Le candidat qui devait être élu par la suite l'accusa lors de la campagne d'appartenir à une secte. Une fois élu, il demanda que la requérante fût démise de ses fonctions juridictionnelles. Ceci advint à l'issue d'une procédure disciplinaire devant la commission d'appréciation des compétences judiciaires au motif qu'elle avait « porté atteinte à sa réputation de juge » et avait abusé de ses fonctions pour faire du prosélytisme. De nombreux témoignages et plaintes émanant d'agents de l'Etat et de particuliers avaient en effet permis de constater que la requérante avait recruté des collègues de la même confession religieuse, avait prié en public lors d'audiences et promis à certaines parties une issue favorable à leur affaire si elles rejoignaient sa communauté religieuse; de plus, ces activités avaient entraîné des retards dans le traitement des affaires et un certain nombre de demandes de récusation à l'encontre de l'intéressée. Ce comportement a été jugé incompatible avec les exigences inhérentes aux fonctions judiciaires. Il apparaissait clairement que la requérante avait manqué à ses obligations légales de juge et avait porté atteinte à l'image d'impartialité qu'un juge doit donner au public. Les motifs de la révocation avaient trait exclusivement à ses activités officielles et non au fait qu'elle ait

exprimé ses idées dans la sphère privée.

Par ailleurs, dans une décision n°8493/79 du 8 octobre 1981 *Demeester c. Belgique*, la Commission européenne des droits de l'homme a rejeté la requête d'un avocat au barreau de Gand ordonné prêtre catholique quelques années après sa prestation de serment mais n'ayant jamais exercé de tâches pastorales, qui se plaignait (sous l'angle de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme pris isolément et combiné avec l'article 14) du rejet, par le Ministre de la Justice belge, de sa candidature à un poste de juge suppléant au tribunal de première instance de Gand, la fonction de juge étant incompatible avec l'état ecclésiastique aux termes de la loi belge. La Commission a relevé, d'une part, que le requérant n'avait nullement été entravé dans l'exercice de sa religion, y compris de sa charge sacerdotale, et, d'autre part, que la Convention européenne des droits de l'homme ne garantissait en soi aucun droit de se porter candidat à un poste dans la magistrature¹⁵⁵.

Section III- La neutralité des collaborateurs occasionnels du service public de la justice : le cas des jurés d'assises

Au-delà des juges, aucun professionnel, auxiliaire ou collaborateur occasionnel de justice ne doit porter de signes marquant une appartenance religieuse, politique ou philosophique. Ainsi en va-t-il notamment de l'expert judiciaire qui doit prêter serment et « accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité » conformément à l'article 237 du Code de procédure civile¹⁵⁶. Considérés comme des « collaborateurs occasionnels »¹⁵⁷ du service public de la justice, les experts assermentés sont ainsi soumis à une stricte obligation d'impartialité.

En revanche, la laïcité/neutralité semble être à géométrie variable quand elle est appliquée à certains collaborateurs et aux auxiliaires du service public de la justice.

Le cas des jurés d'assises est particulier. Les jurés d'assises rendent la justice aux côtés de magistrats professionnels. Ils collaborent, en vertu d'une obligation légale, et de manière occasionnelle, au service public de la justice. Les jurés sont des citoyens (C. pr. pén., art. 255, 267) qui, à l'issue d'une procédure complexe faisant intervenir plusieurs tirages au sort successifs, le premier à partir des listes électorales, viennent compléter, aux côtés de magistrats professionnels, la formation de jugement de la cour d'assises (C. pr. pén., art. 259 et s.).

Selon le Conseil d'Etat, en tant que collaborateurs, ils ne peuvent être qualifiés que d'usagers du service public ou de tiers à ce service¹⁵⁸. N'étant pas des agents du service, le principe de neutralité religieuse ne leur est pas applicable de plein droit. Néanmoins,

¹⁵⁵ Commission, 8 oct. 1981, *Demeester c. Belgique*, n° 8493/79 : « le requérant n'a pas allégué qu'il avait subi des entraves dans la pratique de la religion catholique - y compris l'accès au sacerdoce - et, en particulier, n'a pas cherché à montrer comment la pratique de cette religion aurait pu dépendre, de quelque manière que ce soit, de l'accueil de sa candidature aux fonctions de juge suppléant. De l'avis de la Commission, la seule liberté dont l'exercice par le requérant se trouve restreint par les dispositions incriminées est celle de se porter candidat à un poste dans la magistrature judiciaire. Or, la Commission a déjà constaté à plusieurs reprises que la Convention ne garantit aucun droit à occuper un poste dans la fonction publique (...). Elle constate ici qu'*a fortiori* la Convention ne garantit pas non plus un droit à se porter candidat à un poste dans la magistrature. ». V. cependant, sur le terrain de l'article 3, Protocole n°1, CourEDH, 3 déc. 2009, *Seyidzade c. Azerbaïdjan*.

¹⁵⁶ Art. 232 CPC : « Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. »

Art. 237 CPC : « Le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité. »

¹⁵⁷ V. en ce sens, Civ. 2^e, 10 sept. 2009, n°09-10.605 (*D.* 2011. 2411 ; *AJDI* 2012.440 ; *RTDE* 2012.505, obs.I. Rueda) ; Civ. 2^e, 29 sept. 2011, n°09-10.445 ; CE, 26 févr. 1971, n°77459 *Ministre de l'Intérieur c. Aragon*, p. 172.

¹⁵⁸ Conseil d'Etat, *Etude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*, 19 déc. 2013, p. 33.

le fait qu'ils rendent la justice au nom du peuple français entraîne des interrogations particulières à ce sujet s'agissant de leur serment (§1), du port de signes d'appartenance religieuse (§2) et de la question de l'objection de conscience (§3).

§1- Le serment des jurés d'assises

Jusqu'en 1972, le Code de procédure pénale (et, avant lui, le Code d'instruction criminelle de 1808¹⁵⁹) prévoyait que les jurés de cours d'assises devaient prêter serment « devant Dieu et devant les hommes ». Le serment étant considéré comme une formalité substantielle¹⁶⁰, rien ne pouvait être ajouté ou enlevé à la formule légale à peine de nullité. Notamment, les jurés qui invoquaient leur athéisme pour refuser de prêter le serment religieux étaient condamnés à une amende¹⁶¹.

La loi n°72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution, a supprimé l'expression « devant Dieu et les hommes ». Néanmoins, les jurés doivent encore lever la main (signe d'origine religieuse) et prononcer la formule: « je le jure », en vertu de l'article 304 du Code de procédure pénale, ce que pourraient par exemple refuser certains chrétiens très pratiquants qui ne jurent pas. Des témoins d'une autre religion pourraient demander à exprimer une autre formule. Le cas ne s'est, semble-t-il, pas présenté.

Aux termes de l'article 304 du Code de procédure pénale: « Le président adresse aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : « Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions ». Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répond en levant la main : "Je le jure". ».

S'agissant du serment des témoins¹⁶², la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 mai 1987, a admis que satisfait aux prescriptions de l'article 331 du Code de procédure pénale, l'engagement pris par un témoin de religion juive selon

¹⁵⁹ Art. 312: « Le président adressera aux jurés debout et découverts le discours suivant: « Vous jurez et promettez, devant Dieu et devant les hommes; d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre N., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé; ni ceux de la société qui l'accuse; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre. » Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répondra, en levant la main, Je le jure; à peine de nullité »; art. 348 « Les jurés rentreront ensuite dans l'auditoire, et reprendront leur place. Le président leur demandera quel est le résultat de leur délibération. Le chef du jury se lèvera, et la main placée sur son cœur, il dira: Sur mon honneur et ma conscience, devant Dieu et devant les hommes, la déclaration du jury est : Oui, l'accusé, etc. Non, l'accusé, etc. » *Code d'instruction criminelle...*, Paris, [1808] 1810, Imprimerie de Mame, p. 65, p.74-75.

¹⁶⁰ Cass. crim, 20 mai 1882, *D.* 1882, 1, 388-389 ; Cass. crim. 1^{er} juill. 1983, *Bull.* 167. Jurisprudence confirmée par Cass. Crim. 13 févr. 1886 (*D.* 1886, I, p. 430-431). V. aussi par ex. : Cour d'assises de la Marne, 17 juil. 1899 (*D.* 1899, II, 340). V. J. Lalouette, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme* 2013/4 (n°162), p. 45-57, p. 51.

¹⁶¹ Cass. crim., 7 juill. 1892, *S.* 1892, 1, p. 428.

¹⁶² V. *infra*, p. 136.

lequel il a « promis de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité rien que la vérité », forme qu'il a dit être celle du serment autorisé par sa religion¹⁶³.

Par ailleurs, s'agissant du serment professionnel, dans un arrêt du 1^{er} février 2017, la Cour de cassation a jugé que le serment des agents de contrôle de la RATP devant le tribunal de grande instance pouvait être reçu selon les formes en usage dans leur religion. En l'espèce, la prestation de serment avec la formule « je le jure » allait à l'encontre des convictions religieuses de l'employée, de religion catholique. En l'espèce néanmoins, la loi de 1845 sur ce serment ne prévoyait aucune forme spécifique dans laquelle le serment devrait être donné, à la différence de l'article 304 du Code de Procédure Pénale qui prévoit la formule « je le jure »¹⁶⁴.

§2- Le port de signes d'appartenance religieuse par les jurés d'assises

Le serment doit se prêter « découvert ».

Valérie Dervieux, procureur de la République adjointe, fait état d'un président de cour d'assises qui n'a pu recevoir le serment d'une jurée qui refusait de se dévoiler à cette fin. Cette dernière a été condamnée au paiement d'une amende en application de l'article 288, alinéa 6 du Code de procédure pénale¹⁶⁵. Par ailleurs, une personne refusant de retirer ce qui lui couvre la tête au moment de prêter serment sera considérée comme empêchée et remplacée.

Néanmoins, les hypothèses pratiques qu'un juré prête serment « couvert » d'un signe religieux sont extrêmement limitées. En effet, un juré très pratiquant - et portant un signe religieux - aura sans doute déjà été récusé auparavant. Une telle pratique de remplacement d'un juré titulaire par un juré supplémentaire semble être admise par le Conseil d'Etat dans cette hypothèse¹⁶⁶. L'article 297 du Code de procédure pénale prévoit en effet que « l'accusé ou son avocat d'abord, le ministère public ensuite, récusent tels jurés qu'ils jugent à propos, à mesure que leurs noms sortent de l'urne, sauf la limitation exprimée à l'article 298. L'accusé, son avocat, ni le ministère public ne peuvent exposer leurs motifs de récusation. Le jury de jugement est formé à l'instant où sont sortis de l'urne les noms de six ou neuf jurés non récusés, selon les distinctions prévues par le premier alinéa de l'article 296, et les noms des jurés supplémentaires prévus par l'article 296 ». On imagine donc que, par souci de ne pas risquer de débats ou pour donner le maximum de gages de neutralité, en lien avec la théorie de l'apparence,

¹⁶³ Cass. crim., 6 mai 1987, *Bull.* 182. La Cassation est encourue, lorsqu'il ne résulte pas de la formule employée que le témoin se soit engagé à parler sans haine et sans crainte (Cass. crim., 6 déc. 2000, *Bull.* 365).

¹⁶⁴ Cass. ss. soc. 1^{er} févr. 2017, n° 16-10459. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le licenciement de la salariée était discriminatoire (J. Mouly, « Un nouvel exemple de licenciement discriminatoire: le refus de prestation de serment pour motif religieux », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 550).

¹⁶⁵ V.-O. Dervieux, « La laïcité dans les enceintes de la justice », *Gaz. Pal.* 20 févr. 2018, p. 16. La cour d'assises des Pyrénées-Orientales a ainsi exclu en mai 2015 une femme jurée qui refusait d'enlever son voile pour prêter serment. Elle a par ailleurs été condamnée à une amende de 1000 euros, comme l'avait requis l'avocat général.

Art. 288 CPP : « Aux lieu, jour et heure fixés pour l'ouverture de la session, la cour prend séance.

Le greffier procède à l'appel des jurés inscrits sur la liste établie conformément à l'article 266.

La cour statue sur le cas des jurés absents.

Tout juré qui, sans motif légitime, n'a pas déféré à la convocation qu'il a reçue peut être condamné par la cour à une amende de 3 750 euros.

Le juré peut, dans les dix jours de la signification de cette condamnation faite à sa personne ou à son domicile, former opposition devant le tribunal correctionnel du siège de la cour d'assises.

Les peines portées au présent article sont applicables à tout juré qui, même ayant déféré à la convocation, se retire avant l'expiration de ses fonctions, sans une excuse jugée valable par la cour. »

¹⁶⁶ Conseil d'Etat, *Etude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*, 19 déc. 2013.

un juré portant un signe d'appartenance religieuse sera plus facilement récusé.

Néanmoins un juge interviewé nous a relaté l'histoire suivante à propos d'un juré qui était prêtre orthodoxe : « Il s'est déclaré en tant que tel alors même qu'il avait un autre métier, donc qu'il n'était pas obligé de le préciser. Par ailleurs, il portait ses habits religieux. Le président a bien géré la situation. Au moment du tirage au sort, il n'a pas été récusé. Le président a alors demandé aux autres jurés si cela posait un problème pour eux de siéger avec quelqu'un portant ostensiblement des signes religieux. Après, il a enlevé sa croix pour siéger tout en gardant son costume religieux ». Ce qui étonne néanmoins dans ce récit est l'attention portée à la sensibilité des autres jurés et non manifestement à celle de la personne devant être jugée.

Par ailleurs, en vertu de l'article 311 alinéa 2 du Code de procédure pénale, les assesseurs et les jurés « ont le devoir de ne pas manifester leur opinion »¹⁶⁷.

Le *Guide pratique du juré d'assises* édité par le ministère de la Justice en avril 2013 indique parmi les obligations du juré : « vous devrez être impartial, c'est-à-dire indépendant, neutre et objectif, et ne pas manifester votre opinion ». Il est intéressant de constater que ce Guide présente le principe de neutralité comme une composante du principe d'impartialité. Un film d'une vingtaine de minutes, réalisé par le Ministère de la justice, est également projeté aux jurés d'assises qui précise, sans autre détail, que les jurés d'assises doivent être impartiaux.

Un juré de cour d'assises qui manifeste ses croyances en cours de session peut être considéré comme « empêché » et remplacé par un juré supplémentaire aux termes de l'article 296 du Code de procédure pénale qui ne précise pas les cas d'empêchement qui doivent conduire à un tel remplacement : cette décision relève du pouvoir souverain d'appréciation de la cour d'assises. On peut se demander si le port d'insignes religieux n'entre pas en contradiction avec l'impartialité imposée par cet article. Selon Valérie Dervieux, « admettre que le juré puisse manifester ses convictions, n'est-ce pas prendre le risque de jeter la suspicion sur l'impartialité du tribunal¹⁶⁸? »¹⁶⁹. Il y a une dizaine d'années, le directeur des services judiciaires estimait qu'au vu du serment qu'ils doivent prêter aux termes de l'article 304 du Code de procédure pénale « le port d'insignes religieux serait alors en contradiction avec l'impartialité à laquelle les jurés sont soumis ».

Dans son étude du 19 décembre 2013 demandée par le Défenseur des droits, le Conseil d'État estime que la cour d'assises, de manière souveraine, « peut notamment trouver dans les circonstances d'une expression religieuse des éléments de nature à lui conférer le caractère d'une manifestation d'opinion, interdite aux jurés par l'article 311 du Code de procédure pénale, ou des éléments de nature à remettre en cause l'impartialité dont les jurés doivent faire preuve en vertu de l'article 296 de ce Code ».

Cas semble-t-il inédit à l'époque, en 2003, la cour d'assises de Seine Saint Denis a constaté, sur réquisitions conformes du parquet général, l'empêchement d'une jurée qui avait prêté serment tête découverte mais avait choisi de siéger la tête couverte d'un

¹⁶⁷ Art. 311 CPP : « Les assesseurs et les jurés peuvent poser des questions aux accusés et aux témoins en demandant la parole au président. Ils ont le devoir de ne pas manifester leur opinion. ». V. G. Pierron, « La manifestation d'opinion de la part du juré », *RSC* 1940, pp. 339 et s., spéc. p. 342.

¹⁶⁸ V.-O. Dervieux renvoie à l'affaire des propos de l'avocat sur le « jury exclusivement blanc » : v. CEDH 19 avr. 2018, *Ottan c/ France*, n° 41841/12 (D. 2018. 894; *AJ pénal* 2018. 310, obs. J.-B. Thierry ; *D. avocats* 2018. 275, obs. G. Deharo ; *JCP G* 2018, 549) : viole la liberté d'expression la sanction disciplinaire infligée à un avocat ayant critiqué une décision de justice rendue notamment par « un jury blanc, exclusivement blanc » ce qui constitue un jugement de valeur et contribue « à un débat plus large sur la question de la diversité dans la sélection des jurés et, comme l'indique les autorités ordinales, sur le lien entre leur origine et la prise de décision. ».

¹⁶⁹ V.-O. Dervieux, « Cachez ce voile que je ne saurais voir », *Dalloz actualités*, 26 sept. 2018.

foulard. L'audience avait été immédiatement suspendue. Le garde des Sceaux Dominique Perben avait aussitôt demandé au parquet de requérir le remplacement de ce juré par un autre. Dans sa décision, la cour d'assises, se fondant notamment sur l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen, l'article 2 de la Constitution et l'article 304 du Code de procédure pénale, avait estimé que, s'il était impossible de récuser cette femme après qu'elle eut prêté serment, il était possible de la faire remplacer par le premier juré supplémentaire comme lorsqu'un juré exprime une opinion.

Selon la Chancellerie à l'époque, le fait pour un juré de porter le voile porte « atteinte au principe constitutionnel de laïcité et est contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance consacrés par le Code de procédure pénale, code que doit respecter tout citoyen participant au service public de la justice, notamment dans le cadre d'un jury d'assises ». Selon Dominique Perben, manifester extérieurement une conviction religieuse, philosophique ou politique « peut laisser préjuger » que la décision de cette personne en tant que juge « va être influencée » par ce qu'elle « met en avant comme conviction personnelle ». Néanmoins, cette position n'a pas été confirmée par la Cour de cassation.

Dans un arrêt du 4 avril 2007, la Cour de cassation a jugé que la transmission par un juré au conseil de l'accusé d'un pli non cacheté mentionnant « Rien n'est impossible à Dieu » était une manifestation d'opinion interdite aux jurés¹⁷⁰.

Par ailleurs, le 24 juin 2003, le sénateur Hubert Haenel avait déposé une proposition de loi organique (n°364) visant à garantir le respect de la laïcité et de la neutralité du service public de la justice¹⁷¹ qui prévoyait notamment d'insérer dans

¹⁷⁰ Crim. 4 avr. 2007, n°06-81286 : « Sur le premier moyen de cassation du mémoire ampliatif, pris de la violation des articles 6 1, 6 3 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, 304, 313, 591 et 593 du code de procédure pénale, ensemble la liberté de pensée, de conscience et de religion ; en ce qu'il résulte du procès-verbal des débats (p. 14), que la cour, par un arrêt incident, a déclaré le juré titulaire n 10 empêché, pour avoir voulu remettre au conseil de l'accusé un pli non cacheté, sur lequel était écrit " rien est impossible à Dieu " et l'a remplacé par le premier juré supplémentaire ; aux motifs que " l'enquête diligentée par le président en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ayant apporté la preuve que le juré n 10 avait tenté de transmettre à l'accusé un message écrit, il y a lieu d'estimer que, ce faisant, il a méconnu l'interdiction qui lui est faite par l'article 304 du code de procédure pénale d'entrer en communication avec l'une des parties, ce qui fait naître un doute objectif sur son impartialité " ; alors que, d'une part, les communications entre les jurés et les tiers ne sont prohibées que lorsqu'elles portent sur des faits du procès et sont de nature à exercer une influence illégale sur l'opinion des jurés ; que la tentative de transmettre à l'accusé, par l'intermédiaire de son conseil, un billet sur lequel était écrit " rien est impossible à Dieu ", est sans rapport avec les faits de la cause et, surtout, n'est aucunement de nature à exercer une influence sur l'opinion du juré ; alors que, d'autre part, la teneur d'un tel billet, qui se borne à l'expression d'une considération d'ordre général religieuse et métaphysique, n'est pas plus de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de ce juré, faute de constituer une quelconque manifestation d'opinion ; Attendu qu'avisé par l'avocat de l'accusé de ce qu'un juré de jugement lui avait demandé de remettre un pli non cacheté à son client, le président, après enquête, a saisi la cour qui, par les motifs reproduits au moyen, a ordonné le remplacement dudit juré par le premier juré supplémentaire ; Attendu qu'en cet état, aucune violation des textes visés au moyen n'est établie dès lors que, d'une part, le remplacement critiqué étant consécutif à une démarche de son conseil, l'accusé ne saurait se faire un grief de ce remplacement et que, d'autre part, même si l'écrit incriminé n'exprimait pas nécessairement en lui-même une opinion arrêtée sur les faits de l'accusation, la cour a pu trouver dans les circonstances de sa remise des éléments de nature à lui conférer le caractère d'une manifestation d'opinion ; D'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté ».

¹⁷¹ Dans son exposé des motifs, il indiquait : « Certes, il résulte des textes constitutionnels et législatifs que les principes de la laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci, y compris au service public de la justice. Or, comme l'a souligné le Conseil d'État dans un avis du 3 mai 2000, le principe de laïcité fait obstacle à ce que les agents publics disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion. Mais le statut de la magistrature ne contient pas actuellement de dispositions particulières relatives au respect de la laïcité et de la neutralité du service public de la justice.

l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature un article ainsi rédigé : « Art. 10-1 : Le corps judiciaire assure sa mission dans le respect des principes de neutralité et de laïcité. Dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats, les juges et les jurés d'assises, ainsi que les agents du service public de la justice, s'abstiennent de toute manifestation d'appartenance religieuse ou prosélytisme ». Cette proposition n'a cependant jamais été discutée. Et la question n'est pas si simple à trancher. Ainsi, selon François-Xavier Bréchet, « dès lors que l'on considère que les jurés ne sont pas des agents du service public, le principe de neutralité religieuse ne leur est pas applicable de plein droit. Cependant, les textes semblent devoir être interprétés comme faisant obstacle à ce que les jurés portent ostensiblement un signe religieux lors de l'audience, sous peine d'être récusés ou considérés comme « empêchés (...) La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de confirmer cette interprétation restrictive qui ne semble pas unanimement pratiquée et fait l'objet de débats. Il est arrivé, sans que la presse s'en fasse l'écho, que des jurées siègent en portant le voile, de même que des prêtres en tenue de clergyman (selon S. Gaboriau, lors de sa communication sur « Justice et religion » faite en novembre 2007 aux 9^{es} journées européennes du droit de Nancy). Cette diversité des pratiques traduit les interrogations qui entourent l'objet de la participation populaire à la justice : d'aucuns considèrent que ces jurés siègent avant tout en tant que citoyens, dans toute leur diversité ; d'autres qu'ils jugent au nom du peuple français, ce qui les contraint à gommer toute expression de leurs convictions personnelles, y compris dans leur tenue vestimentaire. Les deux opinions ne sont pas dépourvues de force, si ce n'est que, à la différence des juges professionnels, la participation des jurés à l'exercice de la justice ne résulte pas d'un choix de leur part »¹⁷². Ainsi, Simone Gaboriau, ancienne Présidente de chambre à la Cour d'appel de Versailles, estimait qu' « une jurée n'a pas choisi d'être juge, c'est un devoir de citoyen(ne), elle ne peut refuser d'être juge d'un jour ; où est la considération due à ses droits subjectifs si elle est contrainte de renoncer, pendant ce jour, à des éléments personnels essentiels, à ses yeux, au respect de ses croyances ? Les jurés sont incorporés, brièvement, comme acteurs du Service public de la justice mais le sont au nom de leur seule qualité de citoyen [en note l'auteur ajoute : « Ainsi ils ne sont pas rémunérés mais défrayés, les sommes perçues caractérisant une indemnisation »] – avec tous leurs droits subjectifs – et non en raison de leur appartenance à une institution, par définition neutre, de l'Etat»¹⁷³.

Gérard Gonzalez rappelle la position du directeur des services judiciaires selon laquelle le port d'insignes religieux serait en contradiction avec l'impartialité à laquelle les jurés d'assises sont soumis en vertu de leur serment de se décider « avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre ». L'impartialité irait donc au-delà du moment de la seule prestation de serment, au-delà de la « posture » du jury, « debout et découvert » : « C'est signifier qu'arborer un signe religieux met en

L'article 10 du statut de la magistrature interdit certes aux magistrats toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur impose leurs fonctions.

Mais il reste muet sur la question du respect de la laïcité proprement dite.

De manière anecdotique, on peut même relever que, lorsqu'il prête serment, tout magistrat doit jurer de garder « religieusement » le secret des délibérations, ce terme n'étant, bien entendu, pas pris dans son acception première.

Garants de l'application de la loi républicaine, les membres du corps judiciaire doivent se montrer exemplaires au regard des principes de laïcité de l'État et de neutralité du service public ».

¹⁷² F.-X. Bréchet, « Liberté religieuse et audience », *AJDA*, 28/2018, p. 1595.

¹⁷³ S. Gaboriau, *loc. cit.*, p. 119.

soi en cause l'impartialité d'un jury. Faudrait-il aussi s'interroger sur la « couleur » d'un jury, son caractère genré, etc. ? »¹⁷⁴.

Si la question demeure ainsi débattue, la plupart des interlocuteurs interrogés jugent néanmoins logique que les jurés ne portent pas de signes d'appartenance religieuse. Certains pensent même qu'il s'agit d'une règle prévue par les textes. Un juge nous relate l'expérience suivante : « il y a une dizaine d'années aux assises, l'audience débute, on tire au sort les jurés. On leur propose de se retirer pour enlever leurs manteaux, leur dire bonjour avant que l'on retourne en salle d'audience pour commencer le procès. Et là, il y a une dame qui met un voile. Alors, c'est simple, il y a un texte pour les assises. Les jurés sont tête nue et sans signes distinctifs. Donc, généralement, le texte est prévu pour les casquettes, là il s'adaptait immédiatement et donc on lui a dit : « madame, vous sortez du jury et on prend un juré supplémentaire à votre place et on continue le procès sans vous ».

C'était la première fois que j'avais une personne qui voulait marquer sa singularité».

Certains vont même jusqu'à le présenter comme une obligation dans des documents plus officiels. Ainsi, Valérie-Odile Dervieux, dans son *vademecum* sur la laïcité présenté au tribunal de grande instance de Nanterre¹⁷⁵, indique :

« L'impartialité des jurés de la Cour d'assises

Qui ?

Les jurés et les membres du jury

Quelles interdictions ?

- La loi ne permet pas à une personne portant un signe religieux sur la tête de devenir juré, le serment devant se prêter « découvert »
- Le juré, qui après avoir prêté serment, revêt un signe ostensible de ses croyances, sera récusé par le parquet.
- Un membre du jury, qui manifeste ses croyances en cours de session, doit être déclaré « empêché » et remplacé par un juré supplémentaire ».

§3- L'absence officielle d'objection de conscience religieuse pour les jurés d'assises

Le Code de procédure pénale fixe les catégories de personnes pouvant être dispensées, exclues ou rayées des fonctions de jurés.

En vertu de l'article 258, alinéa 2 du Code de procédure pénale : « Peuvent, en outre, être dispensées de ces fonctions les personnes qui invoquent un motif grave reconnu valable par la commission ».

Or, l'article 258-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale ajoute : « Une objection morale d'ordre laïque ou religieux ne constitue pas un motif grave susceptible de justifier l'exclusion de la liste des jurés ». Il est tout d'abord intéressant de noter cette référence à une objection de conscience liée à la laïcité, référence peu courante.

Il semblerait néanmoins qu'en pratique, il puisse arriver d'écarter de la procédure de sélection certains jurés pour des raisons religieuses. Les auteurs du *Droit français des religions* donnent l'exemple des témoins de Jéhovah : « En effet, il paraît difficile de forcer un juré à siéger contre sa propre volonté, sachant par ailleurs qu'il lui est demandé de

¹⁷⁴ G. Gonzalez, « Du pluralisme religieux dans les prétoires selon la CEDH », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 27, 9 juill. 2018, 2205.

¹⁷⁵ V. V. Dervieux, « Audience et laïcité », *Gaz Pal* 18-19 sept 2015 n°261-262.

juger « selon sa conscience et son intime conviction »¹⁷⁶. Imposer à un juré de siéger, quand bien même son refus ne serait pas de ceux prévus dans les textes, comme l'est la religion, serait préjudiciable au bon déroulement du procès et ne garantirait pas les droits de l'accusé.

Par ailleurs, comme pour tout juge, à la différence près qu'ils n'ont pas eu de formation juridique et déontologique pour exercer leurs fonctions, une part de subjectivité ne peut être exclue et est même sans doute inévitable. Elle peut en particulier se manifester au moment de la personnalisation de la peine quand les jurés doivent prendre en compte la personnalité de l'auteur aux termes de l'article 132-24 du Code pénal. On peut imaginer qu'un juré d'une certaine confession, partageant ou opposé à la religion du prévenu, puisse en tenir compte.

Section IV- Le cas des avocats, auxiliaires de justice

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1970 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, « la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante ».

Dans sa version consolidée au 1^{er} août 2017, le Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) définit l'avocat comme un « partenaire de justice et acteur essentiel de la pratique universelle du droit » (article 6.1). La formule du serment de l'avocat est, de longue date, « désacralisée », mais sa tenue engendre en revanche des débats récents et nombreux au regard des signes d'appartenance religieuse.

Seront envisagées successivement les questions relatives à la prestation de serment des avocats (§1), à la manifestation de leurs convictions religieuses (§2) ou encore à la relation qu'ils entretiennent avec leurs clients (§3).

§1- Une prestation de serment dénuée de toute connotation religieuse

A- En France

Jusqu'à la Révolution, l'avocat devait prêter serment sur les Evangiles. La prestation de serment l'avocat a perdu sa dimension religieuse à la Révolution française. Le serment a surtout acquis une dimension politique avec Napoléon Ier¹⁷⁷. Aujourd'hui, aux termes de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1970, l'avocat prête le serment suivant : « Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité ».

Si, en France, la prestation de serment de l'avocat n'a plus de résonance religieuse, d'autres pays voisins adoptent des formules en lien avec la religion, dont la Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître.

¹⁷⁶ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *Droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 753.

¹⁷⁷ La loi du 13 mars 1804 rétablit le ministère d'avocat mais l'Empereur oblige alors les avocats à prêter serment aux constitutions de l'Empire et serment de fidélité à sa personne. L'Ordonnance du 27 août 1830 rend aux avocats leur liberté.

B- A l'étranger

Dans un arrêt *Alexandridis c. Grèce* du 21 février 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a dû statuer sur la question de la prestation de serment d'un avocat grec nommé auprès du tribunal de première instance d'Athènes, condition requise pour l'exercice de ses fonctions. Puisqu'il n'existait qu'un texte standard pour la prestation de serment, il avait été obligé de révéler, lors de la procédure de prestation de serment, qu'il n'était pas chrétien orthodoxe afin de pouvoir prononcer une déclaration solennelle de remplacement. La Cour a conclu à la violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, estimant que cette obligation avait porté atteinte à la liberté du requérant de ne pas être contraint de manifester ses convictions religieuses.

§2- L'avocat et l'expression de ses convictions religieuses

A- La robe de l'avocat et le port de signes d'appartenance religieuse

Au Moyen-Age, les avocats étaient en général des religieux. À l'époque, la justice était de droit divin et le corps des avocats se composait essentiellement de membres du clergé qui plaidaient habillés de leur soutane. L'évolution du costume a suivi la laïcisation de la justice.

« Lorsque la fonction d'avocat s'est laïcisée, le port de la robe est resté de coutume car la symbolique première de la différenciation par rapport au reste de la population continuait d'exister. Cependant, le chaperon qui était une capuche ornée de fourrure notamment pour les grandes occasions fut transformé et intégré à l'habit de l'avocat. Le chaperon comportait 2 extrémités : l'une assez large enveloppant le visage et l'autre plus fine et plus longue permettant la fixation de l'ensemble. Cet ensemble a évolué dans le temps et il ne reste plus qu'un accessoire symbolique appelé désormais épitoge qui se fixe sur l'épaule gauche de la robe. La capuche a été supprimée et remplacée par un cercle; ne sont restées que 2 extrémités : l'une large portée dans le dos l'autre plus étroite, les deux étant ornées d'une fourrure.

Dans un 1er temps, la capuche a été remplacée par la toque : chapeau similaire à celui que portent encore les cardinaux (en rouge) mais qui comportait 4 barrettes alors que celui des cardinaux en comporte 3. Il convient de noter que seuls les avocats parisiens ne portent pas de fourrure sur leur épitoge. Ils sont cependant tenus lorsqu'ils plaident en province de porter une épitoge avec fourrure »¹⁷⁸.

La robe est le signe distinctif des hommes de loi depuis l'arrêté du 23 décembre 1802 des consuls du 2 nivôse an XI qui règle le costume des membres des tribunaux, des gens de la loi et des avoués.

Alors même que depuis longtemps le costume en lui-même s'est laïcisé - même si les 33 boutons qui représentent l'âge du Christ à sa mort, témoignent encore de ce passé ecclésiastique - le port de signes d'appartenance religieuse en plus de la robe fait aujourd'hui débat.

¹⁷⁸ Ponsard & Dumas, spécialiste du costume d'image depuis 1881.
<https://www.ponsard-dumas.com/p-histoire-de-la-robe-davocat.html>

1- En France¹⁷⁹

a) Les règles existantes

L'article 3 de la loi du 31 décembre 1971 précise que les avocats « revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession ».

Dans un avis du 22 novembre 2007, la Commission « règles et usages » du Conseil national des barreaux (CNB) avait déclaré que le port d'un insigne quelconque sur la robe était incompatible avec le serment de l'avocat¹⁸⁰. Mais, en principe, chaque barreau conserve un pouvoir régulateur. Par exemple, le Conseil de l'ordre du barreau de Nantes avait autorisé les avocats à porter un signe distinctif sur la robe (un pin's) pour protester contre un projet de réforme sur l'aide juridictionnelle. A ce propos, la Cour d'appel de Rennes a rappelé que les avocats avaient le droit, de manière ponctuelle, d'afficher une position qui ne porte pas atteinte à leur indépendance¹⁸¹. En l'espèce, souligne une magistrate judiciaire, « c'était un signe d'une revendication ponctuelle, d'une revendication particulière qui avait un lien avec la justice. Donc le procureur avait saisi la cour qui avait décidé que dans la mesure où cela avait été un mouvement limité dans le temps avec un objet particulier, lié à la justice et que cela ne mettait pas en cause le principe d'indépendance. Parce que nous c'est la neutralité, eux, c'est l'indépendance. L'indépendance des avocats, ça ne posait pas question ».

Le Règlement intérieur du barreau de Paris, modifié en juillet 2015, ajoute à son article P33 relatif à la plaidoirie et la postulation un second alinéa (après le 1^{er} alinéa aux termes duquel « L'avocat doit se présenter en robe devant toutes les juridictions ») en vertu duquel: « L'avocat ne peut porter avec la robe de signe manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, communautaire ou politique ». Ces dispositions sont propres au barreau de Paris, indépendantes du règlement intérieur national.

D'autres barreaux, en particulier dans le sud de la France, ont pris des règlements intérieurs pour interdire les signes ostensibles. Mais le fondement juridique d'une telle interdiction n'est pas uniforme. De même, il importe de situer ces initiatives locales dans leur chronologie propre : le fait que ces interprétations construisant la manifestation d'une croyance religieuse comme incompatible avec le serment d'avocat n'apparaissent qu'à l'orée du XXI^{ème} siècle met sur la piste de crispations en lien avec la question de l'islam.

En 2016, une jeune avocate de confession musulmane de Bobigny avait souhaité plaider devant les juridictions coiffée d'un foulard, surmonté de la toque. Rappelons que la toque avait remplacé le capuchon du costume clérical que portaient les avocats au Moyen-âge. Jusque dans les années 70, époque où la toque est tombée en désuétude, ces derniers communiquaient leurs pièces dans le carton de la toque¹⁸².

¹⁷⁹ Sur les différents costumes d'audience :

<http://www.maitre-eolas.fr/post/2007/08/26/705-apprenons-les-reconnatre>

¹⁸⁰ V. déjà l'avis du 17 septembre 2003, sur l'interdiction du port d'un insigne politique: « le port sur la robe d'un insigne d'un parti politique n'est pas compatible avec le serment de l'Avocat qui doit exercer ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. Les Avocats ne peuvent exercer leur fonction avec indépendance en arborant l'insigne d'un parti politique auquel ils manifestent leur volonté de faire allégeance portant ainsi atteinte à l'indépendance dont ils doivent jouir à l'égard de quiconque dont leurs clients ».

¹⁸¹ V. CA Rennes, 22 mai 2015.

¹⁸² On peut néanmoins se demander si certains n'assimilent pas le port exceptionnel de la toque à une certaine expression religieuse traditionnelle quand, à la question suivante posée à un juge administratif « Pensez-vous qu'un avocat ait la possibilité de montrer ses convictions religieuses *via* notamment le port de signes religieux, lors d'audience ? », il nous répond de la manière suivante : « Moi j'ai des avocats qui plaident avec des toques. Il y en a qui

Le bâtonnier de Seine Saint Denis s'était opposé à la demande de l'avocate et cette dernière avait accepté de retirer son voile, pour ne conserver que la toque. Selon un avocat de Bobigny, ce compromis avait déplu à une Présidente de chambre, qui avait exigé de l'avocate qu'elle quitte la salle d'audience. Le bâtonnier Campana avait alors décidé de saisir les institutions représentatives de la profession pour les interroger sur l'élaboration d'une « définition de la tenue d'audience de l'avocat au XXI^{ème} siècle ». Dans sa lettre de saisine, il notait avec inquiétude que « la toque pourrait rapidement devenir, à terme, un accessoire d'une appartenance religieuse manifeste, dès lors que les seules personnes qui la porteraient seraient des confrères d'une même confession ».

Par ailleurs, la question se pose de plus en plus souvent dans les écoles d'avocats où les élèves doivent prêter le « petit serment » au début de leur année de stage pour jurer respecter l'observation du secret des dossiers consultés. C'est seulement à la fin de l'année qu'ils prêtent le serment de la profession. En 2003, la Cour d'appel de Nancy avait ainsi refusé à une élève avocate portant le voile de prêter le « petit serment ». Cette dernière n'était pas venue lors de la cérémonie de prestation de serment commune avec ses camarades de promotion du Centre de formation des avocats de Nancy, en raison selon elle du « harcèlement médiatique ». La Cour d'appel et l'Ordre des avocats avaient alors accepté que sa prestation soit différée et ait lieu à huis clos mais, malgré cette confidentialité, l'étudiante avait refusé de retirer son foulard.

Le même cas s'est présenté lors de la prestation du petit serment à Montpellier. L'école des avocats Centre sud a donc décidé d'insérer dans son règlement intérieur une disposition (art. 24) selon laquelle « l'élève doit, dans les locaux de l'école, adopter une tenue vestimentaire correcte et respectueuse d'autrui et observer les règles de la courtoisie. Cela implique notamment de s'abstenir de tout signe ostensible d'appartenance politique, philosophique ou religieuse ».

En 2015, une affaire avait été largement médiatisée : un avocat, professeur de l'Ecole de Formation du Barreau de Paris avait demandé à une élève avocate d'enlever son voile lors d'un cours de déontologie et, à la suite de son refus, avait commencé à se déshabiller devant les élèves en indiquant que sa religion était le naturisme...

Il est intéressant de souligner à ce propos différents éléments. D'abord, le fait que c'est, ici comme sur bien d'autres sujets, par le voile que la crispation arrive : bien qu'il n'y ait aucune raison, empirique¹⁸³ ou juridique, de penser qu'aucun avocat juif ne s'est jamais présenté dans un prétoire avec une kippa¹⁸⁴, ou un avocat catholique avec une croix visible, il n'est pas sans intérêt d'observer que c'est l'émergence de la pratique du port du *hijab* ou d'une forme de voile islamique qui semble déclencher un processus de construction d'une problématique « port de signes religieux par les avocats ». Il est tout aussi intéressant de constater que le schéma par lequel une avocate musulmane se voit

aiment bien plaider avec leur toque, à Paris ». La toque désigne aujourd'hui la case dans le vestiaire des avocats parisiens.

¹⁸³ Si, comme on l'a expliqué, les entretiens réalisés dans le cadre de ce projet sont exploratoires et n'ont pas vocation statistique, il est néanmoins frappant que nombre d'avocats nous indiquent n'avoir aucun problème avec le fait de repérer, chez des confrères/consœurs, ou de porter eux-mêmes, des signes d'appartenance religieuse.

¹⁸⁴ Un avocat nous a indiqué: « J'ai été sensibilisé au problème il y a une dizaine d'années. Un confrère, voulait plaider avec la kippa. Le bâtonnier, qui était assez gêné par ce comportement, m'a demandé en ma qualité de président des avocats juifs, ce que j'en pensais. J'ai alors expliqué qu'il n'y avait aucune raison que les avocats juifs aient un uniforme différent vis-à-vis de leurs confrères. Par ailleurs, si cette personne souhaitait vraiment porter la kippa, il lui appartenait alors de faire un autre métier. Il pouvait bien sûr la porter jusqu'à l'entrée de la salle du tribunal, mais une fois à l'intérieur, il devait la retirer. J'ai repris cette position, il n'y a pas longtemps, à propos du voile musulman. ». Un avocat de 30 ans nous rapporte aussi le cas d'un jeune avocat qui portait une kippa lors de sa prestation de serment.

reprocher le port de la toque est comparable avec celui qui structure aujourd'hui le contentieux scolaire, puisqu'en effet, ce qui est reproché aux intéressées, c'est de (chercher à) se mettre en conformité avec la loi (dans le cadre scolaire) ou une certaine compréhension du principe de laïcité - qui y verrait la source de commandements de neutralité religieuse s'imposant aux personnes privées. Ainsi, aujourd'hui, et alors même que la loi du 15 mars 2004 portant interdiction de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires publics ne vise que les signes « dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse »¹⁸⁵, on observe que le juge admet que l'autorité scolaire sanctionne sur ce fondement des jeunes femmes portant le bandana, des jupes longues ou des bonnets de laine¹⁸⁶. Ce faisant, le régime juridique de laïcité qui s'est consolidé dans l'espace scolaire au fil d'une quinzaine d'années d'application de la loi de 2004 est un régime qui requiert, au-delà du respect du texte et de l'interdiction qu'il instaure, une « adhésion aux valeurs de la République » qui la fondent - pour le dire dans les termes mêmes de la directrice de l'enseignement scolaire du ministère de l'Éducation nationale¹⁸⁷. En d'autres termes, la loi est appliquée au-delà de sa lettre même, et saisit le comportement des élèves plus que le signe religieux lui-même. Le parallèle avec la manière dont émerge la question du port de signes religieux par les avocats est alors tentant, dans la mesure où, en effet, en l'absence même de règle (juridique ou déontologique) claire permettant de soumettre les avocats à une obligation de neutralité religieuse, on voit que c'est la volonté de certaines avocates musulmanes d'affirmer ouvertement la compatibilité entre les symboles de la profession (la robe et la toque) et les symboles de leur foi (le foulard) qui pose question.

Lors de son assemblée générale du 18 novembre 2016, la Conférence des bâtonniers a adopté le Rapport de Monsieur le Bâtonnier Emmanuel Le Mière, Membre du Bureau de la Conférence des bâtonniers sur le « port de signes distinctifs d'appartenance religieuse à l'audience : réponse ordinale à la pratique de l'avocat ». Selon ce rapport, « il apparaît impossible de considérer que l'élève-avocat est un agent du service public qui, en cette qualité, doit respecter la neutralité de la loi de 1905. L'avocat ne peut probablement pas être qualifié d'agent du service public, qualité qui ne se confond pas avec celle d'auxiliaire de justice faute d'exercice de la prérogative de puissance publique. La notion d'agent du service public est par ailleurs difficilement compatible avec la nécessaire indépendance de l'avocat. Enfin, faute d'un risque avéré d'atteinte à l'ordre public, une telle restriction de la liberté d'expression religieuse serait probablement illégale ». Après avoir rappelé les textes applicables¹⁸⁸, le rapport décide ainsi toutefois que, si nombre de signes (décorations) sont acceptables, le recours à la toque ne saurait plus l'être - à telle enseigne qu'il faut considérer qu'existe une forme d'obligation de plaider tête nue : « En charge du respect de la dignité de la profession, le Conseil de l'Ordre peut intervenir pour éviter que se développent des fantaisies

¹⁸⁵ Circulaire n° 2004-084 du 18 mai 2004.

¹⁸⁶ CE, 5 déc. 2007, n° 295671 ; CE, 10 juin 2009, n° 306833 ; CE, ord., 19 mars 2013, n° 366749.

¹⁸⁷ C. Moreau, « Bilan de l'application de la loi du 15 mars 2004 », in Observatoire de la laïcité, *Rapport Annuel 2013-14*, p. 62.

¹⁸⁸ - Art. 6 arrêté des Consuls de la République du 2 nivôse an II: « Aux audiences de tous les tribunaux, les gens de loi et les avoués porteront la toge de laine, fermée sur le devant, à manches larges ; toque noire, cravate pareille à celle des juges ; cheveux longs ou ronds »

- Art. 35 décret impérial du 14 déc. 1810: « Les avocats porteront la chausse de leur grade de licencié ou de docteur ; ceux inscrits au tableau seront placés dans l'intérieur du parquet. Ils plaideront debout et couverts; mais ils se découvriront lorsqu'ils prendront des conclusions, ou en lisant des pièces du procès »

- Art. 12 décret impérial du 2 juil. 1812: « Les avocats seuls porteront la chausse et parleront couverts, conformément à l'article 35 du décret du 14 décembre 1810 »

- Art. 3 loi du 31 déc. 1971: « Ils revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession »

vestimentaires transformant la robe en accessoire de mode ou en panneau d'affichage de revendications politiques, philosophiques ou religieuses. (...) Une distinction peut être faite lorsque l'avocat porte son costume en dehors de la défense d'un justiciable : cérémonies, audiences solennelles, intervention en qualité de bâtonnier ou par délégation. Ici, le port de la robe est le signe de l'appartenance au barreau dans sa glorieuse dimension historique. Dans ce cas le port des décorations pourrait être autorisé, dans la mesure où elles contribuent au rayonnement du barreau. En tout état de cause, il pourrait être constaté que le port de la toque est tombé en désuétude et serait aujourd'hui, non pas signe de dignité et d'indépendance, mais cause de ridicule pour la profession. Ainsi, il pourrait être disposé que les avocats plaident désormais tête nue, restant sauve la possibilité de se présenter aux audiences solennelles la toque à la main, conformément à l'usage en vigueur dans la magistrature ».

Cette position est aussitôt entérinée sous forme de résolution :
« La Conférence des Bâtonniers, réunie en Assemblée générale, le vendredi 18 novembre 2016 à Paris,
Rappelle son attachement aux principes essentiels de la profession qui doivent conduire chaque avocat dans l'exercice de ses fonctions de défense et de représentation à effacer ce qui lui est personnel au profit de la défense de son client et du droit,
Affirme son attachement au port de la robe comme signe de cette disponibilité à tout justiciable et au service du droit et d'égalité entre les avocats,
Constata le caractère obsolète du port de la toque¹⁸⁹,
Appelle les autorités à réglementer l'usage et la forme du costume d'audience, notamment en prescrivant l'interdiction d'ajouts personnels à la robe à l'exception des décorations françaises pour les audiences solennelles, et en disposant que les avocats se présentent tête nue dans l'exercice public de leurs fonctions d'assistance et de représentation ».

Dans un entretien publié à la *Gazette du Palais*, l'alors bâtonnier du barreau de Coutances-Avranches explicite la résolution: « L'idée maîtresse est que le costume de l'avocat est un symbole d'unité de la profession. Les avocats n'ont jamais arboré de signes d'appartenance à une communauté, religieuse ou autre. Nous ne souhaitons pas que, dans quelques années, la toque devienne le symbole d'un barreau féminin musulman »¹⁹⁰.

Ainsi, même si ce n'est pas dit officiellement dans la Résolution, la réglementation du port du costume imposant de plaider tête nue pourrait s'apparenter à une interdiction générale de porter le foulard pour les avocates.

Suite à cette intervention, la question ne pouvait que s'élargir progressivement. En effet, il semble difficile que la réglementation soit différente selon chaque Barreau ou

¹⁸⁹ Un avocat ayant prêté serment en 1962 se rappelle : « J'ai vu un confrère porter la toque. C'est un avocat royaliste qui a voulu pendant plusieurs années plaider avec la toque et parfois on le laissait, parfois non. Il me semble que l'ordre l'a fait comparaître et lui a interdit de le faire ». Un autre avocat évoque une situation actuelle, mais apparemment exceptionnelle : « Il y a un avocat au barreau de Paris qui est un peu « fêlé », mais ça il ne faut peut-être pas le dire, qui a décidé par idéal de porter la toque et on le voit de temps en temps au Palais de justice, mais je trouve ça rigolo et je n'y attache pas une importance particulière. Il a décidé de respecter la tradition, de se faire un petit peu remarquer avec ça, je ne connais pas bien la raison pour laquelle il la porte (...) il fait ça un peu par provocation ou je ne sais pas ». Sans savoir s'il s'agissait du même, un autre avocat évoque « Pendant très longtemps, il y avait un avocat, un hurluberlu qui, à Paris, portait la toque ».

¹⁹⁰ Entretien avec E. Le Mière, avocat au Barreau de Coutances, membre de la Conférence des bâtonniers, *Gazette du Palais*, 29 novembre 2016, n°42.

dépende de la police de l'audience décidée par chaque Président. Une telle situation entraînerait un traitement différencié selon les tribunaux, voire selon les magistrats au sein d'un même tribunal. Outre les inévitables inégalités de traitement, un tel rôle est malaisé pour le juge. En mars 2017, le Conseil national des Barreaux, qui est chargé « d'unifi[er] par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat » (art. 21-1 de la loi du 31 déc. 1971), a néanmoins refusé de réglementer la matière. Un rapport sur la réglementation du costume d'audience devait être publié en décembre 2016. Il était proposé de définir le costume d'audience, limité à la robe et à l'épitoge, bannissant, en toutes circonstances, « toute décoration¹⁹¹ ou signe manifestant une appartenance religieuse communautaire, philosophique ou politique ». En outre, cette définition devait être ajoutée à l'article 1er du Règlement intérieur national, avec d'autres dispositions relatives à l'indépendance de l'avocat et formulée ainsi : « [l]'avocat doit préserver une indépendance absolue, aussi bien matériellement qu'intellectuellement, exempte de toutes pressions, notamment celles résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures ». Ce rapport n'a finalement pas vu le jour¹⁹².

b) Le débat et la pratique

« Auxiliaire de justice, mais pas agent public, l'avocat doit-il être soumis à l'obligation de neutralité ? Et si tel est le cas, cette obligation aurait-elle vocation à s'appliquer en tout lieu, que l'avocat se trouve dans son cabinet, au tribunal ou à l'extérieur, chez un client, ou participant à une opération d'expertise ? (...) Pour les acteurs de la justice, tels que les magistrats ou le personnel du service public pénitentiaire, qui sont des agents publics, il ne fait pas de doute que l'impartialité recouvre la neutralité religieuse. Qu'en est-il de ceux, tels que les juges non professionnels ou les jurés, qui ne sont pas agents publics ? Il est possible de considérer que l'obligation de neutralité est incluse dans le principe d'impartialité, ou pour les avocats, celui d'indépendance. Ceci étant, si la neutralité religieuse répond à l'exigence d'impartialité, on peut se demander si à l'inverse, l'impartialité implique nécessairement la neutralité religieuse. Le fait d'exposer son appartenance à une religion doit-il être systématiquement interprété comme contraire à l'impartialité ou à l'indépendance ? Faut-il toujours préférer, aussi bien pour les magistrats, que pour les jurés et les avocats, la dissimulation des opinions religieuses à la transparence des convictions, la neutralité religieuse à la représentation pluraliste des croyances ? »¹⁹³.

¹⁹¹ Un avocat nous a déclaré : « nous avons une controverse depuis deux ans à propos des décorations sur la robe. Quelques gauchistes ont déclaré qu'il ne fallait pas porter de décorations tandis que quelques traditionnalistes ont rétorqué que ces décorations étaient portées depuis deux cents ans. Ce sont des épiphénomènes ». Un avocat nous a tenu les propos suivants : « Verges disait « une décoration sur une robe d'avocat, la légion d'honneur sur une robe d'avocat, ça fait tache ». (...) Je pense qu'un avocat doit être indépendant qu'il doit respecter ce principe par rapport à toute institution, donc malgré tout, même si c'est une reconnaissance, c'est pour moi un « hochet » de la République, j'exagère, mais un remerciement de la République, un lien de dépendance d'une certaine manière, c'est une reconnaissance que l'on affiche et qui, pour moi, est contraire à l'indépendance de l'avocat, et d'autre part c'est une rupture aussi sur le principe d'égalité entre les avocats devant un magistrat. Je trouve qu'il n'est pas normal que des confrères portent plein de décorations sur leurs robes vis-à-vis d'un autre confrère. Que les magistrats affichent éventuellement leurs décorations, cela me dérange moins. Mais je trouve que pour les avocats c'est malvenu. Et pourtant je suis lieutenant-colonel de réserve ».

¹⁹² V. A. Portmann, « Réglementation du costume d'audience : le casse-tête autour des signes religieux », *D.*, 7 déc. 2016.

¹⁹³ E. Untermaier-Kerléo, « La portée déontologique du principe de laïcité pour les acteurs de la justice », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 27, 9 juill. 2018, 2202.

Selon d'autres auteurs, « les articles 3 de la loi du 31 décembre 1971 et 6 du RIN confèrent une base légale au devoir de neutralité de l'avocat ». L'article 6.1 du RIN prévoit en effet que l'avocat est « partenaire de justice et acteur essentiel de la pratique universelle du droit ». Ainsi, selon ces auteurs, « l'avocat n'est pas seulement auxiliaire de justice au sein de son système judiciaire en particulier. Il participe également, en exerçant sa profession, de la « pratique universelle du droit ». Dans cette perspective, tous signes particulièrement visibles par lesquels l'avocat manifeste son appartenance à une communauté, à une religion ou à une conviction sont autant de signes venant en contradiction avec cet universalisme que la robe représente »¹⁹⁴.

Il s'agit ainsi d'une question potentiellement sujette à des interprétations divergentes. Ainsi, dans un arrêt rendu le 24 octobre 2018, la Cour de cassation juge qu'un avocat peut porter sur sa robe professionnelle les insignes des distinctions qu'il a reçues (en l'occurrence les insignes de l'ordre national du Mérite et de l'ordre national de la Légion d'honneur). Le principe d'égalité, non plus qu'aucune violation des principes essentiels de la profession, ne s'opposent à l'existence de décorations décernées en récompense des mérites éminents ou distingués au service de la Nation¹⁹⁵.

Concernant, en premier lieu, le panel d'avocats interrogés au cours de nos entretiens, ceux-ci expriment certes assez souvent l'idée selon laquelle ils participent du service public de la justice¹⁹⁶. Ils ajoutent toutefois pour certains qu'ils ne sauraient, dans la mesure où ils exercent une profession indépendante, être soumis à une règle de discipline résultant d'un corpus de droit public : en conséquence, indépendamment d'obligations de discrétion, rien ne leur interdit formellement le port de signes religieux¹⁹⁷, voire de toute décoration, quelle qu'elle soit - même si, là encore, le voile est parfois pointé du doigt, soit de manière générale¹⁹⁸, soit en référence à un événement précis¹⁹⁹. Dans le même ordre d'idées, un avocat estime que le port du signe religieux est possible tant qu'il n'est pas accompagné de prosélytisme²⁰⁰.

Pour un certain nombre d'avocats interrogés, une telle posture ne se rattache pas formellement et juridiquement à un principe de neutralité : ils sont simplement soumis,

¹⁹⁴ B. Bonnet et J. Ferron, « Le port de signes religieux par les avocats », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 27, 9 juill. 2018, 2203.

¹⁹⁵ C. Cass., 1^{re} civ., 24 oct. 2018.

¹⁹⁶ Selon un avocat : « Nous n'avons jamais été considérés en tant qu'avocats comme des gens faisant partie du service public de la justice, ce serait faux de dire ça. Nous sommes des auxiliaires de justice, c'est-à-dire des gens qui interviennent à côté, éventuellement en lien avec le service public de justice. Nous ne sommes pas officiers ministériels, nous n'avons pas cette particularité qu'ont les huissiers ou les notaires, donc moi je ne m'estime pas lié par un principe de neutralité quelconque. ». Un autre affirme : Nous sommes auxiliaires de justice, et non pas fonctionnaires publics. Il y en a bien qui portent avec ostentation leurs décorations sur leurs robes donc ça ne me choquerait pas que certains portent la kippa ou autre chose ».

¹⁹⁷ En ce sens un avocat indique : « Le port de la robe nous oblige à la discrétion, mais rien ne fait obstacle à ce qu'une barbe portée pour des raisons religieuses ne puisse en coiffer le rabat. Les avocats sont des professions indépendantes, et donc non soumises à une quelconque règle de discipline résultant d'un corpus propre au service public ».

¹⁹⁸ Un avocat affirme ainsi que le port de la robe en audience n'interdit en principe aucune parole ou aucun comportement, mais ajoute juste après qu'en revanche, il serait « choqué de voir quelqu'un porter la robe d'avocat et plaider en voile. A ce moment là, il faudrait presque faire réinstaurer le port de la perruque ou la toque pour que tout le monde se sente au même niveau. (...) (L'avocat) est libre (dans ses propos). Il est libre de défendre ce qu'il veut, là-dessus il n'y a pas de souci, dans la limite de l'insulte (...). Mais il peut y avoir un débat sur le port du voile (...) ».

¹⁹⁹ Par exemple lorsqu'une collaboratrice décide de le porter. Un avocat nous indique : « (...) elle va recevoir du monde ici. Chacun a son idée sur le voile et j'ai peur alors que cela puisse poser problème à des clients. (...) on doit sembler le plus ouvert possible. Si des clients n'aiment pas le voile, commercialement, cela va être compliqué pour moi (...) ».

²⁰⁰ « Un avocat qui serait Sikh et qui aurait besoin de porter le turban, par ce que c'est identitaire et religieux, pourrait à mon sens le porter ».

en tant qu'auxiliaires de justice, à une obligation de déontologie²⁰¹. Un avocat précise: « Les avocats sont des auxiliaires de justice. Il ne faut pas oublier une chose, par exemple si un tribunal est incomplet, s'il manque des juges, le président du tribunal peut demander au plus vieil avocat présent dans la salle de compléter le tribunal ». « On fait du droit, on ne fait pas de la propagande religieuse », relève l'un des avocats interrogés ; une autre avocate indiquant que ce n'est pas la neutralité qui gouverne son action, mais son efficacité dans la défense et son indépendance²⁰². Parfois les deux registres se confondent, l'« efficacité » par le droit étant le vecteur et le garant de la neutralité de l'avocat.

D'autres avocats répondent toutefois qu'il leur semble extrêmement difficile de porter un signe religieux dans le cadre d'une plaidoirie, soit que cela est perçu comme pouvant avoir un impact sur la décision du juge, soit que la robe est considérée comme représentant une fonction essentielle d'identification de l'avocat et un symbole de neutralité²⁰³. Certains avocats se considèrent en effet comme étant soumis à un principe de neutralité²⁰⁴. Ainsi, selon un avocat interrogé : « Oui on est soumis à la neutralité mais pas la neutralité des agents publics puisqu'on n'est pas agents publics mais à une neutralité qui se manifeste à travers la robe au tribunal, à l'audience, qui a pour fonction d'assurer une égalité de tous les avocats à l'égard des justiciables : on peut être riche, pauvre, etc., on a le même costume. Donc, c'est une forme de neutralité qui n'est pas que religieuse, qui est sociale aussi mais qui est aussi religieuse; c'est-à-dire que la robe masque le cas échéant des signes religieux, comme le pendentif, et ne peut pas être complétée par des signes religieux selon moi comme une voile ou une kippa à l'audience ». Selon un autre : « Le port de la robe contribue à cette neutralité et à « effacer » la personne de l'avocat au profit de la personne défendue ». Le port de signes religieux devrait d'ailleurs, selon un avocat interrogé, être formellement et explicitement interdit, même s'il indique ne jamais avoir rencontré personnellement d'avocat portant un signe religieux.

Quoi qu'il en soit, les avocats indiquent souvent ne pas avoir de consignes précises, ou font mention de sources juridiques très floues. S'ils reconnaissent pour certains être partiellement soumis à un principe de neutralité, essentiellement par rapport à leur tenue vestimentaire, beaucoup moins dans leurs propos en revanche. Comme le résume un avocat : « Je pense que les propos ne sont jamais neutres, car nous avons tous nos sensibilités, nos croyances, notre éducation qui forcément apparaîtront dans certains termes employés, dans les propos que l'on peut tenir pour défendre nos clients ». Une avocate résume ainsi : « La robe est l'armure ou l'arme qui protège l'avocat et lui permet de dire ce qu'il souhaite ».

²⁰¹ Selon l'avocat interrogé, les avocats sont « redevables d'une obligation de neutralité, mais pas en application du principe de laïcité », celui-ci « (voyant) plus (cela) comme étant appliqué au regard (des) obligations déontologiques (des avocats) » ; il évoque un peu plus loin « une obligation de recul, d'objectivité, de délicatesse ».

²⁰² « la neutralité n'est pas la pierre angulaire de ma profession. (...) La neutralité n'est pas mon souci ; mon souci c'est l'efficacité dans la défense, c'est mon indépendance, (...) la neutralité en tant que telle ce n'est pas ça qui vient soutenir la maxime de mon action ».

²⁰³ Ainsi, selon un avocat: « la robe est justement faite pour cacher tout signe » ; pour un autre: « La robe est un uniforme égalisateur entre les personnes » ; ou encore, un dernier : « une fois que la robe d'avocat est portée, faisant que l'apparence de tous les avocats est la même pour tous ».

²⁰⁴ Cette soumission au principe de neutralité doit toutefois, selon les avocats interrogés, être envisagée essentiellement dans le rapport aux clients (« on a une obligation de neutralité vis-à-vis des clients ; pour moi, c'est pas très déontologique d'imposer à un client un regard religieux (...) il faut être vigilant, c'est ce qui s'appelle le respect »).

Les plaidoiries peuvent ainsi recourir au fait religieux par stratégie²⁰⁵. Un avocat raconte ainsi qu'un de ses confrères « parlait de l'ancien testament : c'était très fort et très puissant ». Il conclut qu'il faut « faire attention à ne pas être partisan » et seulement faire « une utilisation stratégique d'une conviction ». Un autre avocat, de confession juive, rapporte que ses plaidoiries sont en principe neutres mais, qu'exceptionnellement, il lui est arrivé dans des affaires, style diffamation, de faire état de [son] judaïsme » car cette affaire « mettait en cause certaines conceptions du judaïsme »²⁰⁶. Un autre avocat explique que si, en principe, l'argument religieux n'a pas sa place dans les plaidoiries, exceptionnellement, il a « été amené à citer des auteurs juifs dans le cadre d'un litige entre deux boucheries kasher ». Un autre avocat nous a indiqué : « J'ai déjà évoqué le Ramadan pour expliquer que le prévenu croyant et pratiquant était dans un état d'esprit calme au moment des faits et n'avait donc pas provoqué la rixe ». Un juge judiciaire proche de la retraite, constatait qu'en général les avocats parlaient peu de l'argument religieux mais, parfois, dans le cadre de la religion musulmane « les avocats osent de belles plaidoiries (par exemple l'agression sexuelle était impossible du fait de sa religion). Les avocats osent : ils commencent en indiquant qu'ils sont athées et ensuite ils parlent ».

En tout état de cause, faute de réglementation générale et en l'absence de consensus au sein de la profession, les entretiens révèlent à plusieurs reprises des situations dans lesquelles des avocats arboraient un signe religieux. Les pratiques sont variables : il peut s'agir de signes portés de manière dissimulée sous la robe – telle une croix; il peut au contraire s'agir de signes portés sur la robe. De telles pratiques semblent également fluctuer selon l'activité de l'avocat : si certains signes peuvent être portés dans l'enceinte des tribunaux, ils sont le plus souvent retirés par les avocats avant d'entrer dans la salle d'audience²⁰⁷.

Au-delà de ces cas d'espèce, les avocats interrogés n'ont cependant pas connaissance de contentieux sur ce sujet.

Concernant, en second lieu, les magistrats interviewés, certains des entretiens que nous avons menés révèlent que, de leur côté, ils pourraient être plus prompts à attendre ou exiger une neutralité religieuse des avocats. Ainsi, une magistrate de juridiction administrative exprime sa gêne vis-à-vis d'une avocate musulmane s'étant présentée voilée dans la juridiction où elle travaille, pour une audience en référé ; selon elle, le caractère « trop distinctif » du signe en fait un « problème » par rapport à la laïcité, qu'elle rattache à cette occasion à l'impartialité de la justice²⁰⁸. Une autre magistrate administrative nous indique : « Je n'imagine pas un avocat avec une kippa : il n'oserait même pas entrer dans le tribunal ». Un juge judiciaire à la retraite confirme : « Le problème ne se posait même pas, aucun avocat ne serait venu plaider avec une

²⁰⁵ Ainsi, l'un d'entre eux nous a affirmé: « Si la dimension religieuse sert à la défense de mes clients je vais m'en servir ».

²⁰⁶ L'avocat poursuit ainsi: « Il me semblait normal que j'essaie d'expliquer, qu'étant juif, j'étais mieux placé pour comprendre les règles du judaïsme que quelqu'un qui ne l'était pas ; que mon enseignement juif me permettait peut-être d'interpréter un texte de façon différente de mes confrères catholiques ».

²⁰⁷ Une avocate raconte qu'elle avait « un ami très religieux [...] qui portait en permanence une kipa sur la tête mais l'enlevait systématiquement lorsqu'il rentrait dans une salle d'audience. Mais il se baladait avec dans les couloirs du Palais ». Un avocat, Président de l'association Rassemblement des avocats juifs de France, estime qu'un confrère ne pouvait plaider en kipa, mais qu'il « pouvait bien sûr la porter jusqu'à l'entrée de la salle de tribunal ».

²⁰⁸ La magistrate fait d'ailleurs un parallèle direct entre l'obligation de neutralité religieuse à laquelle elle est soumise et celle qu'elle attend de l'avocat.

kippa ». Une autre magistrate administrative, nous livre la position très pragmatique qu'elle adopterait dans un cas similaire : « j'ai tendance à avoir une police de l'audience assez molle, (...) au sens où si ce qui se passe à l'audience ne me dérange pas, je ne vais pas intervenir pour dire : « faites-ceci, faites-cela ». Donc typiquement, si on a une personne qui ne se lève pas et si ça ne me gêne pas qu'elle reste assise, je ne vais pas lui demander de se lever, je ne vais pas l'interrompre pour lui dire de se lever. Si on a des enfants qui parlent dans l'audience et que ça ne me gêne pas, je ne vais pas leur demander de se taire. Si j'ai un avocat qui vient avec une kippa et que ça ne me gêne pas, je ne vais pas le reprendre. Mais pas forcément parce que j'aurais réfléchi à mon rapport à la question religieuse etc., mais plutôt parce que ça s'intègre d'une manière générale dans la façon dont j'exerce la police de l'audience, qui est que je ne reprends les personnes, que quand ça me gêne. (...) Donc je pense que je n'aurais pas une considération pour la question religieuse différente de ma considération pour le reste ».

La question, bien loin de ne concerner que la France, suscite aussi des débats à l'étranger.

2- A l'étranger

Le 21 septembre 2017, au Luxembourg, une future avocate ne fut pas autorisée à prêter le serment voilée devant la Cour supérieure de Justice. Après des échanges entre l'Ordre des avocats et l'intéressée, ainsi qu'avec les représentants de la communauté musulmane (la Shoura), la jeune femme - Française en l'occurrence - avait finalement décidé de se présenter le 14 décembre, tête nue et avait finalement pu prêter serment. C'était le premier incident de ce type au Luxembourg. En Italie, le 17 janvier 2018, une avocate portant le voile avait été exclue du tribunal administratif de Bologne. Elle y avait été admise à nouveau quelques jours plus tard, l'affaire ayant fait l'objet de nombreux débats dans les journaux²⁰⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs été saisie d'une affaire concernant une avocate portant le *hijab* dans un tribunal espagnol à qui le président du tribunal avait demandé de regagner la partie réservée au public au motif que les avocats comparaisant à la barre ne pouvaient se couvrir la tête autrement que par la toque (birette) officielle. Mais dans son arrêt *Barik Edidi c. Espagne* du 26 avril 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré la requête irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes²¹⁰.

B- Le report d'audience en fonction des convictions religieuses de l'avocat

Dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Francesco Sessa c. Italie*, du 3 avril 2012, le requérant, avocat de confession juive, affirmait son impossibilité d'être présent à une audience de renvoi car les deux dates proposées par le juge correspondaient aux fêtes religieuses de Kippour. La date d'audience fut néanmoins

²⁰⁹ V. *infra* p. 187-188 le rapport de C. Pauti sur La laïcité de la justice italienne.

²¹⁰ La Cour a rejeté comme étant mal fondé le grief de la requérante tiré de l'article 6 § 1 de la CEDH. Elle a considéré qu'en ayant introduit tardivement le recours *d'alzada*, la requérante s'était elle-même rendue responsable de la situation dont elle se plaignait. Son comportement avait donc empêché les juridictions internes de se prononcer sur le fond de l'affaire. La Cour a par ailleurs jugé que les griefs de la requérante présentés sous l'angle des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) de la Convention et de l'article 1 (interdiction générale de la discrimination) du Protocole n° 12 à la Convention devaient être rejetés pour non-épuisement des voies de recours internes, en raison du manquement de l'intéressée aux formalités prescrites par le droit national pour l'introduction des recours.

fixée à l'une de ces dates. L'intéressé déposa alors une demande de renvoi de l'audience. Le ministère public et les avocats des prévenus exprimèrent leur opposition à cette demande, faisant valoir l'absence d'une raison de renvoi reconnue par la loi. Le requérant alléguait que le refus de l'autorité judiciaire de reporter l'audience fixée à la date d'une fête religieuse l'avait empêché d'y participer en sa qualité de représentant d'un des plaignants et avait constitué une entrave à son droit à manifester librement sa religion. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 9 de la Convention. Même à supposer l'existence d'une ingérence dans le droit du requérant à exercer librement son culte protégé par le premier paragraphe de l'article 9, la Cour a estimé que celle-ci, prévue par la loi, se justifiait par la protection des droits et libertés d'autrui, et en particulier le droit des justiciables de bénéficier d'un bon fonctionnement de l'administration de la justice et le respect du principe du délai raisonnable de la procédure²¹¹.

Dans le cadre des entretiens, il apparaît que les avocats envisagent parfois de demander un report d'audience pour motif religieux, avec cette idée que « cela se fait », même si de telles pratiques sont susceptibles d'aller à l'encontre des intérêts des clients. De même, un avocat explique ainsi ne jamais plaider le Vendredi saint tandis qu'une autre avocate rapporte demander un report d'audience pour Kippour. Cette dernière précise toutefois que sa démarche n'est pas faite par croyance mais par « tradition familiale » et précise : « Si je peux le faire, si ce n'est pas un dossier trop lourd, trop compliqué, je vais demander le renvoi pour ce motif là mais je sais qu'il y a plein d'avocats qui font des demandes de renvoi d'audience qui tombent le jour de Kippour ». Et effectivement, Kippour est la fête religieuse la plus souvent citée par nos interlocuteurs en cas de demande de renvoi d'une audience. Un autre avocat, président de l'association Rassemblement des avocats juifs de France, déclare « soutenir ses confrères lorsqu'ils ont de difficultés sur des demandes de renvoi le jour de Kippour ». Selon lui, c'est en effet « la grande fête de la religion juive que tout juif, même non religieux, respecte ». Ces demandes de renvoi justifiées par un motif religieux ne soulèvent que rarement des difficultés selon les avocats interrogés²¹². Un avocat évoque aussi une ou deux fois des reports d'audience, demandées par des confrères pour le shabbat, qui ont été accordées. D'où la possibilité, dans certains cas, de prévoir des accommodements raisonnables – une expression par ailleurs citée une seule fois dans les réponses²¹³ : traiter par exemple une audience en deux jours au lieu de quatre pour ne pas empiéter sur la fête de Yom Kippour. Selon un juge « le principe qui doit être respecté, c'est le bon fonctionnement du service public de la justice. Si ça ne porte pas atteinte au bon fonctionnement du service public de la justice, il faut le faire, si ça lui porte atteinte il ne faut pas le faire, mais les choses sont claires. Si on nous prévient suffisamment à l'avance, on peut le faire ». Un autre juge précise : « La décision doit se

²¹¹ Sur cette affaire, v. aussi *infra* p. 184-187 le rapport de C. Pauti sur La laïcité de la justice en Italie.

²¹² Selon un avocat, la demande de renvoi d'audience pour Kippour est fondée sur un motif « religieux. 8 fois sur 10, cela ne pose aucun souci. Après, il peut y avoir un blocage d'un confrère qui explique qu'il s'en moque, qu'en République laïque, on ne prend pas en compte le fait religieux. A ce moment là, on fait arbitrer par le tribunal qui va considérer 9 fois sur 10 qu'on peut renvoyer l'affaire. Par contre, j'ai eu plusieurs fois des problèmes au conseil des prud'hommes, je pense du fait de la composition sociologique de l'instance. En l'espèce, j'ai eu des refus de renvoi. Es qualité, vous avez un avocat qui demande un renvoi devant les prud'hommes de Nanterre, le président lui fait savoir qu'il n'y aura pas de renvoi car il ne reconnaît pas Kippour. Le confrère vient me voir [en qualité d'avocat président de l'association Rassemblement des avocats juifs de France], et j'interviens personnellement, ce qui marche très souvent. Si le refus persiste, je demande au bâtonnier d'intervenir. Il me semble normal que les avocats français qui sont juifs puissent vivre cette fête religieuse une fois par an. [...] Kippour, c'est une fête au-dessus des autres, on nous doit cela ».

²¹³ On retrouve toutefois dans les entretiens à deux reprises la mention du terme « accommodements ».

faire au cas par cas : équilibre entre le respect de cette demande au nom du principe de laïcité (que chacun puisse exercer sa religion) et avec d'autres principes de même valeur tels que la célérité de la justice, les autres justiciables se sont dérangés dans des affaires qui les troublent, le droit de la défense...». Ces demandes de reports et ces accommodements sont peut-être plus fréquents et admis de nos jours. Ainsi, un magistrat administratif à la retraite de 74 ans nous a indiqué : « Personne n'aurait eu l'idée de faire des revendications de ce type-là ». Ce même juge mettait en avant l'incidence sur ces questions de l'introduction des procédures d'urgence : « Tout a changé avec l'introduction des procédures d'urgence dans les TA vers 1988-1989. Avant on avait une vie « extrêmement tranquille ». On pouvait négocier ».

§3- La relation entre l'avocat et ses clients

A- Le choix des clients par les avocats

1- L'utilisation du fait religieux (réel ou supposé) dans la constitution de la clientèle

Il ressort des entretiens menés qu'il arrive que certains avocats soient perçus comme appartenant à telle ou telle communauté religieuse, et qu'une relation se noue autour de cette croyance erronée. De même, certains avocats relatent par exemple le fait de confrères se faisant sciemment passer « pour juif pour récupérer des clients ». De façon générale, le fait qu'un avocat mette en avant sa religion, même en cas d'appartenance avérée, demeure contesté²¹⁴. Néanmoins, les opposants à cette pratique reconnaissent qu'elle n'est pas juridiquement condamnée dès lors qu'elle n'est pas discriminatoire. D'autres n'y ont aucune objection, un avocat estimant même qu'en « fonction de sa clientèle de prospection, il faut savoir jouer de ses atouts ». Elle ajoute : « De façon très froide, je vais dire que c'est une très bonne idée d'assumer un engagement si cela ramène des clients ». Afficher une préférence doit permettre « un avantage compétitif ». Cette utilisation stratégique de la religion résulte parfois de la demande de la clientèle. Ainsi, un avocat de confession juive raconte qu'un client estimait que, l'avocat adversaire étant juif, il était nécessaire qu'il soit défendu par un avocat juif « pour équilibrer sa défense ».

Une jeune avocate inscrite au barreau de Lille et qui avait auparavant exercé à Strasbourg nous résumait ainsi la situation : « Il y a des confrères juifs qui attirent des clients juifs et musulmans qui pensent que les juifs les défendront mieux et qu'ils gagneront les dossiers. Certains pensent que les juifs ont un réseau. Les clients ont des stéréotypes. Le fait que maître X ait une certaine couleur de peau et que moi je m'appelle Myriam nous amène de la clientèle. Il y a beaucoup de gens qui me parlent arabe en pensant que je parle arabe. C'est un cliché. En Alsace, c'est toujours très marqué par la religion ; on sait quel cabinet est de quelle orientation; cela joue pour les gens, au moins dans l'inconscient, et pour toutes les religions. Les Alsaciens sont toujours plus attachés aux questions religieuses même s'ils ne l'avouent pas ».

2- La clause de conscience

Les avocats libéraux ont le droit de choisir leurs clients.

²¹⁴ L'avocate critiquant cette pratique estime cependant « que ce n'est pas la même chose d'avoir une spécialisation [en lien avec la religion telle la constitution de dossiers d'*Alyah*] que de s'afficher comme membre d'une communauté religieuse ».

S'agissant des avocats salariés, l'article 7, al. 6 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose : « En aucun cas, les contrats ou l'appartenance à une société, une association ou un groupement ne peuvent porter atteinte aux règles déontologiques de la profession d'avocat, et notamment au respect des obligations en matière d'aide judiciaire et de commission d'office, et à la faculté pour l'avocat collaborateur ou salarié de demander à être déchargé d'une mission qu'il estime contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance ». Ces affaires sont tranchées par le bâtonnier, et, en appel, par la Cour d'appel siégeant en chambre du conseil.

On peut se demander si un avocat est en droit de refuser une cause pour des motifs de conscience alors qu'il a été commis d'office.

Quand un avocat est commis d'office, c'est au bâtonnier d'apprécier l'éventuel motif de conscience. Aux termes de l'article 9 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1973 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, « l'avocat régulièrement commis d'office par le bâtonnier ou par le président de la cour d'assises ne peut refuser son ministère sans faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le bâtonnier ou par le président ». L'article 88 du décret du 9 juin 1972²¹⁵ ajoute : « les avocats sont tenus de déférer aux désignations et commissions d'office, sauf motif légitime d'excuse ou d'empêchement admis par l'autorité qui a procédé à la désignation ou à la commission. » Enfin, si l'avocat commis d'office refuse sa mission, il enfreint les règles déontologiques et pourra être sanctionné professionnellement.

Si les textes semblent laisser une liberté importante d'appréciation au bâtonnier, on imagine mal que celui-ci refuse car une telle décision irait à l'encontre d'une bonne défense du client. D'une façon pratique, on peut également concevoir que la situation doit être plus difficile à régler dans les petits barreaux que dans les grands et à certaines périodes de l'année.

Mais, en règle générale, la clause de conscience religieuse semble ne pas être utilisée par les avocats qui estiment, pour la plupart de ceux interrogés, devoir défendre tout client, quels que soient ses actes et sa confession. Seul un des avocats interrogés relate un souvenir concernant « un avoué qui avait refusé de faire un divorce car le divorce est interdit par la religion catholique ».

B- Les locaux des cabinets d'avocats

En principe, les locaux dans lesquels sont installés les cabinets d'avocats bénéficient d'une grande liberté dès lors qu'il s'agit d'espaces privés. Le choix de rendre des locaux neutres relève donc d'une simple volonté éventuelle de la part des avocats (pour capter de la clientèle ou au contraire ne pas choquer la clientèle).

Parmi les avocats interrogés, certains reconnaissent que des locaux peuvent manifester une appartenance particulière. Cet affichage se fait parfois de manière subtile – ainsi un avocat qui évoque, de manière critique, « une presse particulière » dans son ancien cabinet²¹⁶, quand l'un de ses confrères, lui aussi interrogé, mentionne la

²¹⁵ Décret n°72-468 du 9 juin 1972 organisant la profession d'avocat, pris pour l'application de la loi 711130 du 31-12-1971.

²¹⁶ Ainsi : « dans l'ancien cabinet dans lequel j'étais, il n'y avait pas de signe religieux mais il y avait une manifestation très forte d'une appartenance religieuse. Pas de signe, mais voilà, de la presse particulière dans la salle d'attente, une expression des opinions religieuses, tout simplement. Mais ... oui c'était discret. Enfin, pour nous ça ne l'était pas, parce que nous on le voyait, mais voilà par rapport aux autres avocats qui pouvaient être dans ce cabinet, on avait nécessairement une opinion très faite sur l'opinion religieuse du chef du cabinet. Sans problème particulier, en tout

présence, « dans un coin de son bureau » d'une « petite icône très discrète », parfois de façon plus visible – ainsi d'une « mezuzah à l'entrée du cabinet » ou dans la salle d'attente²¹⁷, pour un autre un Bouddha sur son bureau, nous précisant que « pour autant, s'il y avait une figure de Bouddha au palais, je trouverais cela étrange », pour un dernier enfin, une photo du Pape²¹⁸.

Une avocate nous a affirmé : « si je le rattache à mon cas personnel, je pense que je ferais en sorte d'avoir des lieux neutres, mais connaissant le milieu des avocats, je ne serais pas choquée qu'une salle de réunion affiche un signe religieux, par exemple un crucifix. L'identité de certains cabinets est tellement marquée, un peu vieille France, un peu vieille droite, un peu catholique donc pour certains cabinets, cela ne serait pas étonnant ».

Bien que ne recourant pas à cette pratique, soit par volonté personnelle, soit pour ne pas « gêner » les clients, plusieurs avocats n'y sont pas hostiles, au nom de la liberté d'expression de la profession²¹⁹.

Nombreux sont néanmoins les avocats qui considèrent que les cabinets doivent être neutres - l'affichage d'un signe religieux étant une rupture d'égalité à l'égard des clients, tout en reconnaissant que cela peut être un argument commercial afin d'étendre la clientèle.

Il est également à noter que, pour plusieurs avocats interrogés, si les bureaux personnels des avocats peuvent comporter des éléments affichant une conviction particulière, le cas des locaux communs, tels que les salles d'attente ou salles de réunion, semble être envisagé différemment.

Plusieurs témoignages montrent qu'il est parfois difficile d'identifier un signe présent dans un bureau comme révélant une appartenance religieuse.

De nombreux avocats opposent les tribunaux où la laïcité est globalement respectée aux cabinets d'avocats où « en revanche, il peut y avoir de la « propagande » religieuse » ou simplement un « affichage » religieux sans nécessaire volonté de propagande : un avocat de 64 ans nous indiquait que pendant 34 ans, il avait eu « une petite icône très discrète dans un coin dans le bureau, ça restait très discret, ... enfin, chacun fait comme il veut. Mais dans les tribunaux, c'est absolument interdit. »

Enfin, la question de l'éventuelle neutralité des locaux peut être étendue à d'autres interrogations qui lui sont indirectement liées :

- Est notamment évoquée la question de la célébration de certaines fêtes, et notamment de la fête de Noël, certaines personnes interrogées considérant qu'un sapin et une fête peuvent être tolérés, mais pas une crèche, quand d'autres se montrent

cas avec le justiciable, mais on nous avait bien fait comprendre, ce qui connote aussi au racisme latent, qu'il y avait une certaine catégorie de personnes qui ne pouvaient pas être en rendez-vous avec nous. Et que si on avait un rendez-vous de ce style là, c'était à l'extérieur. Autant c'était leur cabinet, ils avaient le droit de faire ce qu'ils voulaient dedans, autant ça ne devait avoir aucun impact sur ma clientèle personnelle, que j'avais le droit de recevoir dans les locaux. Et sinon, ce n'était pas une demande expresse, mais c'était fortement sous-entendu. Il y avait aussi des opinions politiques assez extrémistes sur le sujet. Mais j'étais d'autant plus libre qu'on était entrés dans une forme de cabinet groupé, où je ne dépendais pas d'eux directement ; leurs obligations ne m'étaient pas opposables directement. Mais, peut-être, pour les autres collaborateurs du cabinet que c'était un peu plus compliqué de réagir comme ça. »

²¹⁷ Selon l'avocat interrogé : « je me suis dit que, peut-être, pour les clients, cela pourrait être un peu bizarre de rentrer dans un cabinet et de voir cela. Pour autant, je n'ai pas eu de retour en ce sens. J'avais déjà vu cela dans d'autres cabinets, lors d'entretiens. Par exemple lors d'un entretien, il y avait des signes partout. L'avocat était juif et le montrait fortement. Si je trouve cela bizarre, cette situation peut cependant s'expliquer par la recherche d'une clientèle spécifique, orientée. »

²¹⁸ L'avocat nous a indiqué : « cette photo interpelle : mes clients catholiques sont très contents de voir que j'ai un lien avec la catholicité et mes clients juifs s'interrogent. Je suis assez content car cela fait beaucoup parler ».

²¹⁹ Ainsi, l'un d'entre eux nous a affirmé : « Comme il peut y avoir des avocats engagés, avec dans leurs locaux des photos du pape. Les idées peuvent me choquer mais que l'on montre sa foi dans son cabinet ne me choque pas ».

davantage critiques à l'égard d'une telle fête dont le caractère religieux ne saurait faire de doute.

- Se pose, par ailleurs, la question du positionnement général du cabinet au regard des personnels travaillant en son sein, tels que les assistants d'accueil. A ce propos, certains avocats interrogés font référence – sans toutefois la nommer²²⁰ - à la notion d'accommodement raisonnable : ainsi en est-il de trois avocats interrogés simultanément, et qui indiquent avoir autorisé leur assistante d'accueil à faire le ramadan et ainsi à adapter ses horaires, en ne lui prévoyant par exemple pas de pause pour le déjeuner. Un autre avocat indique que « lors du ramadan, le patron est assez souple avec notre assistante ». De même, un avocat donne « par courtoisie » l'après-midi de chaque Vendredi Saint à ses collaborateurs, même s'ils ne l'utilisent pas nécessairement à des fins religieuses.

A contrario, on a pu sentir, chez deux avocates interrogées, une certaine réticence à recruter une collaboratrice qui porte un signe religieux – adoptant de ce fait un comportement discriminatoire à l'égard de cette dernière. L'une d'elle affirme ainsi : « on va trop loin dans ce que je suis capable d'accepter » ; « je ne devrais pas le dire, mais c'est la réalité », quand l'une de ses consœurs rapporte quant à elle que « dans ce cas, on ne dit rien, mais on n'en pense pas moins ».

²²⁰ Seule une magistrate évoque explicitement la notion d'accommodement raisonnable.

CHAPITRE II- LA LIBERTÉ DES JUSTICIABLES, DES TÉMOINS ET DU PUBLIC AU SEIN DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

Section I- La liberté du port de signes d'appartenance religieuse par les usagers du service public de la justice

§1- En France

§2- A l'étranger

Section II- Le serment des témoins

§1- En France

§2- A l'étranger

Section III- Le report d'audiences pour des motifs religieux

§1- En France

§2- A l'étranger

Comme tout usager des services publics - à l'exclusion de ceux du primaire et secondaire publics soumis à une obligation de neutralité religieuse depuis 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 - l'utilisateur du service public de la justice n'est pas soumis à l'exigence de neutralité religieuse et ne peut, en principe, voir ni sa liberté d'opinion et de croyance, ni sa possibilité de les exprimer, limitées. La seule limite légale est celle posée par la loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public - et ne vise dès lors, en matière religieuse, que le voile intégral. Par ailleurs, l'utilisateur, en manifestant ses convictions religieuses, ne doit pas troubler l'ordre public ou entraver le bon fonctionnement du service public de la justice.

Pour l'instant, les usagers du service public de la justice semblent être épargnés par la tendance à vouloir étendre le principe de neutralité à davantage de lieux, en dehors des services publics, et à davantage de destinataires, en dehors des agents de ces services. Si l'extension du principe de neutralité aux usagers du service public de l'enseignement est notamment justifiée par leur fragilité, un tel raisonnement peine en effet à être étendu au domaine judiciaire.

Se poseront ici les questions liées à la liberté du port de signes d'appartenance religieuse par les justiciables (**Section 1**), au serment des témoins (**Section 2**) et enfin aux éventuels reports d'audience pour des motifs religieux, sur demande non plus des avocats mais des justiciables (**Section 3**).

Section 1- La liberté du port de signes d'appartenance religieuse par les usagers du service public de la justice

§1- En France

En France, aucune circulaire relative au port de signes religieux dans l'enceinte des salles d'audience n'existe. La liberté des usagers du service public de la justice ne peut être limitée que par la « police de l'audience » dont l'appréciation relève du pouvoir souverain du président de l'audience. Ainsi, les justiciables, les témoins et les personnes assistant aux audiences sont libres de porter des signes religieux dans l'enceinte des salles d'audience sous réserve du respect des lois - en particulier la prohibition de la

dissimulation totale du visage²²¹ - de conserver « une attitude digne et le respect dû à la justice »²²² et de ne pas causer de « trouble à la sérénité de la justice ». Cette position du ministère de la Justice du 18 janvier 2006 avait d'ailleurs été rappelée dans une délibération de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE).

Cette délibération n°2006-132 du 5 juin 2006 est relative au refus d'accès d'un requérant à la salle d'une audience de ventes judiciaires du tribunal de grande instance de Bobigny en raison du port du turban sikh. La HALDE constate que le réclamant n'avait eu « aucune attitude indigne ou irrespectueuse, et n'a[vait] porté aucun trouble à la sérénité de la justice ». Elle avait ainsi estimé que le réclamant paraissait avoir été victime d'une discrimination en raison de son appartenance à une religion et avait « recommand[é] au Garde des sceaux de prendre toute mesure nécessaire afin de s'assurer que l'ensemble des agents publics (magistrats, greffiers, fonctionnaires) exerçant au sein des juridictions et notamment au sein du tribunal visé ne fassent pas une application erronée des principes de laïcité et de neutralité, susceptible de conduire à des pratiques discriminatoires ».

Dans un arrêt du 2 mai 2018, la Cour d'appel de Versailles²²³ a estimé que le président d'une chambre correctionnelle qui, dans le cadre de son pouvoir de police, avait exigé et obtenu, lors des débats (requête en non-inscription sur le casier judiciaire se déroulant en chambre du conseil), d'une requérante le retrait d'un *hijab*, puis avait exigé quelques minutes plus tard qu'elle s'en défasse à nouveau pour entendre le prononcé de la décision à l'issue du délibéré, et avait ordonné son expulsion face à son refus, avait porté atteinte au droit à un procès équitable au sens de l'article préliminaire du code de procédure pénale et de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Les droits de la défense et du contradictoire n'avaient en effet pas été respectés dans la mesure où cette femme n'avait pas été mise en mesure de pouvoir s'exprimer normalement. En l'espèce, le président avait demandé à la jeune femme de produire sa carte d'identité, déjà vérifiée par l'huissier ; le président ayant alors indiqué à la personne concernée que « (l'on ne voyait pas) ses oreilles », avant de lui demander d'ôter son voile, ce qui a suscité chez cette personne une gêne extrême, puis des pleurs, lesquels ont par la suite empêché la justiciable de s'exprimer. Le président a alors mis en délibéré, et « au moment où il a prononcé son délibéré, il a fait revenir cette jeune femme, qui avait remis son voile, et lui a demandé une nouvelle fois (de l'enlever) » ; ce à quoi la dite jeune femme a réagi en disant : « mais je ne comprends pas, c'était il y a dix minutes, vous avez bien que vu que c'était moi ». Un incident qui s'est clôturé par la demande du président communiquée à l'huissier de faire expulser cette femme.

Comme le rappelle Valérie-Odile Dervieux, la Cour d'appel, pour annuler le jugement, a basé son raisonnement sur les attendus suivants :

- le port du voile relève de la liberté d'exprimer ses convictions, droit qui ne peut être limité que par la loi et notamment le pouvoir de police, légalement fondé, du président de la formation de jugement ;
- la loi qui impose la neutralité du service public ne s'applique pas aux usagers du service public que sont les justiciables ;
- la loi qui interdit la dissimulation du visage dans les espaces publics ne s'applique pas en l'espèce ;

²²¹ V. CourEDH, 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *SAS c. France*, n° 2014-015213 ; JCP A 2015, 2056; CourEDH, 11 juill. 2017, n° 37798/13, *Belgacemi et Oussar c. Belgique* et CourEDH, 11 juill. 2017, n° 4619/12, *D. Belgique* : JCP A 2017, act. 509.

²²² Art. 439 CPC.

²²³ CA Versailles, 18^e ch., 2 mai 2018, n° 17/04172, *Gaz. Pal.* 12 juin 2018, n°323q0, p. 15, comm. V.-O. Dervieux.

- la loi qui organise le pouvoir de police au service de la sérénité des débats ne trouve pas ici de justification en l'absence d'incident ou de risque d'incident.

Reste à mentionner le cas particulier des ministres du culte : non seulement la question du port d'habits religieux peut se poser dans l'hypothèse où ils seraient prévenus, mais encore se pose le cas échéant, la question de savoir comment les magistrats et autres personnels de justice s'adresseraient à eux. Les titres ecclésiastiques (Monseigneur...) peuvent-ils être utilisés ?

La police de l'audience est de la responsabilité du président. Dans ce cadre, il peut être amené à requérir l'intervention des forces de l'ordre pour assurer la sérénité des débats.

Concernant les audiences civiles, la police de l'audience est régie par les dispositions des articles 438 et 439 du code de procédure civile, que l'audience soit publique ou tenue en chambre du conseil²²⁴.

Concernant les audiences pénales, les fondements légaux de ce pouvoir sont dans les articles 401, 402, 404 et 405 du code de procédure pénale²²⁵.

Avant toute chose, parmi les personnes interrogées, on note des propos fondés sur des souvenirs, ou sur des éléments relativement flous. De manière potentiellement surprenante, une magistrate de tribunal administratif indique qu'elle « ne croit pas » avoir déjà vu des requérants ou des personnes dans le public portant un signe d'appartenance religieuse lors d'une audience au sein du tribunal, alors qu'elle a, dans l'enceinte judiciaire (la magistrate interviewée a effectué trois ans et demi de détachement dans la magistrature judiciaire et au Parquet, dont une année au parquet des majeurs, suivis de deux ans et demi au parquet des mineurs), fréquemment fait ce constat. Nombreux sont par ailleurs les avocats qui évoquent avoir observé que des justiciables portaient un signe religieux, le plus souvent en faisant référence expressément à un signe religieux en particulier, en l'occurrence le voile²²⁶. Le port du

²²⁴ Art. 438 CPC : « Le président veille à l'ordre de l'audience. Tout ce qu'il ordonne pour l'assurer doit être immédiatement exécuté.

Les juges disposent des mêmes pouvoirs sur les lieux où ils exercent les fonctions de leur état. »

Art. 439 CPC : « Les personnes qui assistent à l'audience doivent observer une attitude digne et garder le respect dû à la justice. Il leur est interdit de parler sans y avoir été invitées, de donner des signes d'approbation ou de désapprobation, ou de causer du désordre de quelque nature que ce soit.

Le président peut faire expulser toute personne qui n'obtempère pas à ses injonctions, sans préjudice des poursuites pénales ou disciplinaires qui pourraient être exercées contre elle. »

²²⁵ Art. 401 CPP : « Le président a la police de l'audience et la direction des débats. »

Art. 402 CPP : « Le président peut interdire l'accès de la salle d'audience aux mineurs ou à certains d'entre eux. »

Art. 404 CPP : « Lorsque, à l'audience, l'un des assistants trouble l'ordre de quelque manière que ce soit, le président ordonne son expulsion de la salle d'audience.

Si, au cours de l'exécution de cette mesure, il résiste à cet ordre ou cause du tumulte, il est, sur-le-champ, placé sous mandat de dépôt, jugé et puni de deux ans d'emprisonnement, sans préjudice des peines portées au code pénal contre les auteurs d'outrages et de violences envers les magistrats.

Sur l'ordre du président, il est alors contraint par la force publique de quitter l'audience. »

Art. 405 CPP : « Si l'ordre est troublé à l'audience par le prévenu lui-même, il lui est fait application des dispositions de l'article 404.

Le prévenu, même libre, lorsqu'il est expulsé de la salle d'audience, est gardé par la force publique, jusqu'à la fin des débats, à la disposition du tribunal. Il est alors reconduit à l'audience, où le jugement est rendu en sa présence. »

²²⁶ Ainsi, un avocat interrogé évoque des « petits voiles » qu'il a pu observer, mais qui ne le dérangent pas, contrairement au port d'un voile intégral, observé avant la loi de 2010, avant de se concentrer très spécifiquement sur « le voile islamique », ajoutant que « pour les autres confessions chrétiennes, (...) il n'y a pas de signe extérieur, (du moins), (il n'a) jamais rien vu ... il peut y avoir une petite croix, un petit bijou, un truc comme ça, mais (je n'ai) jamais vu de chose excessive ». De même, selon un autre : « Le signe ostentatoire que nous voyons le plus, c'est surtout le voile. Pour autant je n'ai jamais vu de femme en burqa, par exemple. Cela reste des signes très discrets ».

voile est généralement évoqué, pour les magistrats administratifs, dans le contentieux des étrangers²²⁷. Pour les juges judiciaires, surtout dans le contentieux familial. D'autres, en revanche, affirment qu'ils n'ont jamais rien remarqué, ou que cela « ne les a pas choqués »²²⁸, en conservant à ce propos assez souvent un souvenir relativement flou. Un juge indique : « surtout un seul signe me vient en tête, c'est vraiment le voile. À part ça, oui peut-être quelquefois une kippa mais vraiment de manière exceptionnelle. Ce qui est majoritaire, ce qui est potentiellement un signe religieux qui identifie à une religion, c'est le voile ». Un avocat ajoute pour « une croix, personne ne dit rien ». Seul un magistrat administratif interrogé reconnaît avoir déjà observé des justiciables portant un signe religieux, faisant mention en l'espèce de « tous les signes religieux », essentiellement dans le contexte spécifique du droit des étrangers. Un juge judiciaire nous indiquait : « On voit des hommes manifestement radicalisés avec des tenues et attitudes telles que des djellabah, des chaussures informes, des barbes pas taillées. Même si ne sont pas en soi des signes religieux on sait parfaitement à qui on a affaire. Dans le public, je ne faisais pas attention. Je ne sais pas s'il y a une règle dans les tribunaux. Je pense que les services de police qui contrôlent l'entrée des salles d'audience ont des instructions pour ne pas faire rentrer quelqu'un qui serait intégralement voilé dont on ne verrait pas le visage ». De même un juge administratif établissait cette distinction : « Au tribunal administratif, la question de l'identification ne se pose pas comme au tribunal correctionnel. L'identification joue vraiment un rôle important. (...) Les requérants qui sont susceptibles de venir voilés ou de porter des signes distinctifs, quand ils viennent au tribunal, ils ont plutôt à cœur de montrer qu'ils sont intégrés etc. Ils sont plutôt dans cette logique-là, donc en général, ce ne sont pas des foulards très couvrants. (...). Je pense quand même qu'un certain nombre de nos requérants sont briefés par leurs avocats sur la façon dont ils doivent prendre ou ne pas prendre la parole, etc. et je pense que ces requérants-là bénéficient aussi d'un conseil vestimentaire ».

Enfin, certaines personnes interrogées insistent sur le fait que, compte tenu de la médiatisation de la question, peut-être leur attention est plus grande mais ils ne peuvent assurer que les signes soient si nombreux par rapport au passé. Ainsi un magistrat remarque : « il y a une évolution, je pense, à la fois factuelle, mais essentiellement dans le ressenti en ce sens qu'on pense de façon beaucoup plus forte le caractère ostensible d'un signe religieux. Je pense que nous sommes aujourd'hui beaucoup plus attentifs, notamment par l'augmentation de l'information, qui s'est développée. Je pense qu'on était moins sensible, qu'on ne voyait pas avant, ou moins. Cela faisait moins réagir, peut-être ». Par ailleurs à la question : « Avez-vous le sentiment que le fait religieux est davantage visible désormais dans les tribunaux ? », ce même magistrat nous a répondu : « Il y a un frein, ou un respect, au moment de l'entrée dans le tribunal, donc l'augmentation de la visibilité dans la rue ne se traduit pas nécessairement dans l'espace du tribunal ». Une autre en revanche nous indique : « Des petites croix, j'ai dû en voir, mais ça ne m'a pas choquée. Ça ne m'a pas plus choquée à l'époque que la dame maghrébine qui mettait un voile en soie attaché parce qu'elle ne voulait pas sortir « en cheveux » comme on disait à l'époque de ma mère, mais qui pour autant ne montrait pas

²²⁷ Pour un par exemple qui dit voir des « Tchétchènes ou des pays de ce type par exemple ou albanaises, ou kosovares qui portent le foulard. La religion n'est pas une question à l'audience. Les signes qu'on voit sont des foulards, ça s'arrête là. On ne voit pas les mêmes nationalités ici [Strasbourg] qu'à Melun. On n'a pas le même contentieux des étrangers. Ici on a beaucoup de gens des pays de l'Est. On n'a quasiment pas d'africains. A Melun on voyait des africains arriver avec des grosses croix, des grosses bagues mais est-ce qu'il y a un lien avec la religion ?... »

²²⁸ Selon un avocat : « A partir du moment où la loi est respectée, cela ne gêne pas de voir arriver quelqu'un avec un voile, une grande croix ».

un signe religieux comme on le voit depuis une quinzaine d'années. Je pense qu'il y a eu une évolution. C'est qu'il y a une sacrée évolution du signe religieux mais il est quand même très musulman. »

Il convient de distinguer le cas des magistrats et celui des avocats.

Globalement, les magistrats interviewés dans le cadre de notre recherche confirment cette idée qu'il convient de ne pas tomber dans un « intégrisme laïque » ; en ce sens, tant qu'aucun trouble n'est constaté en lien avec le port par les justiciables de signes d'appartenance religieuse, il n'y a pas lieu d'interdire ou de restreindre cette liberté. Peut-être (mais cette hypothèse mériterait d'être confirmée) ce raisonnement est-il plus présent chez les magistrats administratifs, habitués à raisonner en termes de liberté/ordre public ; tout en parvenant généralement à une réponse positive, certains magistrats judiciaires ont en effet pu paraître plus hésitants sur le point de savoir si les justiciables conservaient le droit de manifester leurs croyances religieuses. La réponse donnée par une magistrate judiciaire en banlieue parisienne à la question « Êtes-vous régulièrement confrontée à des gens dans le public d'une audience qui porteraient des signes religieux distinctifs ? » interpelle néanmoins, le port du voile étant quasiment assimilé à un problème : « Ce n'est pas suffisamment régulier pour que ça pose question. On a de la chance, je crois que l'on n'est pas à Bobigny, on n'est pas dans certains quartiers, dans certains tribunaux d'instance. On n'est pas à Château rouge, non, ici on n'a pas de problèmes. Ça ne devient pas quelque chose de récurrent ».

Le principe demeure donc celui de la liberté, conformément à ce que prévoit le droit.

Rares sont ceux qui évoquent les raisons qui peuvent motiver le port d'un signe religieux. Une magistrate judiciaire nous a néanmoins rappelé un cas : « On a constaté un voile qui est mis par une victime alors qu'il ne l'était pas deux ans auparavant. Il s'agissait du cas d'une victime d'un viol qui avait expliqué que c'était très important car cela lui causait une impression de protection et de cohérence interne. Il est important de prendre en compte cet aspect pour apprécier son préjudice dans les paramètres de décision ». Ce même juge soulignait combien il ne fallait pas tirer de conclusion du port ou de l'absence de port de signes religieux : « Des mineures radicalisées peuvent ne porter aucun signe d'appartenance religieuse devant les juges ».

Pour autant, il s'agit là d'un positionnement qui est loin de pouvoir être considéré comme acquis. On retrouve en effet également la position tout à fait inverse. En effet, si certains avocats indiquent que le port, par les justiciables, de signes religieux, n'a entraîné aucune réaction particulière du côté des magistrats²²⁹, il est d'autres cas dans lesquels les magistrats agissent ou interviennent bel et bien en marge du droit.

Ainsi, un magistrat à la retraite, ayant prêté serment en 1983, indique s'être posé la question, avec ses collègues, de savoir « comment réagir si une femme se présentait à l'audience avec un foulard », question ayant débouché sur la décision, prise après discussion en assemblée générale, « de lui demander, gentiment, d'observer le fait qu'il n'y avait pas de couvre-chef dans la salle d'audience ». Le même magistrat affirme d'ailleurs sans ambiguïté que la question du port des signes religieux vaut de manière identique pour les avocats et pour les justiciables. Il ajoute alors qu'« (il n'a) jamais demandé, en tant que président d'audience, à quelqu'un de devoir quitter la salle », et indique également qu'« en correctionnelle, il (lui) est arrivé d'avoir des personnes, des

²²⁹ Ainsi, selon un avocat interrogé : « le changement de regard d'un magistrat se fera plus vis-à-vis du comportement du justiciable que de son apparence ou de sa tenue ».

femmes, foulard en tête, mais là c'est le service d'ordre qui s'en charge, ce n'est pas le président » (la personne interrogée précise qu'il s'agit là de faits datant des années 2000, tout en assurant que « maintenant, c'est pareil », dès lors que sa femme qui « est allée en 2018 assister à une audience, portait une casquette pendant l'instance, la greffière est venue lui demander de retirer sa casquette au motif qu'on ne porte pas de couvre-chef en salle d'audience »).

Dans le même sens encore, une assistante de justice interrogée indique ainsi qu'elle a assisté à une scène « où la présidente demandait au père (d'un prévenu) de retirer son couvre-chef, parce qu'il avait un chapeau (sénégalais) », chapeau qui revêtait par ailleurs « un caractère culturel » et non religieux à proprement parler. La Présidente avait alors dit à ce monsieur : « Monsieur, on se découvre devant la Cour » et lui aurait fait enlever son chapeau.

Pareillement encore, une avocate interrogée indique qu'elle a été confrontée à deux reprises à la demande d'un magistrat à une cliente d'ôter son voile. Elle raconte alors qu'elle a opté, dans chacun de ces deux cas, pour la voie du dialogue, celle-ci ayant abouti, dans le premier cas, via la greffière ; mais celle-ci ayant échoué, dans le second cas en 2015. L'avocate interrogée raconte alors qu'elle a dû indiquer à sa cliente qu'elle devait retirer son voile si elle souhaitait que la juridiction l'entende ; sa cliente ayant par la suite retiré son voile dans la salle d'audience, le Président s'était quant à lui montré offusqué qu'elle ne sorte pas de la salle pour l'ôter. L'avocate interrogée raconte alors avoir déposé une note en délibéré afin que « ce soit acté », « justement pour qu'au cas où ce soit rejeté je puisse aller devant le Conseil d'Etat », saisissant parallèlement le Bâtonnier de cette difficulté. Cette avocate ajoute par ailleurs que, lors de ce second incident, aucun membre de la juridiction n'était intervenu (ni aucun des trois juges, ni le greffier, ni le rapporteur public), et souligne qu'elle a, à plusieurs reprises, ressenti une position peu sûre de la part des magistrats à ce sujet (en l'occurrence des magistrats administratifs).

Concernant, en second lieu, les avocats, les positions peuvent diverger fortement. Si certains d'entre eux considèrent que le port, par leur client, d'un signe religieux ne pose pas de difficulté, d'autres, en revanche, redoutent que celui-ci puisse avoir un impact sur la décision du juge. La raison invoquée est cependant variable. Certains avocats invoquent le principe de précaution imposant de prendre le moins possible de risques²³⁰. Un avocat estime ainsi que cela dessert le justiciable « d'arriver en parlant d'Allah, d'arriver avec un voile ». On notera à nouveau ici, ainsi que le confirme la personne interviewée, que la crispation se noue essentiellement autour de la religion musulmane. D'autres avocats limitent l'expression religieuse de leur client au nom d'une supposée interdiction du port de ces signes sous prétexte que « nous sommes dans un lieu public » ou encore au nom de la « neutralité ». Certaines personnes interviewées indiquent en effet que l'on retrouve parfois l'idée selon laquelle il convient de ne pas porter de signe religieux au cours d'une audience, ce afin de ne pas influencer les magistrats²³¹. Est alors parfois mentionné très précisément le fait de venir assister à

²³⁰ Selon l'un d'entre eux, par exemple, la manifestation de conviction religieuse par le client peut le desservir, « particulièrement le voile », tout en ajoutant : « Je pense que c'est préjudiciable, et même si cela est triste, il y a un sentiment islamophobe qui se développe ».

²³¹ Par exemple, un avocat nous a affirmé : « Dans certaines affaires, telles que, par exemple, la diffamation portant sur la chose religieuse, il n'est pas exclu que le magistrat puisse considérer que la tête [d'un client] couverte par une kipa est un symbole pour lui, montrant un engagement qui n'est pas acceptable »

l'audience « tête nue », et donc sans porter le voile, signe religieux parfois explicitement cité en exemple²³².

Quoi qu'il en soit, rares sont les acteurs interrogés à affirmer explicitement qu'il n'est pas possible d'interdire à un justiciable de porter un signe religieux.

§2- A l'étranger

Dans sa décision *Hamidović c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017, la Cour européenne des droits de l'Homme a constaté que, dans la législation de 38 États contractants²³³, le port de symboles à caractère religieux par des particuliers dans l'enceinte du prétoire n'était pas réglementé. En conséquence, aucun de ces États n'interdit le port de tels symboles au seul motif qu'ils revêtent un caractère religieux. Cependant, une minorité d'États membres imposent aux justiciables, lorsqu'ils se trouvent dans l'enceinte d'une juridiction, un code vestimentaire plus ou moins précis qui, dans quatre États - Belgique, Italie, Portugal et Slovaquie -, prévoit notamment l'obligation de se découvrir. Il semblerait qu'en Italie, au Portugal et en Slovaquie, cette règle n'ait jamais été appliquée à l'égard de symboles à caractère religieux. En ce qui concerne la Belgique, une étude menée par le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand montre que seul un tiers environ des juges belges ont déjà fait usage de cette disposition, mais, dans 80 % des cas environ, à l'égard de couvre-chefs à caractère non religieux tels des casquettes.

Des règles particulières peuvent s'appliquer aux vêtements qui dissimulent le visage (comme la burqa et le niqab). Par exemple, dans l'affaire *R v. D (R)* ([2013] Eq LR 1034), un juge britannique a statué comme suit :

« 1) L'accusée doit se conformer à toutes les instructions de la Cour visant à permettre son identification à tous les stades de la procédure.

2) L'accusée est libre de porter le niqab pendant le procès, sauf lorsqu'elle est interrogée.

3) L'accusée ne peut être interrogée vêtue d'un niqab.

4) L'accusée peut répondre aux questions selon les modalités suivantes : soit dans le prétoire, derrière un panneau la protégeant du regard de l'assistance mais pas de celui du juge, des membres du jury et des conseils, soit à distance, au moyen d'un dispositif de retransmission en direct du son et de l'image.

5) Il est toujours interdit de photographier et de filmer dans la salle d'audience. En l'espèce, j'ordonne également qu'aucun dessin, aucun croquis ni aucune autre représentation de la défenderesse à visage découvert ne soit réalisé ou diffusé ou publié à l'extérieur. » (§22).

Mais c'est essentiellement l'incertitude qui règne sur cette question.

Dans l'affaire *Hamidović*, la Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie du cas en Bosnie-Herzégovine d'un témoin dans le cadre d'un procès pénal - obligé de se présenter au tribunal sous peine de sanction - membre d'un groupe wahhabite/salafiste impliqué dans l'attaque de l'ambassade américaine survenue à Sarajevo en 2011 qui, pour avoir refusé d'ôter sa calotte, avait été expulsé du prétoire et reconnu coupable

²³² Une avocate interviewée reconnaît que « (l'on) est (...) face à des préjugés sur la question de l'islam ».

²³³ Albanie, Allemagne, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, ex-République yougoslave de Macédoine, République de Moldova, Monaco, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine.

d'outrage à magistrat et s'était même vu infliger une amende et une peine privative de liberté pour ne pas s'être acquitté de cette amende. Dans sa décision *Hamidović c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017, la Cour a conclu à la violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme : « la Cour ne voit aucune raison de douter que le geste du requérant était motivé par une conviction sincère que sa religion lui imposait de porter une calotte en toute occasion, et non par une volonté dissimulée de tourner le procès en ridicule, d'inciter autrui à rejeter les valeurs laïques et démocratiques, ou de causer des troubles » (§41). « Contrairement à d'autres membres de son groupe religieux (...), le requérant s'est présenté à la convocation qui lui avait été faite par le tribunal et s'est levé lorsqu'on le lui a demandé, montrant par là même clairement qu'il se soumettait aux lois et juridictions du pays. Rien n'indique qu'il ne fût pas disposé à témoigner ou qu'il ait fait preuve d'un quelconque manque de respect. Dans ces circonstances, la peine pour outrage qui lui a été infligée au seul motif qu'il avait refusé d'ôter sa calotte n'était pas nécessaire dans une société démocratique » (§ 42). La Cour a souligné en particulier que la situation du requérant devait être distinguée des affaires concernant le port de symboles et vêtements religieux sur le lieu de travail, notamment par des agents publics. Ces derniers, contrairement aux particuliers comme le requérant, peuvent avoir un devoir de discrétion, de neutralité et d'impartialité, notamment le devoir de ne pas porter des symboles et vêtements religieux lorsqu'ils exercent des fonctions officielles.

Cette consécration de la libre expression religieuse du témoin est d'autant plus intéressante dans cette affaire que la Cour aurait pu être influencée par le contexte. En effet, le requérant appartenait à un groupe religieux impliqué dans un attentat terroriste dont l'accusé principal, ayant refusé d'ôter sa calotte et de se lever à l'appel du président de la Cour troublant ainsi le déroulement du procès, avait eu une attitude irrespectueuse envers le tribunal.

La récente affaire de la Cour européenne des droits de l'homme, *Lachiri c. Belgique* du 18 septembre 2018 concernait l'exclusion d'une salle d'audience d'une requérante - partie civile dans une affaire de crime passionnel dans laquelle son frère avait été tué - car elle refusait d'enlever son *hijab*, en vertu de l'article 759 du code judiciaire ainsi formulé : « Celui qui assiste aux audiences se tient découvert, dans le respect et le silence ; tout ce que le juge ordonne pour le maintien de l'ordre est exécuté ponctuellement et à l'instant»²³⁴. A la différence de l'affaire *Hamidović c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017, la requérante n'était pas soumise à l'obligation de comparaître devant le tribunal et avait pu être représentée par son avocat. La Cour juge que l'exclusion de Mme Lachiri- simple citoyenne ne représentant pas l'Etat²³⁵ - de la salle d'audience a constitué une « restriction » dans l'exercice par cette dernière du droit de manifester sa religion. Elle estime que la restriction poursuivait comme but légitime la « protection de l'ordre », afin notamment de prévenir les comportements

²³⁴ En l'espèce, la requérante et les autres parties civiles ont interjeté appel de l'ordonnance du 18 janvier 2007 par laquelle la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles avait renvoyé l'auteur présumé devant le tribunal correctionnel. À l'audience du 20 juin 2007 devant la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles, la requérante s'est présentée vêtue d'un foulard islamique. À l'entrée de la salle d'audience, elle a été avertie par l'huissier d'audience, au nom de la présidente de la chambre des mises en accusation, qu'elle devait ôter son foulard sous peine de ne pouvoir entrer dans la salle. La requérante refusant d'obtempérer a dû quitter la salle et n'a pas pu assister à l'audience.

²³⁵ § 44 : « la Cour relève ensuite que la requérante est une simple citoyenne : elle n'est pas représentante de l'État dans l'exercice d'une fonction publique et ne peut donc être soumise, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses (*Ahmet Arslan et autres*, précité, § 48, et *Hamidović*, précité, § 40, et références citées). »

irrespectueux à l'égard de l'institution judiciaire et/ou perturbateurs du bon déroulement d'une audience. La Cour constate cependant que la façon dont Mme Lachiri s'est comportée lors de son entrée en salle d'audience n'était pas irrespectueuse ou ne constituait pas – ou ne risquait pas de constituer – une menace pour le bon déroulement de l'audience (§ 46). La Cour juge donc que la nécessité de la restriction litigieuse ne se trouve pas établie et que l'atteinte portée au droit de Mme Lachiri à la liberté de manifester sa religion n'était pas justifiée dans une société démocratique.

Par ailleurs, « la requérante fait valoir que la mesure litigieuse lui a été imposée dans le Palais de justice de Bruxelles qui est un lieu public, et ouvert à tous. Si un tribunal peut faire partie de l'« espace public », par opposition aux lieux de travail par exemple, la Cour ne saurait toutefois considérer qu'il s'agit d'un lieu public similaire à une voie ou une place publique. Un tribunal est en effet un établissement « public » dans lequel le respect de la neutralité à l'égard des croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion, à l'instar des établissements d'enseignement publics (voir, notamment, *Leyla Şahin*, précité) » (§ 45). En l'espèce, toutefois, l'objectif poursuivi par l'exclusion de la requérante de la salle d'audience n'était pas la préservation de la neutralité de l'espace public. La Cour limite donc son examen au point de savoir si cette mesure était justifiée par le maintien de l'ordre (§ 46).

Comme il est rappelé dans l'opinion dissidente dans cette affaire, « 31. L'affaire *Ahmet Arslan et autres c. Turquie* (n°41135/98 23 février 2010)²³⁶ est similaire en ce sens que certains des requérants avaient refusé d'ôter leur turban devant la Cour de sûreté de l'État, en invoquant leur appartenance religieuse et avaient été sanctionnés pénalement. Mais les faits couvraient des réalités bien plus larges que dans la présente affaire puisqu'il avait également et surtout été reproché aux requérants d'avoir fait le tour de la ville et de s'être rendus dans des lieux publics portant des vêtements témoignant d'une appartenance religieuse. La Cour n'a pas, à dessein, traité spécifiquement des codes vestimentaires dans la salle du tribunal, préférant parler de lieux qui ne sont pas des « établissements publics », pour faire référence aux places ou voies publiques, et en évitant de donner une place particulière et de conférer un régime spécial aux lieux où la justice est rendue ».

L'opinion dissidente poursuit ainsi : « 33. Ainsi, la simple assistance à une audience en tant que spectateur n'est pas comparable à la participation en tant que partie à un procès. Le statut de partie confère le droit de s'adresser parfois directement au tribunal en faisant valoir des demandes, des arguments, ou en formulant des déclarations. Les acteurs du procès, agents de l'État ou auxiliaires de justice, portent des robes d'audience et le déroulement du procès est soumis à des règles bien particulières qui ont pour finalité d'assurer la sérénité de la justice. (V. Antoine GARAPON, « *Bien juger* ». *Essai sur le rituel judiciaire*. Éd. Odile JACOB).

34. « Le rituel » judiciaire dont la tenue vestimentaire est une composante, vise à gommer les différences personnelles de chacun, afin de placer le débat juridique et

²³⁶ Dans cette affaire, les requérants, 127 membres d'un groupe religieux se qualifiant d'*Aczimendi tarikatı*, se plaignaient de leur condamnation en 1997 pour infraction à la loi sur le port du chapeau et à la réglementation du port de vêtements religieux en public pour avoir fait le tour de la ville et avoir comparu en justice vêtus de la tenue caractéristique de leur groupe (composée d'un turban, d'un sarouel, d'une tunique et d'un bâton).

La Cour a conclu à la violation de l'article 9 de la CEDH, estimant en particulier que rien n'indiquait que les requérants avaient représenté une menace pour l'ordre public ou qu'ils avaient fait acte de prosélytisme en exerçant des pressions abusives sur les passants lors de leur rassemblement. Elle a souligné notamment que cette affaire concernait une sanction pour le port de tenues vestimentaires dans des lieux publics ouverts à tous, et non, comme dans d'autres affaires dont elle avait eu à connaître, la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics où la neutralité religieuse pouvait primer le droit de manifester sa religion.

judiciaire au cœur du procès. Les parties ne sont pas exemptées de ces obligations car rien ne doit divertir du but ultime qui est l'issue du procès.

35. La protection de l'ordre, justification qui au terme de la Convention permet de restreindre la liberté religieuse, ne doit pas s'entendre dans la présente affaire comme la prévention du désordre, mais bien comme un élément du bon fonctionnement des institutions de l'État garanti par une application uniforme des lois et règlements. (*Dahlab c. Suisse* (déc.), n°42393/98, CEDH 2001, *Dogru c. France*, n°27058/05 4 décembre 2008).

36. Un tribunal est en effet « un établissement public dans lequel le respect de la neutralité à l'égard des croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion, à l'instar des établissements d'enseignement publics » (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/ CEDH 2005-XI). »

Section 2- Le serment des témoins

§1- En France

La justice obéit à un principe de sacralité et de rites.

Le mot serment a une étymologie religieuse qui dérive du sacrement. La nature religieuse du serment fut rappelée tout au long du XIX^{ème} siècle. Dans les années 1880, la formule « je le jure », que les jurés et les témoins prononcent en levant la main droite lors d'un procès, avait aussi été contestée, car trop connotée religieusement²³⁷. Cette pratique a entraîné plusieurs refus de prêter serment.

Le 6 février 1882, Jules Roche déposa à la Chambre une proposition de loi « tendant à garantir la liberté de conscience devant les tribunaux en modifiant les articles 75, 155, 189, 312, 317, 348 du Code d'Instruction criminelle et en supprimant dans les salles d'audience tout emblème religieux »²³⁸. Le 18 mars 1882, le Garde des sceaux, Gustave Humbert, présente un projet, ayant pour objet les modifications à apporter au mode de prestation de serment devant les cours et les tribunaux. S'appuyant sur les « divers incidents s'étant produits récemment devant certaines cours d'assises et la juridiction correctionnelle, à l'occasion soit du serment que les jurés doivent prêter au début de chaque affaire, soit de la lecture de la déclaration du chef du jury, soit du serment exigé des témoins avant leur déposition », le ministre de la justice propose de désormais laisser le choix aux jurés et témoins d'user ou non d'une formule religieuse²³⁹. Aucun accord ne fut trouvé entre les deux chambres.

Le serment ne fut finalement modifié que par la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution.

« Ainsi, durant les décennies qui virent la France se laïciser dans pratiquement tous les domaines, il fut impossible d'instituer une justice sans Dieu »²⁴⁰.

Néanmoins, des accommodements étaient déjà prévus. Jacqueline Lalouette indique que « la jurisprudence reconnaissait aux israélites, aux mahométans, aux quakers, aux anabaptistes, le droit de prêter serment en suivant les rites et en employant les termes

²³⁷ « Prêter serment, c'est prendre Dieu à témoin de la sincérité de son affirmation », explique l'historienne du droit Victoria Vanneau (« Dieu dans les prétoires », *Cirus*, mai 2016).

²³⁸ V. *supra* p. 72.

²³⁹ Rappelé textuellement par K. Fiorentino, *loc. cit.*, p. 39.

²⁴⁰ J. Lalouette, *loc. cit.*, p. 57.

prescrits par leur culte »²⁴¹.

Aujourd'hui, ni le code civil, ni le code de procédure civile n'imposent ni ne prévoient de formes précises pour la déclaration sous serment. Aucune formule sacramentelle n'est contenue dans les textes, mais en pratique, il est courant de lever la main droite en disant « je le jure » et des accommodements peuvent être prévus. Dans un arrêt du 6 mai 1987, la chambre criminelle de la Cour de cassation, a ainsi admis que satisfait aux prescriptions de l'article 331 du Code de procédure pénale, l'engagement pris par un témoin de religion juive, par lequel il a « promis de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité rien que la vérité », forme qu'il a dit être celle du serment autorisé par sa religion²⁴².

Dès 1846, la chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que, selon un usage constant devenu coutume, la seule formalité substantielle de prestation de serment consistait à dire « je le jure »²⁴³.

Dès le milieu du XIX^{ème} siècle, la Cour de cassation affirmait que « la véritable garantie contre le parjure réside dans la conscience de l'homme, et non dans les solennités accessoires qui n'ajoutent aucune force réelle à l'acte solennel du serment »²⁴⁴. Il en découle que la jurisprudence est très libérale en ce qui concerne la forme du serment, en admettant les formes les plus variées de prestation, notamment au regard des croyances religieuses de la partie qui prête le serment²⁴⁵. Elle a pu ainsi admettre que le serment fût prêté sur le tombeau d'un marabout, en présence du cadi (la partie adverse avait assisté à cette prestation de serment et n'avait pas protesté contre la forme choisie)²⁴⁶.

§2- A l'étranger

La question du serment se pose encore dans certains pays européens. Dans un arrêt *Dimitras et autres c. Grèce* du 3 juin 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a dû statuer sur le cas de prestations de serment de requérants grecs dans le cadre de procédures pénales. Appelés à comparaitre comme témoins, plaignants ou suspectés d'avoir commis des délits, les requérants furent invités, conformément aux prévisions du Code de procédure pénale, à prêter serment en apposant la main droite sur l'Évangile. Ils durent alors informer les autorités qu'ils n'étaient pas chrétiens orthodoxes et qu'ils souhaitaient donc en remplacement faire une affirmation solennelle, demande accueillie chaque fois mais qui les avait contraints à révéler leurs convictions religieuses « non-orthodoxes ».

La Cour a rappelé que la liberté de pensée, de conscience et de religion, indissociable du pluralisme, représente l'une des assises d'une « société démocratique » et qu'elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments essentiels de l'identité des croyants, mais qu'elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Elle avait déjà affirmé que la liberté de manifester ses convictions religieuses comprend le droit de l'individu de ne pas être obligé de

²⁴¹ J. Lalouette, « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prétoires », *Mots*, 1991, p. 23, qui cite en ce sens : V. Jeanvrot, *Le refus de serment*, Chevalier-Maresq, 1887.

²⁴² Cass. crim., 6 mai 1987, n° 86-95.871, *Bull.* 182. V. *supra* p. 104-105. La Cassation est encourue, lorsqu'il ne résulte pas de la formule employée que le témoin se soit engagé à parler sans haine et sans crainte (Cass. crim., 6 déc. 2000, *Bull.* 365).

²⁴³ Civ. 3 mars 1846, *DP* 1846. 1. 103. Dans le même sens, plus de cent ans plus tard, Paris, 3 déc. 1968, *D.* 1969. Somm. 18.

²⁴⁴ Civ. 3 mars 1846, *DP* 1846. 1. 103.

²⁴⁵ F. Ferrand, « Preuve », *Rép de Proc Civile*, 2013.

²⁴⁶ V. Req. 6 nov. 1934, *Gaz. Pal.* 1934. 2. 874.

manifester sa confession ou ses convictions religieuses et de ne pas être obligé d'agir en sorte qu'on puisse déduire qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions, d'autant plus si cela a pour but d'exercer certaines fonctions. Dans la présente affaire, la Cour a conclu à la violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, jugeant que la révélation des convictions religieuses des requérants afin de faire une affirmation solennelle avait porté atteinte à leur liberté de religion et que cette ingérence n'avait été ni justifiée ni proportionnée à l'objectif visé.

Section III- Le report d'audiences pour des motifs religieux

L'usager du service public de la justice ne peut - pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel français - « se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers »²⁴⁷.

On peut penser que le justiciable - et *a fortiori* l'auxiliaire de justice - ne peut en principe obtenir des aménagements particuliers liés à ses croyances (renvoi, organisation de suspensions dédiées, etc.). En réalité, aucun texte n'interdit de tels aménagements. Si, pendant longtemps, la question est restée suffisamment marginale pour qu'elle ne nécessite pas de règle, on peut aujourd'hui se demander dans quelle mesure une protection suffisante de la liberté religieuse ne pourrait pas requérir l'aménagement de règles d'organisation du service public de la justice en ce sens.

Contrairement à une idée reçue, le droit français n'est pas hostile par principe à l'aménagement de règles générales notamment pour motifs religieux : on pense aux repas dans certains services publics (écoles, prisons) ; à la question de l'abattage rituel (où l'on retrouve fréquemment le vocabulaire de la dérogation, de la conciliation) ; aux carrés confessionnels dans les cimetières ; aux accommodements donnant droit à des absences exceptionnelles (CE, *Koen* 1995), à l'attention particulière apportée à certains usagers du service public pendant la période du Ramadan (on pense notamment aux personnes placées en garde à vue ou en prison)...

A ce propos, à la question « avez-vous constaté une augmentation des demandes de reports d'audiences pour des faits religieux ? », une magistrate répond : « Non, mais ce qu'il se passe, c'est qu'avant quand on nous demandait par exemple un renvoi parce qu'il y avait Yom Kippour, on le faisait. Maintenant, on ne le fera plus. C'est-à-dire que la politique dit que le principe « c'est non », sauf si, dans le cadre d'un accommodement raisonnable, on peut le faire sans porter atteinte au bon fonctionnement du service public de la justice. Donc on ne va pas dire « oui bien sûr », on va dire : « attendez, on va voir si c'est possible ». Elle mentionne ensuite deux exemples : le premier relatif à des demandes de renvoi, notamment pendant la période de ramadan ; le second concerne, quant à lui, la durée et l'organisation des audiences, susceptibles d'être scindées en plusieurs parties pour respecter, par exemple, le rythme des prières lorsque le détenu qui comparaît est de confession musulmane²⁴⁸. Et de conclure : « si on dit les choses et

²⁴⁷ Décision n°2004-505 DC du 19 nov. 2004 relative au Traité Constitutionnel de l'Europe.

²⁴⁸ La magistrate ajoute : « Mais la CEDH dit aussi à propos des audiences, que lorsque c'est trop long ce n'est pas bon, « attention ». J'avais par exemple, un jour aux assises un avocat qui demandait, à heure quasiment fixe, des suspensions. Je suis allé voir sur mon ordinateur, je me suis rendu compte que ça correspondait à l'heure des prières. Je lui ai dit : « mais dites-le que c'est l'heure des prières, on ne va pas faire des suspensions à chaque heure des prières, mais peut-être que comme ça le président des assises tachera de coller ces suspensions d'audiences sur au moins une ou deux des heures de prières ». Ce qui fait que, au moins on sait de quoi on parle et sans se soumettre, on s'adapte. Il ne l'a jamais fait, ce qui fait que, à heure fixe, son client, qui était quand même poursuivi pour des choses graves, se

que les choses sont claires, il ne s'agit pas de se soumettre, il s'agit de s'organiser ».

Selon certains juges, une attention particulière devrait pouvoir être apportée aux demandes formulées par des prévenus ou accusés qui comparaissent détenus. Dans ce cas, des aménagements pourraient être décidés dans le cadre notamment de la police de l'audience²⁴⁹.

§1- En France

A défaut d'éléments jurisprudentiels qui permettent sur ce point d'affiner la question de l'aménagement du calendrier juridictionnel, on peut prendre appui sur certains exemples concernant la profession médicale.

Dans sa décision du 23 février 2000, n° 198931, *Exposito*, le Conseil d'Etat a jugé ainsi : « Considérant que compte tenu des obligations professionnelles des médecins composant la juridiction ordinaire, qui rendent très difficile la tenue de ses audiences un autre jour que le dimanche et faute pour le requérant d'avoir justifié de circonstances particulières démontrant qu'une telle pratique aurait conduit à le priver du droit de manifester sa religion, le conseil régional, en siégeant un dimanche, n'a pas rendu sa décision en méconnaissance des stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, par suite, M. X... n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que la section disciplinaire, dont la décision est suffisamment motivée, a écarté le moyen tiré de la violation de l'article 9 de ladite convention ». On déduit donc de ce considérant qu'un requérant pourrait obtenir un report d'audience à condition de justifier de circonstances particulières ; l'arrêt ne permet toutefois pas de comprendre ce que recouvrirait cette notion. Clairement, la seule invocation par le requérant de croyances religieuses qui seraient entravées par la tenue d'audiences ordinaires le dimanche ne suffit pas à ce que soient identifiées de telles circonstances particulières. En d'autres termes, les principes de fonctionnement du service public, et notamment le principe de continuité, semblent pouvoir ici justifier une restriction à liberté religieuse du requérant.

Par ailleurs, dans une décision du 29 janvier 2001, n° 192129, *Bensabat* le Conseil d'Etat a statué ainsi : « Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier soumis au juge du fond que M. X... a reçu communication dès le 25 juillet 1997 de la date de l'audience où l'affaire le concernant devait être jugée et qui était fixée au 2 octobre 1997 ; qu'il a fait valoir par une lettre adressée le 24 septembre 1997 à la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins que ses convictions religieuses lui interdisaient toute activité de nature professionnelle le jour de A... Z... Shana, fête du nouvel an juif, qui tombait précisément le 2 octobre 1997 et demandé pour cette raison le report de l'audience ; Considérant que si le motif ainsi invoqué par M. X... était de nature à justifier cette demande la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins pouvait néanmoins légalement refuser d'y faire droit si elle estimait, par une appréciation qui n'est pas susceptible d'être contrôlée par le juge de cassation, qu'en raison des circonstances de l'espèce, notamment du caractère tardif de sa date de présentation, elle avait pour seul but de différer l'examen de l'affaire et l'exécution de la sanction disciplinaire éventuellement encourue ; qu'ainsi la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins n'a pas méconnu le principe de la liberté des

replait sur lui-même et n'était plus avec nous. Il faisait sa prière. Ce qui était quand même un peu dommage pour tout le monde ».

²⁴⁹ V. Dervieux, « Audience et laïcité », *loc. cit.*

cultes en refusant, pour le motif mentionné ci-dessus d'accéder à la demande de report de l'audience ».

Comme le précisait un magistrat : « Le report d'audience, c'est à la libre appréciation du magistrat, quelle que soit la cause de la demande de report d'audience. Donc là-dessus, il n'y a pas de règle, chacun fait un petit peu en fonction de sa sensibilité, de son appréciation aussi, de la réalité des contraintes matérielles, etc ». Et une autre indiquait : « si on me demande un report, je suis plutôt partisane de déplacer l'audience au même titre que si l'avocat était malade. Mais la conséquence risque d'être une préférence d'un culte par le tribunal. Comment assurer l'égalité entre tous ? Le risque est d'avoir une souplesse avec certaines religions. Il faut vraiment en discuter avec la formation de jugement afin que les différentes chambres réagissent de la même façon. C'est donc pour moi, une décision qui doit venir du chef de juridiction ».

Ici encore, les entretiens laissent entrevoir des pistes intéressantes qui, si elles ne remettent aucunement en cause le principe de neutralité du service public et sa pleine acceptation par les agents rencontrés (notamment, les magistrats), laissent entendre que le fonctionnement concret de l'institution suppose un pragmatisme de bon aloi, en lien avec Kippour (qui est d'ailleurs une des fêtes les plus souvent citées s'agissant des reports), par exemple, ou le Ramadan. Ainsi, tel magistrat exerçant les fonctions de juge des libertés et de la détention qui indique que, si un avocat lui indique qu'une date ne convient pas en raison de la religion de son client, rien n'interdit de prendre cet élément en compte et de chercher à l'accommoder - au même titre que n'importe quelle contrainte à l'instar, par exemple, de la grossesse ou date d'accouchement prévue d'une justiciable enceinte. Tel autre magistrat qui, travaillant dans une juridiction administrative où les jours d'audience sont fixes (deux jours par semaine), indique que cette question n'a guère été soulevée ; il suggère, mais sans certitude, qu'il serait probablement tenu compte d'une interférence avec des fêtes majeures comme Kippour ou l'Aïd, dès lors qu'il est évident qu'aucune audience ne serait jamais programmée à Noël ou Pâques en raison du fait qu'il s'agit de jours fériés. Une autre piste intéressante semble être géographique : une magistrate administrative indique que « dans les juridictions franciliennes » (où, sociologiquement, la plus grande diversité culturelle et religieuse se donne à voir), la pratique selon laquelle les magistrats conviennent collectivement d'un calendrier d'audiences qui convient à tous et notamment du point de vue religieux est courante. Une auxiliaire de justice nous a indiqué : « Kippour c'est une journée donc ça peut être plus facilement aménagé. Un accusé qui doit subir deux semaines d'assises alors qu'il fait le ramadan, je pense que ce ne sont pas les meilleures conditions pour se défendre. Je pense que si ça met en cause la santé de l'accusé, au même titre que s'il était malade, ça l'empêche de se défendre convenablement. Si le ramadan a un impact sur sa santé et sa capacité à se défendre oui, mais je ne sais pas si c'est possible et peut-être que je changerai d'avis ». Ou encore, voici la réponse d'un autre juge qui n'a cependant jamais été confronté à un tel type de demande : « il y a audience et audience. Pour une audience classique, je dirais correctionnelle, moi j'aurais refusé, je m'y serais opposé. De la même manière que je m'opposerais à quelqu'un qui demanderait le report de son audience parce qu'il a une activité je dirais récréative. Même si je comprends que la religion ce n'est pas une activité récréative mais, hormis un motif impérieux, professionnel ou de santé, pour moi c'est un motif qui ne justifie pas le report de quelque chose d'aussi important qu'une audience de jugement. J'aurais peut-être un positionnement différent pour des audiences moins solennelles, moins importantes.

Par exemple, sur des convocations devant un juge unique de type juge d'application des peines, ce qui est procéduralement moins lourd, pourquoi ne pas prendre en compte davantage la situation de vie des personnes ? Mais pour une audience de jugement, *a priori* le report d'une audience, à mon sens, ne peut être motivé que par un motif impérieux, pour un motif professionnel qui n'est pas n'importe lequel ».

Quant aux avocats, certains affirment qu'ils n'ont jamais eu connaissance de demandes de report d'audience fondées sur des motifs religieux, et que s'ils en avaient, ils expliqueraient à leur client qu'une telle demande a peu de chance d'être acceptée sur ce fondement. Un avocat n'ayant jamais été confronté à une demande de report de ce type par un client indiquait même « je n'invoquerais pas la raison réelle car je pense que cela n'a pas à avoir lieu dans cette sphère judiciaire. Par ailleurs, cela peut impacter la décision du juge, donc je ne prendrais pas ce risque pour mon client ». Ou un autre : « J'ai plaidé en cours d'assises lors d'un ramadan, pendant quatre jours et je n'ai pas eu le moindre problème. Ce n'est pas vrai qu'il faut adapter le rythme des juridictions. Je ne veux pas que cela soit une règle. Mais posons le problème autrement : comment gérer un diabétique dans un procès ? Je pense qu'il n'existe pas de règle là-dessus mais au final, on arrive très bien à s'en sortir ».

D'autres, au contraire, confrontés à ce type de demandes, « accepte[nt] sans difficulté » de les formuler. A la question de savoir ce que signifiait une justice laïque, un avocat nous a, entre autres, répondu : « Pour moi, la justice ne tient pas compte du fait religieux mais s'adapte à la réalité si celle-ci est religieuse. Par exemple, pour la demande de report, si chacun est d'accord, alors il faut que cela soit possible. Le rôle de la justice est de s'assurer d'un certain équilibre ». Un autre en revanche indique que « les juridictions n'apprécient pas beaucoup en général, elles n'accordent pas le renvoi. En tout cas j'ai rarement vu accorder un renvoi pour des raisons religieuses ».

De façon très pragmatique, un avocat exerçant depuis moins de cinq ans a répondu à la question de savoir s'il avait déjà demandé, pour lui ou son client, un report d'audience pour respecter une fête religieuse, de la manière suivante : « Non parce que le système fait que la demande n'est pas formulée de la sorte. Le système est très institutionnalisé et informatisé et parmi les motifs, il n'y a pas le motif religieux. Donc quand nous avons un report, nous ne le savons pas. Le report peut être implicite, c'est quelque chose qui n'est pas formalisé comme tel. Le motif religieux n'est pas dans les logiciels ». Autre réponse pragmatique d'un avocat en droit public : « Non, mais comme on n'est pas obligés d'aller aux audiences administratives, que les clients n'y vont pas souvent, ça ne nous fait pas dire grand-chose. » De même, une juge a fait la distinction entre les reports devant l'ordre de juridictions concerné : « c'est différent, parce qu'au tribunal administratif on a besoin de 15 jours pour préparer une audience dans le judiciaire on a besoin de trois quarts d'une journée pour préparer une audience, donc c'est pas la même chose, c'est beaucoup plus facile de dire : « plutôt que de prendre celle-là, je préfère prendre celle-là » ». Par ailleurs, plusieurs interlocuteurs indiquent que, de façon pratique, le report sera plus facilement accordé si c'est une première demande.

Des accommodements peuvent être trouvés. Ainsi, un juge nous a relaté l'épisode suivant : « le fait d'essayer d'éviter les audiences pendant le ramadan c'est très compliqué parce que le ramadan c'est pendant un mois. On ne peut pas ne rien fixer pendant un mois, ce n'est pas possible. Par contre, l'exemple que j'utilise, parce que je l'ai vu lorsque j'étais aux assises, c'est que lorsque quelqu'un prend la décision de faire le ramadan - parce que rien ne l'oblige dans la religion à boire ou à ne pas boire, à manger

ou à ne pas manger - c'est aussi personnellement qu'il prend cette décision, il faut que l'on fasse attention sur la durée des audiences.

Je pense que le principe qui doit être respecté est le bon fonctionnement du service public de la justice. Si ça ne porte pas atteinte au bon fonctionnement du service public de la justice, il faut le faire ; si ça lui porte atteinte, il ne faut pas le faire, mais les choses sont claires. Si on nous prévient suffisamment à l'avance, on peut le faire. J'étais présidente de chambre et je me suis rendue compte que l'on avait une audience sur quatre jours et que le troisième jour, c'était justement Yom Kippour. Donc les avocats m'ont dit qu'ils ne seraient pas là. Ils m'ont dit que mon collègue il y a un an au moment de l'audiencement, qui est fixé à l'avance bien sûr, leur avait refusé en leur disant que c'était contraire à la laïcité, et donc qu'ils ne seraient pas là. (...) ce que je leur ai proposé après avoir regardé le dossier, c'est que l'on traite l'audience en deux jours au lieu de quatre. On l'a fait en deux jours. C'était plus long mais on l'a fait. Avec l'accord de tout le monde, avec l'accord du procureur, avec l'accord des parties, avec l'accord des autres avocats qui n'étaient pas concernés, on a fait l'audience en deux jours ».

§2- A l'étranger

La Commission européenne des droits de l'Homme, dans une décision *S.H. et H.V. c. Autriche* du 13 janvier 1993, a déclaré irrecevable la requête de deux ressortissants autrichiens de confession juive, défendeurs dans un procès civil, qui dénonçaient le refus du tribunal de reporter l'audience tenue pendant la fête juive des Tabernacles (*Soukkot*). Examinant l'affaire principalement sous l'angle de l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable) de la Convention européenne des droits de l'homme, la Commission a conclu à un manque de diligence de la part des intéressés qui n'avaient que tardivement prévenu le tribunal de cette incompatibilité. Pour le même motif, elle a également rejeté les griefs des requérants tirés de l'article 9 pris isolément et combiné avec l'article 14 (interdiction de discrimination). La Commission laisse néanmoins entendre que, si les requérants, une fois avertis de la date de l'audience, avaient dûment informé le tribunal de son caractère problématique au regard de leur religion, celui-ci aurait dû établir une nouvelle date.

TITRE III- LES ETUDES DE DROIT COMPARE

L'Italie, l'Allemagne et les Etats-Unis offrent, à propos du principe de laïcité et/ou de neutralité, autrement dit en ce qui concerne, de manière générale, les rapports entre l'Etat et les religions, et *in fine*, entre l'Etat et les individus, trois panoramas très différents l'un de l'autre. Alors que l'Italie présente une tradition catholique très forte, elle est officiellement un Etat laïc. L'Allemagne, quant à elle, connaît une forme très particulière de séparation des Eglises et de l'Etat, fondée sur la coopération et le dialogue. Quant au droit américain, il ne connaît pas en tant que tel le principe de laïcité, et repose sur une habile combinaison de la clause de non-établissement, d'une part, et de la clause de *Free Exercise*, d'autre part.

Ces trois ordres juridiques présentent néanmoins tous la particularité de faire reposer l'obligation de neutralité religieuse et idéologique à l'égard de l'Etat sur un panel de droits fondamentaux, plus ou moins similaires, mais qui vont simplement connaître des agencements et des conciliations différentes.

Si la liberté religieuse semble partout être la priorité et le fondement d'un édifice construit tout à la fois par le pouvoir constituant, le législateur et le juge, d'autres enjeux entrent en ligne de compte, à commencer par le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations. C'est ici que le bât semble parfois blesser, les derniers vestiges du traitement privilégié réservé à la religion catholique en Allemagne et en Italie s'accompagnant par ailleurs parfois de certaines formes de discriminations implicites ou déguisées à l'égard d'autres croyances religieuses, et en l'occurrence à l'égard de la religion musulmane. En attestent notamment les discussions et les textes récents concernant l'interdiction du port du *niqab*, voire même le port de simples signes religieux au sein des lieux de justice, généralement imposée aux représentants de la justice, et en premier lieu aux magistrats, et qui tend parfois dans la pratique à être imposée aux justiciables.

C'est ici que la Cour européenne des droits de l'Homme peut, au regard des droits allemand et italien, jouer un rôle majeur, au soutien de la liberté de religion ; un rôle qui tend, du moins partiellement, à lisser certaines différences entre les différents ordres juridiques.

En attendant, le droit semble, tant en Allemagne (**CHAPITRE III**) qu'en Italie (**CHAPITRE II**) et aux Etats-Unis (**CHAPITRE I**), encore relativement instable et incertain, dépendant des aléas politiques, et tout particulièrement des débats, vifs et très actuels, relatifs aux flux migratoires et à l'intégration des ressortissants étrangers au sein de sociétés en voie de sécularisation. Un droit qui reste donc à clarifier, d'une part, et à stabiliser, d'autre part.

CHAPITRE I- LA LAÏCITÉ DANS LA JUSTICE. POINTS DE COMPARAISON NORD-AMERICAINS

Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ

Section I- Les bâtiments judiciaires

Section II- Les professions judiciaires

§1- *Les Juges*

§2- *Administrative Rules of the Unified Court System and Uniform Rules of the Trial Courts*

§3- *Les Avocats*

§4- *Les Jurés*

Section III- Les justiciables

En tant que tel, le principe de laïcité n'existe pas aux Etats-Unis. La Constitution fédérale comprend deux dispositions principales en lien avec la religion -tant comme liberté individuelle que comme ordre normatif dont il importe de déterminer les rapports avec l'Etat. Par la première, elle affirme un principe de liberté religieuse des individus (*Free Exercise Clause*) ; par la seconde, un principe de séparation des Eglises et de l'Etat (*Non Establishment clause*)²⁵⁰. Ces dispositions sont à mettre en relation avec une assez forte prégnance du fait religieux dans la société américaine. Les sondages révèlent qu'encore aujourd'hui, une très large part de la population déclare une croyance religieuse. De manière générale, la religion demeure relativement visible dans la vie publique. Emblématiquement, les présidents américains (mais aussi nombre d'autres dépositaires de l'autorité publique) prêtent traditionnellement serment sur la Bible lorsqu'ils entrent en fonctions²⁵¹ et nombre d'entre eux ont pu, notamment dans la période récente, se déclarer comme profondément religieux et revendiquer le sous-bassement religieux de nombre de leurs actions²⁵².

Il ne s'agit pas de s'intéresser, à titre principal, à la liberté religieuse en tant que liberté individuelle, mais plutôt à la mesure dans laquelle la visibilité et l'expression religieuses peuvent être réglementées à la faveur du fonctionnement de la justice -que ce soit dans le prétoire ou dans la pratique professionnelle des juges, avocats, jurés etc. Pour ce faire, il importe de rappeler au préalable quelques éléments relatifs à l'économie générale de la clause de non-établissement. Pour partie, cette disposition de la Constitution fédérale américaine recoupe la logique de la séparation qu'exprime, par exemple, le principe français de laïcité²⁵³. Mais elle exclut par ailleurs explicitement toute logique d'injonction axiologique et/ou identitaire dont on voit, au contraire, qu'elle gagne droit de cité dans les évolutions contemporaines du sens prêté au principe

²⁵⁰ Premier amendement de la Constitution américaine : « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ».

²⁵¹ En réalité, la Constitution américaine prévoit le texte du serment d'entrée en fonctions, mais ne prescrit pas le recours à la Bible. Il semble toutefois que les exceptions à cette tradition inaugurée par Georges Washington soient peu nombreuses (Theodore Roosevelt n'aurait pas utilisé de Bible, de même que John Quincy Adams et Franklin Pierce). De même, c'est semble-t-il par tradition que les présidents font suivre le serment constitutionnel de la formule « So Help Me God ». Elle est en revanche prescrite par les règles applicables à nombre d'autres postes et fonctions publics, tant au niveau fédéral qu'au niveau des Etats ; le cas échéant, elles doivent cependant faire l'objet d'accommodements au nom de la liberté religieuse des personnes qu'elles pourraient méconnaître.

²⁵² Camille Froidevaux-Metterie, *Politique et Religion aux Etats-Unis*, La Découverte, 2009, Coll. Repères.

²⁵³ Elisabeth Zoller, *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, 2005.

juridique de laïcité en France²⁵⁴. La Cour suprême américaine affirmait ainsi très clairement en 1976 que « A way of life, however virtuous and admirable, may not be interposed as a barrier to reasonable state regulation... if it is based on purely secular considerations »²⁵⁵, disqualifiant ainsi toute conception axiologique laïque (ou séculière) du bien commun.

De manière générale, le cadre constitutionnel relatif à la clause de non-établissement a été fixé par la Cour Suprême en 1971 dans la décision *Lemon v. Kurtzman* établissant ce qu'on appelle, désormais, le *Lemon test*²⁵⁶. Pour être compatible avec les exigences constitutionnelles, une mesure « ne doit pas avoir un objectif religieux. Ensuite, son effet principal ne doit être ni de promouvoir ni d'inhiber la religion. Enfin, elle ne doit pas entraîner une implication excessive de l'autorité publique dans la religion. Si la mesure litigieuse échoue à un seul de ces éléments, elle viole la clause d'établissement »²⁵⁷. La clause d'établissement a ainsi nourri une jurisprudence abondante (et difficile à systématiser) qui établit des règles relatives à, par exemple : le calendrier des jours fériés dans les écoles publiques²⁵⁸, la question des prières publiques²⁵⁹, l'installation de signes ou symboles religieux dans les espaces publics - qu'ils soient de propriété privée ou publique²⁶⁰ ainsi que, naturellement, la question des régulations juridiques possibles, ou non, du port de signes religieux dans l'espace public²⁶¹. Elle informe aussi la lecture américaine de l'interdiction française de port de signes religieux dans les écoles²⁶² ou ailleurs²⁶³.

Parallèlement, la jurisprudence américaine relative à la clause de non-établissement établit assez clairement l'impossibilité, pour les autorités publiques quelles qu'elles soient, d'interpréter (et moins encore de qualifier) la signification de tel ou tel signe religieux²⁶⁴ : « courts are not arbiters of scriptural interpretation ». Ainsi, aucune juridiction ne saurait juger le témoin de Jéhovah qui préfère démissionner de son travail dans une fonderie plutôt que prendre part à la fabrication de pièces pour

²⁵⁴ Sur ce point, on se permet de renvoyer à Stéphanie Hennette Vauchez, « Séparation, Garantie, Neutralité : les multiples grammaires de la laïcité », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2016, n°53, p. 9.

²⁵⁵ SCOTUS, *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 2015 (1976), pp. 215-16.

²⁵⁶ SCOTUS, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

²⁵⁷ Thomas Hochmann, « Le Christ, le père Noël et la laïcité en France et aux Etats-Unis », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2016, n°53, p. 53.

²⁵⁸ Maureen McFarlane, « A constitutional quandary : closing schools on days with religious significance », *Maine Bar Journal*, 2003, vol. 18, p. 203.

²⁵⁹ Question fort débattue aujourd'hui encore. Dans les années 1960, la Cour Suprême rend un grand arrêt par lequel elle déclare inconstitutionnelles les prières dans les écoles publiques (SCOTUS, *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962)) ; mais plus récemment, elle a pris une position bien différente au sujet des prières publiques en ouverture de sessions législatives dans les institutions étatiques (*Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565 (2014)) ; et la cour d'appel fédérale du District of Columbia a pris la même position en ce qui concerne le Congrès des Etats-Unis (District court, District of Columbia, 11 Oct. 2017, *Barker v. Conroy*, Civil Action No. 2016-0850 (D.D.C. 2017)).

²⁶⁰ V. The Pew Forum on Religion and Public Life, *Religious Displays and the Courts*, June 2007 ; v. aussi : Louise Gerdes dir., *Should Religious Symbols Be Allowed on Public Land?*, Greenhaven Press, 2011 ; John Blakeman, *the Bible in the Park: Religious Expression, Public Forums and Federal District Courts*, University of Akron Press, 2005.

²⁶¹ John Blakeman, « The Religious Geography of Religious Expression: Local Governments, Courts, and the First Amendment », *Journal of Church and State*, 2006, vol. 48, n°2, p. 399-422.

²⁶² Derek Davis, « Reacting to France's Ban: Headscarves and Other Religious Attire in American Public Schools », *Journal of Church and State*, 2004, vol. 46, n°2, p. 221.

²⁶³ V. par ex. : Derek Davis, « Reacting to France's Ban: Headscarves and Other Religious Attire in American Public Schools », *Journal of Church and State*, 2004, vol. 46, n°2, p. 221.

²⁶⁴ En ce sens, une perspective anglo-américaine sur ces questions considère que l'approche suivie, par exemple, par la Cour européenne des droits de l'Homme (notamment dans la décision *Dahlab c. Suisse*, où la Cour reprend à son compte l'idée selon laquelle le port du voile islamique se concilie difficilement avec le principe d'égalité entre les sexes) est problématique du point de vue d'une logique de la séparation. V. par ex. Gary Watt, *Law and the Naked Truth. A cultural study of fashion and form*, Bloomsbury, 2013, p. 131.

l'armée²⁶⁵, ou prendre position sur le point de savoir si le port de tel ou tel signe religieux résulte réellement (ou non) d'un commandement religieux²⁶⁶. La jurisprudence de la Cour suprême établit que doit être considéré comme religieux le sentiment ou la pratique « sincères » et qu'au-delà, « il ne relève pas de l'office du juge de questionner la centralité de certaines croyances ou pratiques du point de vue d'une foi déterminée, ou la validité de l'interprétation de ces croyances qu'en fait un requérant spécifique »²⁶⁷.

Cherchant à fournir un éclairage de droit comparé centré sur le droit nord-américain contemporain, le présent chapitre traite des rapports entre justice et laïcité en se concentrant sur la question de l'admissibilité des signes et des arguments religieux dans les enceintes judiciaires. Le regard est porté d'abord sur les bâtiments (Section I), puis sur les professions judiciaires (Section II) et enfin, sur les justiciables (Section III).

On observera à titre liminaire que le système de *common law*²⁶⁸ fait en principe du juge le maître de sa cour et, à ce titre, la personne en charge de la police (le cas échéant) du déroulement des audiences. C'est donc un assez large éventail de décisions qui sont laissées à son appréciation incluant, notamment, le point de déterminer si les intérêts d'une bonne administration de la justice sont ou non affectés par l'expression manifeste de croyances religieuses. Il arrive toutefois (mais ce n'est pas systématique) qu'en amont de ce pouvoir du juge de se déterminer au cas par cas, les règles soient codifiées au niveau de tel ou tel tribunal ou district judiciaire. Pour ce qui est, notamment, de la police du vêtement dans les cours étatiques, on trouve ainsi un recensement assez complet des règles existantes sur le site du *National Center for State Courts*²⁶⁹. Sont ainsi interdites de manière routinière les tenues inappropriées²⁷⁰ telle que celles qui exposent les dessous, celles imprimées de mots, dessins ou messages intimidants ou obscènes²⁷¹, etc. Inversement, des tenues appropriées (« chemise et cravate pour les hommes, pantalons autres que blue jeans, chaussures de ville propres »²⁷²) sont parfois encouragées. Si ces réglementations sont parfois limitées au

²⁶⁵ SCOTUS, *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Division*, 450 US 707 (1981), pp. 715-16: « the narrow function of a reviewing court in this context is to determine whether there was an appropriate finding that the petitioner terminated his work because of an honest conviction that such work was forbidden by his religion »

²⁶⁶ SCOTUS, *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707 (1981).

²⁶⁷ SCOTUS, *Hernandez v. Comm'r*, 490 U.S. 680, 699 (1989).

²⁶⁸ Voir, à titre de comparaison en Angleterre, par exemple, cet extrait du *UK Equal Treatment Bench Book* : « while there are a range of different possible approaches, depending on the circumstances of the particular case and the individual concerned, the interests of justice remain paramount. In essence it is for the judge, in any set of circumstances, to consider what difference, if any, would be made to those interests by the niqab being worn. It may well be, that after consideration, there is no necessity to take any steps at all », cité in Gary Watt, *Law and the Naked Truth. A cultural study of fashion and form, op. cit.*, p. 145.

²⁶⁹ www.ncsc.org/topics/courthouse-facilities/court-security/state-links.aspx?car=Dress%20Code%20for%20Courts

²⁷⁰ District of Columbia Courts Code of Conduct for the Public: "The District of Columbia Courts respect individual styles and fashion. However, certain attire is not suitable when conducting business or visiting the court because it distracts from the orderliness of court proceedings, is threatening or is contrary to the civility and dignity of the judicial branch" (<https://www.dccourts.gov/sites/default/files/divisionspdfs/Public-Code-of-Conduct.pdf>); Superior Court of California, County of Los Angeles, Civil Division Rules § 3.43: "Persons in the courtroom may not dress in an inappropriate manner so as to be distracting to others of usual sensibilities. Attorneys and court personnel shall be dressed in accordance with current customs as to their business of work attire" (<https://www.lacourt.org/courtrules/CurrentCourtRulesPDF/Chap3.pdf>)...

²⁷¹ District of Columbia Courts Code of Conduct for the Public: "Inappropriate attire includes, but is not limited to: gang paraphernalia and insignia; exposed undergarments, clothing with words, depictions or messages that are intimidating or obscene; clothing with sexual or drug references; and sheer, see through or provocative clothing", <https://www.dccourts.gov/sites/default/files/divisionspdfs/Public-Code-of-Conduct.pdf>

²⁷² Dress Code Policy, Genesee County Circuit, 67th District and Probate Courts (Michigan): <https://7thcircuitcourt.com/wp-content/uploads/2018/02/DRESS-CODE-POLICY.pdf> ; ou encore: Georgia

public (justiciables, visiteurs), elles s'appliquent d'autres fois explicitement à toutes les personnes : « avocats, parties, témoins ou spectateurs », qu'ils « participent à un procès ou soient présents pour quelque autre motif dans le tribunal [municipal de Birmingham] »²⁷³.

Pour autant, l'existence de ces règles doit toujours être conciliée avec la liberté religieuse -telle qu'exprimée dans la clause de *Free Exercise*. En effet, quand bien même elles peuvent parfois être rédigées en termes très généraux (à l'instar du Dress Code Policy de la Municipal Court de la ville de Birmingham en Alabama qui interdit « les couvre-chefs inappropriés tels que les bandanas, foulards, bandeaux, chapeaux ou casquettes, do-rags ou filets à cheveux [qui] ne doivent être ni portés ni visibles »²⁷⁴) elles n'écartent pas par hypothèse la possibilité d'un aménagement lorsque les signes visés sont portés pour des motifs religieux²⁷⁵. C'est la raison pour laquelle, comme on le verra ci-après, les règles doivent être examinées en tant que casuistique jurisprudentielle et ne sauraient être présentées dans leur généralité.

Section I- Les bâtiments judiciaires

Contrairement aux deux points qui vont suivre, la question de savoir si et dans quelle mesure il est acceptable de voir apposés ou utilisés des signes et symboles religieux au sein des prétoires renvoie davantage à la clause de non-établissement (*Non-Establishment Clause*) qu'à celle du libre exercice de la religion (*Free Exercise Clause*). Comme on l'a indiqué en introduction, le cadre constitutionnel du raisonnement relatif à la *Non Establishment Clause* est fourni par le « Lemon test » qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour suprême en 1971, dans une affaire où était en cause une loi étatique prescrivant l'apposition des Dix Commandements dans les écoles publiques²⁷⁶. Celui-ci pose que toute apposition d'un message peut être jugée acceptable au regard de la clause de non-établissement à la condition que : (i) il poursuive une finalité séculière (ii) son effet premier ne soit ni de valoriser ni d'inhiber la religion et (iii) il ne puisse être interprété comme un endossement public/gouvernemental de la religion.

Le *Lemon test* ne résout pas toutes les difficultés. Dans l'opinion dissidente qu'il joint à cette décision, le juge Rehnquist le faisait d'ailleurs entrevoir immédiatement en arguant notamment du fait que la manière dont la majorité de la Cour avait établi la signification « indéniablement religieuse » des Dix Commandements pouvait être contestée au regard de l'ancrage profond du message qu'ils portent dans la culture séculière²⁷⁷. On retrouve cette idée d'une dimension historique, culturelle -séculière- des

Department of Juvenile Justice: <http://www.djj.state.ga.us/Policies/DJJPolicies/Chapter03/DJJ3.13DressCodeforNon-UniformedStaff.pdf>

²⁷³ Administrative Order 2013-1, City of Birmingham Municipal Court Dress Code Policy: <http://www.birminghamal.gov/wp-content/uploads/2015/06/Dress-Code-Administrative-Order-10-1-2013.pdf>

²⁷⁴ Administrative Order 2013-1, City of Birmingham Municipal Court Dress Code Policy, *op. cit.*

²⁷⁵ Voir ainsi par exemple l'affaire de la jeune femme renvoyée de l'école du comté de Muskogee, Oklahoma, en 2003, pour avoir refusé de retirer son hijab alors que le règlement intérieur de l'école interdisait les « chapeaux, casquettes, bandanas et capuches ». Après que le département des droits civils du ministère fédéral de la justice ait choisi d'intervenir en justice à ses côtés, au motif d'une nécessaire exception religieuse à cette règle scolaire interne (CCN.com, US to defend Muslim girl wearing headscarf, 31 March 2004), les avocats de la jeune fille et les autorités scolaires ont réglé l'affaire à l'amiable, ces dernières acceptant d'intégrer des exceptions religieuses à la règle en vigueur (cnsnews.com, Suit Settled on Behalf of Girl Suspended for Wearing Headscarf, July 7, 2008).

²⁷⁶ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). v. aussi Thomas Hochmann, « Le Christ, le Père Noël et la laïcité », *op. cit.*

²⁷⁷ Comp., en France, les débats suscités par les arrêts CE, Ass., 9 nov. 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n°395223 et *Fédération départementale des libres penseurs de Seine et Marne*, n°395122, notamment du fait de

Dix commandements dans plusieurs affaires ayant soulevé la question de l'admissibilité de symboles religieux dans les prétoires aux Etats-Unis²⁷⁸. Un justiciable athée qui se disait offensé par une représentation picturale desdits commandements située juste derrière le siège du président de la Cour a ainsi porté plainte dans une affaire qui a connu de multiples rebondissements en Caroline du Nord. La Cour soulignait notamment que le tableau avait été placé là en 1931 à l'ouverture de la juridiction²⁷⁹ pour y lire l'histoire de la cour plus que tout autre chose.

C'est encore la présence des Dix Commandements qui suscita une polémique d'ampleur nationale après que le président de la Cour Suprême de l'Alabama refusa d'en retirer une autre représentation de son prétoire. Dans un premier temps, la justice estima que l'affichage des Dix Commandements dans la salle d'audience, notamment parce qu'il ne s'agissait que d'un élément parmi d'autres renvoyant à l'histoire et à l'éducation, ne violait pas la Constitution ; puis une décision inverse fut rendue²⁸⁰. A ce stade, l'affaire devint politique : la chambre des représentants des Etats-Unis de même que le Sénat de l'Etat de l'Alabama votèrent des résolutions au soutien du juge Moore et de son attachement à la présence de cette référence en son prétoire ; des manifestations eurent lieu, rassemblant plusieurs dizaines de milliers de personnes. Judiciairement, l'affaire forgeait son chemin jusqu'à la Cour suprême, qui finit toutefois par rejeter la requête au motif qu'aucun acte n'était susceptible de contestation en justice. C'est qu'en réalité, « les prétoires ne sont pas vierges de symboles et artefacts religieux, et tant les jurés que les témoins sont traditionnellement soumis à un serment qui inclut la phrase 'So help me God' »²⁸¹. L'application du *Lemon test* est donc complexe.

La Cour Suprême tenta par la suite d'affiner le test, en affirmant notamment prêter attention au contenu et au contexte de l'installation ou du symbole en cause. Ainsi, dans *Allegheny v. ACLU*²⁸², il est clairement établi qu'une crèche située de manière centrale dans l'escalier principal d'un bâtiment judiciaire (contexte) et dans laquelle l'ange délivre un message de gloire à Dieu pour célébrer la naissance de Jésus (message) est clairement porteur d'un message religieux et viole la clause de non-établissement. Mais à propos, dans le même arrêt, de l'installation d'une ménorah, la même Cour estime que eu égard d'une part au sens non exclusivement religieux mais aussi culturel de la ménorah et d'autre part au fait qu'elle forme un tout avec un arbre de Noël (dépourvu, lui, de signification religieuse), l'installation ne viole pas la clause de non-établissement.

Quelques années plus tard, en 1994, une cour de district en Géorgie fut de nouveau saisie de la constitutionnalité d'un tableau évoquant les Dix Commandements placé au sein du palais de justice du comté de Cobb²⁸³. Elle jugea qu'il en résultait une violation de la *Non Establishment Clause* ; mais de nouveau, divers passages de l'arrêt laissent penser, tout comme le raisonnement du juge Blackmun sur la ménorah et le sapin dans l'affaire *Allegheny v. ACLU*, que l'installation d'une pluralité de signes serait susceptible, même lorsque tous ont une signification religieuse, de permettre de lever l'obstacle que constitue la clause de non-établissement.

l'affirmation selon laquelle une crèche de la nativité peut recevoir une pluralité de significations et ne saurait être toujours et systématiquement réduite à son sens chrétien.

²⁷⁸ Samuel Levine, "Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgments", *Fordham Law Review*, 1998, vol. 66, n°4, p. 1505 notamment p. 1528 et s.

²⁷⁹ *Suhre v. Haywood County*, No 94-CV-179, 1997 US Dist. LEXIS 5013 (W.D.N.C. Marc. 17, 1997).

²⁸⁰ *Ex. rel. James*, 1998 Ala. LEXIS 19 ; et voir le détail des références in Samuel Levine, "Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgments", *op. cit.*, p. 1534.

²⁸¹ *People v. Knapp III*, 495 NY S.2d, 985 (App. Div. 1985); sur la question des serments, v. *infra*, p. 158 et s.

²⁸² 492 U.S. 573 (1989).

²⁸³ *Harvey v. Cobb County*, 811 F. Supp. 669 (N.D. Ga. 1993), *affd.*, 15 F.3d 1097 (11th Cir. 1994).

Il importe encore de mentionner la question des prières publiques -bien plus vaste et vivace aux Etats-Unis qu'en France- et notamment, dans le système judiciaire. Ce n'est qu'en 1990 que la Cour d'Appel pour le 4^{ème} circuit fédéral a rendu un arrêt établissant clairement que le fait pour un juge d'ouvrir les débats avec une prière constituait une violation de la clause de non-établissement : il s'agit évidemment d'un « acte religieux accompli par une personne dépositaire de l'autorité publique », qui a pour effet d'« injecter du religieux dans le processus judiciaire et, ce faisant, de détruire l'apparence de la neutralité »²⁸⁴.

Section II- Les professions judiciaires

Du côté des professions, la question de l'identité et de l'expression religieuses sont certainement aujourd'hui favorisées par le fait que, plus généralement, la problématique de la diversité est devenue très importante. Il en va en effet de la responsabilité des organisations professionnelles de la justice (barreaux, associations professionnelles...) de compter un bureau ou une cellule de réflexion et d'action sur cette question, laquelle est entendue de manière large : représentativité sexuelle, raciale et ethnique, religieuse, place des personnes souffrant de handicap, etc. Certes, parmi les questions traitées à la faveur de cette thématique de la diversité, les questions d'égalité et de représentativité raciale sont bien plus centrales que celles relatives à la religion. Il n'en reste pas moins que, ne serait-ce que du fait d'une spécificité nord-américaine, qui tient au fait que l'histoire des professions juridiques -et singulièrement, du barreau- est volontiers lue à l'aune du critère religieux, la thématique religieuse n'est ni absente, ni taboue ou réprimée.

Nombre de travaux historiques établissent en effet le rôle important et la centralité de juristes juifs, notamment, dans la structuration et l'essor d'un certain nombre de barreaux comme celui de New York, par exemple²⁸⁵ ou de Chicago. Cette perspective est volontiers sociologique : ainsi, Eli Wald considère comme « Jewish law firm » un cabinet où la majorité des juristes/avocats sont juifs. En d'autres termes, il ne s'agit pas pour lui de travailler sur une identité professionnelle religieuse (réserve faite de la question de l'observance du Shabbat²⁸⁶), mais sur la visibilité ou prégnance effective de la religion dans la pratique professionnelle²⁸⁷. Concrètement, cela signifie que tant la littérature consultée (historique, professionnelle) que les entretiens

²⁸⁴ *North Carolina Civil Liberties Union v. Constangy*, 947 F.2d, pp. 1151-52.

²⁸⁵ Eli Wald, « The Jewish law firm : past and present », in Ari Mermelstein, Victoria Saker Woeste, Ethan Zadoff, Marc Galanter eds., *Jews and the law*, Quid Pro Books, 2014, p. 65. Dans cette contribution l'auteur souligne qu'alors qu'en 1950, il n'existait à New York City aucune "Jewish law firm", on en comptait 4 parmi les 10 *law firms* principales en 1980. Il explique ce phénomène par, d'une part, la fin des discriminations historiquement subies par la minorité juive couplée à la hausse de la demande de services juridiques mais aussi, d'autre part, par le fait que les law firms WASP (White Anglo Saxon Protestant) ont fait l'erreur de rester hors de thématiques et sujets jugés indignes (droit immobilier, banqueroutes, fusions...), créant de ce fait des niches de spécialisation disponibles, renforcées par la structure discriminatoire du recrutement et de la promotion dans les firmes WASP (ce qui a poussé les juristes juifs à travailler ensemble et à se recruter mutuellement). V. aussi : « The Jewish Law student and NY Jobs : discriminatory effects in law firm hiring practices », *Yale Law Journal*, 1964, vol. 73, p. 626

²⁸⁶ « The Jewish firms were Jewish by discriminatory default, and Judaism simply did not play a constitutive role in their organization and professional identity » : Eli Wald, « The Jewish law firm : past and present », *op. cit.*, p. 77.

²⁸⁷ Mais il existe des travaux dans cette perspective : Sanford Levinson, "Identifying the Jewish lawyer: reflections on the construction of professional identity", *Cardozo law review*, 14, 1993, p. 1577; Martha Minow, "On being a religious professional: the religious turn in professional ethics", *U Penn law review*, 2001, vol. 50, p. 661.

réalisés²⁸⁸ convergent pour établir que le calendrier judiciaire, par exemple, sera le plus souvent fixé, le cas échéant, pour tenir compte des impératifs religieux des parties-quelles qu'elles soient. Dans son étude historique, Eli Wald par exemple établit que, si la chose pouvait encore être difficile dans les années 1960, un juge aujourd'hui ne se permettrait plus de remettre en cause la nécessité éprouvée par un avocat juif de ne pas travailler le vendredi après-midi²⁸⁹.

§1- Les Juges

La question de la religion dans la profession judiciaire de référence, celle de magistrat, est notoirement singulière aux Etats-Unis ; cette singularité est illustrée par la place de la religion dans l'histoire de la composition de la juridiction suprême : la Cour Suprême américaine. Ainsi, bien que l'article VI de la Constitution²⁹⁰ pose clairement un principe d'interdiction de toute prise en compte de la religion pour la nomination à un poste fédéral, l'histoire des nominations à la Cour Suprême révèle l'importance qu'a toujours joué le critère religieux dans les nominations. Paradoxalement, si cette garantie assure qu'un candidat ne peut pas voir sa nomination entravée à raison de sa religion, il semble acquis que ce facteur peut en revanche la favoriser. Un travail de référence en la matière²⁹¹ établit que, jusqu'au début des années 1990, 12 confessions religieuses différentes avaient été représentées à la Cour Suprême, les Episcopaliens ayant été les plus nombreux (Neil Gorsuch renouant aujourd'hui avec cette tradition)²⁹². Les seuls juges non chrétiens ayant été les juges juifs -aucun musulman, hindou, mormon (...) n'ayant jamais été nommé. De manière intéressante, il est également établi qu'aucun athée n'a jamais été juge à la Cour Suprême²⁹³. En réalité, comme l'établit Barbara Perry, si l'idée selon laquelle la Cour Suprême se devait d'être représentative du point de vue de sa composition s'est affirmée assez tôt dans l'histoire de la république américaine, cette représentativité a longtemps été interprétée comme renvoyant essentiellement à une dimension géographique. Or, à mesure que la société américaine, du fait notamment de l'immigration forte de la fin du 19^{ème} siècle, se faisait plus diverse, l'exigence de représentativité évoluait -et le critère de la religion devenait important. A telle enseigne que s'ancre à cette époque la règle implicite des sièges réservés à la Cour suprême : l'un, catholique²⁹⁴ et l'autre juif²⁹⁵. Au fil du 20^{ème} siècle, la présence d'un juge juif ou d'un

²⁸⁸ Dans le cadre de la réalisation du présent chapitre, une mission de recherche a été effectuée à New York à la fin du mois d'août 2017 ; elle a permis de réaliser deux entretiens avec Mme Sandra Buchanan, la responsable du Committee on Diversity and Inclusion of the New York State Bar ainsi qu'avec Mme Gabrielle Brown, responsable du New York City Bar's Office for Diversity and Inclusion.

²⁸⁹ Eli Wald, « The Jewish law firm : past and present », *op. cit.*, p. 101.

²⁹⁰ Art. 6§3 : « The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States », souligné par nous.

²⁹¹ Barbara Perry, *A 'Representative' Supreme Court?: The Impact of Race, Religion, and Gender on Appointments*, Praeger, 1991.

²⁹² Trois juges de la Cour Suprême (les juges Joseph Story, Samuel Miller et Harold Burton) avaient même été présidents de l'Eglise unitaire (Unitarian Church).

²⁹³ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, Oxford University Press, 2009, p. 88.

²⁹⁴ Le premier juge catholique est Roger Taney, nommé en 1836 ; c'est dès sa nomination que l'on évoque la règle du « One Catholic seat ».

²⁹⁵ A partir de la nomination du 1^{er} juge juif, Louis Brandeis, en 1916, qui a compté parmi les nominations difficiles : sa confirmation a été longue et discutée, le vote final serré, et le débat public teinté d'antisémitisme : v. Barbara Perry, *A 'Representative' Supreme Court?*, *op. cit.*. L'antisémitisme s'est même exprimé contre Brandeis au sein de la Cour après sa nomination : « James McReynolds, a pious member of Disciples of the Christ and one of Brandeis's colleagues on the Court, was a virulent anti-Semite... who openly expressed his disgust for his junior Associate Justice. He refused to speak to Brandeis's first three years on the bench, he often left the justices' conference room when

juge catholique à la Cour suprême n'a quasiment pas été interrompue -même si l'existence même d'une telle règle de sièges réservés a pu être mise en cause par certains. Elle est en toute hypothèse désuète à ce jour, où siègent 5 juges catholiques (les juges Roberts, Alito, Kennedy, Thomas et Sotomayor) et 3 juges juifs (les juges Ginsburg, Breyer et Kagan).

Certes, cette « prise en compte » du facteur religieux dans la composition de la Cour Suprême est essentiellement politique ; formellement, l'étude des auditions des candidat-es menées par la commission des affaires judiciaires du Sénat américain permet d'établir que, globalement, les questions ayant trait à la religion des nominés sont peu nombreuses. En outre, lorsque certaines questions de cette nature sont posées, les nominés actent généralement leur affiliation religieuse, tout en insistant sur le fait qu'un tel facteur n'interfère en rien avec leur pratique professionnelle²⁹⁶. Il se pourrait, toutefois, que ce facteur gagne en importance au cours de la période récente. Ainsi, la religion des candidats proposés par Georges W. Bush à la Cour Suprême, notamment John Roberts (confirmé en 2005), Harriet Myers (retirée en 2005) et Samuel Alito (confirmé en 2006) a été abondamment discutée. La candidature ratée de Harriet Myers est même interprétée comme une erreur de Georges W. Bush qui, souhaitant nommer une chrétienne conservatrice, a choisi une candidate au profil et aux qualifications trop faibles.

Pour ce qui concerne les autres juges fédéraux, c'est également le président américain qui procède aux nominations, lesquelles doivent être confirmées (ou non) par le Sénat. Si là encore, il est possible de restituer des schémas historiques de composition religieuse des cohortes de juges fédéraux²⁹⁷, il semble que la religion ne joue pas un rôle central dans les nominations fédérales²⁹⁸. Il semble établi qu'à ce jour, la majorité des juges fédéraux demeurent protestants.

Il existe toutefois quelques cas dans lesquels le fait qu'un juge fédéral insiste de manière flagrante sur l'importance à ses yeux de ses convictions religieuses a pu mener à ce qu'il soit démis de ses fonctions. Ainsi, en 2003, le Chief Justice de la Cour suprême de l'Alabama, Roy Moore, a été démis après avoir fait installer un monument figurant les Dix Commandements au sein du palais de justice et avoir refusé de le retirer²⁹⁹.

Au niveau des Etats, il existe à la fois des systèmes de nomination, des systèmes de sélection au mérite et des systèmes d'élection -étant entendu que 87% des 11.000 juges étatiques ont obtenu leur poste suite à une forme ou une autre d'élection. S'il est

Brandeis spoke and he refused to sit next to Brandeis for the Court's annual picture", cité in Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, Oxford University Press, 2009, p. 93.

²⁹⁶ Le juge William Strong, qui a siégé à la Cour Suprême de 1870 à 1880, était un Presbytérien qui présidait également la *American Sunday School Union* ainsi qu'une autre organisation dont la raison sociale était d'amender la Constitution fédérale en vue d'en faire, officiellement, une nation chrétienne. Pour autant, on ne trouve pas d'expression directe de ses convictions religieuses dans ses opinions judiciaires. Il en va différemment du juge David Brewer (1889-1910) qui recoura à l'expression de « nation chrétienne » dans son opinion dans l'arrêt *Holy Trinity Church v. US* de 1892 ; voir Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, Oxford University Press, 2009, p. 88.

²⁹⁷ Selon Barbara Perry, la religion dans les nominations à la Cour Suprême a une fonction parabolique: initialement ignoré, le critère de la religion gagne progressivement en pertinence (telle ou telle affiliation religieuse pouvant apparaître comme un 'plus' pour la nomination de certain-es candidat-es), pour diminuer ensuite à mesure que la religion en question paraît plus assimilée dans la société américaine.

²⁹⁸ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, *op. cit.*, p. 86: "historically, Democratic administrations appointed more Catholics and Jews to the federal bench than did Republican administrations, but that has not been the case since President Reagan"; "religion has not been a prominent issue in federal judicial appointments".

²⁹⁹ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, *op. cit.*, p. 85.

interdit aux juges de prendre part, y compris dans le cadre de leur vie privée, à des associations et organisations qui pourraient être taxées de croyances et pratiques discriminatoires, ils conservent leur liberté de croyance et de religion. Ainsi par exemple, les règles administratives du système judiciaire affirment les principes suivants :

§2- Administrative Rules of the Unified Court System and Uniform Rules of the Trial Courts

Section 100.2

(D) A judge shall not hold membership in any organization that practices invidious discrimination on the basis of age, race, creed, color, sex, sexual orientation, religion, national origin, disability or marital status. This provision does not prohibit a judge from holding membership in an organization that is dedicated to the preservation of religious, ethnic, cultural or other values of legitimate common interest to its members.

Section 100.3

(4) A judge shall perform judicial duties without bias or prejudice against or in favor of any person. A judge in the performance of judicial duties shall not, by words or conduct, manifest bias or prejudice, including but not limited to bias or prejudice based upon age, race, creed, color, sex, sexual orientation, religion, national origin, disability, marital status or socioeconomic status, and shall require staff, court officials and others subject to the judge's direction and control to refrain from such words or conduct.

(5) A judge shall require lawyers in proceedings before the judge to refrain from manifesting, by words or conduct, bias or prejudice based upon age, race, creed, color, sex, sexual orientation, religion, national origin, disability, marital status or socioeconomic status, against parties, witnesses, counsel or others. This paragraph does not preclude legitimate advocacy when age, race, creed, color, sex, sexual orientation, religion, national origin, disability, marital status or socioeconomic status, or other similar factors are issues in the proceeding.

En outre, il n'est pas rare que des questions relatives à leurs convictions religieuses soient insérées dans divers questionnaires à remplir par les candidats aux postes de juges en vue de leur élection ou de leur nomination³⁰⁰. Les candidats ne sont pas alors tenus de renseigner ces questionnaires ; mais il peut leur en coûter. La littérature sur cette question indique que ce sont notamment différents groupes d'influence chrétiens, pro-vie et pro-famille, qui invitent les juges à remplir ces questionnaires, suscitant depuis un peu plus d'une dizaine d'années des interrogations vives sur la mesure dans laquelle de telles pratiques peuvent mettre en cause l'impartialité judiciaire³⁰¹.

Si la littérature en sciences sociales américaine fourmille ainsi de données et d'analyses sur le rôle de la religion dans la nomination ou l'élection des juges américains, qu'en est-il de son rôle dans la pratique judiciaire ? Certes, aux Etats-Unis comme ailleurs, les juges sont d'une part soumis à une obligation d'impartialité et d'autre part astreints à l'obligation de fonder leurs décisions en droit. Est-ce à dire qu'ils ne peuvent formellement invoquer de règles religieuses ? Ou, plus avant, qu'ils sont à même de faire totalement abstraction de toute croyance religieuse (ou autre) dans l'acte de juger ? Là encore, il existe des travaux visant à mesurer l'impact de la religion des juges sur leur pratique -leurs jugements. Mais la question de la mesure dans laquelle la

³⁰⁰ Coyle 2006, cité in Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial, op. cit.*, p. 85.

³⁰¹ *Ibid.*

foi des juges pèse ou non dans les décisions judiciaires qu'ils sont amenés à prendre ne reçoit pas de réponse définitive dans les études sociologiques et empiriques existantes³⁰² ; en particulier, aucune étude existante ne parvient à intégrer dans l'étude ou la cohorte de référence la variété de l'observance ou de l'accord de tel ou tel juge revendiquant telle ou telle religion vis-à-vis des règles et préceptes correspondant : la différence entre différents juges professant une foi quelle qu'elle soit peut être considérable selon qu'il ou elle se considère comme très/peu/ou pas pratiquant-e, comme conservateur ou libéral, et selon une variété d'autres facteurs encore. En d'autres termes, on ne saurait corréliser la croyance religieuse d'un juge et sa position sur la peine de mort et/ou l'avortement, par exemple³⁰³.

On peut cependant mentionner une spécificité de cette question des liens entre religion et justice, qui tient pour partie à la structure de la décision judiciaire dans les systèmes de *common law*. En *common law*, les juges sont très libres du point de vue du format et de la longueur de leurs « opinions » qui, collationnées (et lues au prisme de la majorité numérique), forment la décision de justice ; mais ils sont également très libres du point de vue du contenu et des sources qu'ils y citent -à telle enseigne qu'il en va de leur liberté d'expression (*free speech rights*), dont on sait qu'elle est très fortement protégée en droit constitutionnel américain. De ce fait, on ne saurait considérer qu'en principe, un juge ne saurait prendre appui sur une règle ou un précepte religieux dans une opinion judiciaire -ce qui, pourtant, peut poser problème ne serait-ce qu'au regard de la théorie des apparences. Ainsi par exemple, la Cour suprême de l'Alabama a pu rendre des décisions composées pour partie de l'opinion du président de la Cour prenant explicitement et fortement appui sur des lectures bibliques pour condamner l'homosexualité comme péché et perversion³⁰⁴. Cette opinion a suscité un vif émoi ; mais dès lors qu'il était impossible de prouver que la décision finale de la Cour reposait sur ces règles-là spécifiquement, la décision ne pouvait être condamnée pour ce seul motif. En réalité, le droit nord-américain sur ce point se résume de la manière suivante : « les références religieuses peuvent fournir une raison pour telle décision -dès lors qu'elles n'en fournissent pas la seule raison »³⁰⁵.

Plus banale encore est la pratique que peuvent avoir certains juges, dans la détermination de la peine qu'ils prononcent, à offrir au condamné-e une alternative entre une peine classique (prison ou autre) et une peine religieuse et/ou spirituelle. En 1993, le juge Thomas Quirk offrait ainsi à un jeune homme condamné pour conduite en

³⁰² Même si, le nombre des études partielles dans la littérature américaine, bien supérieur à ce que l'on trouve en langue française, permet d'extraire certaines conclusions -fussent-elles incomplètes. Ainsi : « On the whole, despite some claims that judges' religion matters little, there do appear to be systematic differences in judges' decision making as a function of their religion. Jewish judges, on average, are consistently more liberal, arguably because of their stronger identification with the downtrodden and disenfranchised, owing to their own outsider status. Catholic judges' liberalism varies more as a function of the individual (compare, e.g., Brennan vs. Scalia) and the issue, with Catholic judges being more liberal than non-Catholics on some issues (e.g., school desegregation, economics cases) but more conservative on others (e.g., gay rights). One explanation of this pattern is that the Catholic Church has taken an explicit position on many social policy issues, to which the majority of pious Catholics adhere. On the other hand, there is no "official Jewish position" on these same issues, or at least not one with which the majority of American Jews are familiar or to which they likely feel bound, thus freeing them to side with the underdog across a range of different types of cases »: Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial, op. cit.*, p. 105.

³⁰³ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial, op. cit.*, p. 97.

³⁰⁴ Cour suprême de l'Alabama, *Ex parte HH*, 2002.

³⁰⁵ Lis Wiehl, "Judges and Lawyers Are Not Singing from the Same Hymnal When It Comes to Allowing the Bible in the Courtroom", *American Journal of Trial Advocacy*, 2000, vol. 24, p. 273, cité in Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial, op. cit.*, p. 109. V. aussi Sanja Zgonjanin, "Quoting the Bible: The Use of Religious References in Judicial Decision-Making", *City University of New York Law Review*, 2005, vol. 9, n°1, p. 31.

état d'ivresse le choix entre incarcération et engagement à se rendre à l'Eglise une fois par semaine pendant une année. Cette affaire suscitait aussitôt une plainte de l'*American Civil Liberties Union* pour qui une telle condamnation méconnaissait la clause de séparation entre les Eglises et l'Etat ; mais il n'y eut pas de jugement au fond car l'affaire ne fut en état d'être jugée qu'une fois la peine de l'intéressé expirée. Et tant le juge Quirk que d'autres comme lui ont continué, semble-t-il, d'offrir ce type d'alternatives. Une pratique judiciaire différente, mais qui soulève des questions comparables, est celle qui voit les juges, toujours dans les affaires de conduite en état d'ivresse, proposer le choix entre une peine classique et l'enrôlement dans les programmes des *Alcooliques Anonymes*. Certains auteurs soulignent en effet la dimension largement spirituelle et l'inspiration chrétienne de ce programme de désintoxication pour le contester également au nom du principe de séparation³⁰⁶.

Le comportement explicitement religieux des juges fait toutefois l'objet d'une règle minimale que l'on trouve notamment exprimée dans le *Code of Judicial Conduct* de l'*American Bar Association*, aux termes de laquelle il est disposé que les juges doivent remplir leur office sans préjudice ou préconception, y compris religieux³⁰⁷. Reste que la religion ne figure pas, de manière générale, parmi les critères commandant, le cas échéant, qu'un juge se récuse ; ils ne se réfèrent généralement qu'à la notion de « préconception ou préjudice personnel » (*personal bias or prejudice*). La plupart des législations d'Etats prévoient que les juges doivent se déporter lorsqu'ils risquent la partialité (« *personal bias or prejudice* ») -ce qui, bien sûr, peut inclure la religion mais la référence est, au mieux, implicite.

L'histoire judiciaire américaine fait cependant place à de nombreuses tentatives de plaignants d'obtenir la récusation d'un juge au motif de son appartenance religieuse. De telles tentatives peuvent être de principe (par exemple, arguer de l'impossibilité doctrinale pour un juge mormon d'être impartial dans une affaire où est en cause l'égalité entre les sexes) ou contingente (lorsque le fait qu'un juge soit de la même religion qu'une des parties peut être construit comme un soupçon de partialité, comme par exemple un juge catholique dans une affaire de violences sexuelles commises par un prêtre). Mais la plupart de ces tentatives échouent, la présomption étant que le juge sera à même de mettre de côté sa foi³⁰⁸, et la difficulté étant pour la partie demandant la récusation de démontrer que la croyance religieuse du juge sera de nature à lui porter préjudice.

§3- Les Avocats

Concernant le barreau, la situation nord-américaine présente des spécificités notables. Comme on l'a indiqué en introduction, l'histoire même du développement et de la pratique de la profession d'avocat est assez nettement marquée par des considérations religieuses, et les études, historiques ou sociologiques, abondent. Ceci se reflète d'ailleurs dans le fait qu'aux Etats-Unis, une proportion non négligeable de *law schools* ont une affiliation religieuse. Cela se reflète également dans l'importance contemporaine du *Religious Lawyering Movement*, qui voit depuis une vingtaine d'années l'identité religieuse prendre une importance considérable dans les discussions

³⁰⁶ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial, op. cit.*, p. 108.

³⁰⁷ V. Règle Canon 3(b)(5) du Code of Judicial Conduct.

³⁰⁸ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial, op. cit.*, p. 105.

et réflexions sur l'éthique et la pratique professionnelles³⁰⁹ ; une prestigieuse université new-yorkaise consacrait même à ce mouvement deux journées de réflexion à la fin de 2018³¹⁰.

L'accès à la profession d'avocat est aujourd'hui garanti à toute personne quelle que soit sa religion ; mais il s'agit là d'une évolution relativement récente : l'*American Bar Association* (ABA) discriminait encore les Juifs (mais aussi les femmes et les Afro-Américains) jusqu'à la seconde guerre mondiale³¹¹. La profession est, conséquemment, aujourd'hui diverse d'un point de vue religieux. Les *law firms* religieusement homogènes ont pour l'essentiel disparu, s'étant diversifiées. Il n'en reste pas moins que certains groupes religieux y sont plus représentés que d'autres, ce qui naturellement varie selon la géographie : la figure du *Jewish lawyer* est ainsi, par exemple, devenue quasiment stéréotypique notamment dans la région de Chicago ou sur la côte Est des Etats-Unis³¹². Cette forte représentation de Juifs parmi les professions juridiques est expliquée dans la littérature par divers facteurs. En particulier, la similitude entre le travail d'exégèse de la Torah et le raisonnement juridique est parfois avancée comme une explication de l'attrait des Juifs religieux (pratiquants) pour des professions juridiques. Par ailleurs, en tant que groupe ayant historiquement subi de nombreuses formes de discrimination et de persécution, les Juifs pourraient être particulièrement attirés vers les métiers de la défense en justice et du service au public³¹³. Par-delà les données socio-démographiques, il faut encore compter avec les données organisationnelles : les associations ou regroupements d'avocats en fonction de leur religion (ainsi que d'autres critères³¹⁴) sont légion et ce, de manière bien plus affirmée, active et structurée qu'en France³¹⁵, par exemple. A l'échelle internationale, la *International Association of Jewish Lawyers and Jurists* a été fondée en 1969; et les homologues nationaux sont nombreux. Au plan national, on peut citer la *National Association of Muslim Lawyers* et même l'organisation *Muslim Women Lawyers for Human Rights*. La plus importante demeure toutefois la *Christian Legal Society*, une organisation évangélique fondée en 1961. La ville de New York City est le siège de la *Jewish Lawyers Guild* in NYC -tout comme Chicago a sa *Catholic Lawyers Guild*. Et il faut encore compter avec des organisations telles que les *Saint Thomas More Societies*, des sociétés savantes catholiques honorant le

³⁰⁹ V. par ex. : Russell Pearce, « The Religious Lawyering Movement: An Emerging Force in Legal Ethics and Professionalism », *Fordham Law Journal*, 1998, vol. 66, p. 1075; et pour une lecture plus distanciée: Martha Minow, "On Being a Religious Professional: the Religious Turn in Professional Ethics", *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, vol. 150, p. 661.

³¹⁰ Voir le programme du colloque organisé à Fordham Law School : <https://web.v2.go.lawnet.fordham.edu/Web%20Images/ReligiousLawyeringatTwentyProgram.pdf>

³¹¹ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, op. cit., p. 116. Les Juifs étaient également discriminés dans les grandes *law firms* jusque dans les années 1960, ce qui a favorisé l'émergence de *Jewish law firms* -dès les années 1880 mais de manière plus poussée à partir de la seconde moitié du 20^{ème} siècle. Il semble que les catholiques aient, eux aussi, été largement discriminés dans leur accès à des postes de juristes en *law firms*, mais probablement davantage du fait de leurs origines plus modestes, du parcours migratoire de leurs parents etc. que pour leur religion *stricto sensu*.

³¹² Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, op. cit., p. 114-15. Ils citent des statistiques locales, par ex.: "roughly 20-25% of Chicago-area lawyers are Jewish, compared to less than 2% of the general US population".

³¹³ Marc Galanter, « A Vocation for Law - American Jewish Lawyers and Their Antecedents », *Fordham Urban Law Journal*, 1999, Vol. 26, n° 4, pp. 1125-1148.

³¹⁴ V. notamment le rôle très important joué par les Associations of Women Lawyers -au plan national (National Association of Women Lawyers) et international (International Association of Women Lawyers).

³¹⁵ Diverses organisations existent, comme le Rassemblement des Avocats Juifs de France, l'Association française des juristes catholiques, l'Association des protestants du palais ou l'Association des avocats musulmans de France ; mais elles sont moins structurées (Rassemblement ?) ou actives (l'Association des avocats musulmans semble même être en sommeil).

saint patron des avocats et hommes publics américains, qui entendent promouvoir les principes catholiques dans la pratique professionnelle³¹⁶.

Pour ce qui est de la formation, l'existence d'au moins une soixantaine de *law schools* à affiliation religieuse bénéficiant d'une accréditation par l'*American Bar Association* est également un fait notable -même si, bien souvent, soit l'enseignement religieux n'y est pas central, soit la *law school* est le département le plus isolé et le plus sécularisé de l'Université mère³¹⁷. Reste que l'ABA accrédite des *law schools* religieuses - de toutes confessions : des écoles protestantes relevant de courants tant majoritaires que minoritaires (Duke, Emory, Vanderbilt...), mais aussi des écoles catholiques (Boston College, De Paul, Georgetown, Fordham, Loyola, St Thomas,...) Mormones (Brigham Young) et juives (Yeshiva, Touro...)³¹⁸.

Bien sûr, tant les *law schools* ainsi institutionnellement « religieuses » que les établissements d'enseignement supérieur « religieux » en général présentent, aux Etats-Unis, une grande variété. L'affiliation religieuse de certains n'est plus guère qu'historique. D'autres au contraire continuent de faire peser un poids à cette référence, requérant de leurs étudiant-es comme de leur personnel la profession de croyances, voire une affiliation religieuse active. De telles pratiques ont d'ailleurs été judiciairement déclarées légales, après que la *Oral Roberts Law School* (qui exigeait de ses étudiant-es comme de ses enseignant-es qu'ils fassent une profession de foi chrétienne) ait obtenu en justice l'annulation du refus de l'ABA de lui donner, pour ce motif, l'accréditation³¹⁹. D'autres enfin affirment leur identité religieuse, tout en ayant une pratique institutionnelle pluraliste d'accueil d'étudiant-es et personnels de toutes confessions³²⁰. En réalité, il semble qu'aujourd'hui, il n'y ait guère de différence dans le contenu de l'enseignement entre *law schools* à affiliation religieuse et *law schools* séculières³²¹. Les premières continuent toutefois de mettre leur identité et leur spécificité en avant, comme l'atteste une courte visite sur divers sites internet³²².

Au-delà de ces éléments qui ont trait à la composition de la profession, on peut encore s'interroger sur la pratique.

Sur la question de savoir si et dans quelle mesure les avocats peuvent eux-mêmes revêtir des signes d'appartenance religieuse, on peut faire deux observations. La première tient au fait qu'aujourd'hui, les règles applicables semblent assez clairement protéger ce droit, sous les réserves classiques du respect de l'institution judiciaire et du bon ordre au sein de la cour. La seconde observation, c'est que ce faisant, ces règles sont probablement plus fermes qu'elles n'ont pu l'être par le passé, où une jurisprudence

³¹⁶ <https://www.stmsocietyallentown.org/mission>

³¹⁷ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, op. cit., pp. 123-124.

³¹⁸ V. le recensement réalisé par Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom: Religion's role at trial*, op. cit., p. 122.

³¹⁹ Ringenberg 2006, cité in Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, op. cit., pp. 127.

³²⁰ Pluralisme qui ne saurait être automatiquement lu comme équivalent à un abandon de l'identité propre ; ainsi « the Fuchsberg Law Center at Touro College is closed on the Jewish Sabbath and serves kosher food in the cafeteria, despite the fact that only 30% of the students are Jewish»: Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, op. cit., p. 127.

³²¹ Thomas Schaffer, « Erastian and Sectarian Arguments in Religiously Affiliated American Law Schools », *Stanford Law Review*, 1993, vol. 45, p. 1859.

³²² Ainsi par exemple sur les sites de Baylor Law School (A Christian University : <https://www.baylor.edu/about/>) ou, plus profondément encore, le message sur le site de Ave Maria Law School (Florida) : <https://www.avemarialaw.edu/academics/integrating-religion-ethics-law/> : « Ave Maria recognizes that law and morality are inherently intertwined. Ave Maria students consider how the unchanging moral imperatives of the natural law should affect a lawyer's approach to the practice of law ».

moins exigeante semblait, tout en formulant déjà le principe, accepter des exceptions plus nombreuses³²³. Toujours est-il que l'on peut identifier quelques jugements soutenant par exemple la possibilité pour un avocat juif de porter sa kippa au prétoire. De manière plus générale, le problème semble ne se poser que rarement, les signes religieux portés par les avocats étant acceptés. On peut lire en ce sens une réaction publiée dans *Jewish Law Commentary* en octobre 1996 à propos d'une polémique causée par la requête d'une juge qui, au Texas, a enjoint à un avocat portant kippa de retirer cette dernière : l'auteur du commentaire, un avocat californien se définissant comme juif orthodoxe, affirme n'avoir jamais en plus de vingt ans de pratique été mis en cause du fait du port de la kippa qu'il ne retire jamais³²⁴.

On trouve également des réflexions juridiques sur la question de savoir si les avocats sont autorisés à citer des sources religieuses dans leurs plaidoiries; mais la jurisprudence est erratique. Dans certains Etats, de telles références sont jugées illégales et dans d'autres non³²⁵. La jurisprudence est aussi difficile à analyser, les faits étant souvent très différents d'un cas à l'autre : il n'est guère aisé de comparer une référence discrète, voire implicite, et une référence appuyée à tel ou tel dogme religieux, par exemple. Il en va de même sur la question de savoir si et dans quelle mesure les avocats peuvent questionner les croyances religieuses de la partie adverse, de celle qu'ils représentent ou de témoins au procès. Certaines conditions peuvent s'appliquer en ce cas ; en particulier, la jurisprudence exige alors que cette question soit pertinente au regard des faits de la cause. Mais il n'y a pas d'interdiction générale et absolue³²⁶.

§4- Les Jurés

On ne saurait, en droit américain, compter sans les jurés dont le rôle est si important qu'ils sont en quelque sorte emblématiques du système judiciaire. On examinera en premier lieu la question de savoir si et dans quelle mesure la religion des jurés peut jouer dans la composition des jurys -et notamment, la mesure dans laquelle un juré peut se voir récuser à raison de sa religion.

Brian Bornstein et Monica Miller citent ainsi dans leur ouvrage la recommandation très frappante formulée en 1936 par le célèbre avocat américain Clarence Darrow : « Beware of the Lutherans ... they are almost always sure to convict ... [a Lutheran] learns about sinning and punishing from the preacher, and dares not doubt. A person who disobeys must be sent to Hell; he has God's word for that »³²⁷. La récusation des jurés (le *voir dire*) est en effet une étape essentielle du procès américain. C'est qu'en *common law*, les avocats disposent d'un droit de récusation nommé "peremptory challenge"³²⁸, qui leur permet de récuser des membres du jury populaire³²⁹

³²³ V. notamment les exemples cités in Samuel Levine, "Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgments", notamment pp. 1520s.

³²⁴ Baruch Cohen, « In defense of wearing a yarmulke in court », *Jewish Law Commentary*, Oct. 1996: www://jlaw.com/Commentary/yarmulke.html

³²⁵ *Ibid.*, p. 158.

³²⁶ V. par ex.: Cour Suprême du Colorado, *Conrad v. City and County of Denver*, 656 P.2d 662 (Colo. 1982); ou encore Cour d'Appel du Colorado, *People v. Lybarger*, 790 P.2d 855 (Colo App. 1989).

³²⁷ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, *op. cit.*, p. 12.

³²⁸ Il existe également le *challenge for cause*, qui permet de demander la récusation d'un juré dont on a des raisons de penser qu'il ne saura être impartial en raison d'une connexion personnelle soit aux faits de la cause (par ex., une victime de viol pour juger une affaire d'agression sexuelle) soit aux personnes en cause (un juré qui serait lié à un des avocats).

³²⁹ Les jurys sont *généralement* composés par tirage au sort sur la base de listes électorales ou de personnes disposant d'un permis de conduire. La convocation est *généralement* accompagnée d'un questionnaire comportant diverses

sans avoir à expliciter les raisons -sauf si la partie adverse le requiert. Certes, ce droit est encadré par la Cour Suprême, qui indique qu'il ne doit pas pouvoir avoir pour résultat l'exclusion du jury de tous les membres d'un certain groupe de population (notamment sur le fondement de la race ou du genre)³³⁰. Or, le point de savoir si cette règle inclut ou non le critère de la religion est débattu : dans certains Etats, il est clairement prohibé de récuser des jurés sur ce fondement³³¹ mais la solution n'est pas uniforme³³². Par ailleurs, la législation fédérale interdit la discrimination religieuse dans les règles de constitution des jurys populaires³³³. *Grosso modo*, Brian Bornstein et Monica Miller établissent que si la récusation d'un juré sur le seul fondement de son affiliation religieuse est fragile sur le plan constitutionnel, elle est généralement acceptable dès lors qu'il est établi que ses croyances spécifiques sont problématiques au regard des exigences d'impartialité et de fonctionnement du jury populaire (ex. des témoins de Jéhovah qui peuvent croire que la fonction de juger étant surhumaine, ne saurait être accomplie que par Dieu).

C'est qu'en réalité, la raison d'être du jury populaire combine des considérations de représentativité et d'aléa. L'idée est bien que le juré soit, fût-ce sur une base aléatoire liée au tirage au sort, représentatif de la communauté politique au nom de laquelle il va être appelé à juger. Cette idée trouve à s'exprimer, par exemple, dans le *Jury Selection and Service Act* fédéral tel qu'amendé en 1968, qui évoque un droit à des jurys représentatifs et condamne dès lors la prise en compte de la religion, notamment, dans les procédures de sélection -ainsi que dans divers arrêts de la Cour Suprême fondés sur l'idée d'un droit à ce que le jury soit un échantillon de l'ensemble de la société³³⁴.

Il faut encore compter avec le point de savoir si et dans quelle mesure les jurés eux-mêmes peuvent invoquer leurs croyances et pratique religieuses pour se soustraire à l'obligation de servir. Il semble que certains membres du clergé ou de minorités religieuses peuvent être dispensés sur le fondement de leur religion. C'est le cas par exemple en Ohio, où la législation reconnaît que les croyances des Amish établissant que seul Dieu peut juger les hommes, ils peuvent demander à être exemptés de la fonction de juré³³⁵. De manière générale, dans les Etats où il n'existe pas de règle législative (*statutory law*) sur ce point, la jurisprudence établit que, tant qu'il n'y a pas lieu de penser que le fonctionnement même de la justice serait mis en danger, il importe d'accorder des exemptions individuelles aux personnes qui estiment que le fait de prendre part à un jury populaire entre en conflit avec leur foi³³⁶. La règle est plus claire

questions sur la vie et les croyances de la personne ; celles-ci comprennent parfois des questions relatives aux croyances religieuses.

³³⁰ SCOTUS, *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986) : inconstitutionnalité de l'exclusion de jurés sur le fondement de la race; SCOTUS, *J.E.B. v. Alabama*, 511 U.S. 127 (1994).

³³¹ Dans le Michigan (v. MCR 2.511) par exemple, une règle interdit « la discrimination durant la phase de voir dire sur le fondement de la race, de la couleur, de la religion, de l'origine nationale ou du sexe ».

³³² Pour une demi-dizaine de références de récusations de membres de jurys sur le fondement de leur appartenance religieuse, v. Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial, op. cit.*, p. 16. Les auteurs citent par exemple une affaire où des poursuites pour pédophilie impliquant un membre du clergé peuvent requérir que certains membres religieux d'un jury soient récusés, au motif qu'ils risqueraient d'être plus sévères que si le crime avait été commis par quelqu'un n'ayant aucune responsabilité religieuse. Ils citent encore l'arrêt de la Cour suprême du Minnesota (*Minnesota v. Davis*, 1993) établissant au contraire avec netteté que le *peremptory challenge* peut inclure le critère religieux.

³³³ V. *Jury Selection and Service act*, 1968 (18 USC §§1861).

³³⁴ SCOTUS, 1975, *Taylor v. Louisiana*; SCOTUS, 1979, v: right to a fair cross-section of the community.

³³⁵ OH ST §2313.16 ; plus largement encore au Dakota du Sud : « any member of a church or religious organization is exempt from jury duty if jury service conflicts with the religious belief of that church or religious organization » : SDCL §16-13-10.

³³⁶ Minnesota Supreme Court, *In re Jenison III*, 1963 : « unless experience indicated that indiscriminate invoking of the 1st amendment poses a serious threat to effective functioning of the jury system, any person whose religious convictions prohibit compulsory jury duty shall be exempted therefrom ».

encore lorsque la demande d'exemption est motivée non pas tant par la foi elle-même que par l'interférence entre le devoir de servir et une fête religieuse³³⁷.

Une autre question importante a trait à la mesure dans laquelle la référence explicite faite par des jurés à des sources, principes ou autorités religieuses dans leur mission judiciaire est, ou non, acceptable. Formellement, les jurés (pas plus qu'aucune autorité judiciaire) ne peuvent fonder leurs verdicts sur des sources religieuses. Pour autant, il est plus que probable que les croyances influent, au même titre que d'autres caractéristiques et expériences individuelles, le jugement des jurés. Ici encore, certaines spécificités du système judiciaire américain doivent être prises en compte -à l'instar de la possibilité pour les jurys, dans certains Etats, de prononcer la peine capitale : sur cette question spécifique, certains jurés sont naturellement susceptibles d'être influencés, par exemple, par l'opposition doctrinale de leur Eglise à cette peine³³⁸. Passant en revue la littérature empirique relative à la corrélation possible entre croyance et décisions en Amérique du Nord, Brian Bornstein et Monica Miller établissent qu'elle ne permet pas, en l'état, de tirer des conclusions nettes ; en particulier, les études existantes ne semblent pas refléter de variation importante au sein des religions³³⁹. Reste que certains arrêts apportent des précisions intéressantes. Il en va ainsi par exemple de l'arrêt *People v. Lewis* dans lequel la juridiction établit que le fait pour un juré de faire état, au cours de la délibération, de ses convictions religieuses, ne saurait à lui seul être considéré comme problématique -eu égard, notamment, à la dimension collective et dialectique de l'opération même de délibération. A ce titre, les juges semblent considérer qu'il n'est pas question de remettre en cause une délibération au motif de la mobilisation de sources ou arguments religieux tant que la preuve ne peut être apportée que ces arguments ont en effet pesé sur le verdict³⁴⁰.

Section III- Les justiciables

Du côté des justiciables, la question de la liberté religieuse (garantie comme droit constitutionnel à travers la clause de *Free Exercise* de la Constitution fédérale américaine) constitue le prisme dominant, de sorte que toute hypothèse de restriction de celle-ci qui pourrait être imposée par l'institution judiciaire devrait *a priori* être justifiée par des intérêts concurrents de rang au moins équivalent³⁴¹.

Il faut noter à titre liminaire que cet état du droit est bien celui du droit constitutionnel américain en tant qu'il s'est progressivement affranchi de la *common law*

³³⁷ A propos de Yom Kippour : *Grech v. Wainwright*, 1974.

³³⁸ L'influence peut également opérer en sens inverse. V. par ex. le cas où il a été établi qu'une condamnation à mort a été prononcée à l'issue d'une délibération au cours de laquelle plusieurs membres du jury avaient lu des extraits de la Bible pour justifier la peine capitale. La Cour d'appel fédérale pour le 5^e circuit a jugé que bien que les jurés aient, ce faisant, eu une conduite inappropriée, rien ne prouvait que ces extraits de la Bible aient effectivement influencé la décision finale : 5th Circ. Ct of Appeals, *Oliver v. Quartermann*, 2008. Peu après, la Cour suprême américaine a refusé d'inscrire à son rôle une affaire largement semblable ; v. Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, Oxford University Press, 2009, p. 68.

³³⁹ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, *op. cit.*, p. 51 et s.

³⁴⁰ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, *op. cit.*, p. 68: en l'absence de décision de la Cour Suprême sur cette question, les auteurs renvoient à l'arrêt de la Cour d'Appel du 5^{ème} Circuit fédéral, 2008, *Olivier v. Quartermann*.

³⁴¹ Adam Schwartzbaum, "The "niqab" in the courtroom: protecting free exercise of religion in a post-"smith" world", *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, Vol. 159, n°5, pp. 1533-1576; v. Aussi Natasha Bakht, "Objection Your Honour! Accommodating Niqab-Wearing Women in Courtrooms", in Raph Grillo, Roger Ballard et al., eds., *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, 2009, p. 115; Sam Levine, "Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgments", *Fordham Law Review*, 1998, vol. 66, n°4, p. 1505.

-car bien loin de toute notion de liberté religieuse ou de sécularisme, ce dernier prescrivait au contraire que la qualité même de témoin dans une procédure judiciaire supposait la foi en l'existence d'un être suprême qui donne valeur au témoignage³⁴² - d'où la place du serment qui perdure aujourd'hui dans la procédure judiciaire (même si elle peut être aménagée pour, précisément, respecter le pluralisme des croyances³⁴³). A telle enseigne que le défaut de foi ou de croyance pouvait être retenu comme fondement valable à la disqualification d'un témoin ou d'un témoignage³⁴⁴. Ce n'est qu'au cours du 19^{ème} siècle que progressivement, les différents Etats américains ont abandonné cette règle de droit -soit par le biais d'amendements constitutionnels, soit par l'adoption de législations spécifiques³⁴⁵.

Même si certaines tenues religieuses, notamment catholiques, ont pu, par le passé, faire l'objet de mesures prohibitives et/ou restrictives³⁴⁶, il est généralement considéré qu'une mesure générale d'interdiction d'un signe ou vêtement religieux irait à l'encontre du Premier amendement de la constitution américaine³⁴⁷. Reste que le droit constitutionnel américain sur cette question est très complexe, en raison notamment de l'instabilité et de la controverse jurisprudentielle relatives à l'intensité du contrôle juridictionnel devant peser sur les demandes d'exemption à la loi générale justifiées par des considérations religieuses³⁴⁸, qui sont à l'œuvre par exemple lorsqu'une femme portant le *niqab* voit son accès au prétoire conditionné par le fait de découvrir son visage, en application d'une règle qui, comme la règle 611 des *Rules of Evidence* de l'Etat du Michigan, confère au juge le droit de contrôler l'apparence de ceux qui y apparaissent pour des raisons liées à leur nécessaire identification³⁴⁹. Lorsqu'elles existent, cependant, de telles règles ne sont pas rattachées ou justifiées par des principes abstraits en lien avec le sécularisme mais, bien plutôt, avec la *Confrontation Clause* du 6^{ème} amendement de la constitution fédérale américaine aux termes de laquelle : « Dans toute poursuite criminelle, l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été commis - le district ayant été préalablement délimité par la loi -, d'être instruit de la nature et de la cause de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à charge, d'exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à décharge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense »³⁵⁰.

³⁴² Adam Eaton, « Witness Competence and Credibility : the Relevance of Religious Beliefs », *The Colorado Lawyer*, 1997, vol. 26, n°6, p. 121.

³⁴³ Le droit américain distingue aujourd'hui entre les serments et les « déclarations » (affirmations) qui peuvent s'y substituer à la demande du témoin et visent simplement à rappeler l'engagement à ne livrer que la vérité.

³⁴⁴ Thomas White, « Oaths in Judicial Proceedings and Their Effect Upon the Competency of Witnesses », *University of Pennsylvania Law Review*, 1903, vol. 51, p. 373.

³⁴⁵ Ainsi, le Colorado adopte en 1872 une loi éliminant les croyances religieuses de la liste des pré-requis pour l'admission en qualité de témoin.

³⁴⁶ Kathleen Holscher, « Contesting the Veil in America : Catholic Habits and the Controversy over Religious Clothing in the United States », *Journal of Church & State*, 2011, vol. 54, n°1, p. 57.

³⁴⁷ Ruthann Robson, « Dressing Religiously », in *Dressing Constitutionally, Hierarchy, Sexuality, Democracy From Our Hairstyles to Our Shoes*, Cambridge University Press, 2013.

³⁴⁸ Si des décisions de la Cour suprême américaine des années 1960 et 1970 avaient clairement indiqué que les restrictions à la liberté religieuse devaient être soumises au standard de contrôle juridictionnel le plus élevé (*strict scrutiny*; v. notamment *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 233-34 (1972)), la capitale -et controversée- décision *Employment v. Smith* de 1990 a semé la confusion sur la mesure dans laquelle ce dernier avait été rabaisé (*rational basis*).

³⁴⁹ Cf. l'affaire Muhammad de 2009, à propos de laquelle : Adam Schwartzbaum, «The "niqab" in the courtroom: protecting free exercise of religion in a post-"smith" world», *op. cit.*

³⁵⁰ Souligné par nous.

Cet exemple est intéressant dans la mesure où il permet de souligner qu'en ce qui concerne les justiciables, la question de l'acceptabilité juridique d'une éventuelle restriction à leur liberté religieuse quand ils ont affaire à la justice se posera presque toujours en lien avec des règles apparemment neutres et d'application générale. En effet, il est clairement établi (aux Etats-Unis comme en Europe) que toute discrimination directement fondée sur l'appartenance religieuse réelle ou supposée d'un-e justiciable serait condamnable ; la question n'est dès lors guère posée en ces termes. La plupart des formes juridiques que peut prendre cette question sont en conséquence en lien, le cas échéant, avec des formes indirectes de discrimination. D'autant que, comme il a été précédemment rappelé, dans le système de *common law*, le juge est le maître de sa cour et à ce titre, un assez large éventail de décisions est laissé à son appréciation incluant, notamment, le point de déterminer si les intérêts d'une bonne administration de la justice sont ou non affectés par l'expression manifeste de croyances religieuses³⁵¹ -étant entendu que l'on peut considérer comme relevant d'une telle « bonne administration » des considérations tirées de la préservation de la sécurité, mais aussi de la dignité de la justice³⁵². Aux Etats-Unis comme ailleurs³⁵³, la question a récemment pris une nouvelle tournure avec la multiplication des incidents et recours en lien avec l'accès au prétoire de femmes portant le voile intégral³⁵⁴.

Si des enjeux liés à l'identification des parties à un procès (ou de témoins) a ainsi pu soulever la question de l'acceptabilité du *niqab* au sein des prétoires aux Etats-Unis, il faut apporter un certain nombre de précisions. D'abord, la question ne semble pas se poser pour d'autres signes religieux -ou très peu. En ce sens, le caractère particulier du *niqab*, vêtement qui recouvre l'intégralité du visage (et s'accompagne le plus souvent

³⁵¹ Voir, par exemple, cet extrait du *UK Equal Treatment Bench Book* : « while there are a range of different possible approaches, depending on the circumstances of the particular case and the individual concerned, the interests of justice remain paramount. In essence it is for the judge, in any set of circumstances, to consider what difference, if any, would be made to those interests by the niqab being worn. It may well be, that after consideration, there is no necessity to take any steps at all », cité in Gary Watt, *Law and the Naked Truth. A cultural study of fashion and form, op. cit.*, p. 145.

³⁵² V. de manière générale : Samuel Levine, "Religious Symbols And Religious Garb In The Courtroom: Personal Values And Public Judgments", *op. cit.*

³⁵³ On recense en effet aisément des cas dans d'autres pays, comme en témoignent les exemples sélectifs qui suivent. En Nouvelle-Zélande, en 2006, 2 femmes appelées à témoigner en justice se voient demander de retirer leur *niqab*. Elles sont cependant autorisées à revêtir un voile simple (*headscarf*) et à témoigner derrière des écrans, de sorte que seuls le juge (homme) et le reste du personnel de la cour ont effectivement vu leurs visages. Au Canada en 2012, la Cour Suprême a eu à se pencher sur une question similaire ; on lit dans l'opinion rédigée par la Chief Justice Beverley McLachlin : "a secular response that requires witnesses to park their religion at the courtroom door is inconsistent with the jurisprudence and Canadian tradition, and limits freedom of religion where no limit can be justified"; et : "On the other hand, a response that says a witness can always testify with her face covered may render a trial unfair and lead to wrongful conviction. What is required is an approach that balances the vital rights protecting freedom of religion and trial fairness when they conflict." (N.S. case, 2012 SCC 72. En fin de compte, le cadre fourni par la Cour Suprême a mené à ce qu'il soit enjoint à l'intéressée de devoir retirer son niqab pour pouvoir témoigner dans une affaire d'agression sexuelle. Pour un commentaire : Vrinda Narain, « The Place of the Niqab in the Courtroom », *ICL Journal*, 2015, vol. 9, p. 41). Enfin, en Australie en 2016, le *District Court de New South Wales* refuse à une femme de témoigner en portant un *niqab*, après qu'elle ait refusé nombre d'aménagements. Une affaire en Angleterre devant le Asylum and Immigration Tribunal où une avocate portant le niqab avait été congédiée a également fait grand bruit, menant notamment à ce que le Judicial Studies Board (un institut de formation des juges) prenne position en faveur du droit des avocates à porter le niqab sauf difficulté particulière. Voir par exemple le chapitre 3 du *Equal Treatment Book* publié par le JSB et plus généralement : Natasha Bakht, « Objection Your Honor. Accommodating Niqab-Wearing Women in Courtrooms », in Ralph Grillo and al., *Legal Practice and Cultural Diversity*, Routledge, 2009, p. 115.

³⁵⁴ A ce propos, on peut citer une étude très polémique (A. Leach, N. Ammar, D. England, L. Remigio, B. Kleinberg, & B. Verschuere, « Less is more? Detecting lies in veiled witnesses », *Law and Human Behavior*, 2016, vol. 40, pp. 401-410) qui avait établi que le port du voile augmentait plus qu'il n'altérait la capacité des juges à détecter, le cas échéant, le mensonge des témoins. V. pour une réfutation méthodologique : Vincent Denault, Louise Marie Jupe, Olivier Dodier & Nicolas Rochat, « To Veil or Not to Veil: Detecting Lies in The Courtroom. A Comment on Leach et al. (2016) », *Psychiatry, Psychology and Law*, 2017, vol. 24, n°1, pp. 102-117.

aussi d'un vêtement de type *abaya* recouvrant l'intégralité du corps) de la femme qui le porte, exception faite des yeux pour lesquels une fente est prévue, paraît avoir suscité, ici comme ailleurs, des restrictions ou exigences particulières. Ainsi, si la question a pu se poser pour les kippas, elle a été résolue bien différemment³⁵⁵. On trouve ainsi diverses illustrations jurisprudentielles insistant sur le fait qu'en raison du standard de *strict scrutiny* gouvernant le seuil de justification requis pour des restrictions semblables à la liberté religieuse, il n'y avait pas lieu de penser qu'un filaas (ou un yarmulke³⁵⁶, ou un takia³⁵⁷ ...) porte atteinte à la dignité et la sécurité de la justice. Ainsi, la jurisprudence semble avoir plutôt penché du côté de la liberté des justiciables de porter divers signes religieux dans le prétoire en maintenant un standard élevé de justification pour toute mesure restrictive. Seules, ainsi, des considérations liées notamment à la sécurité des bâtiments semblent pouvoir franchir ces exigences³⁵⁸.

Ensuite, il est frappant de constater que, lorsqu'est en cause le port du *niqab*, l'argument selon lequel il ne s'agirait pas réellement d'une prescription religieuse est présent ; il a notamment été invoqué dans l'affaire Muhammad au Michigan³⁵⁹. Or là encore, on note que cet argument tranche avec le cadre généralement posé, en droit constitutionnel américain, à propos de la religion. Il est en effet généralement admis que les juges ne sauraient porter d'appréciation sur la justesse, la validité ou la plausibilité d'une règle ou d'une pratique religieuse. Le point de savoir si elle est ou non théologiquement prescrite est réputé inopérant en droit, et seule relève de l'office du juge la question de savoir si et dans quelle mesure l'argument tiré par tel ou tel requérant de la liberté religieuse (*Free Exercise Clause*) correspond, ou non, à une croyance sincère (« *sincerely held belief* »³⁶⁰). Comme l'écrit le juge Antonin Scalia dans la décision *Employment v. Smith* : « Repeatedly and in many different contexts, we have warned that courts must not presume to determine the place of a particular belief in a religion or the plausibility of a religious claim ».

Enfin, il est à noter que les solutions adoptées sont sujettes à de vives critiques. Certains auteurs considèrent ainsi que les femmes justiciables souhaitant porter le *niqab* devraient pouvoir le faire, au motif qu'à défaut, elles expérimenteraient non seulement une atteinte disproportionnée à leur liberté religieuse, mais encore une méconnaissance de leur droit au *due process of law* en tant qu'il inclut le droit d'accéder à la justice³⁶¹, le fait d'exiger d'elles qu'elles retirent leur *niqab* comme préalable à la jouissance de ce dernier s'apparentant à une perte de dignité comparable à celle infligée au justiciable handicapé par l'absence de tout dispositif adapté pour l'accès au bâtiment judiciaire³⁶².

³⁵⁵ Pour quelques autres exemples: v. Maryland Court of Appeals, *McMillan v. State*, 265 A.2d 453 (Md. 1970), annulant la sanction prononcée à l'encontre d'un justiciable Ujamma pour avoir refusé de retirer son filaas (couvre-chef) au sein du prétoire.

³⁵⁶ New York trial court, *Close-It Enterprises, Inc. v. Weinberger*, 407 N.Y.S.2d 587 (App. Div. 1978).

³⁵⁷ Le takia est le couvre-chef porté par certains musulmans sunnites ; en 1978, la Cour Suprême du Rhode Island juge qu'un requérant ne saurait se voir dénier le droit de porter la takia dans le prétoire, dans la mesure où le port d'un tel signe n'y met en cause ni la paix ni l'ordre ni la sécurité.

³⁵⁸ V. par ex.: *Spinks-El v. Finley*, No. 85-C9259, 1987 U.S. Dist. LEXIS 3374 (N.D. Ill. Apr. 23, 1987), *affid*, 845

F.2d 1023 (7th Cir. 1988) : sans remettre en cause l'importance et la sincérité de la croyance du requérant dans la nécessité de toujours revêtir un fez, la cour estime que l'atteinte que constitue l'exigence de le retirer juste le temps de passer un contrôle de sécurité à l'entrée du tribunal est suffisamment bénigne pour être justifiée.

³⁵⁹ Sur laquelle : Adam Schwartzbaum, "The "niqab" in the courtroom: protecting free exercise of religion in a post-"smith" world", *op. cit.*

³⁶⁰ A propos de l'objection pacifiste au service militaire: *US v. Seeger* 380 US 163 (1965).

³⁶¹ *Windsor v. McVeigh*, 93 U.S. 274, 277, 280 (1876).

³⁶² V. le parallèle avec SCOTUS, *Tennessee v. Lane* 541 U.S. (2004) in : Adam Schwartzbaum, "The "niqab" in the courtroom: protecting free exercise of religion in a post-"smith" world", *op. cit.* Dans cette affaire, deux paraplégiques avaient porté plainte en raison de l'absence de tout dispositif d'aménagement de l'accès au tribunal pour les personnes handicapées.

Du fait de l'importance de la protection constitutionnelle de la liberté religieuse en droit américain, la question de savoir si et dans quelle mesure la religion peut être invoquée pour exempter le justiciable de telle ou telle règle séculière y est assez abondamment nourrie. Comme l'expliquent Brian Bornstein et Monica Miller³⁶³, il faut distinguer ici quatre configurations possibles :

- Cas dans lesquels la religion est centrale à la résolution du litige : par exemple, le requérant invoque une violation de sa liberté religieuse, à l'instar d'un détenu invoquant des aménagements ou prestations destinées à lui permettre d'exercer sa religion en détention
- Cas dans lesquels le requérant invoque l'exemption religieuse dans une affaire par ailleurs séculière : par exemple, le témoin de Jéhovah qui invoque sa liberté religieuse comme moyen de défense contre les poursuites intentées à son encontre pour mauvais traitement à l'enfant pour lequel il a refusé une transfusion sanguine
- Cas dans lesquels le cœur du litige n'est pas religieux, mais où il paraît difficile de faire totalement abstraction de l'identité religieuse des parties : par exemple, dans les poursuites contre des membres du clergé dans des affaires de pédophilie
- Cas dans lesquels la religion n'est que périphérique : par exemple, tel ministre du culte impliqué dans une affaire de conduite automobile ou de défaut de paiement.

Le droit américain fourmille d'illustrations jurisprudentielles de toutes ces configurations. Au titre de la première d'entre elles, on peut citer par exemple, l'arrêt de la Cour suprême du Texas qui a pu rejeter des poursuites intentées par la famille d'une jeune femme qui avait subi nombre de préjudices moraux suite à un exorcisme, au motif qu'il s'agissait d'une dispute théologique à laquelle la Cour ne saurait prendre part au motif du régime de séparation³⁶⁴.

Dans la seconde catégorie, l'on trouve bien entendu la jurisprudence instable et contradictoire sur l'admissibilité de l'argument religieux dans les décisions de refus de transfusion sanguine sur des mineurs -ou, dans le même ordre d'idées, dans les décisions de refus de césarienne par des parturientes. Mais lorsque, dans une affaire criminelle, la Cour Suprême américaine a jugé que la liberté religieuse constitutionnellement garantie ne couvrait pas la possession et l'usage, même religieux, de drogues illicites (en l'occurrence, le peyote)³⁶⁵, la polémique suscitée fut si grande que le Congrès décida de répliquer en adoptant le *Restoration of Religious Freedom Act*³⁶⁶ au terme duquel les règles générales doivent pouvoir céder face à des croyances religieuses fortes (*strongly held religious beliefs*), sauf lorsque leur application apparaît nécessaire de manière impérieuse.

³⁶³ Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, Oxford University Press, 2009, pp. 163-64.

³⁶⁴ Cour Suprême du Texas, *Pleasant Glade v. Schubert*, 2008, v. Brian Bornstein, Monica Miller, *God in the Courtroom : religion's role at trial*, Oxford University Press, 2009, p. 168.

³⁶⁵ SCOTUS, *Employment Division v. Smith*, 77 494 U.S. 872, 1990.

³⁶⁶ 42 USC §1996a. Voir là-dessus : Martha Nussbaum, *The New Religious Intolerance*, Harvard University Press, 2012.

CHAPITRE II- LA LAÏCITÉ DANS LA JUSTICE ITALIENNE

Christine PAUTI

Introduction : la particularité de la laïcité italienne

Section I- La problématique de la neutralité des locaux et des professionnels du service public de la justice

§1- La « neutralité » des locaux du service public de la justice

- A- La « neutralité » des tribunaux : une problématique commune aux autres services publics
 - 1- L'affaire *Lautsi* et ses suites sur les crucifix dans les salles de classe devant la Cour européenne des droits de l'homme
 - 2- L'affaire *Montagnana* devant la Cour de cassation : la décision de référence à contre-courant sur la présence du crucifix dans les bureaux de vote
- B- La persistance de la présence des crucifix dans les tribunaux

Introduction : laïcité, pluralisme... et crucifix

- 1- Les justifications fragiles de la présence actuelle du crucifix dans les tribunaux
- 2- Les débats autour de la présence du crucifix dans les salles d'audience
- 3- La jurisprudence relative à la présence du crucifix dans les salles d'audiences
 - a- La demande de retrait du crucifix par un magistrat : l'affaire *Tosti*
 - b- La demande de retrait du crucifix par un requérant : l'affaire *Adel Smith*
- 4- Les questions en suspens relatives aux symboles religieux dans les tribunaux

§2- La « neutralité » des professionnels du service public de la justice

- A- La neutralité des juges
 - 1- Les règles fondant la neutralité du juge
 - 2- L'absence d'objection de conscience religieuse du juge : la question de son intervention dans la procédure d'avortement des mineures
- B- La prise en compte des convictions religieuses des avocats
 - 1- L'affaire de la Cour européenne des droits de l'homme de 2000, *Sessa c. Italie* : la demande de report d'audience par un avocat pour une fête religieuse
 - 2- Le port de signes d'appartenance religieuse par les avocats
- C- Les autres auxiliaires de justice

Section II- La liberté religieuse des usagers du service public de la justice

§1- L'évolution de la question du serment du témoin

§2- L'évolution de la jurisprudence sur le délit de blasphème

§3- Le port de signes d'appartenance religieuse, en particulier par les usagers du service public de la justice

- A- Une réglementation pluraliste, globalement ouverte au port de signes d'appartenance religieuse
 - 1- Les dispositions générales
 - 2- Les dispositions relatives aux photographies sur les documents d'identité
 - 3- De récentes mesures plus restrictives dictées par des raisons de sécurité publique
 - a- Une jurisprudence fluctuante sur le port du kirpan par les sikhs
 - b- La délibération de la Région Lombardie de décembre 2015
- B- Le port de signes d'appartenance religieuse dans les salles d'audiences
 - 1- Le port de signes d'appartenance religieuse dans le public
 - 2- Le port de signes d'appartenance religieuse par les requérants

Introduction : la particularité de la laïcité italienne

L'intérêt de l'étude de la laïcité au sein du service public de la justice italienne réside dans le caractère ambivalent de cet Etat et de ses services publics au regard de la religion. En effet, la religion catholique a toujours occupé une place particulière dans ce pays et récemment le gouvernement affichait même ouvertement ses préférences, cette attitude s'apparentant à une forme de confessionnalisme d'Etat officieux, rejeté par l'Eglise catholique elle-même. Ainsi, Matteo Salvini, vice-président du conseil des ministres et ministre de l'Intérieur jusqu'en début septembre 2019 et dirigeant actuel de la Ligue du Nord, a embrassé un chapelet et exhibé un crucifix lors d'une manifestation

électorale pour les élections européennes sur la Place du Dôme à Milan en mai 2019... Gualtiero Bassetti, président de la Conférence épiscopale italienne et archevêque de Pérouse, faisant implicitement référence à cet épisode a alors déclaré que « les symboles religieux ne sont valables que dans le contexte d'une foi vécue, sinon ils représentent une ostentation stérile », s'opposant ainsi clairement à l'utilisation des symboles religieux en politique³⁶⁷.

Le Vatican ayant son siège en Italie, on a souvent tendance à qualifier ce pays de « catholique », justifiant, pour certaines autorités italiennes, une présence prépondérante de la religion catholique, même au sein des services publics, pour des raisons culturelles, alors même que l'Italie, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, est aujourd'hui un Etat laïque.

En effet, dans la décision n°203 du 11 avril 1989 qui concernait l'enseignement de la religion à l'école publique, la Cour Constitutionnelle reconnaît le principe de laïcité en tant que « principe suprême de l'ordre juridique constitutionnel » italien.

Et, dans sa décision n°508 du 13 novembre 2000, elle en précise les contours: « En vertu des principes fondamentaux d'égalité de tous les citoyens sans distinction de religion (article 3 de la Constitution) et d'égale liberté devant la loi de toutes les confessions religieuses (article 8 de la Constitution), l'attitude de l'Etat à l'égard de celles-ci ne peut qu'être d'équidistance et d'égalité, sans que puissent être pris en compte le nombre d'adhérents à telle ou telle confession religieuse (...) et l'ampleur des réactions sociales que la violation des droits de l'une ou de l'autre d'entre elles peut entraîner (...). Cette position d'équidistance et d'impartialité est le reflet du principe de laïcité que la Cour constitutionnelle a tiré de la Constitution. Ce principe est placé au rang de "principe suprême" (...), marquant d'une empreinte pluraliste la forme de notre Etat, dans lequel doivent cohabiter, en situation d'égale liberté, des croyances, des cultures et des traditions différentes ».

Dans la décision n°63 du 23 février 2016, la Cour constitutionnelle a jugé que « l'ordre juridique républicain se distingue par le principe de laïcité qui doit s'analyser, selon le sens que lui a donné la jurisprudence constitutionnelle (décisions n°508 de 2000, n°329 de 1997, n°508 de 1997, n°440 de 1995, n°203 de 1989), non comme indifférence face à l'expérience religieuse, mais en tant que sauvegarde de la liberté de religion dans un régime de pluralisme confessionnel et culturel. Le devoir de la République est de garantir les conditions qui favorisent l'expansion de la liberté de tous et, dans ce cadre, de la liberté religieuse, laquelle représente un aspect de la dignité de la personne humaine, reconnue et déclarée inviolable par l'article 2 de la Constitution (arrêt n° 334 de 1996) ».

Par ailleurs, s'il n'est pas expressément formulé dans la Constitution, le principe de laïcité figure en revanche dans la Charte des valeurs de la citoyenneté et de l'intégration du 23 avril 2007³⁶⁸ dont l'article 1^{er} proclame : « L'Italie est un pays laïque fondé sur la reconnaissance de la pleine liberté religieuse individuelle et collective. La liberté religieuse est reconnue à toute personne, citoyen ou étranger, et aux communautés

³⁶⁷ En 2015, rappelle le journal *l'Osservatore Romano*, Don Paolo Farinella, curé de San Torpete à Gênes, annonçait publiquement qu'il ne voulait pas exposer de crèche dans le presbytère en réaction à la position de Matteo Salvini qui, après l'attentat islamique à Paris, avait appelé à en installer une dans chaque foyer. En décembre 2018, ce même prêtre a annulé les célébrations de Noël en hommage aux réfugiés, pour protester contre le décret-loi « Immigration et sécurité » voulu par le dirigeant de la Ligue.

³⁶⁸ « Le texte a nécessité six mois de travail au cours desquels un comité scientifique présidé par le professeur Carlo Cardia, expert en droit constitutionnel, a rencontré les principaux représentants des communautés étrangères et religieuses et des associations de femmes immigrées en Italie » (A. Le Nir, *La Croix*, 25 avr. 2007).

religieuses. La religion et la conviction ne peuvent être des motifs de discrimination dans la vie sociale ».

A la différence de la France, le système de laïcité italienne cohabite avec des accords entre l'Etat et différentes confessions³⁶⁹ : le Concordat avec l'Eglise catholique représenté par les Accords du Latran du 11 février 1929 modifiés par l'Accord du 18 février 1984³⁷⁰, et, conformément à l'article 8 de la Constitution³⁷¹, des ententes qui ont été conclues avec d'autres cultes, actuellement au nombre de douze³⁷².

Mais, une organisation, l'Union des Athées et des Agnostiques Rationalistes (UAAR), a essuyé plusieurs refus de la part du gouvernement italien depuis 1995 pour engager des négociations pour la conclusion d'une entente. Le gouvernement estimait en effet que l'UAAR ne pouvait être considérée comme une « confession religieuse » au sens de l'article 8, alinéa 3 de la Constitution. Selon le gouvernement, les confessions religieuses peuvent être définies exclusivement en tant qu'« acte de foi adressé au divin et vécu en commun par plusieurs personnes qui le manifestent à la société à travers une structure institutionnelle particulière (note du 5 décembre 2003 de la Présidence du Conseil des Ministres)»³⁷³.

Dans une décision du 31 décembre 2008, le tribunal administratif régional du Latium a suivi l'argumentation du gouvernement pour qui le refus d'entamer des négociations en vue de la conclusion d'une entente devait être considéré comme un « acte politique » insusceptible de recours (équivalent des « actes de gouvernement » en droit français)³⁷⁴.

En appel, dans une décision n°6083 du 18 novembre 2011, le Conseil d'Etat a au contraire jugé que le refus du gouvernement italien pouvait faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Selon lui en effet, dans le cas contraire, cela entraînerait un grave préjudice pour l'UAAR, en la privant de toute protection par rapport à un acte administratif décidant de façon discrétionnaire quelle organisation pouvait recevoir la qualification de confession religieuse. Le Conseil d'Etat ajoute qu'une « sélection non motivée et non contrôlée des interlocuteurs confessionnels comporterait le risque de discriminations et, donc, d'une insoutenable compression du principe de laïcité »³⁷⁵.

³⁶⁹ A titre de comparaison, v. l'article 3 de la Constitution de la République et canton de Genève de 2012 dont le système laïque admet également officiellement des relations entre Etat et Eglises.

³⁷⁰ V. la loi n° 121 du 25 mars 1985 portant ratification et mise en œuvre de l'Accord avec Protocole additionnel, signé à Rome le 18 février 1984, modifiant le Concordat du Latran du 11 février 1929, entre la République italienne et le Saint Siège.

³⁷¹ Art. 8 Const. : « Toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi.

Les confessions religieuses autres que catholique ont le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, dans la mesure où elles ne sont pas en conflit avec le système juridique italien.

Leurs relations avec l'Etat sont régies par la loi sur la base d'ententes avec les représentants concernés. »

³⁷² L'Etat italien a conclu des ententes avec les confessions religieuses suivantes: la Table vaudoise (loi n°449/1984) ; l'Union italienne des églises chrétiennes adventistes du 7^{ème} jour (loi n°516/1988) ; les Assemblées de Dieu en Italie (loi n°517/1988) ; l'Union des communautés israélites italiennes (loi n°101/1989) ; l'Union chrétienne évangélique baptiste d'Italie (loi n°116/1995) ; l'Eglise évangélique luthérienne en Italie (loi n°520/1995) ; la Sacrée archidiocèse orthodoxe d'Italie et Exarchat pour l'Europe méridionale (loi n°126/2012) ; l'Eglise de Jésus-Christ des Saints du dernier jour (loi n°127/2012) ; l'Eglise apostolique en Italie (loi n°128/2012) ; l'Union bouddhiste italienne (loi n°245/2012) ; l'Union hindouiste italienne Sanatana Dharma Samgha (loi n°246/2012) ; l'Institut bouddhiste italien Soka Gakkai (loi n°130/2016). D'autres accords n'ont pas encore été ratifiés par une loi : dernier en date, l'accord signé le 30 juillet 2019 entre la République italienne et l'Association "Church of England", qui représente en Italie la confession anglicane. Le document a été signé par la Présidente de l'Association, la Révérente Vickie Lela Sims, et par le Président du Conseil des Ministres, Giuseppe Conte, qui s'est engagé à soumettre au Parlement le projet de loi approuvant cet accord.

³⁷³ V. A. Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, 2nd éd., Torino, Giappichelli, 2018, p. 14.

³⁷⁴ Art. 31 du décret royal n° 1054/24 (actuellement art. 7, al. 1, dernière phrase, du décret législatif n°104/2010) : « Les actes ou mesures pris par le Gouvernement dans l'exercice du pouvoir politique ne peuvent être contestés ».

³⁷⁵ V. A. Fuccillo, *op. cit.*, p. 15.

La Présidence du Conseil des ministres a attaqué la décision du Conseil d'Etat devant la Cour de cassation qui, par une décision n°16305 du 23 juin 2013, a confirmé la compétence du juge administratif en estimant que « notre ordre juridique se caractérise par un régime inspiré du pluralisme confessionnel et culturel. Par conséquent, la possibilité pour un culte de conclure une entente avec l'Etat ne peut dépendre entièrement du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, car cela serait incompatible avec la garantie d'une égale liberté garantie par l'article 8, paragraphe 1 de la Constitution ».

Il conviendra d'examiner si la persistance, sous couvert notamment de justifications culturelles, de l'empreinte confessionnelle catholique en Italie a des répercussions sur les locaux, les personnels, professionnels ou non, de la justice mais également sur la situation des justiciables.

De façon classique, l'étude de la situation italienne sera ainsi divisée en deux temps : la « neutralité » des locaux et des professionnels du service public de la justice (**Section I**) et la liberté religieuse des usagers de ce service (**Section II**).

Section I- La problématique de la neutralité des locaux et des professionnels du service public de la justice

La problématique de la neutralité touche tant les tribunaux (§1) que les acteurs professionnels du service public de la justice (§2).

§1- La « neutralité » des locaux du service public de la justice

La question des signes religieux dans les locaux du service public de la justice (B) ne peut être isolée de la problématique de leur présence dans les services publics italiens en général (A).

A- La « neutralité » des tribunaux : une problématique commune aux autres services publics

Pendant longtemps, l'Italie a eu pour religion d'Etat la religion catholique. L'article 1^{er} du Statut Albertin du 4 mars 1848, statut concédé par le très-catholique Roi du Piémont et de Sardaigne Charles-Albert, consacre la religion catholique, apostolique et romaine comme la seule religion de l'Etat et « tolère » les autres cultes. Si, formellement, l'organisation de l'Etat italien est donc confessionnelle³⁷⁶, le Statut marque en fait le début d'une période de séparation entre l'Eglise et l'Etat, résumée dans la célèbre formule du discours de Cavour du 27 mars 1861 « L'Eglise libre dans l'Etat libre », et de plus grand respect de la liberté de conscience et de la liberté des confessions religieuses minoritaires, qui durera jusqu'aux années 1920. L'arrivée des fascistes au pouvoir marque en effet une sorte de « reconfessionnalisation » de l'Italie dont les manifestations ont été telles qu'elles laissent encore aujourd'hui des traces, notamment au sein du service public de la justice.

Cette « reconfessionnalisation » touche en particulier les locaux publics : la règle de la présence obligatoire du crucifix est réaffirmée dans des décrets et circulaires

³⁷⁶ V. notamment art. 140 du décret royal n°4336 du 15 sept. 1860 relatif au règlement de l'instruction élémentaire et portant application de la loi n°3725 du 13 nov. 1859: «Chaque école devra, sans exception, être pourvue des objets suivants: (...) 7. Un crucifix; 8. Un portrait du Roi».

s'agissant de l'école³⁷⁷, mais elle l'est également dans les salles d'audience des tribunaux. La formule de l'article 1^{er} du Statut Albertin qui, rapidement, était devenue de fait obsolète durant la période libérale, reprend tout son sens.

La doctrine et la jurisprudence italiennes se sont penchées sur le fait de savoir si la présence du crucifix pouvait être jugée contraire au droit de liberté religieuse proclamé par l'article 19 de la Constitution, en vertu duquel «Chacun a le droit de professer librement sa foi religieuse, qu'elle qu'en soit la forme, individuelle ou collective, de faire de la propagande pour sa foi et d'en exercer le culte, en privé ou en public, pourvu qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes moeurs». La question s'est également posée de savoir si cette présence ne pouvait avoir une influence sur le droit de vote prévu à l'article 48 de la Constitution³⁷⁸ ou l'impartialité, le bon déroulement ou le fonctionnement normal de l'Administration publique, notamment au sein du service public de la justice (articles 97³⁷⁹ et 101 de la Constitution³⁸⁰). Enfin, cette présence est également interrogée au regard du principe d'égalité proclamé à l'article 3 de la Constitution³⁸¹ et du principe suprême de laïcité.

En raison du caractère réglementaire des normes imposant la présence du crucifix dans les salles de classe, la Cour constitutionnelle s'est déclarée incompétente pour juger de la légalité de cette présence au regard de la Constitution³⁸². La même solution serait donc sans aucun doute adoptée s'agissant de la présence du crucifix dans les tribunaux, prévue par une simple circulaire administrative. On peut néanmoins regretter que la Cour ne puisse examiner au fond cette question car il n'y a guère de doute qu'une loi imposant le crucifix dans les écoles publiques ou les tribunaux serait censurée par la Cour constitutionnelle au nom du principe suprême de laïcité qu'elle a elle-même consacré dans sa décision n° 203 du 11 avril 1989.

Les normes prévoyant l'exposition du crucifix en Italie n'ayant ainsi jamais été officiellement abrogées, partisans et opposants à son maintien se divisent sur la question du caractère culturel de ce symbole qui justifierait encore cette présence.

³⁷⁷ V. en particulier art. 118 du décret royal n°965 du 30 avr. 1924 et annexe C du décret royal n°1297 du 26 avr. 1928. Parallèlement, la réforme Gentile de 1923 impose l'enseignement obligatoire de la religion catholique dans les écoles primaires. Par la suite, les Accords du Latran du 11 février 1929 réaffirment solennellement le principe de la religion d'Etat et l'enseignement de la religion catholique est étendu à l'enseignement secondaire.

³⁷⁸ V. notamment art. 48, al. 2 Const. : « Le vote est personnel et égal, libre et secret. Son exercice est un devoir civique. »

³⁷⁹ V. notamment art. 97, al. 2 Const. : « Les fonctions publiques sont organisées conformément aux dispositions légales, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration. »

³⁸⁰ Art. 101 Const. : « La justice est administrée au nom du peuple.

Les juges ne sont soumis qu'à la loi. »

³⁸¹ Art. 3 Const. : « Tous les citoyens ont la même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales.

Il appartient à la République d'éliminer les obstacles économiques et sociaux qui, en restreignant effectivement la liberté et l'égalité des citoyens, empêchent le plein épanouissement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays. »

³⁸² Au début des années 2000, le tribunal administratif de la région de Vénétie avait été saisi par madame Lautsi, qui jugeait contraire aux principes constitutionnels d'impartialité et de laïcité de l'Etat la décision du conseil de l'école publique fréquentée par ses enfants de laisser accrochés dans les salles de classe des crucifix. Par une ordonnance n° 56 du 14 janvier 2004, le tribunal administratif avait suspendu le jugement et soulevé devant la Cour constitutionnelle la question de la légitimité constitutionnelle des normes imposant la présence du crucifix dans les salles de classe. Or, dans une ordonnance n° 389 du 15 décembre 2004, la Cour constitutionnelle avait rejeté le recours car, les dispositions soumises à son contrôle ayant une valeur réglementaire et non législative, elle était incompétente pour statuer. Dans un arrêt n°556 du 13 janv. 2006, le Conseil d'Etat avait définitivement rejeté le recours (v. *infra* p. 168 et s.). C'est cette affaire qui avait ensuite été jugée par la Cour européenne des droits de l'homme.

1- L'affaire *Lautsi* et ses suites sur les crucifix dans les salles de classe devant la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la présence du crucifix dans les salles de classe italiennes dans une même affaire ayant donné lieu à deux arrêts célèbres.

Dans un premier temps, par un arrêt du 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italie*, la Cour a condamné à l'unanimité la présence du crucifix - « signe extérieur fort » - dans les salles de classe italiennes (§54). Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle l'importance de la neutralité de l'Etat dans le domaine scolaire car « le pouvoir contraignant de l'Etat est imposé à des esprits qui manquent encore (selon le niveau de maturité de l'enfant) de la capacité critique permettant de prendre distance par rapport au message découlant d'un choix préférentiel manifesté par l'Etat en matière religieuse » (§48)³⁸³.

Au regard de la question de la présence des crucifix dans les salles d'audience des tribunaux il peut être intéressant de lire la première phrase du §48 de la décision où la Cour évoque: « l'obligation pour l'Etat de s'abstenir d'imposer, même indirectement, des croyances, dans les lieux où les personnes sont dépendantes de lui ou encore dans les endroits où elles sont particulièrement vulnérables ». Le §50 mérite également une attention particulière dans la perspective de ce rapport: « dans les pays où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, la manifestation des rites et des symboles de cette religion, sans restriction de lieu et de forme, peut constituer une pression sur les élèves qui ne pratiquent pas ladite religion ou sur ceux qui adhèrent à une autre religion (*Karaduman c. Turquie*, décision de la Commission du 3 mai 1993) ». La Cour ajoute: « Ce qui peut être encourageant pour certains élèves religieux, peut être perturbant émotionnellement pour des élèves d'autres religions ou ceux qui ne professent aucune religion. Ce risque est particulièrement présent chez les élèves appartenant à des minorités religieuses » (§ 55) et ne garantit pas la liberté négative de religion de ces derniers.

Au lendemain de l'arrêt, le sujet a fait la « une » de tous les médias italiens, un sondage révélant que 84% des Italiens étaient favorables à la présence du crucifix dans les écoles. Outre la réaction attendue de l'Eglise catholique, la classe politique dans sa très grande majorité, le premier ministre Silvio Berlusconi en tête, a manifesté son opposition à la décision, témoignant ainsi d'un inhabituel consensus. Seule la gauche radicale a salué ouvertement cet arrêt ainsi que les associations de défense de la laïcité et les responsables protestants. Roberto Castelli, alors vice-ministre des infrastructures et des transports et membre de la Ligue du Nord, parti populiste et xénophobe appartenant à la coalition gouvernementale de l'époque, avait proposé d'ajouter le symbole du crucifix sur le drapeau italien. D'autres élus de droite, dont Alessandra Mussolini, députée et petite-fille de Benito Mussolini, avaient quant à eux suggéré d'inscrire les racines chrétiennes de l'Italie dans le texte de la Constitution. Le gouvernement italien, dans ses arguments devant la Cour européenne des droits de l'homme, indiquait déjà que la décision d'interdiction de l'exposition des crucifix pourrait « conduire[e] à des conséquences imprévisibles » (§ 41), affirmation pouvant être interprétée comme une mise en garde à la Cour européenne des droits de l'homme, au demeurant quelque peu choquante.

Dans l'affaire *Lautsi*, pas moins de dix Etats ont fait des tierces interventions (article 36, §4 de la Convention) pour soutenir la position de l'Italie. Il est très rare qu'il y ait

³⁸³ V. C. Pauti, « Crucifix dans les écoles : la CEDH condamne l'Italie », *AJDA*, 10/2010, p. 563-567. Dans cette affaire, les juges étaient les suivants : Françoise Tulkens, présidente, Ireneu Cabral Barreto, Vladimiro Zagrebelsky, Danute Jociene, Dragoljub Popovic, Andrés Sajó, Isil Karakas.

autant de tierces interventions devant la Cour Européenne des droits de l'homme, d'autant qu'à celles des Etats se sont ajoutées celles d'organisations non gouvernementales, défendant des positions diverses, et de trente-trois membres du Parlement européen agissant collectivement.

Dans un second temps, après que la demande de renvoi présentée par le Gouvernement italien ait été admise³⁸⁴, dans un arrêt de Grande Chambre *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, la Cour a, à l'inverse, jugé par 15 voix contre 2 que cette présence ne constituait pas une violation de l'article 2 du Protocole n°1 et qu'aucune question distincte ne se posait sur le terrain de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour, la présence de symboles religieux dans les salles de classes relève de la marge d'appréciation de l'État - qui plus est en l'absence de consensus européen sur cette question - dans la mesure toutefois où les choix dans ce domaine ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement. Or, le fait que la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques en Italie donne à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire ne suffit pas pour caractériser une démarche d'endoctrinement. En outre, la présence de crucifix n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme. Enfin, rien n'indique que les autorités se soient montrées intolérantes à l'égard des élèves adeptes d'autres religions ou non croyants. Au contraire, dans sa décision, la Cour souligne la possibilité pour les jeunes filles musulmanes de porter le voile en classe. Selon nous néanmoins, ces éléments, témoignant principalement de libertés ou tolérances accordées aux élèves, ne « neutralisent »³⁸⁵ néanmoins pas l'affichage délibéré par les autorités publiques d'un Etat laïque d'un signe exclusif dont la Cour européenne des droits de l'homme ne relativise pas la signification religieuse. L'acceptation d'un certain pluralisme religieux dans le cadre scolaire ne peut servir de prétexte au maintien d'une forme de confessionnalisme d'Etat dans ce même lieu.

Dans son §72, la Grande Chambre s'attache à la signification passive du symbole du crucifix, ce qui permet, minimisant ainsi son impact éventuel, de ne pas « lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses ».

Dans la seule opinion dissidente à cet arrêt (du juge suisse Malinverni, à laquelle se rallie la juge bulgare Kalaydjieva), on note cette réflexion : « 7. L'impact que peut avoir la présence du crucifix dans les écoles est aussi sans commune mesure avec celui que peut exercer son exposition dans d'autres établissements publics, comme un bureau de vote ou un tribunal. En effet, comme l'a pertinemment relevé la chambre, dans les écoles « le pouvoir contraignant de l'Etat est imposé à des esprits qui manquent encore de la capacité critique leur permettant de prendre de la distance par rapport au message découlant d'un choix préférentiel manifesté par l'Etat » (paragraphe 48 de l'arrêt de la chambre). »

Ainsi, selon la Cour, le fait que l'Etat italien ne s'identifie plus à une religion déterminée et puisse être qualifié de laïque, ne lui interdirait pas de transmettre aux nouvelles générations des valeurs qui font aujourd'hui partie de son patrimoine. Et

³⁸⁴ Dans la demande de renvoi devant la Grande chambre du 28 janvier 2010, le gouvernement souligne notamment que le choix de conserver le crucifix s'inscrit dans un souci de « préserver, dans une société pluraliste, la paix religieuse et sociale » car les « valeurs de la religion catholique sont depuis toujours profondément enracinées dans les sentiments de la grande majorité de la population » (§ 16), et correspondent à son « identité » et ses « besoins religieux » (§ 27). Les personnes croyantes pourraient se sentir « heurtées » par une décision de retrait des crucifix (§ 14) qui, dans ce contexte, risquerait de donner l'image d'un « Etat fondé sur un laïcisme militant qui promeut l'athéisme » (§ 20).

³⁸⁵ Expression utilisée dans son opinion séparée mais conforme à la majorité du juge Rozakis ralliée par la juge Vajic.

même la seule opinion dissidente dans l'arrêt de grande chambre laisse entendre que si la présence du crucifix n'est pas admissible dans des salles de classe, elle poserait en revanche moins de difficultés dans les tribunaux. Cependant, lors d'un entretien le 24 juin 2019, Jean-Paul Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme au moment de l'affaire *Lautsi*, nous a confié : « Je suis pas du tout sûr que j'adopterais la même position dans un tribunal. Dans une école, c'est comme un tableau, malgré la présence d'un crucifix sur un mur, il est possible de dispenser un enseignement parfaitement neutre et laïque. En revanche, dans un tribunal, si j'ai sous les yeux un crucifix, comme c'était le cas sous la France de Vichy, cela m'induirait à penser qu'il y a une présomption de manque d'impartialité de la part des juges. L'affaire *Lautsi* s'est beaucoup jouée sur l'ampleur de la marge d'appréciation qu'il convenait de laisser à chaque pays. »

Dans une décision du 31 mai 2017 le tribunal administratif régional de Sardaigne se fonde en grande partie sur l'argumentation de cette décision de Grande Chambre³⁸⁶. En l'espèce, quelques jours après la première décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lautsi*, le maire de la municipalité de Mandas, en Sardaigne, avait ordonné, par arrêté du 23 novembre 2009, l'affichage immédiat du crucifix « dans tous les bâtiments publics de la municipalité », sous peine d'une sanction administrative de 500 euros pour les contrevenants et avait chargé la police locale de veiller au respect de l'ordre donné.

L'Union des Athées et des Agnostiques Rationalistes (UAAR) avait alors demandé au tribunal administratif régional de Sardaigne l'annulation de cet arrêté municipal. Après l'abrogation de l'arrêté par le maire lui-même par arrêté du 22 janvier 2010, l'affaire aurait pu en rester là, l'intérêt du requérant ayant pris fin. Mais le requérant souhaitait que le Tribunal se prononce sur la légalité de l'exposition obligatoire du crucifix dans les bureaux publics de la commune.

Dans sa décision du 31 mai 2017, le tribunal administratif régional de Sardaigne déclare: « Le recours est infondé quant au fond.

En effet, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 18 mars 2011, rec. 30814/06, a acquitté l'Italie de l'accusation de violation des droits de l'homme pour l'exposition du crucifix dans les salles de classe, déclarant que la culture des droits humains ne doit pas être mise en contradiction avec les bases religieuses de la civilisation européenne, auxquelles le Christianisme apporte une contribution essentielle. La Cour a également rappelé que, conformément au principe de subsidiarité, il faut garantir à chaque pays une marge d'appréciation quant à la valeur des symboles religieux dans son histoire culturelle et son identité nationale et quant au lieu où ils sont exposés; sinon, au nom de la liberté religieuse, on tendrait paradoxalement à limiter, voire à nier cette liberté, pour finalement aboutir à en exclure toute expression dans l'espace public. Le crucifix, en particulier, n'est pas considéré par les juges de Strasbourg comme un élément d'endoctrinement, mais comme une expression de l'identité culturelle et religieuse des pays de tradition chrétienne»³⁸⁷.

³⁸⁶ TAR Sardaigne, sez II, 1^{er} mai 2017, n°383 (A. Licastro, « A ognuno la sua croce », Notazioni sparse in tema di ostensione istituzionale dei simboli cristiani nella sfera pubblica europea (con particolare riferimento all'art. 28 della legge francese di separazione), *Giustizia amministrativa, rivista telematica*, 1/2018).

³⁸⁷ Un appel (n° 201800778) est actuellement en cours contre cette décision.

2- L'affaire *Montagnana* devant la Cour de cassation : la décision de référence à contre-courant sur la présence du crucifix dans les bureaux de vote

Dans une décision du 1er mars 2000, *Montagnana*, en rupture avec la jurisprudence traditionnelle - justifiant la présence du crucifix dans les locaux publics pour des raisons culturelles - la Cour de cassation s'est prononcée sur l'exposition du crucifix dans les bureaux de vote³⁸⁸. Selon la Cour de cassation « constitue un motif justifié de refus de la charge de président, de scrutateur ou de secrétaire, si ce n'est pas l'agent qui a demandé à être désigné, la manifestation de la liberté de conscience, dont l'exercice entraîne un conflit entre l'adhésion personnelle au principe suprême de laïcité de l'État et l'accomplissement de la charge du fait de l'organisation du scrutin, en relation avec la présence dans la dotation obligatoire des équipements des locaux destinés aux opérations électorales [qui sont souvent des écoles] du crucifix ou d'autres images religieuses ».

En l'espèce, le professeur Montagnana avait été nommé scrutateur à l'occasion des élections législatives prévues pour mars 1994.

Après avoir reçu notification de sa nomination, Montagnana avait adressé aux autorités compétentes une lettre dans laquelle il avait subordonné sa nomination au retrait des bureaux de vote des « symboles et images d'une unique confession religieuse ». En l'absence de réponse, il avait refusé la charge, estimant que la présence du crucifix violait sa liberté de conscience et le principe constitutionnel de laïcité.

A la suite de la confirmation du refus d'exercer cette fonction, Montagnana fut renvoyé devant le Préteur de Cuneo pour répondre du délit prévu à l'article 108 du décret présidentiel n° 361 du 30 mars 1957, puis condamné à une amende de 400 000 lire, du fait que le motif invoqué pour justifier le comportement d'omission de l'accusé n'était pas approprié³⁸⁹.

Toutefois, ces conclusions sont infirmées dans le jugement d'appel³⁹⁰. La Cour considère, en effet, que le comportement de l'accusé se rattache à l'exercice du droit à la liberté religieuse et qu'il peut donc être considéré comme un motif justifié de manière à exclure le caractère pénalement punissable du refus³⁹¹.

Dans une autre affaire, le 10 avril 2006, la Cour d'appel de Pérouse a dû statuer sur une demande préfectorale de révocation de la nomination du président d'un bureau de vote installé dans la Municipalité d'Amelia, à Fornole, pour avoir enlevé le crucifix qui s'y trouvait et ne pas avoir respecté l'avertissement du maire d'Amelia de le raccrocher « créant une tension considérable dans le siège »³⁹². Selon la Cour, le fait pour le Président du siège de décrocher le crucifix et de refuser de le raccrocher ne le rend pas moins « apte à exercer, de manière responsable, la délicate fonction de président du siège. En effet, les textes ne mentionnent pas que les sièges électoraux doivent être dotés d'un crucifix dont la valeur symbolique incontestable n'est pas discutée en l'espèce ; il convient simplement de noter que la salle destinée aux élections doit être un espace absolument neutre, dépourvu de symboles qui peuvent, de quelque manière que ce soit, même indirectement et/ou involontairement, créer des suggestions ou influencer l'électeur ». La Cour relève d'ailleurs que « la décision municipale a été adoptée sur la

³⁸⁸ Cass. pen. sez. IV, 1er mars 2000, n°439 (*Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2000, p. 846-854).

³⁸⁹ Art. 108 décret présidentiel n° 361 du 30 mars 1957 modifié : « à l'exception des peines plus lourdes prévues par l'article 104 pour le cas prévu par celui-ci, les personnes qui, nommées au poste de président, scrutateur et secrétaire, refusent sans raison valable de l'accepter ou ne sont pas présentes au moment de l'installation du siège, sont punies d'une amende de 600 000 à 1 000 000 lire. La même sanction est appliquée aux membres du Bureau qui, sans raison valable, quittent le bureau avant la fin des opérations électorales ».

³⁹⁰ App. torino, sez. I, 11 févr. 1998, n. 2806 (*Quad. dir. pol. eccl.*, 1998, p. 856).

³⁹¹ V. E. La Rosa, « "Uso" ed "abuso" del simbolo religioso : profili di responsabilità penale », *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, févr. 2008, *rivista telematica*, p. 5-9.

³⁹² L'article 35, al. 1er du texte unique sur les lois contenant les règles relatives à l'élection de la Chambre des députés, approuvé par le décret présidentiel n° 361 du 30 mars 1957, dispose que la nomination des présidents de siège doit être faite par le Président de la cour d'appel compétent pour le territoire.

base du décret royal n°965 du 30 avril 1924, qui n'est pas applicable en l'espèce, puisqu'il ne concerne que les établissements d'enseignement, c'est-à-dire les écoles, alors que (...) les bureaux de vote ne sont situés que par accident dans des classes ayant une fonction totalement différente ».

A l'inverse, dans une autre affaire, le Tribunal de Naples, dans une décision du 26 mars 2005, a jugé que le simple affichage du crucifix, dans lequel la grande majorité des citoyens italiens s'identifie encore aujourd'hui, d'un point de vue spirituel, en l'absence de toute interdiction légale, témoigne de ce sentiment religieux répandu, sans aucune valeur discriminatoire par rapport aux autres religions, dont la libre profession est autorisée et garantie par l'État.

Une telle présence ne semble pas non plus donner lieu à une violation et/ou à un conditionnement du libre exercice du droit de vote, puisqu'il faut d'abord rattacher ce symbole à la tradition religieuse et culturelle profondément enracinée du pays, sans nécessairement en déduire une ingérence, même indirecte, dans les différentes consultations (politiques, administratives ou référendaires).

Enfin, la polémique relative à la présence de signes religieux dans les sièges électoraux a récemment refait surface après qu'un crucifix ait été recouvert d'un scotch par la présidente du siège, épouse du candidat du parti démocrate puis vainqueur aux élections municipales le 9 juin 2019 à Signa, dans la province de Florence.

Afin de bien mesurer l'écart dans l'approche de la question religieuse dans certains services publics par rapport à la France, il faut rappeler que par décision n°1388 du 27 mars 2017, le Conseil d'Etat italien a jugé légales les cérémonies de bénédictions d'écoles, à condition qu'elles interviennent en dehors des leçons et qu'elles soient facultatives, en estimant qu'il s'agissait d'un acte qui n'avait pas davantage d'incidence sur le déroulement de l'activité didactique et la vie de l'école en général que d'autres activités parascolaires³⁹³.

B- La persistance de la présence des crucifix dans les tribunaux

Introduction : laïcité, pluralisme et crucifix

La circulaire du Ministère de la Grâce et de la Justice – Div. III n°2134/1867 du 29 mai 1926 «Placement du Crucifix dans les salles d'audience » voit dans le crucifix un « avertissement solennel de vérité et de justice » et dispose : « "Je prescris que dans les salles d'audience, au-dessus du banc des juges et à côté de l'effigie de Sa Majesté le Roi, soit rétabli le Crucifix, conformément à notre antique tradition.

Que le symbole vénéré représente un avertissement solennel de vérité et de justice.

Les chefs des offices judiciaires prendront des dispositions avec les administrations municipales afin que ce que j'ai ordonné soit exécuté avec célérité et dans le respect de l'esthétique comme il convient à la très haute fonction de la justice ».

Les accords du Latran du 11 février 1929 vont d'ailleurs solennellement réaffirmer, dès leur article 1^{er}, le principe de la religion catholique en tant que religion d'Etat.

Malgré la chute du fascisme et l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948 de la Constitution du 27 décembre 1947, qui garantit formellement la liberté religieuse pour tous, la situation des confessions religieuses minoritaires ne s'améliore quasiment pas et l'empreinte confessionnelle de la société italienne demeure, favorisée par un

³⁹³ V. A. Fuccillo, *op. cit.*, p. 220.

gouvernement démocrate-chrétien. « Dieu te voit, Staline pas » (*Dio ti vede, Stalin no*) : tel était l'un des slogans de la Démocratie populaire aux élections de 1948.

Un changement fondamental intervient avec la révision des Accords du Latran en 1984, qui met fin à un régime de près d'un siècle et demi: la religion catholique n'est plus religion d'Etat. L'Etat révisé donc le Concordat avec l'Eglise catholique, et conclut également, à partir de cette date, plusieurs ententes avec d'autres confessions religieuses, en conformité avec l'article 8, alinéa 3 de la Constitution.

Pourtant, en dépit de l'abandon formel du principe de religion d'Etat et de l'affirmation constitutionnelle du principe de laïcité, le crucifix est encore présent dans de nombreux services publics, dont les tribunaux.



Salles d'audiences en Italie : « La loi est égale pour tous »

1- Les justifications fragiles à la présence actuelle du crucifix dans les tribunaux

Au lendemain de la révision des Accords du Latran, en octobre 1984, le ministère de l'Intérieur italien justifiait la présence des crucifix dans les salles d'audience des tribunaux par ses valeurs morales et humanistes: «le système juridique de chaque pays puise ses racines dans les principes moraux et éthiques qui se sont développés au cours des siècles et qui constituent les valeurs-guides fondamentales dont s'inspire le comportement des populations respectives. Or, les valeurs morales et éthiques marquées par une constante vocation humaniste qui puise ses racines dans les principes fondamentaux du christianisme émergent de façon claire dans toute la culture et l'histoire de notre Pays... Si le christianisme est donc une composante de notre histoire (et ceci est expressément reconnu par l'article 9 du nouveau Concordat où il est affirmé que "les principes du catholicisme font partie du patrimoine historique du peuple italien"), le crucifix, signe le plus élevé du christianisme, apparaît, alors, pour tous, croyants et non croyants, comme le symbole de notre civilisation, le signe de notre culture humaniste et de notre conscience éthique. On estime donc que la présence dans les salles où l'on administre la justice du symbole représentatif de la loi morale et de l'éthique qui est à la base de notre société est encore opportune et n'est pas contraire aux principes de liberté de pensée et de religion proclamés par la Constitution. En effet, ce symbole sera perçu en termes religieux par l'homme croyant, mais il aura également

une valeur indicative et morale pour celui qui ne voit la vie et l'histoire que comme un événement terrestre».

Une vingtaine d'années plus tard, en 2007, le ministre de la Justice Clemente Mastella, répondant à une interrogation à la Chambre des députés de Maurizio Turco³⁹⁴ demandant le retrait de tous les symboles religieux des salles d'audience des tribunaux, a repoussé l'interprétation du concept de laïcité donnée par la Cour de cassation dans sa décision *Montagnana* n°439/2000 pour retenir celle adoptée par le Conseil d'Etat dans sa décision n°556 du 13 janvier 2006 relative à l'affaire *Lautsi*, qui sera à l'origine de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette décision, le Conseil d'Etat va rejeter le recours de la requérante en confirmant la décision du tribunal administratif de la région de Vénétie n° 1110 du 17 mars 2005 jugeant que le crucifix représente le symbole de la laïcité de l'Etat italien. Selon le Conseil d'Etat le crucifix est « un symbole approprié pour exprimer le fondement élevé des valeurs civiles, qui sont les valeurs qui définissent la laïcité dans l'ordre actuel de l'État ». Ce symbole témoigne en effet des « valeurs de tolérance, de respect réciproque, de valorisation de la personne, d'affirmation de ses droits, de respect de sa liberté, d'autonomie de la conscience morale par rapport à l'autorité, de solidarité humaine, de refus de toute discrimination ». Loin d'être contraire au principe de laïcité de l'Etat, le crucifix en serait au contraire le symbole³⁹⁵...

S'inscrivant dans le prolongement de cette décision, le ministre jugea alors que « le crucifix peut continuer à être exposé dans nos salles d'audience, en tant que symbole élevé de notre tradition et de nos valeurs civiles et culturelles, expression du respect pour l'autre, de l'amour pour la personne et d'une profonde solidarité humaine ».

On peut s'étonner de ces arguments car l'Italie étant un Etat laïque, seule la valeur culturelle du crucifix pourrait permettre la justification du maintien du crucifix dans les salles d'audiences. Or, s'agissant de la justice, il ne s'agit plus de l'argument utilisé.

Du point de vue du symbole religieux, un crucifix est un signe plus fort qu'un tableau représentant une scène religieuse, voire même un tableau représentant un crucifix.

Il semble donc difficile de transposer l'argumentation du Conseil d'Etat français dans ses deux arrêts d'Assemblée du 9 novembre 2016 relatives aux crèches à la présence en Italie des crucifix dans les services publics et notamment dans les tribunaux. En effet, le crucifix semble moins à même de revêtir une « pluralité de significations », notamment culturelles, et en tout cas, il semble difficile de trouver des significations non religieuses au crucifix. Comme le rappelle Jacqueline Lalouette, le crucifix ne peut être totalement neutre et peut difficilement ne provoquer aucune réaction dans un tribunal en étant assimilé à un quelconque objet de décoration. Au-dessus des juges qui sont amenés à trancher un litige et dire le droit, il revêt au minimum un aspect solennel, voire intimidant pour les justiciables.

On peut se demander s'il n'est pas envisageable de faire le parallèle avec la situation en Alsace-Moselle, où la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat ne s'applique pas mais où est applicable en revanche le principe de laïcité proclamé par la Constitution. De la même manière, l'Italie est un pays laïque mais où l'Etat a passé des accords avec différentes religions. Le contexte historique et juridique italien où les religions ont une place reconnue dans la société, peut-il avoir une influence sur la justification d'un éventuel maintien de signes religieux dans les tribunaux ? Cet

³⁹⁴ Député appartenant à la *Rosa nel Pugno* (Rose au poing), ancienne formation politique d'inspiration radicale-socialiste née le 17 novembre 2005 et dissoute le 18 décembre 2007.

³⁹⁵ V. G. Casuscelli qui critique l'apparition d'un concept de « laïcité chrétienne » (« Il crocifisso nelle scuole : neutralità dello Stato e "regola della precauzione" », *www.olir.it*, p. 7).

environnement est-il propice à une plus grande acceptation des insignes religieux en tant que patrimoine local ?

Les débats à ce sujet sont nombreux.

2- Les débats autour de la présence du crucifix dans les salles d'audience

L'influence du crucifix peut être différente en fonction des lieux dans lesquels il est affiché.

A la différence des bureaux de vote où le crucifix peut « créer des suggestions ou influencer l'électeur », au sein des tribunaux, sa présence peut entraîner un doute chez certains requérants quant à l'impartialité des juges et la façon dont la justice va être rendue. Bien entendu, ce doute peut être accentué quand le contentieux entretient un lien avec la religion.

Même s'ils n'ont quasiment pas été menés auprès de juges italiens, on peut néanmoins tirer des enseignements des entretiens menés auprès de nombreux juges français, notamment quant à leur ressenti face aux scènes de crucifixion pouvant encore exister dans les salles d'audiences françaises. La difficulté des entretiens auprès de ces derniers tient au fait que, dotés, du fait de leur parcours universitaire, d'un bagage intellectuel, juridique et déontologique conséquent, ils sont généralement aptes à faire abstraction de ces signes et de leur éventuelle signification, ou au moins prendre de la distance par rapport à ces derniers, ce que ne savent pas forcément faire tous les requérants.

Les requérants sont en position de « dépendance » face aux juges et, matériellement, ils sont situés face au crucifix, contrairement au juge qui ne le voit généralement pas durant l'audience.

Les enquêtes réalisées n'ayant pu - pour des raisons matérielles évidentes - être menées auprès du public et des justiciables, il est difficile de mesurer l'impact de ces signes sur ces derniers : simple opposition idéologique, agacement ou, plus grave, doute quant au caractère impartial de la justice. Et les quelques rares cas médiatisés ne permettent pas de se forger une idée sur l'impact que peuvent avoir sur eux de tels signes.

De nombreuses polémiques ont ainsi entouré la présence ou l'absence de crucifix dans les tribunaux et plus précisément dans les salles d'audience italiennes.

Des professionnels de la justice ont ainsi pu refuser de siéger dans des salles d'audiences où était accroché un crucifix ou exiger l'enlèvement du symbole religieux mais également condamner son éventuelle disparition et exiger sa réinstallation.

En France, on se souvient qu'à la suite du vote par la Chambre des députés le 5 novembre 1903 de la suppression des emblèmes religieux dans les salles d'audiences, l'ordre donné par le ministre de la Justice, par circulaire du 31 mars 1904, de retirer les crucifix de ces salles avait engendré une vague de protestation de divers barreaux³⁹⁶.

Toute comparaison gardée, on ne peut qu'être surpris de retrouver en Italie, plus d'une centaine d'années plus tard, des mouvements médiatisés d'avocats, quand bien même exceptionnels et réunissant une infime proportion d'entre eux, s'insurgeant contre des mesures du même type.

³⁹⁶ V. *supra* p. 72 la circulaire ministérielle du 31 mars 1904 ordonnant le décrochage des croix, des crucifix et des tableaux à caractère religieux dans les salles d'audience.

Ainsi, dans une lettre rendue publique et envoyée par une vingtaine d'avocats du Barreau de Ferrare (qui compte environ 900 avocats) au Président du tribunal de la ville et également présentée au cours d'une réunion de l'Ordre des avocats, le 25 mars 2015, était exigé le retour des crucifix au sein du Palais de justice, qui avaient disparu de tous les murs, à l'exception de celui d'une des salles d'audiences. Dans cette lettre, les avocats se déclarent « animés par la préoccupation de protéger le caractère sacré de ces objets - le lieu où les crucifix auraient pu être entreposés, nous l'espérons non indigne, demeurant inconnu - qui représentent pour les croyants, la synthèse de l'expression de leur Foi et, pour les non-croyants, la mémoire de leur tradition constitutive de l'identité judéo-chrétienne de tous les citoyens européens.

Dans l'hypothèse où cette recherche ne produirait pas le résultat espéré, étant donné qu'est encore en vigueur, puisqu'elle n'a pas été abrogée, la circulaire Rocco du 29 mai 1926 prévoyant la présence des crucifix dans les salles d'audience, nous vous demandons de faire en sorte que puisse revenir dans les lieux où devraient être protégées et défendues les valeurs de la justice, de la tolérance, de la liberté, du respect de la paix, la croix qui représente par excellence la Vérité, le Bien, la Justice, au point de mourir pour elle.

Professionnels du droit garants de la justice, nous sommes également des hommes fragiles et limités et croyons qu'il s'agit d'un geste raisonnable, car il tient compte de tous les facteurs de la réalité, d'être aidés à se souvenir que tout ce qui est réalisé par l'homme, aussi légal soit-il, sera toujours incomplet, s'il n'est pas accompagné de la Miséricorde.

Nous sommes prêts à collaborer en donnant des crucifix pour la réalisation de ce geste correspondant parfaitement à l'intelligence, au cœur de tous les hommes et à l'identité de nous autres Européens ».

La médiatisation de cette requête par des avocats est pour le moins surprenante dans un Etat laïque. Ces professionnels de la justice affichent ainsi ouvertement leurs convictions religieuses allant jusqu'à proposer de donner personnellement des crucifix pour décorer leur tribunal.

Bien qu'étonnant, cet épisode n'en demeure pas moins anedoctique. La jurisprudence sur cette question est plus fournie.

3- La jurisprudence relative à la présence du crucifix dans les salles d'audience

La présence du crucifix a pu être contestée tant par les acteurs que par les usagers du service public de la justice.

a) La demande de retrait du crucifix par un magistrat : l'affaire *Tosti*

Un juge de confession juive du Tribunal de Camerino (province de Macerata, dans la région des Marches en Italie centrale) est à l'origine d'un long débat judiciaire qui s'est étalé sur une dizaine d'années. Comme le rappelle le Conseil Supérieur de la Magistrature dans son ordonnance de 2006, l'affaire a débuté le 28 octobre 2003 quand le juge Luigi Tosti entrant dans une salle d'audience pour tenir une audience civile a réalisé, à la suite des remarques ironiques d'avocats alors présents qui évoquaient l'affaire devant le tribunal de L'Aquila relative à la demande de retrait du crucifix dans les salles de classe, que sur un mur latéral était accroché un crucifix que le juge n'avait jusqu'alors pas remarqué. Il l'avait alors décroché et rangé, mais après une brève absence, le crucifix avait été à nouveau accroché au mur par le greffier qui avait affirmé

que cette présence était imposée par la loi. Jugeant illégale la présence du symbole religieux, le juge avait alors demandé au Président de le retirer de toutes les salles d'audience où il exerçait ses fonctions. Selon lui, l'illégitimité de la présence du crucifix dérivait du fait qu'elle n'aurait été prévue que dans la circulaire du ministre de la Justice du 29 mai 1926, privée de fondement législatif. En outre, en tout état de cause, cette circulaire devait être considérée comme abrogée du fait de l'entrée en vigueur de la Constitution et notamment de ses articles 8, 19 et 21 garantissant une égale dignité à toutes les confessions religieuses, l'abandon de la qualification de la religion catholique comme religion d'Etat, la liberté religieuse (incluant aussi la liberté négative de ne professer aucune religion) et la liberté de manifester ses propres pensées, croyances et idéologies politiques.

Dans l'hypothèse où la demande de retrait du crucifix ne serait pas acceptée, le juge Tosti demandait à ce que soit accroché le symbole de sa religion, la *menoràh* juive (candélabre à sept branches), en affirmant que le refus d'accéder à cette demande constituerait une discrimination illégale fondée non seulement sur des motifs religieux, mais aussi sur des motifs raciaux, en s'appuyant, entre autres, sur l'arrêt de la Cour de cassation du 1er mars 2000, *Montagnana* sur la présence des crucifix dans les bureaux de vote. Par note du 23 décembre 2003, le Président de la Cour a rejeté ses demandes, déclarant que la circulaire de 1926 qui imposait la présence du crucifix était toujours en vigueur.

Le juge Tosti a contesté cette décision devant le tribunal administratif régional qui, par ordonnance du 22 septembre 2004, a rejeté la demande conservatoire d'enlèvement en urgence du crucifix, considérant que le préjudice allégué par le requérant n'était pas grave et, en tout cas, réparable.

Par ailleurs, le tribunal administratif régional s'est déclaré incompétent pour enjoindre au ministre de la Justice et au Président du tribunal de Camerino d'enlever le crucifix estimant que le juge ordinaire était « le juge naturel des droits subjectifs, même dans les rapports entre personnes privées et administration publique »³⁹⁷. Le 25 novembre 2005, le juge Tosti a alors soulevé un conflit d'attribution contre le refus du ministre de la Justice concernant sa demande d'enlèvement du crucifix. La Cour constitutionnelle, dans une décision n°127/2006 a déclaré le recours irrecevable.

Mais, à partir de mai 2005, en attendant la décision de la Cour Constitutionnelle, le juge a refusé de tenir ses audiences même après qu'on lui ait proposé de les assurer dans son bureau puis qu'on lui ait attribué une salle d'audience sans crucifix³⁹⁸. Il a alors été soumis à une procédure pénale et disciplinaire et remplacé par le Président du Tribunal et deux magistrats nommés par lui.

Sur le versant pénal, le Tribunal de l'Aquila dans une décision n° 622 du 15 décembre 2005³⁹⁹ confirmée par la Cour d'appel de l'Aquila le 23 mai 2007, puis dans

³⁹⁷ TAR Marche, Sez. I, ord. n°468/2004.

³⁹⁸ Dans sa défense, le juge Luigi Tosti estimait que « ce remède ne préservait pas le principe de laïcité de l'État et ses droits à la liberté religieuse et à l'égalité mais au contraire les aggravait parce qu'on réalisait ainsi une forme de ghettoïsation du non-catholique » évoquant une « salle ghetto » (Cass. civ., sez. un., 14 mars 2011, n° 5924, § 4.1). Il estimait par ailleurs qu'il subissait une discrimination par rapport aux employés catholiques du tribunal (Cass. civ., sez. un., 14 mars 2011, n° 5924, § 4.5). Enfin, selon le juge, « l'exposition du crucifix dans chaque salle d'audience doit être interdite, et pas seulement dans celle destinée au magistrat opposé à sa présence, faute de quoi cela créait un conflit dans le for intérieur du magistrat et une discrimination directe du magistrat qui utilise cette salle et une atteinte à la liberté religieuse en raison de l'absence de nécessité de révéler sa foi, entraînant ici une révélation inévitable de ses convictions religieuses. » (Cass. civ., sez. un., 14 mars 2011, n° 5924, § 4.7).

³⁹⁹ Pour l'abstention de siéger entre le 9 mai 2005 et le 4 juillet 2005 (*Quad. dir. e pol. eccl.* 2006/3, p. 1053).

une décision du Tribunal de l'Aquila du 21 février 2008⁴⁰⁰, ont, dans un premier temps, condamné le juge pour infraction d'omission de réalisation d'actes officiels (« reato di omissione di atti d'ufficio » art. 81 et ex. art. 328 co. I) à sept mois d'emprisonnement avec interdiction d'exercer une charge publique. En première instance, le tribunal de l'Aquila a d'ailleurs jugé étrangères à l'affaire en cause les « digressions de nature idéologique présentées au collège » par l'accusé. Par ailleurs, en méconnaissance pourtant manifeste du droit de liberté religieuse qui implique le droit d'évoluer dans ses convictions, les juges notent que le juge Tosti n'avait jusqu'à présent marqué aucune opposition à siéger dans des salles d'audiences ornées de crucifix.

Mais, dans un second temps, la Cour de cassation, dans une décision VI sez. Pen. n°28482/2009, a annulé la décision de condamnation pour non-lieu « car le fait n'existe pas » (« perché il fatto non sussiste ») à partir du moment où le juge Tosti avait informé le Président du Tribunal qu'il ne siégerait pas et que le Président l'avait alors rapidement fait remplacer.

La Cour de cassation constatait néanmoins dans cette décision, et c'est l'aspect qui nous intéresse le plus dans le cadre de cette recherche, que « a) la circulaire du Ministre et de la Justice du 29 mai 1926 est un acte administratif général, qui apparaît dénué de fondement normatif et par conséquent résulte en contradiction avec le principe de légalité de l'action administrative (articles 97 et 113 de la Constitution) ; b) cette circulaire, en tenant également compte de l'époque à laquelle elle remonte, ne semble pas en phase avec le principe constitutionnel de laïcité de l'Etat et avec la garantie, également constitutionnelle..., de la liberté de conscience et de religion ; c) il convient de déterminer l'éventuelle persistance d'une interaction effective entre la signification, comprise en tant que valeur identitaire, de la présence du crucifix dans les salles d'audience et la liberté de conscience et de religion, entendue non seulement dans un sens positif, en tant que protection de la foi professée par le croyant, mais également dans un sens négatif, en tant que protection du croyant de foi différente et du non-croyant qui refuse d'avoir une foi ».

Cette décision de la Cour de cassation n'a certes pas eu de conséquences pratiques quant à la présence du crucifix dans les salles d'audiences et n'a pas marqué un changement de position des autorités italiennes, ce considérant s'apparentant à une forme d'*obiter dictum*. Il n'en demeure pas moins que cette prise de position tranchée de la juridiction suprême - tant s'agissant de la fragilité des fondements juridiques de la présence du crucifix dans les salles d'audiences que de sa manifeste contradiction avec le principe constitutionnel de laïcité - n'est pas anodine, d'autant qu'elle avait déjà été adoptée par le Conseil supérieur de la Magistrature dans l'examen du versant disciplinaire de l'affaire.

La Cour d'appel de l'Aquila, dans une décision du 5 juillet 2012, dans une salle d'audience sans crucifix où il avait obtenu d'être jugé, a annulé la décision de première instance et acquitté le juge Tosti, reprenant l'argumentation de la Cour de cassation, car « le fait n'existe pas »⁴⁰¹.

Seule pouvait alors subsister la procédure disciplinaire.

S'agissant de la procédure disciplinaire, le Conseil Supérieur de la Magistrature, dans une ordonnance du 23 novembre 2006, suspend provisoirement de ses fonctions le juge Tosti, avec réduction de son salaire. Néanmoins le Conseil Supérieur de la Magistrature, comme le fera quelques années plus tard la Cour de cassation, tout en condamnant le juge Tosti, juge que la circulaire de 1926 est en contradiction avec le principe de laïcité de l'Etat et la garantie de la liberté de conscience et de religion.

Selon le Conseil Supérieur de la Magistrature « comme il n'est pas contesté (voir à cet égard la note du ministère de l'Intérieur du 5 octobre 1984, n° 5160/M/l, citée par la décision cass. 1er mars

⁴⁰⁰ Pour l'abstention de siéger entre le 8 juillet 2005 et le 16 janvier 2006.

⁴⁰¹ Corte app. Aquila n°2072 du 5 juill. 2012.

2000), la circulaire du ministre de la Justice du 29 mai 1926 n° 2134/1867 est un acte administratif général, privé de fondement normatif et donc contraire au principe de légalité de l'action administrative, issu des articles 97 et 113 de la Constitution dont il résulte que l'activité de l'administration publique doit toujours être exercée dans le respect de la Constitution, des normes communautaires et des lois, avec pour conséquence supplémentaire que tout acte administratif doit être l'expression d'un pouvoir conféré à l'administration par une règle (...). Conformément à ce principe, le législateur a réglementé l'affichage de symboles non religieux dans les lieux publics (loi n°22 du 5 février 1998 sur l'utilisation du drapeau de la République italienne et de celui de l'Union européenne ; article 38 du décret législatif n°267 de 2000, qui réglemente le même sujet par référence à la législation des autorités locales). Par ailleurs, même si cet aspect ne peut être considéré comme déterminant, il n'en demeure pas moins que la circulaire précitée apparaît en contradiction avec le principe constitutionnel de laïcité de l'État et avec la garantie de la liberté de conscience et de religion, puisqu'il n'est pas contesté (voir, en ce sens, Cass. Sez. unit., 18 novembre 1997, n° 11432 et la section disciplinaire, 15 septembre 2004, *Sansa*), qu'aucune mesure administrative ne peut restreindre les droits fondamentaux, en dehors des domaines éventuellement autorisés par une loi ordinaire conforme à la Constitution».

Après avoir rappelé la jurisprudence constitutionnelle sur le principe de laïcité, le Conseil Supérieur de la Magistrature juge qu'« apparaît convaincante la thèse du prévenu selon laquelle l'exposition du crucifix dans les salles d'audiences, en fonction d'un solennel « avertissement de vérité et de justice », constitue une utilisation d'un symbole religieux pour la poursuite de finalités de l'Etat et apparaît, par conséquent, en contradiction avec le principe suprême de laïcité de l'Etat ». Par ailleurs, il juge que les thèses des juges administratifs en la matière sont viciées par une évidente « contradiction logique entre l'affirmation de la valeur identitaire et celle de la portée universelle du symbole ». Il conclut ensuite que « même en pouvant partager la thèse du sens purement culturel du crucifix, le problème de la protection de la liberté de conscience et du pluralisme passerait du terrain purement religieux à celui culturel, mais ne serait pas pour autant résolu, du fait que des principes constitutionnels précédemment identifiés, il découle que l'administration publique ne peut choisir de privilégier un aspect de la tradition et de la culture nationale, même si elle est largement majoritaire, au détriment des autres minorités, en opposition avec le projet constitutionnel d'une société dans laquelle " différentes confessions, cultures et traditions doivent coexister " (Cour const. n°440 de 1995) ».

Par une ordonnance du 22 janvier 2010, rendue en Assemblée plénière, le Conseil Supérieur de la Magistrature a décidé la radiation de la magistrature du juge Tosti en considérant que l'objet de la procédure n'était pas de vérifier la compatibilité entre la présence du crucifix dans les salles d'audiences et le principe de laïcité de l'État, mais celle du refus de siéger par rapport au respect des règles d'organisation du service et des exigences fonctionnelles du bon déroulement de l'exercice des fonctions judiciaires. Le Conseil Supérieur de la Magistrature affirme par ailleurs que la présence du crucifix, indépendamment de la légalité ou de l'applicabilité de la règle qui le prévoit, n'a pas provoqué en soi, du seul fait qu'elle était généralement observée dans les salles d'audience de la nation, une violation directe du droit subjectif fondamental du juge Tosti à la liberté de religion et d'opinion. Cette liberté n'aurait pu être remise en question que si l'obligation d'exercer sa juridiction, contrairement à ses convictions les plus profondes, était imposée dans un tribunal où existait une "protection religieuse symbolique". Le fait qu'il ait été autorisé à tenir une audience dans son bureau, qui ne disposait pas de crucifix, l'aurait privé de son intérêt à agir.

Dans sa décision n°5924 du 14 mars 2011, la Cour de cassation a confirmé la position du Conseil Supérieur de la Magistrature en jugeant que le juge Tosti n'avait pas d'intérêt à agir⁴⁰². Le fait qu'on lui ait accordé la possibilité de tenir une audience dans une salle d'audience sans crucifix rendait inexistante la lésion de son droit subjectif à la liberté religieuse.

De façon plus générale, la Cour de cassation affirme qu'« il est vrai que, sur le plan théorique, le principe de laïcité est compatible à la fois avec un modèle d'égalisation vers le haut (laïcité

⁴⁰² *Foro it.*, 2011, I, c. 1043 et s.

par addition) qui permet à chaque sujet de voir les symboles de sa religion représentés dans les lieux publics, et avec un modèle d'égalisation vers le bas (laïcité par soustraction) » (§ 6.6), reprenant ainsi l'argumentation du Conseil Supérieur de la Magistrature (§5). La Cour précise néanmoins que la décision d'introduire une réglementation prévoyant la présence de plusieurs symboles religieux « implique qu'une pluralité de profils soit évaluée, en premier lieu la faisabilité pratique et l'équilibre entre l'exercice de la liberté religieuse par les usagers d'un lieu public et l'exercice similaire de la liberté religieuse négative par des athées ou non-croyants, ainsi que l'équilibre entre la garantie du pluralisme et des conflits possibles entre une pluralité d'identités religieuses qui sont incompatibles entre elles » (§ 6.6). Elle répondait ainsi à la requête du juge Tosti qui demandait à ce que soit exposée dans les salles d'audiences, la *Menorah*.

Les voies de recours internes épuisées, le juge Tosti a semble-t-il déposé un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme mais le recours n'a, pour l'heure, pas été communiqué au gouvernement défendeur.

b) La demande de retrait du crucifix par un requérant : l'affaire *Adel Smith*

Adel Smith, rendu célèbre par l'affaire qui l'avait conduit à demander le retrait du crucifix de l'école élémentaire d'Ofena fréquentée par ses deux enfants et qui avait provoqué un débat national au début des années 2000⁴⁰³, était cette fois impliqué dans une affaire d'escroquerie. Le procès en appel était initialement fixé dans une salle de la Cour d'appel de L'Aquila où était accroché un crucifix. Par l'intermédiaire de son avocat, Adel Smith avait alors obtenu d'être jugé dans une salle sans crucifix.

Les juges ont estimé que devait être protégé le droit de l'avocat et de l'accusé d'être présents et d'exercer leurs prérogatives dans une salle d'audience dépourvue de symboles religieux explicites. Ils ont jugé que la protection des droits de la défense peut être garantie « par la tenue du procès dans une autre salle d'audience de ce tribunal dépourvue des symboles précités ». Et ainsi en a-t-il été. Le procès a néanmoins été suspendu pour des motifs procéduraires. Le 22 août 2014, Adel Smith est mort dans une chambre d'hôpital sans crucifix. Ardent opposant à la présence des crucifix dans tous les édifices publics, il avait d'ailleurs été condamné en janvier 2006 pour outrage à la religion (*vilipendio*)⁴⁰⁴ après avoir jeté en 2003 par la fenêtre de la chambre où sa mère était hospitalisée le crucifix qui y était accroché.

Enfin, tant s'agissant du juge Tosti que d'Adel Smith on peut s'interroger sur la valeur du retrait momentané du crucifix des salles d'audience dans lesquelles ces personnes devaient juger ou être jugées. En effet, ce retrait temporaire dépend d'une demande de celui qui s'estime discriminé et l'oblige ainsi à révéler ses convictions religieuses⁴⁰⁵. Par ailleurs, le caractère médiatique des deux affaires et la personnalité engagée des deux

⁴⁰³ V. trib. civ. L'Aquila, ord. 23 oct. 2003 : mesure conservatoire prise par le juge Mario Montanaro, dans le cadre d'une procédure d'urgence, enjoignant au directeur d'une école maternelle et primaire d'une petite commune de la région des Abruzzes, Ofena, de décrocher les crucifix des salles de classe fréquentées par les enfants du requérant, Adel Smith, président de l'Union des musulmans d'Italie. Selon le juge du tribunal de L'Aquila « les justifications adoptées pour juger que l'exposition du crucifix dans les écoles (...) ne viole pas le droit de liberté religieuse sont désormais devenues sans fondement, historiquement et socialement anachroniques, et même contraires à la transformation culturelle de l'Italie et, surtout, aux principes constitutionnels qui imposent le respect des convictions d'autrui et la neutralité des structures publiques face aux messages de nature idéologique (...). La présence du crucifix dans les salles de classe semble révéler une adhésion implicite à des valeurs qui ne représentent pas réellement un patrimoine commun de tous les citoyens, présume d'une homogénéité qui, en vérité, n'a jamais existé et, surtout, dont il est impossible de dire qu'elle subsiste aujourd'hui (...) ». A l'époque, cette décision avait provoqué en Italie d'interminables débats et manifestations, le Président de la République, Carlo Azeglio Ciampi, ainsi que le vice-président du Conseil, Gianfranco Fini, ayant même fermement critiqué la décision. Sur cette décision, v. C. Pauti, « L'affaire du crucifix dans les écoles italiennes », *AJDA*, 2004, p. 746-750.

⁴⁰⁴ Sur cette question, v. *infra*, p. 192 et s.

⁴⁰⁵ V. en ce sens les arguments du juge Tosti, *supra*, p. 177, note 398.

requérants ont sans doute joué en l'espèce sur le retrait du crucifix. On peut douter du fait qu'un requérant *lambda* effectuant la même demande obtienne un résultat identique. Par ailleurs, comment faudrait-il trancher dans une instance où plusieurs requérants, de confessions différentes, n'auraient pas les mêmes exigences ? Cette solution n'est guère tenable.

4- Les questions en suspens relatives aux symboles religieux dans les tribunaux

Nombreuses sont encore les questions en suspens relatives aux symboles religieux dans les tribunaux italiens.

Il faudrait notamment s'interroger pour savoir si les crucifix sont également présents dans les tribunaux de plus récente implantation : profite-t-on de la construction de nouveaux palais de justice pour éliminer progressivement cette présence ? Comment sont pensés au regard de cette problématique l'architecture et l'aménagement des nouveaux palais de justice ?

Ainsi, la salle d'audience de la Cour constitutionnelle était autrefois ornée d'un crucifix. Le juge Sabino Cassese nous avait confié que, lors de travaux de rénovation de cette salle en 2001, on en avait profité pour retirer définitivement le crucifix pour le remplacer par un tableau du peintre Perin del Vaga représentant la Sainte famille. Le Président de la Cour constitutionnelle était alors le catholique Cesare Ruperto. Il est vrai que cette présence pouvait paraître paradoxale dans le lieu même où étaient rendues les principales décisions concernant le principe de laïcité. Cet « art de l'arrangement » à l'italienne se révèle sans doute parfois plus habile pour ne pas choquer les consciences et ne pas provoquer de polémiques. Cette méthode rappelle la mise en œuvre progressive en fonction des régions de la circulaire imposant le retrait des crucifix des salles de classe sous la III^{ème} république en France.

On pourrait aussi s'interroger pour savoir si la présence des crucifix dans les tribunaux est différente selon les régions et leur caractère plus ou moins conservateur ou religieux ? Deux magistrats de Florence, ville traditionnellement à gauche, nous ont par exemple indiqué qu'ils n'avaient jamais noté la présence de crucifix dans les salles d'audience qu'ils fréquentaient⁴⁰⁶. De même, cette présence dépend-elle de la taille de la ville et du caractère plus ou moins urbain dans lesquels les tribunaux sont implantés ?

L'esprit de l'avis du Conseil d'Etat n°63 du 27 avril 1988 jugeant que le crucifix « fait partie du patrimoine historique du pays », « symbole de la civilisation et de culture chrétienne, dans sa racine historique, en tant que valeur universelle, indépendamment d'une confession religieuse spécifique » se retrouve dans différentes dispositions régionales. Même si elles ne concernent *a priori* pas l'exposition du crucifix dans les tribunaux, ces réglementations régionales traduisent néanmoins un certain climat. Ainsi, la région Lombardie avec la loi n°18 du 21 novembre 2011 relative à l'« Exposition du crucifix dans les immeubles de la région », dans le cadre de la reconnaissance des valeurs historiques, culturelles et sociales des racines judeo-chrétiennes reconnues dans le nouveau statut (art. 2, al. 4, f), a décidé d'exposer le crucifix dans les salles officielles et à l'entrée des immeubles de la région et de ceux utilisés par l'administration régionale (art. 2, al. 1^{er}). Le Conseil régional de la Campanie a quant à lui présenté un projet de loi sur l'« Exposition du crucifix dans les immeubles et les locaux de l'administration régionale » où il est dit que « le symbole du crucifix recueille en lui les valeurs de

⁴⁰⁶ Réponses à la grille traduite et adaptée à la situation italienne de questions données par ces magistrats en juillet 2019. V. cette grille en annexe.

l'identité historique et culturelle de notre pays telles que le concept de fraternité, de paix et de justice » (art. 1^{er}, al. 1^{er}). Il est donc fait « obligation d'exposer le Crucifix dans les salles institutionnelles et à l'entrée des locaux régionaux et de ceux utilisés par l'Administration régionale pour l'exercice de ses fonctions » (art. 2)⁴⁰⁷.

En dehors des crucifix, existe-t-il d'autres signes de présence religieuse dans les tribunaux, tels que des tableaux de scènes religieuses ou des statues ? Il y a-t-il eu des refus de prêter serment de la part de témoins ou jurés du fait de la présence de signes religieux dans les tribunaux ?

Existe-t-il des chapelles au sein des tribunaux ?

Des messes sont-elles célébrées pour l'année judiciaire ou en d'autres occasions ? Existe-t-il des célébrations organisées pour les juges ou avocats d'autres confessions ?

Les questions sont ainsi encore nombreuses et mériteraient une étude approfondie plus spécifique qui n'a pu être menée faute de temps et de moyens suffisants dans le cadre de ce travail, qui demeure principalement centré sur la situation du service public de la justice française.

§2- La « neutralité » des professionnels du service public de la justice

Les juges (A), les avocats (B), ainsi que d'autres professionnels (C) peuvent être confrontés à la question de la laïcité et du fait religieux au sein du service public de la justice.

A- La neutralité des juges

Dans son « Éloge des juges écrit par un avocat », le juriste italien Piero Calamandrei écrivait en 1954 : « Pour que les juges bénéficient de la confiance du peuple, il ne suffit pas qu'ils soient justes, mais il faut également qu'ils se comportent de manière à apparaître comme tels »⁴⁰⁸.

1- Les règles fondant la neutralité du juge

En vertu de l'article 97, alinéa 2 de la Constitution : « Les fonctions publiques sont organisées conformément aux dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration ».

En vertu de l'article 111, alinéas 1 et 2 de la Constitution : « La juridiction est assurée par la mise en oeuvre du procès équitable prévu par la loi.

Tous les procès se déroulent dans le respect du principe du contradictoire entre les parties, sur un pied d'égalité, devant un juge tiers et impartial devant lequel les parties sont entendues. La loi en garantit sa durée raisonnable. »

Souvent, les limitations à la liberté d'expression des magistrats se fondent sur la nécessité d'en garantir l'impartialité. Dans une décision du 8 février 2001, *Pitkevich c. Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme rejette le recours d'un juge qui, au

⁴⁰⁷ Ex. donnés dans A. Fucillo, *op. cit.*, p. 239.

⁴⁰⁸ P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Le Monnier, 1954, p. 239- cité par C. Bologna, « Apparenza d'imparzialità, o tirannia dell'apparenza ? Magistrati e manifestazione del pensiero », *Quaderni costituzionali*, sept. 2018, n°3, p. 614.

cours d'audiences qu'il présidait, avait exercé des activités de prosélytisme en faveur de l'église à laquelle il appartenait et avait critiqué, sur la base de ses convictions religieuses, certaines parties, en créant « une apparence de partialité ».

2- L'absence d'objection de conscience religieuse du juge : la question de son intervention dans la procédure d'avortement des mineures

Conformément à l'article 12 de la loi n° 194 du 22 mai 1978 relative à la protection sociale de la maternité et à l'interruption volontaire de grossesse, la demande d'interruption, si elle est présentée par une mineure, doit obtenir le consentement de la personne exerçant l'autorité parentale ou la tutelle. Toutefois, dans les cas où la consultation de ces personnes est impossible ou déconseillée ou qu'elles refusent de donner leur consentement ou lorsque leurs opinions divergent, le juge des tutelles compétent peut autoriser la mineure à décider de l'interruption.

Dans une décision n°196 de 1987, la Cour constitutionnelle devait se prononcer sur la question de légitimité constitutionnelle des articles 9 et 12 de cette loi au regard des articles 2, 3, 19 et 21 de la Constitution, dans la mesure où ces dispositions ne permettaient pas au juge des tutelles de soulever l'objection de conscience notamment en ce qui concerne le pouvoir d'autoriser la mineure à décider l'interruption de grossesse⁴⁰⁹. Cette loi n'autorise l'exercice de l'objection de conscience que par le personnel de santé ou le personnel para-médical.

En l'espèce, le juge des tutelles de Naples avait exprimé « sa conviction profonde et enracinée, fondée sur des raisons scientifiques, philosophiques et religieuses, qu'avec l'avortement la vie d'un être humain (...) est volontairement supprimée, alors même qu'il a été reconnu comme le bénéficiaire de la protection constitutionnelle dans le célèbre arrêt de la Cour constitutionnelle n° 27 de 1975 ». Le juge estimait donc que se posait « un conflit irrémédiable (*insanabile*) entre sa conscience et les obligations découlant de ses fonctions », et qu'il devait lui être accordé le droit de soulever une objection de conscience. Le juge constitutionnel juge que ces normes ne sont pas inconstitutionnelles. Selon lui, « il s'agit de régler un conflit potentiel entre des valeurs (*beni*) protégées de façon égale et absolue : celles présentes dans la réalité interne de l'individu, appelé, par hasard, à juger, et celles relatives aux exigences essentielles de la juridiction (*jurisdicere*) (même si *intra volentes*).

Or, outre les contenus du devoir présent dans l'article 54, deuxième alinéa de la Constitution, un indice remarquable, même s'il concerne la liberté d'association, ressort de l'énoncé de l'article 98, troisième alinéa, dans la mesure où cette *estrinsecazione* d'une liberté individuelle fondamentale souffre de limitations pour le magistrat, eu égard, à son devoir de se prononcer, entre autres, précisément en matière familiale. C'est d'ailleurs aussi l'inamovibilité garantie au magistrat (art. 107) qui, en le protégeant de toute ingérence *ab externo*, entraîne donc - sauf dans les cas ex art. 51 et 52 du code de procédure civile d'un défaut de neutralité propre à la décision - la réalisation indéclinable et primaire de l'exigence de justice, intérêt général dont notre Cour a reconnu à plusieurs reprises la valeur constitutionnelle (voir la décision n°1 de 1981).

Le magistrat est tenu de remplir avec conscience (art. 4 loi n° 478 du 23 décembre 1946,) les devoirs inhérents à son ministère : ainsi, dans la réalité objective du jugement, ses convictions et la norme objective à appliquer se recomposent. En effet, c'est au juge lui-même qu'appartient le jugement, selon son appréciation "prudente" : ce principe, qui

⁴⁰⁹ Question posée dans l'ordonnance du 24 septembre 1984 (R.O. n° 1236 de 1984) par le juge des tutelles de Naples, dans la procédure promue initiée par Silvia Mangiapia.

est indiqué de manière procédurale, l'amène à devoir discerner (...) *intra virtutes et vitia*. C'est bien sûr l'hypothèse, dans les cas individuels, dans le cadre des limites objectives de la marge d'appréciation, réalisant ainsi l'équilibre du jugement ».

La Cour constitutionnelle se fonde ainsi sur l'article 54, alinéa 2 de la Constitution aux termes duquel « Les citoyens chargés de fonctions publiques ont le devoir de les exercer avec discipline et honneur, en prêtant serment dans les cas prévus par la loi » ; l'article, 98 alinéa 3 de la Constitution : « Des restrictions au droit d'adhérer à un parti politique peuvent être prévues par la loi pour les magistrats, les militaires de carrière en service actif, les officiers et agents de police, les représentants diplomatiques et consulaires à l'étranger » ; l'article 107 enfin : « Les magistrats sont inamovibles. Ils ne peuvent être dispensés ou suspendus de leurs fonctions ou affectés à d'autres lieux ou fonctions que par décision du Conseil supérieur de la magistrature, prise soit pour les motifs et avec les garanties de défense établies par le système judiciaire soit avec leur consentement.

Le ministre de la justice dispose de la faculté de prendre des mesures disciplinaires.

Les magistrats ne se distinguent les uns des autres que par la diversité de leurs fonctions.

Le ministère public bénéficie des garanties prévues à son égard par les règles de l'ordre judiciaire. »

Les questions sont aussi nombreuses qu'en France mais nous n'avons pu mener d'enquête suffisante pour y répondre dans le cadre de cette étude : Les juges portent-ils des signes d'appartenance religieuse, plus ou moins discrets ? Note-t-on une évolution dans le temps avec une société italienne - certes catholique - mais de moins en moins pratiquante ? Le débat se cristallise-t-il, comme en France, autour du voile ?

Il y a-t-il une formule de prestation de serment avec une connotation religieuse au moment de l'entrée en fonction ?

Quelle est la situation des jurés d'assises, notamment s'agissant du port de signes religieux, de la question de la récusation, de l'objection de conscience ?

B- La prise en compte des convictions religieuses des avocats

1- L'affaire de la Cour européenne des droits de l'homme de 2000, *Sessa c. Italie* : la demande de report d'audience par un avocat pour une fête religieuse

Au début des années 2000, la Cour Européenne des droits de l'homme a été saisie par un avocat italien de confession juive à qui avait été refusée une demande de report d'audience fixée le jour d'une fête juive.

Cet avocat représentait l'un des plaignants, dans une procédure pénale dirigée contre plusieurs banques, à une audience du 7 juin 2005 devant le juge des investigations préliminaires de Forlì (chef-lieu de la province de Forlì-Cesena en Émilie-Romagne). Le juge titulaire étant empêché, son remplaçant invita les parties à choisir la date de renvoi de l'audience parmi deux possibilités, les 13 et 18 octobre 2005, selon le calendrier établi par le juge titulaire.

Le requérant fit valoir que les deux dates correspondaient à des fêtes juives, *Yom Kippour* et *Souccot*, ce qui l'empêcherait d'être présent à l'audience de renvoi en raison de ses obligations religieuses.

En dépit de ses demandes et arguments, le juge fixa la date de l'audience le jour de *Yom Kippour*, le 13 octobre 2005. Le requérant déposa une demande de renvoi de

l'audience à l'attention du juge titulaire de l'affaire ainsi qu'une plainte pénale à son encounter.

Membre de la communauté juive de Naples, il dénonçait une violation de la loi n° 101 du 8 mars 1989 régissant les rapports entre l'Etat et l'Union des communautés juives italiennes. En vertu de l'article 4 de cette loi, l'Italie accorde aux juifs qui le demandent, notamment ceux qui travaillent pour l'Etat ou les collectivités publiques, le droit d'observer le Shabbat, dans le cadre de la flexibilité de l'organisation du travail et sans préjudice des exigences des services essentiels prévus par le système juridique étatique. L'article 5 de la loi prévoit que les règles applicables au Shabbat s'appliquent également à sept fêtes dont *Yom Kippour* et *Souccott*. Selon l'alinéa 5 de l'article 2 de la loi, les manifestations d'intolérance et de préjugé religieux sont passibles des sanctions prévues par l'article 3 de la loi n°654 du 13 octobre 1975 portant ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Aux termes de cette dernière disposition, quiconque diffuse des idées fondées sur la supériorité ou sur la haine raciale ou ethnique, ou incite à commettre des actes de discrimination pour des raisons raciales, ethniques, nationales ou religieuses, est passible d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 18 mois.

A l'audience du 13 octobre 2005, le juge releva l'absence de l'avocat - M. Sessa - pour « raisons personnelles » et demanda aux parties d'exprimer leur avis concernant la demande de renvoi. Le ministère public et les avocats des prévenus exprimèrent leur opposition en faisant notamment valoir que celle-ci n'était pas fondée sur un motif de renvoi reconnu par la loi, tandis que l'avocat de l'autre plaignant appuya la demande de son confrère. Par une ordonnance du même jour, le juge rejeta sa demande de renvoi. Il fit valoir que, selon l'article 401 du code de procédure pénale, seule la présence du ministère public et de l'avocat du prévenu était nécessaire lors des audiences consacrées à la production immédiate des preuves, ce qui était le cas en l'espèce, celle de l'avocat du plaignant étant prévue comme une simple faculté⁴¹⁰. Dans leur opinion dissidente, les trois juges de la Cour européenne des droits de l'homme estiment quant à eux, au regard de la formule de l'article 401 du code de procédure pénale - « le défendeur de la partie lésée a la faculté d'y participer » - que « c'est donc à l'avocat et à lui seul que revient, en fonction des intérêts de son client, la décision d'utiliser ou non cette faculté qui lui est reconnue, sans que les autorités judiciaires ne puissent s'immiscer dans l'exercice des droits de la défense ni présumer l'absence de nécessité de sa participation » (§6).

En outre, le code de procédure pénale ne prévoyait pas l'obligation pour le juge d'ajourner l'audience en raison d'un empêchement légitime à comparaître du défenseur du plaignant. Enfin, le juge souligna que, s'agissant d'une procédure avec un nombre élevé d'intervenants (accusés, plaignants, experts commis d'office, experts désignés par les parties) et, compte tenu de la surcharge de travail qui aurait conduit à repousser l'audience à 2006, le principe du délai raisonnable de la procédure imposait le rejet de la demande. Le recours du requérant fut classé sans suite le 15 février 2008 au motif qu'aucun élément du dossier ne démontrait que le juge en charge de l'affaire ou celui qui l'avait remplacé à l'audience du 7 juin 2005 n'avaient eu l'intention de violer son droit à exercer librement le culte juif ni la volonté d'offenser sa dignité en raison de sa confession religieuse.

⁴¹⁰ Aux termes de l'article 401, al. 1^{er} CPP, qui régit la procédure tendant à la production immédiate d'un moyen de preuve (« *incidente probatorio* »): « L'audience se déroule en chambre du conseil avec la participation nécessaire du ministère public et du défenseur de la personne mise en cause par les investigations. Le défenseur de la partie lésée a également la faculté d'y participer ».

Dans un arrêt de 3 avril 2012, *Sessa c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le refus de l'autorité judiciaire de reporter l'audience n'était pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme : « compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que la fixation de l'audience litigieuse à une date correspondant à une fête juive et le refus de la reporter à une autre date puissent s'analyser en une restriction au droit du requérant d'exercer librement son culte. En effet, il n'est pas contesté que l'intéressé a pu s'acquitter de ses devoirs religieux. En outre, celui-ci devait s'attendre à ce que sa demande de renvoi soit rejetée conformément aux dispositions de la loi en vigueur et aurait pu se faire remplacer à l'audience litigieuse afin de satisfaire à ses obligations professionnelles.

La Cour note enfin que le requérant n'a pas démontré avoir subi des pressions visant à le faire changer de conviction religieuse ou à l'empêcher de manifester sa religion ou sa conviction (*Knudsen c. Norvège*, n°11045/84, décision de la Commission du 8 mars 1985, DR 42, p. 258 ; *Kottinen*, précité) » (§37).

Dans cette affaire, les juges Tulkens, Popović et Keller ont exprimé une opinion dissidente commune. Sur ce dernier point en particulier ils ont jugé : « Il nous semble contraire au droit à la jouissance de la liberté de religion garanti par l'article 9 de la Convention que l'exercice de cette liberté, autant dans sa dimension intérieure qu'extérieure, soit subordonné, voire même conditionné à la preuve par le requérant de pressions qu'il aurait subies » (§7).

La Cour a par ailleurs estimé que, même à supposer l'existence d'une ingérence dans le droit du requérant protégé par le premier paragraphe de l'article 9, celle-ci, prévue par la loi, se justifiait par la protection des droits et libertés d'autrui, et en particulier le droit des justiciables de bénéficier d'un bon fonctionnement de l'administration de la justice et le respect du principe du délai raisonnable de la procédure, et qu'elle avait observé un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (§38).

Au contraire, les juges dissidents estiment que :

« 9. Sur l'exigence de proportionnalité, qui permet de déterminer la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, la jurisprudence de la Cour est très claire : le caractère proportionné d'une mesure suppose que, parmi plusieurs moyens permettant d'atteindre le but légitime poursuivi, les autorités choisissent celui qui est le moins attentatoire aux droits et libertés. Dans cette perspective, la recherche d'un aménagement raisonnable de la situation litigieuse peut, dans certaines circonstances, constituer un moyen moins restrictif d'atteindre l'objet poursuivi (il est ici fait renvoi en note à E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 319 et s.).

10. Or, en l'espèce, nous pensons que les conditions étaient réunies pour tenter d'arriver à un *aménagement* et un *aménagement raisonnable* – c'est-à-dire qui n'entraîne pas pour les autorités judiciaires une charge disproportionnée – de la situation. Avec quelques concessions, celui-ci aurait permis d'éviter une ingérence dans la liberté religieuse du requérant, sans pour autant compromettre la réalisation du but légitime que constitue de toute évidence la bonne administration de la justice.

11. Tout d'abord, le requérant a immédiatement, dès le moment de la fixation de la date de l'audience, soulevé la difficulté qui était la sienne et demandé le report de celle-ci. Il a donc prévenu les autorités judiciaires quatre mois à l'avance, ce qui leur permettait raisonnablement d'organiser le calendrier des audiences afin de garantir le respect des différents droits en jeu.

12. *A contrario*, la décision *S.H. et H.V. c. Autriche* de la Commission du 13 janvier 1993 nous semble reconnaître la force de cet argument. Les requérants, qui étaient juifs pratiquants, critiquaient le refus d'un tribunal autrichien d'accéder à leur demande de report d'une audience en justice prévue dans une affaire les concernant, au motif que la date à laquelle elle était fixée correspondait à une fête juive importante. La Commission

laisse entendre que, si les requérants, une fois avertis de la date de l'audience, avaient dûment informé le tribunal de son caractère problématique au regard de leur religion, celui-ci aurait dû établir une nouvelle date. Mais en l'espèce, les requérants ont réagi trop tard : alors qu'il leur a été notifié le 30 mai que l'audience aurait lieu le 4 octobre, ils n'ont écrit au tribunal que le 25 septembre pour en solliciter le report. Compte tenu de la complexité de l'affaire, qui impliquait un grand nombre de personnes, et de la tardiveté de la demande, la Commission considère que la décision du tribunal n'était pas déraisonnable.

13. Ensuite, il n'est pas démontré en l'espèce que la demande du requérant, si elle avait été acceptée, aurait provoqué une telle perturbation dans le fonctionnement du service public de la justice. C'est ce que l'on pourrait appeler le *public service disturbance test*. L'exigence du délai raisonnable invoquée par le juge italien pour rejeter la demande du requérant est certainement légitime mais, sans autre explication complémentaire, elle paraît ici plutôt de l'ordre du prétexte. Certes, le report demandé de l'audience pouvait entraîner certains inconvénients administratifs, comme par exemple la nécessité de renouveler la notification de la date d'audience aux parties impliquées. Mais ceux-ci nous paraissent minimes et constituent peut-être le modique prix à payer pour le respect de la liberté de religion dans une société multiculturelle (à nouveau, il est ici fait renvoi en note à E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 342).

14. Enfin, il n'apparaît pas davantage du dossier que l'audience en cause revêtait un caractère d'urgence car elle ne concernait pas des mesures privatives de liberté ou des personnes détenues. Si tel avait été le cas, le requérant à son tour aurait été appelé à faire des concessions, comme par exemple se faire remplacer à l'audience.

15. Dans ces conditions, à défaut pour les autorités d'apporter la preuve qu'elles ont développé les efforts raisonnables nécessaires pour permettre le respect du droit du requérant à la liberté de religion garanti par l'article 9 de la Convention, nous estimons qu'il y a eu violation de cette disposition. ».

D'autres ententes passées entre l'Etat italien et des confessions religieuses, conformément à l'article 8, alinéa 3 de la Constitution, prévoient le respect de fêtes religieuses. Ainsi, l'article 24 de la loi relative aux bouddhistes dispose : « La République reconnaît aux membres des organismes représentés par l'UBI, à leur demande, le droit d'observer la fête du Vesak, qui célèbre la naissance, l'illumination et la mort du Bouddha et qui a lieu traditionnellement le dernier samedi et dimanche du mois de mai de chaque année. Ce droit s'exerce dans le cadre de la flexibilité de l'organisation du travail. Toutefois, les exigences fondamentales des services essentiels prévus par le système juridique ne sont pas affectées ».

2- Le port de signes d'appartenance religieuse par les avocats

Le cas d'une avocate voilée a récemment défrayé la chronique italienne. Le 17 janvier 2018, une avocate stagiaire (*praticante avvocata*) assistait à une audience devant le tribunal administratif régional de Bologne portant sur un recours relatif à des marchés publics. A l'entrée de la salle d'audience, le juge avait accroché un écriteau où était repris l'article 129 du Code de procédure civile aux termes duquel :

« Toute personne qui intervient ou assiste à l'audience ne peut pas porter d'armes ou de bâtons et doit garder la tête découverte et le silence.

Il est interdit de faire des signes d'approbation ou de désapprobation ou créer des désordres de quelque façon que ce soit. »

L'avocate avait été invitée par le Président du tribunal à enlever son voile, à défaut de quoi elle devait quitter la salle. Refusant d'ôter son couvre-chef, c'est donc ce que fit l'avocate, soulignant que c'était la première fois, alors qu'elle avait assisté à des dizaines d'audiences, qu'on lui demandait d'agir de la sorte, qu'aucun problème de sécurité ne se posait puisque, son visage n'étant pas masqué, ses traits étaient parfaitement identifiables. Elle a également rapporté dans la presse que le juge, alors qu'elle quittait la salle, aurait expliqué qu'il s'agissait «du respect de notre culture et de nos traditions ». Dès le lendemain néanmoins, l'Université de Modène, où la jeune avocate venait de finir ses études, avait obtenu l'assurance du Président du tribunal qu'elle pourrait revenir voilée au tribunal. Seule affaire médiatisée, il semblerait donc que le port du voile soit autorisé pour les avocats en Italie.

Il n'est pas possible, sur le fondement de l'article 129 du code de procédure pénale, de limiter la liberté religieuse de celui qui entend assister ou participer à une audience au Tribunal en étant couvert d'un foulard ou d'un autre couvre-chef prescrit par une norme religieuse.

C- Les autres auxiliaires de justice

Le 22 février 2012, le Conseil Supérieur de la Magistrature a adopté en audience plénière à la majorité (19 voix pour et 4 abstentions) une délibération relative à « l'obligation d'assister à l'audience la tête découverte et au respect des croyances religieuses impliquant un comportement différent ». En l'espèce, le Conseil Supérieur de la Magistrature avait été saisi par le Président du tribunal de Turin, après que, le 14 octobre 2011, un juge, président du collège de la première section pénale, avait demandé, lors d'une audience, à une interprète nommée par le ministère public, d'ôter son voile car, selon lui, son comportement était contraire à l'obligation légale d'assister aux audiences tête découverte. Selon lui, il s'agissait de faire respecter les obligations prévues par les articles 471 et suivants du code de procédure pénale et les articles 127 et suivants du code de procédure civile. Celle-ci avait refusé et renoncé à sa mission.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature rappelle que l'article 19 de la Constitution « consacre la liberté de professer librement et publiquement sa foi religieuse avec pour seule limite que ce comportement ne soit pas contraire aux bonnes mœurs » et statue ainsi : « Sans préjudice du fait que le juge est responsable de la police de l'audience et de l'application des règles pertinentes, dans l'exercice de ses pouvoirs de direction et d'organisation de l'audience, doivent être entièrement respectés les comportements qui - sans perturber le déroulement régulier et correct de l'audience - constituent l'exercice légitime du droit de professer sa religion, notamment relatifs aux préceptes relatifs à l'habillement et autres signes extérieurs ».

Cette délibération marque ainsi une différence d'appréciation du statut de collaborateur du service public de la justice par rapport à la situation française puisque, en l'espèce, les traducteurs ne sont pas soumis à toutes les exigences de neutralité qui pèsent sur les agents publics. Ils conservent ainsi le droit de porter des signes d'appartenance religieuse.

Face à cette position ouverte relative à l'expression religieuse applicable à certains professionnels de la justice, il n'est pas étonnant que les règles et la jurisprudence soient attentifs au respect de la liberté religieuse des usagers du service public de la justice.

Section II- La liberté religieuse des usagers du service public de la justice

S'agissant des usagers du service public de la justice, certains contentieux de la Cour constitutionnelle témoignent d'une évolution significative, se traduisant par l'atténuation du traitement privilégié réservé à la religion catholique par rapport aux autres cultes et de la lente disparition des discriminations entre les croyances religieuses et les croyances athées.

Le premier Code pénal de 1889 - dit Code Zanardelli, du nom du ministre de la Justice de l'époque - était imprégné d'un esprit libéral, visant à protéger la liberté religieuse de chacun.

L'arrivée des fascistes au pouvoir dans les années 1920 change la donne. Leur volonté de gouverner les consciences, l'unité spirituelle du peuple étant considérée comme un instrument de pouvoir, est parfaitement illustrée dans le nouveau Code pénal adopté par décret royal n° 1398 du 19 octobre 1930, dit Code Rocco. Ce Code offrait un statut privilégié à la religion catholique en tant que religion d'Etat, « facteur d'unité morale de la nation ».

La Constitution du 27 décembre 1947 qui proclame les principes d'égalité et d'égale dignité sociale des citoyens sans distinction de religion (article 3, alinéa 1^{er}), d'égale liberté de toutes les confessions religieuses (article 8, alinéa 1^{er}), de liberté religieuse incluant notamment le droit de propager sa foi (article 19) et de libre manifestation de sa pensée (article 21, alinéa 1^{er}⁴¹¹), n'a pas remis immédiatement en cause la réglementation pénale adoptée durant le fascisme.

En particulier, en lien avec le thème de l'étude, ce ne sera qu'à partir du début des années 1970 que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la protection pénale du sentiment religieux (§2) et à la formule du serment des témoins au cours du procès (§1) évoluera.

L'effacement progressif des discriminations existant entre le culte catholique et les autres croyances, renforçant d'autant la protection de la liberté de conscience, s'est accéléré au lendemain de la révision des Accords du Latran par l'accord du 18 février 1984. Le principe de la religion catholique en tant que religion d'Etat est alors abandonné, le mouvement se renforçant encore avec l'adoption du nouveau Code de procédure pénale en 1989.

Enfin, comme en France, se pose aussi la question du port de signes d'appartenance religieuse par les usagers du service public de la justice (§3).

§1- L'évolution de la question du serment du témoin

L'objection de conscience au serment peut se manifester de deux façons: d'une part, le refus de prêter un serment incluant une formule religieuse, autrement dit « l'objection *dans* le serment » qui concerne essentiellement les athées ; d'autre part, « l'objection *au* serment » lui-même, qui concerne ceux qui, comme les témoins de Jéhovah, s'estiment liés pour des raisons religieuses par une interdiction absolue de prêter serment.

Dans les années 1960, la Cour constitutionnelle s'est trouvée confrontée au cas d'une personne qui, se déclarant athée, avait refusé de prêter serment lors d'un procès pénal, estimant que cette prestation de serment, en tant qu'elle incluait une référence à Dieu, était contraire à sa liberté de conscience. Dans une décision n°58 du 6 juillet 1960, la Cour estime que la formule prévue à l'article 449 du Code de procédure pénale,

⁴¹¹ Art. 21, al. 1^{er} Const. : « Toute personne a le droit d'exprimer librement sa pensée par la parole, l'écrit et tout autre moyen de diffusion. »

imposant l'engagement de la responsabilité devant Dieu (« conscient de la responsabilité que vous assumez devant Dieu et devant les hommes en prêtant serment, vous jurez de dire toute la vérité et rien que la vérité »), n'est pas contraire à l'article 21, alinéa 1er de la Constitution proclamant la liberté de pensée. Selon elle en effet, il s'agit d'un engagement de la conscience du croyant, et non de l'athée pour qui « l'engagement (...) de dire la vérité est simplement et exclusivement renforcé par la responsabilité consciente qu'il prend devant les hommes, responsabilité purement morale, et par la menace d'une sanction pénale ; cet engagement est pris devant les hommes et non devant la Divinité qui, pour lui, n'a pas de valeur ».

Selon la Cour, la formule du serment, qui, au demeurant, ne revêt plus dans la législation italienne « une signification religieuse prédominante », « (...) correspond à la conscience du peuple italien, constitué pour la quasi-totalité de croyants, et suppose donc chez le témoin la croyance en Dieu ; elle se trouve de ce fait adaptée à toute confession, même non catholique. La situation du non-croyant n'entre pas dans le cadre de l'article 449 du Code de procédure pénale, car la liberté religieuse, bien que constituant l'aspect principal de la liberté de conscience, de portée plus large, n'épuise pas toutes les manifestations de la liberté de pensée : l'athéisme commence là où finit la vie religieuse (...)»⁴¹². Ce considérant n'est d'ailleurs pas sans faire penser au récent refus du gouvernement italien de conclure une entente avec l'UAAR du fait que cette organisation ne peut, selon lui, être assimilée à une confession religieuse au sens de l'article 8, alinéa 3 de la Constitution italienne⁴¹³.

Dans une décision n°85 du 25 mai 1963, la Cour constitutionnelle, confrontée cette fois à la question du serment dans un procès civil d'une personne appartenant à une confession autre que catholique, juge que l'obligation de prêter serment selon la formule prévue par l'article 251 du Code de procédure civile (« conscient de la responsabilité que vous assumez devant Dieu - si vous êtes croyant - et devant les hommes en prêtant serment, vous jurez de dire toute la vérité et rien que la vérité »), « ne porte pas atteinte à l'égale liberté des confessions religieuses devant la loi étant donné que cet article s'adresse à tous les citoyens, quelle que soit la religion qu'ils professent, et qu'il n'interfère pas avec les statuts des confessions non catholiques ». Selon la Cour, ce serment n'est pas davantage contraire à l'article 19 de la Constitution car il n'impose pas de pratiquer un acte cultuel.

Les années 1970 marquent un revirement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la prestation de serment. Dans une décision n°117 du 2 octobre 1979, concernant à nouveau le cas de témoins athées, la Cour constitutionnelle reconnaît que la formule de l'article 251, alinéa 2 du Code de procédure civile contenant une référence sacrée « revêt sans aucun doute un caractère religieux » et peut provoquer « des cas de conscience, des conflits de loyauté entre les devoirs du citoyen et la fidélité aux convictions du non-croyant » : par conséquent, elle peut violer la liberté de conscience du témoin et conclut donc à son inconstitutionnalité. En « réponse » à sa décision de 1960 où elle déclarait que « l'athéisme commence où finit la vie religieuse », la Cour constitutionnelle estime que « l'opinion dominante inclut désormais la protection de la liberté de conscience des non-croyants dans le champ plus large de la liberté religieuse assurée par l'article 19 [de la Constitution], article qui garantirait en outre (...) la liberté « négative » correspondante. Mais même celui qui inclut la liberté d'opinion religieuse du non-croyant dans la liberté de manifestation de la pensée garantie par l'article 21

⁴¹² Dans un autre considérant de sa décision, la Cour constitutionnelle rappelle l'évolution de la formule du serment : « même l'article 299 du Code de procédure pénale de 1865, qui établissait que le serment devait être prêté selon les rites de la croyance du juré, a été modifié par la loi n° 3184 du 30 juin 1876, qui limita l'avertissement de l'engagement religieux aux "croyants". Le Code de procédure pénale de 1913, en supprimant toute formule religieuse dans la prestation de serment, en limita le contenu à "l'obligation de dire la vérité, rien que la vérité" (art. 87, 88, pour le témoin, 90, pour l'expert, 91, pour l'interprète), et donne au juge la faculté d'adapter l'avertissement sur la signification religieuse de l'acte à chaque personne" (Rel. ministérielle à l'avant-projet du Cod. proc. pen., p. 140-144). Même le Code de procédure civile de 1942, dans la formule du serment du conseiller technique (art. 193) et de l'interprète (art. 122, troisième alinéa), ignore toute référence à la Divinité. »

⁴¹³ V. *supra* p. 165.

de la Constitution (...) parvient aux mêmes conclusions pratiques, c'est-à-dire que notre ordre juridique constitutionnel exclut toute différence entre la protection du libre exercice de la foi religieuse et celle de l'athéisme ».

L'adoption du nouveau Code de procédure pénale en 1989 marque une étape importante. La formule traditionnelle du serment est abandonnée au profit d'une nouvelle formule se bornant à engager la responsabilité morale et juridique du témoin. Aujourd'hui, l'article 497, alinéa 2 du code de procédure pénale dispose: « avant qu'il ne soit entendu, le président avertit le témoin de l'obligation de dire la vérité. Sauf si l'intéressé est âgé de moins de quatorze ans, le Président met également en garde le témoin contre les responsabilités encourues en vertu du droit pénal par les faux témoins ou les témoins réticents et l'invite à faire la déclaration suivante : "Conscient de la responsabilité morale et juridique que j'assume avec mon témoignage, je m'engage à dire toute la vérité et à ne rien cacher de ce que je sais"».

Se posait dès lors le problème de la différence de traitement entre la situation du témoin devant un tribunal pénal, libéré de la prestation du serment traditionnelle, et celle du témoin devant un tribunal civil, lié par cette même prestation.

Dans une décision n°149 du 4 mai 1995, où est soulevée la question de l'opposition à la prestation de serment dans le procès civil pour des motifs dictés par la foi religieuse, la Cour constitutionnelle juge nécessaire que la nouvelle formule adoptée dans le Code de procédure pénale, qui constitue une modalité de mise en œuvre du principe suprême de laïcité de l'Etat, soit étendue au Code de procédure civile car elle estime que « la liberté de conscience (...) exige une garantie uniforme, ou tout du moins homogène, dans les différents domaines dans lesquels elle se manifeste ».

Enfin, dans une décision n°334 du 30 septembre 1996 relative au serment décisoire dans le procès civil, la Cour constitutionnelle déclare inconstitutionnel l'article 238 du Code de procédure civile dans la partie de sa disposition prévoyant qu'avec le serment la responsabilité est engagée « devant Dieu et les hommes⁴¹⁴ » et où le juge souligne l'importance religieuse du serment. Selon la Cour, la liberté de conscience qui « appartient aux croyants comme aux non-croyants, que ces derniers soient athées ou agnostiques (décision n°117 de 1979), (...) a pour conséquence, pour les uns comme pour les autres, qu'en aucun cas l'accomplissement d'actes appartenant, par essence, à la sphère religieuse puissent faire l'objet de prescriptions émanant de l'ordre juridique de l'Etat ». A l'Etat « revient uniquement la mission de garantir les conditions qui favorisent l'expansion de la liberté de tous, et, au cas d'espèce, de la liberté religieuse ». La Cour ajoute que « l'interdiction de recourir à des obligations d'ordre religieux pour renforcer l'efficacité de ses propres préceptes » représente l'une des conséquences de la distinction entre l'ordre civil et l'ordre religieux qui caractérise pour l'essentiel le principe constitutionnel fondamental et suprême de laïcité de l'Etat.

L'actuel article 238 du code de procédure civile⁴¹⁵ dispose: « Le serment décisoire est prêté personnellement par la partie et est reçu par le magistrat instructeur. Le juge d'instruction avertit le juré de l'importance religieuse et (1) morale de l'acte et des conséquences pénales des fausses déclarations, et l'invite donc à prêter serment.

⁴¹⁴ Il est intéressant de noter que la Cour constitutionnelle étend la déclaration d'inconstitutionnalité à la formule de la responsabilité devant les hommes : « non seulement car, sinon, de la déclaration d'inconstitutionnalité des seules références à la divinité pourrait apparaître établie une sorte de religion de l'humanité, mais également car, en conservant la référence à un seul contenu de valeur, on exclurait implicitement tous les autres, en violation de la liberté de conscience des croyants, pour qui le serment (...) a une signification religieuse ».

⁴¹⁵ L'actuel code de procédure civile est toujours issu du décret royal n° 1443 du 28 oct. 1940 (*G.U.* 28 oct. 1940) maintes fois modifié.

Le juré, debout, prononce d'une voix claire les paroles suivantes: "conscient de la responsabilité que j'assume devant Dieu et devant les hommes en prêtant serment (1), je jure...", et continue en répétant les paroles de la formule sur laquelle il jure.

(1) La Cour constitutionnelle, par sa sentence n° 334 du 8 octobre 1996, a déclaré l'illégitimité constitutionnelle du premier alinéa s'agissant exclusivement des mots "religieux et" et du deuxième alinéa s'agissant des mots "devant Dieu et les hommes". »

L'article 6 de la loi n°101 du 8 mars 1989, contenant les règles relatives aux relations entre l'État et l'Union des communautés juives italiennes, établissait au paragraphe 1, en référence au serment « tête nue » de l'audience prévu autrefois par l'article 142 du Code de procédure pénale de 1930⁴¹⁶, que « les juifs qui le demandent sont autorisés à prêter le serment prévu par les lois de l'État avec la tête couverte ». Et déjà, une circulaire de 1855 du ministère de la Justice déclarait que « l'Israélite devait prêter serment debout, la tête couverte et imposant sa main droite sur la Bible juive »⁴¹⁷. Selon un auteur, « même si le système actuel des procès pénaux ne connaît plus de formes de "serment", il nous semble raisonnable de croire, cependant, que la disposition précitée, introduite en relation avec cet acte solennel de procès, peut trouver de manière analogue un champ d'application beaucoup plus large, permettant aux juifs de porter la kippa devant l'autorité judiciaire dans toute phase du procès pénal (également, par conséquent, lors d'actes dénués de la solennité propre du serment, comme la simple présence à l'audience) »⁴¹⁸.

§2- L'évolution de la jurisprudence sur le délit de blasphème

Dans ses premières décisions, n°125 du 30 novembre 1957 portant sur l'article 404 du Code pénal relatif aux offenses à la religion de l'Etat [autrement dit la religion catholique, conformément à l'article 1^{er} des Accords du Latran] par outrage aux biens et n°79 du 30 décembre 1958, sur la légitimité de l'article 724 du Code pénal relatif au blasphème au regard des articles 7 et 8 de la Constitution, la Cour constitutionnelle justifie cette protection pénale différenciée par la tradition historique et l'appartenance de l'immense majorité du peuple italien à la religion catholique et par le fait que les offenses qui peuvent être perpétrées à l'encontre de la religion catholique sont susceptibles d'entraîner de plus vives réactions sociales.

Dans une décision n°925 du 28 juillet 1988, tout en rejetant une nouvelle fois le recours en inconstitutionnalité de la disposition relative au blasphème, la Cour constitutionnelle abandonne le critère quantitatif retenu jusqu'alors, qui privilégiait la religion catholique largement majoritaire en Italie, et invite le législateur à réviser l'article 724 du code pénal pour mettre fin à cette inégalité : « Le fait que la disposition législative soit limitée aux offenses envers la religion catholique ne peut continuer à se justifier par l'appartenance de la quasi-totalité des citoyens italiens à celle-ci... ni davantage par l'exigence de

⁴¹⁶ Aux termes de l'art. 142 CPP de 1930 le serment devant l'autorité judiciaire devait être prêté « debout, la tête découverte en présence de l'autorité qui le reçoit ». Cette disposition a disparu du nouveau CPP entré en vigueur en octobre 1989.

⁴¹⁷ Rappelé dans G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia. Dal diritto all'uguaglianza al diritto alla diversità*, Torino, Einaudi, 1983, p. 32 (cité par G. L. Gatta, « Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali », Stato, Chiesa e pluralismo confessionale, *rivista telematica*, www.statoechiede.it, juin 2009, p. 12).

⁴¹⁸ G. L. Gatta, « Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali », Stato, Chiesa e pluralismo confessionale, *rivista telematica*, www.statoechiede.it, juin 2009, p. 12-13.

protection du sentiment religieux de la majorité de la population italienne (...). Le dépassement de l'opposition entre la religion catholique « seule religion de l'Etat », et les autres cultes « admis », établie par le point 1 du Protocole de 1984, rendrait en effet désormais inacceptable tout type de discrimination qui se fonderait uniquement sur le plus grand ou le plus petit nombre de personnes appartenant aux différentes confessions religieuses».

C'est à partir du milieu des années 1990 que la réglementation des délits contre le sentiment religieux, issue du Code Rocco de 1930, commence véritablement à évoluer grâce à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui souhaite, devant l'inertie du législateur, mettre fin aux « anachronismes », selon le terme employé par la Cour. Dans sa décision n°508 du 20 novembre 2000, la Cour constitutionnelle censure l'article 402 du Code pénal relatif aux offenses à la religion de l'Etat. Cette jurisprudence et sa motivation s'inscrivent dans la droite ligne de sa décision n°203 du 11 avril 1989 proclamant le principe de laïcité en tant que principe suprême de l'ordre juridique constitutionnel.

Dans une décision n°440 du 18 octobre 1995, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de l'article 724 alinéa 1^{er} du Code pénal relatif au blasphème dans sa partie se référant aux « Symboles ou Personnes vénérées dans la religion de l'Etat ». Elle réaffirme l'abandon du critère quantitatif en disposant qu'« en matière de religion, le nombre étant indifférent, on doit désormais accorder une égale protection à la conscience de chaque personne qui se reconnaît dans une foi, quelle que soit la confession religieuse d'appartenance ». La Cour estime en revanche que la partie de l'article relative au blasphème envers la Divinité en général n'est pas contraire à la Constitution.

Le délit de blasphème sera par la suite dépénalisé et transformé en contravention administrative (d. legisl. n°507/1999).

Par ailleurs, par une décision n°329 du 14 novembre 1997, la Cour constitutionnelle censure au regard des articles 3, alinéa 1^{er} (égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion), et 8, alinéa 1^{er}, de la Constitution (égale liberté de toutes les confessions religieuses) l'article 404, alinéa 1^{er} du Code pénal relatif aux offenses à la religion de l'Etat par outrage aux biens dans la partie où cette disposition prévoit une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à celle applicable pour un délit identique commis à l'encontre des cultes reconnus par l'Etat (article 406 du code pénal).

Dans deux décisions n°327 du 9 juillet 2002 et n°168 du 18 avril 2005, la Cour constitutionnelle censurera, dans le même Code, au regard des mêmes articles et pour les mêmes raisons, les articles 405 relatif aux perturbations de cérémonies religieuses du culte catholique et 403 relatif aux offenses à la religion de l'Etat par outrage aux personnes.

Désormais, l'article 724 du code pénal dispose : « Blasphème et manifestations outrageantes envers les morts.

Quiconque blasphème publiquement, par des paroles injurieuses ou outrageantes, contre la divinité ou les symboles ou personnes vénérés dans la religion d'Etat (1), est passible d'une sanction administrative pécuniaire de 51 à 309 euros.

La même sanction s'applique à celui qui accomplit une quelconque manifestation publique outrageante à l'égard des défunts.

(1) La Cour constitutionnelle, par sa sentence n° 440 du 18 octobre 1995, a déclaré inconstitutionnel le présent alinéa s'agissant exclusivement des mots "ou les symboles ou les personnes vénérés dans la religion d'Etat". »

L'article 403 du code pénal, tel que modifié par l'article 7 de la loi du 24 février 2006, dispose désormais : « Offenses à une confession religieuse par outrage (*vilipendio*) aux personnes

Quiconque offense publiquement une confession religieuse, par outrage à ceux qui la professent, est puni d'une amende de 1.000 à 5.000 euros.

L'amende de 2 000 à 6 000 euros est infligée à ceux qui, par outrage à un ministre du culte, offensent une confession religieuse ».

L'article 404 du code pénal, tel que modifié par l'article 8 de la loi du 24 février 2006, dispose désormais : « Infractions à une confession religieuse par outrage ou atteinte à l'intégrité des biens (*vilipendio o danneggiamento di cose*).

Quiconque, dans un lieu destiné au culte, ou dans un lieu public ou ouvert au public, offense une confession religieuse, diffame par des expressions injurieuses des choses qui constituent l'objet d'un culte, ou sont consacrées au culte, ou sont nécessairement destinées à l'exercice du culte, ou commet l'acte à l'occasion de services religieux, effectués dans un lieu privé par un ministre du culte, est sanctionné d'une amende de 1 000 à 5 000 euros.

Quiconque détruit, disperse, détériore, rend inutilisables ou souille publiquement et intentionnellement des choses qui font l'objet d'un culte ou qui sont consacrées au culte ou sont nécessairement destinées à l'exercice du culte est puni d'une peine d'emprisonnement pouvant atteindre deux ans. »

L'article 405 du code pénal dispose désormais : « Perturbation de fonctions religieuses du culte d'une confession religieuse.

Quiconque empêche ou perturbe l'exercice de fonctions, de cérémonies ou de pratiques religieuses du culte d'une confession religieuse (1), qui sont accomplies avec l'aide d'un ministre de ce culte ou dans un lieu destiné au culte, ou dans un lieu public ou ouvert au public, est puni d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans.

S'il s'agit d'actes de violence contre des personnes ou de menaces, une peine d'emprisonnement d'un à trois ans s'applique.

(1) Les mots : "du culte catholique" ont ainsi été remplacés par l'art. 9 de la loi n° 85 du 24 février 2006

Enfin, l'article 10 de la loi n°85 de la loi n° 85 du 24 février 2006 a abrogé l'article 406 du code pénal qui disposait « Délits contre les cultes admis dans l'État.

Quiconque commet l'un des actes prévus aux articles 403, 404 et 405 contre un culte admis dans l'État est puni aux termes des précédents articles, mais la peine est réduite ».

Ces deux jurisprudences témoignent de l'évolution du service public de la justice en Italie dont ont bénéficié les usagers depuis les années 1930. D'autres questions se posent aujourd'hui devant les tribunaux, telles que celle du port de signes d'appartenance religieuse dans les enceintes judiciaires et en particulier dans les salles d'audience ou celle du report de dates d'audiences pour des raisons religieuses.

Néanmoins, l'Italie ayant pendant longtemps été davantage un pays d'émigration que d'immigration, la question du port du voile s'est manifestée plus tardivement qu'en France et n'a pas engendré les mêmes débats, ayant sans doute été appréhendée de manière plus « pacifique ».

§3- Le port de signes d'appartenance religieuse, en particulier par les usagers du service public de la justice

Le port de signes d'appartenance religieuse par les usagers dans les tribunaux et les salles d'audience en particulier (B), s'inscrit dans un environnement général plutôt favorable à cette pratique (A).

A- Une réglementation pluraliste, globalement ouverte au port de signes d'appartenance religieuse

1- Les dispositions générales

L'article 19 de la Constitution consacrant le droit de liberté religieuse ne prévoit comme limite à son exercice que les « bonnes mœurs » et non l'ordre public. Selon Andrea Fucillo, « on a souhaité éviter que des normes de police ou, en général, les normes administratives puissent de quelque façon que ce soit empêcher l'exercice des rites religieux (...). La limite des bonnes mœurs renvoie donc à des rites qui, d'une certaine façon, lèsent la sensibilité de la population au moment historique où ils se réalisent »⁴¹⁹.

La Charte des valeurs, de la citoyenneté et de l'intégration du 23 avril 2007 insiste, de façon générale, sur l'enrichissement lié au pluralisme religieux dans la société italienne et, de façon particulière, sur la liberté du port de signes d'appartenance religieuse qui découle logiquement de cette ouverture aux religions.

Ainsi, l'article 21 de la Charte dispose tout d'abord: « Toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi. L'État laïque reconnaît la contribution positive que les religions apportent à la collectivité et entend valoriser le patrimoine moral et spirituel de chacune d'entre elles. L'Italie encourage le dialogue interreligieux et interculturel afin d'accroître le respect de la dignité humaine et de contribuer à surmonter les préjugés et l'intolérance ».

Ensuite, l'article 25 de cette même Charte précise: « A partir de sa propre tradition religieuse et culturelle, l'Italie respecte les symboles et les signes de toutes les religions. Nul ne peut se sentir offensé par les signes et symboles d'autres religions que la sienne ».

Par ailleurs, son article 26 indique : « En Italie, il n'y a pas de restrictions sur l'habillement de la personne, tant qu'il est librement choisi et ne porte pas atteinte à sa dignité. Les vêtements qui couvrent le visage ne sont pas acceptables parce qu'ils empêchent la reconnaissance de la personne et l'empêchent d'entrer en contact avec les autres ».

Ces dispositions trouvent notamment à s'appliquer dans le milieu scolaire où, contrairement à la France, les élèves sont autorisés à porter des signes d'appartenance religieuse, notamment le voile, ce que rappelle d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision de Grande Chambre du 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*.

Le Garant régional des droits de la personne de la région Frioul- Vénétie Julienne a jugé, dans un avis du 17 février 2015, que l'interdiction du port du voile dans un établissement scolaire était contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 19 de la Constitution et « apparaît incohérente par

⁴¹⁹ A. Fucillo, *op. cit.*, p. 34.

rapport aux objectifs de lutte contre les formes de racisme, de harcèlement ou de discrimination religieuse »⁴²⁰.

2- Les dispositions relatives aux photographies sur les documents d'identité

Conformément à la circulaire n°4 du 15 mars 1995 du ministère de l'Intérieur, les cartes d'identité peuvent être délivrées aux femmes qui présentent une photographie sur laquelle elles portent un voile, témoignant ainsi d'une plus grande ouverture face aux manifestations d'appartenance religieuse que la France où ce type de photographie est interdit.

Comme le rappelle la circulaire du ministère des infrastructures et des transports du 20 octobre 2016 (prot. n°23176) relative aux photographies à apposer sur le permis de conduire : « l'article 289 du décret royal n° 635 du 6 mai 1940 prévoit uniquement que la photographie à apposer sur la carte d'identité doit représenter le titulaire de la carte " sans chapeau ". (...) »

Dans la circulaire n° 4/95 du 14 mars 1995, le ministère de l'Intérieur a précisé - répondant ainsi aux questions relatives aux photos à apposer sur les cartes d'identité des religieuses ou des personnes qui, pour des motifs religieux, ont la tête couverte de turbans - que "dans les cas où la couverture de la tête est imposée de diverses manières, voile, turban ou autre, pour des raisons religieuses, celle-ci ne peut être assimilée à l'utilisation du chapeau, qui relève de l'interdiction prévue à l'article 289 du Règlement du texte unique des lois de sécurité publique. En effet, la disposition réglementaire précitée ne parle pas de tête découverte, mais se réfère davantage au chapeau, c'est-à-dire à un accessoire de l'habillement dont l'utilisation est éventuelle et qui, de par ses caractéristiques, pourrait modifier la physionomie des personnes photographiées.

Le cas en question est en revanche différent, dans la mesure où le turban ou le voile des religieuses fait partie des vêtements habituellement portés et qui concourent, dans leur ensemble, à identifier celui qui les porte.

Cela dit, il est jugé approprié, notamment à la lumière d'éventuelles références au principe constitutionnel de la liberté de culte et de religion, que les demandes en question soient acceptées favorablement par les administrations municipales, à condition que les traits du visage soient clairement visibles. (...)

« Bijoux, lunettes et autres habits couvrants (*Ornamenti, occhiali e coperture*)

- Les couvre-chefs ne sont pas autorisés sauf pour des motifs religieux. Si, pour des motifs religieux, une personne a l'obligation de porter un couvre-chef, elle doit en tout état de cause montrer clairement son visage ».

Sur le site du ministère de l'Intérieur italien (2019) on trouve ainsi les illustrations suivantes :

⁴²⁰ V. l'avis dans <https://www.olir.it/wp-content/uploads/2015/03/6487-parere-17-febbraio-2015.pdf>



Faccia coperta



Parte del viso coperta








CARTA DI IDENTITÀ ELETTRONICA

numero di serie: 11713491

[home](#) - [in breve](#) - [il progetto](#) - [la carta](#) - [servizi](#) - [privacy](#) - [news](#) - [contatti](#)
[VERIFICA DS](#) [PRENOTATI](#)

Home > Contatti > Ornaments e coperture

Caratteristiche del documento

Elementi di sicurezza

Il microprocessore

Presentazione della richiesta

Ornamenti, occhiali e coperture

Gli occhi non devono essere coperti da capelli.



Occhi coperti da capelli



Non sono ammessi copricapo al di fuori di motivi religiosi, culturali e medici. In ogni caso il volto deve essere mostrato chiaramente.



Indosso il cappello



Indosso il berrino



Non sono ammessi occhiali con lenti colorate. Le lenti devono essere trasparenti in modo che gli occhi siano ben visibili.



Lenti scure



Colorato nelle lenti



Montatura pesante



Montatura sopra occhi



Par ailleurs, une circulaire destinée aux préfets de police (*Questori della Repubblica*) a été adoptée le 24 juillet 2000 par le Département de la Sécurité publique, Direction centrale de la police de la circulation, des chemins de fer, des frontières et des postes, Service de l'immigration et de la police des frontières du ministère de l'Intérieur, relative aux « Mesures visant à empêcher l'utilisation en public de vêtements susceptibles de modifier les traits des personnes qui les portent ». Cette circulaire étend les dispositions prévues pour la photographie des cartes d'identité à celle destinée aux permis de séjour : « dans le domaine des documents de nature à attester l'identité personnelle, il est devenu nécessaire d'examiner la compatibilité entre la réglementation pertinente en matière de sécurité publique et les prescriptions de certaines religions, dont la religion musulmane, qui imposent aux femmes de porter en permanence un couvre-chef ou la tête couverte.

L'article 289 du règlement d'application du Texte unique des lois sur la sécurité publique prévoit que la photographie à apposer sur la carte d'identité doit reproduire l'image du haut du tronc visible et sans couvre-chef.

Toutefois, dans une circulaire du 14 mars 1995 de la Direction générale de l'administration civile, il est précisé que l'interdiction ne se réfère pas à l'exigence que la personne concernée garde la tête découverte (le visage, bien sûr doit l'être), mais se limite à interdire l'utilisation du chapeau comme simple accessoire éventuel de l'habillement personnel, qui pourrait modifier le visage de la personne photographiée.

Cette hypothèse est différente et n'est pas comparable avec celle où le recouvrement de la tête par un voile, un turban ou autre est imposé pour des motifs religieux.

Dans ce cas, le turban, le « tchador » ou même le voile, comme dans le cas des religieuses, font partie intégrante des vêtements habituels et concourent, dans leur ensemble, à identifier celui qui les porte, à condition bien sûr qu'il garde son visage découvert. Les photographies devant figurer sur les documents d'identité dans lesquels la personne est représentée la tête couverte de tissus sont donc autorisées, notamment sur la base de la norme constitutionnelle protégeant la liberté de culte et de religion, à condition que, en tout état de cause, les traits du visage soient bien visibles.

Les principes ci-dessus s'appliquent également aux photographies à appliquer sur les permis de séjour.

Nous vous invitons donc à respecter ces dispositions, en prenant soin de vérifier scrupuleusement que les photographies de femmes avec la tête couverte, à apposer sur les permis de séjour, permettent toujours une identification exacte de leurs titulaires, notamment afin d'éviter le risque d'utilisation illicite des permis de séjour.

Le Préfet de police ».

Il est intéressant de noter dans ces différents règlements la référence à l'habit des religieuses ou des sœurs quand on parle du voile, référence qui semble aujourd'hui anachronique en France, mais encore très présente en Italie. Le respect des représentants de la religion catholique peut aussi expliquer la plus grande ouverture envers les autres religions.

Mais surtout un élément fondamental ressort de cette réglementation : il est fait mention du fait que, pour certaines personnes, les signes religieux contribuent à les identifier. Cela témoigne d'une attention à l'importance des signes pour certaines personnes, absente de la réglementation et de la jurisprudence françaises. Il suffit pour

s'en convaincre de se pencher sur la question du port du turban ou du sous-turban par les sikhs.

Cette réglementation libérale ne doit pas pour autant masquer l'émergence d'une tendance plus restrictive.

3- De récentes mesures plus restrictives dictées par des raisons de sécurité publique

a) Une jurisprudence fluctuante sur le port du Kirpan par les sikhs

Le tribunal de Crémone, par une décision du 19 février 2009, a jugé qu'en vertu de l'article 4 de la loi n° 110 du 18 avril 1975, un Indien sikh n'était pas coupable du délit de port injustifié d'armes ou d'objets susceptibles d'offenser, car le kirpan, poignard d'environ 17 cm de long qu'il portait sur lui, représente un signe distinctif d'appartenance à une confession religieuse et, donc, une modalité d'expression de sa religion, garantie par l'article 19 de la Constitution.

Mais, dans un arrêt n° 25163 du 16 juin 2016, la section pénale de la Cour de cassation a jugé que le motif d'ordre religieux, qui consiste à adhérer aux règles et traditions de la religion sikhe, ne justifie pas le port d'un couteau dans un bureau public (en l'espèce la poste). En effet, selon la Cour, la manifestation des pratiques religieuses doit nécessairement s'adapter aux valeurs fondamentales du système juridique italien, avec lesquelles elles ne peuvent entrer en conflit, et dans lequel la protection de la sécurité publique et celle des personnes, qui est assurée par la réglementation des armes et autres objets susceptibles de nuire, s'impose et ne peut certainement légitimer le comportement du requérant.

b) La délibération de la Région Lombardie de décembre 2015

Le 10 décembre 2015, la région Lombardie adoptait une délibération n°X/4553 ayant pour objet le « renforcement des mesures d'accès et de permanence dans les sièges du conseil régional et des organismes régionaux »⁴²¹.

La délibération rappelle tout d'abord « les graves épisodes de terrorisme qui ont eu lieu le 13 novembre dernier à Paris, qui ont exacerbé l'état de tension avec lequel les pays occidentaux vivent déjà depuis de nombreuses années. Ces épisodes ont inévitablement incité ces mêmes pays à renforcer davantage les mesures de sécurité, notamment en ce qui concerne les endroits stratégiques, afin de garantir autant que possible la sécurité des citoyens ». Par ailleurs, la délibération prévoit que « les traditions ou coutumes religieuses (...) ne peuvent constituer des motifs justifiés d'exception au sens de l'article 5 de la loi 152/1975 en ce qui concerne les exigences de sécurité au sein des structures régionales ». Sur la base de ces exigences, le Conseil régional « en application de l'article 85 du décret royal 773/1931 et de l'article 5 de la loi 152/1975 et du règlement régional n°6 du 8 août 2002 a ordonné « l'adoption de mesures appropriées pour renforcer le système de contrôle, d'identification et de sécurité » qui interdit « le port de casques protecteurs ou tout autre moyen rendant difficile l'identification de la personne » auprès des organismes identifiés à l'article premier du décret royal 30/2006.

⁴²¹ Delibera n°X/4553 regione Lombardia, 10 dic. 2015, *Rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti società facenti parte del sistema regionale*.

A la suite de l'adoption de cette délibération, en janvier 2016, ont été accrochés à l'entrée de nombreux bureaux publics et hôpitaux de la région Lombardie, des écriteaux portant la mention « pour des raisons de sécurité, il est interdit d'entrer avec un visage couvert », accompagnés de trois images de personnes portant un casque, une cagoule et une *burqa*, chacune barrée d'une croix.

Dans sa décision n°16696/2016 du 20 avril 2017, *Giudice M. Flamini*, le tribunal ordinaire de Milan a jugé que « dans le cas d'espèce, l'identification de lieux publics spécifiques (...) et l'interdiction d'accès par des moyens qui empêchent l'identification uniquement pour la durée liée au séjour dans ces espaces sont des éléments qui permettent de retenir que l'interdiction - et donc le sacrifice des droits prévus aux articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme - est raisonnable et proportionnée par rapport à la valeur invoquée par le législateur - la sécurité publique - qui résulte concrètement menacée par l'impossibilité d'identifier (...) les nombreuses personnes qui entrent dans les lieux publics identifiés ». Quant aux trois images, selon le tribunal, il s'agit « d'une interdiction d'entrée dans les établissements de santé avec le visage couvert et de la représentation de trois hypothèses de visage couvert (le voile, la cagoule et le casque protecteur). Les exigences de sécurité publique, mentionnées ci-dessus, sont également, dans le cas d'espèce, jugées nécessaires et proportionnées pour assurer la valeur mentionnée ci-dessus ».

Le tribunal a donc rejeté le recours, jugeant non discriminatoires ces décisions.

B- Le port de signes d'appartenance religieuse dans les salles d'audience

1- Le port de signes d'appartenance religieuse dans le public

Une musulmane portant la *burqa* souhaitait accéder à la salle de la cour d'assises du Tribunal de Crémone (chef-lieu de la province de même nom en Lombardie) où se déroulait un procès contre son mari, imam. A l'entrée de la salle d'audience, la femme est invitée par le service de contrôle mis en place par la police d'Etat à lever son voile afin de procéder à son identification; elle s'exécute immédiatement devant un personnel féminin, et est régulièrement identifiée à travers ses documents d'identité. Pourtant, la femme est poursuivie pour l'infraction prévue à l'article 5 de la loi n°152 du 22 mai 1975 portant Dispositions relatives à la protection de l'ordre public (dite « loi royale ») parce que - comme il est indiqué dans l'acte d'accusation - « dans un lieu public, sans motif justifié, elle portait un voile qui, en couvrant son visage, en rendait difficile sa reconnaissance par les forces de police ».

L'infraction précitée, adoptée dans les années 1970 pour faire face au terrorisme, « interdit de participer aux manifestations publiques qui se déroulent dans un lieu public ou ouvert au public, en faisant l'utilisation de casques protecteurs ou avec le visage entièrement ou partiellement recouvert par l'utilisation de tout moyen susceptible de rendre difficile l'identification de la personne ». A l'époque, le contrevenant était puni d'une peine d'emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de cinquante mille à deux cent mille liras. A l'heure actuelle, à la suite d'une révision intervenue en 1977, l'alinéa 1^{er} de ce même article prévoit : « Il est interdit d'utiliser des casques de protection, ou tout autre moyen visant à rendre difficile la reconnaissance de la personne, dans un lieu public ou ouvert au public, sans motif justifié. En tout état de cause, de telles utilisations sont interdites pour des manifestations qui se déroulent dans un lieu public ou ouvert au public, à l'exception de celles à caractère sportif qu'implique une telle utilisation »⁴²².

⁴²² Modifié par l'art. 2 de la loi n° 533 du 8 août 1977. V. aussi l'alinéa 3 : « Pour l'infraction visée au présent article, l'arrestation en flagrant délit est facultative. »

Depuis 2005, par ailleurs, « le contrevenant est passible d'un à deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 à 2 000 euros »⁴²³. Un auteur rappelle que cette augmentation de la peine avait alors été fortement encouragée « par la Ligue⁴²⁴ pour empêcher l'utilisation de la *burqa*, que les représentants de ce parti voudraient interdire »⁴²⁵.

Rappelons aussi l'article 85 du décret royal n°773 du 18 juin 1931 qui dispose : « Il est interdit d'apparaître masqué dans un lieu public ».

Dans un arrêt n°3076 du 19 juin 2008 le Conseil d'Etat a précisé l'interprétation qu'il fallait donner à l'article 5 de la loi n°152/1975. La Haute juridiction a estimé que des motifs de caractère culturel ou religieux constituent généralement des motifs justifiés pour déroger à l'interdiction posée par la loi n°152/1975, sous réserve que les femmes se soumettent à l'identification quand elle est exigée.

Au final, dans cette affaire, par un jugement du Tribunal de Crémone du 27 novembre 2008, la femme a finalement été acquittée « parce que le fait n'existe pas »⁴²⁶. En l'espèce en effet, il n'y avait aucune difficulté réelle à identifier la femme qui avait coopéré activement avec les forces de police en retirant temporairement la *burqa*. La Cour a déclaré que la *burqa* ne peut être rattachée à la notion d'« autres moyens susceptibles de rendre difficile la reconnaissance de la personne » dès lors que l'utilisation de ce voile particulier, dans un contexte de danger sensible pour la sécurité ou l'ordre public, n'a pas eu en pratique pour effet d'empêcher la personne qui le portait d'être reconnue, compte tenu de sa disponibilité, après que demande lui en ait été faite, à enlever son foulard pour montrer intégralement son visage aux forces de police féminines.

2- Le port de signes d'appartenance religieuse par les requérants

Dans une affaire criminelle pour terrorisme international, un musulman était entré dans une salle d'audience en tant qu'accusé avec vingt deux autres prévenus, tous en détention. Le juge les avait alors invités à enlever leur couvre-chefs et tout le monde s'exécuta, sauf l'un d'entre eux indiquant au juge : « C'est un symbole religieux, toi aussi, juge, tu portes la croix ». Sans avoir été renvoyé de force par le juge (comme le permet l'article 475 du Code pénal), cet accusé avait alors renoncé à assister à l'audience et avait quitté la salle. Dans son ordonnance du 26 février 2009, le Tribunal de Milan s'est référé aux « pouvoirs de police de l'audience, attribués au juge en vertu de l'article 470 du Code de procédure pénale », qui comprennent « la faculté d'adopter toutes les mesures appropriées pour assurer le *decorum* et le respect envers l'autorité judiciaire, nécessaires à une bonne tenue de l'audience ». Selon « une pratique institutionnelle consolidée, personne ne peut assister à l'audience tête couverte, à l'exception des forces de police chargées de la sécurité de l'audience elle-même. Même les agents du procureur général, s'ils sont présents à l'audience à des fins autres que la sécurité (par exemple, le recueil de témoignage), même s'ils portent l'uniforme, doivent se présenter tête nue ».

L'accusé a donc été « invité à enlever son couvre-chef, comme cela aurait été le cas pour toute autre personne à l'audience ». A partir du moment où, après avoir refusé de se plier à l'invitation du juge, il a légitimement renoncé à sa présence à l'audience, « aucun droit de la

⁴²³ Alinéa substitué par l'art. 10 du D.L. n° 144 du 27 juillet 2005, converti par la loi n° 155 du 31 juillet 2005.

⁴²⁴ La Ligue du Nord (*Lega Nord*) ou simplement la Ligue (*Lega*) est un parti politique initialement régionaliste et fédéraliste, souvent décrit comme populiste, d'extrême droite, eurosceptique, voire xénophobe. Fondée par Umberto Bossi en 1989, la Ligue est dirigée depuis 2013 par Matteo Salvini.

⁴²⁵ A. BERNARDI, « L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale" », *Politica del diritto*, 2007, n° 1, p. 9.

⁴²⁶ Trib. Cremona, 27 nov. 2008, M. (*Corriere del Merito* 2009, p. 294 s., note N. FOLLA, « L'uso del burqa non integra reato, in assenza di una previsione normativa espressa »).

défense ne semble avoir été violé », contrairement à ce que son défenseur avait plaidé⁴²⁷. Cette jurisprudence rejoint certaines réglementations et jurisprudences récentes plus restrictives⁴²⁸ et tranche avec l'ouverture traditionnellement rencontrée dans la réglementation et la jurisprudence italiennes.

⁴²⁷ Trib. Milano, ord. 26 févr. 2009, K., in *Corriere del Merito* 2009, p. 403 s., note G. L. GATTA.

⁴²⁸ V. *supra* p. 199-200.

CHAPITRE III- LA LAÏCITÉ DANS LA JUSTICE : PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU DROIT ALLEMAND

Céline FERCOT

Introduction : une forme particulière de séparation des Eglises et de l'Etat et une architecture constitutionnelle originale

Section I- Principe de neutralité et lieux de justice

§1- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 17 juillet 1973, « Crucifix dans une salle d'audience »

§2- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 mai 1995, « Crucifix »

Section II- Principe de neutralité et femmes et hommes de justice

§1. *Le principe de neutralité et les acteurs de l'institution judiciaire*

- A- Les juges
 - 1- Propos généraux relatifs aux fonctionnaires
 - a- Le statut ambigu des fonctionnaires au regard de la liberté religieuse
 - b- Le cas particulier du port, par les enseignant.e.s, de symboles vestimentaires à connotation religieuse : les décisions de 2003 et 2015
 - c- Une jurisprudence de moins en moins libérale, et de plus en plus incohérente
 - 2- Les juges et le principe de neutralité
 - a- Les juges professionnels
 - b- Le cas des juges non professionnels
 - c- La prestation de serment
 - d- D'éventuelles sanctions ?
 - 3- Le cas des « juristes stagiaires » (*Rechtsreferendar.inn.en*)
- B- Les avocats
 - §2- *Principe de neutralité et justiciables*
- A- Propos généraux
- B- Le cas des témoins, interprètes et experts

Introduction : une forme particulière de séparation des Eglises et de l'Etat et une architecture constitutionnelle originale

Lorsque l'on cherche à cerner les contours du principe de laïcité dans le contexte particulier de la justice, il apparaît très rapidement que le droit allemand, tout en étant confronté à des problématiques communes à celles que rencontre non seulement le droit français mais également d'autres droits nationaux, présente incontestablement un certain nombre de spécificités.

Il importe donc ici, avant de nous intéresser spécifiquement au service public de la justice, de débiter par le contexte général dans lequel le principe de neutralité est né et s'est développé outre-rhin.

1. L'Allemagne connaît, en premier lieu, une forme tout à fait particulière de séparation des Eglises et de l'Etat⁴²⁹.

Le contexte historique ayant entouré l'apparition des règles actuelles régissant le fait religieux présente outre-rhin un certain nombre de spécificités.

Avant toute chose, comme ailleurs, la Réforme est venue en Allemagne briser le monopole de la religion catholique : en introduisant une forme, nouvelle, de diversité

⁴²⁹ Pour un panorama général, v. O. JOUANJAN, Contribution pour l'Allemagne à la XII^{ème} Table ronde internationale, « L'école, la religion et la Constitution », *AJJC*, Tome XII, 1996, p. 151.

confessionnelle, elle est venue institutionnaliser la pluralité religieuse, mais – et là réside le cœur de la particularité allemande – dans un contexte relativement harmonieux. Cet héritage historique n’a évidemment pas empêché, comme en témoigne l’épisode du *Kulturkampf*, des tensions entre la minorité catholique et l’Etat allemand, dont la constitution s’est par la suite heurtée à un certain nombre d’obstacles. Mais la construction de l’Etat moderne en Allemagne a toujours davantage été placée sous le signe d’une complémentarité entre religion et politique que sous celui d’une concurrence et d’une exclusion réciproque, faisant de l’hétérogénéité religieuse la norme. L’Etat allemand, de constitution tardive, impuissant à faire advenir une nation homogène, s’est en effet vu contraint, pour gouverner une société segmentée selon des lignes de clivages confessionnelles, de s’appuyer sur les instances de régulation intermédiaires que représentent les Eglises chrétiennes. Ainsi, alors qu’en France, la loi de 1905 vient parachever un processus d’émancipation de l’Etat à l’égard d’une Eglise traditionnellement très influente, entamant alors un divorce tout à la fois brusque et douloureux, en Allemagne, en revanche, lorsque les bases constitutionnelles de l’actuel droit des religions sont posées, en 1918, le pays vit depuis plus de 400 ans dans un environnement multi-confessionnel : la séparation est donc inéluctable, mais elle est progressive et se fait à l’amiable.

Par ailleurs, **le principe de séparation entre les Eglises et l’Etat repose, en Allemagne, sur un socle qui est double** : la garantie d’un certain nombre de droits fondamentaux, au premier rang desquels figure la liberté religieuse, d’une part ; un principe de séparation institutionnelle, d’autre part. Les deux aspects sont aujourd’hui réglés à la fois par la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) de 1949 et, en partie, par la Constitution de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung*) de 1919, dont certaines dispositions demeurent en vigueur.

*** La Loi fondamentale présente, tout d’abord, la particularité de faire reposer l’obligation de neutralité religieuse et idéologique à l’égard de l’Etat, en tant que patrie de tous les citoyens, sur un panel de droits fondamentaux⁴³⁰ : l’article 4 LF, qui garantit les libertés de croyance (*Glaubensfreiheit*), de conscience (*Gewissensfreiheit*) et de culte (*Freiheit der Religionsausübung*)⁴³¹ ; l’article 3 al. 1^{er} LF, qui a trait au principe d’égalité devant la loi⁴³², accolé à l’article 3 al. 3 ph. 1 LF, qui prohibe toute forme de discrimination en raison de la religion⁴³³ ; et, enfin, l’article 33 al. 3 LF⁴³⁴, lui-**

⁴³⁰ Il est par ailleurs à noter que le droit public allemand repose principalement sur la notion de « droit subjectif ». Ainsi, pour ne citer que lui, le recours individuel devant la Cour constitutionnelle fédérale (*Verfassungsbeschwerde*) suppose la violation d’un droit fondamental (v. art. 93 al. 1^{er} n° 4 a LF). De ce fait, l’atteinte portée au principe de neutralité de l’Etat en matière religieuse ne peut pas être invoquée devant les tribunaux en tant que telle ; il est nécessaire que soit invoquée la violation d’un droit subjectif.

⁴³¹ « (1) La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables. (2) Le libre exercice du culte est garanti. (3) ¹Nul ne doit être astreint contre sa conscience au service armé en temps de guerre. ²Les modalités sont réglées par une loi fédérale » (trad. : [Bijus](#) ; sauf mention contraire, les traductions d’extraits de la Loi fondamentale présentes dans ce rapport sont issues de cette même source). Il convient ici de mentionner également l’article 136 C. de Weimar, dont le 1^{er} alinéa dispose que « les droits et devoirs civils et civiques ne sont ni conditionnés ni limités par l’exercice de la liberté religieuse », avant d’ajouter, dans son 3^{ème} alinéa : « Nul n’est obligé de révéler ses croyances religieuses. Les autorités n’ont le droit de s’enquérir de l’appartenance à une société religieuse que lorsque des droits et des devoirs en dépendent ou que l’établissement de statistiques ordonnées par la loi l’exige ». Le 4^{ème} et dernier alinéa indique quant à lui : « Nul ne peut être contraint de participer à l’exercice d’un culte ou à une cérémonie, ni de participer à des exercices religieux, ni de se servir d’une forme religieuse de serment ».

⁴³² « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi ».

⁴³³ « Nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques ».

même adjoint à l'article 136 al. 2 de la Constitution de Weimar⁴³⁵, issu du compromis culturel de Weimar (« *Weimarer Kulturkompromiss* »), tous deux se rapportant à l'égalité civique des Allemands et garantissant l'égalité de la jouissance des droits civiques et dans l'accès aux fonctions publiques.

Parmi ces droits fondamentaux, la liberté religieuse apparaît au tout premier plan. « *De l'article 4 al. 1 LF garantissant la liberté de religion procède a contrario le principe de neutralité de l'Etat à l'égard des différents cultes et confessions* », comme l'affirme explicitement la Cour constitutionnelle allemande dans sa célèbre décision *Crucifix* du 16 mai 1995⁴³⁶.

Deux remarques s'imposent au sujet de cette liberté, cruciale. Tout d'abord, elle se rattache, plus largement, à la liberté de croyance (*Glaubensfreiheit*), et comprend, selon la Cour constitutionnelle, la liberté de chacun de vivre selon les règles que lui impose sa croyance⁴³⁷. Par ailleurs, la liberté religieuse figure parmi les droits et libertés qui ne sont assortis, toujours selon la Loi fondamentale, d'aucune possibilité expresse de limite législative⁴³⁸. Cette liberté peut certes être restreinte – une limite est notamment apportée par l'article 2 LF, qui garantit à chacun « *le libre épanouissement de sa personnalité* » en interdisant les atteintes aux « *droits des autres et à l'ordre constitutionnel* ». Mais comme l'article 4 LF ne prévoit pas de manière expresse la possibilité d'ingérence du législateur, toute forme de limitation qui lui est apportée doit impérativement être nécessaire pour la protection d'un « bien » garanti par la Constitution (*Verfassungsgüter*)⁴³⁹.

Si l'on poursuit plus avant, on observe que la liberté de croyance est en Allemagne composée de deux grandes dimensions. **Elle est, d'une part, parfois dite « positive » (*positive Glaubensfreiheit*)** et englobe en ce sens, d'une part, le droit d'avoir une croyance religieuse et de la manifester, de la pratiquer et, d'autre part, le droit de faire partie d'une communauté religieuse dont les membres partagent les mêmes croyances et pratiques religieuses. Quant à **la liberté de croyance dite « négative » (*negative Glaubensfreiheit*)**, elle autorise, inversement, toute personne, d'une part, à n'avoir aucune croyance religieuse ou à ne pas la manifester, à ne pas la pratiquer et, d'autre part, à ne faire partie d'aucune communauté religieuse. Cet aspect négatif avait déjà été reconnu par la Constitution de Weimar, qui consacre à l'article 136 al. 4 le droit à ne pas participer à « *des pratiques ou à des fêtes religieuses* ».

La particularité du droit allemand est ici la suivante : alors qu'en France la priorité tend à être accordée à la liberté religieuse négative, dès lors que la religion est exclusivement conçue comme une affaire privée, ces deux facettes de la liberté de conscience sont supposées avoir une valeur strictement égale et n'être en aucun cas

⁴³⁴ « *1 La jouissance des droits civils et civiques, l'admission aux fonctions publiques ainsi que les droits acquis dans la fonction publique sont indépendants de la croyance religieuse. 2 Personne ne doit subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une croyance religieuse et philosophique* ».

⁴³⁵ « *La jouissance des droits civils et civiques ainsi que l'admissibilité aux emplois publics sont indépendantes de la confession religieuse* » (trad. : [Digithèque MJP](#), Université Montpellier ; sauf mention contraire, les traductions d'extraits de la Constitution de Weimar présentes dans ce rapport sont issues de cette même source). V. [BVerfGE 108, p. 282](#) [§ 299], 24 sept. 2003, *Kopftuch* (pour une traduction, v. le [site du Conseil constitutionnel](#)).

⁴³⁶ « *Aus der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG folgt im Gegenteil der Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen* » (BVerfGE 93, p. 1 [§ 16], 16 mai 1995, [Kruzifix](#)).

⁴³⁷ V. not. [BVerfGE 32, p. 98](#) [§§ 106 s.], 19 octobre 1971, *Gesundbeter* ; 33, p. 23 [§ 28 s.], 11 avril 1972, *Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*.

⁴³⁸ A ce propos, v. [BVerfGE 23, p. 50](#) [§ 55], 23 janvier 1968, *Nachtbackverbot I*.

⁴³⁹ [BVerfGE 33, p. 23](#) [§§ 29 s.], 11 avril 1972, *Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*, déc. préc.

hiérarchiquement supérieures l'une à l'autre en Allemagne – il en résulte alors qu'elles doivent être confrontées au cas par cas, le juge devant alors trouver un équilibre qui permette à chacune de ces deux dimensions de déployer le maximum de ses effets, sans que l'une ne conduise à exclure l'autre⁴⁴⁰.

*** Le principe de neutralité générale de l'Etat repose, par ailleurs, sur un principe de séparation institutionnelle des Eglises et de l'Etat.** Cet axiome, qui n'est plus directement centré sur l'individu mais sur des aspects institutionnels, n'est réglé qu'implicitement et indirectement par la Loi fondamentale : il est en réalité déterminé par les articles 136 à 139 et 141 de la Constitution de Weimar⁴⁴¹, que l'article 140 de la Loi fondamentale⁴⁴² incorpore.

Depuis 1919, les Eglises et l'Etat sont certes séparés, et la notion de « confession officielle » n'existe plus : c'est ce que proclame l'article 137 de la Constitution de Weimar⁴⁴³, auquel renvoie, depuis 1949, l'article 140 de la Loi fondamentale⁴⁴⁴ : « *il n'y a pas d'Eglise d'Etat* » (« *Es besteht keine Staatskirche.* »). Ajoutons à cela le 3^{ème} alinéa de l'article 137 de la Constitution de Weimar, en vertu duquel « *chaque société religieuse ordonne et administre librement ses affaires dans les limites de la loi applicable à tous (...)* ».

La Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a très tôt défini cette conception politico-religieuse particulière en utilisant **l'expression « Weltanschauliche Neutralität », ou de « weltanschaulich-religiöse Neutralität »** - que l'on peut traduire par « neutralité idéologique » -, laquelle inclut des éléments tout à la fois de nature philosophique, spirituelle et religieuse⁴⁴⁵. C'est dans une décision du 14 décembre 1965 relative aux « impôts d'Eglise » (« *Kirchensteuer* ») que la Cour de Karlsruhe a pour la première fois relevé que « *la Loi fondamentale, par les dispositions des articles 4 al. 1, 3 al. 3, 33 al. 3, ainsi que 136 al. 1 et 6, 137 al. 1 de la Constitution de Weimar, repris par l'article 140 de la Loi fondamentale, impose à l'Etat en tant que foyer de tous les citoyens sans considération de leur personne, une attitude de neutralité philosophique et religieuse* »⁴⁴⁶. L'important est ici que ce concept repose lui-même sur trois grands principes : un principe de neutralité étatique, un principe de

⁴⁴⁰ Pour des exemples concrets, v. *infra*.

⁴⁴¹ A propos de l'art. 136 C. de Weimar, v. *supra* p. 204-205. L'art. 137 ajoute deux phrases essentielles : « *Il n'y a pas d'Eglise d'Etat. La liberté de s'unir en sociétés religieuses est garantie (...)* » (v. *infra*). Et l'art. 138 de préciser : « *les allocations de l'Etat à des sociétés religieuses fondées sur une loi, des conventions ou des titres juridiques particuliers sont rachetées conformément à la législation de chaque Land. Le Reich établit les principes à cet effet. La propriété et les autres droits des sociétés et associations religieuses sur les établissements, les fondations et autres biens destinés au culte, à l'enseignement ou à la bienfaisance, sont garantis (...)* ». Quant à l'art. 141, il mentionne, de manière intéressante : « *Dans la mesure où il existe un besoin de service divin et ministère pastoral dans l'armée, les hôpitaux, les établissements pénitentiaires ou autres établissements publics, les sociétés religieuses sont autorisées à se livrer à des actes religieux, sans aucune contrainte* ».

⁴⁴² « *Les dispositions des articles 136, 137, 138, 139 et 141 de la Constitution allemande du 11 août 1919 font partie intégrante de la présente Loi fondamentale* ».

⁴⁴³ V. *supra*.

⁴⁴⁴ Le Préambule de la Loi fondamentale débute ainsi : « *Conscient de sa responsabilité devant Dieu et les hommes, le peuple allemand (...) s'est donné cette constitution* ». Cette mention de Dieu ne doit toutefois pas être comprise dans le sens d'une religion ou d'une confession particulière, mais comme la référence à des valeurs transcendantes.

⁴⁴⁵ « *Cette neutralité religieuse et philosophique n'implique pas une conception de séparation stricte de l'Etat et de l'Eglise, mais une attitude qui conçoit la liberté de croyance comme valeur ouverte et vaste englobant tous les aveux spirituels* » (BVerfGE 108, p. 282, 24 sept. 2003, *Kopftuch*, déc. préc.).

⁴⁴⁶ BVerfGE 19, p. 206 [§ 216], 14 déc. 1965, *Kirchenbausteuer*.

parité et, enfin, un principe de tolérance⁴⁴⁷.

Tout d'abord, en vertu d'un principe général de neutralité, l'Etat allemand ne doit s'identifier à aucune communauté religieuse ou spirituelle : toutes sont considérées comme d'égale valeur⁴⁴⁸. Cela signifie qu'en Allemagne, la définition de la religion reste volontairement large pour permettre une vraie égalité entre religion et « visions », ou « conceptions » du monde (*Weltanschauungen*). De plus, la neutralité étatique a pour corollaire le devoir de l'Etat de ne pas s'immiscer dans les affaires internes des corporations religieuses. L'Etat Allemand garantit ainsi une large autonomie aux « sociétés et associations à caractère religieux » (« *Religionsgesellschaften* »)⁴⁴⁹.

En second lieu, le projet allemand de séparation prévoit un système de parité confessionnelle (« *konfessionelle Parität* ») à plusieurs niveaux entre les différentes communautés religieuses⁴⁵⁰, lequel peut être vu comme « une sorte de soutien étatique échelonné » envers ces dernières⁴⁵¹, en fonction du rôle que chacune joue au sein de l'Etat⁴⁵². Le statut juridique le plus prestigieux qu'une communauté religieuse puisse atteindre est ainsi celui d'une collectivité de droit public (« *Körperschaft des öffentlichen Rechts* ») : fondé sur une coopération particulièrement étroite, il implique par exemple le prélèvement et la répartition du fameux « impôt ecclésiastique » (*Kirchensteuer*) par les structures fiscales de l'Etat allemand au nom des Eglises. Pour le reste, les religions doivent faire l'objet d'un traitement égalitaire (« *Gleichbehandlungsgebot* »).

En dernier lieu, le principe de séparation est, en droit allemand, indissociable du « principe de tolérance » (« *Toleranzprinzip* »). Cette obligation de tolérance est un principe non écrit de valeur constitutionnelle auquel la Cour constitutionnelle allemande a attribué une importance particulière tout spécialement dans le contexte scolaire. Issu notamment des articles 1^{er} al. 1, 2 al. 2, 3 al. 3 et 4 al. 1 de la Loi fondamentale, il implique que les libertés religieuses négative et positive doivent trouver une expression commune. D'un point de vue négatif, l'Etat n'a pas à se prononcer sur la qualité de tel ou tel mouvement spirituel ; d'un point de vue positif, il considère qu'il est de son devoir, pour pouvoir être tolérant, de soutenir la formation de la pensée spirituelle de ses citoyens. La tolérance devient alors en quelque sorte « un modèle de résolution de la concurrence qui existe entre droits fondamentaux »⁴⁵³. Son fondement restant à définir, il fait néanmoins office de « principe juridique constitutionnel complémentaire »⁴⁵⁴.

⁴⁴⁷ V. J. ZIEGLER, « L'égalité de tous versus l'individualité de chacun : le principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat et la polémique du voile à l'école publique en France et en Allemagne », in C. DEMESMAY, H. STARK (éd.), *Radioscopie de l'Allemagne 2007*, Paris, IFRI, 2007, p. 243 s.

⁴⁴⁸ En ce sens, v. [BVerfGE 108, p. 282](#), 24 sept. 2003, *Kopftuch*, déc. préc.

⁴⁴⁹ En vertu de l'art. 137 al. 5 de la Constitution de Weimar, les sociétés à caractère religieux peuvent créer une « corporation » ou une « collectivité » de droit public, qui leur permet de prendre en charge certains champs du service public, tels que l'enseignement, l'éducation, l'aide sociale, ou encore la santé publique, et ce de manière parfaitement autonome (« *selbstständig* »). Par ailleurs, l'art. 4 al. 2 LF garantissant le libre exercice du culte, le libre exercice de ces activités sociales est garanti par l'Etat Allemand.

⁴⁵⁰ J. ZIEGLER, « Le principe de séparation de l'Eglise et de l'Etat en Allemagne et en France. Histoire et actualité », *Observatoire de la société britannique*, 2012, vol. 13, pp. 187-210.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² Ainsi, ce principe de parité n'interdit pas toute différenciation de traitement. Simplement, une telle différenciation doit se fonder sur des critères objectifs, tels que le nombre ou l'influence sociale. Ces critères ont toutefois pu être mis en doute au regard du principe d'égalité. En effet, la religion musulmane, qui est aujourd'hui la troisième religion d'Allemagne de par le nombre de ses fidèles, s'est toujours vue refuser le statut de collectivité de droit public dont disposent les deux religions chrétiennes.

⁴⁵³ A. GROMITSARIS, « Laizität und Neutralität in der Schule. Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und in Deutschland », *AöR*, 1996, vol. 121, p. 366.

⁴⁵⁴ V. A. VON CAMPENHAUSEN, *Handbuch des Staatskirchenrechts*, 2^{ème} éd., Duncker & Humblot, 1994, p. 62 ; J. LISTL, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971, p. 443.

Ainsi, le principe de neutralité n'exclut pas, en Allemagne, que l'Etat travaille en étroit partenariat avec les Eglises, dans différents domaines de la vie sociale. L'idée de séparation entre l'Etat et les Eglises se double en effet de l'idée selon laquelle la religion n'est pas une affaire strictement privée : l'Etat, bien que soumis à un impératif de neutralité, considère les religions comme des acteurs essentiels de la vie sociale et culturelle.

Alors qu'en France, l'Etat ignore les Eglises et tend à refouler les acteurs religieux hors de l'espace public, en Allemagne, les rapports entre religion et puissance publique sont placés sous le signe de la coopération et du partenariat. Non seulement les Eglises chrétiennes y sont reconnues comme des forces sociales avec lesquelles il faut compter, mais elles se voient confier une mission publique (*Öffentlichkeitsauftrag*), notamment dans les domaines sanitaire et social. Neutre, l'Etat allemand *collabore* avec les institutions religieuses, et ce dans de nombreux domaines⁴⁵⁵, qui vont, par exemple, des enseignements religieux proposés au sein des écoles publiques (*Religionsunterricht*) à la collecte par l'Etat de l'impôt ecclésial, encore appelé « taxe d'église » (le fameux « *Kirchensteuer* »)⁴⁵⁶, en passant par l'existence de facultés publiques de théologie ou encore par la présence d'aumôniers au sein de la police ou de l'armée allemande.

In fine, la particularité du droit allemand réside précisément ici. Il existe, outre-rhin, une tradition qui vise à **interpréter la neutralité autrement** : par la reconnaissance du rôle des religions et, surtout, par l'importance primordiale de la liberté religieuse. C'est avant tout parce qu'il est garant de cette liberté que l'Etat séculier se voit imposer un devoir de neutralité. La neutralité religieuse et philosophique, en effet, « *n'implique pas une conception de séparation stricte de l'Etat et de l'Eglise, mais une attitude qui conçoit la liberté de croyance comme valeur ouverte et vaste englobant tous les aveux spirituels* »⁴⁵⁷. C'est qu'en Allemagne, comme le souligne Gilles Leroux, « *la séparation institutionnelle allemande entre Eglises et Etat n'a pas pour objet de refouler les communautés religieuses en dehors de l'espace public, mais plutôt de garantir la non-intervention de l'Etat dans l'exercice religieux individuel ou collectif* »⁴⁵⁸.

2. L'Allemagne présente, en second lieu, une architecture constitutionnelle originale, puisque fédérale.

Dans le champ de la religion, les Eglises exercent depuis longtemps une influence non négligeable sur l'ordre constitutionnel, en principe tant fédéral que fédéré. Les choses sont toutefois un peu plus complexes qu'il n'y paraît.

⁴⁵⁵ Cette caractéristique du modèle allemand de séparation s'exprime également dans la terminologie scientifique, les enseignements et manuels en la matière évoquant un « *droit constitutionnel religieux* », ou un « *droit constitutionnel des religions* » (*Religionsverfassungsrecht*).

⁴⁵⁶ Si elles respectent un certain nombre de conditions – si elles ont un nombre minimum de membres, sont stables et respectueuses de la Constitution –, les Eglises et les communautés religieuses et philosophiques peuvent prétendre à un statut d'« établissement de droit public », lequel permet notamment aux Eglises de prélever auprès de leurs membres une contribution obligatoire, appelée *Kirchensteuer* (littéralement « impôt d'Eglise », ou « taxe d'Eglise », selon les traductions).

⁴⁵⁷ [BVerfGE 108, p. 282](#), 24 sept. 2003, *Kopftuch*, déc. préc.

⁴⁵⁸ G. LEROUX, « La laïcité à l'épreuve du foulard islamique. Une comparaison franco-allemande », in J.-P. CAHN, H. KAEUBLE (éd.), *Religion und Laizität in Frankreich und Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert. Religions et laïcité en France et en Allemagne aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2008, pp. 167-184, spéc. p. 179.

La Loi fondamentale établit des règles de répartition des compétences relativement précises. L'article 70 al. 1 LF dispose que « *les Länder ont le droit de légiférer dans les cas où la présente Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs de légiférer* » ; l'alinéa 2 ajoute quant à lui que « *la délimitation des compétences de la Fédération et des Länder s'effectue selon les dispositions de la présente Loi fondamentale relatives aux compétences législatives exclusives et concurrentes* ». Dans certains domaines où un besoin d'uniformité sur tout le territoire se fait sentir, seul l'Etat fédéral, lorsqu'il dispose d'une compétence législative exclusive, a le pouvoir de légiférer (*ausschliessliche Gesetzgebungsbefugnis des Bundes*) : il en va ainsi par exemple en matière d'affaires étrangères ou de défense (v. art. 71 et 73 LF⁴⁵⁹). Dans d'autres domaines, les plus nombreux, il existe un pouvoir législatif concurrent (*konkurrierende Gesetzgebung*), partagé entre l'Etat fédéral et les *Länder* (v. art. 72 et 74 LF). Comme l'indique l'article 72 al. 1 LF, « *les Länder ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative* ». Par ailleurs, dans certains domaines, « *la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'Etat rendent nécessaire une réglementation législative fédérale* » (art. 72 al. 2 LF).

En matière de religion, les compétences sont certes aujourd'hui partagées entre l'Etat fédéral et les *Länder*. Néanmoins, l'étendue des compétences fédérales n'a cessé de se résorber, même si de nombreuses lois fédérales ont été adoptées dans ce domaine. Les points de recoupement entre l'Eglise et l'Etat se manifestent aujourd'hui essentiellement au niveau des *Länder*, dans les domaines social, scolaire ou encore fiscal⁴⁶⁰. Les *Länder* présentent ainsi des traditions différentes pouvant donner lieu à des interprétations très variées d'un même phénomène, sans parler des différentes sensibilités politiques au pouvoir. Le caractère primordial du droit fédéré se manifeste tant au plan législatif – comme à propos des questions de droit scolaire ou du droit de la fonction publique – que constitutionnel – chaque *Land* dispose de sa propre Constitution, dans laquelle est consacrée la liberté religieuse. Ainsi, l'article 19 de la Constitution du *Land* de Saxe proclame que la liberté religieuse, la liberté de conscience et le droit à la pratique religieuse sont des droits inviolables.

Pour autant, en vertu de l'article 1^{er} al. 3 LF, un certain nombre de garanties constitutionnelles, individuelles comme institutionnelles, s'appliquent à l'ensemble des institutions du pays, fédérales comme fédérées ; garanties qui ont, tout comme la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, un pouvoir homogénéisateur certain.

Ainsi, le droit allemand présente une irrémédiable spécificité : la neutralité, déjà aux prises avec l'architecture constitutionnelle des droits fondamentaux, ne saurait être étudiée sans qu'il soit fait mention de la double fonction de ces derniers : à la fois protectrice – au regard, notamment, de la liberté de religion – et structurelle – en lien,

⁴⁵⁹ L'art. 71 LF dispose que « *dans le domaine de la compétence législative exclusive de la Fédération, les Länder n'ont le pouvoir de légiférer que si une loi fédérale les y autorise expressément et dans la mesure prévue par cette loi* ». L'art. 73 LF énumère quant à lui les objets de la compétence législative exclusive.

⁴⁶⁰ A ce sujet, v. F. HUFEN, « Das Anbringen von Kruzifixen in staatlichen Pflichtschulen als Verstoß gegen Artikel 41 GG », *JuS*, 1996, pp. 258-261 ; N. TIETZE, « La croix, le foulard et l'identité allemande », *Critique internationale*, n° 7, avril 2000.

cette fois, avec le respect des compétences fédérées⁴⁶¹, comme en atteste la célèbre décision relative à la présence de crucifix dans les salles de classe rendue le 16 mai 1995 par la Cour constitutionnelle allemande⁴⁶².

Aujourd'hui, quelles que soient les différences qui le distinguent du droit français, le système mis en place par le droit allemand, efficace pour certains, « boîteux » pour d'autres (on retrouve l'expression « *hinkende Trennung* »)⁴⁶³, a quoi qu'il en soit connu récemment certaines mutations. La viabilité d'une réponse articulée pour l'essentiel autour d'un socle solide de droits fondamentaux a semblé récemment mise à mal, dans une société allemande de plus en plus multiculturelle, et qui compte aujourd'hui environ 4,5 millions de musulmans, en grande majorité d'origine turque. Pourtant alliée de la Chancelière Angela Merkel au sein d'une coalition alliant conservateurs et sociaux-démocrates, la CDU/CSU s'est en effet montrée extrêmement critique à l'égard de la politique menée depuis 2015 à l'égard des réfugiés. A une époque où le législateur, fédéré notamment, a à cœur d'encadrer plus strictement la liberté de religion, les enjeux sont multiples.

Si cette problématique est susceptible de concerner le service public de la justice en tant qu'ensemble de juridictions, c'est essentiellement à la justice en tant qu'institution que nous nous intéresserons ici. Il conviendra ainsi de s'intéresser non seulement aux **lieux de justice**, c'est-à-dire aux bâtiments (**Section I**), mais également aux **femmes et hommes de justice**, qu'il s'agisse des agents ou des justiciables (**Section II**).

Section I- Principe de neutralité et lieux de justice

Les bâtiments du service public de la justice relèvent traditionnellement d'une neutralité variable, en raison des compétences détenues par les *Länder* en ce domaine. De ce point de vue, ce service public ne présente, pour le droit allemand, aucune spécificité particulière au regard des autres services publics, à commencer par celui de l'éducation⁴⁶⁴. Il n'en demeure pas moins que l'on observe une très nette évolution, symptomatique du droit allemand dans sa globalité, qui nous conduit d'un point de départ, très respectueux de la liberté de croyance, dans toutes ces facettes, vers un point d'arrivée, beaucoup plus restrictif à l'égard de cette dernière.

§1- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 17 juillet 1973, « Crucifix dans une salle d'audience »

Observons tout d'abord le point de départ, symbolisé par **une célèbre décision, précisément dénommée « Crucifix dans une salle d'audience », rendue le 17 juillet 1973** par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Se posait alors la question de savoir si la présence de signes religieux au sein des palais de justice était compatible

⁴⁶¹ A ce sujet, v. C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Institut Varenne, 2011.

⁴⁶² BVerfGE 93, p. 1, 16 mai 1995, *Kruzifix*. V. *infra*, p. 212-215.

⁴⁶³ Cette formule, très connue, a été forgée par Ulrich STUTZ au temps de la République de Weimar (v. U. STUTZ, *Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII. Nach den Denkwürdigkeiten des Kardinals Domenico Ferrata. Einzelausgabe*, Berlin, Verlag der Akademie der Wissenschaften, 1926). Elle a par la suite été reprise notamment par Axel VON CAMPENHAUSEN (v. par ex. A. VON CAMPENHAUSEN, *Der heutige Verfassungsstaat und die Religionen*, in *Handbuch des Staatskirchenrechts der BRD*, 2^{ème} éd., Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 73).

⁴⁶⁴ V. *infra*.

avec le principe de neutralité du service public. L'occasion pour les juges de Karlsruhe de juger, il y a près de cinquante ans, que la présence d'un crucifix, « *incarnation symbolique de la foi chrétienne* »⁴⁶⁵, dans la salle d'audience d'un tribunal administratif de Rhénanie du Nord – Westphalie porte atteinte à la liberté de croyance et de conscience, proclamée à l'article 4 al. 1^{er} LF, d'un avocat et de sa cliente, donc, tous deux de confession juive⁴⁶⁶. La Cour fédérale, contrairement à la Cour constitutionnelle bavaroise, juge alors qu'il est porté atteinte à la liberté religieuse négative des minorités qui seraient jugées « sous la croix » (« *unter dem Kreuz* »)⁴⁶⁷. Néanmoins, ce n'est pas la présence d'une croix dans une salle d'audience qui viole en tant que telle et de manière systématique la liberté religieuse négative : « *la seule présence de la croix ne les oblige ni à une identification aux idées portées par elle ni à un quelconque comportement actif* », souligne la Cour⁴⁶⁸. Une telle solution semble fortement discutable, dès lors qu'il semble difficile sinon impossible d'apprécier au cas par cas s'il est porté atteinte à la liberté religieuse négative, et donc au « for intérieur » de chacun ; la Cour fédérale semble d'ailleurs ici plutôt éviter soigneusement un débat fort complexe. Néanmoins, la Cour admet que la liberté négative d'autrui puisse être violée : il est donc nécessaire que ceux qui démontrent qu'ils seraient heurtés dans leurs conceptions, notamment religieuses, puissent se soustraire, d'une manière ou d'une autre, à une audience qui se tiendrait « *sous la croix* » (« *Unter dem Kreuz* »). Ainsi, en l'espèce, le fait qu'aucune alternative n'ait été proposée à l'avocat et à sa cliente, et notamment le fait que le Président du tribunal administratif en question ait formellement refusé de tenir audience dans une salle dénuée de crucifix, pose problème⁴⁶⁹.

En définitive, dans cette décision fort timide, la Cour ne procède pas à une conciliation entre les deux facettes, l'une négative et l'autre positive, de la liberté religieuse ; elle part en effet du principe qu'il n'y a pas de conflit entre la liberté religieuse positive de la majorité et la liberté religieuse négative de la minorité⁴⁷⁰... tout en faisant prévaloir la première sur la seconde. Une telle position, qui repose sur un principe majoritaire qui n'a pas vocation à s'appliquer dans le champ des droits et libertés, a pu surprendre et être critiquée⁴⁷¹. Elle contrevient par ailleurs au principe d'égalité, en privant la minorité de sa liberté religieuse négative, mais également de sa liberté religieuse positive, à moins d'apposer dans les salles d'audience les symboles caractérisant l'ensemble des religions présentes au sein de la société allemande, ce qui relève bien évidemment de l'utopie.

⁴⁶⁵ Dans cette décision, la Cour constitutionnelle refuse de considérer le crucifix comme un simple symbole culturel et traditionnel : il s'agit bel et bien d'un symbole chrétien à part entière (BVerfGE 93, p. 1 [§§ 19 s.], *Kruzifix*, déc. préc. ; v. également BVerfGE 108, p. 282, *Kopftuch*, déc. préc.).

⁴⁶⁶ BVerfGE 35, p. 366, 17 juillet 1973, *Kreuz im Gerichtssaal*.

⁴⁶⁷ Cette même formule sera reprise dans la décision de 1995 relative aux crucifix dans les salles de classe (BVerfGE 93, p. 1, *Kruzifix*, déc. préc.).

⁴⁶⁸ BVerfGE 35, p. 366 [§ 375], déc. préc.

⁴⁶⁹ « *Die Weigerung des Verwaltungsgerichts, eine mündliche Verhandlung in einem Gerichtssaal ohne Kreuz durchzuführen, verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG* » (BVerfGE 35, p. 366 [§ 373], déc. préc.).

⁴⁷⁰ BVerfGE 35, 366 [§ 376], déc. préc. (« *Das in ihm verkörperte Freiheitsrecht, von staatlichen Zwängen in weltanschaulich-religiösen Fragen unbehelligt zu bleiben, kann einen Minderheitenschutz selbst vor verhältnismäßig geringfügigen Beeinträchtigungen jedenfalls dort rechtfertigen, wo - wie im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit - die Inanspruchnahme dieses Schutzes nicht mit Rechten einer Bevölkerungsmehrheit zur Ausübung ihrer Glaubensfreiheit kollidiert* »).

⁴⁷¹ Pour un point de vue très critique à ce sujet, v. G. CZERMAK, « *Der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung* », *NJW*, 1995, pp. 3348-3353, spéc. p. 3352.

§2- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 mai 1995 relative au crucifix

Ce débat a par la suite été relancé concernant la présence de crucifix dans les salles de classe avec, en toile de fond, la structure fédérale de l'Allemagne. Un exemple, emprunté non pas au champ de la justice mais de l'éducation, tout à la fois proche et lointain, et dans lequel la Cour de Karlsruhe se prononce pour la première fois peut ici être cité en guise d'illustration⁴⁷². L'Allemagne a connu, au milieu des années 1990, une querelle centrale, articulée autour de la présence de crucifix dans les salles de classe. Dans une décision emblématique, rendue le 16 mai 1995⁴⁷³, les juges de Karlsruhe sont venus rompre avec leur ligne jurisprudentielle antérieure.

Les juges constitutionnels fédéraux étaient amenés à se prononcer sur la conformité à la Loi fondamentale d'un règlement bavarois relatif aux écoles primaires, lequel enjoignait aux écoles publiques d'orner les murs des salles de classe d'un crucifix. Ils se sont alors trouvés face à un dilemme entre, d'un côté, les libertés de croyance et de conscience de l'individu⁴⁷⁴ et, de l'autre, l'autonomie constitutionnelle et culturelle de la Bavière⁴⁷⁵. Et ils ont – en apparence du moins – tranché : le crucifix représente certes un symbole culturel fondamental au sein d'un environnement scolaire marqué par la chrétienté, mais il revêt également, et surtout, un caractère confessionnel, dès lors qu'il incarne le signe distinctif d'une religion spécifique qu'il est impossible d'imposer à tous⁴⁷⁶. Partant, « *l'apprentissage sous la croix* » constitue une contrainte psychique insupportable qui porte atteinte, d'une part, à la liberté de conscience et de religion envisagée sous un angle négatif et, d'autre part, au principe de neutralité de l'Etat⁴⁷⁷. En statuant de la sorte, la Cour fédérale vient établir un nouveau standard, strict au regard de sa jurisprudence antérieure mais en définitive relativement souple⁴⁷⁸ : en cas d'opposition parentale au symbole de la croix, tout crucifix peut être retiré d'une salle de classe sur demande individuelle.

⁴⁷² Il est ici à noter que le service public de l'éducation renvoie, en Allemagne, à un champ de compétence exclusive pour les *Länder*, et donc à de fortes disparités d'un *Land* à l'autre. C'est aujourd'hui le fameux « compromis scolaire » (« *Schulkompromiss* ») de la République de Weimar, qui a été repris par la Loi fondamentale et par la Cour de Karlsruhe, qui régit aujourd'hui le droit scolaire allemand. L'art. 7 de la Loi fondamentale se contente de fixer des lignes de conduite au législateur fédéré, qui demeure toutefois extrêmement libre dans l'organisation du champ scolaire. La neutralité scolaire est ainsi essentiellement perçue comme « une neutralité ouverte ».

⁴⁷³ BVerfGE 93, p. 1, 16 mai 1995, *Kruzifix*, JZ, 1995, pp. 942-949. A propos de cette décision, v. entre autres M. FROMONT, O. JOUANJAN, chron. *AJJC*, vol. XI, 1995, p. 963 ; G. CZERMAK, « Der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung », *NJW*, 1995, pp. 3348-3353 ; C. LINK, « Stat Crux ? Die Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », *NJW*, 1995, pp. 3353-3357 ; R. PUZA, « La Cour constitutionnelle, la Bavière et le crucifix dans les écoles », *RDC*, 1995, vol. 45, pp. 373-379. V. également l'entretien avec l'ancien Président de la Cour de Karlsruhe, Ernst BENDA, in *ZRP*, 1995, p. 427 s.

⁴⁷⁴ En l'espèce, les requérants, un couple et leurs enfants, adhérents de l'anthroposophie de Rudolf STEINER, considéraient que la présence d'un crucifix dans une salle de classe constituait une violation de leurs droits fondamentaux, et plus précisément de leur liberté de croyance et de conscience ainsi que de leur liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques particulières à leurs enfants ; deux libertés garanties par l'art. 4 al. 1 LF.

⁴⁷⁵ On soulignera ici qu'historiquement, l'apposition de crucifix dans les salles de classe jouit d'une légitimité particulière, en raison du fait notamment qu'elle a été – et est encore en partie – considérée sinon comme une victoire du moins une forme d'opposition au totalitarisme nazi. V. en ce sens l'opinion dissidente des juges SEIDL, SÖLLNER et HASS sous la décision de 1995 (BVerfGE 93, p. 1, préc.).

⁴⁷⁶ V. en comparaison la question de la prière à l'école, laquelle, bien plus que la croix, contraint les élèves non chrétiens à un comportement actif pour s'y soustraire, soit en restant assis, soit en quittant la classe. (v. BVerfGE 41, p. 29, 17 déc. 1975, *Simultanschule* ; 41, p. 65, 17 déc. 1975, *Gemeinsame Schule*).

⁴⁷⁷ V. J. ZIEGLER, « L'égalité de tous versus l'individualité de chacun : le principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat et la polémique du voile à l'école publique en France et en Allemagne », in C. DEMESMAY, H. STARK (éd.), *Radioscopies de l'Allemagne 2007*, Paris, IFRI, 2007, pp. 243-262.

⁴⁷⁸ V. à ce sujet M. FROMONT, « Chronique étrangère, RFA : la jurisprudence constitutionnelle en 1996 et 1997 », *RDP*, 1999, n° 2, p. 512.

C'était toutefois sans compter sur la défense acharnée, par la Bavière, de son identité, tout à la fois religieuse et constitutionnelle⁴⁷⁹. Le législateur bavarois a en effet très vite répliqué, en adoptant un nouveau texte, le 23 décembre 1995. Utilisant au maximum les ouvertures et les incertitudes laissées par la décision de la Cour fédérale⁴⁸⁰, le *Land* du Sud de l'Allemagne avait alors modifié sa loi relative au système d'éducation et d'enseignement⁴⁸¹ : un 3^{ème} alinéa avait été introduit dans l'article 7 de la loi bavaroise relative à l'éducation et à l'enseignement⁴⁸². Tout en confirmant la présence de crucifix dans les salles de classe au motif que ceux-ci caractérisent « l'histoire et la culture propre de la Bavière », le législateur bavarois s'était alors contenté d'ajouter discrètement une précision : dès lors que la présence d'un tel symbole vient à compromettre sérieusement la liberté de conscience d'un enfant, il revient au directeur de l'établissement de trouver « une solution à l'amiable »⁴⁸³. S'il s'avère en revanche qu'il est impossible de parvenir à un tel accord, ce dernier sera amené à prendre une décision au cas par cas, satisfaisant à la fois la liberté de conscience de l'intéressé et les valeurs religieuses de l'établissement scolaire.

Mais cette querelle ne s'est pas arrêtée là. En 1997, une action populaire (*Popularklage*)⁴⁸⁴ a été introduite à l'encontre de cette dernière précision relative au rôle du directeur d'école⁴⁸⁵. Selon les requérants, cette disposition constituait une violation de leur liberté religieuse ainsi que du principe d'égalité devant la loi⁴⁸⁶. Ils affirmaient que la croix représentait un symbole avant tout confessionnel et non uniquement culturel (« Kultursymbol ») ou « étatique » (« staatliches Symbol »). Ils arguaient également de la violation par ladite loi de la décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale deux années auparavant. La juridiction bavaroise a toutefois, par une décision très explicite, rejeté les requêtes : le *Land* est en effet en mesure, en vertu de son pouvoir d'organisation du système scolaire⁴⁸⁷, de prévoir la décoration des

⁴⁷⁹ Comme le souligne Nikola TIETZE, « l'objectif n'est pas ici de refléter une réalité sociale, il est d'inventer des populations régionales homogènes selon des critères chrétiens ; et par là de s'opposer au [« patriotisme culturel »] tout en refusant la diversification de la société allemande ». Le religieux sert alors à « imaginer des communautés régionales homogènes qui subsument le pluralisme d'une société individualisée, et en cela devient un moyen de refuser l'hétérogénéité comme un caractère inhérent de l'espace public » (« La croix, le foulard et l'identité allemande », *Critique internationale*, 2000, n° 7, pp. 84, 86, souligné par nous).

⁴⁸⁰ Rappelons que l'art. 31 al. 1 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (LCCF) prévoit que les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale lient les organes constitutionnels, et donc naturellement le législateur non seulement du *Bund* mais aussi des *Länder*. Cette autorité n'interdit toutefois au législateur fédéré que d'adopter un nouveau texte qui porte sur le même objet : rien n'empêchait donc en l'espèce le *Land* de la Bavière d'adopter une nouvelle loi. A ce propos, v. notamment G. C. BILETZKI, « Das Kreuz im Klassenzimmer. Zur bundesverfassungsrechtlichen Zulässigkeit des neuen Art. 7 III BayEUG », *NJW*, 1996, n° 40, pp. 2633-2635.

⁴⁸¹ *GVBl.*, p. 850.

⁴⁸² *Bayerische Erziehungs- und Unterrichtsgesetz* (BayEUG), *GVBl.*, p. 689.

⁴⁸³ V. respectivement les 1^{ère} et 3^{ème} phrases de ce 3^{ème} alinéa.

⁴⁸⁴ La procédure d'action populaire possède un champ d'application très large et permet à tout habitant de la Bavière de saisir la juridiction constitutionnelle du *Land* d'un recours dirigé contre tout acte pris par la puissance publique du *Land*.

⁴⁸⁵ V. al. 3 ph. 3 précité. V. BayVerfGH, 1^{er} août 1997, *DöV*, 1998, pp. 107 s. A ce sujet, v. G. CZERMAK, art. préc., pp. 107-114.

⁴⁸⁶ Les requérants invoquaient notamment l'art. 107 al. 1 C., en vertu duquel « la liberté de croyance et de conscience est garantie », l'art. 107 al. 5, qui protège la liberté de conscience, et enfin les articles 118 (principe d'égalité devant la loi) et 131 al. 2 de la Constitution du *Land* – ce dernier détaillant « les buts suprêmes de l'éducation », lesquels consistent notamment « dans le respect envers Dieu, dans le respect des convictions religieuses et de la dignité humaine [...] ». Les requérants arguaient parallèlement de la violation de l'art. 126 al. 1 C., selon lequel « les parents ont le droit naturel et le devoir suprême d'élever leurs enfants à des valeurs physiques, intellectuelles et morales [...] ». Ils considéraient enfin que l'art. 31 LF, en vertu duquel le droit fédéral prime le droit de *Land*, avait été violé. De manière générale, ils soutenaient que les compétences des *Länder* détenues au titre de leur « souveraineté en matière scolaire » (*Schulhoheit*) ne les autorisaient pas à passer outre les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale.

⁴⁸⁷ V. art. 130 C. bavaroise (*Schulaufsicht*).

salles de classe. La jurisprudence fédérale ne lui impose qu'une seule contrainte précise : trouver, le cas échéant, « un équilibre aménagé » (« *einen schonenden Ausgleich* ») entre les intérêts, éventuellement conflictuels, de ceux qui rejettent et de ceux qui acceptent la présence d'un crucifix⁴⁸⁸. Or, le simple fait que le législateur ait inséré dans la nouvelle loi « une solution de conflit » (« *Konfliktlösung* ») suffit à la rendre conforme à la Constitution bavaroise : le législateur a ainsi trouvé « *un compromis acceptable parmi d'autres* ».

Ce dialogue des juges, même s'il ne concerne pas le service public de la justice en tant que tel, est riche d'enseignements. Qu'affirment ici les juges fédérés si ce n'est que la Bavière tient à préserver sa « souveraineté » culturelle et religieuse, issue d'une histoire particulière ? En définitive, la solution dégagée par les juges constitutionnels bavarois s'inscrit bel et bien dans une volonté de démarcation vis-à-vis de la jurisprudence fédérale ; or, cet état des lieux prévaut également concernant la présence de symboles religieux au sein des institutions judiciaires⁴⁸⁹. On retrouve en effet ici une tension permanente : d'un côté, la Cour constitutionnelle fédérale a vocation à protéger les droits fondamentaux de la manière la plus efficace et la plus homogène qui soit ; de l'autre, les *Länder* cherchent à défendre ce qu'il leur reste d'autonomie. Quoi qu'il en soit, si les législations des *Länder* doivent toutefois respecter un certain nombre de principes inscrits dans la Loi fondamentale, en particulier l'égalité devant la loi et l'interdiction de discrimination (art. 3), la liberté religieuse (art. 4), ou encore l'égalité des citoyens dans l'accès à la fonction publique (art. 33), bien loin de la stricte application, dans le cadre unitaire français, des règles constitutionnelles afférentes à la laïcité, les *Länder* allemands sont pleinement autorisés à appliquer, chacun à leur manière, les marges de manœuvre que leur laisse la Cour constitutionnelle fédérale.

La problématique se présente sous un jour relativement similaire lorsqu'il s'agit de s'interroger sur les contours du principe de neutralité aux lieux de justice. Ainsi, la Bavière, *Land* catholique entouré d'entités protestantes, traditionnellement très conservateur – sans aucun doute le plus emblématique de tous – autorise, et depuis longtemps, la suspension de crucifix tant dans les salles de classe que dans les hôpitaux ou encore dans les tribunaux. Plus encore, désireux d'aller plus loin, ce *Land* a décidé, au mois d'avril 2018, non plus seulement d'autoriser, mais *d'imposer* des crucifix dans les halls d'entrée de l'ensemble de ses bâtiments publics, en signe de reconnaissance de son « identité » et des « racines chrétiennes de la Bavière ». Installer des crucifix n'est pas promouvoir « *un signe religieux* », c'est « *reconnaître une identité* » et « *l'expression d'une empreinte historique et culturelle* », déclarait l'an dernier le ministre-président de Bavière, Markus Söder (CSU). Une décision qui a toutefois fait polémique, tout à la fois au sein de l'opinion publique et parmi les membres de l'Eglise : le Cardinal Reinhard Marx, archevêque de Munich, voyait dans cette opération « *un risque de division de la société* ». Si cette réforme législative a pu aisément être rattachée à une manœuvre d'inspiration populiste en vue de marquer des points dans la perspective des élections

⁴⁸⁸ La juridiction bavaroise rappelle que l'art. 31 al. 1 LCCF ne se limite qu'au dispositif et aux « motifs déterminants » des décisions rendues par la Cour constitutionnelle fédérale. Or, le « motif déterminant » de la décision de 1995 était en substance le suivant : les personnes refusant la présence d'un crucifix doivent disposer d'une « solution alternative » (« *Ausweichmöglichkeit* »), afin que ne soient pas violées leurs libertés issues de l'art. 4 al. 1 LF. A ce sujet, v. P. BADURA, « Das Kreuz im Schulzimmer. Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5.1995 », *BayVBl*, 1996, p. 38 ; S. DETTERBECK, « Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern ? Zur prozessualen Bedeutung der Kruzifix-Entscheidung vom 16.5.1995 und zur Deutung von § 31 Abs. 1 BVerfGG », *NJW*, 1996, n° 7, p. 432.

⁴⁸⁹ V. *infra*.

régionales prévues à l'automne 2018, celle-ci atteste qu'un nouveau cap a été franchi. Les dirigeants bavarois ont toutefois rapidement indiqué qu'ils n'effectueraient aucun contrôle pour s'assurer de la mise en place des dits crucifix, ce qui laisse supposer que l'ornement des bâtiments publics ne se ferait que sur la base du volontariat. Une manière de nuancer rapidement et sans bruit une réforme fortement contestée et sans aucun doute fort bien inutile.

En résumé, donc, aujourd'hui, les symboles religieux ne sont pas interdits dans les lieux de justice. Il importe seulement qu'ils soient ôtés si une partie à un procès en fait la demande, le tout sous le contrôle étroit des présidents de juridictions. On peut toutefois constater, dans les faits, que le nombre de juridictions arborant dans ses salles d'audience des signes religieux – exclusivement des crucifix – est allé en diminuant ces dernières années, mis à part le cas de la Bavière, qui a plutôt connu la tendance inverse⁴⁹⁰.

Si le service public de la justice ne se distingue pas fondamentalement, en Allemagne, des autres services publics en ce qui concerne la présence de symboles religieux au sein des locaux, il s'en éloigne néanmoins dès lors que l'on envisage, cette fois, les acteurs de la justice.

Section II- Principe de neutralité et femmes et hommes de justice

En Allemagne comme ailleurs, le service public de la justice se distingue des autres services publics par la diversité des acteurs qui s'y croisent : tous ne sont pas des professionnels – citons simplement le cas des juges non professionnels, ou encore des témoins – et, parmi les professionnels, tous ne sont pas agents publics. Toutes ces personnes ne sont donc pas soumises aux mêmes règles. Dans tous les cas, concernant l'application du principe de neutralité aux différentes professions œuvrant dans ou autour du service public de la justice, le droit allemand se caractérise, ou plus exactement s'est longtemps caractérisé par la très large place accordée à la liberté de croyance et de religion. Nous verrons que de récentes évolutions, indissociables d'un contexte politique ambiant très complexe et très tendu, tendent à remettre en cause cet édifice construit au fil des ans.

On pourra ici évoquer tour à tour le cas des acteurs de l'institution judiciaire, qu'il s'agisse des juges (*Richter*), des avocats (*Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen*) (§1), avant d'envisager, dans un contexte bien différent, celui des justiciables (§2).

§1- Le principe de neutralité et les acteurs de l'institution judiciaire

Parmi les acteurs de la justice, il conviendra ici de distinguer les juges (A) des avocats (B).

A- Les juges

Alors que le « modèle » français repose sur une neutralité stricte de l'Etat, qui lui interdit toute immixtion dans la sphère religieuse, l'Allemagne fonctionne, comme nous

⁴⁹⁰ V. *infra*.

l'avons vu⁴⁹¹, sur le modèle d'une neutralité très souple⁴⁹², qui interdit non pas l'intervention de l'Etat dans la sphère religieuse, mais qui est réputée garantir avant tout la liberté religieuse et prohiber les actions discriminatoires. Dans quelle mesure les juges bénéficient-ils de cette « souplesse » permise par le droit allemand ?

Les juges en Allemagne étant, du moins en partie, des fonctionnaires, il importe de brosser à grands traits, dans un premier temps, les contours du principe de neutralité tels qu'il leur est appliqué (1), avant d'orienter notre regard vers les juges (2) puis vers les juristes stagiaires (3).

1- Propos généraux relatifs aux fonctionnaires

a- Le statut ambigu des fonctionnaires au regard de la liberté religieuse

D'un côté, **le droit allemand, comme le droit français, accorde un certain nombre de garanties aux fonctionnaires afin de les protéger de toute discrimination qui serait fondée sur des considérations religieuses.** La liberté religieuse, garantie par l'article 4 LF, vaut en principe également pour les fonctionnaires, qui sont titulaires de droits fondamentaux (*Grundrechtsträger*)⁴⁹³. La thèse ancienne en vertu de laquelle ces derniers ne jouiraient pas des droits fondamentaux dans le cadre de leurs fonctions est en effet aujourd'hui caduque⁴⁹⁴. De plus, dans la veine de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 en France, l'article 33 al. 3 LF précise que l'accès à la fonction publique doit être garanti sans considération d'une quelconque conviction religieuse, et insiste sur le fait que personne ne doit subir un désavantage en raison de son appartenance ou de sa non-appartenance à une confession, qu'il s'agisse d'ailleurs de protéger le *forum internum* ou le *forum externum* de l'individu. Partant, cette disposition prohibe formellement de restreindre l'accès à la fonction publique pour des raisons qui touchent à la liberté de conscience et de religion⁴⁹⁵. Cette interdiction découle par ailleurs également, selon une grande partie de la doctrine, de l'article 140 LF, qui rend applicable l'article 136 al. 2 de la Constitution de Weimar, lequel garantit lui-même expressément l'accès à la fonction publique indépendamment de toute croyance religieuse⁴⁹⁶. Du point de vue de sa religion, le fonctionnaire a donc tendance, en droit allemand, à être perçu comme un individu lambda, ou presque, une telle conception étant rendue possible par une distinction beaucoup plus nette qu'en droit français entre la personne et l'agent⁴⁹⁷.

Pour autant, cette position a pu être relativisée ou critiquée. Ainsi, pour les juges dissidents (trois sur huit) de la Cour constitutionnelle allemande, dans le cadre de l'arrêt « Foulard » (« *Kopftuch* ») de 2003, **la protection des droits et libertés des fonctionnaires ne saurait, au regard de leur fonction, être similaire à celle du**

⁴⁹¹ V. *supra*.

⁴⁹² En ce sens, v. J. RUX, « Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule », *Der Staat*, 1996, vol. 35, p. 529 ; C. STARCK, « Staat und Religion », *Juristenzeitung*, 2000, p. 6.

⁴⁹³ V. la position de la Cour européenne des droits de l'Homme à ce sujet, maintes fois réitérée, et not. CourEDH 28 août 1986, *Glaserapp* ; CourEDH, 26 sept. 1995, *Vogt c. Allemagne*.

⁴⁹⁴ [BVerfGE, 33, p. 1](#), 14 mars 1972, *Strafgefangene* ; [BVerfGE 108, p. 282](#), 24 sept. 2003, *Kopftuch*.

⁴⁹⁵ [BVerfGE, 79, p. 69](#) [§ 75], 25 octobre 1988, *Eidespflicht* ; [BVerfGE 108, p. 282](#), 24 sept. 2003, *Kopftuch*, préc.

⁴⁹⁶ V. par ex. S. MUCKEL, « Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch ? », in : *Festschrift für Christoph Link*, Mohr Siebeck, 2003, p. 333.

⁴⁹⁷ En ce sens, v. par ex. H. RABAULT, « Le droit des enseignants à arborer le foulard », *RFDC*, 2015, p. 735.

citoyen lambda⁴⁹⁸. Les fonctionnaires agissent en effet en tant que mandataires de l'Etat et sous la responsabilité de celui-ci⁴⁹⁹. Leurs droits et libertés fondamentaux doivent donc être cantonnés à une étendue moindre que ceux des citoyens « classiques », cette étendue devant par ailleurs être déterminée par les besoins et les contraintes du service public. Un tel positionnement est d'ailleurs confirmé par l'article 33 de la loi régissant le statut des fonctionnaires dans les *Länder*⁵⁰⁰ : rappelant les devoirs fondamentaux des fonctionnaires, le texte rappelle qu'ils « *servent le peuple tout entier, et non pas un parti* »⁵⁰¹. Partant, selon cette autre conception, si les fonctionnaires sont avant tout des citoyens, et s'ils doivent à ce titre jouir des mêmes libertés que tout autre de leurs semblables, ils se trouvent en même temps incontestablement dans une situation particulière dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions.

Bien que distinctes, ces deux conceptions ne sont pas absolument incompatibles. La liberté de croyance figure parmi les droits et libertés qui ne sont assortis, selon la Loi fondamentale, d'aucune possibilité expresse de limite législative. Elle ne revêt pas pour autant des contours absolus, comme le souligne la majorité des juges constitutionnels dans la décision « *Kopftuch* », et continue de pouvoir être restreinte si la protection d'autres valeurs constitutionnelles (*Verfassungsgütern*) l'exige⁵⁰². Cette liberté pourra alors être limitée soit par le principe de neutralité religieuse de l'Etat, soit par les droits fondamentaux des usagers du service public ou des justiciables. Ainsi, si la liberté de religion n'est pas restreinte en ce qui concerne le cercle de ses bénéficiaires, elle est en revanche encadrée en ce qui concerne ses manifestations. Pour le reste, afin de déterminer si la liberté de religion peut être restreinte, et pour se pencher sur la constitutionnalité d'une restriction en particulier, le juge allemand procédera, classiquement, à un contrôle visant à déterminer le caractère nécessaire et proportionné de cette atteinte portée à une liberté. Dans le cadre de cette « pesée », une atteinte au « *forum externum* » pourra alors, classiquement là encore, se justifier plus facilement qu'une atteinte au « *forum internum* ».

Pour le reste, le droit de *Land* se montre parfois plus précis et plus strict. Ainsi, dans le *Land* de Berlin, une loi de 2005 interdit aux fonctionnaires et aux employés travaillant dans les secteurs de la police, de la justice et des institutions pénitentiaires de porter un signe religieux ou un vêtement à connotation religieuse. Dans le *Land* de Hesse, marqué par une forte tradition chrétienne et humaniste, le législateur a adopté un texte, en 2014, qui formule explicitement l'obligation pour les fonctionnaires de rester neutres dans le cadre de leur service, et a interdit explicitement le port ou l'utilisation de vêtements, symboles ou autres signes et de nature à altérer la confiance que les usagers peuvent

⁴⁹⁸ V. l'opinion dissidente des juges JENTSCH, DI FABIO et MELLINGHOFF, afférent à la décision du 24 sept. 2003 ([BVerfGE 108, p. 282](#), *Koptuch*, déc. préc., trad. : [site du Conseil constitutionnel](#)). Il importe toutefois de souligner que cette position a été très fortement critiquée au sein de la doctrine (v. not. S. BAER, M. WRASE, « Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG », *Juristische Schulung*, 2003, p. 1164).

⁴⁹⁹ V. l'opinion dissidente des juges JENTSCH, DI FABIO et MELLINGHOFF, préc.

⁵⁰⁰ *Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz)*.

⁵⁰¹ « (1) *Beamtinnen und Beamte dienen dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Sie haben ihre Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und ihr Amt zum Wohl der Allgemeinheit zu führen. Beamtinnen und Beamte müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.*

(2) *Beamtinnen und Beamte haben bei politischer Betätigung diejenige Mässigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus ihrer Stellung gegenüber der Allgemeinheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten ihres Amtes ergibt* » (art. 33 de la *Beamtenstatusgesetz*).

⁵⁰² V. [BVerfGE 32, p. 98](#) [§ 108], 19 oct. 1971, *Gesundbeter* ; [BVerfGE 93, p. 1](#) [§ 21], 16 mai 1995, *Kruzifix*, déc. préc.

avoir dans un Etat et un service public réputés neutres ou de porter atteinte à la paix politique, religieuse ou philosophique⁵⁰³.

b- Le cas particulier du port, par les enseignant.e.s, de symboles vestimentaires à connotation religieuse : les décisions de 2003 et 2015

Tout est donc affaire d'équilibre et de conciliation. En atteste notamment la décision de la Cour constitutionnelle allemande, prononcée le 27 janvier 2015⁵⁰⁴, mais rendue publique presque deux mois plus tard, venue poser dans le champ scolaire un principe clair : une interdiction générale du port du foulard par les enseignantes des écoles publiques est désormais contraire à la Loi fondamentale, « *sauf si elle constitue un danger suffisamment concret pour la neutralité de l'État ou la paix scolaire* »⁵⁰⁵. Les juges avaient, à l'époque, été saisis du cas de deux enseignantes musulmanes de nationalité allemande, exerçant toutes deux en Rhénanie du Nord-Westphalie. La première avait reçu un avertissement de la part de la direction de son établissement scolaire, après s'être présentée en cours portant « *un béret rose avec des bords sur les côtés en tricot et un pull col roulé pour couvrir son cou* ». La seconde, chargée d'enseigner le turc dans plusieurs établissements scolaires, avait été renvoyée par l'administration du *Land* car elle refusait de retirer son voile. La Cour constitutionnelle allemande ayant rendu, à cette occasion, une décision surprenante au regard de sa jurisprudence antérieure, un petit détour par la décision, précédente, de 2003, s'impose donc.

La décision de 2003.- La question du port du foulard par des enseignantes a été longuement commentée et critiquée⁵⁰⁶, avant et après que la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est prononcée à ce sujet dans une célèbre décision *Kopftuch Ludin*⁵⁰⁷. Rendu, le 24 septembre 2003, un arrêt très timide, les juges de Karlsruhe

⁵⁰³ L'art. 45 de la loi du *Land* de Hesse sur les fonctionnaires (*Hessisches Beamtengesetz*), intitulé « Devoir de neutralité » (« *Neutralitätspflicht* ») est ainsi rédigé : « *1* *Beamtinnen und Beamte haben sich im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. 2* *Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. 3* *Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen* ».

⁵⁰⁴ BVerfG, 27 janvier 2015, [1 BvR 471/10](#) ; [1 BvR 1181/10](#). V. [communiqué de presse](#) du 13 mars 2015 (en allemand). A ce sujet, v. S. AMIR-MOAZAMI, « [Production discursive et fabrication juridique : le foulard de l'enseignante en Allemagne](#) », *Droit et société*, 2008/1, n° 68, pp. 109-126 ; J.-P. DEROSIER, « [La Cour constitutionnelle allemande et le port du voile, commentaire de l'arrêt du 24 septembre 2003](#) », *RFDC*, 2004/2, n° 58, pp. 439-447 ; J. HABERMAS, « [De la tolérance religieuse aux droits culturels](#) », *Cités*, 2003/1, n° 13, pp. 151-170 ; H.-M. HEINIG, « [Kurswechsel in der Kopftuchfrage : nachvollziehbar, aber mit negativen Folgewirkungen](#) », *Verfassungsblog*, 13 mars 2015 ; P. MOUGEOLLE, « L'autorisation du port du voile islamique par la Cour constitutionnelle allemande », Blog du Master bilingue Droit français/droits Etrangers (MBDE), Université de Nanterre, 19 juin 2015, [en ligne](#) ; K. NIENIETD, « [Les relations Eglises / Etat en Allemagne. Une séparation "boîteuse"](#) », *Etudes*, 2008/11, Tome 409, pp. 441-451 ; T. RAMBAUD, « [La séparation des Eglises et de l'Etat en Allemagne et en France : regards croisés](#) », *Société, droit et religion*, 2012/1, n° 2, pp. 113-141 ; N. TIETZE, « [La croix, le foulard et l'identité allemande](#) », *Critique internationale*, avril 2000.

⁵⁰⁵ Alors que la Cour était, en 2003 ([BVerfGE 108, 282](#) [§ 301], 24 sept. 2003, *Kopftuch*, préc.), demeurée extrêmement prudente, elle affirme, en 2015, très explicitement : sauf s'il constitue « *un danger suffisamment concret* » pour la neutralité de l'Etat ou pour « *la paix scolaire* », il n'y a pas de raison d'interdire aux enseignantes musulmanes de porter un foulard. Une interprétation, donc, très extensive, de l'article 4 LF (alors qu'en 2003, la Cour s'était contentée de juger que cette question ressortait de la compétence législative des *Länder*, le voile n'étant donc autorisé que si la législation du *Land* ne l'interdisait pas expressément).

⁵⁰⁶ V. S. BELTRAME, « La liberté religieuse en Allemagne : permanence et évolution », *RDC*, 2000, vol. 50, n° 1, pp. 13-23 ; R. PURA, T. JUNG, « La Cour constitutionnelle, la Bavière et le crucifix dans les écoles », *RDC*, 1995, vol. 45, n° 2, pp. 373-379.

⁵⁰⁷ BVerfGE 108, p. 282 [§ 301], 24 sept. 2003, *Kopftuch*, déc. préc. En l'espèce, Fereshta Ludin, une enseignante d'origine afghane et de confession musulmane, vivant en Allemagne depuis 1987 et de nationalité allemande depuis 1995, avait demandé à exercer au sein du service de l'enseignement public, ce que l'administration scolaire du *Land*

avaient alors jugé que cette question ressortait de la compétence législative des *Länder* : désormais, le voile n'était donc autorisé que si la législation du *Land* ne l'interdisait pas expressément. Les juges de Karlsruhe avaient en effet motivé leur décision en affirmant que pour prononcer une mesure individuelle interdisant à une enseignante de porter un foulard pendant ses cours, l'administration scolaire devait impérativement se fonder sur une loi en interdisant expressément le port. En d'autres termes, les juges de Karlsruhe avaient alors admis que la liberté de religion de l'enseignant.e puisse être limitée par des « obligations de service », mais elle avait estimé que celles-ci devaient être expressément inscrites dans une loi. Or, en l'espèce une telle loi n'existait pas dans le *Land* concerné. Une solution timide et une occasion manquée, donc, puisque la Cour avait alors refusé de trancher explicitement, jugeant que les conflits susceptibles d'apparaître entre les différentes libertés en présence n'étaient que des « dangers abstraits »⁵⁰⁸ ; une telle incertitude ne permettant pas de justifier une interdiction générale et absolue de porter le foulard en classe, sans un fondement légal suffisant⁵⁰⁹. Or, dans cette décision, c'est précisément ici que le bât blesse : comme le soulignent les trois juges ayant rédigé l'opinion dissidente, la Cour raisonne en termes de droits individuels qu'il faudrait concilier, omettant de prendre suffisamment en compte le statut particulier du fonctionnaire, « *(qui) s'est par un choix individuel et libre, positionné du côté de l'Etat et, ce faisant, ne peut pas invoquer les droits fondamentaux de la même manière qu'un individu qui n'est pas de la sorte 'incorporé' dans l'organisation de l'Etat* »⁵¹⁰. La Cour semble ainsi écarter le principe en vertu duquel l'Etat agit toujours « *au travers de ses agents* »⁵¹¹.

Une décision fort timorée : la Cour reconnaît certes implicitement qu'il ne saurait être porté une atteinte excessive à la liberté religieuse des enseignantes – porter le foulard islamique constitue avant tout une action individuelle d'une personne isolée, titulaire du droit de manifester son appartenance religieuse ; il n'y a donc pas d'identification totale entre le service et la personne ... à condition que l'usager soit en mesure d'établir une telle distinction. Or, c'est ici également que la jurisprudence semble fort hésitante et peu cohérente, au regard de la décision de 1995 relative au crucifix. Il est en effet permis de s'interroger : en quoi l'exposition quotidienne à un signe religieux porté par un enseignant serait moins attentatoire à la liberté de religion négative des

de Bade-Wurtemberg (« *Oberschulamt* ») lui avait refusé au motif, notamment, qu'elle avait à plusieurs reprises refusé d'ôter son voile pendant les cours. Ayant initié une procédure devant les juridictions administratives, au terme de laquelle la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) avait rejeté sa demande par une décision du 4 juillet 2002 (BVerwG, 2 C 21.01, § 13, 4 juillet 2002 ; v. [communiqué de presse](#)). La Cour administrative fédérale avait alors établi un équilibre entre les différents droits en présence. Elle avait ainsi estimé, d'une part, que la liberté de conscience de l'enseignante était limitée par la liberté de ne pas croire des élèves et de leurs parents. Elle avait rappelé, d'autre part, l'importance du droit des parents à éduquer leurs enfants, qu'ils détiennent – concurremment avec les enseignant.e.s et l'Etat – en vertu de l'art. 6 al. 2 LF, et ainsi une seconde limite à ladite liberté de conscience de l'enseignante. Dans le même sens, v. BVerwG, [2 C 45.03](#), 24 juin 2004 (à propos de la loi adoptée par le Bade-Wurtemberg en 2004), ou encore BVerwG [2 B 46.08](#), 16 déc. 2008. L'intéressée avait alors saisi la Cour constitutionnelle fédérale.

⁵⁰⁸ « *Dabei handelt es sich aber lediglich um abstrakte Gefahren* » (BVerfGE 108, p. 282 [303], *Kopftuch*, déc. préc.).

⁵⁰⁹ La Cour se fonde sur la garantie sans limite de la liberté de religion, posée par l'art. 4 al. 2 LF, mais également sur les principes de l'Etat de droit et de l'Etat démocratique. En effet, il est indispensable, en vertu de ces principes et en matière de droits fondamentaux, que ce soit une instance démocratique et non une instance administrative qui décide d'une restriction au libre exercice de l'un de ces droits : « *Le principe de l'Etat de droit et l'exigence démocratique obligent le législateur à arrêter lui-même les règles déterminantes à l'effectivité des droits fondamentaux* ». Partant, « *tant qu'il n'existe pas un fondement légal selon lequel on peut déduire avec suffisamment de précision qu'il existe une obligation de service pesant sur les enseignants en école primaire et secondaire élémentaire leur imposant de renoncer à des caractéristiques de reconnaissance de leur appartenance religieuse dans l'enceinte de l'école et en cours* », le refus d'entrer dans le service de l'enseignement public ne peut être fondé sur le droit en vigueur.

⁵¹⁰ V. l'opinion dissidente des juges JENTSCH, DI FABIO et MELLINGHOFF, préc..

⁵¹¹ « *Der Staat handelt durch (den Beamten)* » (opinion dissidente, préc.).

élèves que le fait d'orner les murs d'une classe de crucifix ? Pour parvenir à une telle conclusion, la Cour se fonde sur la multiplicité des significations du voile, qui ne serait pas, contrairement au crucifix, en lui-même un symbole religieux, mais le deviendrait uniquement en relation avec la personne qui le porte. Même si, en réalité, les deux situations ne sont guère comparables : en ôtant les croix du mur d'une salle de classe, on ne prive personne d'une liberté religieuse garantie par l'article 4 LF, quand les enseignant.e.s sont quant à eux/elles expressément titulaires de cette dernière.

La Cour renvoie donc la balle au législateur, et plus précisément au législateur fédéré⁵¹². Et pour cause : en vertu de la répartition des compétences établie par les articles 70 et s. LF, les *Länder* sont seuls compétents en matière scolaire⁵¹³. Les premières législations sont ainsi apparues vers 2004, au même moment que la loi française sur les signes religieux, et font apparaître des argumentations différentes selon qu'il s'agit de *Länder* du Sud, majoritairement catholiques, ou du Nord. Ainsi le Bade-Wurtemberg⁵¹⁴, la Basse-Saxe⁵¹⁵, la Sarre⁵¹⁶, la Hesse⁵¹⁷, la Bavière⁵¹⁸, Brême⁵¹⁹ et la Rhénanie du Nord-Westphalie⁵²⁰ ont adopté, entre 2004 et 2006, des lois visant à interdire expressément le port du foulard dans les établissements scolaires, et parfois dans les structures liées à la petite enfance. Parmi eux, certains textes, comme le texte bavarois, mentionnent « *les racines chrétiennes et occidentales des valeurs qui doivent être enseignées* » (ce qui, *a priori*, autorise le port, par les enseignants, de signes religieux se rattachant à la religion catholique ou juive⁵²¹)... Mais globalement, la raison de ces interdictions est la même qu'en France : la personne qui enseigne doit être neutre ; par ailleurs, étant donné qu'il est difficile de distinguer la symbolique religieuse de la symbolique culturelle, alors mieux vaut l'interdire. Peut ainsi être citée la loi du Bade-Wurtemberg, qui invoque le devoir de neutralité de l'Etat à l'égard des élèves et de leurs

⁵¹² Partant, dans un domaine où les questions à la fois religieuses et juridiques – qui relèvent traditionnellement de l'autonomie constitutionnelle fédérée – sont souvent instrumentalisées à des fins politiques, la Cour constitutionnelle n'a ainsi fait qu'adopter une position « passive », respectueuse de l'autonomie des *Länder*. Il avait notamment été reproché à la Cour constitutionnelle fédérale d'autoriser l'application hétérogène d'une liberté fondamentale – la liberté de conscience – sur le territoire fédéral, alors même qu'elle-même a rappelé à plusieurs reprises que « *l'unité de la Constitution et l'ensemble de l'ordre axiologique qu'elle protège* » semblent s'opposer à toute application inégale d'un droit fondamental. V. not. [BVerfGE 28, p. 243](#) [§ 261], 26 mai 1970, *Dienstpflichtverweigerung* (« *Objection de conscience* »).

⁵¹³ En Allemagne, la responsabilité de l'organisation et l'administration de l'enseignement sont déterminées par la structure fédérale. La Loi fondamentale prévoit que les droits et les devoirs de l'Etat incombent aux *Länder* dans tous les domaines de l'éducation, sauf lorsqu'elle est intervenue explicitement. Ceci vaut pour l'enseignement primaire, secondaire mais aussi supérieur, ainsi que pour la formation pour adultes et la formation continue. Encore aujourd'hui, les *Länder* assument ainsi l'essentiel des compétences en matière éducative : chaque *Land* définit ses programmes, ses examens, ses frais de scolarité ou encore son calendrier scolaire.

⁵¹⁴ *Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes du 1^{er} avril 2004* ([GBL, p. 178](#)) ; v. not. art. 38. V. également une autre loi, qui s'applique aux professionnels de la petite enfance intervenant dans le cadre des crèches (*Kindergarten*) : *Gesetz zur Änderung des Kindergartengesetzes du 14 fév. 2006* ([GBL, p. 30](#)).

⁵¹⁵ *Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Schulgesetzes und des Niedersächsischen Besoldungsgesetzes du 29 avril 2004* ([Nds. GVBL, pp. 140-142](#)).

⁵¹⁶ *Gesetz Nr. 1555 zur Änderung des Gesetzes zur Ordnung des Schulwesens im Saarland (Schulordnungsgesetz) du 23 juin 2004* ([Amtsbl., p. 1510](#)).

⁵¹⁷ *Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität du 18 oct. 2004* ([GVBL I, p.306](#)).

⁵¹⁸ *Gesetz zur Änderung des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen du 23 nov. 2004* ([GVBL, p. 443](#)) ; v. not. art. 59 al. 2.

⁵¹⁹ *Gesetz zur Änderung des Bremischen Schulgesetzes und des Bremischen Schulverwaltungsgesetzes du 28 juin 2005* ([Brem. GBL, p. 245](#))

⁵²⁰ *Erstes Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen* du 13 juin 2006 ([GVBL, p. 270](#)). V. [Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen \(Schulgesetz NRW – SchulG\)](#) dans sa version actuelle, et notamment son art. 57, en cause dans l'affaire soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle en 2015.

⁵²¹ V. *supra* p. 214 à propos de la récente décision d'imposer, en Bavière, la présence de crucifix dans l'ensemble des bâtiments publics.

parents, ainsi que la nécessité de ne pas troubler « l'ordre scolaire ». A Berlin⁵²², la loi pose une interdiction beaucoup plus générale et absolue, puisqu'elle prévoit que ce sont tous les signes d'appartenance religieuse qui sont interdits dans la fonction publique. En revanche, certains *Länder* de l'est, où vivent très peu de musulmans, n'ont pas adopté de législation spécifique. Ainsi en est-il dans les *Länder* de Hambourg, du Mecklenburg-Vorpommern, de la Saxe, de Saxe-Anhalt et de Thuringe.

La question du port du foulard par les enseignantes avait alors nourri un certain regain d'intérêt à l'égard du droit fédéré. Les juges constitutionnels bavarois, notamment, avaient été amenés à se pencher sur cette question. A l'occasion d'une décision rendue le 15 janvier 2007⁵²³, ils avaient rejeté le recours déposé par une communauté religieuse musulmane, laquelle arguait de l'inconstitutionnalité d'une loi de *Land* interdisant depuis 2005 le port du foulard par les enseignantes des écoles publiques bavaroises⁵²⁴. Les requérants estimaient que ce texte violait non seulement la liberté religieuse, mais également le principe d'égalité, dans la mesure où les religieuses catholiques étaient autorisées à dispenser des cours « *en habit* ». Or, les juges constitutionnels bavarois avaient rejeté leur requête, en se fondant sur deux arguments. D'une part, l'interdiction de porter des symboles et vêtements distinctifs dans le cadre d'une activité d'enseignement ne constitue pas une violation des libertés de conscience et de religion des enseignants⁵²⁵. D'autre part, cette solution ne va pas à l'encontre des droits fondamentaux des parents⁵²⁶ ni de ceux des enfants, et ne constitue pas non plus une violation de la « mission éducative » (*Erziehungsauftrag*) du *Land* relative à la formation et à l'éducation⁵²⁷. Le débat n'était toutefois pas clos, dans la mesure où les juges bavarois avaient simplement confirmé la constitutionnalité de la loi du *Land*, sans pour autant se prononcer explicitement sur la question du foulard. Or, sur ce sujet, la loi bavaroise, comme les autres lois de *Land* similaires, restent vagues, évoquant des « symboles » et des « parties de vêtement » qui peuvent ne pas être compatibles avec les valeurs fondamentales de la Constitution. On observe ainsi une protection potentiellement différenciée des droits fondamentaux, chaque entité fédérée fixant, dès lors qu'elle est compétente, son propre standard de droits fondamentaux... sous réserve d'une intervention du juge constitutionnel fédéral, qui date en l'espèce de 2015.

La décision de 2015.- Alors qu'elle était restée, en 2003, très prudente, la Cour de Karlsruhe est très explicitement revenue sur sa position, dans une décision du 13 mars 2015 : sauf s'il constitue « *un danger suffisamment concret* » pour la neutralité de l'Etat ou pour « *la paix scolaire* », il n'y a pas de raison d'interdire aux enseignantes musulmanes de porter un voile à l'école. Une interprétation nouvelle de l'article 4 LF, au terme duquel « *la liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables* »⁵²⁸.

1. ⁵²² Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin und zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes du 27 janvier 2005 (GVBl., p. 92).

⁵²³ BayVerfGH, 15 janv. 2007, [Islamische Religionsgemeinschaft e.v. in Bayern](#).

⁵²⁴ V. l'art. 59 al. 2 de la loi bavaroise du 23 nov. 2004.

⁵²⁵ V. art. 107 al. 1 et 2 C. bavaroise.

⁵²⁶ V. art. 126 al. 1 C. Bavière.

⁵²⁷ La juridiction constitutionnelle bavaroise a ainsi adopté la même la position que le législateur bavarois : le port de symboles et de vêtements ostensibles particuliers ne doit pas mettre en danger les valeurs fondamentales et les objectifs éducatifs véhiculés par la Constitution du *Land*. Ce résultat découle également du devoir de neutralité que ce dernier se doit de respecter.

⁵²⁸ Trad. : [Bijus](#).

Cette nouvelle décision apparaît, en premier lieu, comme **une décision novatrice et surprenante**⁵²⁹ - si ce n'est qu'elle permet de raccorder la jurisprudence allemande à la position de la Cour européenne des droits de l'Homme⁵³⁰. La Cour estime en effet, dans le dispositif, qu'une interdiction générale des manifestations religieuses dans l'apparence extérieure des enseignants et enseignantes dans les écoles publiques n'est pas compatible avec la liberté de croyance, inscrite à l'article 4 LF. Elle affirme en effet très explicitement : « *La protection de la liberté de croyance et de culte (Grundrecht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit) accorde également aux enseignants au sein des écoles interconfessionnelles publiques et non cultuelles (« öffentliche bekenntnisoffene Gemeinschaftsschule ») la liberté de faire état d'une « autorisation de se couvrir la tête » (« Bedeckungsgebot ») rendue impérative pour des motifs religieux, comme cela peut être le cas du port d'un foulard musulman* ». La Cour poursuit : une interdiction législative fixée par le droit du Land (en l'occurrence, l'art. 57 al. 4 de la loi sur l'école⁵³¹) **fondée sur « son aptitude abstraite à représenter un danger pour la paix scolaire ou pour la neutralité de l'Etat dans une école publique interconfessionnelle » est « disproportionnée », dès lors que « ce comportement peut objectivement être ramené à un principe religieux conçu comme impératif** ». Une « conciliation adéquate » (« angemessener Ausgleich ») des différents droits en lice, à savoir la liberté de conscience des enseignants, d'une part, et la liberté négative des élèves comme des parents, avec en parallèle le droit des parents d'élever leurs enfants selon leur propre conception, « exige une interprétation moins liberticide de la norme d'interdiction » (« erfordert eine einschränkende Auslegung der Verbotsnorm »), laquelle exige au minimum l'existence d'un « danger suffisamment concret » (« eine hinreichend konkrete Gefahr »). Le port du voile par les enseignantes dans les écoles publiques ne saurait donc être interdit que s'il existe « un danger concret » de remise en cause de la neutralité de l'État ou s'il vient perturber le bon fonctionnement d'un établissement, ont estimé les juges de Karlsruhe⁵³².

C'est précisément la législation en question, accordant un traitement de faveur explicite aux « *représentations des valeurs et traditions chrétiennes et occidentales* », qui était en cause dans le cas d'espèce soumis à la Cour constitutionnelle fédérale. En clair, la croix et la kippa étaient autorisées, mais pas le foulard. Or, la Cour considère que la disposition législative en question, qualifiée de « *disposition préférentielle* » (« *Privilegierungsbestimmung* ») introduisait une discrimination – entre ceux qui pouvaient porter une croix et ceux qui arboraient le voile –, laquelle n'était pas conforme à la Loi fondamentale, et notamment au principe d'égalité, inscrit à l'article 3 al. 3 ph. 1 LF et à l'article 33 al. 3 (not. ph. 2) LF, lequel interdit toute discrimination dans l'accès

⁵²⁹ V. les articles d'A. GAILLET et d'H. RABAUD.

⁵³⁰ V. not. CourEDH, 15 fév. 2001, *Dahlab c. Suisse*, AJDA, 2001, n° 5, p. 480, note J.-F. FLAUS.

⁵³¹ « *Les enseignantes et les enseignants ne doivent pas faire état, au sein de l'école, de manifestations politiques, religieuses, idéologiques, ou de toute autre manifestation extérieure, qui serait de nature à mettre en danger ou à perturber tant la neutralité du Land à l'égard des élèves et de leurs parents que la paix scolaire à la fois au plan politique, religieux ou idéologique. Tout particulièrement, un comportement extérieur est interdit lorsqu'il peut faire naître chez les élèves ou chez leurs parents l'impression qu'un.e enseignant.e se positionne contre la dignité humaine, le principe d'égalité garanti par l'article 3 LF, les droits fondamentaux (Freiheitsgrundrechte) ou encore l'ordre fondamental institué par l'Etat en vue d'une libre démocratie. La sauvegarde de la mission éducative [du Land] inscrite aux articles 7 et 12 al. 6 de la Constitution du Land de la Rhénanie du Nord-Westphalie et la représentation afférente des valeurs ou des traditions chrétiennes occidentales d'éducation et de culture n'est pas contraire au principe de comportement établi par la 1ère phrase [de la présente disposition]. Le principe de neutralité [inscrit à la 1ère phrase de la présente disposition] ne vaut pas dans le cadre des enseignements de religion, ainsi que dans les écoles confessionnelles (Bekenntnisschule) et dans les écoles philosophiques (Weltanschauungsschulen)* ».

⁵³² V. également §§ 80 s.

aux emplois publics fondée sur des croyances religieuses ou philosophiques⁵³³. Dit autrement, les valeurs et traditions chrétiennes et occidentales ne devaient pas être privilégiées.

Le changement de cap est majeur. La Cour constitutionnelle a en effet longtemps rappelé que, dans une société pluraliste comme l'Allemagne qui applique, en outre, l'obligation de scolarité, l'école est un lieu de rencontre de nombreuses religions différentes⁵³⁴, ajoutant qu'il est du devoir de l'État de veiller à la coexistence pacifique de ces différentes confessions. Or, il ne peut le faire que s'il veille, lui-même, « à la neutralité des questions religieuses »⁵³⁵. C'est pourquoi, « l'obligation de neutralité religieuse et idéologique dans les écoles publiques est imposée par la Constitution à l'État et au corps enseignant qui dépend de lui »⁵³⁶. Or, dans sa décision de mars 2015, la Cour explique qu'une école publique ouverte aux différentes confessions a pour mission de transmettre aux élèves la tolérance à l'égard d'autres religions ou orientations philosophiques. Or, « cet idéal doit aussi pouvoir être concrètement vécu », ajoutent-ils. Cela inclut donc le port d'une kippa, d'une croix ou d'un habit de religieuse par les enseignants. Les juges ajoutent que, contrairement au crucifix accroché au mur de la salle de classe, le vêtement de l'enseignant ne remet pas en cause la neutralité de l'État en matière de religion.

Au nom de la liberté de conscience, **la Cour juge donc inconstitutionnelle la prohibition systématique du port de symboles religieux, notamment vestimentaires, par les enseignants.** L'État ne peut pas préjuger des motifs pour lesquels l'enseignante porte ce foulard, arguent les juges. Il ne peut donc en aucun cas supposer qu'elle entend ainsi s'opposer à la Loi fondamentale, à l'État de droit ou à la démocratie.

Pour autant, dans cette décision qui est aussi une solution de compromis, **la Cour constitutionnelle ne ferme pas la porte à une interdiction plus circonstanciée.** L'arrêt accorde, en effet, le droit aux établissements scolaires d'interdire le port de signes religieux aux enseignants lorsque la paix au sein de l'école est menacée. Reste à savoir, par conséquent, comment sera interprétée cette « clause de sauvegarde » ajoutée par la Cour. Une clause qui, d'ores et déjà, peut être interprétée comme attentatoire au principe d'égalité, les critères permettant aux directeurs de décider si la paix de l'établissement est menacée étant très flous...

c- Une jurisprudence de moins en moins libérale, et de plus en plus incohérente

Depuis, les solutions varient selon les *Länder*. Ainsi, la ville-État de Berlin a été condamnée à plusieurs reprises à verser des dommages et intérêts pour avoir refusé d'embaucher deux jeunes femmes à des postes d'enseignantes en raison de leur foulard islamique. Le tribunal des prud'hommes a jugé que ces candidates avaient été discriminées. De leur côté, les autorités locales justifient leur décision par une loi dite de neutralité, passée en 2005 et qui interdit tout port ostentatoire de signes religieux par

⁵³³ « Personne ne doit subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une croyance religieuse et philosophique ». V. *supra*.

⁵³⁴ « In öffentlichen Schulen, die keine Bekenntnisschulen sind, treffen wegen der allgemeinen Schulpflicht die unterschiedlichen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen der Schüler und ihrer Eltern sowie der Lehrer unvermeidlich und besonders intensiv aufeinander (BVerfGE 93, 1) » (BVerwG, 4 juillet 2002, déc. préc.).

⁵³⁵ « Der Staat [...] kann die friedliche Koexistenz nur gewährleisten, wenn er selber in Glaubensfragen Neutralität bewährt » (BVerfGE 93, p. 1 [§ 16], Kruzifix, déc. préc.).

⁵³⁶ BVerwG, 4 juillet 2002, Az. : BVerwG 2 C 21.01, § 17 : « Die Pflicht zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität im öffentlichen Schulwesen ist von Verfassungs wegen dem Staat und den für ihn handelnden Lehrkräften auferlegt ».

les enseignants, du primaire et du secondaire. Notamment, le 9 mai 2018, le tribunal du travail berlinois interdisait à une jeune enseignante musulmane de porter le voile au sein d'une école primaire (*Grundschule*)⁵³⁷. En l'espèce, la requérante avait souhaité enseigner dans une école élémentaire avec son hijab. La ville de Berlin l'avait embauchée, mais à l'issue de sa première journée de travail, elle avait été suspendue de ses fonctions et transférée dans un établissement d'enseignement professionnel afin d'assurer les cours d'une « *classe d'accueil* » pour les enfants réfugiés. La ville-État, défendue par Seyran Ates, une avocate féministe de renom, se fondait alors, pour obtenir gain de cause, sur le principe de neutralité, interdisant aux enseignants, mais également aux policiers ou encore aux personnels de justice de porter des signes religieux manifestes tels qu'une croix, une kippa ou encore le voile. Dans son jugement, la juridiction des prud'hommes de Berlin estimait alors que la plaignante n'avait pas été victime d'une discrimination en raison de sa religion ; le principe de neutralité invoqué par la ville-État de Berlin était donc conforme à la Loi fondamentale allemande.

Quoi qu'il en soit, le positionnement initial du droit allemand, très favorable à la liberté religieuse des fonctionnaires, et notamment à l'expression de leurs convictions personnelles, et notamment religieuses, est toutefois en passe d'être dépassé. **A l'heure où le principe de neutralité tend à être défini de manière de plus en plus stricte, la traditionnelle souplesse permise par le droit allemand semble en effet révolue.**

De manière tout à fait emblématique, les députés allemands ont en effet adopté, le 12 mai 2017, une loi interdisant partiellement le port du voile intégral, notamment aux fonctionnaires : entrée en vigueur le 15 juin 2017, **la loi sur les réglementations sectorielles de la dissimulation du visage (*Gesichtsverhüllung*) et sur la modification d'autres règlements de service**⁵³⁸ **marque une étape décisive.** Certes, contrairement à ce qu'a prévu le législateur français en 2010, elle n'interdit pas le port du voile intégral dans l'espace public. Mais – ce qui, en France, relève, depuis très longtemps, de l'évidence – elle oblige les fonctionnaires et agents de la fonction publique, y compris les juges et les soldats, à avoir le visage totalement découvert dans le cadre de leurs fonctions. « *L'Etat a le devoir de se présenter lui-même de façon idéologiquement et religieusement neutre* », insiste le texte de loi ; « *une dissimulation religieuse ou idéologique du visage dans l'exercice d'une fonction publique (...) va à l'encontre de ce devoir de neutralité* ». Plus précisément, cette nouvelle loi prévoit l'interdiction de la dissimulation du visage pour tout fonctionnaire lors de l'exercice de ses fonctions ou dans le cadre de toute activité en relation directe avec ses fonctions – des exceptions sont prévues pour des raisons médicales ou de service⁵³⁹.

Adopté à quelques mois des élections législatives du 24 septembre 2017, avec en toile de fond la question, majeure, liée à l'intégration au sein de la société allemande de nombreux migrants, ce texte, officiellement, ne concerne pas que le voile intégral islamique. Il a en effet pourtant été rédigé en pensant essentiellement à la burqa ou au niqab et a été adopté, rappelons-le, après que l'Allemagne a accueilli, depuis 2015, sous

⁵³⁷ Tribunal du travail (*Arbeitsgericht*) de Berlin, 9 mai 2018, Az. 60 Ca 8090/17.

⁵³⁸ *Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften*, *BGBI.* 2017 I, p. 1570 ([en ligne](#)). V. le très riche dossier de droit comparé réalisé par le service scientifique du *Bundestag* : Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, « Verbot der Vollverschleierung in Staaten der EU », WD 2 - 3000 - 094/17 ([en ligne](#)). V. I. BOURGEOIS, « Voile intégral : l'Allemagne ose maintenant briser le tabou de l'identité allemande », *La Croix*, 28 avril 2017 ([en ligne](#)) ; « L'Allemagne interdit partiellement le port du voile intégral », *Euractiv*, 28 avril 2017 ([en ligne](#)).

⁵³⁹ V. [l'art. 61 de la](#) loi sur les fonctionnaires fédéraux (*Bundesbeamtengesetz*, BBG) ainsi que [l'art.](#) du statut général des fonctionnaires (*Beamtenstatusgesetz*, *BeamStG*).

l'impulsion de la chancelière Angela Merkel, plus d'un million de demandeurs d'asile, dont beaucoup de personnes de confession musulmane, venues de Syrie, d'Irak ou d'Afghanistan. « *L'intégration, ça signifie aussi que nous signifions clairement et transmettons à d'autres cultures nos valeurs et les limites de notre tolérance* », avait alors déclaré le Ministre de l'intérieur, Thomas de Maizière, dans un communiqué de presse. Une phrase qui ne peut que susciter la réflexion dès lors qu'on la replace dans le contexte du principe de tolérance en matière religieuse (*Toleranzprinzip*), depuis longtemps prôné par la Cour constitutionnelle fédérale⁵⁴⁰.

Cette loi est loin d'être isolée et s'inscrit bel et bien dans un climat, tout à la fois politique et juridique, particulier, qui est même parti des *Länder*, du moins de certains d'entre eux. Ainsi, le 27 octobre 2016, avait été adopté un projet de loi initié par le FDP et le DVP, dans le *Land* du Bade Wurtemberg, intitulé « *Projet de loi relatif à la garantie d'une communication et d'une identification ouvertes* » (« *Gesetz zur Gewährleistung offener Kommunikation und Identifizierbarkeit* »)⁵⁴¹, destiné à modifier en partie la loi du *Land* relative au statut des fonctionnaires (*Landesbeamtengesetzes*)⁵⁴². Puis ce fut au tour de la Bavière d'emboîter le pas au législateur fédéral, en adoptant, le 12 juillet 2017, soit à peine un mois plus tard, une loi sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans le *Land* de Bavière. Cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} août suivant⁵⁴³, est venue modifier la loi bavaroise sur les fonctionnaires (*Bayerisches Beamtengesetz*, BayBG), dans ses articles 75 et 145 notamment, et s'inscrit dans le cadre d'une volonté de généraliser les règles existant déjà dans le cadre des écoles et des crèches⁵⁴⁴. Des débats qui ont par la suite été relancés au mois d'avril 2018, lorsqu'une femme employée par la mairie de Weinheim a été renvoyée après avoir refusé d'ôter son voile intégral⁵⁴⁵.

2- Les juges et le principe de neutralité

a- Les juges professionnels

Avant toute chose, il importe de rappeler qu'en vertu de l'architecture fédérale de l'Allemagne, il existe, aux côtés des juridictions fédérales (les Cours suprêmes de l'Etat fédéral), des juridictions de *Land* (celles de première et deuxième instance, ainsi que des juridictions constitutionnelles). Cette division a des conséquences sur le mode de nomination des juges, qui n'est pas le même suivant que la juridiction est une Haute juridiction de la Fédération ou une juridiction d'un *Land*.

⁵⁴⁰ V. *supra*.

⁵⁴¹ Landtag von Baden-Württemberg, 16. Wahlperiode, Drucksache 16 / 896, 27 oct. 2016, [en ligne](#).

⁵⁴² « *Zu Artikel 2 (Änderung des Landesbeamtengesetzes)* » : « *Beamte sind nicht nur Grundrechtsträger, die sich auf die Religionsfreiheit aus Artikel 4 Grundgesetz berufen können. Sie werden bei ihren dienstlichen Tätigkeiten in besonderer Weise mit dem Staat in Verbindung gebracht. Sie wirken dabei nicht als private Individuen, sondern als Teil der Exekutive. Daher sind sie von dem verfassungsrechtlichen Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates besonders betroffen. Dieses Gebot verbietet dem Staat auch, sich mit einer der Religionen zu identifizieren und sie sich für sein Handeln zu eigen zu machen. Schon der Anschein einer Identifizierung des Staates mit einer Religionsgemeinschaft muss vermieden werden. Das so bestehende Spannungsverhältnis zwischen den Verfassungsgütern wird in der Gesamtabwägung im Wege eines Verbotes der Gesichtverschleierung bei dienstlichen Tätigkeiten gelöst* ».

⁵⁴³ Gesetz über Verbote der Gesichtverhüllung in Bayern, 12 juillet 2017, <https://www.verkuendung-bayern.de/gvbl/2017-362/>.

⁵⁴⁴ « *Ebenso dürfen Mitglieder einer Hochschule in Hochschuleinrichtungen und bei Hochschulveranstaltungen ihr Gesicht grundsätzlich nicht verhüllen (Art. 18 Abs. 3 BayHSchG). Dasselbe gilt in der Schule und bei Schulveranstaltungen (Art. 56 Abs. 4 Satz 2 BayEUG) und für Beschäftigte in Kindertageseinrichtungen während der Besuchszeit sowie für Tagespflegepersonen (Art. 9a BayKiBiG)* ».

⁵⁴⁵ « *OB sagt "Nein" zu Vollverschleierung in Behörden* », 9 avril 2018 ; H. Prothman, « *Die Vollverschleierung gehört auch für mich nicht zu Deutschland* », *Rheinneckarblog*, 10 avril 2018.

Les juges professionnels (*Berufsrichter*) sont soit au service du *Bund*, soit au service d'un *Land*. Les juges fédéraux officient à la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*), à la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), à la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*), à la Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*), à la Cour fédérale du contentieux social (*Bundessozialgericht*), à la Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht*) et à la Cour fédérale des brevets (*Bundespatentgericht*). Quant aux juges des *Länder*, très largement majoritaires, ils sont affectés auprès d'un tribunal cantonal (*Amtsgericht*), d'un tribunal régional (*Landgericht*) ou d'un tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*).

Comme en France, ces juges professionnels peuvent relever soit du siège, soit du Parquet. Comme le souligne Frédérique Ferrand, « *le droit allemand ne connaît pas d'expression similaire à celle de "magistrat" qui engloberait les magistrats du siège et ceux du parquet. Il fait une distinction nette entre les "juges" (Richter) qui sont exclusivement les magistrats du siège, et les "Staatsanwälte" (procureurs ou substituts du Procureur) qui sont les magistrats du parquet ne disposant pas de l'indépendance de la magistrature du siège* »⁵⁴⁶.

La Loi fondamentale énonce peu de choses au sujet de leur neutralité. L'article 92 LF précise que « *le pouvoir de rendre la justice (leur) est confié* ». Par ailleurs, en vertu de l'article 97 al. 1 LF, « *les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* » (« *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen* »). Ils sont donc globalement soumis à un principe, constitutionnel, d'indépendance (*Unabhängigkeitsgrundsatz*)⁵⁴⁷. Rien de plus dans la Constitution allemande, qui ajoute, par l'intermédiaire de son article 98 al. 1 LF, que « *le statut des juges fédéraux doit être réglé par une loi fédérale spéciale* ». Il reste donc à se tourner vers la législation.

L'Allemagne, Etat fédéral, présente deux niveaux de législation : la législation fédérale et la législation régionale de chaque *Land*. Dans certains domaines, il existe un pouvoir législatif concurrent (*konkurrierende Gesetzgebung*) partagé entre l'Etat fédéral et les *Länder*⁵⁴⁸. Ces derniers peuvent alors adopter des lois de *Land*, « *tant que et dans la mesure où la Fédération n'a pas fait usage de sa compétence législative* » (art. 72 al. 1 LF). Ce pouvoir législatif concurrent concerne un certain nombre de matières, dont le droit civil, le droit pénal, le droit du travail ou encore, pour ce qui nous concerne, *l'organisation juridictionnelle (Gerichtsverfassung)*⁵⁴⁹ et la procédure devant les juridictions, ainsi que la réglementation de la profession d'avocat. A noter toutefois que la compétence législative appartient cette fois exclusivement à l'échelon fédéral lorsqu'il s'agit d'instaurer ou de réglementer des juridictions fédérales. Ainsi, dans le domaine de

⁵⁴⁶ V. F. FERRAND, « *La spécialisation des juges en Allemagne* », in : C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, disponible [en ligne](#).

⁵⁴⁷ Comme le souligne Frédérique Ferrand, la doctrine allemande distingue entre trois niveaux d'indépendance : l'indépendance matérielle des tribunaux (qui ne sont soumis qu'à la loi), leur autonomie d'organisation et enfin l'indépendance personnelle des magistrats du siège (art. préc., § 20). A propos du principe d'indépendance en général, v S. BAER, *Die Unabhängigkeit der Richter in der Bundesrepublik und in der DDR*, 1999 ; R. BENDA, « *Richter im Rechtsstaat* », *DRiZ*, 1979, 358 ; K. BILDA, « *Unabhängigkeit des Richters – ein Mythos ?* », *JR*, 2001, 89 ; U. BERLIT, « *Modernisierung der Justiz, richterliche Unabhängigkeit und RichterInnenbild* », *KJ*, 1999, p. 58 s. ; S. HABERLAND, « *Problemfelder für die richterliche Unabhängigkeit* », *DRiZ*, 2002, p. 301 s. ; E. SCHMIDT-JORZIG, « *Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat* », *NJW*, 1991, p. 2377.

⁵⁴⁸ V. *supra* ; art. 72 et 74 LF.

⁵⁴⁹ V. E. SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht*, Cologne, Munich, C. Heymanns éd., 4^{ème} éd. 2007, n° 24 et s.

la justice, les compétences sont partagées : d'un côté, l'Etat fédéral dispose d'une compétence exclusive en ce qui concerne le statut des juges au niveau fédéral ; pour le reste, lorsqu'il est question du statut des juges au niveau des *Länder*, de la constitution des tribunaux ou du droit procédural, l'Etat fédéral dispose d'une compétence concurrente (art. 74 al. 1^{er} n° 1 et 27 LF⁵⁵⁰).

Dans la pratique, la législation fédérale est assez omniprésente. De très nombreuses lois adoptées dans les domaines nous concernant sont ainsi de nature fédérale : on peut ici citer, outre les règles du droit civil (le Code civil, *Bürgerliches Gesetzbuch*, *BGB*) et du droit pénal (le Code pénal, *Strafgesetzbuch*, ainsi que le Code de procédure pénale, *Strafprozessordnung*, *StPO*), les règles générales en matière d'organisation juridictionnelle (la loi sur l'organisation juridictionnelle, *Gerichtsverfassungsgesetz*, *GVG*), mais également les lois fédérales sur la profession d'avocat (*Bundesrechtsanwaltsordnung*, *BRAO*⁵⁵¹), ou sur les magistrats (*Deutsches Richtergesetz*, *DRiG*⁵⁵²).

Notamment, **la loi allemande du 19 avril 1972 sur la magistrature judiciaire** (*Deutsches Richtergesetz*, *DRiG*), modifiée en dernier lieu par la loi du 15 juin 2017⁵⁵³, contraint désormais explicitement les juges, via son article 39, à adopter un comportement compatible avec leur fonction, tant dans l'exercice qu'en dehors de celle-ci, y compris dans le cadre d'activités politiques. Cet article, qui s'intitule « Garantie de l'indépendance » (« *Wahrung der Unabhängigkeit* ») dispose que « *le juge doit se comporter, tant dans l'exercice de ses fonctions qu'en dehors, y compris dans le cadre d'activités politiques, de telle sorte que la confiance en son indépendance ne soit pas compromise* »⁵⁵⁴. Aucune mention expresse, donc, des opinions religieuses, ce qui laisse supposer que l'appartenance d'un juge à une communauté religieuse ne pose pas, en soi, de difficulté particulière.

Concernant, en second lieu, la législation fédérée, un certain nombre de contraintes spécifiques peuvent venir s'ajouter. On observe de manière générale que le droit applicable est relativement homogène : même dans les domaines où les *Länder* sont compétents, les textes législatifs existants possèdent des contenus très proches les uns des autres. Malgré tout, concernant l'application du principe de neutralité aux juges, on note assez rapidement que le droit fédéré se veut beaucoup moins libéral et beaucoup plus précis et extensif que le droit fédéral.

La tendance est aujourd'hui la suivante : on observe, au niveau fédéré, **une volonté croissante d'interdire beaucoup plus strictement l'expression religieuse des magistrats**, tant du siège que du parquet⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ « La compétence législative concurrente s'étend aux domaines ci-dessous : (...) 27. droits et obligations statutaires des fonctionnaires des Länder, communes et autres collectivités publiques, ainsi que des juges dans les Länder, à l'exception des carrières, traitements et pensions (...) ».

⁵⁵¹ V. *infra*.

⁵⁵² V. *infra*.

⁵⁵³ La loi du 15 juin 2017 vient essentiellement modifier les articles 45 et 48 de la loi sur les magistrats judiciaires.

⁵⁵⁴ « *Der Richter hat sich innerhalb und ausserhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird* ».

⁵⁵⁵ A ce sujet, v. par ex. A. SANDHU, « *Der „Anschein der Neutralität“ als schützenswertes Verfassungsgut ?* », *Verfassungsblog*, 9 janvier 2017, [en ligne](#).

Ainsi, dans le Bade-Wurtemberg, une loi interdit aux juges et aux procureurs professionnels de porter un signe religieux. A titre de justification, le ministre de la Justice du *Land*, Guido Wolf, rappelait il y a peu la nécessité d'empêcher « l'apparence d'un manque d'impartialité et de neutralité ». De même, la loi adoptée par le *Land* de Berlin en 2005, tout comme celle adoptée en 2014 dans le *Land* de Hesse⁵⁵⁶ s'appliquent également aux juges⁵⁵⁷.

De même, encore, en Bavière, l'article 11 al. 2 de la loi bavaroise relative aux tribunaux et aux procureurs (*Bayerisches Richter- und Staatsanwaltsgesetzes*, BayRiStAG)⁵⁵⁸ du 22 mars 2018⁵⁵⁹ dispose que « les juges ne sont pas autorisés à porter des symboles ou vêtements religieux ou idéologiques lors des audiences comme dans l'exercice de tout acte officiel, qui pourraient mettre en doute leur indépendance (*Unabhängigkeit*), leur neutralité (*Neutralität*) ou leur soumission stricte à la loi et au droit ».

La Cour constitutionnelle bavaroise (*Bayerisches Verfassungsgerichtshof*) a été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition, dans une décision rendue très récemment, le 14 mars 2019⁵⁶⁰. Saisie d'une action populaire (*Popularklage*) par une communauté religieuse musulmane, qui invoquait, d'une part, une discrimination spécifique à l'égard des femmes musulmanes désireuses d'exercer de telles fonctions judiciaires et, d'autre part, une rupture du principe d'égalité dès lors que les crucifix non seulement continuent d'être autorisés, mais ont même récemment été rendus obligatoires dans les salles d'audience⁵⁶¹. La haute juridiction constitutionnelle du *Land* devait alors se prononcer sur la constitutionnalité de ladite disposition et conclure si, oui ou non, l'obligation de l'Etat en matière de neutralité religieuse et idéologique primait sur l'exercice de la liberté de religion. Sans surprise, la Cour constitutionnelle bavaroise a écarté cette double argumentation. Elle a tout d'abord refusé de retenir une quelconque discrimination : le règlement en question ne concernait pas seulement le foulard, mais englobait, dit la Cour, l'ensemble des vêtements et symboles religieux susceptibles de faire naître des doutes quant à la neutralité des magistrats. Selon les juges constitutionnels de *Land*, étaient donc également prohibés des symboles et vêtements religieux portés par les hommes, tels que la Kippa ou le Dastar. L'objet de la disposition n'était donc pas d'introduire une discrimination fondée sur le sexe, mais de « préserver la confiance du peuple dans l'indépendance des tribunaux »⁵⁶². Et la Cour de se contenter de rappeler que le *Land* de Bavière est attaché à la neutralité idéologico-religieuse, qui mérite particulièrement d'être protégée. Partant, pèse sur les magistrats, tant du siège que du Parquet, un devoir d'impartialité, qui doit les empêcher d'exprimer toute conviction religieuse. Quant au

⁵⁵⁶ V. *supra*, p. 217-218.

⁵⁵⁷ Art. 10 de la loi berlinoise sur les juges (*Landesrichtergesetz*) ; art. 2 loi du *Land* de Hesse sur les juges (*Landesrichtergesetz*).

⁵⁵⁸ « ¹Richter und Richterinnen dürfen in Verhandlungen sowie bei allen Amtshandlungen mit Außenkontakt keine sichtbaren religiös oder weltanschaulich geprägten Symbole oder Kleidungsstücke tragen, die Zweifel an ihrer Unabhängigkeit, Neutralität oder ausschließlichen Bindung an Recht und Gesetz hervorrufen können ». Ces dispositions valent par ailleurs pour les ministères publics (« ²Satz 1 gilt für Staatsanwälte und Staatsanwältinnen sowie Landesanwälte und Landesanwältinnen entsprechend »).

⁵⁵⁹ GVBl., p. 118, BayRS 301-1-J.

⁵⁶⁰ BayVerfGH, 14 mars 2019, [Az. 3-VII-18](#).

⁵⁶¹ V. *supra* p. 214-215.

⁵⁶² « Le port de vêtements ou de symboles à connotation religieuse ou idéologique mettrait en danger la confiance du peuple dans la neutralité et l'indépendance du juge » (« Durch das Tragen religiös oder weltanschaulich konnotierter Kleidungsstücke oder Symbole würde das Vertrauen der Bevölkerung in die Neutralität und Unabhängigkeit des Richters gefährdet » (déc. préc., § 6).

second argument invoqué par les requérants, les juges bavarois se contentent de répondre que la question de la suspension, dans les salles d'audience, de crucifix, correspond à « une affaire différente ».

En Rhénanie du Nord – Westphalie, enfin, huit ans après la décision d'ôter les crucifix du palais judiciaire de Düsseldorf, le ministre de la justice, Peter Biesenbach (CDU) prépare une loi plus claire : au-delà de l'interdiction de la dissimulation du visage, c'est désormais un texte visant à prohiber le port de tout signe religieux chez les personnels de justice qui est envisagé⁵⁶³. « *La religion n'appartient pas à la salle d'audience. La neutralité, en particulier devant les tribunaux, est la condition préalable à tout Etat constitutionnel qui fonctionne* » ; « *l'apparence extérieure du pouvoir judiciaire ne peut susciter la moindre apparence de partialité eu égard au devoir de neutralité de l'Etat* », déclarait-il récemment⁵⁶⁴. Le projet, qui a été présenté au début du mois d'octobre 2018, interdit l'utilisation de la croix comme symbole visible publiquement, mais également du foulard ou de la kippa juive. La limitation de la liberté religieuse est toutefois enserrée dans des limites strictes : elle ne vaut en principe que dans le cadre de procédures judiciaires, et si un tiers est susceptible de percevoir une apparence de non neutralité.

Au-delà de la question de savoir si une telle loi est nécessaire⁵⁶⁵, deux remarques s'imposent. Tout d'abord, ce texte témoigne d'une volonté, notable en droit allemand, de « concrétiser » le principe de neutralité, en imposant aux fonctionnaires une apparence neutre. Ensuite, ce texte témoigne du souhait de lier sécurité juridique et neutralité, et ce dans un double objectif : d'une part, en vue d'imposer un traitement uniforme de ces questions, cruciales – jusqu'ici, il appartenait au juge de décider au cas par cas si des symboles religieux étaient autorisés dans la salle d'audience – ; d'autre part, afin d'appliquer les mêmes règles aux juges professionnels et aux juges honoraires, vers lesquels il convient précisément de se tourner maintenant.

b- Le cas des juges non professionnels

Dans un certain nombre de cas, en Allemagne, les formations de juridiction comprennent, à côté des juges professionnels, des juges non professionnels, ou « honoraires » (*ehrenamtliche Richter*), essentiellement au sein des juridictions pénales, ou des juridictions de droit du travail ou de droit social. Nommés ou élus selon les cas, ces juges se trouvent, au regard du principe de neutralité, dans une position assez particulière : si la loi du 19 avril 1972 sur la magistrature judiciaire⁵⁶⁶ contient quelques dispositions les concernant, elle se contente d'indiquer, dans son article 45, qu'ils doivent demeurer indépendants dans le cadre de l'exercice de leur mission, au même titre que leurs homologues professionnels⁵⁶⁷. Pour le reste, la plupart des lois fédérées interdisant aux juges de porter des signes religieux ne concernent pas, sauf exception, les juges non professionnels.

⁵⁶³ C. BOISSEREE, « [Müssen wir Kopftücher und Kreuze wirklich verbannen ?](#) », *Rheinische Post*, en ligne, 30 oct. 2018.

⁵⁶⁴ C. BOISSEREE, art. préc.

⁵⁶⁵ « (...) Une enquête menée par nos rédacteurs auprès des 151 tribunaux de Rhénanie du Nord-Westphalie a révélé que de tels cas étaient en grande partie inconnus jusqu'à présent. Sur les quelque 100 porte-parole des tribunaux qui ont répondu, personne n'a déclaré connaître une affaire dans laquelle des vêtements religieux avaient provoqué, par exemple, des requêtes ou des motions biaisées. Statistiquement, ces cas ne sont pas évalués » (C. BOISSEREE, art. préc.).

⁵⁶⁶ V. *supra* p. 227.

⁵⁶⁷ Art. 45 *Deutsches Richtergesetz* (« *Unabhängigkeit und besondere Pflichten des ehrenamtlichen Richters* ») : « *Der ehrenamtliche Richter ist in gleichem Masse wie ein Berufsrichter unabhängig. Er hat das Beratungsgeheimnis zu wahren (§ 43)* ».

c- La prestation de serment

La tolérance vis-à-vis d'un éventuel engagement religieux se concrétise également dès la prestation de serment (*Richtereid*). Tous les juges, qu'ils soient professionnels ou non, peuvent en effet, en vertu de l'article 38 de la loi sur la magistrature, opter pour une formulation incluant une référence à Dieu (« *Que Dieu me vienne en aide* ») (al. 1) ou non (al. 2)⁵⁶⁸. Cette alternative est en soi révélatrice de la grande tolérance dont témoigne le droit allemand au regard de l'éventuelle expression, par les juges, de leurs convictions religieuses.

Concernant ce point précis, le régime auquel les juges non professionnels sont soumis est plus souple. En effet, en vertu de l'art. 45 de la loi de 1972, ceux-ci ont la possibilité d'ajouter au serment une confirmation religieuse correspondant aux règles d'autres communautés religieuses. En effet, en vertu de l'article 45 al. 5 de la *Deutsches Richtergesetz*, si un juge honoraire indique qu'il souhaite, en tant que membre d'une communauté religieuse ou confessionnelle (« *als Mitglied einer Religions- oder Bekenntnisgemeinschaft* ») employer une formule visant à affirmer son appartenance à ladite communauté, il est libre de l'associer à son serment (« *Eid* ») ou à sa promesse (« *Gelöbnis* »).

d- D'éventuelles sanctions ?

Le contrôle hiérarchique des juges fédéraux, à l'exception des juges de la Cour constitutionnelle fédérale, est exercé par les ministères fédéraux compétents. Les juges des *Länder* sont quant à eux placés sous la tutelle hiérarchique du ministère de la Justice du *Land* dans lequel ils sont affectés. Un juge pourra toujours être sanctionné en cas de manquement à ses obligations professionnelles, via un blâme, une amende, une mutation, voire une rétrogradation ou une révocation, mais cela demeure toutefois extrêmement rare⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ « *Der Richter hat folgenden Eid in öffentlicher Sitzung eines Gerichts zu leisten : "Ich schwöre, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen, so wahr mir Gott helfe". (2) Der Eid kann ohne die Worte "so wahr mir Gott helfe" geleistet werden. (3) Der Eid kann für Richter im Landesdienst eine Verpflichtung auf die Landesverfassung enthalten und statt vor einem Gericht in anderer Weise öffentlich geleistet werden* ».

⁵⁶⁹ Les règles se trouvent en partie dans la LJ (art. 30), en partie dans la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires (*Beamtenstatusgesetz*) qui s'applique aussi en partie aux juges.

3- Le cas des « juristes stagiaires » (*Rechtsreferendar.inn.en*)⁵⁷⁰

A une apparence sinon d'incohérence du moins de complexité existant entre les échelons fédéral et fédéré, il convient d'ajouter une certaine forme d'incohérence au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, alors que la Cour de Karlsruhe énonce, en 2015, qu'il est interdit d'interdire à une enseignante de porter un signe religieux, la même juridiction vient, par une décision du 27 juin 2017, confirmer la possibilité d'interdire le port de ce même signe religieux par les juristes stagiaires (*Rechtsreferendarinnen*)⁵⁷¹.

Par sa décision, la 1^{ère} Chambre du second Sénat de la Cour de Karlsruhe est en effet venue rejeter la demande en référé d'une juriste stagiaire rattachée au service des stages (*Vorbereitungsdienst*) du *Land* de Hesse. En se fondant sur l'article 45 de la loi du *Land* de Hesse sur les fonctionnaires, le Ministère de la justice hessois avait pris, le 28 juin 2007, une décision interdisant aux juristes stagiaires qui portent un foulard pour des raisons religieuses, de siéger sur le banc des juges au sein de la salle d'audience, de tenir des réunions ou de participer au recueil de preuves. La requérante invoquait donc la violation, d'une part, de sa liberté de profession (*Berufsfreiheit*), garantie par l'art. 12 al. 1 LF, et de sa liberté de croyance (*Glaubens- und Bekenntnisfreiheit*), garantie par l'article 4 al. 1 et 2 LF ; avec, en toile de fond, le principe de neutralité idéologique et religieuse de l'Etat (*Verständnis von weltanschaulich-religiöser Neutralität des Staates*).

Cette nouvelle décision venue de Karlsruhe implique deux questions. **Tout d'abord, dans quelle mesure le principe de neutralité s'impose-t-il aux juristes stagiaires ?** L'Etat se doit d'être ouvert à toutes les confessions ; la Loi fondamentale garantit donc à toute partie prenante à un procès le droit d'être, en application de la théorie des apparences, soumis à un juge indépendant et impartial, et donc à un juge respectueux du principe de neutralité (« *staatliche Neutralitätsgebot* »). Le juge constitutionnel se montre ici particulièrement intransigeant, exigeant dans le cadre de l'activité des magistrats « *une neutralité inconditionnelle* » (« *eine unbedingte Neutralität* »), qu'il rattache avant tout à l'indépendance des magistrats⁵⁷². En principe, les articles 97 et 101

⁵⁷⁰ En Allemagne, la formation des juristes repose sur le modèle du « juriste unitaire » (« *Einheitsjurist* »), qui implique une formation complète, tant en droit public qu'en droit privé. A l'issue de cette formation, les étudiants se présentent au premier « examen d'Etat » (« *erste Staatsprüfung* », ou « *erstes Staatsexam* »). Une fois ce premier examen obtenu, l'étudiant quitte l'université et devient « stagiaire » (« *Referendar* ») ; il est alors rémunéré par l'administration du *Land*. Pendant deux ans, le *Referendar* réalise divers stages afin de découvrir le métier de juge, mais également celui d'avocat, ou encore les métiers de l'administration. La loi du 11 juillet 2002 (*BGBI.* 2002, I, p. 2592), qui est venue réformer les études de droit, prévoit des stages obligatoires (« *Pflichtstation* »), ainsi que des stages libres (« *Wahlstation* »). Les étudiants doivent ainsi obligatoirement effectuer un stage auprès d'une juridiction civile, auprès du parquet ou d'une juridiction pénale, auprès d'une administration et, enfin, au sein d'un cabinet d'avocat. Chacun de ces stages doit durer au moins trois mois, sauf le stage en cabinet d'avocat qui est désormais de neuf mois en raison du fait que la plupart des juristes (environ 80 %) obtenant le second examen d'Etat exerceront cette profession. En outre, le *Referendar* peut choisir librement d'effectuer un autre stage, au sein d'une institution européenne ou internationale, au sein d'une entreprise, d'une juridiction ou encore d'un cabinet d'avocat. A l'issue des deux ans de stage, le candidat peut se présenter au second examen d'Etat (« *zweite Staatsprüfung* », ou « *zweites Staatsexam* »). A ce sujet, v. F. FERRAND, « *La spécialisation des juges en Allemagne* », in C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges*, Toulouse, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, 2012, disponible [en ligne](#).

⁵⁷¹ BVerfGE, 27 juin 2017, [2 BvR 1333/17](#). V. A. K. MANGOLD, « Justitias Dresscode : Wie das BVerfG Neutralität mit „Normalität“ verwechselt », *VerfBlog*, 2017/7/06, <https://dx.doi.org/10.17176/20170706-155732> ; N. SAMOUR, « Rechtsreferendarin mit Kopftuch : Rosa Parks im Zuschauerraum des Gerichts », *VerfBlog*, 2017/7/07, <https://dx.doi.org/10.17176/20170707-094944>.

⁵⁷² Déc. préc., § 49. L'emploi de cette expression n'est pas sans rappeler la « neutralité absolue » (« *absolute Neutralität* ») et la « stricte neutralité » (« *strikte Neutralität* ») exigées par le législateur du Bade-Wurtemberg dans la

al. 1 ph. 2 LF ne valent que pour les « juges » au sens de l'art. 92 LF, mais pas pour des individus étant amenés, ponctuellement, à exercer, temporairement, des missions juridictionnelles, comme cela peut être le cas des étudiants encore en formation.

Ensuite, qu'en est-il des libertés individuelles ? « *L'Etat libéral institué par la Loi fondamentale* » (« *der freiheitliche Staat des Grundgesetzes* ») se caractérise par l'ouverture à la diversité des convictions idéologiques et religieuses. Du côté de la requérante, étaient concernées tout à la fois sa liberté de croyance et sa liberté professionnelle⁵⁷³. La Cour constitutionnelle rappelle qu'elle reconnaît l'importance de la liberté de croyance pour toutes les religions, « *y compris dans le domaine de la justice, garanti par l'Etat* » (« *insbesondere auch für den vom Staat garantierten und gewährleisteten Bereich der Justiz* »)⁵⁷⁴. Le principe de neutralité (*religiös-weltanschauliches Neutralitätsverständnis*) ne doit donc pas valoir de manière différente.

Pour autant, la Cour reconnaît qu'une interdiction porte atteinte à cette liberté (*Grundrecht auf Glaubensfreiheit*), dans la mesure où « *(elle) confronte l'intéressé.e au choix soit de prendre en charge la tâche envisagée, soit de se conformer à l'interdiction religieuse du vêtement qu'il/elle juge obligatoire* »⁵⁷⁵. Mais l'interdiction du foulard ne représente qu'une atteinte limitée aux droits fondamentaux de la requérante, tout à la fois dans le temps et dans l'espace, dans la mesure où elle ne vaut « que » pour les temps consacrés aux procédures orales (*mündliche Verhandlungen*) et les activités de représentation sur le banc des juges. En revanche, le reste du contenu de la formation, majoritaire, demeure non concerné. Exerçant ici de manière classique un contrôle de proportionnalité, le juge constitutionnel considère donc qu'une telle atteinte peut être autorisée.

En définitive, la Cour constitutionnelle fédérale vient ici fixer un standard minimum qui, parfois, semble se rapprocher des choix effectués par certains *Länder* ; que ce choix aille dans le sens d'une véritable neutralité confessionnelle du *Land*, comme à *Berlin*, qui a décidé, en janvier 2005, d'interdire strictement le port de tout signe religieux distinctif dans l'ensemble de la fonction publique⁵⁷⁶, ou qu'il se rattache plutôt à la volonté de hiérarchiser les différentes confessions visibles dans l'espace public, comme cela peut être le cas en Bavière. Ainsi, le tribunal administratif bavarois confirmait, dans une décision datée du 7 mars 2018, que le port d'un foulard était absolument prohibé aussi bien chez les magistrates du siège que du Parquet, que chez les juristes stagiaires⁵⁷⁷.

B- Les avocats

En Allemagne, la profession d'avocat est régie par les dispositions de la loi fédérale relative aux avocats, la « [Bundesrechtsanwaltsordnung](#) » (*BRAO*), qui date du 1^{er} août 1959. Ces dispositions légales sont complétées par d'autres règles professionnelles édictées par l'Ordre des avocats : le Règlement de déontologie des avocats (la « *Berufsordnung für Rechtsanwälte* », *BORA*) ainsi que le Règlement sur la désignation d'avocats spécialisés (la « *Fachanwaltsordnung* », *FAO*). La profession est organisée en

« loi relative à la neutralité au sein des tribunaux et des ministères publics » ([Gesetz zur Neutralität bei Gerichten und Staatsanwaltschaften](#)) du 10 mai 2017 (préc.).

⁵⁷³ Déc. préc., § 40.

⁵⁷⁴ Déc. préc., § 48.

⁵⁷⁵ « *(Sie) stellt den Betroffenen vor die Wahl, entweder die angestrebte Tätigkeit auszuüben oder dem von ihm als verpflichtend angesehenen religiösen Bekleidungsverbot Folge zu leisten* » (déc. préc., § 37).

⁵⁷⁶ V. *supra* p. 221.

⁵⁷⁷ V. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof München, 7 mars 2018, [3 BV 16.2040](#).

27 barreaux régionaux, auxquels il faut ajouter le Barreau près la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*). Ce sont, comme en France, les Barreaux qui sont chargés de veiller au respect par les avocats de leurs obligations professionnelles.

Les avocats sont, en vertu de l'article 1^{er} de la loi fédérale qui leur est consacrée, « *des organes de l'administration de la justice* »⁵⁷⁸, et sont donc, comme en France, des auxiliaires de justice.

En vertu de l'article 12 a al. 1 de la loi, leur prestation de serment des avocats inclut une formule religieuse : « *Je jure par Dieu tout puissant et omniscient de défendre l'ordre constitutionnel et de remplir consciencieusement les devoirs d'un avocat ; que Dieu me vienne en aide* »⁵⁷⁹.

Ils ont toutefois le choix, tout comme les juges, de prêter serment en incluant une formule religieuse, ou non. L'article 12a al. 2 de la loi de 1972 affirme en effet que « *le serment peut aussi être fait sans assertion religieuse* » (« *ohne religiöse Beteuerung* »). Quant à l'article 12 al. 3, il précise que si une loi autorise les membres d'une communauté religieuse à utiliser une formule différente, l'avocat appartenant à ladite communauté est en droit de l'employer⁵⁸⁰. Enfin, en vertu de l'article 12a al. 4, « *ceux qui ne veulent pas prêter serment sur la foi ou la conscience doivent faire le vœu suivant : "je m'engage à respecter l'ordre constitutionnel et à remplir consciencieusement les devoirs d'un avocat"* »⁵⁸¹).

Pour le reste, en vertu de l'article 43 de ce même texte, intitulé « *Devoir professionnel général* » (« *Allgemeine Berufspflicht* »), « *l'avocat doit exercer son métier consciencieusement* » (« *gewissenhaft* »). Il doit, dans le cadre et en dehors de sa profession, se montrer digne du respect et de la confiance qui sont exigées par la position de l'avocat »⁵⁸². De plus, en vertu de l'article 43a al. 1, intitulé « *Devoirs fondamentaux* » (« *Grundpflichten* »), « *l'avocat ne peut prendre aucun engagement mettant en danger son indépendance professionnelle* »⁵⁸³.

Aucune trace, toutefois, du terme « neutralité » (« *Neutralität* ») dans la loi fédérale. Mention est seulement faite de leur indépendance (« *Unabhängigkeit* ») dans de nombreuses dispositions. Les avocats sont donc, avant toute chose, indépendants : ainsi, ils ne doivent « *prendre aucun engagement mettant en péril (leur) indépendance professionnelle* » (art. 43a al. 1 de la loi fédérale)⁵⁸⁴.

Partant, aucune disposition n'empêche donc les avocats, de ce fait, de porter des signes ou symboles à connotation religieuse. A l'opposé de la stricte solution belge⁵⁸⁵, ils

⁵⁷⁸ « *Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege* ».

⁵⁷⁹ « *Der Bewerber hat folgenden Eid vor der Rechtsanwaltskammer zu leisten : "Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, die verfassungsmäßige Ordnung zu wahren und die Pflichten eines Rechtsanwalts gewissenhaft zu erfüllen, so wahr mir Gott helfe."* ».

⁵⁸⁰ « *Gestattet ein Gesetz den Mitgliedern einer Religionsgemeinschaft, an Stelle des Eides eine andere Beteuerungsformel zu gebrauchen, so kann, wer Mitglied einer solchen Religionsgemeinschaft ist, diese Beteuerungsformel sprechen* ».

⁵⁸¹ « *Wer aus Glaubens- oder Gewissensgründen keinen Eid leisten will, muss folgendes Gelöbnis leisten: "Ich gelobe, die verfassungsmäßige Ordnung zu wahren und die Pflichten eines Rechtsanwalts gewissenhaft zu erfüllen"* ».

⁵⁸² « *Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Er hat sich innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen* ».

⁵⁸³ « *Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden* ».

⁵⁸⁴ V. les articles 1, 3 al. 1, 7 al. 8, 43a al. 1, 46 al. 3 et 4, 59b al. 2 ph. 1, art. 59f al. 4 et 191f al. 1 de la loi.

⁵⁸⁵ Ainsi, pour ne citer que cet exemple, la Belgique a opté, en juin 2016, pour l'interdiction la plus claire de tout signe religieux, philosophique ou politique. L'assemblée générale de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone a en effet décidé de modifier l'article 1.4 du Code de déontologie des avocats comme suit : « *Devant les juridictions,*

bénéficient ainsi, en Allemagne, d'une très large liberté en matière religieuse, même si certaines règles peuvent, là encore, varier d'un *Land* à un autre. Ainsi, en 2013, le Barreau de Berlin a eu à traiter le cas d'une avocate souhaitant plaider en portant le foulard, ce que refusaient certains juges, et ce dans le contexte de la loi interdisant aux enseignantes et aux agentes de la fonction publique de porter le foulard. Le président du Barreau a finalement soutenu l'avocate en question, et ce au nom de la liberté religieuse. Pour le reste, il ne semble pas que cette question ait, pour l'instant, du moins, fait l'objet de débats particuliers.

§2- Principe de neutralité et justiciables

A- Propos généraux

Concernant, enfin, les usagers du service public de la justice, là encore, alors que le port de signes religieux a longtemps été considéré comme une manifestation essentielle de leur liberté de croyance, il semble que les temps aient fortement changé.

En effet, au mois de juin 2018, le ministre de la justice du Bade Wurtemberg, Guido Wolf (CDU), soutenait une initiative issue de la Bavière et de la Rhénanie du Nord – Westphalie⁵⁸⁶, mais également de la Basse-Saxe et du Bade Wurtemberg. Quelques temps plus tard, le *Bundesrat* réclamait une interdiction générale de la dissimulation du visage au sein des tribunaux et déposait, le 19 octobre 2018, un projet de loi interdisant la dissimulation du visage au cours d'un procès⁵⁸⁷. L'objectif de cette procédure, toujours en cours, est donc d'introduire une interdiction générale, là où les éventuelles difficultés se réglaient autrefois par le biais d'ordonnances judiciaires (*richterliche Anordnungen*), adoptées au cas par cas et fondées sur l'article 176 de la loi sur le système judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetzes, GVG*), en vertu duquel le Président exerce la police de l'audience⁵⁸⁸. Une atteinte incontestable à la liberté religieuse des justiciables – ici une nouvelle fois essentiellement des femmes justiciables –, mais une atteinte justifiée afin d'assurer le bon fonctionnement de l'audience, assure le *Bundesrat*.

B- Le cas des témoins, interprètes et experts

En Allemagne, les témoins (*Zeugen*) doivent en principe prêter serment, sauf interdiction par la loi ou sauf si un tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de prêter serment. Le juge prononce alors avant le témoin la formule suivante : « *vous jurez devant Dieu tout puissant, en votre âme et conscience que vous dites la vérité, toute la vérité et ne dissimulez rien* ». Ce à quoi le témoin répond classiquement : « *Avec l'aide de Dieu, je le jure* », tout en pouvant prêter serment sans aucune invocation religieuse. Les interprètes (*Übersetzer*) doivent quant à eux prêter serment et affirmer qu'ils ont procédé aux traductions de manière fidèle et consciencieuse. Quant aux experts (*Experten*), enfin,

l'avocat s'abstient de porter un signe distinctif d'origine religieuse, philosophique ou politique ». Une obligation dont la violation « *constitue un manquement déontologique susceptible de faire l'objet de poursuites disciplinaires* ».

⁵⁸⁶ V. Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, *Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Gesichtsverhüllung während der Gerichtsverhandlung*, Drucksache 408/18, 27 août 2018, [en ligne](#). A ce sujet, v. BARCZAK, « *Zeig mir dein Gesicht, zeig mir, wer du wirklich bist* », *DÖV*, 2011, p. 54 ; B. FATEH-MOGHADAM, « *Ganzkörperverschleierung verbieten ?* », *ZRP*, 2016, p. 214 ; MICHAEL, DUNZ, « *Burka im Gericht* », *DÖV*, 2017, p. 125.

⁵⁸⁷ *Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Gesichtsverhüllung während der Gerichtsverhandlung*, *Bundesrat*, Drucksache 408/18, [en ligne](#).

⁵⁸⁸ « *Die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung obliegt dem Vorsitzenden* ». Cette disposition, classique, permet au président de prendre les mesures nécessaires pour assurer le bon déroulement de l'audience.

leur éventuelle prestation de serment est laissée à la libre appréciation du juge. Traditionnellement, l'expert jure qu'il a procédé de manière impartiale et « en son âme et conscience ».

Concernant les témoins, la Cour constitutionnelle a été amenée, très tôt, à se prononcer sur la question de leur prestation de serment. Dans une décision datée du 11 avril 1972, consacrée à la question du refus de prêter serment pour des motifs religieux⁵⁸⁹, la Cour de Karlsruhe a été amenée à se pencher sur la demande faite par un juge à un témoin – en l'espèce un pasteur protestant – de confirmer ses dires par un serment, en application des règles du Code de procédure pénale, qui retiennent, comme dans d'autres contextes, la formule « *je jure, que Dieu me vienne en aide* ». Refusant d'adopter cette formule, le témoin avait en l'occurrence fait connaître son souhait de retenir une autre formule, issue de la Bible. Or, la Cour a considéré, tout d'abord, que l'obligation de prêter serment constituait une ingérence dans la liberté religieuse du témoin. Cherchant, ensuite, à se demander si une telle ingérence pouvait être justifiée, la Cour a retenu qu'aucun « bien » garanti par la Loi fondamentale ne pouvait venir ici limiter l'exercice de la liberté religieuse.

Il ressort de ces quelques éléments que le droit allemand se caractérise par une certaine incohérence. En effet, en apparence très respectueux des droits fondamentaux, et notamment de la liberté religieuse, en apparence fondé sur une pensée de la séparation qui se veut très coopérative envers les communautés religieuses, le droit allemand semble avoir dévié, à l'initiative de certains *Länder* au premier rang desquels figure la Bavière, vers une conception nettement moins libérale. Il est vrai, historiquement, que la position de l'Etat allemand n'est pas simple : celui-ci ne doit pas se faire le missionnaire de la religion chrétienne, mais en même temps, il doit reconnaître son caractère fondamental dans la construction culturelle allemande. Malgré tout, dans un Etat dans lequel la coopération entre l'État et les différentes communautés religieuses est une marque en soi du principe de séparation, s'annonce une plus grande prudence des pouvoirs publics dans l'application de ce trait de caractère. Le risque est alors qu'outre-rhin comme ailleurs, le terrain glisse du respect de toutes les croyances à la négation de toutes, ou d'une en particulier, le malheureux amalgame opéré entre la question du droit de manifester sa religion et celle de l'intégration n'étant jamais très loin. Quoi qu'il en soit, il ressort de ce panorama général que tant la liberté religieuse que le principe de neutralité lui-même semblent, depuis quelques années, instrumentalisés par les divers acteurs composant le paysage politique allemand.

Le principe de neutralité, difficile à cerner, correspond avant tout à une manière de concevoir et d'organiser les rapports entre l'Etat et la société, entre l'Etat et l'individu. Il s'agit donc bien davantage d'un moyen – un moyen de gérer le pluralisme social et de préserver l'égalité de tous – que d'une fin. Or, c'est ici que le bât blesse. Le principe de neutralité, qui repose en partie sur l'idée d'égalité (« *Gleichbehandlungsgebot* ») autorise-t-il le droit à instaurer de véritables régimes discriminatoires, comme cela peut être le cas dans le *Land* de Bavière, lequel, d'un côté, impose la présence de crucifix dans tous les bâtiments publics et, de l'autre, adopte plusieurs textes destinés, certes pas

⁵⁸⁹ [BVerfGE 33, p. 23](#), 11 avril 1972, *Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*.

officiellement, mais implicitement, à invisibiliser le foulard islamique, en particulier au sein des lieux de justice ?⁵⁹⁰

⁵⁹⁰ Une autre question, essentielle en droit allemand, et pourtant souvent occultée, pourrait être la suivante : l'islam pourrait-il bénéficier du même statut que les autres religions historiques ? Mais ici, un obstacle majeur se présente : la communauté musulmane ne remplit en effet pas actuellement les conditions juridiques pour obtenir la même reconnaissance par l'Etat (sous forme de « corporation de droit public ») que les Eglises catholique et protestante, la communauté juive ou même alévie dans certains *Länder*. Lorsqu'une religion reçoit ce statut de l'Etat, elle a droit à différents avantages : cours de religion à l'école, facultés de théologie à l'Université, place dans les médias publics, ou encore droit de percevoir un « impôt d'Eglise » prélevé par l'Etat. Mais pour cela, l'Etat veut un interlocuteur unique, ce qui est très difficile pour la communauté musulmane fragmentée entre fédérations par pays d'origine (Turquie, Maroc etc.), et entre courants (sunnites, chiites, etc.). Le Conseil de coordination des musulmans (*Koordinationsrat der Muslime*, KRM), créé en 2007 par la réunion de plusieurs fédérations, est en effet très éclaté. En attendant, c'est au plan local que les choses se jouent : ainsi, la ville-Etat de Hambourg a signé, il y a quelques années, un contrat de coopération officiel entre la municipalité et trois associations musulmanes. Mais ce modèle est plus difficile à appliquer dans des *Länder* plus peuplés où l'islam est plus divisé. Et pour le moment, tout cela reste dans une zone grise.

DEUXIEME PARTIE

LA LAÏCITÉ ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QUE JURIDICTION

|

Après avoir travaillé, dans la première partie du présent rapport, sur la mesure dans laquelle le principe juridique de laïcité organisait le fonctionnement concret de l'institution « justice », on s'intéresse désormais à sa prégnance dans la justice dite et produite -dans la jurisprudence et les solutions adoptées par les juges. Pour ce faire, nous avons fait le choix de concentrer ici l'analyse sur des cas limites et/ou des cas difficiles. En effet, l'importance constitutionnelle comme la saillance sociale des questions de laïcité dans le débat politique et juridique national contemporain ont notamment pour conséquence logique que les études, rapports et enquêtes sur son sens et son régime juridique abondent. Dans ces conditions, l'intérêt d'une étude complémentaire tient précisément à la capacité préalable de l'équipe de recherche à identifier, au sein même de cette masse de littérature existante, les zones d'ombres et les angles morts. Au terme de cette réflexion, il nous a semblé utile d'orienter l'analyse dans deux directions principales : l'une, historique et spatiale, qui vise à souligner la variabilité voire le différentialisme des régimes de laïcité à travers le territoire national (**TITRE I**) ; l'autre, matérielle et thématique, qui vise à faire le point sur le sens et la portée conférés par les juges au principe de laïcité dans des domaines où il s'applique de manière classique (la fonction publique) ou renouvelée par l'intervention politique (le contentieux scolaire), ainsi que sur des sujets en lien avec les anxiétés causées par le pluralisme croissant des modes de vie (saisis ici à travers deux études portant l'une sur le contentieux familial et l'autre sur la circoncision) (**TITRE II**).

TITRE I- LA DIVERSITÉ DE LA LAÏCITÉ DANS LES JURIDICTIONS DE DIFFÉRENTS TERRITOIRES FRANÇAIS

Placé au frontispice de l'ordre constitutionnel de la Vème République, le principe de laïcité s'applique à ce titre et par hypothèse à l'ensemble des territoires de la République. Pourtant, le texte qui, historiquement, a constitué la base à partir de laquelle les juges ont progressivement défini l'économie générale du régime laïque qui s'applique en France -à savoir, la loi du 9 décembre 1905- est d'un statut bien différent. En effet, nombreux sont les espaces républicains auxquels elle ne trouve pas à s'appliquer. C'est notoirement le cas des départements d'Alsace et de Moselle, allemands au moment de l'adoption du texte, qui dessinent à ce titre une exception domestiquée dans le cadre constitutionnel ultérieur. Mais c'est aussi le cas de nombreux territoires d'outre-mer qui, pour des raisons historiques variables, sont soumis en matière de réglementation du culte et de la religion, à d'autres règles. Pour beaucoup, c'est notamment dans le passé colonial de la France que cette mosaïque d'une pluralité de régimes de laïcité trouve son origine. C'est la raison pour laquelle on choisit ici, dans un premier temps, de proposer une mise en perspective historique du principe de laïcité en opérant un retour sur l'histoire du droit colonial ; on établit ainsi que l'histoire coloniale du principe juridique de laïcité est bien plus pragmatique que principielle, faite d'accommodements et de dérogations bien plus qu'elle n'illustre le dogme de l'universalisme de la loi républicaine (**CHAPITRE I**). Portant ensuite le regard sur l'une des traces les plus fortes de ce passé colonial qui continue, à l'époque contemporaine, de fonder des règles largement dérogoratoires aux principes de droit dit commun, on fait le point sur ce que le cas singulier de Mayotte permet de comprendre du principe de laïcité (**CHAPITRE II**). Ces contributions permettant déjà de vérifier l'hypothèse d'une forte plasticité de la notion de laïcité, dont le sens et la portée sont donc éminemment variables dans le temps (colonial) et l'espace (ultramarin), on approfondit encore l'hypothèse analytique en posant la question d'une application variable de ce principe au sein même de l'espace métropolitain : y-a-t-il des « usages locaux » qui affectent le sens prêté au principe ? Le juge est-il fondé à s'y référer ? La tradition affecte-t-elle le sens, essentiellement ou partiellement religieux, prêté à certains signes et symboles ? C'est notamment à travers une étude portant plus spécifiquement sur la jurisprudence vendéenne que cette question est examinée -et qu'elle confirme une forme de bienveillance des juges vis-à-vis de la forte tradition catholique qui enserre l'histoire des départements du grand Ouest (**CHAPITRE III**).

CHAPITRE I- MISE EN CONTEXTE HISTORIQUE : LA LAÏCITÉ COLONIALE

Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ

Introduction : les différents régimes du culte en France métropolitaine et outre-mer

Section I - La mise à l'écart de la logique de séparation et de laïcité aux colonies

§1- Entreprise coloniale, droit colonial et juridicisation de catégories religieuses

§2- L'application de la loi de 1905 aux colonies

Section II- Connotations et alliances religieuses au cœur du projet colonial

§1- Religion, Républicanisme et Colonies

§2- Le cas de l'Algérie : l'exception impériale à la laïcité dans une logique de contrôle

§3- Ce que l'étude de la laïcité coloniale enseigne sur le droit et les acteurs juridiques à l'époque de la consolidation du projet républicain

A- Le rôle du droit dans l'entreprise coloniale

B- L'égalité universelle de la loi : un mythe déconstruit par le prisme colonial

Selon le décompte proposé par Ramu de Bellescize, ce sont plus de 3,5 millions de Français qui vivent encore aujourd'hui hors du régime déterminé par la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Eglises et de l'Etat⁵⁹¹ (voir encadré). De sorte que les spécialistes insistent sur l'importance qui s'attache à évoquer, au pluriel, *des* régimes des cultes en outremer pour traiter de la laïcité -et à voir dans ce principe constitutionnel un principe qui ne fait pas qu'unir mais « divise, aussi »⁵⁹², ne serait-ce que parce qu'il recouvre toujours simultanément une pluralité de régimes juridiques : « il y aurait finalement autant de régimes qu'il existe de territoires »⁵⁹³. D'aucuns évoquent même des labels locaux : Laurent Sermet parle ainsi, par exemple, de « laïcité réunionnaise »⁵⁹⁴. On sait en outre, au moins depuis 2013, que cet état du droit est conforme à la Constitution : « considérant... qu'il ressort tant des travaux préparatoires du projet de Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1^{er} que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, *qu'en proclamant que la France est une 'République... laïque', la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République* lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération des ministres du culte »⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ R. de Bellescize, *Droit des cultes et de la laïcité*, Gualino, 2017.

⁵⁹² C. Benalbaz, « Les outremer français », in F. Faberon dir., *Laïcité et Pluralisme Religieux*, PUAM 2018, p. 93.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 95.

⁵⁹⁴ L. Sermet, « Pays de l'Océan Indien », in F. Faberon, J.-Y. Faberon dir., *Religion et Société en Nouvelle Calédonie et en Océanie*, 2013, p. 205.

⁵⁹⁵ CC, QCP 2012-297 du 21 fév. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*.

Territoire	Population (actuelle)	Régime juridique
Bas-Rhin, Moselle et Haut-Rhin	2,8 millions	L. 1905 inapplicable ⁵⁹⁷ . Perpétuation régime concordataire des cultes reconnus
Guyane	252.300	Ordonnance royale du 27 août 1828 qui confie au gouverneur (aujourd'hui le préfet) la police extérieure du culte catholique ; par-delà, la gestion des biens cultuel relève d'un conseil d'administration des missions religieuses ou d'associations déclarées régies par la loi du 1 ^{er} juil. 1901
Mayotte	212.600	Décrets Mandel des 16 janv. 1939 et 6 déc. 1939
Nouvelle-Calédonie	268.000 personnes	
Wallis & Futuna	15.500	
Tahiti		
Iles Marquises (Polynésie)		
Saint Pierre et Miquelon		
Martinique		Décret du 6 fév. 1911 rend la loi de 1905 applicable
Guadeloupe		
Saint Barthélémy		
Saint Martin		
La Réunion		

Il importe de rappeler ces éléments car on résume trop souvent l'exception à la loi de 1905 aux territoires de l'Est de la France placés sous autorité allemande au moment de l'adoption de la loi de séparation⁵⁹⁸. Or derrière cet exemple emblématique, c'est bien une pluralité de situations juridiques diverses qui, toutes, organisent nombre de points de contact (juridiques, financiers, institutionnels) entre l'Etat et les cultes -et autant d'exceptions, partant, à la logique de la séparation. Ainsi par exemple, en Guyane, le préfet est encore aujourd'hui tenu de suivre la décision de l'Eglise de radier un prêtre ; et les membres du clergé sont rétribués sur le budget départemental⁵⁹⁹. De même, en

⁵⁹⁶ Pour d'avantage de précisions, on peut se référer au tableau figurant in fine : Circulaire du 25 août 2011, NOR IOCD1121265C, BOI 30 mai 2012 n°2011-08

⁵⁹⁷ La question s'est posée notamment en 1924 après qu'Edouard Herriot ait tenté de rendre la loi de 1905 aux départements reconquis ; mais un fort tollé politique et un avis défavorable du Conseil d'Etat (avis du 24 janvier 1925) eurent raison de cette initiative.

⁵⁹⁸ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 377 : « A côté du statut de l'Alsace-Moselle, la religion musulmane a constitué une autre exception majeure à l'application du régime de séparation de l'Etat et des cultes. Cette exception musulmane s'est aussi appliquée à d'autres situations coloniales [que l'Algérie] (protectorats, colonies traditionnelles, territoires d'OM) moins exemplaires sur le plan juridique... ».

⁵⁹⁹ CE, 1981, *Bébérec*, Rec. p. 358.

Polynésie, il existe un système de reconnaissance des Eglises protestantes⁶⁰⁰ et le régime en vigueur n'interdit pas leur financement et leur subvention publiques⁶⁰¹. Dans les territoires soumis aux décrets Mandel de 1939, l'acquisition de certains biens par les personnes morales de droit privé constituées par les missions religieuses est subordonnée à autorisation administrative⁶⁰².

Ces éléments statistiques et juridiques constituent le point de départ du présent chapitre, qui interroge sur ce qu'ils nous révèlent du droit français en général, et du principe de laïcité en particulier, dans leur dépendance à l'époque coloniale où se trouve l'origine de cette fragmentation de la laïcité en une pluralité de régimes juridiques. Plus encore, on cherchera ici à poser quelques pistes de réflexion sur ce que ce régime finalement très fragmenté nous révèle du rapport du droit républicain⁶⁰³ à l'Islam ? Car en effet, parmi les religions auxquelles la République a été confrontée à la faveur de l'entreprise coloniale, c'est bien l'Islam qui a suscité les réponses les plus extraordinaires ou notables. En particulier, comme le notent les auteurs du *Traité de droit français des religions*, « il n'y a jamais eu depuis la colonisation véritable séparation entre l'Etat français et l'Islam en tant que culte » ; « l'Islam constitue une des grandes exceptions de la laïcité française »⁶⁰⁴. Eu égard à l'écho dont on pressent bien que cette remise en perspective historique peut avoir au regard de nombre de débats contemporains qui intéressent le rapport de la laïcité, mais aussi de l'Islam, au droit et à la justice, on comprend l'intérêt d'inclure dans ce rapport de recherche ces quelques éléments de contextualisation historique.

Section I- La mise à l'écart de la logique de séparation et de laïcité aux colonies

Il est en effet intéressant de retracer les différentes manières par lesquelles la logique de la séparation portée par la loi de 1905 et, partant, l'économie générale du régime juridique de laïcité, ont été largement mis de côté par le droit colonial. Ceci se donne à voir *ab initio*, dans la mesure où le droit et l'entreprise coloniales passent largement (en amont de 1905) par l'antonyme de la séparation, à savoir le maniement et la production de catégories juridiques fondées sur la religion (§1). Cela se donne également à voir au plan technique après l'adoption du texte, lorsque se pose la question de son application (ou non) aux colonies (§2).

§1- Entreprise coloniale, droit colonial et juridicisation de catégories religieuses

L'entreprise coloniale passe par la juridicisation de catégories religieuses : d'emblée, elle met en place toute une série de distinctions entre, notamment, Français,

⁶⁰⁰ Décret du 23 janvier 1844 et Décret du 5 juillet 1927.

⁶⁰¹ CE, 16 mars 2005, Rec. p. 108 ou CAA Paris, 3 décembre 2003 ; AJDA 2005, p. 1463 et AJDA 2004, p. 774.

⁶⁰² F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 1355.

⁶⁰³ On peut bien en effet ici parler de « droit républicain » dans la mesure où, si l'expansion coloniale débute sans doute antérieurement à la République (et notamment sous la monarchie de juillet et le Second empire : conquête de l'Algérie (1830), installation dans les comptoirs de la Côte d'Ivoire et du Gabon, Cochinchine...), c'est véritablement sous la III^{ème} République qu'elle connaît son apogée (notamment à partir de 1885 : expansion en Afrique Noire et occidentale, et poursuite de la conquête en Asie (Tonkin, Annam, Laos) et que se posera plus nettement la question de la soumission au droit français des territoires conquis -ceci n'étant pas sans rapport avec l'importance de la « mission civilisatrice » qui joue un rôle crucial dans la congruence entre projet républicain et projet colonial.

⁶⁰⁴ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 376.

« musulmans » et « israélites »⁶⁰⁵. Dans une certaine mesure, la production de la catégorie « indigène »⁶⁰⁶, dont on connaît la longévité et l'importance⁶⁰⁷, permet précisément cette juridicisation : éminemment plastique, ses contours varient selon les rapports de pouvoirs locaux et donc, selon les situations coloniales⁶⁰⁸.

La catégorie même des indigènes est intéressante : invention juridique ayant notamment permis la dissociation entre la citoyenneté (réservée aux seuls Français) et la nationalité (reconnue à tous les sujets de l'empire⁶⁰⁹), elle est fondée sur un concept de race⁶¹⁰ qui n'est pas tant un concept biologique qu'un concept qui renvoie à « une communauté de valeurs et de règles de vie »⁶¹¹ -au cœur desquelles le statut personnel va vite jouer un rôle⁶¹²-clef. Il existe donc bien un autre rapport étroit entre la production coloniale de catégories juridiques et la religion⁶¹³.

Cette question du statut personnel est bien sûr capitale en tant qu'elle illustre de manière emblématique la manière dont l'exception musulmane a été parfaitement et durablement accommodée dans l'ordre juridique français pourtant proclamé et présenté comme universaliste, républicain etc. Les auteurs du *Traité de droit français des religions* évoquent d'ailleurs à ce propos un « non-dit communautaire du maintien du statut personnel musulman »⁶¹⁴. Et c'est bien d'une exception musulmane qu'il s'agit. On sait ainsi par exemple que les juifs d'Algérie, suite à la naturalisation collective opérée par le décret Crémieux de 1870 qui leur confère la citoyenneté française, perdent la possibilité de conserver ce statut personnel (la loi mosaïque). Et pour d'autres catégories d'indigènes, comme par exemple en Inde, on observe que la renonciation au statut personnel permet l'accession à la citoyenneté -ce qui ne sera jamais le cas pour les musulmans d'Algérie⁶¹⁵, pour lesquels il faut non seulement renoncer au statut mais encore être accepté dans la nationalité française après enquête et décision de naturalisation⁶¹⁶. Sans compter que ce parcours était semé d'obstacles : « le dossier devait être constitué de huit pièces différentes – dont un certificat de bonne vie et de

⁶⁰⁵ E. Saada, « Un racisme de l'exception », in D. Fassin, E. Fassin, dir., *De la question sociale à la question raciale*, La Découverte, 2006, p. 71.

⁶⁰⁶ E. Saada, « La loi, le droit et l'indigène », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2006/1, n°43, p. 165-190.

⁶⁰⁷ Notamment dans la mesure où elle détermine l'application du Code de l'indigénat, ensemble de restrictions aux libertés prenant la forme de pouvoirs dévolus aux autorités administratives, qui se consolide à partir de 1881. V. O. Le Cour Grandmaison, *De l'indigénat, Anatomie d'un « monstre » juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, La Découverte, 2010. V. aussi, sur la genèse algérienne de son régime (et son application prolongée en Nouvelle Calédonie) : I. Merle, A. Muckle, *L'Indigénat. Genèses dans l'Empire français, Pratiques en Nouvelle Calédonie*, Ed. du CNRS, 2019.

⁶⁰⁸ E. Saada, « Un racisme de l'exception », *op. cit.*

⁶⁰⁹ Patrick Weil parle d'une « nationalité de sujet » : « Le statut des musulmans en Algérie coloniale : Une nationalité française dénaturée », *Histoire de la justice*, 2005/1, n°16, pp. 93 à 109, p. 101.

⁶¹⁰ E. Saada, « La loi, le droit et l'indigène », *op. cit.* : sur la mesure dans laquelle la religion n'échappe pas à l'emprise des représentations raciales ; l'auteur renvoie notamment à un arrêt de 1903 d'où il ressort que la catégorie de « musulman » n'est pas confessionnelle mais raciale.

⁶¹¹ E. Saada, « Un racisme de l'exception », *op. cit.*

⁶¹² J. Surkis, « Propriété, polygamie et statut personnel en Algérie coloniale, 1830-1873 », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, 2010 [En ligne : <http://rh19.revues.org/4041>, consulté le 30 septembre 2016].

⁶¹³ Bien que cela aille bien au-delà de la portée de la thématique traitée, il importe de rappeler que la catégorie des indigènes est également entremêlée à celle du statut d'esclave, comme l'atteste notamment le fait que la loi du 24 avril 1833 n'assimile que les indigènes *libres* aux Français. En cela, l'entremêlement avec la question religieuse se poursuit puisque le statut d'esclave lui-même n'est pas détaché de considérations religieuses : les dispositions du Code noir concernant la famille et le mariage des esclaves ne s'appliquaient qu'aux esclaves catholiques. Sur cela, v. J. Lafon, « Histoire des droits coloniaux », in *Itinéraires. De l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 287, p. 328.

⁶¹⁴ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 381.

⁶¹⁵ A ceci près que, après la seconde guerre mondiale, le droit français et applicable en Algérie permet « la citoyenneté dans le statut ».

⁶¹⁶ P. Weil, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale : Une nationalité française dénaturée », *op. cit.*, p. 101.

bonnes mœurs – ; l'indigène devait se présenter devant le maire (décret du 21 avril 1866) ou l'autorité administrative et 'déclarer abandonner son statut personnel pour être régi par lois civiles et politiques françaises' ; une enquête administrative était effectuée sur la moralité, les antécédents et surtout la situation familiale du demandeur ; enfin, le dossier était transmis avec l'avis du préfet et celui du gouverneur au ministère de la Justice, puis au Conseil d'État, avant qu'un décret ne soit signé par le président de la République »⁶¹⁷. De même, on n'envisage pas pour eux la nationalité dans le statut, alors même que cette option existe dans le droit colonial -notamment dans les quatre communes françaises du Sénégal⁶¹⁸. Mais en ce qui concerne les musulmans, l'exclusion de la citoyenneté (dans ou hors le statut), qui résulte de considérations d'opportunité plus que de principe⁶¹⁹, reposera durablement sur ce marqueur du statut personnel qui empêche en toute hypothèse l'accès à la citoyenneté. La chose est d'autant plus importante que précisément, le statut personnel est analysé et présenté comme une caisse de résonance de l'identité religieuse⁶²⁰.

Ainsi, par les catégories mêmes que produit le droit colonial (les « Français musulmans », les « indigènes »...), ce dernier prend appui sur des distinctions religieuses. Plus avant, il leur fait produire la grande distinction entre nationalité et citoyenneté, au cœur de laquelle il place la question du statut personnel qui, renvoyant elle-même largement à l'identité religieuse des personnes, boucle le rapport étroit des catégories juridiques coloniales à la religion.

§2- L'application de la loi de 1905 aux colonies

Lorsqu'elle est votée, la loi de 1905 renvoie à une détermination réglementaire la question de son application aux colonies, celle-ci n'ayant pas été réglée lors des débats parlementaires (certains s'y opposant⁶²¹, d'autres se prononçant en faveur de cette option). L'article 43§2 du texte dispose ainsi que : « des décrets en Conseil d'Etat détermineront les conditions dans lesquelles la présente loi sera applicable en Algérie et aux colonies »⁶²². Une commission⁶²³ est alors nommée pour se pencher sur la question, présidée par Paul Dislère -celui-là même qui, conseiller d'Etat, président du conseil d'administration de l'Ecole coloniale et ancien directeur des colonies au Ministère de la Marine, est par ailleurs en charge de superviser la confection des décrets relatifs à l'application de la même loi en Algérie. C'est alors que se confectionne progressivement

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 102. P. Weil rapporte ainsi que de 1865 à 1915, seulement 2396 musulmans d'Algérie pourront bénéficier d'une naturalisation.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 101 ; voir aussi dans cet article des développements sur des tentatives ultérieures (notamment en 1919) de naturalisation dans le statut.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 100.

⁶²⁰ V. P. Weil, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale : Une nationalité française dénaturée », *op. cit.*, p. 100 : « le sénatus-consulte de 1865 oblige le musulman d'Algérie non pas à renier sa religion musulmane – il peut continuer de la considérer en tant que code moral et comme recueil de prescriptions religieuses –, mais à respecter le Code civil français, c'est-à-dire à ne plus pratiquer les cinq coutumes qui lui sont incompatibles : la polygamie ; le droit de djebir, qui permet à un père musulman de marier son enfant jusqu'à un certain âge ; le droit de rompre le lien conjugal à la discrétion du mari ; la théorie de « l'enfant endormi » qui permet de reconnaître la filiation légitime d'un enfant né plus de 10 mois et jusqu'à cinq ans après la dissolution d'un mariage ; enfin le privilège des mâles en matière de succession ».

⁶²¹ Parmi lesquels, de manière célèbre, Léon Gambetta, pour qui « l'anticléricalisme n'est pas un article d'exportation » : v. par ex. O. Saaïdia, « L'anticléricalisme article d'exportation ? Le cas de l'Algérie avant la première guerre mondiale », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2005/3, n°87, pp. 101 à 112.

⁶²² Pour mémoire, l'Algérie n'est pas juridiquement parlant une colonie française, mais un ensemble de départements. Le régime colonial au sens strict se rencontre pour l'essentiel en Afrique noire. Il existe également des protectorats (régimes conventionnels de droit international public) en Tunisie et au Maroc. On revient sur ce point *infra*.

⁶²³ Commission du régime des cultes pour les colonies.

ce que Raberh Achi nomme de manière éloquente « l'exception impériale à la laïcité »⁶²⁴ -mais qu'Emmanuelle Saada considère comme consubstantiel plutôt que dérogatoire à la laïcité⁶²⁵ : en tant que telle, la loi de 1905 ne sera en effet jamais pleinement appliquée aux colonies. Dans de nombreux territoires coloniaux, on décide au contraire (mais seulement plus de trente ans après le vote de la loi de 1905), via les décrets Mandel, de maintenir des mécanismes de financement public des cultes ; en Algérie, le décret de 1907 qui officiellement rend la loi de séparation applicable la vide, en réalité, de son sens⁶²⁶ ; et ailleurs, c'est un pragmatisme casuistique et mosaïque qui caractérise bien mieux la situation que l'universalisme de la loi républicaine⁶²⁷. C'est qu'en vérité, la question religieuse et les réponses qui lui furent apportées par le pouvoir colonial sont emblématiques de la tension entre assimilation et association⁶²⁸ qui va travailler l'expérience coloniale pendant l'essentiel de sa durée : si les travaux d'historien-nes semblent tous converger autour de l'idée que dans ses origines tant théoriques qu'historiques, le projet colonial passe par des périodes d'ambition essentiellement assimilationniste⁶²⁹ (emblématique de ce point de vue est la promulgation du Code civil au Sénégal en 1830⁶³⁰), nombre d'entre eux documentent, avec des chronologies variables selon le terrain colonial d'observation, des renoncements réalistes ou politiques à cette ambition et le repli sur un modèle de simple association qui permet voire suppose de maintenir les spécificités locales -au premier rang desquelles on trouve souvent le régime des cultes. La Convention portant capitulation de la ville d'Alger le 5 juillet 1830 concède ainsi que « l'exercice de la religion mahométane restera libre ». Certes, elle ne sera en cela guère respectée tant l'exercice comme l'organisation du culte musulman seront progressivement subordonnés ; mais ailleurs, c'est au fil du temps une logique de l'aménagement (sinon de l'accommodement) qui s'impose au détriment de l'association comme principe de gouvernement : il est tout simplement trop complexe d'imposer aux indigènes nombreux et hostiles les règles qui encadrent les relations sociales en métropole⁶³¹.

Dès lors, le régime juridique de la laïcité tel qu'il existe depuis le milieu du XIX^{ème} jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, pour peu qu'on veuille bien considérer le droit

⁶²⁴ R. Achi, *Laïcité d'empire. Socio-histoire de l'administration de l'islam en Algérie à la période coloniale : entre discipline républicaine et régime d'exception (1905-1962)*, Thèse d'histoire en cours, Université Paris 1, v. notamment chapitre 3.

⁶²⁵ E. Saada, « Un racisme de l'exception », *op. cit.*, p. 71 : « la laïcité ne s'est pas contredite aux colonies ; elle s'y est constituée, dès le moment révolutionnaire ».

⁶²⁶ Sur ce décret, v. *infra* p. 250 et s.

⁶²⁷ V. aussi E. Foster, *Religion, Politics and Colonial Rule in French Senegal (1880-1940)*, Stanford University Press, 2013.

⁶²⁸ Sur laquelle : v. J. Lafon, « Histoire des droits coloniaux », *op. cit.*, p. 316.

⁶²⁹ Et l'on comprend bien, en ce sens, que certains aient pu voir dans le principe de laïcité une des clefs de « l'assimilationnisme juridique » : G. Coralie, « Espace religieux et contraintes juridiques en Guadeloupe : la loi de 1905 à l'épreuve des 100 ans », in J. Baubérot, J.-M. Régnault, *Les relations entre l'Eglise et les autorités en outremer de 1945 à nos jours*, Les Indes Savantes, 2007.

⁶³⁰ V. aussi les propos de l'explorateur Gustave Le Bon lors du Congrès International pour l'Etude des Questions Coloniales qui se tient à Paris en 1889, qui veut « donner à toutes ces colonies des institutions, des lois, une organisation identique à celles de nos départements français », cité par E. Saada, « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *Mil Neuf Cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2009/1, n°27, pp. 103-116, p. 105. De manière générale, il semble toutefois que la « politique arabe » de Napoléon III était plus lâche qu'assimilationnisme, et que c'est surtout vers le dernier tiers du 19^{ème} siècle que cette option-là est théorisée et défendue : v. P.-J. Luizard, « La République et l'islam à l'épreuve des modernités », *AOC Analyse Opinion Critique*, 19 juin 2019.

⁶³¹ Pour E. Saada, « l'émergence d'une réflexion sur les coutumes indigènes [et donc, de la logique de l'association au détriment de l'assimilation] a partie liée à trois processus : le constat de plus en plus clairement exprimé dans le dernier tiers du siècle par les administrateurs et juristes coloniaux de l'impossibilité d'appliquer les règles métropolitaines aux populations indigènes et de la nécessité de les gouverner par leur droit, le tournant relativiste de la doctrine juridique – points sur lesquels nous allons revenir – et la montée en puissance de la sociologie universitaire » : « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *op. cit.*, p. 113.

français dans l'intégralité y compris impériale de son régime juridique alors effectivement en vigueur, ne saurait être décrit autrement que comme un régime mosaïque, fragmentaire, différentialiste et, en fin de compte, éminemment complexe. Or cette complexité extrême du régime juridique applicable dans l'empire colonial joue à la faveur du colonisateur : c'est lui le « maître du jeu » de la détermination de l'application du droit local ou du droit français -qu'il s'agisse du statut personnel⁶³² ou des lois laïques.

Bien sûr, la loi de 1905 n'est pas la seule loi pour laquelle la question de son application aux colonies a été épineuse. Cela tient à différents facteurs. Le premier est structurel au droit colonial : depuis le sénatus-consulte du 3 mai 1854⁶³³, l'empire est, en quelque sorte, de compétence réglementaire⁶³⁴. Le second est une confirmation de ce qui se donne à voir avec la question de l'application de la loi de 1905 aux colonies : car en effet, parmi l'ensemble de l'œuvre législative métropolitaine, il faut souligner que la question de l'application des lois semble plus particulièrement complexe ou problématique dès lors qu'il s'agit de lois ayant un impact sur l'économie du régime des cultes. Il en va ainsi, notamment, de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations ou de la loi de 1904 sur les congrégations religieuses : deux textes qui, précisément parce qu'ils avaient un impact sur le régime des cultes, ont suscité (dès avant l'adoption de la loi de séparation) des interrogations relatives à leur applicabilité à l'empire colonial⁶³⁵. C'est ce qu'Emmanuelle Saada appelle la 'realpolitik coloniale'⁶³⁶, ce pragmatisme qui gouverne la réalité de l'oscillation entre modèle assimilationniste et modèle associatif d'emprise coloniale. Le résultat, c'est un régime de laïcité aux frontières variables et complexes : « Comme le Code civil, le concordat -et par voie de conséquence, la séparation- avait des frontières : la France métropolitaine... Outre-mer, c'était selon »⁶³⁷.

⁶³² J. Lafon, « Histoire des droits coloniaux », *op. cit.*, p. 338 : « Dans beaucoup de statuts personnels coloniaux, toutes les questions concernant la propriété foncière sont écartées. C'est ainsi que l'Etat français a repris dans les colonies la théorie du domaine public et du domaine privé... le contenu de ce que l'on appelle improprement le statut personnel est à géométrie variable ; Tantôt il débordait largement du droit familial, tantôt il est limité précisément. Le colonisateur peut d'ailleurs introduire dans ces matières le droit français, il l'a fait en introduisant l'état civil. En cas de silence du droit traditionnel, on lui substitue le droit français qui devient supplétif. D'autre part, tout ce qui est contraire au droit français sera annulé ».

⁶³³ Relatif à la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, le sénatus-consulte de 1854 prévoit en effet une compétence réglementaire supplétive dans ces territoires ; il dispose en outre que : « Les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, seront régies par décrets de l'Empereur, jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un sénatus-consulte ».

⁶³⁴ G. Peiser, « Droit administratif et colonisation », in G. Guglielmi, *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 217, p. 221 : « le législateur de droit commun outre-mer était en principe le gouvernement français. Depuis le sénatus consulte de 1854, les colonies sont régies par décret ».

⁶³⁵ Avec des résultats différents dans le détail desquels il n'est pas nécessaire de rentrer ici. Ainsi par exemple, en Afrique Occidentale Française (AOF), la loi de 1904 a été immédiatement rendue applicable par un décret du 7 juillet de la même année portant suppression de l'enseignement congréganiste (« les missions catholiques se virent supprimer les subventions et durent fermer leurs écoles. Toute nouvelle fondation de mission fut interdite » : M. Somé, « La politique religieuse de la France à l'égard des missions étrangères en AOF (1900-1945) », in O. Saaïdia, L. Zerbini, *L'Afrique et la mission. Terrains anciens, questions nouvelles*, Karthala, 2015, p. 145. V. aussi : J. R. de Benoist, « Laïcité et Laïcisme au Sénégal au 20^{ème} siècle », in P. Delisle, M. Spindler dir., *Les relations Eglise Etat en situation post-coloniale*, Karthala, 2003, p. 231. En revanche, au Dahomey, le gouverneur estimait que l'enseignement confessionnel « constituait un appoint aux efforts civilisateurs de la France et trouvait donc aberrante » l'application d'un décret comparable (M. Somé, « La politique religieuse de la France à l'égard des missions étrangères en AOF (1900-1945) », *op. cit.*).

⁶³⁶ E. Saada, « Un racisme de l'exception », *op. cit.*

⁶³⁷ E. Poulat, in *Liberté, Laïcité. La guerre des deux France et la modernité*, cité par P. Coulon, « La séparation en Afrique Equatoriale Française (1905-1921) », in J.-P. Chantin, D. Moulinet, dir., *La Séparation de 1905. Les hommes et les lieux*, Ed. de l'Atelier, 2005, p. 185.

Pour résumer, ce qui se joue entre la fin du 19^{ème} siècle et le premier quart du 20^{ème} siècle est largement paradoxal : en effet, alors même qu'en métropole, la période est marquée par le paroxysme du laïcisme et une insistance très grande sur l'importance de la séparation (la nécessité de libérer la puissance publique de l'empire de la religion), c'est une partie bien différente qui se joue dans les colonies (et l'Algérie) où, au contraire, le discours laïque place la religion au cœur des sociétés islamiques⁶³⁸. Les auteurs du Traité de droit français des religions écrivent ainsi : « on ne saurait oublier [...] que l'époque où le combat pour la laïcité s'est révélé le plus acharné en métropole a coïncidé parfaitement avec un demi-siècle où la France se posait sur la scène coloniale internationale en grande puissance musulmane »⁶³⁹. Cette dualité de facettes se donne encore à voir, à l'époque, à travers le rôle spécifique du Conseil d'Etat. Comme le montre Raberh Achi, « les combats en faveur de la laïcité » et « la légalisation de la colonisation » constituent deux terrains majeurs au Conseil d'Etat tant à la fin du 19^{ème} siècle qu'au début du 20^{ème}. Or il joue dans l'un et l'autre cas des rôles bien différents : « alors qu'il contribua à faire émerger une interprétation plutôt libérale de la législation des cultes pour la métropole, il se montra davantage soucieux, s'agissant de l'Algérie, des conséquences politiques de la nouvelle loi sur la domination coloniale »⁶⁴⁰.

Section II- Connotations et Alliances religieuses au cœur du projet colonial

§1- Religion, Republicanisme et Colonies

L'expérience coloniale française apparaît à de nombreux auteurs comme spécifique notamment du fait d'une forme de « nationalisme messianique »⁶⁴¹ qui l'accompagne et l'imprègne, éloignant le modèle d'un pur modèle d'exploitation économique⁶⁴². Il ressort aussi des travaux les plus stimulants sur le sujet que cette dimension civilisatrice a beaucoup à voir avec l'engagement actif d'acteurs et de théoriciens du projet républicain dans l'entreprise coloniale. Dans des registres différents, Alice Conklin, Jacques Lafon ou Nicolas Bancel et Pascal Blanchard ont tous montré combien la structure duale du *credo* républicain envers non seulement l'unité du genre humain mais aussi les idées de progrès, d'élévation et d'éducation à la cause a joué un rôle crucial dans « l'intégration parfaite » du projet colonial dans le système idéologique du républicanisme⁶⁴³. On dispose aujourd'hui de nombreux indices de ce que la foi en l'unité du genre humain n'est alors pas incompatible avec l'idée de classifications raciales, ou même de leur inégalité (et donc, de leur relation hiérarchique). Alice Conklin explique ainsi que d'un côté les races inférieures sont dites

⁶³⁸ O. Saaïdia, « L'anticléricalisme, article d'exportation. Le cas de l'Algérie avant la Première guerre mondiale », *XXème siècle*, 2005, vol. 3, n°87, p. 101.

⁶³⁹ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 377.

⁶⁴⁰ R. Achi, *Laïcité d'empire. Socio-histoire de l'administration de l'Islam en Algérie à la période coloniale : entre discipline républicaine et régime d'exception (1905-1962)*, thèse d'histoire en cours, chapitre III.

⁶⁴¹ J. Lafon, « Histoire des droits coloniaux », *op. cit.*, p. 296. L'auteur explique ainsi la possibilité, malgré tout ce qui les sépare, de faire un parallèle entre des figures telles que Guizot et Jules Ferry : l'engagement de ces deux figures dans la question éducative illustre bien la manière dont on retrouve, dans le discours colonialiste, ce souhait de « faire bénéficier le monde entier des bienfaits de la civilisation ».

⁶⁴² L'historienne Alice Conklin a écrit l'ouvrage de référence sur la mission civilisatrice dans le projet colonial français : A. Conklin, *A Mission to Civilize. The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford University Press, 1997.

⁶⁴³ N. Bancel, P. Blanchard, « Les origines républicaines de la fracture coloniale », in P. Blanchard, N. Bancel et S. Lemaire dir., *La fracture coloniale*, La Découverte, 2005, p. 35, p. 37, p. 38.

telles mais que, d'un autre côté, elles sont pensées comme capables d'élévation⁶⁴⁴ -et qu'il en va là d'une des justifications essentielles de la mission civilisatrice qui occupe le cœur du projet républicain, tant dans ses itérations domestiques (via, notamment, la question scolaire et le développement de l'enseignement public) qu'impériales (via la politique de conquête et d'assujettissement colonial). A cet égard, le Jules Ferry de l'école publique et celui du grand discours prononcé au soutien du projet colonial en décembre 1885⁶⁴⁵ sont bien le même homme.

S'il y a ainsi une forme de messianisme dans le *credo* républicain⁶⁴⁶ du progrès, de l'éducation et du processus de civilisation, cette connotation religieuse du projet républicain colonial se prolonge dans des collaborations institutionnelles et politiques actives entre pouvoir colonial et cultes, en de nombreux lieux de l'empire. Il faut bien garder à l'esprit le fait que, sur de larges pans de ce qui allait progressivement être unifié en un empire colonial français -le second par ordre d'importance-, les missions religieuses avaient précédé les colons. Ceci explique en partie que l'entreprise coloniale ait largement pris appui sur les institutions et communautés religieuses, notamment catholiques⁶⁴⁷, à la fois pour repousser les influences étrangères et asseoir l'autorité nationale⁶⁴⁸, mais aussi pour asseoir l'autorité coloniale proprement dite. Antoine Léon indique ainsi que, si le ministère développe une politique d'incitations (notamment financières) aux missions religieuses, c'est notamment sur le fondement de l'idée que la présence du clergé contribue à l'apaisement tant des colons que des colonisés⁶⁴⁹. Ces collaborations sont documentées en tous points de l'Empire⁶⁵⁰ et jouent un rôle si important (notamment en ce qui concerne celles avec l'Eglise catholique) qu'Oissila Saaïdia peut écrire que « l'Eglise constitue avec l'armée et l'autorité civile l'un des trois piliers de l'ordre colonial »⁶⁵¹.

Pour de nombreux auteurs, c'est un véritable « pacte colonial » qui se noue entre l'Etat colonial et les missions catholiques⁶⁵² : le clergé colonial et l'Etat font ainsi converger leurs efforts, à la faveur de l'entreprise coloniale, pour asseoir une mission civilisatrice dans laquelle la religion joue un rôle. A la faveur de ce processus, certains

⁶⁴⁴ A. Conklin, *A Mission to Civilize. The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, *op. cit.*, p. 176 : mesures « humanize colonial peoples and naturalize their inferiority in equal measure ».

⁶⁴⁵ A propos duquel Pascal Blanchard et Nicolas Bancel soulignent qu'il est un moment de basculement, de « fusion des visions républicaine et coloniale », là où le projet colonial demeurerait plus discuté chez les républicains au cours des années et décennies précédentes : « Les origines républicaines de la fracture coloniale », *op. cit.*, p. 39.

⁶⁴⁶ Expression empruntée à V. Zuber, *Le culte des droits de l'homme*, Gallimard, 2014.

⁶⁴⁷ Les points de contact n'existent pas qu'avec le clergé catholique mais aussi avec les autorités religieuses locales ; mais alors, la logique est différente : ce sera plutôt une logique de contrôle. On revient sur ce point *infra*.

⁶⁴⁸ Notamment en luttant contre la propagande protestante, dans un espace impérial où les puissances européennes sont en lutte et où le monde anglo-saxon protestant a une longueur d'avance ; v. A. Léon, *Colonisation, Enseignement et Education. Etude historique et comparative*, L'Harmattan, 1991.

⁶⁴⁹ A. Léon, *Colonisation, Enseignement et Education. Etude historique et comparative*, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁵⁰ V. par ex. à propos du bouddhisme dans les colonies indochinoises : C. Keith, « Catholicisme, bouddhisme et lois laïques au Tonkin (1899-1914) », *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*, 2005/3, n° 87, pp. 113 à 128, dont l'étude établit : « les inquiétudes de l'administration républicaine au sujet des droits associatifs des bouddhistes d'une part, celles des catholiques au sujet de la récupération des terres de la Mission par les bouddhistes d'autre part » et la manière dont, « confrontées à la perspective d'une application des lois laïques, les deux parties en sont venues à converger », pour conclure que « la décision de ne pas appliquer la législation laïque au Tonkin ne témoigne pas simplement de la place du catholicisme dans le colonialisme français, mais illustre aussi la manière dont l'idéologie coloniale s'est adaptée à l'environnement religieux ».

⁶⁵¹ O. Saaïdia, « L'Autre France face à la séparation », in J.-P. Chantin, D. Moulinet dir., *La Séparation de 1905. Les hommes et les lieux*, Ed. de l'Atelier, 2005, p. 171, p. 172.

⁶⁵² O. Saaïdia, « L'anticléricisme, article d'exportation. Le cas de l'Algérie avant la Première guerre mondiale », *XXème siècle*, 2005, vol. 3, n°87, p. 101.

estiment que « la mission civilisatrice se laïcise » au sens où elle n'est plus le fait exclusif de missions religieuses, dans la mesure où elles opèrent désormais en accord ou en renfort de l'entreprise coloniale. Autrement dit, le droit va « remplacer la religion » et « [motiver] la colonisation » : « il n'est plus question de répandre la religion chrétienne comme cela était le cas jusqu'à la moitié du 18^{ème} siècle mais d'étendre la civilisation européenne »⁶⁵³.

Cette convergence entre l'entreprise coloniale et l'entreprise missionnaire est d'autant plus intéressante qu'elle permet de mettre en lumière des éléments essentiels à la compréhension du projet républicain : l'étude du droit colonial permet en effet de comprendre que la République (le républicanisme) repose sur une « interpénétration de l'idéal missionnaire et de l'idéal colonial »⁶⁵⁴ : « tout indique que le projet colonial s'intègre parfaitement au système idéologique émergent du républicanisme »⁶⁵⁵. On explique ainsi le ralliement massif de ceux qui se déclaraient alors républicains au projet colonial : Jules Ferry, Léon Gambetta, Emile Combes, Jean Jaurès⁶⁵⁶. Ils croient au « bonheur par le progrès »⁶⁵⁷.

§2- Le cas de l'Algérie : l'exception impériale à la laïcité dans une logique de contrôle

Il est particulièrement éclairant de ce point de vue de s'attarder sur l'exemple spécifique de l'Algérie -à la fois parce qu'il est le plus documenté et parce que nombre de spécialistes considèrent que l'Algérie a constitué à bien des égards un des laboratoires essentiels du droit colonial.

En fin de compte, la loi de séparation deviendra formellement ou officiellement applicable en Algérie ; mais le décret du 29 septembre 1907 « portant application » de la loi du 9 décembre 1905 aux différents cultes présents en Algérie fourmille en réalité de tant de dérogations qu'il vide en réalité la loi assez largement de sa substance⁶⁵⁸. Frank Fregosi écrit ainsi : « bien qu'un décret du 27 septembre 1907 eut prévu l'extension des dispositions de la loi de 1905 aux trois départements algériens, le principe de la séparation des cultes d'avec la République resta lettre morte en Algérie, la puissance publique maintenant le culte musulman (et temporairement les autres cultes) sous sa tutelle, les républicains faisant preuve en matière de politique religieuse en Algérie d'un gallicanisme étroit, preuve que la laïcité pas plus que l'anticléricalisme n'étaient de bons produits d'exportation ! »⁶⁵⁹. Et l'analyse juridique est à l'unisson : « quelles qu'aient pu être, en France, les fluctuations du débat sur le rapport Etat/religion, en Algérie, c'est

⁶⁵³ S. Kodjo-Grandvaux, « Discours coloniaux et réception des droits africains : entre négation et re-construction », in G. Koubi dir., *Droit et colonisation*, Bruylant, 2005, p. 53, p. 56.

⁶⁵⁴ J. Lafon, « Histoire des droits coloniaux », in *Itinéraires. De l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 287, p. 303.

⁶⁵⁵ N. Bancel, P. Blanchard, « Les origines républicaines de la fracture coloniale », in P. Blanchard, N. Bancel et S. Lemaire dir., *La fracture coloniale*, La Découverte, 2005, p. 35, p. 37.

⁶⁵⁶ La pensée de Jean Jaurès évoluera sur cette question, même si Jacques Lafon précise que sa prise de distance tardive vis-à-vis du colonialisme procède davantage de préoccupations liées à la paix internationale qu'à la problématique de l'oppression des peuples colonisés. Jules Ferry quant à lui sera un fervent colonialiste (actif dans la conquête de l'Indochine), y compris du fait d'une croyance en l'inégalité et la hiérarchie raciales, combinée le cas échéant avec des proclamations de foi en l'universalité du genre humain, temporairement traversé d'inégalité cependant par le « retard » pris par certains peuples sur la voie du progrès.

⁶⁵⁷ J. Lafon, « Le bonheur colonial », in *Itinéraires. De l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, p. 269.

⁶⁵⁸ A. Bozzo, « Islam et République, une longue histoire de méfiance », in P. Blanchard, N. Bancel et S. Lemaire dir., *La fracture coloniale*, La Découverte, 2005, p. 82.

⁶⁵⁹ F. Fregosi, « Islam et État en Algérie. Du gallicanisme au fondamentalisme d'État », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 1992, n°65, p. 61, p. 62.

une absence totale de séparation entre les deux qui prévaudra pendant toute la colonisation au prix, souvent, d'une trahison de l'esprit des textes applicables à l'Algérie »⁶⁶⁰.

En outre, le régime de surveillance et de contacts étroits entre le pouvoir colonial et les cultes, fait d'autorisations et de déclarations préalables à l'exercice du culte, ne sera en outre pas bouleversé par cette entrée en vigueur, retardée mais formellement incontestable, de la loi de 1905 en Algérie. Apparemment, le changement de régime juridique a opéré dans une « quasi-indifférence » car « force est de reconnaître, *a posteriori*, que la situation pour les fidèles est identique avant et après la Séparation » ; « le contrôle des cultes se poursuit »⁶⁶¹. Oissila Saaïdia considère donc, au terme de son étude sur l'islam et l'Eglise catholique en Algérie au cours de la période coloniale, que l'Etat français s'y est « refusé à être un Etat laïque »⁶⁶². Elle considère même, en réalité, que les connotations et collaborations entre l'entreprise coloniale et les cultes a été telle en Algérie que le droit colonial y aurait inventé et produit le « culte musulman »⁶⁶³. Dès 1835, explique-t-elle, « des fonctionnaires français interviennent dans la gestion de l'islam » ; et une circulaire de 1851 constitue « l'acte de naissance du culte musulman »⁶⁶⁴. Plus avant, ce texte participe de la production d'un « islam officiel » -que d'aucuns considèrent de ce fait comme un « islam unique au monde »⁶⁶⁵. Une hiérarchie est ainsi créée entre les mosquées. Un corps de « fonctionnaires de Dieu » est institué - contrôlé et rémunéré. Des circonscriptions religieuses sont délimitées. Des lieux de cultes sont financés.

Parmi les nombreuses dérogations à la logique de séparation inscrites dans le décret du 27 septembre 1907, celle qui paraît à la fois la plus flagrante et la plus documentée grâce notamment aux travaux de Raberh Achi ⁶⁶⁶ est la création d'indemnités de fonction (initialement présentées comme temporaires mais finalement prorogées de manière répétée⁶⁶⁷) pour les ministres du culte. Or, « à force, [ces indemnités] étaient progressivement assimilées à de véritables traitements, révélant certaines analogies avec les régimes concordataires et alsacien mosellan » ; de sorte que « au gré des prorogations, ce régime juridique trahissait son objectif principal, celui de maintenir des ministres du culte musulman incarnant un 'islam officiel' face aux puissantes confréries religieuses, ainsi que de préserver, selon l'expression du

⁶⁶⁰ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 378.

⁶⁶¹ O. Saaïdia, *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'Etat 1830-1914*, p. 344.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 348 : « En Algérie, dès 1905, l'Etat s'affirme comme un Etat laïque tout en contrôlant le culte musulman. Pour le catholicisme, on peut penser à un avatar du césaro-papisme dans la mesure où, après la séparation, l'Eglise ne bénéficiera pas d'un statut officiel tout en restant l'interlocuteur privilégié bien qu'officieux au regard de la loi ».

⁶⁶³ O. Saaïdia, *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'Etat 1830-1914, op. cit.*

⁶⁶⁴ L'auteure explique que, notamment parce que sont exclues de cette définition la justice et l'école, la définition ainsi produite du culte musulman diffère considérablement (ne recoupe que partiellement) de l'islam. Cette circulaire classait les établissements religieux en cinq catégories suivant leur importance et leur lieu de localisation et divisait le personnel du culte en deux catégories : "personnel supérieur" regroupant les imams et les muftis et "personnel inférieur", le reste des desservants traditionnels (muezzin, lecteur de Coran...) (v. F. Fregosi, « Islam et Etat en Algérie. Du gallicanisme au fondamentalisme d'Etat », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 1992, n°65, p. 61).

⁶⁶⁵ Alfred Le Chatelier, professeur au Collège de France, écrit ainsi dans une lettre à un conseiller d'Etat en 1910 : « en 80 ans, nous y [en Algérie] avons fabriqué un islam unique au monde, sans habous, avec des mosquées administratives, des dévots recensés, des cadis fonctionnaires, un pèlerinage à la Mecque à autorisation », cité par R. Achi, « Laïcité d'empire. Les débats sur l'application du régime de séparation à l'islam impérial », in P. Weil, *Politiques de la laïcité au 20^{ème} siècle*, PUF, 2007, p. 237.

⁶⁶⁶ Et notamment : R. Achi, « Le Conseil d'Etat, gardien de l'exception impériale », in Comité d'histoire du Conseil d'Etat, *Le Conseil d'Etat et l'évolution de la France d'outre mer. De l'Ancien Régime à la décentralisation*, Dalloz, 2006, p. 140.

⁶⁶⁷ V. les décrets du 17 sept. 1917, 31 août 1922, 25 sept. 1932, 19 mai 1941 analysés par R. Achi, « Le Conseil d'Etat gardien de l'exception impériale », *op. cit.*, p. 179.

gouverneur Jonnart, un clergé catholique national »⁶⁶⁸. Ce faisant, le projet colonial a progressivement supplanté l'anticléricisme⁶⁶⁹.

La fonctionnarisation des cultes est en effet fort prononcée en Algérie ; et elle affecte le culte musulman de manière nettement spécifique. Ainsi, alors même que l'Etat a pu manifester, au fil du temps, des velléités de contrôle des prêtres et missionnaires, au point de « chercher à faire reconnaître par le juge administratif qu'ils ont un statut comparable à celui des fonctionnaires », il se heurte à l'opposition du Conseil d'Etat qui « refuse de suivre cette voie et transpose aux colonies les garanties d'indépendance qui entourent le clergé métropolitain, notamment pour les règles d'affectation et de mobilité »⁶⁷⁰. Rien de tel, toutefois, lorsqu'est en cause le culte musulman : c'est ici la logique de la fonctionnarisation qui domine et tend à s'appliquer à de très larges catégories de personnels : muftis, imams, moudarris [enseignants], mouazzims, hazzabs [personnel chargé du culte] et... jusqu'aux balayeurs affectés à chaque établissement religieux⁶⁷¹.

En réalité, le culte musulman est devenu très dépendant de l'Etat (français). Cette dépendance est d'abord matérielle et financière. La dépossession des biens habous⁶⁷², notamment les mosquées et autres fondations pieuses, qui sont incorporés au domaine de l'Etat et, le cas échéant, affectés à d'autres usages, en constitue une cause première. Elle est également institutionnelle. Un arrêté du général en chef de 1848 crée même un service de l'administration civile indigène chargé du contrôle du culte musulman⁶⁷³. Cette logique de contrôle ira d'ailleurs en s'intensifiant au fil du temps : « c'est même dans les années 1930 que la tutelle de l'Etat sur la religion musulmane sera la plus forte avec la fameuse circulaire Michel du préfet d'Alger qui, en mai 1933, confirmera le contrôle de l'administration sur le recrutement du personnel cultuel musulman et réglementera le droit de prêcher dans les mosquées. Peu de temps après, un comité consultatif du culte musulman sera créé avec à sa tête un fonctionnaire français, non musulman »⁶⁷⁴. Au-delà de la stricte question de l'administration des cultes, il faut noter que le secteur de la justice n'est pas en reste, qui voit émerger une « justice musulmane » subordonnée à l'organisation judiciaire française : « des juges français sont appelés à se prononcer 'en matière musulmane' (ou en matière de coutumes kabyles) tandis qu'une chambre de révision musulmane est créée en 1892 auprès de la Cour d'Appel d'Alger »⁶⁷⁵.

Plus avant, il est établi par plusieurs historiens que le gouvernement colonial joue une part active dans la production même de ses interlocuteurs culturels pour ce qui est de la gestion du culte musulman. Ainsi, alors que des associations culturelles ont pu être créées « sans problème majeur »⁶⁷⁶ pour les autres cultes, il n'en va pas de même en ce qui concerne l'islam. « C'est ainsi que, pour donner un semblant d'exécution à une loi

⁶⁶⁸ R. Achi, « Le Conseil d'Etat, gardien de l'exception impériale », *op. cit.*, p. 188.

⁶⁶⁹ O. Saaïdia, « L'autre France face à la séparation », *op. cit.*, p. 174.

⁶⁷⁰ CE, 14 janv. 1898, Abbé Lancelot, cité in L. Wauquiez-Motte, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 79.

⁶⁷¹ A. Bozzo, « Islam et citoyenneté en Algérie sous la IIIe République : logiques d'émancipation et contradictions coloniales (exemple des lois de 1901 et 1905) », in P.-J. Luizard, *L'Islam et le choc colonial. Les politiques religieuses des puissances coloniales en terre d'Islam*, La Découverte, 2006, p. 197, p. 208.

⁶⁷² Les biens habous sont des « instituts de droit musulman assimilables à des fondations pieuses dont les revenus sont destinés traditionnellement à financer, entre autres buts charitables, l'entretien des lieux de culte, les imams et les maîtres des écoles coraniques » : A. Bozzo, « Islam et République, une longue histoire de méfiance », *op. cit.*, p. 82.

⁶⁷³ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 379.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 380.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 382.

⁶⁷⁶ A. Bozzo, « Islam et citoyenneté en Algérie sous la IIIe République : logiques d'émancipation et contradictions coloniales (exemple des lois de 1901 et 1905) », *op. cit.*, p. 215.

inapplicable à l'Islam en l'état des choses, on décide la création de trois associations cultuelles musulmanes, au niveau des trois préfectures, et sous l'égide du préfet, lesquelles, autorisées à collecter des dons, allaient malgré tout continuer à recevoir les sommes inscrites au budget pour le culte musulman »⁶⁷⁷. On parle donc bien d'associations « créées de toutes pièces par l'administration et strictement contrôlées, voire infiltrées par la police, au niveau des trois préfectures algériennes, pour leur permettre de continuer de toucher les subventions administratives »⁶⁷⁸.

De manière plus générale, on observe que sur une variété de sujets allant du financement public des lieux de culte à la mise en place d'un régime d'autorisation préalable pour nombre de pratiques cultuelles (parmi lesquelles, de manière emblématique, le départ en pèlerinage à La Mecque), c'est un régime bien éloigné de la logique de séparation sur laquelle repose la loi de 1905 qui se met en place.

Ce qu'il importe de comprendre dans la spécificité de cette production coloniale et républicaine d'un régime des cultes et de la laïcité c'est qu'il se justifie essentiellement par une logique de contrôle. Ceci est vrai pour l'ensemble des cultes auxquels il trouve à s'appliquer, dans et hors de la loi de 1905. Oissila Saaïdia explique ainsi que même si l'islam joue un rôle central dans la politique religieuse de l'Etat français en Algérie, l'Eglise catholique n'est pas en reste (l'auteure tient en revanche le judaïsme et le protestantisme pour moins importants de ce point de vue⁶⁷⁹). Certes, elle est globalement plus favorisée ; et la marque que lui imprime le droit colonial est moins grande dans la mesure où, au moment où le culte catholique est « importé » en Algérie, il a déjà été cultualisé en France⁶⁸⁰. Il n'en reste pas moins que le dispositif mis en place (avant comme après le décret de 1907) est, fondamentalement, un régime de contrôle. Diverses tensions entre l'Eglise et le pouvoir colonial le rappellent à l'envi.

Pour ce qui est du culte musulman, la chose est encore plus claire et ce, en dépit de l'engagement pris par l'autorité coloniale lors de la signature de la convention de 1830 (aux termes de laquelle elle s'engageait, notamment, à garantir l'exercice de la « religion mahométane »). De nombreux auteurs insistent ainsi sur la mesure dans laquelle il a structurellement été construit, par le droit colonial, comme une menace - menace de subversion, menace de sédition. Assumant l'anachronisme de l'expression, Oissila Saaïdia évoque ainsi une « obsession sécuritaire »⁶⁸¹ qui structure le contentieux concernant le culte musulman ; mais d'autres analyses convergent. Cette construction de l'islam comme danger nécessitant surveillance et punition⁶⁸² sous-tend ainsi le régime juridique auquel sont soumises les confréries mais aussi, plus largement, l'ensemble des règles issues du Code de l'indigénat qui viennent restreindre la liberté religieuse (à l'instar de l'autorisation administrative à laquelle est soumise le fait de prendre part à un pèlerinage, en raison du risque de remise en cause de l'autorité coloniale que véhicule une telle pratique de « circulation des hommes et des idées »⁶⁸³, ou de celle déterminant les dates des hadras). Ainsi, dès les lendemains du vote de la loi de 1905, une des raisons pour lesquelles des voix s'élèvent en faveur de l'exclusion du culte musulman tient au « risque de voir les associations cultuelles détournées à des fins

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 215.

⁶⁷⁸ A. Bozzo, « Islam et République, une longue histoire de méfiance », *op. cit.*, p. 82.

⁶⁷⁹ O. Saaïdia, *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'Etat 1830-1914*, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 22.

⁶⁸² *Ibid.*, chapitres 2 et 3.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 22.

politiques par les musulmans »⁶⁸⁴. Ce faisant, le choix de non-application de la loi de 1905 à l'Algérie s'inscrit dans la continuité d'une politique qui, dès 1850, s'attache à « doter l'Islam algérien d'un clergé encadré dans la fonction publique et à créer des medersas [écoles supérieures musulmanes] d'Etat pour y former un personnel 'fiable', cela bien avant l'avènement de la III^{ème} République »⁶⁸⁵. L'enjeu est bien celui-là, car « ces medersas dispensaient à titre gratuit l'enseignement des sciences islamiques traditionnelles (le Coran, le *fiqh*, la théologie) mais aussi du français, avec des éléments d'histoire ('nos ancêtres les Gaulois'), de géographie et d'arithmétique, devaient servir au recrutement du personnel pour le culte et la justice musulmane, ainsi que pour d'autres fonctions administratives secondaires. Les medersas répondaient aussi à une autre préoccupation : celle de façonner des esprits dociles, reconnaissants à la France pour ses bienfaits »⁶⁸⁶.

§3- *Ce que l'étude de la laïcité coloniale enseigne sur le droit et les acteurs juridiques à l'époque de la consolidation du projet républicain*

Au-delà de ce que tous ces exemples coloniaux révèlent sur l'histoire et la portée du principe juridique de laïcité, il faut encore compter avec ce qu'ils révèlent, plus largement, sur le rôle du droit et des acteurs juridiques dans l'entreprise coloniale. C'est d'autant plus intéressant que les quelques enseignements que l'on peut en tirer font assez largement vaciller la compréhension même que l'on a de certaines grandes notions juridiques qui, bien qu'elles continuent de forger nombre de nos cadres cognitifs, semblent le faire d'une manière simpliste ou a-complexe qui tranche avec la richesse -et, pour tout dire, le pluralisme juridique- que révèlent le droit colonial. Bien que ce registre de réflexions soit périphérique au propos principal, deux points principaux méritent d'être soulignés.

A- Le rôle du droit dans l'entreprise coloniale

Le droit n'a pas seulement été un vecteur, un outil - au sens où il l'est depuis longtemps déjà vis-à-vis de nombre d'entreprises politiques - de l'entreprise coloniale. Bien au-delà, il semble en effet que le droit ait été tout à fait essentiel à la conquête même⁶⁸⁷. Car si celle-ci était naturellement mue par des perspectives géopolitiques et économiques, elle était également très largement portée par un projet politique⁶⁸⁸ au cœur duquel se trouvait la mission civilisatrice qui précisément se coulait fort bien dans les formes du droit -à la fois dans sa structure (l'universalisme républicain) et son mode opératoire (le modèle assimilationniste qui a fondé la soumission des espaces coloniaux au droit français). Pour le dire avec Emmanuelle Saada : « la relation coloniale, loin

⁶⁸⁴ Expression prêtée au conseiller d'Etat Robert de Moüy, in R. Achi, « Le Conseil d'Etat, gardien de l'exception impériale à la loi de séparation des Eglises et de l'Etat », *op. cit.*, p. 183.

⁶⁸⁵ A. Bozzo, « Islam et République, une longue histoire de méfiance », in P. Blanchard, N. Bancel, S. Lemaire, *La Fracture coloniale*, La Découverte, 2005, *op. cit.*

⁶⁸⁶ A. Bozzo, « Islam et citoyenneté en Algérie sous la III^e République : logiques d'émancipation et contradictions coloniales (exemple des lois de 1901 et 1905) », in P.-J. Luizard, *Le choc colonial et l'Islam. Les politiques religieuses des puissances coloniales en terre d'Islam*, *op. cit.*

⁶⁸⁷ Sur la centralité du droit dans les sciences coloniales : E. Saada, « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *Mil Neuf Cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2009/1, n°27, pp. 103-116.

⁶⁸⁸ J. Lafon, « Histoire des droits coloniaux », *op. cit.*, p. 296 : l'auteur voit là une différence de taille entre l'expérience coloniale française d'une part, et les expériences anglaise ou allemande, caractérisées par une dimension essentiellement économique, où l'Etat « se borne à faciliter le travail des sociétés commerciales ».

d'être le fait d'une pure domination, a été dite dans les dispositifs du droit »⁶⁸⁹. L'expérience coloniale révèle également, sans doute, la part du droit dans la production et l'entretien d'une certaine violence qui réside au principe de la soumission impériale. Pour le dire avec Séverine Kodjo-Grandvaux, « L'Etat colonial est un Etat du droit et non un Etat de droit », où « le droit [autorise] et [légitime] la violence coloniale »⁶⁹⁰.

Cette consubstantialité entre le droit (notamment, le droit républicain) et l'entreprise coloniale s'illustre encore dans la mesure dans laquelle c'est en situation coloniale que nombre de catégories ou mécanismes juridiques encore aujourd'hui proéminents ont été forgés⁶⁹¹. De ce point de vue, il est remarquable non seulement que le droit colonial demeure encore largement ignoré des juristes eux-mêmes qui ne s'y intéressent guère mais encore (et alors même que) les quelques investigations ponctuelles qui s'y sont risquées rapportent des conclusions prometteuses. Ainsi, quelques administrativistes s'étant penchés sur le rôle de l'expérience coloniale dans le façonnage de certaines catégories centrales du droit administratif ou même, dans l'affermissement du modèle de la justice administrative ont souligné sa centralité⁶⁹². Bernard Pacteau répond même à la question de savoir ce que la colonisation et la justice administrative se doivent, un très fort « elles se doivent, tout simplement » -car non seulement la justice administrative a été un objet de colonisation, mais encore la colonisation a été un objet de la justice administrative »⁶⁹³.

Plus avant, c'est le rôle de certains acteurs juridiques qui mérite qu'on s'y attarde. Le Conseil d'Etat, en particulier, semble avoir joué un rôle considérable -tant dans le projet colonial⁶⁹⁴ que dans la fabrication et le maintien de l' « exception impériale à la laïcité »⁶⁹⁵. Olivier Beaud⁶⁹⁶ et d'autres⁶⁹⁷ soulignent la question des liens personnels entre membres du Conseil d'Etat et entreprise coloniale -identifiable du point de vue des postes et responsabilités assumés par nombre d'entre eux en dehors du Palais Royal (ministres de colonies, gouverneurs de terres coloniales, auteurs de traités et autres systématisations doctrinales de droit colonial⁶⁹⁸...). Mais une étude, même incomplète, de certains pans de la « jurisprudence coloniale » du Conseil d'Etat laisse présager une réelle implication de l'institution (juridiction) dans l'entreprise coloniale elle-même.

⁶⁸⁹ E. Saada, « La République dans l'histoire coloniale », *Cahiers Jean Jaurès*, 2003/3, n°169-170, pp. 41-43.

⁶⁹⁰ S. Kodjo-Grandvaux, « Discours coloniaux et réception des droits africains : entre négation et re-construction », *op. cit.*, p. 72. V. aussi évidemment, sur la violence du droit colonial : O. Le Cour Grandmaison, *De l'indigénat, Anatomie d'un « monstre » juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, *op. cit.* ; et, du même auteur, *La République impériale, Politique et racisme d'Etat*, Fayard, 2009.

⁶⁹¹ E. Saada, « La loi, le droit et l'indigène », *op. cit.* : « le droit a donné sens, orienté et informé en profondeur le rapport colonial ».

⁶⁹² B. Pacteau, « Colonisation et justice administrative », in J. Massot, dir., *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre mer français du XVIII^e siècle à 1962*, Dalloz, 2007, p. 49 qui cite sur ce point E. Laferrière : « les conseils du contentieux administratif des colonies ont eu, bien avant les conseils de préfecture de la métropole, un Code de procédure réglant avec précision, les formes des décisions, les recours dont elles sont susceptibles » ; G. Peiser, « Droit administratif et colonisation », in G. Guglielmi, *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 217 ; J.-F. Boudet, « Les colonies et la construction du droit administratif français », in G. Koubi dir., *Droit et colonisation*, *op. cit.*, p. 279.<

⁶⁹³ B. Pacteau, « Colonisation et justice administrative », *op. cit.*

⁶⁹⁴ Seule auteure parvenant à une conclusion beaucoup plus mesurée, Pascale Gonod estime que « le Conseil d'Etat demeure en marge tant de la définition que de la mise en œuvre de la politique coloniale » -dans la mesure, en tous cas, où l'on s'intéresse à ses avis : P. Gonod, « Les avis du Conseil d'Etat en matière coloniale (1870-1914) : l'administration des colonies », in *Etudes à la mémoire du professeur François Burdeau*, LGDJ, 2008, p. 113.

⁶⁹⁵ V. ici l'ensemble des travaux de Raberh Achi.

⁶⁹⁶ O. Beaud, « L'empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la troisième République », *Jus Politicum*, juin 2015.

⁶⁹⁷ B. Pacteau, « Colonisation et justice administrative », *op. cit.*

⁶⁹⁸ Parmi de nombreux exemples : Edouard Laferrière, vice-président du Conseil d'Etat, a également été gouverneur d'Algérie de 1898 à 1900 ; Paul Dislère, conseiller d'Etat, fut également directeur des colonies au Ministère de la marine et des colonies (1882-83) et auteur d'un des principaux *Traité de législation coloniale*...

Ainsi, les conclusions du commissaire de gouvernement Romieu sur un arrêt relatif à un contrat de concession par lequel l'Etat avait délégué ce que l'on appelle aujourd'hui des prérogatives de puissance publique sont révélatrices d'une réelle vision politique de ce qu'il convient ou non de faire : « nous avons là l'image en raccourci de notre politique coloniale et la démonstration de cette vérité que si nous possédons un domaine colonial immense, nous n'avons pas encore acquis les traditions, la méthode et l'esprit de suite nécessaires pour le mettre en valeur ». Sur ces bases, le commissaire poursuit en indiquant le rôle du Conseil d'Etat : « notre jurisprudence doit permettre de progresser sur cette voie »⁶⁹⁹. L'auteur de l'étude indique que plusieurs arrêts du Conseil d'Etat font semblablement écho à l'œuvre civilisatrice et modernisatrice du colonialisme⁷⁰⁰ -même si d'autres révèlent, au contraire, une forme de désapprobation, sinon du projet, de certaines de ses modalités⁷⁰¹. En toute hypothèse, l'histoire de l'engagement (positif ou négatif) du Conseil d'Etat avec l'entreprise coloniale reste largement à faire. Il importe en effet de documenter plus avant l'analyse de Raberh Achi, qui procède largement de son analyse du régime de laïcité en France et aux colonies, aux termes de laquelle « l'empire mobilisa au plus haut point la Haute assemblée, de sorte qu'elle s'érigea en 'conscience légale' de la colonisation »⁷⁰².

B- L'égale universalité de la loi : un mythe déconstruit par le prisme colonial

Plus avant, ce que met en lumière l'étude des régimes coloniaux de laïcité, c'est l'importance des effets produits par « l'oubli de l'empire »⁷⁰³ dans la pensée juridique française. En effet, de la même manière qu'Olivier Beaud a pu suggérer que le statut juridique particulier des colonies interroge sinon remet en cause l'unité prétendue de l'Etat français⁷⁰⁴, on peut ici suggérer que le différentialisme inscrit au cœur du régime juridique de laïcité qui se donne à voir pour peu qu'on regarde ensemble la métropole et les territoires assujettis invite à interroger la part de mythe dans le dogme de l'égalité, l'unicité et l'universalisme de la loi républicaine. La prise en compte du droit colonial permet ainsi d'affirmer que, contrairement à l'affirmation traditionnelle, la loi républicaine ne saurait être définie par sa stabilité, son universalité, son égalité⁷⁰⁵. En

⁶⁹⁹ Romieu, cité par L. Wauquiez-Motte, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'Etat », in J. Massot, dir., *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre mer français du XVII^e siècle à 1962*, Dalloz, 2007, p. 73, p. 78.

⁷⁰⁰ V. par ex. CE, 1924, De Lara, concl. Rivet, à propos d'Alger : « création de places nouvelles, mise en place d'égoûts, destruction de quartiers turcs insalubres, voici l'ère d'Alger moderne et civilisée conforme au rang que la ville exige avec un quartier type où sur de larges avenues voisinent des maisons d'habitation et des édifices municipaux construits suivant le dernier mot de l'esthétique et de l'hygiène », cité par L. Wauquiez-Motte, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'Etat », p. 80.

⁷⁰¹ V. ainsi CE 8 mars 1901, *Prevet et Cie c. Ministre de la guerre* : « nous ne sommes pas tout à fait convaincus par les cessions dites libres de terres par les indigènes. Il est permis de douter que les canaques cèdent en toute liberté et de leur plein consentement comme on voudrait le soutenir, des terres aux colons ». Dans le même ordre d'idées, v. concl. Edmond Rouchon Mazerat sur CE 21 mars 1930, *Sté agricole et industrielle du Sud Algérien* : « à l'époque de leur conquête sous le Second Empire, les oasis du Sud algérien semblaient en pleine décadence. Le forage de puits par les ateliers de l'armée provoqua leur renaissance. Mais l'abus des forages épuisa les nappes et les oasis périclitèrent de nouveau. Les abus de ceux qui prétendaient apporter la civilisation produisirent des effets déplorables... Les colons, faute de respecter l'équilibre de l'oasis de Sibian achevèrent de la détruire ». Source : L. Wauquiez-Motte, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'Etat », p. 80.

⁷⁰² R. Achi, « Le Conseil d'Etat, gardien de l'exception impériale à la loi de séparation des Eglises et de l'Etat », in J. Massot, dir., *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre-mer français du XVII^e siècle à 1962*, op. cit., p. 179.

⁷⁰³ O. Beaud, « L'empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la III^e République », *Jus Politicum*, 2015, en ligne.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Pour une première formulation de cette idée qui, cependant, ne s'attache pas spécifiquement à l'éclairage fourni par le droit colonial, on se permet de renvoyer à : E. Fondimare, S. Hennette Vauchez, « Incompatibility between the 'French Republican model' and anti-discrimination law? Deconstructing a familiar trope of narratives of French law »,

réalité, le régime juridique de la laïcité fournit une illustration majeure de la mesure dans laquelle l'égalité républicaine ne saurait être considérée comme synonyme d'indifférenciation et/ou d'universalisme -contrairement à ce que véhicule l'interprétation dominante de l'idée que la loi « doit être la même pour tous »⁷⁰⁶.

Le droit colonial reste donc à analyser en profondeur pour illustrer ce point. Certains éléments saillants confortent déjà l'hypothèse. Il en va ainsi, notamment, de la mise en ordre du statut même de l'indigène -et donc, de la dissociation entre nationalité et citoyenneté que l'on doit au droit colonial. De manière intéressante, celle-ci n'est pas rationalisée comme dérogation ou exception au principe d'égalité. Bien plutôt, parce qu'elle est domestiquée au sein même de la logique de l'égalité, elle en affecte au plan théorique durablement la compréhension. On lit ainsi dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Alger un raisonnement des plus intéressants :

« Un grand nombre [...] des droits que confère le statut personnel du Musulman ou de l'indigène israélite ne sauraient se concilier avec les droits imposés au citoyen français et dont il ne saurait secouer le joug sans contrevenir aux principes d'ordre public et même aux lois pénales sous la double protection desquels vit la nation française ; qu'il s'agit là du grand principe d'égalité devant la loi que la révolution de 1789 a inscrit en tête de nos institutions, et auquel, en aucune circonstance, il ne peut être porté atteinte ; que c'est au surplus dans ce sens que, depuis trente ans, les capitulations ont été constamment interprétées »⁷⁰⁷.

Ainsi, ici, le juge raisonne en expliquant que, que pour maintenir le principe d'égalité, il faut d'une certaine manière y déroger en créant un statut de citoyen français distinct du statut d'indigène (le national non-citoyen) distincts. Mais cette manière d'accommoder des solutions différentialistes⁷⁰⁸ au sein même de la logique républicaine et du principe d'égalité irrigue la jurisprudence bien au-delà de cette question fondamentale de la dissociation entre nationalité et citoyenneté. Parmi de nombreux exemples, citons par exemple un arrêt rendu par le Conseil d'Etat en 1962 portant sur la détermination des jours chômés à la *Compagnie des tramways électriques d'Oran*. La haute juridiction accepte à cette occasion que celle-ci puisse opérer en fonction de la religion des agents et qu'une telle disposition n'est pas, pour ce seul motif, contraire au principe d'égalité ; en effet, elle « n'a pas pour effet d'accorder des avantages inégaux à deux catégories d'agents d'origines différentes, mais consiste seulement à adapter le régime des fêtes chômées et payées aux usages et aux convenances propres à la majorité de chaque communauté de citoyens »⁷⁰⁹.

in B. Havelkova, M. Möschel eds., *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford University Press, à paraître 2020.

⁷⁰⁶ Pour une étude qui, précisément, complexifie considérablement cette affirmation, en montrant notamment que l'égalité n'est historiquement pas synonyme d'indifférenciation, dans la mesure où la loi n'est la même que pour tous ceux qui forment une même catégorie (notamment, en 1789, la catégorie des citoyens dont sont exclus les femmes et les esclaves), v. E. Fondimare, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans son rapport à la différence entre les sexes*, Thèse en droit public, Université Paris Nanterre, 2018.

⁷⁰⁷ Dalloz, 1862, II, 178, cité par E. Saada, « La loi, le droit et l'indigène », *op. cit.*

⁷⁰⁸ Même s'il ne porte pas spécifiquement sur le droit colonial, le travail de référence sur ce point est : O. Bui Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004.

⁷⁰⁹ CE, 16 mars 1962, *Compagnie des tramways électriques d'Oran*, Rec. p. 176.

CHAPITRE II- LAÏCITÉ ET JUSTICE À MAYOTTE

Christine PAUTI

Introduction : l'évolution historique et institutionnelle de Mayotte : l'attachement à la France

Section I- Les spécificités mahoraises au regard de la laïcité dans la justice

§1- Les spécificités religieuses du département mahorais

- A- Le régime des cultes mahorais, reflet de la diversité culturelle française
- B- La conciliation du principe de laïcité et de la spécificité culturelle et culturelle mahoraise
- C- L'épineuse question de l'état civil, l'article 75 de la Constitution et le statut personnel à Mayotte

§2- Les spécificités judiciaires du département mahorais

- A- Les spécificités sociales du département mahorais, indissociables de la question de la justice
- B- La lente évolution de l'organisation judiciaire de Mayotte

Section II- Les cadis et la justice cadiale à Mayotte

§1- La persistance d'une justice religieuse à Mayotte jusqu'en 2010 : une singularité territoriale indispensable ou une entorse à la laïcité de la justice française ?

§2- L'existence d'une justice cadiale : atteinte à l'indépendance des juges et au principe d'égalité entre justiciables ?

- A- L'organisation de la justice cadiale
- B- Le recrutement, le statut et la formation des cadis : le manque d'indépendance des juges
- C- Une justice aléatoire

§3- La suppression douloureuse et chaotique de la juridiction cadiale en 2010

- A- Une suppression mal vécue par les cadis et une partie de la population
- B- Une suppression chaotique au détriment du service public de la justice
 - 1- Les raisons du malaise
 - 2- Le contentieux sur la rémunération des anciens juges-cadis devant le juge administratif
- C- L'avenir des cadis en question depuis 2011
 - 1- Une formation renforcée
 - 2- Des acteurs essentiels pour la cohésion du territoire

Section III- L'application du principe de laïcité par les juridictions mahoraises

Introduction : une jurisprudence encore rare en dépit de la spécificité de la question de la laïcité dans le service public de la justice à Mayotte

§1- La jurisprudence judiciaire

- A- Jusqu'en 2010 : les recours en cassation contre les jugements des juridictions cadiales
- B- Depuis 2010 : la nouvelle compétence du Tribunal de grande instance, de la Cour d'appel et de la Cour de cassation
- C- La question du serment coranique des témoins

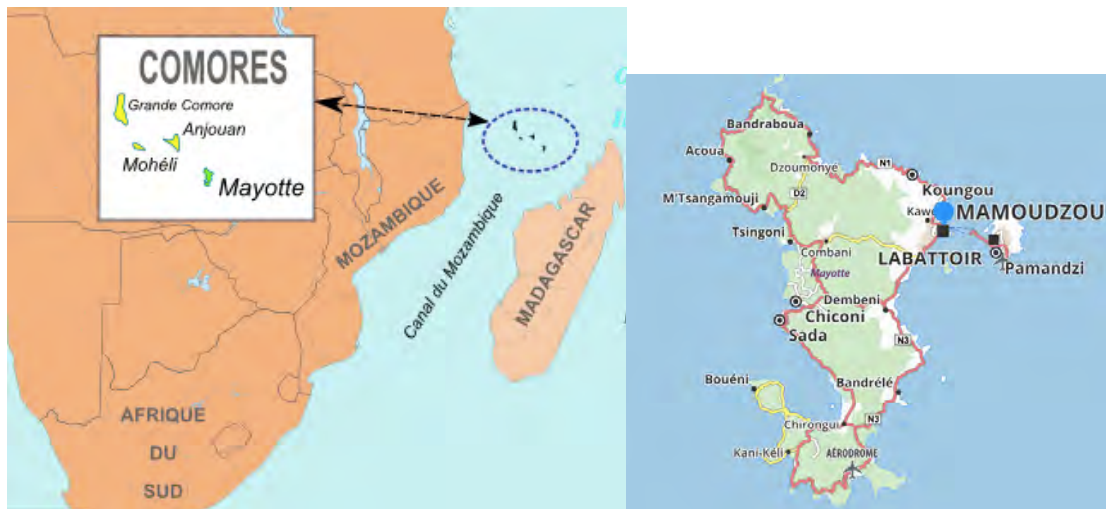
§2- La jurisprudence administrative

- A- La jurisprudence sur le financement des maîtres coraniques
- B- La question des congés le jour de fêtes religieuses
 - 1- La jurisprudence liée aux demandes d'autorisations d'absence pour des fêtes catholiques
 - 2- L'adaptation de la réglementation pour la célébration de fêtes musulmanes à Mayotte
 - 3- Les pratiques dans les services publics
- C- L'absence *a priori* étonnante de jurisprudence relative à l'application de la loi du 15 mars 2004 et de la loi sur la dissimulation du visage
- D- La question de la compatibilité de certaines subventions avec le principe de laïcité

Introduction : l'évolution historique et institutionnelle de Mayotte : l'attachement à la France

Située à l'entrée du Canal du Mozambique, à mi-chemin entre le Nord de Madagascar et l'Est africain, Mayotte - territoire de 374 km² ayant la forme d'Hippocampe, surnom dont est affublée l'île - est distante d'environ 8 000 kilomètres

de la métropole, 1 500 kilomètres de La Réunion, et 450 kilomètres du nord-ouest de Madagascar.



Le 25 avril 1841, le Traité de cession de Mayotte à la France est signé entre le capitaine Passot, envoyé du gouverneur de Bourbon, et le Sultan Andriantsouli. Il est ratifié par le roi Louis-Philippe le 10 février 1843. Ceci met fin aux intrusions provenant des autres îles comoriennes et malgaches. Au cours de la cérémonie du 13 juin 1843 marquant la prise de possession de l'île, le capitaine Passot appelle ses soldats au respect de l'islam, religion pratiquée par les Mahorais⁷¹⁰.

Depuis cette date, Mayotte a connu une évolution institutionnelle intrinsèquement liée à celle de l'archipel des Comores. Passant successivement du statut de colonie (ordonnance du 10 juin 1844), de protectorat, puis de province de la colonie de « Madagascar et dépendances », l'archipel des Comores se transforme en 1946 en territoire d'outre mer (TOM)⁷¹¹. Mayotte devient finalement 101^{ème} département français le 31 mars 2011. Les appellations, souvent inédites, dont a bénéficié l'archipel, traduisent en partie la réticence de l'Etat français à octroyer le statut espéré de département d'outre mer (DOM) à ce territoire longtemps en marge de la République : « Collectivité territoriale » avec la loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte sur le fondement de l'article 72 de la Constitution, « Collectivité départementale » grâce à la loi n°2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, intégrée dans la liste des collectivités d'outre-mer (COM) régies par l'article 74 de la Constitution par la révision opérée par la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, et enfin, « Département de Mayotte », passant sous le régime de l'article 73 de la Constitution, en vertu de la loi organique n°2010-1486 et de la loi ordinaire n°2010-1487 du 7 décembre 2010 relatives au département de Mayotte.

L'article L 3521-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose désormais: « Le Département de Mayotte comprend la Grande-Terre, la Petite-Terre ainsi que les autres îles et îlots situés dans le récif les entourant.

Il fait partie de la République et ne peut cesser d'y appartenir sans le consentement de sa population ».

⁷¹⁰ Rappelé par A. CARBONEILL, « Le pluralisme juridique : hypothèses de conflits et de leurs solutions », in L. SERMET et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, p. 545, note 8.

⁷¹¹ Décret n° 46-2058 du 24 sept. 1946, Organisation des pouvoirs publics aux Comores.

L'attachement de ce territoire à la France ne s'est jamais démenti, ce dont témoignent les différentes consultations des électeurs mahorais. Ainsi, le 22 décembre 1974, lors du référendum d'autodétermination des populations des Comores, à partir d'un décompte des votes effectué île par île, Mayotte se prononce à 63,8% contre l'indépendance alors que les trois autres îles - Grande Comore, Anjouan et Mohéli - votent à près de 95% pour l'indépendance. Le 8 février 1976, la population de Mayotte réitère à 99,4% ce choix après que les trois autres îles ont effectivement accédé à l'indépendance en 1975⁷¹².

Par ailleurs, le combat pour la départementalisation, circonscription symbole de la République française, est lui aussi non seulement ancien - puisque manifesté dès 1958 par les représentants mahorais au sein de l'assemblée territoriale des Comores⁷¹³ - mais également acharné. Mayotte a en effet dû faire face à la réticence des autorités françaises jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, confrontées à l'opposition comorienne et aux condamnations internationales se fondant sur le principe d'unité et d'intégrité territoriale de l'archipel des Comores⁷¹⁴. Le 11 avril 1976, 97,47% des électeurs mahorais votent contre le statut de TOM. Le 2 juillet 2000, c'est à 72,94% que les Mahorais se prononcent en faveur du passage de Mayotte au statut de « collectivité départementale », préconisé par l'Accord sur l'avenir de Mayotte signé le 27 janvier 2000 au nom de l'Etat par le Secrétaire général de l'Outre-mer avec le Président du conseil général et les principaux partis politiques de l'île. Cet accord marque le début de l'évolution de la transition adaptée à l'évolution de la société mahoraise de l'organisation juridique, économique et sociale de Mayotte vers le droit commun. La loi n°2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte concrétise ce souhait. Mais, malgré cette appellation proche du désir manifesté dès l'origine, Mayotte demeure encore, comme depuis 1976, une « collectivité territoriale à statut particulier » régie par l'article 72 de la Constitution. Lors de la révision constitutionnelle de 2003, la classification de Mayotte dans la nouvelle catégorie des COM peut d'ailleurs sembler marquer un recul par rapport aux aspirations des Mahorais puisque cette catégorie se rapproche de celle des anciens TOM. Le 18 avril 2008, le conseil général de Mayotte adopte à l'unanimité une résolution pour demander le passage du statut de COM à celui de département et région d'outre-mer (DOM-ROM). Finalement, le 29 mars 2009, 95,2% des électeurs mahorais se prononcent en faveur de la transformation de Mayotte en DOM⁷¹⁵, consultation qui mènera à l'adoption des lois du 7 décembre 2010 relatives au département de Mayotte.

Paradoxalement, c'est en partie de cette volonté de devenir française puis département que sont nées des incompréhensions sur la question du devenir du statut local : « il existait un postulat selon lequel les électeurs mahorais ayant exprimé leur volonté de rester dans la République entendaient aussi en adopter les valeurs »⁷¹⁶.

⁷¹² Malgré la loi n° 75-560 du 3 juil. 1975 qui organise l'accession des Comores à l'indépendance, les Comores proclameront de façon unilatérale leur indépendance le 6 juillet 1975. Une loi n° 75-1337 du 31 déc. 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores entérinera cette sécession des trois îles qui cesseront de faire partie de la République. Dans sa décision DC n°75-59 du 30 décembre 1975 portant sur cette loi, le Conseil constitutionnel avait réaffirmé que Mayotte était un territoire de la République et ne saurait en sortir « sans le consentement de sa propre population ».

⁷¹³ Le 11 décembre 1958, les quatre représentants mahorais au sein de l'assemblée territoriale des Comores se prononcent pour l'abandon du statut de TOM au profit de celui de département mais l'assemblée territoriale rejette cette motion.

⁷¹⁴ Le Gouvernement de Moroni considère Mayotte comme une île comorienne sous occupation française. Depuis 1973, plus d'une vingtaine de résolutions des Nations Unies ont condamné la France pour non-respect de la souveraineté des Comores sur Mayotte.

⁷¹⁵ Le taux de participation a été de 61,37% des électeurs inscrits.

⁷¹⁶ M. PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue du droit des religions*, n°6/2018, p. 70.

Pendant une trentaine d'années, Mayotte a été soumise à un principe de spécialité législative en vertu duquel, sauf exceptions, les lois et règlements métropolitains n'étaient applicables sur ce territoire que sur mention expresse. Depuis 2007, Mayotte bénéficie du principe d'assimilation ou d'identité législative, qui fait qu'au contraire les textes métropolitains sont applicables de plein droit, tout en autorisant la mise en oeuvre de mesures d'adaptation exigées par la situation particulière de ce territoire.

Si, jusqu'en 2007, pour tenir compte de ses particularités, Mayotte a donc été soumise au principe de spécialité législative, dès la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, les lois et règlements ont commencé à s'appliquer de plein droit à Mayotte dans certaines matières (nationalité, état et capacité des personnes, régimes matrimoniaux, successions et libéralités, droit pénal, procédure pénale, procédure administrative, droit électoral, postes et télécommunications). Il s'agissait donc d'un principe de spécialité législative aménagée, forme de transition vers un régime d'assimilation législative.

La loi organique n°2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (DSIOM) fait du principe de spécialité une exception, la règle applicable, à compter du 1^{er} janvier 2008, étant celle de l'assimilation ou identité législative. La réglementation de droit commun s'applique désormais de plein droit à Mayotte sauf dans six domaines énumérés par la loi pour tenir compte des particularités ou difficultés locales : impôts, urbanisme, habitat et aménagement rural, protection sociale, droit au travail, entrée et séjour des étrangers et finances communales ainsi que les matières pour lesquelles l'article 74 de la Constitution impose au statut de la COM de fixer des règles⁷¹⁷. La transformation de Mayotte en département perpétue ce principe d'identité législative qui s'applique désormais de plein droit en vertu de la Constitution. En effet, aux termes du 1^{er} alinéa de son article 73 : « Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ».

Dans un certain nombre de domaines limités, la loi ordinaire du 7 décembre 2010 procède à l'application immédiate du droit commun (c'est le cas par exemple s'agissant du service public de l'électricité ou du Code du travail maritime). Pour le reste, l'article 20 de la loi renvoie à des ordonnances l'alignement de Mayotte sur le droit commun. Depuis juillet 2011, toute une série d'ordonnances et de décrets a ainsi été adoptée, surtout dans le domaine social, afin d'accélérer la convergence du niveau de vie mahorais avec celui non seulement de la métropole mais également des autres territoires d'outre-mer, tout en tenant compte de spécificités de l'archipel. Au final, le processus de départementalisation, adapté aux spécificités mahoraises, s'étalera sur une période de vingt à trente ans.

Compte tenu de sa superficie très réduite, Mayotte présente aujourd'hui une organisation statutaire et administrative originale⁷¹⁸, collectivité unique, la démarquant des autres DOM. Le conseil départemental de Mayotte et son président exercent, à côté des compétences classiques de tout DOM, des compétences de région d'outre-mer (ROM)⁷¹⁹.

⁷¹⁷ V. avis CE 20 mai 2010 sur le maintien de dispositions spécifiques à Mayotte. V. déjà avis CE, 29 avr. 1947 relatif à l'introduction du régime de l'identité législative dans les DOM.

⁷¹⁸ Ordonnance n° 2011-1708 du 1^{er} déc. 2011 relative à l'application à Mayotte des deuxième et cinquième parties du Code général des collectivités territoriales. V. aussi le décret n° 2011-346 du 28 mars 2011 pris pour l'application de la loi n° 2010-1487 du 7 déc. 2010 relative au Département de Mayotte.

⁷¹⁹ Soibahadine Ibrahim Ramadani est Président du conseil départemental depuis le 2 avril 2015.

Une proposition de loi relative au Département-Région de Mayotte a été présentée par le sénateur Thani Mohamed Soilihi et enregistrée à la Présidence du Sénat le 21 janvier 2019. L'exposé des motifs précise qu'il s'agit d'ériger Mayotte en Département-Région afin de répondre à la « situation paradoxale » d'« une collectivité unique qui exerce en droit les compétences à la fois d'un département et d'une région d'outre-mer, mais qui ne reçoit pas toutes les dotations qu'elle devrait en tant que région ». Pour tenir compte des spécificités de Mayotte, la collectivité serait dotée par ailleurs de nouveaux organes, le premier d'entre eux étant un « Haut conseil cadial », à qui serait reconnue une mission générale de médiation dans les affaires sociales de la vie mahoraise.

Mayotte présente incontestablement des spécificités au regard du thème de la laïcité dans la justice (**Section I**). La place des cadis, même s'ils n'interviennent plus en tant que juges, ne peut être passée sous silence (**Section II**) car leur disparition dans ce contexte rend plus compliquée la tâche des juges quant à l'application du principe de laïcité (**Section III**).

Section I- Les spécificités mahoraises au regard de la laïcité dans la justice

Mayotte est un territoire qui connaît des spécificités religieuses (§1) mais également judiciaires (§2).

§1- Les spécificités religieuses du département mahorais

A- Le régime des cultes mahorais, reflet de la diversité culturelle française

Dans ses « Réflexions sur la laïcité » tirées de son rapport de 2004, le Conseil d'Etat souligne la grande plasticité du régime français de laïcité qui s'est adapté non seulement aux évolutions de la société française mais également aux particularités de certains territoires. Sur ce dernier point, il souligne: « La variété des régimes (...) applicables outre-mer peut surprendre. Elle est une manifestation du principe de spécialité législative et porte la marque de l'autonomie normative dont disposait le pouvoir exécutif agissant sur le fondement du *senatus-consulte* du 3 mars 1854, en qualité de « législateur colonial ». Le particularisme s'explique aussi, outre le souci d'assurer un droit de regard suffisant de l'administration dans un but d'ordre public sur l'organisation des cultes dans ces territoires, par des raisons historiques et par la préoccupation de tenir compte des habitudes et spécificités locales ainsi que de l'action des missionnaires qui, au-delà d'une influence purement religieuse, exerçaient un rôle de structuration de la société, par leurs œuvres, leurs écoles, leurs hospices et leurs hôpitaux »⁷²⁰.

Il existe en France une pluralité de régimes culturels : deux régimes culturels en métropole - celui d'Alsace-Moselle et celui du reste de la métropole - et six régimes distincts pour l'Outre-Mer. Parmi ces derniers, dans cinq territoires le régime de la séparation issu de la loi du 9 décembre 1905 n'a pas été mis en application et ces territoires sont régis par les décrets Mandel des 16 janvier et 6 décembre 1939, entrés en vigueur à des dates différentes, en raison de la seconde guerre mondiale : c'est le cas en Polynésie française pour les catholiques (pour les protestants, s'applique un décret

⁷²⁰ Conseil d'Etat, Rapport public 2004, « Réflexions sur la laïcité », p. 271.

du 5 juillet 1927), en Nouvelle-Calédonie (depuis 1943), dans les îles Wallis-et-Futuna (depuis 1948), à Saint-Pierre-et-Miquelon (depuis 1956) et à Mayotte pour les catholiques.

La loi de Séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905 n'est pas non plus appliquée en Guyane et dans les Terres australes et antarctiques françaises. Elle est en revanche étendue à la Réunion, à la Guadeloupe ainsi qu'à la Martinique.

L'application de la loi de 1905 fut étendue à Madagascar par un décret du 11 mars 1913, dont l'article 35 précisait « qu'il sera statué ultérieurement sur le statut applicable à Mayotte et aux Comores ». Au final, le texte référent en matière de règlement cultuel à Mayotte est la circulaire interministérielle du 25 août 2011 qui précise qu'« en l'absence d'un texte introduisant explicitement la loi du 9 décembre 1905 à Mayotte, le droit des cultes à Mayotte est resté régi par les dispositions du décret du 16 janvier 1939 », dit « décret Mandel ».

Pour chacune de ces collectivités, il existe des spécificités pour les ministres du culte, les édifices du culte, les dispositions fiscales, libéralités (donations et legs), les congrégations religieuses ou la police des lieux de sépulture.

En revanche, dans tous ces territoires français, que la loi du 9 décembre 1905 soit applicable ou non, l'article 1^{er} de la Constitution aux termes duquel « La France est une République (...) laïque » s'applique, notamment au service public de la justice.

B- La conciliation du principe de laïcité et de la spécificité culturelle et culturelle mahoraise

Certains territoires français ont été peu analysés sur le thème de la laïcité en général, et, *a fortiori*, sur celui de la laïcité dans la justice, alors même qu'ils peuvent représenter un apport important, notamment s'agissant de la conciliation du principe de neutralité religieuse avec la question de la spécificité culturelle et religieuse.

A cet égard, Mayotte, pourtant française depuis plus de 150 ans et département français depuis une petite dizaine d'années est un territoire relativement méconnu. Les juristes auront sans doute en mémoire l'arrêt de la Cour de cassation de mars 1998 concernant l'affaire dite du « boucher de Mayotte » dans laquelle un salarié de confession musulmane avait été licencié après que son employeur lui eut refusé, après deux ans de travail, de ne plus avoir à traiter de viande de porc. En l'espèce, le juge avait estimé que « l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché ». Ainsi, le salarié ne peut alléguer d'obligations religieuses pour se soustraire à ses obligations de travail telles que stipulées par son contrat de travail signé de bonne foi⁷²¹. Mais si cette affaire est connue c'est justement

⁷²¹ Cass. Soc., 24 mars 1998, n° de pourvoi: 95-44738 : « Attendu que, pour infirmer la décision du Tribunal et décider que la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le tribunal supérieur d'appel énonce que l'employeur devait respecter les croyances religieuses de M. Y... dans un territoire essentiellement voué à l'Islam qui proscribit la viande de porc ; qu'en l'affectant au rayon boucherie, il aurait dû l'informer qu'il aurait à travailler cette viande, qu'en omettant de l'informer correctement sur la réalité de son nouveau poste de travail et en refusant de le réintégrer dans son service antérieur, l'employeur a commis une faute ;

Attendu, cependant, que s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public ;

D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, alors que le travail demandé à M. Y... correspondait à celui d'un boucher, poste qu'il avait accepté d'occuper, et alors que le salarié n'a jamais soutenu qu'une clause de son contrat de travail ou une disposition du statut local prévoyait qu'en raison de ses convictions religieuses il serait dispensé de traiter la viande de porc, le tribunal supérieur d'appel n'a pas caractérisé la faute de l'employeur et a ainsi violé les textes susvisés ;

parce qu'elle fixe un principe général en droit du travail et non car elle met en avant une spécificité mahoraise, l'argument selon lequel la population mahoraise était essentiellement musulmane n'ayant pas été retenu par le juge.

Le très volumineux ouvrage *Droit français des religions*, dont la seconde édition de 2013 est postérieure à l'accession au statut de DOM de Mayotte, ne consacre qu'un seul paragraphe à ce territoire où il est juste fait rappel de l'inapplicabilité de la loi du 9 décembre 1905 et de l'application du décret Mandel⁷²². De façon étonnante, il n'est jamais fait mention de Mayotte dans la section intitulée « Pratiques musulmanes et droit français : un bilan actuel », notamment dans les thèmes relatifs au statut personnel - où il est surtout question de la polygamie - ⁷²³ et de justice musulmane⁷²⁴.

Or, étudier comment, dans un territoire français, devenu département, la laïcité s'accorde avec un paysage religieux où la quasi-totalité de la population est musulmane, peut se révéler riche d'enseignements. De façon plus générale, « suivre l'évolution du droit applicable à Mayotte permet d'apprécier dans quelle mesure les pouvoirs publics prennent en compte le droit musulman »⁷²⁵.

Une des spécificités de Mayotte en tant que département français est liée à sa religion : la population - à laquelle il faut ajouter de nombreux clandestins de la même confession - est en effet à 95% musulmane, contre 10% à la Réunion. L'île est le premier département de France en nombre relatif de citoyens de confession musulmane.

Les Comores sont gagnées par l'islam dans la seconde moitié du XVe siècle, avec l'arrivée de la dynastie arabo-irano-bantoue des Shîrâzis, venue de la côte nord-est de l'Afrique.

On dénombre à Mayotte environ 280 mosquées, dont celle de Tsingoni, la plus ancienne en activité en France, édifiée en 1538. Mayotte compte également deux lieux de culte catholiques et trois temples protestants.

Appartenant à l'école chaféite, la pratique de l'islam est également empreinte d'un soufisme fortement revendiqué par les responsables religieux traditionnels locaux pour se démarquer de certaines mouvances extérieures plus rigoristes, notamment des salafistes venus des Comores voisines ou de métropole. Il y a une forte opposition à toute radicalisation⁷²⁶. La « loi anti-burka » par exemple est très bien reçue. Les Mahorais ont une pratique modérée de l'islam, même si les enfants fréquentent généralement l'école coranique, la *madrassa*, en plus de l'école laïque⁷²⁷.

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 juin 1995, entre les parties, par le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ».

⁷²² F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 1352-1353, § 2184.

⁷²³ V. F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 407-409, § 683-686 sur les questions de statut personnel.

⁷²⁴ Dans ces quelques lignes sur la justice musulmane, F. MESSNER P.-H. PRELOT et J.-M. WOERLHING renvoient plutôt aux règles de droit international privé (*op. cit.*, §687 p. 410). Il fait également mention de la justice musulmane au § 643, p. 382-383, dans une section relative spécifiquement à l'Algérie (« L'héritage colonial algérien ou l'exception musulmane à la laïcité française »).

⁷²⁵ H. BERANGÉR, « Mayotte - Un statut civil de droit musulman dans la République : legs colonial ou modernité du droit à la différence ? », in J. BAUBÉROT et J.-M. REGNAULT, *Relations Église et autorités outre-mer, De 1945 à nos jours*, Les Indes savantes, 2007, p. 100.

⁷²⁶ M. PHILIP-GAY rappelle ainsi qu'« en 2015, la mosquée M'Tsangamouji, dont les prêches de l'imam étaient jugés trop radicaux, a été mise à sac par des habitants qui avaient pourtant œuvré à sa reconstruction » (« Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *loc. cit.*, p. 61).

⁷²⁷ Néanmoins, le Directeur de la médiation et de la cohésion sociale en charge du service cadial au conseil départemental, Younoussa Abaine, regrettait récemment que les jeunes Mahorais fréquentent de moins en moins la *madrassa*. V. l'entretien donné à *Mayotte Hebdo*, publié le 30 avril 2019

L'islam est vécu tout à la fois comme une religion mais aussi comme une culture, à tel point qu'on parle d' « islam mahorais »⁷²⁸.

Si ce sont surtout les tensions sociales qui sont fortes, on note aussi quelques conflits liés à la religion entre la population locale et les fonctionnaires arrivés plus récemment sur l'île, surtout depuis la départementalisation. Le 17 septembre 2014, le tribunal correctionnel de Mamoudzou a condamné deux femmes de militaires à neuf mois d'incarcération, dont six avec sursis, et un gendarme à six mois de prison avec sursis pour incitation à la haine religieuse après qu'ils eurent placé une tête de cochon devant une mosquée la nuit de la Saint-Sylvestre. Ils ont également été condamnés à verser 25 000 euros de compensation à l'association de la mosquée. L'affaire avait provoqué un vif émoi dans la population mahoraise. Plusieurs manifestations demandant le respect de l'islam avaient alors réuni des milliers de personnes, un chiffre jamais vu depuis les manifestations contre la vie chère de 2011.

Aujourd'hui encore, si l'unique drapeau officiel de Mayotte reste le drapeau bleu, blanc, rouge de la République française, il demeure un drapeau officieux qui porte les armoiries de l'île centrées sur un champ blanc, au-dessus duquel le nom de l'île apparaît en majuscules rouges et sur lequel figure le croissant de l'islam. Les éléments principaux des armoiries (deux fleurs à six pétales sur fond rouge, surmontées d'un croissant sur fond bleu), flanquées de chaque côté d'un hippocampe, figurent au-dessus d'un rouleau qui porte la devise *Ra Hachiri*, ce qui se traduit en mahorais par nous sommes vigilants. Ce drapeau non reconnu officiellement par un texte figure néanmoins sur les documents du conseil général de Mayotte qui est la seule collectivité supracommunale de l'île.



Il est enfin impossible de comprendre la question de la laïcité dans le service public de la justice à Mayotte sans évoquer au préalable la question du statut personnel.

(<https://www.mayottehebdo.com/actualite/dossier/younoussa-abaine-directeur-de-la-mediation-et-de-la-cohesion-sociale-au-conseil-departemental>)

⁷²⁸ Il n'existe pas d'étude actualisée sur l'islam mahorais contemporain. Mais une étude en cours dans le cadre du GIP a notamment pour objectif d'analyser le fonctionnement et les pratiques de l'islam mahorais et ses relations avec la République, de procéder à un état des lieux des infrastructures du culte musulman local, d'examiner le rôle et le statut des cadis et des « maîtres coraniques » ainsi que les liens entre le territoire et la diaspora mahoraise installée en métropole, notamment s'agissant de la circulation des cadres religieux.

<http://www.cnrs.fr/infoslabos/appels-offres/docs/17-Mayotte-Reunion-MI-MENESR-2017.pdf>

C- L'épineuse question de l'état civil, l'article 75 de la Constitution et le statut personnel à Mayotte

L'un des enjeux actuels les plus importants à Mayotte, témoignant d'un grand particularisme et du décalage qui peut encore exister entre ce nouveau département et les autres départements français, est la mise en place d'un état civil fiable. Ce n'est qu'en 1977 que l'état civil coranique où les Mahorais étaient désignés par une série de vocables sans distinction entre les noms et les prénoms, originairement tenu par les *cadi* et souvent de façon très sommaire, a été transféré aux mairies.

Avec l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des noms et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte, l'île s'est vue dotée d'un service d'état civil de droit commun dans chaque mairie, alors que, jusque là, il existait un service unique dans la commune de Dzaoudzi compétent pour les dix sept communes de Mayotte. C'est à partir de 2000, que l'appellation « statut civil de droit local applicable à Mayotte » remplace les appellations précédentes - « état civil des Comoriens musulmans »⁷²⁹ ou « statut personnel coranique »⁷³⁰ - empreintes de référence religieuse.

Cette même ordonnance a créé une commission de révision de l'état civil (CREC)⁷³¹. Le décret n°2000-261 du 26 décembre 2000 portant application de l'ordonnance du 8 mars 2000 organise cette institution « chargée d'établir les actes de naissance, de mariage ou de décès qui auraient dû être portés sur les registres de l'état civil de droit commun ou de droit local à Mayotte ».

Comme le résumait un auteur : « Ses décisions sont lourdes de conséquences, le statut de la personne impliquant l'application d'un régime juridique déterminé (droit commun ou droit local). En fonction des différentes pièces portées à la connaissance de cette Commission, des « requalifications » sont envisageables : des personnes croyaient que leur statut relevait du droit local mais celui-ci est requalifié de statut de « droit commun » et inversement. En pratique, c'est souvent la première hypothèse qui se rencontre »⁷³². Comme le rappelait la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) dans son avis de 2017 sur « l'accès au droit et à la justice dans les outre-mer » : « à Mayotte, des milliers de personnes n'ont toujours pas d'état civil (plus de 3 000 dossiers sont encore en stock) »⁷³³. Par ailleurs « nombreux sont également les gens qui, à la suite d'erreurs commises par la CREC, ne savent plus quel est leur nom »⁷³⁴. En 2011, à la veille de la départementalisation, Yves Moatty, seul juge aux affaires familiales que comptait le tribunal de première instance de Mamouzou, déclarait au quotidien *Libération* : « Personne à Mayotte ne sait plus de quel droit relève son statut civil »⁷³⁵.

Ainsi, la situation de tous les Mahorais n'est pas réglée de ce point de vue, ce qui emporte des conséquences déterminantes sur le droit applicable et, jusqu'à peu, sur le juge à saisir.

⁷²⁹ Art. 4 Ord. n°2000-219, 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte.

⁷³⁰ Art. 4, al. 2 Ord. n°77-450, 29 avr.1977 portant extension et adaptation aux communes de Mayotte du code des communes.

⁷³¹ Le mandat de la CREC, qui devait s'achever en avril 2006, a été prorogé pour une durée de cinq ans par le décret n° 2005-1620 du 22 décembre 2005. Selon les indications fournies par Mme Bénédicte Robart, en dix ans d'existence, la CREC aurait rendu 85 000 décisions ayant permis l'édition de 240 000 actes de l'état-civil, soit une décision pour 3,5 personnes.

⁷³² C. KUHN et C. POPINEAU, « La dualité droit commun-droit local : une difficile coexistence », *RJOI*, n°13/2011, p. 55.

⁷³³ CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 54, note 166.

⁷³⁴ S. BLANCHY et Y MOATTY, *loc. cit.*, p. 131.

⁷³⁵ R. CARAYOL, « Mayotte. Les cadis rendent la justice », *Libération*, 30 mars 2011, p. 26-27.

En effet, une des spécificités mahoraises est le maintien d'un statut personnel - droit coutumier inspiré du droit musulman et de coutumes africaines et malgaches⁷³⁶ - à côté du statut civil de droit commun⁷³⁷. Ceci est autorisé par l'article 75 de la Constitution aux termes duquel « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé »⁷³⁸. Dès 1841, dans le traité de cession de Mayotte, engagement est pris de respecter la spécificité culturelle, religieuse et juridique de l'île et cet engagement sera réaffirmé dans les Traités de protectorat (1886-1887) et par le décret de 1939 et la délibération de la Chambre des députés des Comores du 3 juin 1964.

Le statut personnel mahorais, officiellement désigné sous l'expression « statut civil de droit local applicable à Mayotte » doit être entendu comme « l'ensemble des éléments d'identification et d'individualisation de chaque personne dans la société (noms et prénoms, domicile, âge, sexe, capacité, nationalité, parenté, situation matrimoniale...) » et désigne également « l'ensemble des règles juridiques applicables à ces mêmes éléments »⁷³⁹. Le statut personnel constitue un élément de l'état de la personne et n'est donc pas attaché à un territoire. Il suit donc l'individu en fonction de son lieu de résidence⁷⁴⁰.

En dehors des Mahorais de Mayotte, les Kanaks de Nouvelle-Calédonie, les Mélanésiens de Wallis et Futuna et les Amérindiens de Guyane bénéficient encore aujourd'hui de règles spéciales par rapport au droit commun. Situation devenue donc rare, la spécificité mahoraise réside, qui plus est, dans l'origine en partie religieuse de ce statut. Cela permet une adaptation souple de la loi aux caractéristiques de la société mahoraise, à forte majorité musulmane.

La loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte maintient l'existence de ce statut civil de droit local et précise les possibilités d'y renoncer au profit du statut civil de droit commun⁷⁴¹. A la suite de la départementalisation, l'ordonnance n°2010-590 du 3 juin 2010, ratifiée par la loi du 7 décembre 2010, réaffirme l'existence de ce statut civil de

⁷³⁶ Aux termes de l'article 9 de la Délibération de la Chambre des députés des Comores n° 64-12 bis du 3 juin 1964 relative à la réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, relèvent du statut personnel les matières qui concernent essentiellement les droits de la personne et de la famille ainsi que les droits matrimoniaux : état civil, mariage, garde d'enfants, entretien de la famille, filiation, répudiation, successions. Toutefois, pour des questions d'ordre public, le *Minhadj at Twalibine* n'est pas appliqué dans ses dispositions pénales. Ainsi, une décision du *cadi* de Mstamboroen condamnant une épouse et son amant pour adultère à être jetés dans un trou préalablement creusé et lapidés, a été cassée par le Tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou, le procureur de la République ayant été obligé de rappeler que la charia ne s'appliquait pas en matière pénale à Mayotte (rappelé par J.-C. JOBART, *loc. cit.*, p. 140, note 71) ; de même le jugement du 8 octobre 1991 par lequel le *cadi* de Dzaoudzi avait ordonné « Au nom du peuple français » « d'enterrer les deux accusés vivants » (une femme mariée et son amant) n'a pas été exécuté (rappelé par H. BÉRANGER, *loc. cit.*, p. 101). V. S. RETTERER, « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997-3, p. 1078.

⁷³⁷ P. SCHULTZ, « Le statut personnel à Mayotte », *Droit et cultures*, n°37-1999/1, p. 95 et s.

⁷³⁸ Sur cet article, v. en particulier J.-F. HORY, in F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République Française*, Paris, Economica, 2nd ed., 1987, p. 1309 et s. V. auparavant art. 82 Const. 27 oct. 1946 : « Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.

Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. »

⁷³⁹ E. RALSER, « L'avenir (incertain ?) du statut personnel mahorais », *loc. cit.* p. 85. V. aussi E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 733-774.

⁷⁴⁰ CA Besançon n°476 du 13 juin 1995 : « ces coutumes d'origine religieuse dont la loi française a garanti le libre exercice ne sont pas des coutumes locales dont le domaine aurait été circonscrit à la région dont étaient originaires leurs bénéficiaires, mais constituaient et constituent encore un statut particulier attaché à la personne, pouvant donc être invoqué par son titulaire sur toute l'étendue du territoire français ». Cette décision concernait le statut particulier indien (cité par R. LAFARGUE, *op. cit.*, p. 323).

⁷⁴¹ Sur le statut personnel après la loi statutaire du 11 juill. 2001, v. J.-R. BINET, « Le croissant et la balance de quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », *RIDC*, vol. 54, 2002.

droit local.

Le statut personnel s'applique automatiquement aux Mahorais musulmans - c'est-à-dire les Français⁷⁴² considérés comme originaires de Mayotte, même s'ils sont nés aux Comores ou dans le Nord-Ouest de Madagascar - tant qu'ils n'y ont pas renoncé⁷⁴³. La renonciation au statut personnel est irréversible. *A contrario*, relèvent du statut de droit commun les résidents de Mayotte, qu'ils soient métropolitains ou étrangers - notamment comoriens - mêmes musulmans, qui ne sont pas soumis au statut personnel. En 2007, un auteur relevait encore le caractère très marginal des procédures de renonciation au droit local : seulement 20 à 40 demandes par an⁷⁴⁴. « La plupart des gens sont réticents à une « renonciation » au statut personnel de droit local qu'ils assimilent à un abandon de leur identité mahoraise⁷⁴⁵. Mais, comme le note un rapport du Sénat⁷⁴⁶, « la grande majorité de la population méconnaît son propre statut. (...) Une part importante de la population mahoraise échappe dorénavant au statut personnel, souvent sans même en avoir conscience »⁷⁴⁷.

Pendant longtemps, les Mahorais ayant conservé leur statut personnel ont été soumis à des règles particulières en contradiction avec certains principes républicains et avec la Convention européenne des droits de l'homme: polygamie, possibilité de répudiation de la femme par le mari, inégalités des sexes en matière de droit successoral, etc.

Avant même la suppression de la justice cadiale, à partir des années 2000, dans le cadre du projet de départementalisation, une profonde réforme du statut personnel de droit local applicable à Mayotte s'est donc progressivement opérée pour le rapprocher du droit commun.

L'ordonnance du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte introduit pour la première fois un âge minimum pour le mariage des personnes relevant du statut personnel de droit local. Par ailleurs, 2003 est une année essentielle dans l'évolution vers le droit commun. Dans sa décision du 17 juillet 2003, Loi de programme pour l'outre-mer, le Conseil constitutionnel juge que si le législateur ne peut remettre en cause l'existence même du statut civil de droit local, il peut adopter « des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »⁷⁴⁸.

⁷⁴² En effet, depuis l'indépendance, les Comoriens vivant à Mayotte ne relèvent plus du « statut civil de droit local » même si, sur le fond, les statuts personnels comorien et mahorais sont proches (rappelé par E. RALSER, « L'avenir (incertain ?) du statut personnel mahorais », p. 88, note 8), d'où sans doute la confusion de certains cadis.

⁷⁴³ V. l'art. 57 de la loi n°2001-616 du 11 juil. 2001 qui met en place un dispositif d'abandon irrévocable du statut personnel. La procédure de renonciation est celle proposée par le Conseil d'Etat dans son avis du 22 nov. 1955, *RIPUF*, 1958, p. 252 et s.: « l'autochtone qui renonce doit se trouver dans une situation juridique qui ne mette pas obstacle à son passage dans le statut de droit commun ». Comme le précise J.-C. JOBART « en conséquence il doit être célibataire ou monogame (...) et doit porter sa demande en renonciation devant une juridiction civile de droit commun » (« La laïcité et l'administration territoriale de l'Etat : comment faire vivre au quotidien les valeurs de la République », in H. MOUANNÈS, *La territorialité de la laïcité*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 139, note 63).

⁷⁴⁴ V. H. BERANGÉR, « Mayotte - Un statut civil de droit musulman dans la République : legs colonial ou modernité du droit à la différence ? », in J. BAUBÉROT et J.-M. REGNAULT, *Relations Église et autorités outre-mer, De 1945 à nos jours*, Les Indes savantes, 2007, p. 103-104 pour les formulaires de demandes d'adhésion au statut civil de droit commun. S. BLANCHY et Y. MOATTI signalaient quant à eux qu'« en 2000, malgré les simplifications de procédures, on n'a enregistré que 18 cas » (*loc. cit.*, p. 130, note 69).

⁷⁴⁵ Selon S. BLANCHY et Y. MOATTI, « Le mot de « renonciation » au statut personnel de droit local connote un acte négatif, un reniement identitaire. Que ce choix dût se faire au sein d'une relation objective de pouvoir entre Mahorais et wazungu (Blancs) le rend plus drastique encore » (*loc. cit.*, p. 136).

⁷⁴⁶ Sénateur H. TORRE, *Rapport d'information n°461 sur l'immigration clandestine à Mayotte*, 10 juill. 2008 (cité par S. BLANCHY et Y. MOATTI, *loc. cit.*, p. 130, note 70).

⁷⁴⁷ S. BLANCHY et Y. MOATTI, *loc. cit.*, p. 130.

⁷⁴⁸ CC n° 2003-474 DC, 17 juil. 2003, Loi de programme pour l'outre-mer.

La loi de programme pour l'outre-mer n°2003-660 du 21 juillet 2003 interdit la polygamie aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier à compter du 1er janvier 2005⁷⁴⁹ et prohibe la répudiation unilatérale pour ces mêmes personnes⁷⁵⁰. Elle interdit par ailleurs certaines discriminations entre enfants devant l'héritage en fonction du sexe ou du caractère naturel ou légitime de la naissance.

La loi du 21 juillet 2003 limite par ailleurs le champ d'application du statut personnel de droit local à quelques secteurs de la vie sociale, domaine d'application réaffirmé à l'article 1^{er} de l'Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, aux termes duquel : « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités.

L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. En cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun.

Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local. »

Le statut personnel ne concerne ni le droit du travail ni le droit pénal.

L'article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 instaure une compétence concurrente, selon le souhait des parties relevant du statut civil de droit local, entre la juridiction de droit commun et la juridiction cadiale: c'est le système d'option de juridictions.

Par ailleurs, est adoptée la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce qui étend les dispositions du code civil relative au divorce et à la séparation de corps aux Mahorais relevant du statut civil de droit local. La loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration a supprimé le mariage de « droit local », toute célébration du mariage se faisant depuis lors nécessairement selon la forme laïque devant l'officier d'état civil⁷⁵¹. Cette évolution est d'ailleurs regrettée par certains qui estiment qu'« il s'agit incontestablement d'une rupture brutale avec le droit local alors que l'ordonnance du 8 mars 2000 relative à l'état civil avait opté pour une voie médiane respectueuse du statut personnel tout en le modernisant : le mariage devait être célébré par le cadi, mais en présence de l'officier de l'état civil de résidence de l'un des futurs époux »⁷⁵². Cette même loi du 24 juillet 2006 a mis fin au tuteur matrimonial qui représentait la future épouse et formulait son consentement en exigeant que le consentement soit exprimé par les deux futurs époux en personne.

⁷⁴⁹ « Nous allons faire comme vous, les Occidentaux, prendre des maîtresses », s'est vu rétorquer un jour le préfet Hubert Derache (rapporté par B. HOPQUIN, « Mayotte : Islam et République », *Le Monde*, 14 sept. 2011).

⁷⁵⁰ V. CC n° 2003-474 DC du 17 juil. 2003, Loi de programme pour l'outre-mer.

⁷⁵¹ Art. 111 de la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

⁷⁵² H. BÉRINGER, *loc. cit.*, p. 110. Jusqu'en 2000, le mariage était célébré tout d'abord sous forme coutumière et enregistré ensuite, dans les quinze jours, par l'officier d'état civil du domicile. Mais, comme le précise Hugues BÉRANGER, cette déclaration était souvent omise (« Mayotte - Un statut civil de droit musulman dans la République : legs colonial ou modernité du droit à la différence ? », in J. BAUBÉROT et J.-M. REGNAULT, *Relations Église et autorités outre-mer, De 1945 à nos jours*, Les Indes savantes, 2007, p. 102). Art. 16 de l'ordonnance n°2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil: « la célébration du mariage est faite par le Cadi, en présence des futurs époux, du tuteur matrimonial (Wali), de deux témoins et de l'officier de l'état civil de la commune de résidence de l'un des futurs époux (...). L'officier de l'état civil dresse sur-le-champ l'acte de mariage (...). L'acte est signé par les époux, le tuteur matrimonial, les deux témoins et l'officier de l'état civil qui l'inscrit sur ses registres». Comme le rappellent S. BLANCHY et Y. MOATY, « Le nikâh est le contrat de mariage islamique passé devant le cadi, en présence de deux témoins, entre le mari et le tuteur wali de l'épouse, pour une somme donnée. Le plus souvent, à Mayotte, la femme donne son consentement oral depuis la pièce voisine » (*loc. cit.*, p. 124).

Comme le soulignent Sophie Blanchy et Yves Moatty, « La réforme de l'état civil a mis fin, sans aucune communication sociale, au fonctionnement de deux mondes juridiques parallèles qui avaient leurs règles. En ôtant au mariage musulman sa portée juridique, on signifie aux Mahorais que leur droit est sans valeur, et ils apprennent que des situations réprouvées chez eux – la mère célibataire, l'enfant né hors mariage, voire l'avortement – sont légaux, donc doués de valeur dans la pensée métropolitaine... Aucun débat explicatif n'a eu lieu sur ce à quoi la société métropolitaine elle-même a adhéré récemment et difficilement (...). Or, il est bien dangereux de s'attaquer à un système axiologique bien incorporé qui oriente les pratiques sans assurer la transition vers les nouvelles valeurs »⁷⁵³.

Outre la suppression de la justice cadiale, l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 a aligné l'âge requis pour se marier entre les hommes et les femmes (relevant ce dernier de quinze à dix-huit ans), et prohibé la polygamie et la répudiation pour l'avenir quelque soit l'âge des intéressés. Ces mesures ne portent en revanche pas atteinte aux situations en cours. Autrement dit, les unions polygames contractées avant cette date continuent d'être reconnues par l'État⁷⁵⁴. Ainsi, de nos jours, la polygamie concerne encore à Mayotte 10 % des hommes⁷⁵⁵.

Par conséquent, si depuis le début des années 2000, le législateur a réformé en profondeur le statut personnel des Mahorais, il a laissé applicable un certain nombre de règles de droit musulman et de coutume.

Ainsi, même si la femme mahoraise de statut personnel a vu sa condition juridique améliorée depuis la loi du 11 juillet 2001⁷⁵⁶, il existe encore certaines règles dérogatoires du droit commun quant à sa capacité juridique. S'agissant ensuite de la famille, si les règles du statut civil de droit local les plus choquantes ont été abrogées, en particulier la polygamie et la répudiation, les personnes relevant de ce statut ne peuvent conclure un PACS ni se marier avec une personne du même sexe car la loi du 17 mai 2013 instaurant le « mariage pour tous » ne leur est pas applicable⁷⁵⁷. Le mariage, dans ses effets, reste régi par le statut personnel de droit local⁷⁵⁸. Enfin, s'agissant du domaine des successions et des libéralités, il existe encore de nombreuses spécificités du statut personnel mahorais telles que des règles prévoyant un partage inégalitaire de la succession entre enfants.

§2- Les spécificités judiciaires du département mahorais

A- Les spécificités sociales du département mahorais, indissociables de la question de la justice

Il est impossible d'isoler l'organisation et les missions de l'Etat à Mayotte, notamment dans le service public de la justice, des importants retards hérités du passé, des réalités socio-économiques et culturelles, voire géopolitiques et diplomatiques de

⁷⁵³ S. BLANCHY et Y MOATTY, *loc. cit.*, p. 132-133.

⁷⁵⁴ CA Saint-Denis de la Réunion, 5 avr. 2016, *M. S. Aynoudine et Mme T. Zahara* (cité par J.-C. JOBART, *loc. cit.* p. 65).

⁷⁵⁵ D'après l'enquête de l'Insee, *Migrations, natalité et solidarités familiales*, 2017. Comme le souligne Elise RALSER, « comment alors, dans quelques années, régler la succession d'un homme laissant derrière lui plusieurs épouses ? Il faudra bien admettre que ces mariages passés sont valables au risque, sinon, cette fois, de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'une des épouses » (« L'avenir (incertain ?) du statut personnel mahorais », p.94).

⁷⁵⁶ V. aujourd'hui, art. 10 ordonnance n°2010-590 du 3 juin 2010 : « Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels. »

⁷⁵⁷ V. O. GOHIN, « La loi et les problèmes propres à l'outre-mer », *RFDA*, 2013, en part. p. 979.

⁷⁵⁸ V. les ex. donnés par E. RALSER, « L'avenir ... », *loc. cit.*, p. 89.

cette île ainsi que de certaines spécificités juridiques.

Les priorités des Mahorais concernent avant tout leur situation économique et sociale : lutte contre les prix des produits de première nécessité (provoquant une grève qui a paralysé le territoire fin 2011), projet d'installation d'une ligne à haute tension, désenclavement aérien de Mayotte, création de la première ligne de transport collectif interurbaine, amélioration de l'approvisionnement en eau potable, actions de salubrité publique...

En effet, Mayotte se singularise au sein des départements français, et même des autres départements d'outre-mer.

Mayotte est le département le plus jeune, le plus peuplé et sans doute le plus pauvre de France avec 60% de la population ayant moins de 20 ans - contre moins de 25% pour la population française en général -, une densité d'habitation 4,5 fois plus forte qu'en métropole⁷⁵⁹, un taux de natalité de 41,2% contre 12,7% en métropole, un taux de pauvreté deux fois plus important⁷⁶⁰, un taux de chômage autour de 25%, une scolarisation qui n'est obligatoire que depuis le début des années 1980 et seulement 17% d'une classe d'âge qui obtient le baccalauréat⁷⁶¹.

Il s'agit du département français ayant la croissance démographique la plus forte, suivi par la Guyane. Alors qu'on comptait 23 364 habitants en 1958, le recensement de 2007 en dénombrait 186 452 et celui de 2012 faisait état de 212 718 habitants. Le dernier recensement, qui s'est déroulé du 5 septembre au 2 octobre 2017, dénombrait 256 518 habitants. Ainsi, de 2012 à 2017 la population mahoraise a continué de progresser, et plus rapidement qu'avant. Si l'on tient compte des recensements de 1997 et de 2017, la population mahoraise a doublé en l'espace de 20 ans. Elle s'est multipliée par 11 en 60 ans⁷⁶².

Par ailleurs, Mayotte demeure le département français où la part d'étrangers dans la population est la plus importante, devant la Guyane (35,5%). La population de nationalité étrangère se situait autour de 40% en 2012 ; elle atteignait presque 48% en 2017 : sur 256 518 habitants, 122 777 étaient de nationalité étrangère, soit près d'un habitant sur deux, sachant que 95% des étrangers sont comoriens, 4% malgaches et 1% provient de l'Afrique de l'Est. Un tiers des étrangers sont nés à Mayotte⁷⁶³. Dans les communes de Mamoudzou, Koungou et Ouangani, les étrangers sont majoritaires.

En outre, Mayotte connaît une immigration irrégulière exceptionnelle⁷⁶⁴ et subit le drame récurrent de naufrages de *kwassakwassa* entre l'île d'Anjouan et Mayotte, distantes de seulement 70 km⁷⁶⁵.

⁷⁵⁹ 114 habitants au km² en métropole en 2010 selon l'Insee contre 511 habitants au km² à Mayotte selon le recensement de 2007. En 2017, avec 690 habitants au km², il s'agit du département le plus peuplé après Paris et cinq autres départements d'Île de France. Mamoudzou, capitale économique du département avec 71437 habitants, Koungou, avec 32156 habitants, et les deux communes de la Petite terre, au nord-est du département, concentrent la moitié des habitants de Mayotte.

⁷⁶⁰ En 2009, 13,5% de la population métropolitaine vivait en-dessous du seuil de pauvreté (seuil à 60 % du niveau de vie médian, soit, en 2009, des revenus mensuels inférieurs à 954 euros). En prenant en compte le seuil métropolitain, c'est 92% de la population mahoraise qui vivrait en-dessous du seuil de pauvreté. Si, de façon plus réaliste, on tient compte du revenu médian à Mayotte, c'est 27,6% de la population mahoraise qui est concernée (Statistiques de 2005 d'Insee Mayotte). Dix ans plus tard, diverses statistiques témoignent d'un écart sensiblement identique.

⁷⁶¹ Contre 71% en métropole en 2011 selon le ministère de l'Éducation nationale.

⁷⁶² La loi n° 2002-276 sur la démocratie de proximité conduit à organiser un recensement de la population à Mayotte tous les cinq ans, sous la responsabilité de l'Insee. A la suite de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 relative à l'égalité réelle outre-mer, Mayotte va intégrer le même protocole de collecte annuelle que les autres départements français.

⁷⁶³ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3713016>

⁷⁶⁴ Selon les autorités, un tiers des habitants de l'île seraient des étrangers en situation irrégulière. L'augmentation du niveau de vie espérée par les Mahorais grâce à la départementalisation a rendu Mayotte encore plus attrayante pour les Comoriens. Une des problématiques centrales de cette immigration illégale est la présence de nombreux mineurs étrangers isolés. Pour essayer de stopper ces flux migratoires, le gouvernement français a mis en place en 1995 une

Mayotte est aussi le département en France où l'on parle le moins français. En effet, 80% de la population parle le *shimaoré* et ne maîtrise pas ou mal le français⁷⁶⁶, ce qui a des impacts importants, notamment sur le service public de la justice. La CNCDH indiquait dans son avis que « la barrière de la langue constitue un frein important à la connaissance du droit et de l'institution judiciaire à Mayotte et en Guyane. Le constat est particulièrement frappant à Mayotte : 40% de la population mahoraise ne parlant pas la langue française, de nombreux Mahorais s'orientent mal dans l'ensemble des services publics, et plus particulièrement (...) dans celui de la justice »⁷⁶⁷. Elle indique également que « les coûts liés à l'interprétation constituent également des difficultés majeures (...) affectant à la fois l'accès à la justice et le fonctionnement de cette dernière. Il arriverait ainsi fréquemment que le justiciable mahorais ou guyanais soit chargé de trouver lui-même son interprète, situation inacceptable.

La situation est particulièrement criante à Mayotte (...). En effet, bien que le français y soit la langue officielle, deux dialectes comoriens et malgache (*shimaoré* et *shibushi*) sont également utilisés tant par les Mahorais que par la population immigrée. Or, de nombreux dysfonctionnements dans le recours aux interprètes ont été dénoncés à la CNCDH, certains estimant même que l'interprétation était quasi inexistante. Quoiqu'il en soit, le recours massif à ces professionnels entraîne des frais supplémentaires considérables pour les juridictions, aucune ligne budgétaire n'étant prévue par la Chancellerie (...). Le « Plan Mayotte 2025 » a prévu d'améliorer l'organisation des juridictions en expérimentant un recrutement d'interprètes salariés »⁷⁶⁸.

B- La lente évolution de l'organisation judiciaire de Mayotte

Depuis l'ordonnance royale du 26 août 1847 relative à l'organisation de la justice à Mayotte qui crée un tribunal civil et un tribunal correctionnel statuant selon la loi française, la justice a été très lente à se mettre en place⁷⁶⁹.

L'évolution de la juridiction administrative mahoraise constitue une illustration des différences qui ont pendant longtemps perduré dans l'organisation de l'île par rapport non seulement à la métropole mais également à certaines autres collectivités d'outre-mer. Ainsi, la demande de création d'un tribunal administratif dans l'île fut

procédure de visas pour les Comoriens souhaitant se rendre sur l'île de Mayotte. En 2012, on estimait que le nombre de Comoriens morts en tentant la traversée vers Mayotte et la France depuis l'instauration de ce « visa Balladur » variait entre 7000 et 10000 morts (J.-P. SUEUR, C. COINTAT et F. DESPLAN, *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis, Rapport d'information n°675*, Sénat, juill. 2012, 140 p.). Les Mahorais ne supportent plus la situation socio-économique et l'insécurité qu'ils imputent aux Comoriens. Les appels au « décasage », l'expulsion par la force de familles comoriennes ayant établi des logements de fortune sur des terres appartenant à des Mahorais, se multiplient. La départementalisation a augmenté la xénophobie. En général sur ce thème, v. CNCDH, *Avis droits des étrangers et droit d'asile dans les outre-mer. Cas particuliers de la Guyane et Mayotte*, 26 sept. 2017, 83 p.

⁷⁶⁵ Le *kwassa kwassa* est un nom d'origine comorienne désignant un canot de pêche ou pirogue. Ces canots sont régulièrement utilisés par des passeurs pour l'immigration clandestine des îles des Comores vers Mayotte.

⁷⁶⁶ Le mahorais (ou *shimaore* dans la langue) est une des deux principales langues indigènes parlées sur l'île de Mayotte. C'est un dialecte *swahili*, alors que le *shibushi* est une langue austronésienne proche des langues parlées à Madagascar.

⁷⁶⁷ CNCDH, *Avis sur l'accès au droit et à la justice dans les outre-mer, essentiellement en Guyane et à Mayotte*, 22 juin 2017, p. 14.

⁷⁶⁸ Rappelé dans CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 57-58.

⁷⁶⁹ Les Mahorais étaient exclus de cette nouvelle justice puisque tous les juges étaient exclusivement des métropolitains. Mais comme le rappelle J.-B. FLORI, « l'institution judiciaire a, cependant, connu durant un siècle de nombreuses vicissitudes : les magistrats de carrière n'ont véritablement siégé à Mayotte, et ce, de manière continue, qu'à partir de 1946 » (« Le Tribunal supérieur d'appel de Mayotte : cheminement en spécificité et assimilation », in L. SERMET et J. COUDRAY, *op. cit.*, p. 413). Un décret du 30 janvier 1852 organise le Tribunal de première instance de Mayotte à juge unique avec greffier professionnel. Mais le premier magistrat de carrière est nommé seulement en 1854 (rappelé par Y. MOATY, « Une espèce endémique ... », *loc. cit.*, p. 471).

longtemps repoussée au motif que Mayotte n'était pas un département, alors même que son statut de collectivité territoriale aurait suffi à sa création⁷⁷⁰. Ce n'est qu'en 1993 qu'a finalement été institué un tribunal administratif à Mamoudzou⁷⁷¹, en remplacement du conseil du contentieux administratif, qualifié par un auteur de « musée vivant du contentieux administratif »⁷⁷². Le tribunal administratif devient alors juge de droit commun en premier ressort du contentieux administratif à Mayotte⁷⁷³. Mais, pendant longtemps, les moyens du tribunal administratif ont été très limités et ce n'est que récemment, en lien avec l'augmentation conséquente du nombre de requêtes, que cette situation a évolué⁷⁷⁴.

Autre exemple, les fonctions de juge des enfants n'ont été créées qu'en 1992 et le premier poste en 2004, pourvu en 2005⁷⁷⁵.

De façon plus générale, la justice mahoraise a été réformée en profondeur par l'ordonnance n° 2011-337 du 29 mars 2011 modifiant l'organisation judiciaire dans le Département de Mayotte⁷⁷⁶. L'ancien tribunal de première instance (TPI) et le Tribunal supérieur d'appel (TSA) ont été remplacés par le tribunal d'instance (TI) et un Tribunal de grande instance (TGI). Ont également été créés un pôle de l'instruction et un poste de juge d'application des peines. Des juridictions spécialisées ont été ou vont être progressivement mises en place : tribunal mixte de commerce, tribunal paritaire des

⁷⁷⁰ En ce sens, O. GOHIN, « La juridiction administrative d'outre-mer », in *Mélanges René Chapus*, 1992, p. 282 et s.

⁷⁷¹ Art. 63-I de la loi du 4 janvier 1993 portant dispositions diverses relatives aux départements et territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre et Miquelon.

⁷⁷² Expression utilisée par Olivier GOHIN, *loc. cit.*, in *Mélanges René Chapus*, 1992, p. 293 à propos des conseils du contentieux administratif de Mayotte et de Wallis et Futuna (remplacé par le tribunal administratif de Mata-Utu par une ordonnance n°2003-923 du 26 septembre 2003 relative à l'organisation de la juridiction administrative dans les îles Wallis et Futuna). Sur ce thème, v. aussi P. CREGUT, « Le Conseil du contentieux administratif de Mayotte », in O. GOHIN et P. MAURICE, *op. cit.*, p. 209-221 ; M.-C. ABLANCOURT, « Rôle et place du Tribunal administratif de Mamoudzou suite à l'adoption de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », in L. SERMET et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2004, p. 165-181, 715 p.

⁷⁷³ Comme le rappelle M.-C. ABLANCOURT, « jusqu'en 1993, les litiges administratifs de Mayotte étaient partagés entre le Conseil du contentieux administratif de Mayotte pour le contentieux local et le Conseil d'Etat pour le contentieux mettant en cause l'Etat » (« Rôle et place du Tribunal administratif de Mamoudzou suite à l'adoption de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », in L. SERMET et J. COUDRAY, *op. cit.*, p. 166, note 4).

⁷⁷⁴ Pendant longtemps, il n'y pas eu de magistrats propres au tribunal administratif de Mamoudzou, puis le tribunal administratif n'a disposé que d'un magistrat, un greffier en chef, deux assistantes et un vacataire pour l'accueil. Les magistrats du tribunal administratif de La Réunion venaient parfois siéger à Mamoudzou pour les procédures requérant la collégialité. Ces faibles moyens contrastaient avec l'augmentation du nombre de requêtes : une centaine en 2003, 500 en 2010, 625 en 2011 et l'estimation pour 2012 est de 800 requêtes (rappelé dans le Rapport d'information n°675 enregistré à la Présidence du Sénat le 18 juil. 2012, p. 37 et p. 34). Les tribunaux administratifs de La Réunion et de Mayotte ont été dotés à la fin de l'année 2016 d'un deuxième vice-président, plus particulièrement en charge de la juridiction mahoraise. Le tribunal administratif de Mayotte est actuellement composé de 10 magistrats et 5 agents de greffe : D. JOSSERAND-JAILLET, Président, également président du TA de La Réunion ; M.-A. AEBISCHER et E. COUTURIER, Vice-Présidents ; J.-P. SEVAL et J.-P. GAYRARD, rapporteurs publics ; F. SAUVAGEOT, P.-H. D'ARGENSON ; P.-O. CAILLE, Premier conseiller aux tribunaux administratifs de La Réunion et de Mayotte ; P. BORGES PINTO ; S. RIOU, Premiers conseillers et conseillers ; A. THORAL, Greffière en chef. Les magistrats affectés à Saint-Denis se déplacent à intervalles réguliers pour siéger au tribunal administratif de Mayotte. Ils peuvent en outre, en vertu de l'article L.781-1 CJA, si les délais prescrits ou la nature de l'affaire l'exigent, statuer à distance, en étant reliés à la salle d'audience par un moyen de communication audiovisuelle.

⁷⁷⁵ V. ordonnance n°92-1141 du 12 oct. 1992 (*JO* 16 oct. 1992). Y. MOATTY, « Une espèce endémique : le juge des enfants de Mayotte, un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local », in L. SERMET et J. COUDRAY, *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2004, p. 469-495.

⁷⁷⁶ *JO* n°0075 du 30 mars 2011. V. aussi le décret n° 2011-338 du 29 mars 2011 portant modification de l'organisation judiciaire dans le Département de Mayotte, *JO* n°0075 du 30 mars 2011 ; le décret n° 2011-1576 du 17 nov. 2011 modifiant le code de procédure pénale applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna et à Mayotte et relatif à la rémunération du travail des personnes détenues ; l'ordonnance n° 2012-395 du 23 mars 2012 relative à l'application à Mayotte de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ; l'ordonnance n° 2012-579 du 26 avr. 2012 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dans le Département de Mayotte.

baux ruraux, tribunal de sécurité sociale⁷⁷⁷. Mais des retards et inégalités persistent : ainsi, toutes les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution disposent d'une cour d'appel sur leurs territoires, sauf Mayotte⁷⁷⁸. Par ailleurs, la création d'un conseil de prud'hommes a été repoussée à différentes reprises, semble-t-il en raison d'un manque de formation des futurs conseillers prud'hommaux. L'ordonnance n°2017-1491 du 25 octobre 2017 qui étend le code du travail à Mayotte prévoit désormais pour le 1er janvier 2022 un conseil des prud'hommes en remplacement de l'actuel tribunal du travail. Selon un sénateur mahorais « le report du délai de création du conseil des prud'hommes à Mayotte pourrait être l'occasion de réévaluer l'équilibre entre la « normalisation » des juridictions mahoraises, souhaitable dans son principe, et la prise en compte de spécificités locales et donc de particularités judiciaires, admises par la jurisprudence constitutionnelle »⁷⁷⁹.

Les spécificités locales peuvent en effet être prises en compte. Par exemple, les jurés d'assises sont sélectionnés par tirage au sort non à partir des listes électorales mais à partir d'une liste restreinte de citoyens établie par le Préfet et le tribunal de grande instance, selon les propositions du Procureur de la République ou des maires.

Dans une décision n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016, *M. Mohamadi C.* [Règles de formation, de composition et de délibération de la cour d'assises de Mayotte], le Conseil constitutionnel avait été saisi par la Cour de cassation⁷⁸⁰ d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la constitutionnalité de ces dispositions⁷⁸¹. Il a jugé que :

« 8. La population de Mayotte présente des caractéristiques et contraintes particulières, au sens de l'article 73 de la Constitution, de nature à permettre au législateur d'adapter les conditions dans lesquelles est formé le jury de la cour d'assises de Mayotte. En effet, une proportion importante de la population de Mayotte ne remplit pas les conditions d'âge, de nationalité et de connaissance de la langue et de l'écriture françaises exigées pour exercer les fonctions d'assesseur-juré. Pour leur part, les règles de droit commun prévoient que les jurés de cours d'assises sont tirés au sort à partir d'une liste établie, après tirage au sort, parmi l'ensemble des citoyens inscrits sur les listes électorales. Dès lors, en prévoyant un tirage au sort des assesseurs-jurés de la cour d'assises de Mayotte sur une liste restreinte de citoyens établie par certaines autorités, le législateur a instauré une différence de traitement qui tient compte de la situation particulière de Mayotte et qui ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la justice »⁷⁸².

En revanche, le Conseil constitutionnel a censuré l'exclusion à Mayotte des règles de droit commun qui n'avaient pas de lien avec la différence de situation qui pouvait justifier la différence de traitement.

Mais, jusqu'à peu, la justice mahoraise se singularisait surtout par l'existence d'une justice religieuse, à côté de la justice de droit commun.

⁷⁷⁷ Rappelé par E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.*, p. 759, note 68.

⁷⁷⁸ Le décret n°2011-338 du 29 mars 2011 a supprimé le tribunal supérieur d'appel. La cour d'appel de Saint-Denis est désormais la juridiction d'appel qui connaît des affaires venant des tribunaux des départements de Mayotte et de La Réunion. Une chambre détachée est installée à Mamoudzou pour le jugement des affaires (sauf l'instruction des affaires pénales) nées à Mayotte.

⁷⁷⁹ Avis n° 146 (2016-2017) de M. T. MOHAMED SOILIHI, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 nov. 2016.

⁷⁸⁰ V. Cass. Crim., 16 mars 2016, n°1417.

⁷⁸¹ Art. 877, al. 2, art. 885, al. 1 et 2 et art. 888 CPP.

⁷⁸² Sur cette décision, v. P. CASTÉRA, « Le Conseil constitutionnel précise les règles de procédure applicables dans les cours d'assises de Mayotte », *Gaz. Pal.*, 20 sept. 2016, n° 32, p. 16-18 ; J.-B. PERRIER, « Les juridictions pénales d'outre-mer sous le feu du Conseil constitutionnel », *RFDC*, janv.-mars 2017, n° 109, p. 244-245.

Section II- Les cadis et la justice cadiale à Mayotte

§1- *La persistance d'une justice religieuse à Mayotte jusqu'en 2010 : une singularité territoriale indispensable ou une entorse à la laïcité de la justice française ?*

Le système cadial existe aux Comores et à Mayotte depuis l'arrivée des Shiraziens entre le XIV^{ème} et le XVI^{ème} siècle. Depuis cette époque, le cadi (*qâdhî*) exerçait un rôle de juge, de médiateur et d'institution régulatrice de la vie sociale et familiale. L'article 1^{er} du traité de cession de 1841 a explicitement maintenu le rôle des cadis. L'article 7 du Traité disposait: « Les discussions, disputes ou différends quelconques qui s'élèveraient entre les Français et les anciens habitants de Mayotte seront jugés par des hommes sages et éclairés choisis dans les deux populations et désignés par sa Majesté le Roi des Français ou par son représentant à Mayotte ». Mais cette justice mixte n'a, dans les faits, jamais fonctionné. Dans les années 1860, le magistrat Grevey, juge à Mayotte de juillet 1866 à avril 1868⁷⁸³ ne « vit que trois bureaux de cadis jugeant les affaires civiles des musulmans selon le droit coranique à Pamanzi, Mtsapere et Sada mais nota qu'une bonne partie de la population était « idolâtre ». (...) En principe, les indigènes pouvaient saisir en appel le tribunal de première instance - bien que l'appel soit inconnu du droit musulman - si le président se faisait assister de deux assesseurs. Les juges coloniaux ne se prêtaient guère à cette procédure et seul Grevey recevait quelques Mahorais»⁷⁸⁴.

Selon un juge ayant longtemps exercé à Mayotte « le rôle des cadis, déjà important, a semble t-il été renforcé par le pouvoir colonial. C'est l'administration républicaine qui a transformé le cadi, simple secrétaire du sultan, en juge-notaire, qui lui a accordé des fonctions en matière d'état civil et même des responsabilités religieuses qu'il n'avait pas auparavant»⁷⁸⁵.

Si le cadi fondait ses décisions sur la doctrine et le droit musulmans (*charia*), il appliquait également des règles coutumières issues d'Afrique de l'est. Le droit mahorais intègre en effet des éléments de coutume africaine et malgache, tout en étant essentiellement fondé sur le rite chaféite (*fiqh shâfite*), et plus précisément, sur le *Minhâj al-Tâlîbîn* (« Livre des croyants zélés »), recueil d'aphorismes et de préceptes fondés sur la charia, écrit au XIII^e siècle par al-Nawawî, juriste damascène de rite chaféite⁷⁸⁶.

Au cours de ses premiers cent soixante-dix ans sous autorité française, Mayotte a ainsi vu coexister sur son territoire deux systèmes judiciaires: le droit commun rendu par les tribunaux français et le droit local régissant le statut personnel des musulmans rendu par une justice musulmane. Ce système dualiste avait été officialisé dans les années 1930⁷⁸⁷. Un décret du 29 mars 1934 relatif à l'organisation de la justice indigène

⁷⁸³ Il fut ensuite Procureur de Pondichéry et, en 1873, premier substitut du procureur général de Saint-Denis de la Réunion.

⁷⁸⁴ S. BLANCHY et Y. MOATTY, *loc. cit.*, p. 119.

⁷⁸⁵ Y. MOATTY, « Une espèce endémique (...) », *loc. cit.*, p. 478.

⁷⁸⁶ Comme le rappelle Emmanuel TAWIL, le rite chaféite « est fondé sur les enseignements d'Al-Chafii (767-820). Il est répandu en Indonésie, Egypte, Thaïlande, Inde du Sud, Philippines, Comores, Yémen, Malaisie et à Brunei » (*op. cit.*, p. 228).

⁷⁸⁷ Comme le résume M. MAHTOUT et M. CONDRO « les deux systèmes judiciaires évoluant initialement en parallèle vont se rencontrer à la suite des décrets en date du 29 mars 1934, du 10 juin 1938 et du 1^{er} juin 1939 qui constituent les premiers textes français organisant la justice cadiale dans l'archipel des Comores. Ces textes fixent les attributions des deux juridictions. Une justice de paix à compétence étendue est instituée à Mayotte dont l'une des missions est de surveiller et contrôler le fonctionnement de la justice indigène. Le rôle de la justice cadiale est précisé par le décret du 1^{er} juin 1939 » (« La justice cadiale à Mayotte. De la colonie à la départementalisation ou réformer pour conformer », *101 MAG, Un autre regard sur Mayotte*, n°2, avr. 2015, p. 28).

dans l'archipel des Comores crée la justice cadiale à Mayotte et procède à une répartition des compétences entre le juge répressif et les juges cadiaux qui ne pouvaient intervenir qu'en matière civile et commerciale.

Les juridictions cadiales étaient depuis régies par le décret du 1^{er} juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores en matière civile, commerciale, pénale⁷⁸⁸ et par la délibération du 3 juin 1964 de l'assemblée territoriale portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane.

Les litiges nés de l'application du droit local - autrement dit lorsqu'une affaire concernait deux Mahorais de statut local - étaient de la compétence des juridictions musulmanes⁷⁸⁹.

L'activité judiciaire des cadis s'était réduite au fur et à mesure de la progression de l'application du droit commun jusqu'à disparaître avec l'ordonnance du 3 juin 2010.

Outre leur fonction juridictionnelle, les cadis étaient également notaires⁷⁹⁰ et officiers d'état-civil. Cette dernière fonction leur permettait de tenir l'état civil des Mahorais ayant conservé leur statut personnel (naissance, tutelle, testament, reconnaissance d'enfants, mariage, divorce, répudiation). La loi n°2010-1487 du 7 décembre 2010 supprime leurs fonctions de tuteurs légaux ou le rôle qu'ils pouvaient assumer sur le plan notarial.

Enfin, en tant qu'autorité morale et religieuse, les cadis avaient une activité sociale et administrative qu'ils conservent aujourd'hui. Ils jouent en particulier un rôle de médiation sociale, y compris avec les étrangers en situation irrégulière de confession musulmane. En outre, il appartient par exemple au grand cadî de fixer la date de début du Ramadan.

En 2002, Laurent Sermet affirmait, d'un côté, que « le maintien de la justice cadiale dans la France républicaine contemporaine, même si il a l'avantage de s'abriter derrière l'article 75 de la Constitution, est résolument problématique, car il contrevient, à tout le moins, à la laïcité de la justice et au principe d'égalité. Difficile dans ces conditions de prédire son maintien : le « vent de l'histoire » ne va pas en son sens - même si la raison anthropologique la défend »⁷⁹¹. Cette justice était « éventuellement suspectée d'un risque de dérive intégriste, ou à l'inverse considérée comme un rempart contre l'islamisme »⁷⁹². D'un autre côté, ce même auteur affirmait que « l'article 75 de la Constitution peut, raisonnablement, justifier la pérennisation de la justice musulmane, reconnue depuis l'origine de la colonie (art. 5 du traité de cession du 25 avril 1841 et art. 7 de l'ordonnance du 26 août 1847 : avec un appel possible contre les jugements des Cadis devant le tribunal civil) ; parce qu'elle forme avec le statut de droit local un

⁷⁸⁸ Art. 4, al. 1^{er} du décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores (*JORF*, 15 juin 1939.7581) : « Sont justiciables des tribunaux des cadis tous les indigènes musulmans originaires de l'archipel des Comores ou d'autres possessions françaises ainsi que les autres indigènes musulmans qui ne possèdent pas un statut personnel les rendant justiciables des tribunaux de droit commun » ; art. 6 : « Les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman Minihadji el Talihir est seul officiel et applicable dans l'archipel ». L'ordonnance n° 81-295 du 1^{er} avril 1981 relative à l'organisation de la justice à Mayotte avait maintenu ces dispositions.

⁷⁸⁹ « Le droit à la justice cadiale à Mayotte est intimement lié au droit à un statut personnel au profit des Mahorais. Son existence tire son fondement de l'article 75 de la Constitution qui consacre l'existence formelle et matérielle des statuts personnels » (A. ALI ABDALLAH, *Le statut juridique de Mayotte. Concilier droit interne et droit international : réconcilier la France et les Comores*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 576).

⁷⁹⁰ En tant que notaires, ils s'occupaient des actes de procuration, réglaient les donations, les partages, recevaient les actes de vente, le certificat d'hérédité, réglaient les successions...

⁷⁹¹ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », in L. SERMET et J. COUDRAY, *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2004, p. 439.

⁷⁹² L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », *loc. cit.*, p. 440, note 5.

ensemble cohérent et homogène et que les juges musulmans sont, théologiquement et pratiquement, mieux habilités à rendre cette justice, que les juges non musulmans »⁷⁹³.

§2- *L'existence d'une justice cadiale : atteinte à l'indépendance des juges et au principe d'égalité entre justiciables ?*

A- L'organisation de la justice cadiale

Le conseil général avait progressivement augmenté le nombre de cadis afin de parvenir à la création d'un tribunal cadial dans chaque commune. Ainsi, alors que l'on ne comptait que 2 cadis en 1975, 11 en 1989, on en a dénombré jusqu'à 22 qui se répartissaient ainsi: 17 dans les communes, 2 auprès du grand cadî à Mamoudzou, le grand cadî (*qâdi al-qudât*, littéralement « cadî des cadis »), un cadî aumônier et un cadî siégeant à la commission de révision de l'état civil pour y suppléer le cadî.

La justice cadiale comprenait ainsi 17 tribunaux cadiaux, institués au niveau de chaque canton (comprenant un cadî et un secrétaire greffier -*'adûl*) et un grand cadî.

Les 17 cadis rendaient les décisions de premier degré (compétents en matière d'état des personnes et de litiges patrimoniaux inférieurs à 300 euros).

Le grand cadî (ou Tribunal du Grand cadî) était juge d'appel des jugements rendus par les cadis⁷⁹⁴ ainsi que juge de première instance des affaires de droit local ne relevant pas de la compétence des cadis en raison de leur montant.

Les décisions du grand cadî rendues en premier ressort pouvaient être soumises en appel au Tribunal supérieur d'appel, juridiction d'appel de droit commun (litiges excédant 300 euros).

Les décisions du grand cadî rendues en dernier ressort pouvaient faire l'objet d'un recours en annulation, porté devant le Tribunal supérieur d'appel constitué en chambre d'annulation musulmane (litiges supérieurs à 300 euros). Cette chambre d'annulation musulmane n'était pas un troisième degré de juridiction et le contentieux porté devant elle n'excédait pas une dizaine d'affaires par an au début des années 2000. Siégeaient alors le président du Tribunal supérieur d'appel, ou son représentant, magistrat de l'ordre judiciaire, ainsi que deux assesseurs cadis mahorais avec simple voix consultative et n'ayant pas connu l'affaire au fond. La présidence de la Chambre d'annulation musulmane pouvait être confiée à tout magistrat du Tribunal supérieur d'appel ou du Tribunal de première instance de Mamouzdou sans qu'aucune qualification particulière ne soit requise même s'il était nécessaire de connaître quelques bases du droit musulman. La juridiction pouvait être saisie par les parties ou le ministère public dans le cas où un jugement d'appel du Grand Cadî intervenait en violation de la loi musulmane, des coutumes locales ou des dispositions procédurales applicables à Mayotte. Elle devait systématiquement être assistée d'interprètes en Shimahorais ou en Shibushi sous peine que le magistrat président soit le seul à ne pas comprendre les débats... Grâce aux interprètes et aux progrès en langue française des cadis, le délibéré pouvait se tenir en français. « Les affaires objet d'un pourvoi constituant (...) des exceptions qui révèlent, soit le caractère procédurier d'une partie, soit sa défiance vis-à-vis du Tribunal du Grand Cadî. Dans ce dernier cas, le Juge cadial peut être soupçonné de complaisance envers « l'occidentalisation » de l'Île et, notamment, de privilégier l'entretien (*Nafaquat*) de la femme. *A contrario*, le Grand Cadî

⁷⁹³ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », *loc. cit.*, p. 446.

⁷⁹⁴ L'appel devait être formé dans les 30 jours à compter du prononcé ou de la notification du jugement (art 21, al. 1^{er} de la délibération du 3 juin 1964).

se verra imputer une vision trop passéiste de la charia, en valorisant les droits ou prérogatives du mari ou du garçon. Paradoxalement, quelles que soient les circonstances, le justiciable sollicite de la Chambre d'annulation, et au premier chef du magistrat non mahorais, la reconnaissance de sa demande, fondée, selon lui, sur les vraies dispositions de la loi musulmane ou de la coutume »⁷⁹⁵.

Comme le résume un auteur, « cette juridiction jouait le rôle d'unification et d'harmonisation de la jurisprudence musulmane »⁷⁹⁶. Cette juridiction mixte rendait donc la justice au nom du peuple français en appliquant notamment des principes de la charia.

Existait enfin un recours possible en cassation contre les décisions du tribunal supérieur d'appel devant la Cour de cassation selon les formes du droit commun.

Les cadis rendaient environ six mille décisions juridictionnelles chaque année.

B- Le recrutement, le statut et la formation des cadis : le manque d'indépendance des juges

Comme le rappelle Emmanuel Tawil, « à la différence de la tradition occidentale, dans la tradition musulmane, le cadi exerce une justice qui émane du calife, dont il n'est que le représentant : il n'est donc pas indépendant. Tout musulman peut être cadi, à condition d'être pubère, sain d'esprit et de savoir lire et écrire en arabe. Le cadi doit connaître le Coran, la sunna et les commentaires des docteurs »⁷⁹⁷.

Indépendamment de ces considérations religieuses, le manque d'indépendance des cadis tenait au fait que ces fonctionnaires territoriaux, nommés par le pouvoir politique, assuraient des fonctions juridictionnelles.

S'agissant de leur statut, défini en janvier et octobre 1986 et réformé en 2004, les cadis et les secrétaires-greffiers sont des fonctionnaires de la collectivité départementale de Mayotte. Jusqu'au 1^{er} avril 2004, date du transfert de l'exécutif au président du conseil général, ils étaient donc gérés par l'exécutif de la collectivité territoriale, en l'occurrence le préfet, qui n'assurait cependant qu'un pouvoir de gestion, le pouvoir hiérarchique et disciplinaire appartenant au parquet. De façon plus générale, la tutelle administrative exercée par le préfet sur les actes administratifs du Conseil général de Mayotte n'a cessé qu'à compter de 2007, soit vingt-cinq ans après la Métropole⁷⁹⁸...

Les cadis étaient recrutés sur concours et investis par le préfet, après avis du procureur de la République près le Tribunal supérieur d'appel et d'une commission présidée par le président du Tribunal supérieur d'appel et composée de quatre personnalités religieuses désignées par le préfet et par le grand cadi. Toutefois, aucun concours n'ayant été organisé pendant plusieurs années, les plus jeunes cadis ont un statut de contractuel. Leur salaire est peu attractif.

Lors d'une rencontre avec le grand cadi et l'ensemble des cadis, les rapporteurs du Sénat avaient constaté que la justice cadiale disposait de peu de moyens et que le niveau moyen de formation des cadis était faible. La plupart avaient suivi une formation en droit coranique, parfois à l'étranger pour les plus jeunes (dans les universités de Basse-Egypte, du Hediaz ou de Palestine, jusqu'à une dizaine d'années parfois), mais aucun de formation universitaire en droit français⁷⁹⁹.

⁷⁹⁵ M. LEVEBVRE, *loc. cit.*, p. 436-437.

⁷⁹⁶ ALI ABDALLAH, *op. cit.*, p. 579.

⁷⁹⁷ E. TAWIL, *op. cit.*, p. 231 qui renvoie à H. BLEUCHOT, *Droit musulman, op. cit.* t.2, p. 623.

⁷⁹⁸ Art. 2, §2 de la loi n°2001-616 du 11 juill. 2001 relative à Mayotte (abrogé par l'art. 17 de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer).

⁷⁹⁹ Sénat, projet de loi relatif à Mayotte (<https://www.senat.fr/rap/100-361/100-3618.html>)

C- Une justice aléatoire

La quasi-inexistence de règles procédurales, la méconnaissance du principe du contradictoire et de la représentation par avocat - le barreau est jeune et modeste numériquement à Mayotte et les avocats étaient « généralement absents des Tribunaux cadiaux mais s'impos[aient] progressivement à la Chambre d'annulation musulmane »⁸⁰⁰ - faisaient de la justice cadiale une justice aléatoire, sans garantie pour le justiciable. De plus, l'absence de formule exécutoire rendait l'exécution des décisions hypothétique. Par ailleurs, certaines décisions prises par les cadis dans leur fonction non juridictionnelles pouvaient être de nature à porter atteinte au principe d'impartialité de la justice cadiale, les incompatibilités et causes de récusation du juge cadi étant très limitées⁸⁰¹. C'est la raison pour laquelle, dans l'hypothèse du maintien de la justice cadiale, certains auteurs militaient pour la séparation organique des fonctions cadiales⁸⁰².

Certains cadis rencontraient des difficultés pour s'exprimer et rédiger leurs décisions en français. Les cadis ne disposaient souvent d'aucune documentation et leur connaissance parfois aléatoire du droit musulman entraînait des divergences de jurisprudence d'autant plus dommageables que le taux d'appel demeurait très faible.

Enfin, la justice cadiale constituait un facteur de complexité car les cadis jugeaient parfois par erreur de litiges concernant des justiciables qui relevaient du droit commun, qu'il s'agisse de ressortissants comoriens en situation irrégulière, habitués dans leurs pays d'origine à faire appel à la justice musulmane ou dans l'impossibilité de s'adresser à la justice de droit commun, ou encore de citoyens persuadés à tort de relever du statut civil de droit local. Ainsi, Yves Moatti, ancien vice-président du tribunal de première instance de Mamoudzou, avait donné l'exemple de cadis qui rendaient parfois des décisions de divorce sur des mariages de droit commun⁸⁰³.

A partir des années 1990, l'institution cadiale a commencé à être contestée par une partie de la population du fait de l'application de certains principes du droit coutumier et tirés des règles de la charia (répudiation, polygamie, double part successorale des hommes ...). La justice cadiale a également été « fortement contestée, dans les années 1990, par les élus et les cadres mahorais, qui y voyaient un obstacle au rapprochement avec la métropole »⁸⁰⁴. Cette situation a conduit le conseil général à demander une modification assez profonde de l'institution par délibération 166/95 du 24 novembre 1995 visant soit à ouvrir une option de juridiction entre les tribunaux de droit commun compétents en matière locale et les tribunaux de cadis, soit à limiter les attributions des cadis à leurs seules compétences de conciliation et notariales à

⁸⁰⁰ M. LEFEBVRE, *loc. cit.*, p. 435.

⁸⁰¹ V. les art. 20, al. 4 pour les incompatibilités et les art. 30 à 32 pour les motifs de récusation de la délibération 64-12 bis du 3 juin 1964.

⁸⁰² V. L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », *loc. cit.*, p. 452 et s. proposant soit la création d'un corps de juges cadiaux intégré au ministère de la justice, soit, en suivant l'exemple néo-calédonien, des assesseurs cadiaux *ad hoc* nommés pour une ou plusieurs années judiciaires par le garde des sceaux après avis des autorités juridictionnelles locales dès lors qu'ils présentent des garanties de compétence et d'impartialité.

⁸⁰³ Rapport du Sénat précité.

⁸⁰⁴ M. LEFEBVRE, *loc. cit.*, p. 438. A. ALI ABDALLAH indique même que « la justice cadiale a toujours fait figure d'épouvantail « rétrograde » et d'obstacle majeur à la départementalisation pour les autorités politiques locales » (*op. cit.*, p. 593).

l'exclusion de toute fonction juridictionnelle et en matière d'état civil. Cette première délibération sera suivie d'autres délibérations s'inscrivant dans la même optique⁸⁰⁵.

L'article 8 de l'accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000 prévoyait que le rôle des cadis serait recentré sur les fonctions de médiation sociale. Le statut défini en 2001 et les modifications apportées en 2003 au statut personnel ont entraîné un déclin progressif de la justice cadiale. Selon cet accord, ce Statut devait permettre à Mayotte « d'adopter une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun et qui sera adaptée à l'évolution de la société Mahoraise ».

A partir du moment où les Mahorais de droit civil local ont pu saisir le juge de droit commun, en 2003, on a observé un transfert du contentieux familial vers la juridiction de droit commun⁸⁰⁶.

Ainsi, les évolutions statutaires qu'avait connues Mayotte s'étaient déjà accompagnées d'une réduction progressive des prérogatives de la justice cadiale.

§3- La suppression douloureuse et chaotique de la juridiction cadiale en 2010

A- Une suppression mal vécue par les cadis et une partie de la population

Un an avant l'accession de l'île au statut de département, les juridictions cadiales ont finalement été supprimées au profit de la compétence exclusive du juge de droit commun par l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 (art. 16-I) portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître⁸⁰⁷.

Ce n'est ainsi que depuis moins de dix ans qu'il n'existe plus de justice religieuse à Mayotte. Désormais, sur le territoire européen, c'est seulement en Grèce que subsistent des tribunaux musulmans appliquant le statut personnel des musulmans: il s'agit de la juridiction du mufti de Thrace occidentale. Ce système a été organisé par l'article 45 du Traité de Lausanne du 24 juillet 1923, Traité de paix entre les puissances alliées et la Turquie⁸⁰⁸. Dans son arrêt de Grande Chambre du 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*,

⁸⁰⁵ V. la délibération 150/96 du 6 sept. 1996 qui envisage, à titre de vœu, de limiter la compétence de la juridiction cadiale aux fonctions religieuses et notariales. Le 27 janvier 1997, la collectivité exprime à nouveau le vœu de la suppression de leurs fonctions juridictionnelles tout en maintenant le rôle de conciliation, de célébration des mariages et de notaire en matière successorale (rappelé par L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », in L. SERMET et J. COUDRAY, *op. cit.*, p. 437, note 1).

⁸⁰⁶ Par exemple, selon la représentante de l'association pour la condition féminine et l'aide aux victimes de Mayotte, pour les affaires compliquées, telles que les questions de pension alimentaire, les Mahorais préféraient s'adresser à la justice de droit commun parce qu'ils savaient que leurs droits y seraient mieux défendus. Par ailleurs, les femmes ont commencé à saisir massivement le juge aux affaires familiales, la procédure de droit commun leur garantissant une égalité procédurale par rapport aux hommes.

⁸⁰⁷ V. J.-B. FALDUTO et J. Cl. ESCARRAS, « La disparition du particularisme mahorais en matière juridictionnelle : la fin de la justice cadiale ? », *Procédures* n°8, août 2010, alerte 35 ; C. BLÉRY, « Juridictions civiles d'outre-mer », Dalloz, *Répertoire de procédure civile*, 2012. En 2016, G. FELLOUS indiquait qu'à Mamoudzou le tribunal cadial, surmonté d'un panneau « République française, justice musulmane », semblait encore fonctionner (*La laïcité pour tous*, t. 4, *Les exceptions au droit commun*, Paris, L'harmattan, 2016, p. 55). Un juge administratif nous a cependant envoyé une photo datée du 20 juin 2019 de l'ancien siège du tribunal cadial à Mamoudzou (bâtiment qui n'est plus rue du collège mais 8 rue Pasky après un changement de nom) où le panneau, très vieilli et blanchi par le soleil, est désormais entièrement illisible. Par ailleurs, le bâtiment appartient désormais au Département - dont est affiché le logo sur la boîte aux lettres - et les personnes rencontrées sur place en juin 2019 ont bien confirmé qu'il ne s'agissait plus de la justice cadiale mais du conseil cadial.

⁸⁰⁸ Art. 45 (section III Protection des minorités) du Traité de Lausanne du 24 juillet 1923: « Les droits reconnus par les stipulations de la présente Section aux minorités non musulmanes de la Turquie sont également reconnus par la Grèce à la minorité musulmane se trouvant sur son territoire ».

la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se pencher sur son organisation⁸⁰⁹.

La suppression assez brutale de ces juridictions cadiales a été mal ressentie par les cadis et une partie de la population mahoraise et rend la tâche des juges - de seul droit commun désormais - compliquée.

Les cadis vivent généralement mal la suppression de leur fonction.

Pour Sophie Blanchy et Yves Moatti, « bien qu'ils soient personnels du Conseil général, [les cadis] ont été très mal informés, et, indirectement, sur l'avenir de leur position. Sans accès direct aux nouvelles lois, ils ne suivaient l'évolution de leur situation que par les communiqués radiophoniques (RFO) annonçant les changements juridiques. Le plus souvent ignorés par les pouvoirs publics centraux et territoriaux, ils se sont arc-boutés en vain sur les prérogatives perdues. Ils ont tenté sans résultat de comparer la situation de Mayotte à celles où d'autres spécificités subsistent dans la République, en particulier l'Alsace-Moselle, ensemble de trois départements où a été conservé un droit local (mais ce régime de concordat ne touche pas au statut personnel), et le territoire de Wallis et Futuna (mais les spécificités du droit local y portent surtout sur le régime foncier) »⁸¹⁰.

La CNCDH rappelle que « les cadis eux-mêmes manifestent une certaine défiance à l'égard de [la juridiction de droit commun] [Audition du Cadi Ridjali Inssa, 4 mai 2017]. Ce n'est qu'en cas d'échec de la conciliation coutumière ou encore d'incompétence constatée par le cadi (notamment en matière pénale) que ce dernier renvoie vers les juridictions de droit commun »⁸¹¹.

Les Mahorais eux-mêmes peinent à intégrer la réforme. Selon Mathilde Philip-Gay, « le recours spontané à cette institution coutumière, figure religieuse de chaque village – à la fois juge de paix, officier d'état civil et notaire – a toujours été une telle évidence pour une grande part de la population qu'il était difficile d'imaginer que les institutions républicaines pourraient s'y substituer »⁸¹².

Une enquête publiée en mars 2017 par *Mayotte Hebdo* soulignait combien l'institution des cadis était importante dans la société mahoraise : 44% des sondés reconnaissaient en effet encore y faire appel pour des « conseils » ou « comme référent important dans [leur vie] »⁸¹³.

La CNCDH rappelle que « cette méconnaissance de l'articulation entre droit commun républicain, justice cadiale et droit local crée des situations d'incompréhension et engendre un non-recours à la justice de droit commun. En effet, une grande partie de la population mahoraise (notamment les personnes âgées de plus de 40 ans et celles disposant de faibles ressources financières) préfère continuer à recourir aux cadis pour régler ses différends ou litiges (familiaux, fonciers ou de voisinage...) plutôt que de s'adresser à la justice de droit commun »⁸¹⁴, alors même que la justice cadiale a été supprimée.

⁸⁰⁹ V. *infra* p. 292.

⁸¹⁰ S. BLANCHY et Y. MOATTY, *loc. cit.*, p. 137.

⁸¹¹ CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 11-12.

⁸¹² « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue du droit des religions*, n° 6/2018.

⁸¹³ V. G. VAUTHIER, « Enquête : Mayotte roule-t-elle toujours pour les cadis ? » *Mayotte Hebdo*, 9 mars 2017 (cité par M. PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue du droit des religions*, n° 6/2018).

⁸¹⁴ CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 11-12.

On peut même se demander jusqu'à quel point la suppression de la justice cadiale - ou les modalités de cette suppression - ne s'est pas faite au détriment du service public de la justice.

B- Une suppression chaotique au détriment du service public de la justice

1- Les raisons du malaise

Sophie Blanchy et Yves Moatty critiquent l'absence de pédagogie de cette réforme vécue comme un véritable « chaos » et précisent : « Le malaise vient en grande partie de la méthode : ni présentée, ni expliquée aux Mahorais, à leurs cadis ou à leurs conseillers généraux, la loi de 2010 a été presque cachée aux magistrats eux-mêmes qui ont dû la découvrir sur l'intranet du ministère au lieu de recevoir un avis et une circulaire d'application. Le tribunal, la préfecture et le conseil général n'ont organisé ensemble aucune diffusion officielle de ce texte décisif, et aucun membre de ces administrations n'a été en mesure de suivre les changements opérés pour les comprendre et les faire comprendre à la population. Dans chaque loi ou presque, un article autorisant le gouvernement à agir par ordonnance a rendu les changements législatifs rapides, discrets, voire furtifs »⁸¹⁵.

Enfin, comme l'indiquaient ces mêmes auteurs, « les juges y perdent leur latin » : « Même pour les magistrats, la situation est chaotique. L'ordonnance de juin 2010 les charge d'appliquer le droit local s'il y a lieu ; mais en supprimant la justice cadiale, elle supprime du même coup toutes les références fondant le droit local ainsi que la procédure applicable, et les juges sont totalement démunis »⁸¹⁶. En poste à Mayotte en 2011, Yves Moatty indiquait : « on nous demande de juger des personnes encore régies par le statut de droit local. Mais nous n'avons aucune compétence en la matière ! C'est absurde »⁸¹⁷.

Le code de procédure civile prévoit, pour le juge de droit commun, la possibilité de commettre une personne de son choix pour l'éclairer par une consultation sur des questions relevant du droit coutumier. Les juges pourront ainsi toujours consulter les cadis sur l'interprétation du statut de droit local. Cependant, cette possibilité ne semble que peu utilisée. Par comparaison, en Nouvelle Calédonie, les juges sont assistés d'assesseurs coutumiers dont le rôle consiste notamment à expliquer la coutume⁸¹⁸.

D'un simple point de vue matériel par ailleurs, la CNCDH rappelle que « concomitamment à la départementalisation, la disparition de la justice cadiale a entraîné l'augmentation du contentieux porté devant les institutions judiciaires (et administratives). En outre, l'immigration massive produit un impact si fort sur l'ensemble des infrastructures d'accueil de l'île que toutes les institutions, y compris celle de la justice, s'avèrent sous-dimensionnées »⁸¹⁹.

En 2011, un juge d'application des peines à Mayotte résumait ainsi la situation : « Depuis des années, nous étions en sous-effectif. Et voilà que, du jour au lendemain, on est censés pallier le départ de dix-huit cadis ! »⁸²⁰.

⁸¹⁵ S. BLANCHY et Y. MOATTY, *loc. cit.*, p. 129.

⁸¹⁶ S. BLANCHY et Y. MOATTY, *loc. cit.*, p. 135.

⁸¹⁷ R. CARAYOL, « Mayotte. Les cadis rendent la justice », *Libération*, 30 mars 2011, p. 26-27.

⁸¹⁸ Rappelé par E. RALSER, « Le statut civil de droit local... », *loc. cit.*, p. 760, note 74.

⁸¹⁹ CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 61.

⁸²⁰ R. CARAYOL, « Mayotte. Les cadis rendent la justice », *Libération*, 30 mars 2011, p. 26-27.

La suppression de tout rôle judiciaire des cadis a entraîné des critiques notamment de la part du syndicat de la magistrature⁸²¹ et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁸²². Comme le rappelle la CNCDH, le projet de les réintégrer dans l'institution judiciaire a été abandonné : « La réintégration des cadis aurait pu être actée dans la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer, mais elle a finalement été votée sans cette proposition. A ce titre, certaines des personnes auditionnées par la CNCDH s'interrogent sur le choix, au moment de la départementalisation, de faire disparaître la justice cadiale. Par exemple, le Syndicat de la magistrature considère que les cadis auraient pu être formés et associés au fonctionnement de la justice de droit commun (rapport du Syndicat de la magistrature sur la situation de la justice à Mayotte, 2014). Plus spécifiquement, le bâtonnier actuel de Mayotte encourage quant à lui de leur donner une place dans le système juridictionnel, au titre de la résolution amiable des conflits, notamment par le biais de l'aide à la médiation»⁸²³.

Parmi ses recommandations, la CNCDH formulait la suivante (recommandation n°2): « A Mayotte, la CNCDH recommande une concertation approfondie entre le ministère de la Justice et les cadis sur le rôle qui pourrait leur être reconnu au sein de la justice française »⁸²⁴, « afin de profiter au mieux de leur fort enracinement dans une bonne partie de la population mahoraise »⁸²⁵.

2- Le contentieux sur la rémunération des anciens juges-cadis devant le juge administratif

Le contentieux ayant récemment opposé l'Etat et le Département à propos de la rémunération de ces cadis dans leurs fonctions de juges constitue un ultime témoignage de la fin de vie chaotique de la juridiction cadiale.

Fonctionnaires territoriaux, depuis 2011 les cadis sont rattachés à la Direction départementale de la cohésion et de la médiation sociale du conseil départemental et ont à leur disposition un bureau, des secrétaires et un greffier. Ils sont aujourd'hui « médiateurs sociaux de la République ».

Comme le soulignait la Cour des comptes dans son rapport public thématique 2016 à propos du « problème de la justice cadiale » : « Cent un agents sont actuellement affectés au service de la justice cadiale, alors même que les missions des cadis ont été supprimées par une ordonnance en date du 3 juin 2010. En dépit de leur demande, les 21 cadis – et leurs agents (greffiers et secrétaires) – n'ont toujours pas fait l'objet d'une réaffectation : ils n'exercent toujours aucune mission – autre que ponctuellement de médiation – pour le compte du Département.

Le 2 juillet 2015, le conseil départemental a voté une délibération demandant que soit créé un établissement public administratif aux fins d'employer les cadis dans des missions de médiation et de maintien de la cohésion sociale⁸²⁶.

Le Département continue donc à rémunérer des agents qui n'exercent aucune mission (2 M€ de masse salariale annuelle) »⁸²⁷.

⁸²¹ V. le rapport du syndicat de la magistrature sur la situation de la justice à Mayotte, 2014, p. 4-8 et p. 10 http://www.syndicat-magistrature.org/img/pdf/rapport_mayotte_2014.pdf

⁸²² CNCDH, avis précité, 22 juin 2017.

⁸²³ CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 10-11 note 14.

⁸²⁴ CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 66.

⁸²⁵ CNCDH, avis précité, 22 juin 2017p. 11-12.

⁸²⁶ Cet établissement public administratif n'a, *a priori*, toujours pas été créé.

⁸²⁷ Cour des comptes, Chambres régionales et territoriales des comptes, *La départementalisation de Mayotte. Une réforme mal préparée, des actions prioritaires à conduire*, Rapport public thématique, janv. 2016, p. 52. Dans ce

La Cour des comptes évoque « la liquidation inachevée de l'ancien système » : « La loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte qui a engagé le processus de décentralisation prévoyait les premiers transferts de compétences de l'État vers le Département ainsi que la partition des services et des moyens. Ce transfert devait s'accompagner d'une clarification des compétences et moyens entre l'État et la collectivité⁸²⁸.

En l'absence d'une clarification complète, un différend est né entre les deux parties, le Département estimant supporter indûment certaines charges. Il a débouché sur un contentieux porté devant le TA de Mamoudzou, après les décisions implicites de rejet des prétentions du Département. L'enjeu est colossal pour le Département, le litige portant sur environ 400 M€, se répartissant en douze rubriques, dont le FIP [Fonds d'investissement de proximité] (172 M€), la scolarisation des lycéens en dehors de Mayotte (121 M€), les charges médicales (27 M€) ou encore la justice cadiale (23 M€) »⁸²⁹.

Dans une série de jugements, rendus le 19 février 2015, le tribunal administratif de Mamoudzou a rejeté l'ensemble des requêtes, à l'exception de celle portant sur la justice cadiale, pour laquelle il a octroyé une somme de 500 000 € au titre des dépenses supportées de 2008 à 2011.

Selon le tribunal administratif :

« 4. Considérant en l'espèce que l'institution cadiale a, historiquement, été financée par la collectivité territoriale de Mayotte ; que la loi susvisée du 11 juillet 2001 définit le statut des cadis ; qu'au sein de leurs fonctions multiples, il leur est reconnu l'exercice d'activités juridictionnelles qui ne couvrent plus que des domaines très limités, notamment dans le cadre du droit de la famille et, dans une certaine mesure, dans celui de la médiation ; que seule cette fonction juridictionnelle ou de prévenance du contentieux, relève de la compétence de l'Etat dès lors qu'il ressort d'un rapport de la commission des lois établi en 2009 que leurs autres activités sont notariales ou sociales et administratives, tâches que l'Etat n'a pas vocation à financer ; qu'en revanche, le ministre reconnaît qu'il appartient à l'Etat de compenser les dépenses exposées par le conseil général au titre des activités juridictionnelles des cadis ; que, dans ce but, en 2006, une convention, proposée par le gouvernement, approuvée par une délibération du conseil départemental mais non signée par le président du conseil général prévoyait la prise en charge par le ministère de la justice de ces activités ; que le président du conseil général est, ainsi, fondé à demander la compensation de leur financement qu'il assure depuis 2004, dès lors que, dans ce domaine, il se substitue à l'Etat ;

5. Considérant, toutefois que le ministre de la justice a régulièrement opposé la prescription quadriennale pour les créances nées avant 2008 (...) que ce dernier est donc fondé à demander le remboursement des sommes exposées et justifiées du 1^{er} janvier 2008 au 1^{er} avril 2011, date à laquelle la justice cadiale a été supprimée par l'ordonnance du 29 mars 2011 susvisée.

6. Considérant à cet égard que les sommes auxquelles le conseil général prétend ne sont pas justifiées ; qu'en revanche, le ministre des outre-mer, sur la base d'une étude commandée par le premier ministre en 2006, qui a servi au projet de convention proposée à la collectivité départementale mais qui n'a pas été signée par le président du conseil général, évalue la part juridictionnelle des justices cadiales à 35% pour 2004 et 5% pour les années suivantes ; qu'il fixe le montant des dépenses de fonctionnement annuelles exposées pour les cadis, à raison de leur effectif en 2004, et comprenant exclusivement le montant des traitements et charges afférentes à ce personnel, à 280000 euros ; qu'un calcul arithmétique, à partir de ces données, aboutit à une compensation d'un montant de 133 732 euros ;

7. Considérant, toutefois, que le nombre de cadis a augmenté depuis 2004 ; que le ministre ne justifie pas la baisse brutale de l'activité juridictionnelle entre 2004 et les années suivantes ; que le montant des dépenses de fonctionnement qu'il retient, ne comprend pas, au moins pour partie, les dépenses d'installation et de matériel nécessaires à cette activité ; qu'en conséquence il sera fait une juste

rapport, p. 132, la Cour des comptes présente un tableau de la répartition des agents par pôle et service au 31 décembre 2014.

⁸²⁸ Conformément à l'article 65 de la loi de 2001.

⁸²⁹ Cour des comptes, rapport précité p. 86.

appréciation de la compensation des dépenses exposées par la collectivité départementale au titre de l'activité juridictionnelle des cadis en la fixant à 500 000 euros ».

Le Département ayant fait appel de l'ensemble des décisions du tribunal administratif, la Cour administrative de Bordeaux s'est prononcée dans un arrêt du 9 mai 2017, n°15BX01032, réduisant la condamnation due par l'Etat à 449 156, 63 euros.

Par un mémoire distinct, le Département a demandé au juge de se prononcer sur la constitutionnalité des articles LO 6113-1 du CGCT et de l'article 9 de la loi du 31 décembre 1968 sur la prescription quadriennale du fait de l'application rétroactive de cette prescription.

Dans deux ordonnances n°15BX01032 - concernant la justice cadiale - et n°15BX01047 - relative aux maîtres coraniques - du 26 janvier 2016, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé qu'il n'y avait pas lieu de transmettre la QPC au Conseil d'Etat du fait que les dispositions de la loi fixant le mécanisme d'applicabilité rétroactive ne sont ni contraires au principe d'intelligibilité et d'accessibilité de loi (articles 4, 5, 6 et 16 DDHC), ni au droit de propriété (articles 2 et 17 DDHC), ni enfin ne remettent en cause des situations légalement acquises (articles 8 et 16 DDHC).

Ces décisions qui statuent sur le partage de responsabilités entre l'Etat et Mayotte s'agissant de la période transitoire avant l'accession au statut officiel de Département, réaffirment clairement l'inapplicabilité de la loi du 9 décembre 1905 au Département de Mayotte et l'obligation pour l'Etat de financer la justice musulmane durant cette période.

C- L'avenir des cadis en question depuis 2011

L'accent est depuis peu tourné vers la formation des cadis (1) pour en faire des acteurs majeurs de cohésion au sein du territoire mahorais (2).

1- Une formation renforcée

Au moment de la départementalisation, en octobre 2011, a été créé le Centre Universitaire de Formation et de Recherche (CUFR) de Mayotte, établissement public d'enseignement supérieur à caractère administratif placé sous la tutelle du Ministre chargé de l'Enseignement supérieur⁸³⁰. Le CUFR a accueilli ses premiers étudiants à la rentrée 2012.

S'inscrivant dans la dynamique impulsée par le Gouvernement français sur l'ensemble du territoire national au lendemain des attentats, le CUFR a créé en 2015 un Diplôme d'Université sur les valeurs de la République, répondant ainsi également à la proposition de formation à l'apprentissage de la laïcité et des valeurs de la République contenue dans le document stratégique « Mayotte 2025 : une ambition pour la République », qui trace pour les dix années à venir le cheminement de Mayotte vers le droit commun de la République.

Le contenu de la formation a évolué puisque de l'islam seul, la formation a intégré l'étude des autres principales religions de France. Ainsi, initialement diplôme universitaire (DU) « Valeurs de la République et Islam », il est devenu en 2017 « Valeurs de la République et Religions ». A la différence d'autres DU existant en France, son

⁸³⁰ Décret n° 2011-1299 du 12 oct. 2011 portant création du centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte.

intitulé n'intègre pas le terme « laïcité »⁸³¹. Par ailleurs, cette formation prend en considération la spécificité mahoraise avec des cours consacrés à la « médiation sociale et culturelle » (15h de cours sur 145 h)⁸³².

Il n'y a pas de condition d'entrée au DU.

En 2016, 19 étudiants ont suivi la formation, 16 ont passé les examens et 8 ont été diplômés⁸³³. Le DU s'est interrompu durant l'année universitaire 2017-2018 faute de candidatures suffisantes⁸³⁴. *A priori* néanmoins, la quatrième promotion devrait commencer sa formation en novembre 2019. Les deux premières promotions ont été réservées aux cadis et à leurs secrétaires. Mais la formation n'est pas obligatoire pour les cadis. Certains y ont renoncé de peur de ne pas valider leur formation et de perdre leur autorité. Parmi les plus anciens par ailleurs, certains ne parlaient pas suffisamment bien français. Des cours de remise à niveau en français ont donc été organisés. Dans la troisième promotion, ont également participé des pasteurs protestants ainsi que des femmes (enseignantes et un parent d'élève).

La plaquette 2019-2020 du DU précise que les enseignements sont « profanes et non religieux ».

Le contenu de la formation est ainsi divisé :

a) **Unité 1. Sciences des religions** (65 heures)

- **Module 1 : Histoire religieuse de la France** (15 heures)

Après une présentation historiographique, le cours s'attachera à montrer la différenciation l'histoire de l'histoire ecclésiastique, c'est-à-dire entre à forte connotation confessionnelle et pastorale et une démarche scientifique qui s'insère dans l'histoire économique, sociale et politique. Ce faisant, outre le développement du christianisme à partir de l'époque romaine, ce cours s'attachera à présenter le monopole catholique sur les populations du Moyen âge, la manière dont il s'est enraciné (institutions,

⁸³¹ V. la liste des formations civiles et civiques suivies par les aumôniers militaires d'active et les aumôniers hospitaliers et pénitentiaires agréée par le ministère de l'Intérieur en 2017 :

« Pluralité religieuse, droit, laïcité et société », IEP d'Aix-en-Provence;

« Aumôniers hospitaliers », Institut catholique de l'ouest, Angers; « Droit, société et religions », Université de Bordeaux;

« République et religions », Université de La Réunion; « Religions et société démocratique », Université Lille-II; « Droit, laïcité et aumôneries religieuses », Institut catholique de Lille;

« Religion, liberté religieuse et laïcité », Université Lyon-III et Institut catholique de Lyon;

« Valeurs de la République et religions », CUFR de Mayotte, Dombéni ;

« Religions, laïcité et inclusion sociale », Université de Lorraine, Metz;

« Religions et société démocratique », Université de Montpellier;

« Droit, société et pluralisme religieux », Université de Nantes;

« Formation civile et civique », Université de Nice;

« Connaissance de la laïcité », Université Paris-I;

« République et religions », Université Paris Sud, Sceaux;

« Interculturalité, laïcité, religions », Institut catholique de Paris;

« Religions, droit et vie sociale », Université de Rennes;

« Droit, société et pluralité des religions », Université de Strasbourg;

« Droit et religions », Université Toulouse-I;

« Pastorale hospitalière », Institut catholique de Toulouse;

« Normes et religions », diplôme interuniversitaire à distance, Université Toulouse-I.

⁸³² Comme il est précisé dans la plaquette 2017-2018 du DU, cet enseignement poursuit deux objectifs : « savoir confronter norme juridique et norme religieuse » et « être apte à communiquer avec clarté avec des publics variés ». Cet enseignement général est divisé en deux modules : «Théorie de la médiation » en 5 heures et apprentissage des « Techniques de médiation ». Cet enseignement de 10 heures « envisage la pratique de la médiation dans un contexte religieux. Il initie à la prévention et à la résolution des conflits liés au fait religieux et propose des outils permettant d'améliorer la relation avec les usagers dans une situation litigieuse ».

⁸³³ L'examen se compose d'un QCM (Questionnaire à choix multiples) de connaissances, d'une courte dissertation et d'un grand oral. Pour la première promotion par exemple, le jury était composé du président du TGI Laurent Sabatier, de la juge Berteline Monteil, du Responsable du D.U. , Aurélien Siri, et du professeur d'arabe du DU, Leïla Al Ardah.

⁸³⁴ Le directeur du centre, Aurélien Siri, attribue cette situation à l'absence de transport en commun à Mayotte (le centre universitaire se situant à 10 km du centre ville de Mamouzdou) et à l'insécurité régnant dans la capitale (entretien téléphonique du 7 juin 2019).

pratiques liturgiques, socialisation, lien entre monarchie et légitimité divine), la longue répression de la dissidence religieuse (catharisme, religions populaires, sorcellerie, christianisme non catholique, implantation-répression des protestantismes/tolérance-persécution), le rejet de l'altérité religieuse non chrétienne (le sort fluctuant des populations juives, le rapport très conflictuel, féodal puis colonial au monde musulman, croisades, guerres. Ce panorama servira à expliquer l'actuelle diversité religieuse de la population française et à décrire l'implantation récente de l'Islam en France, en rapport avec la composition de son territoire (métropole et outre-mer). Le cours se terminera sur les derniers phénomènes de notre époque : sécularisation d'un côté et revendications religieuses de l'autre.

- Module 2 : Sociologie des religions en France (15 heures)

Ce cours s'attachera à explorer les études sur les religions en France et dans le monde, prises sous leur angle sociologique, c'est-à-dire à travers leurs expressions historiques, culturelles et sociales, et ce, de la Révolution française à nos jours.

Il reviendra sur les grands paradigmes de la sociologie des religions à savoir la définition des concepts de laïcisation et de sécularisation et leurs évolutions récentes telles qu'elles ont été mis en évidence dans le cadre de la discipline sociologique. Plusieurs exemples nationaux seront présentés.

Puis il s'intéressera aux enjeux historiques et académiques d'une approche confessionnelle et/ou laïque des religions tant hier qu'aujourd'hui. Il analysera les productions récentes en sociologie des religions et présentera leurs résultats et les enjeux qu'ils recouvrent. Un temps sera consacré à la présentation d'un champ relativement nouveau : la sociologie de la laïcité en France.

Il se conclura par une étude sociologique des formes prises par la gestion du pluralisme religieux en France, dans le cadre d'une République laïque, que ce soit en métropole ou en Outre-mer.

Plan :

- Laïcisation et sécularisation en France et dans le monde (XIXe-XXIe siècles).
- Etudier les religions : de l'approche confessionnelle à l'approche académique laïque, les différentes écoles et leurs enjeux.
- Les différents champs de la sociologie des religions (sociologie du catholicisme et des minorités religieuses et/ou philosophiques).
- Sociologie de la laïcité ou la laïcité prise comme objet d'études : le débat entre les valeurs et les principes juridico-politique.
- Religions et gestion du pluralisme en France et en Outremer de la Révolution à nos jours.

- Module 3 : Géopolitique du Moyen orient et du djihad global (20 heures)

Ce cours présentera les concepts clés de l'islam et plus particulièrement l'approche littéraliste du sunnisme à travers le salafisme et le djihadisme ainsi que relations internationales et la géopolitique du moyen orient de la fin du califat ottoman à DAESH et abordera une histoire du djihad global

- Module 4 : Approche culturelle des religions (15 heures)

Il s'agit à travers ce module de dresser quelques points de convergences et de divergence entre les trois religions monothéistes. Trois axes nous permettront d'aborder ces points :

- 1° Les figures emblématiques telles que les prophètes : Moïse, Ibrahim, Joseph, Marie, Jésus...
- 2° L'image des juifs et des chrétiens dans la bible et le Coran
- 3° Les rites et pratiques

b) Unité 2. Droit et religions (65 heures)

- Module 5 : Institutions de la République française, laïcité et religions (30 heures)

Aspects théoriques (15 heures) :

I. Régime de séparation

- Rappel historique : gallicanisme, révolution, concordat et loi de 1905
- Définition : neutralité de l'Etat vis-à-vis des croyances et religions, liberté de religion, pluralisme
- Principe juridique : Un principe à valeur constitutionnelle
- Les grandes lois laïques et leur interprétation par le Conseil d'Etat

II. Les valeurs de la République Française

III. Islam et République

A) L'islam en France

- 1) Les Français musulmans : entre intégration, divisions et affirmations identitaires
- 2) L'approche littéraliste, phénomènes de radicalisation

B) L'islam de France

- 1) La volonté de l'Etat d'identifier un interlocuteur
- 2) L'instance de dialogue

Analyse pratique (15 heures) :

L'intervention sera organisée afin de donner aux étudiants des clés pour mieux appréhender les situations impliquant le fait religieux dans leur pratique professionnelle et religieuse. A chaque séance correspondra

un thème (l'école, vie et mort, la visibilité, les demandes religieuses, le rapport à la différence) et un objectif pédagogique (savoir utiliser les règles juridiques, enlever le caractère religieux du fait, apprendre à se décentrer, connaître son rapport au conflit, l'ouverture à la différence).

- Module 6 : Libertés fondamentales et droit des religions (20 heures)

Cette unité d'enseignement situe les religions dans la sphère du droit privé. Elle présente les relations entre les religions et le droit des personnes et de la famille, entre le monde du travail et de l'entreprise face aux religions, mais aussi du fait religieux face aux statuts personnels.

1. Droit de la famille et religions

Cet enseignement a pour objectif de maîtriser le fait religieux face au droit des personnes et de la famille :

- l'individualisation de la personne (nom, prénom),
- l'intégrité physique (circoncision, transfusions sanguines, dons d'organes),
- la vie privée et la religion,
- le couple et la religion.

2. Droit du travail et religions

Cet enseignement a pour objectif de connaître les liens unissant religions et organisation du travail et de l'entreprise :

- les religions et les entreprises privées,
- les religions face aux pratiques commerciales.

Le cours traite notamment de l'expression et de la gestion du fait religieux en entreprise :

- analyse des situations liées au comportement, au jeûne, à la prière, aux signes religieux, aux fêtes religieuses et aux rites alimentaires ;
- étude de la jurisprudence récente et études de cas.

La problématique des libertés fondamentales et du droit des religions est devenue centrale dans les rapports que l'Etat entretient avec ses citoyens comme avec les institutions culturelles. Les conventions internationales, la législation française et la jurisprudence ont su poser, depuis des décennies, le cadre d'un vivre-ensemble à ajuster sans cesse. Les quinze heures consacrées à l'entrecroisement du fait religieux et des libertés fondamentales permettront l'étude de ces ajustements. Nous verrons ainsi à quel point la dimension religieuse traverse la plupart de ces libertés (liberté de conscience, d'expression, d'association, d'entreprendre, d'enseignement, droits à la vie privée et à une vie familiale) et comment la loi et le juge se saisissent des situations concrètes où ces mêmes libertés croisent la liberté religieuse dans notre société (vie humaine, mariage, filiation, école, emploi, entreprise, armée, hospitalisation, prison, funérailles...).

- Module 7 : Droit privé et religions (10 heures)

Cette unité d'enseignement situe les religions dans la sphère du droit privé. Elle présente les relations entre les religions et le droit des personnes et de la famille, d'une part entre la religion et le monde du travail et de l'entreprise face aux religions, mais aussi du fait religieux face aux statuts personnels. La problématique des libertés fondamentales et du droit des religions est devenue centrale dans les rapports que l'état entretient avec ses citoyens comme les institutions culturelles. Les conventions internationales, la législation française et la jurisprudence.

1. Droit de la famille et religions

Cet enseignement a pour objectif de maîtriser le fait religieux face au droit des personnes et de la famille :

- l'individualisation de la personne (nom, prénom),
- l'intégrité physique (circoncision, transfusions sanguines, dons d'organes),
- la vie privée et la religion,
- le couple et la religion.

2. Droit du travail et religions

Cet enseignement a pour objectif de connaître les liens unissant religions et organisation du travail et de l'entreprise :

- les religions et les entreprises privées,
- les religions face aux pratiques commerciales.

Le cours traite notamment de l'expression et de la gestion du fait religieux en entreprise :

- analyse des situations liées au comportement, au jeûne, à la prière, aux signes religieux, aux fêtes religieuses et aux rites alimentaires ;
- étude de la jurisprudence récente et études de cas.

- Module 8 : Droit public et religions (10 heures)

1. Droit administratif des religions :

Cet enseignement a pour objectifs de savoir définir l'espace public et comprendre les enjeux de la distinction "public/privé", connaître les restrictions apportées à la liberté de religion des agents publics et

des usagers du service public, savoir de quels outils juridiques les autorités publiques disposent pour assurer le maintien de la laïcité dans les établissements. Ce cours aborde l'ordre public et les religions (par exemple les manifestations religieuses sur la voie publique).

2. Droit public des cultes :

Cet enseignement développe les normes régissant l'organisation des cultes (régimes des associations culturelles, des édifices du culte, statut des ministres du culte et fiscalité des cultes) et la police des cultes (obligations respectives des autorités publiques et religieuses).

c) **Unité 3. Approche de la radicalité** (15 heures)

- **Module 9 : Dérives sectaires et indicateurs de basculement** (15 heures)

Ce cours analysera les processus de radicalisation à travers la problématique d'emprise mentale et de dérive sectaire.

Une bonne formation du futur grand cadi est également exigée. En décembre 2018, le grand cadi Nouridine Bacar a pris sa retraite. Depuis, l'intérim est assuré par M. Hamada Mahamoud Saanda en attendant la nomination officielle. Pour accéder au siège suprême, le chef des musulmans de Mayotte doit être un bon communicant, capable de défendre des dossiers auprès des différentes institutions. Pour ce faire, une maîtrise parfaite du français est requise. Le candidat doit être détenteur d'un bac +2, disposer d'une parfaite connaissance des lois de la République, en plus d'une solide formation religieuse.

Les cadis pourront se prévaloir du diplôme du DU pour tout emploi d'aumôniers dans les prisons ou les services hospitaliers, et selon Aurélien Siri « le président Sabatier a aussi identifié des candidats potentiels à la médiation sociale au tribunal »⁸³⁵. Younoussa Abaine compte de son côté proposer un partenariat institutionnel aux communes avec le tribunal « pour participer notamment aux Conseils de prévention de la délinquance » et, selon le vice-rectorat, « ils pourraient intégrer les conseils d'établissement »⁸³⁶.

2- Des acteurs essentiels pour la cohésion du territoire

Le 4 juin 2019, le 2^{ème} vice-président du Conseil départemental Issoufi Hamada dit Hadj Mhoko - en l'absence du président Soibahadine Ibrahim Ramadani - présidait la cérémonie traditionnelle de l'*Aid-El-Fitr*, organisée à chaque fin du mois de ramadan dans l'enceinte de l'hémicycle Bamana. Comme le rappelle le quotidien *Les Nouvelles de Mayotte*, « dans son discours, Hadj Mhoko a surtout fait un plaidoyer pour les cadis. (...) il a rappelé le rôle essentiel joué par l'islam et les cadis à Mayotte « éléments essentiels et nécessaires pour la cohésion sociale de ce territoire ». Il a ajouté, rappelle le journal, « qu'avec la mise en place d'un conseil Cadial, le département a la volonté de maintenir les cadis qui sont des acteurs de proximité, garants de l'islam sunnite de rite chaféite »⁸³⁷.

Le Conseil départemental « mise en effet sur le rôle de cohésion sociale des cadis, dans une société de plus en plus violente et où la départementalisation et le changement de valeurs ont creusé le fossé entre les générations. Ce souhait est partagé par les représentants de l'Etat, comme l'a reconnu le préfet de Mayotte dans son discours du 6 décembre 2018 pour le départ à la retraite du grand cadi.

⁸³⁵ Interview réalisé le 7 juin 2019.

⁸³⁶ A. PERZO-LAFOND, « Les cadis de Mayotte fraîchement diplômés, réinvestissent leurs compétences traditionnelles », *Le Journal de Mayotte*, 12 oct. 2016.

⁸³⁷ *Les Nouvelles de Mayotte*, 5 juin 2019, n°3251, p. 12.

La volonté affichée par la mandature est de positionner le conseil Cadial comme acteur de proximité en appui aux services sociaux et dans un partenariat aujourd'hui assumé aux côtés de l'Etat pour renforcer la cohésion sociale dans le territoire.

Il nous faut donc saisir l'opportunité du débat actuel sur l'Islam de France et la perspective d'une loi sur Mayotte avec la nouvelle gouvernance des outre mers, pour clarifier et renforcer le rôle des Cadis au sein de la société (...).

Le conseil Cadial doit requalifier ses missions par rapport à cette nouvelle donne de la société mahoraise pour aider à donner un sens et des fondements à la nouvelle génération qui est en perte de repère. Les champs d'interventions qui, vont être explorés avec cette nouvelle organisation doivent permettre d'apporter un véritable accompagnement à la population pour la sauvegarde, la valorisation et la promotion des valeurs morales de la société mahoraise en s'appuyant sur les valeurs de l'Islam, paix, fraternité et respect.

Dans le cadre de ces nouvelles missions, la gouvernance du Conseil Départemental de Mayotte souhaite donner plus de place à l'institution Cadiale en agissant autour de trois principaux enjeux:

1. la consolidation des liens sociaux autour des politiques publiques qui seront mobilisées au profit du développement de la cohésion sociale. (...) La présence d'une institution qui représente une autorité religieuse et culturelle peut être un gage de légitimité aux yeux des habitants qui partagent les mêmes croyances et les mêmes valeurs.
2. le développement de la médiation est une des priorités de l'action publique menée par le Département (...)
3. la préservation et le développement de la mémoire ainsi que de la pratique de l'Islam à Mayotte comme un instrument de cohésion et de réduction des inégalités feront l'objet de réflexions partagées avec toutes les sensibilités islamiques qui vivent sur le territoire. (...) Parce qu'elle [l'institution cadiale] dispose d'importantes ressources et d'une mémoire administrative au sujet de l'acte notarial, des mariages religieux et des divorces, elle assure encore aujourd'hui une fonction de relais juridique puisque le fossé est encore palpable entre l'administration judiciaire de la République et les croyances mahoraises. »

Ainsi, le Conseil départemental a lancé un appel d'offres auquel peuvent candidater les associations loi de 1901 et les structures socio-éducatives musulmanes en particulier, les associations loi de 1901 des mosquées et des madras, pour financer des projets tels que l'accompagnement administratif, linguistique et médico-social des pèlerins de Mayotte à La Mecque pour la *Hadj* et/ou *l'OUMRA* pour les découvertes touristiques, la mise en place des instituts de sciences religieuses musulmanes et des écoles, collèges et lycées privés musulmans, les actions visant la connaissance et la promotion de l'islam sunnite de rite chaféite, le soutien à la réhabilitation des édifices de prière, la formation des responsables et enseignants des structures socio-éducatives (mosquées, madras, et *palashio*, c'est-à-dire des écoles coraniques)...

Section III- L'application du principe de laïcité par les juridictions mahoraises

Introduction : une jurisprudence encore rare en dépit de la spécificité de la question de la laïcité dans le service public de la justice à Mayotte

Au regard de l'étude générale portant sur « La laïcité et le service public de la justice », le territoire de Mayotte est *a priori* un terrain d'étude intéressant du fait de sa particularité d'être le seul département français dont la population est quasi exclusivement musulmane. De façon générale, il peut être instructif d'étudier la façon dont le principe de laïcité dans la justice est abordé en fonction de la religion dominante dans le territoire où statue le juge.

Par ailleurs, Mayotte fait partie des territoires où la coutume revêt une place particulière et où se pose donc de manière accentuée la question de la combinaison et de l'imbrication des règles coutumières avec les règles religieuses : l'exemple du foulard traditionnel est à ce titre symbolique. Il renvoie ainsi à la problématique de la distinction entre le culturel et le cultuel qui se pose dans certains départements métropolitains, notamment sur la question des crèches.

Malgré ce terreau riche, la jurisprudence est quasi inexistante. Si ce constat peut *a priori* surprendre, en réalité, plusieurs facteurs permettent sans doute de l'expliquer.

Tout d'abord, le décalage s'explique par la jeunesse de ce nouveau département français.

Ensuite, si la loi du 9 décembre 1905 peut être mentionnée dans certaines décisions, c'est pour, logiquement, indiquer qu'elle est inapplicable au territoire de Mayotte.

C'est ce qu'a récemment rappelé la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans son arrêt n° 15BX01047 du 9 mai 2017 à propos de la rémunération des enseignants coraniques:

« 5.(...) si un décret portant règlement d'administration publique en date du 6 février 1911 a étendu les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion, aucune des dispositions législatives précitées ni aucune disposition décrétole n'a jamais procédé à une semblable extension à Mayotte à la suite de son entrée en vigueur (CE, n° 18649, A, 9 octobre 1981, *Beherec*). En outre, si la collectivité de Mayotte relève, depuis le 31 mars 2011, du régime de l'identité législative prévu à l'article 73 de la Constitution, l'instauration d'un tel régime n'a pas pour effet de rendre applicable au département de Mayotte l'ensemble du droit applicable en métropole en lieu et place de la législation spéciale en vigueur dans cette collectivité mais permet l'applicabilité de plein droit, au département de Mayotte, des lois et règlements édictés à compter de cette date, sous réserve des adaptations éventuelles tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de cette collectivité (CE, n° 358266, B, 5 juillet 2012, *Mme A...*). Dans ces conditions, le statut des églises demeure régi, dans ce territoire, par les dispositions du décret susvisé du 16 janvier 1939 instituant outre-mer des conseils d'administration des missions religieuses, dit " décret Mandel ". Il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance de la loi du 9 décembre 1905 par l'arrêté susmentionné du préfet de Mayotte du 14 avril 1987 portant organisation de l'enseignement coranique ne peut qu'être écarté comme inopérant ».

Par ailleurs, quasiment tous les Mahorais relevaient autrefois du statut personnel et de ce fait, pour de nombreuses matières, de la juridiction cadiale. Le système d'option de juridiction est intervenu tardivement et a été peu suivi. Le fait que la jurisprudence qui aurait pu être en lien avec la religion, - notamment le droit de la famille, en grande partie lié aux champs investis par le statut personnel -, relevait de la compétence des juridictions cadiales, peut donc également expliquer la rareté de la jurisprudence civile en la matière.

A cela s'ajoute entre autres la difficulté d'accès aux sources⁸³⁸ et la création tardive du tribunal administratif. Etant donné qu'il n'existe pas de contentieux sur les signes religieux à l'école, demeure principalement le contentieux de la fonction publique. En général, il ne semble pas exister de jurisprudence mentionnant la laïcité à Mayotte, par le biais de la référence à la Constitution.

En dépit de cette quasi-inexistence de jurisprudence, Mayotte peut représenter un laboratoire de réflexions car elle pose des questions rares voire inédites d'une part, d'un point de vue historique, à l'époque où coexistaient sur ce territoire des juridictions de droit commun et des juridictions musulmanes, d'autre part, au regard du lien qu'entretennent le service public de la justice et le principe de laïcité dans un territoire principalement musulman. Ces problématiques peuvent toucher tant le juge judiciaire (§1) que le juge administratif (§2).

§1- La jurisprudence judiciaire

S'agissant de la jurisprudence judiciaire, les problématiques suivantes se posent:

- La résolution des « conflits religieux » ou liés à la laïcité par les juridictions de droit commun avant la suppression de la justice cadiale.
- Depuis l'ordonnance du 3 juin 2010 relative au statut civil de droit local applicable à Mayotte et supprimant les juges cadiaux, le juge de droit commun est désormais le seul juge compétent pour connaître des litiges impliquant des Mahorais soumis au statut personnel coutumier, dans les matières qui continuent d'en relever, sauf renonciation. Peut ainsi se poser la question de la résolution des « conflits religieux » ou liés à la laïcité par le juge laïque, notamment - et pas seulement - quand il s'agit d'un conflit en lien avec le statut personnel faisant application des règles de la charia.

Car, contrairement à ce qu'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*⁸³⁹, la charia s'applique encore après 2011 à Mayotte au titre de la coutume et cette application est garantie par la Constitution : on pense notamment aux effets personnels du mariage, à la filiation, à l'autorité parentale, à la plupart des relations personnelles dans le couple, aux successions.

Il est vrai que la conciliation de règles en lien avec la charia, loi sacrée de l'islam qui se caractérise par l'unité du pouvoir religieux et du pouvoir civil, et le principe de laïcité (à défaut du principe de séparation) peut apparaître *a priori* déroutante.

Parmi les sources du statut personnel mahorais figurent des règles issues du droit musulman recensées dans un recueil écrit au XIII^{ème} siècle, le *Minhadj at*

⁸³⁸ Par exemple, il est difficile d'accéder à la jurisprudence administrative, puisque, sur le site du tribunal administratif de Mayotte, la dernière jurisprudence citée date de décembre 2016 et la jurisprudence de ce tribunal n'est pas accessible via Legifrance ou Ariane web. Les juges de la 6^{ème} chambre de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, chargés de l'appel des jugements du tribunal administratif de Mamouzdou, n'ont aucun souvenir de jurisprudence en ce domaine, qui semble totalement exceptionnelle (entretien de juin 2019).

⁸³⁹ CourEDH, 19 déc. 2018, *Molla Sali c. Grèce* §82 : « Il ressort des documents dont dispose la Cour sur la législation des États membres du Conseil de l'Europe que, au sein de tous ceux-ci, la charia peut s'appliquer comme source de droit étranger en cas de conflit de lois dans le cadre du droit international privé. Toutefois, en pareil cas, le droit islamique est appliqué non pas en tant que tel mais en tant que loi d'un État souverain (non-européen) et il est soumis aux impératifs d'ordre public. En dehors du domaine du droit international privé, il n'y avait qu'un seul État (la France) qui appliquait officiellement certaines dispositions de la charia aux ressortissants de l'un de ses territoires d'outre-mer (Mayotte). Cela dit, cette application était limitée et a pris fin en 2011 ». V. aussi, à peu près dans les mêmes termes le §159. V. H. FULCHIRON, « De l'application de la charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier. Brèves observations au lendemain de l'arrêt *Molla Sali c/ Grèce* de la CEDH », *D.*, 2019, p. 316.

Twalibine – le *Guide des Zélés croyants* -, qui a été reconnu dès 1939 comme source du droit musulman à Mayotte⁸⁴⁰, complété en 1964 par des Traités de rite chaféite, le *fath al quarib*, le *kétab el tambin*, le *fath el moeni*⁸⁴¹.

Ainsi, la spécificité s'agissant de Mayotte est que les juges français, sur la base de l'article 75 de la Constitution, peuvent être saisis d'affaires impliquant des citoyens français en lien avec le « droit musulman classique », issu essentiellement du rite chaféite. Par ailleurs, de manière plus classique, en vertu du droit international privé, les juges français, même en dehors du territoire de Mayotte, peuvent être amenés à connaître d'affaires impliquant l'application de règles de droit musulman. Mais, comme le rappelle Emmanuel Tawil, il s'agit alors généralement d'un « droit musulman codifié »⁸⁴².

A- Jusqu'en 2010: les recours en cassation contre les jugements des juridictions cadiales

En dépit de la règle selon laquelle les tribunaux civils français ne s'immiscent pas dans le fonctionnement des tribunaux religieux⁸⁴³, à Mayotte des tribunaux de droit commun pouvaient être saisis de recours contre des décisions relatives au statut personnel rendues par des tribunaux religieux, les juridictions cadiales. Aujourd'hui, cette situation existe encore dans certains pays où les juridictions religieuses sont intégrées à l'appareil juridictionnel d'Etat : ainsi en va-t-il par exemple des tribunaux de l'Eglise anglicane en Angleterre considérés comme des tribunaux de l'Etat sous l'autorité du Conseil privé de la Reine⁸⁴⁴.

Avant la réforme de 2010 supprimant les juridictions cadiales, la Cour de cassation pouvait être saisie contre les décisions du tribunal supérieur d'appel de Mayotte, dans sa formation religieuse, même si aucun texte ne le prévoyait expressément.

Comme l'a rappelé la Cour de cassation dans une décision du 9 juillet 1997:

« Attendu que le procureur de la République soutient que le pourvoi en cassation n'est pas recevable, le tribunal supérieur d'appel ayant statué en annulation de la juridiction du second degré musulmane ;

Mais attendu que toute décision rendue en dernier ressort peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, sauf si un texte l'interdit ;

Et attendu qu'il ne résulte d'aucun texte que les arrêts rendus par la chambre d'annulation musulmane sont insusceptibles de recours devant la Cour de cassation ;

⁸⁴⁰ V. *supra* p. 276 art. 6 décret du 1er juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores en matière civile, commerciale, pénale.

⁸⁴¹ V. la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane (*JOC* 1964.476). Comme le précise L. SERMET, « l'articulation entre ces deux textes ne peut se résoudre par référence aux principes de succession des textes dans le temps puisque la délibération de 1964 se définit comme un acte administratif du TOM des Comores alors que le texte de 1939 est un décret de portée nationale. Dans la pratique toutefois, il semble que la délibération de 1964 se soit entièrement substituée au décret de 1939 » (« Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte, *loc. cit.*, p. 440, note 4).

⁸⁴² E. TAWIL, *op. cit.*, p. 229.

⁸⁴³ TGI Seine, 29 oct. 1976 (*JCP G* 1977, II-18664) : « Le tribunal rabbinique n'a fait (...) qu'exercer une fonction culturelle selon les règles de la religion juive, dont l'appréciation n'appartient pas aux juridictions civiles ».

⁸⁴⁴ Rappelé par E. TAWIL, *op. cit.*, p. 241. Autres exemples donnés par E. Tawil dans lesquels des juridictions religieuses rendent des décisions concernant le statut personnel dans des Etats reconnaissant leur autorité comme au Liban, en Israël ou dans plusieurs pays musulmans ou s'agissant des décisions de nullité de mariage rendues par les tribunaux de l'Eglise catholique en Italie, en Espagne ou au Portugal. Mais « pour que les décisions en question aient un effet civil en France, il faut qu'elles se voient accorder l'*exequatur*, ce qui implique un contrôle du fond et de la forme de la décision » (p. 236).

D'où il suit que le pourvoi est recevable »⁸⁴⁵.

Ainsi, dans un arrêt du 25 février 1997, la Cour de cassation a cassé une décision du tribunal supérieur d'appel (TSA) de Mamoudzou à propos d'inégalités successorales et de règles du *waqf*⁸⁴⁶. La Cour de cassation a annulé la décision du TSA qui avait retenu la possession d'enfant légitime, sur le fondement des articles 311-1, 311-2 et 302 du code civil, dans un litige relevant du statut personnel. En l'espèce, la Cour de cassation a fait une application stricte du droit musulman en écartant tout lien de filiation des enfants naturels vis-à-vis du défunt, appliquant ainsi les règles du statut personnel local. La Cour de cassation juge ainsi que :

« le droit musulman connaissant uniquement la filiation légitime, la qualité d'héritier d'A. dépendait de l'établissement de cette filiation à son égard ; qu'en se fondant sur la légalité de la polygamie, en droit musulman, pour en déduire que tous les enfants nés de son œuvre avaient qualité pour lui succéder, sans vérifier, comme il était invité à le faire, si les consorts Y étaient nés des mariages réguliers de leur père, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Si cette décision était logique en droit, elle a été critiquée par les commentateurs en raison de son incompatibilité avec les principes essentiels du droit français, se demandant notamment « comment tolérer, au sein de notre ordre juridique, des statuts locaux dont certaines dispositions sont contraires à la Constitution »⁸⁴⁷.

Dans un autre arrêt du 23 mai 2006, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un époux contestant la décision du tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou, ayant confirmé la décision du grand *cadi*, en se fondant à la fois sur le droit coutumier et la loi coranique :

« Attendu que M. X... et Mme Y... se sont mariés à Mamoudzou (Mayotte) le 16 octobre 1991; que Mme Y... a saisi le Grand Cadi de Mayotte pour faire établir que les jumeaux nés après la séparation des époux étaient des enfants légitimes et pour solliciter une pension alimentaire pour ses six enfants ; que le jugement confirmatif attaqué (tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou, 1er juillet 2003) a fait droit à ses demandes ; (...) Attendu qu'ayant relevé qu'invité par le Grand Cadi à prononcer le serment décisoire quant à sa non paternité, M. X... a refusé de prêter serment; le tribunal d'appel a pu, par ce seul motif, en déduire qu'en application des règles du droit coutumier, sa paternité était établie à l'égard des deux enfants en cause ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que M. X... fait grief au jugement attaqué d'avoir fixé une pension alimentaire pour les enfants en prenant en considération ses seuls revenus alors que son épouse avait une activité professionnelle ;

Attendu qu'ayant énoncé, à bon droit, qu'en application du droit coranique régissant les rapports personnels des époux, M. X... était tenu d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants indépendamment de la situation personnelle de la mère, le tribunal en a fixé souverainement le montant à 456 euros »⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Cass. Civ. 2, 9 juill. 1997, n° 94-15629, *Bull.* 1997 II n°221, p. 129. Décision attaquée: TSA Mamoudzou, 28 déc. 1993. V. art. L411-1 Code de l'organisation judiciaire (créé par ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006- art. 1) : « Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation ».

⁸⁴⁶ Cass. civ. 1, 25 févr. 1997, *Abdoul Madjidi Abdallah et autres*, n° 94-19321, *Bull.* 1997 I n° 67 p. 43 ; *D.* 1997, p. 453, note H. FULCHIRON ; *JCP G* 1997 II-22968, note L.-A. BARRIÈRE et T. GARÉ. Décision attaquée: TSA Mamoudzou 29 mars 1994. E. RALSER rappelle que le *waqf* est une « institution voisine de la fondation et de la donation (...) faite à perpétuité par un particulier à une œuvre d'utilité publique, pieuse ou charitable. Le bien donné en usufruit est ensuite placé sous séquestre et devient inaliénable » (« L'avenir (incertain ?) du statut personnel mahorais », *loc. cit.*, p. 90).

⁸⁴⁷ L.-A. BARRIÈRE et T. GARÉ, *JCP G* 1997 II-22968, p. 559. V. aussi la note critique sur ce point de H. FULCHIRON, *loc. cit.*

⁸⁴⁸ Cass. Civ. 1, 23 mai 2006, n°05-16809, *Bull.* 2006 I n° 262 p. 230.

C'est le 14 novembre 2013 que la Cour de cassation a statué pour la dernière fois sur un recours formé contre une décision de la justice cadiale, décision du tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou du 7 décembre 2010 à propos d'un conflit foncier. Dans cet arrêt, la Cour de cassation se fonde notamment sur la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane⁸⁴⁹.

B- Depuis 2010: la nouvelle compétence du Tribunal de grande instance, de la Cour d'appel et de la Cour de cassation

Depuis la suppression des juridictions cadiales, ce sont le Tribunal de grande instance⁸⁵⁰ et la Cour d'appel⁸⁵¹, sous le contrôle de la Cour de cassation⁸⁵², qui sont exclusivement compétents pour connaître des litiges impliquant l'application du statut personnel. Et, si les parties le demandent, le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel peuvent appliquer le droit commun⁸⁵³.

Une recherche est actuellement menée dans le cadre de la Mission de Recherche Droit et Justice sur « La place de la coutume à Mayotte » notamment s'agissant de son application ou sa non application par le juge, et de sa revendication ou de sa non revendication devant le juge au profit du droit commun. Cette recherche vise également à examiner « l'éventuelle permanence des pratiques dans le recours aux autorités traditionnelles pour régir les relations familiales y compris les différends familiaux »⁸⁵⁴.

⁸⁴⁹ Cass. Civ. 2 14 nov. 2013, n°11-24766. V. notamment le troisième moyen de cassation : « (...) Alors que Monsieur M... F..., Madame N... E... et Madame O... F... D... faisaient valoir que les parties avaient souhaité soumettre leur litige au juge traditionnel, compte tenu de la nature du litige familial et de leur statut personnel, et que si le grand cadî avait annulé le titre foncier, c'était uniquement pour tenir compte du fait que feu Monsieur J... C... G..., usant de manoeuvres dolosives, avait fait immatriculer la propriété litigieuse en son nom personnel sans mentionner celui de ses soeurs bien qu'elles aient financièrement contribué à l'acquisition de cette propriété ; qu'en retenant, pour infirmer le jugement en ce qu'il avait annulé le titre foncier, que le grand cadî s'était fondé sur les allégations des parties sans prendre en considération le titre foncier établi par le conservateur de la propriété foncière de l'Etat français, République Malgache, territoire des Comores, district de Mamoudzou, concernant la propriété dite Mirandrani acquise par Monsieur B... C... le 19 mai 1964 après vente sous condition suspensive du 14 février 1957, sans rechercher, comme il y était invité, si les parties n'avaient pas voulu soumettre leur litige au juge traditionnel sans se référer au régime foncier de l'immatriculation, le tribunal supérieur d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil. ».

Il est intéressant de voir le vocabulaire utilisé par la Cour de cassation pour désigner les juridictions cadiales : l'expression « juge traditionnel » semble plus les rattacher à la coutume qu'à la religion.

⁸⁵⁰ Art. L 216-1 Code de l'organisation judiciaire (créé par ordonnance n°2011-337 du 29 mars 2011 modifiant l'organisation judiciaire dans le Département de Mayotte - art. 1) : « Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires relatives à l'application du statut civil de droit local entre citoyens relevant de ce statut. »

⁸⁵¹ La réforme du décret n° 2011-338 du 29 mars 2011 portant modification de l'organisation judiciaire dans le Département de Mayotte fait de la cour d'appel de Saint-Denis la juridiction d'appel pour Mayotte. Une chambre détachée est installée à Mamoudzou pour le jugement des affaires (sauf l'instruction des affaires pénales) nées à Mayotte : la « Chambre d'appel de la CA de St Denis de la Réunion à Mamoudzou ». V. sur cette question, avis CNCDH, p. 35 et sa « Recommandation n°11 : La CNCDH suggère au ministère de la Justice d'engager une réflexion sur l'opportunité de mettre en place une cour d'appel à Mayotte. » (CNCDH, avis précité, 22 juin 2017, p. 68)

⁸⁵² V. ainsi Cass. Civ. 1, 21 nov. 2018, n° de pourvoi : 17-163 (décision attaquée : chambre d'appel de la CA de St Denis de la Réunion à Mamoudzou, 8 nov. 2016).

⁸⁵³ Art. 314-1 Code de l'organisation judiciaire (créé par ordonnance n°2011-337 du 29 mars 2011 modifiant l'organisation judiciaire dans le Département de Mayotte - art. 1) : « Lorsque la cour d'appel est saisie d'un litige entre citoyens de statut civil de droit local sur des matières régies par ce statut, les parties peuvent, d'un commun accord, demander l'application des règles du droit civil commun. »

⁸⁵⁴ <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-place-de-la-coutume-a-mayotte/>

E. CORNUT, H. FULCHIRON, E. RALSER, A. SIRI, équipe de recherche Louis Josserand, Université Lyon. La recherche a débuté en janvier 2018 et devrait être achevée en fin 2020.

C- La question du serment coranique des témoins

En vertu de la délibération du 3 juin 1964 de la chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, devant le juge cadial, les parties étaient entendues en leurs explications et moyens de preuve (article 14). Les témoins déposaient selon la loi musulmane; le demandeur pouvait jurer que son droit existait (article 13, dernier alinéa).

Quand le tribunal de première instance (TPI) était saisi directement, le droit coranique s'appliquait quant au serment décisive ou supplétoire.

Bien qu'ordonné par le TPI, le serment ne pouvait être prêté que devant un cadî (article 35, alinéa 2). Dans cette hypothèse, le Cadi faisait prêter serment à la mosquée en présence des parties et des témoins.

Selon un auteur, « il est pleinement justifié et logique de considérer que le droit des preuves reste subordonné au droit local car dans tous les systèmes juridiques la preuve implique le droit. Il serait artificiel et négateur du statut personnel de dissocier droit personnel de la preuve et droit personnel substantiel. Faire reposer le régime des preuves sur le droit local répond à la pratique suivie par les Cadis, fondée sur la délibération de 1964 : la déposition par témoins se fait conformément à la loi musulmane et le demandeur peut être invité à jurer que son droit existe, rendant éventuellement insusceptible d'opposition le jugement (en ce sens, art. 13, dernier al. délib. 1964). Ce mode de preuve sacré, la déposition par témoin, est éloigné du droit républicain mais il est considéré comme la preuve reine admise en toutes matières »⁸⁵⁵.

§2- La jurisprudence administrative

A- La jurisprudence sur le financement des maîtres coraniques

Dans sa décision n°15BX01047 du 9 mai 2017, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement n°1300502 du tribunal administratif de Mamouzdou du 19 février 2015 refusant d'annuler la décision par laquelle le Premier ministre avait rejeté implicitement la demande du département de Mayotte de se voir rembourser les dépenses engagées depuis 2004 pour la rémunération de maîtres coraniques « dispensant des enseignements dans les écoles primaires et coraniques et notamment la morale, la lecture et du texte arabe et du coran, ainsi que la langue et l'écriture » (comme le précise la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans son §4). Le département estimait que les frais liés à cet enseignement avaient été illégalement mis à sa charge en méconnaissance de l'article 2, point 3 de la loi du 9 décembre 1905.

Comme le souligne le tribunal administratif : « 4. Considérant en troisième lieu qu'il est établi au dossier que le financement des maîtres coraniques est assuré depuis au moins 1977 par la collectivité territoriale de Mayotte puis par la collectivité départementale; qu'il n'entre pas dans la compétence de l'Etat d'assurer l'enseignement religieux ; qu'à aucun moment les maîtres coraniques n'ont pu être assimilés à des agents publics de l'Etat ; qu'ainsi le président du conseil général n'est pas fondé à demander à l'Etat, de lui rembourser le coût de leur enseignement volontairement assumé qui, de par sa nature, ne peut pas être analysé comme accessoire au programme scolaire ; que sa demande tendant à l'annulation de la décision implicite du premier ministre rejetant sa demande en date du 29 mars 2012, tendant à ce que l'Etat lui verse la somme de 3 161 127, 60 euros, au titre des dépenses liées aux maîtres coraniques, doit être rejetée ».

La Cour administrative d'appel juge par ailleurs : « 7. Il est vrai qu'aucune disposition du décret du 16 janvier 1939 susmentionné au point 5, dit " décret Mandel ", ni aucune autre disposition

⁸⁵⁵ L. SERMET, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », *loc. cit.*, p. 463.

législative ou réglementaire, ne vient préciser qui, de l'Etat ou du département de Mayotte, doit prendre en charge le financement de l'enseignement religieux dispensé à Mayotte dans les établissements d'enseignement, et notamment du premier degré. Toutefois, il résulte de l'instruction, et notamment d'un courrier en date du 2 novembre 2011 adressé par le vice-rectorat de Mayotte au conseil général de Mayotte, que l'enseignement dispensé par les maîtres coraniques dans les établissements scolaires concernés ne constitue pas un enseignement obligatoire relevant, en tant que tel, de la mission d'intérêt général d'enseignement qui est confiée au ministre de l'éducation nationale, notamment par les dispositions de l'article L. 111-1 et L. 112-1 du code de l'éducation, mais un enseignement facultatif limité à quelques élèves seulement, en dehors des heures d'enseignement obligatoires, qui trouve son origine dans les spécificités historiques et culturelles de l'île mahoraise. Ainsi, l'arrêté du 14 avril 1987 portant organisation de l'enseignement coranique à Mayotte n'a pas mis à la charge du département de Mayotte une dépense à la charge de l'Etat, en méconnaissance de l'article L. 1611-1 du code général des collectivités territoriales, et n'a pas davantage procédé à un transfert de compétences vers cette collectivité qui aurait impliqué, en vertu de l'article 72-2 de la Constitution, une compensation financière. En outre, si, ainsi que le soutient l'appelant, ce même arrêté du 14 avril 1987 a été signé par le préfet, représentant du gouvernement à Mayotte, sur proposition de l'inspecteur d'académie, directeur de l'enseignement, un tel arrêté n'a eu, par lui-même, ni pour objet ni pour effet de procéder au recrutement de maîtres coraniques, qui n'a pu résulter, en l'espèce, que de décisions individuelles prises volontairement par le département de Mayotte afin de faire dispenser des enseignements qui ne relèvent pas de la compétence de l'Etat. A cet égard, l'appelant n'établit ni même n'allègue que, parmi les seize maîtres coraniques rémunérés sur la période de 2004 à 2011, figuraient les six maîtres coraniques initialement recrutés par un précédent arrêté du préfet de Mayotte en date du 23 octobre 1977 dont il fait par ailleurs état. Il s'ensuit que l'appelant ne saurait demander le remboursement de la rémunération des seize maîtres coraniques du seul fait que l'Etat ait édicté l'arrêté du 14 avril 1987 afin de poser les règles d'organisation de l'enseignement coranique».

B- La question des congés le jour de fêtes religieuses

1- La jurisprudence liée aux demandes d'autorisations d'absence pour des fêtes catholiques

Par jugement n°0500197 du 9 février 2006 le tribunal administratif de Mamoudzou a rejeté le recours en annulation contre une note du préfet de Mayotte prévoyant l'obligation de travailler dans les services de l'Etat le lundi de Pentecôte dans le Territoire, « journée de solidarité » au profit des personnes âgées et handicapées aux termes de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 et du décret n° 2004-1307 du 26 novembre 2004. Le requérant estimait qu'il était victime d'une discrimination car le préfet avait « octroyé aux agents de confession musulmane la possibilité de solliciter une autorisation d'absence pour deux fêtes religieuses, sans reconnaître la même possibilité pour les agents de confession catholique » ; par conséquent, selon lui, la décision était « contraire au principe d'égalité des agents traités différemment suivant leur appartenance religieuse ou leur rattachement à des collectivités différentes ». Le tribunal écarte la question des discriminations entre confessions car la loi du 30 juin 2004 figure « au nombre des textes qui, à raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire national ».

Par sa note, le préfet ne fait donc que rappeler les dispositions de la loi et du décret, ce qui rend inopérants tous les moyens invoqués par le requérant⁸⁵⁶.

Dans un arrêt n° 06BX01003 du 1^{er} avril 2008, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté le recours contre ce jugement du tribunal administratif estimant

⁸⁵⁶ V. le jugement et la note de J. M., « L'obligation de travailler dans les services de l'Etat le lundi de Pentecôte n'est pas discriminatoire », *AJFP*, 2006, p. 298 qui estime sur le fond que « dans l'esprit de la laïcité de la République, il eût été beaucoup moins problématique de ne pas choisir cette journée de solidarité précisément le jour d'une fête religieuse ». Néanmoins, il ne faut pas oublier que la France est l'un des pays qui compte le plus de jours fériés correspondant à des fêtes catholiques.

notamment que : « la note en litige n'a ni pour objet ni pour effet de fixer le régime des autorisations d'absence dont peuvent bénéficier les agents publics de confession musulmane pour assister à des fêtes religieuses; qu'il suit de là que le moyen tiré de la rupture d'égalité entre les agents publics de confession catholique et ceux de confession musulmane ne peut être utilement invoqué ».

Le contentieux mahorais offre ici en tout cas une problématique peu habituelle car le contentieux métropolitain concerne principalement des ruptures d'égalité à l'encontre de requérants de confession musulmane...

Ce même requérant a par ailleurs saisi le juge administratif contre une décision du 14 avril 2006 du directeur du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Mayotte lui refusant une autorisation d'absence pour la journée du vendredi saint, en application de la circulaire n°2106 du 14 novembre 2005 relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses aux fonctionnaires de l'Etat pour l'année 2006, jugeant qu'il s'agissait d'une discrimination fondée sur l'appartenance religieuse.

Dans un jugement n° 0600162 du 19 septembre 2007, le tribunal administratif de Mamouzdou a annulé cette décision car le directeur du travail « a rejeté sa demande au motif « qu'une telle autorisation pour cette fête religieuse n'est en aucun cas prévue par les dispositions (nationales ou locales) » ; qu'en se bornant à opposer un tel motif, alors que l'institution par la loi de fêtes légales ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que, sous réserve des nécessités du fonctionnement normal du service, des autorisations soient accordées à des agents publics pour participer à d'autres fêtes religieuses correspondant à leur confession, le directeur du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Mayotte a entaché sa décision d'une erreur de droit ».

Il s'agit ici d'une application tout à fait classique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 février 1997, *Henny*⁸⁵⁷.

Enfin, dans une troisième requête, ce même requérant se plaignait du fait que lui soit imposé de prendre un congé le jour de deux fêtes musulmanes, *Miradji* et *Aid el Fitri* et de devoir compenser ces jours de congés par l'utilisation de jours de congés annuels ou de jours acquis au titre de l'aménagement et de la réduction du temps de travail (ARTT). Il jugeait notamment qu'il s'agissait d'une discrimination positive et une inégalité de traitement entre les agents publics. Dans un jugement n°0600163 du 24 mars 2009, le tribunal administratif de Mayotte a rejeté sa requête en considérant notamment que « le directeur du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Mayotte s'est borné à prendre, dans le cadre de l'harmonisation du fonctionnement des services déconcentrés de l'Etat à Mayotte, une mesure d'organisation du service sans caractère discriminatoire ni incidence sur les droits et prérogatives que tiennent les agents des dispositions de l'article 34 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 dès lors que cette mesure est sans conséquence sur leur situation pécuniaire, qu'elle ne limite pas le nombre de jours de congés annuels auquel ils ont droit et qu'elle n'affecte pas leur carrière ».

2- L'adaptation de la réglementation pour la célébration de fêtes musulmanes à Mayotte

Le 14 février 2015, les députés avaient adopté un amendement permettant aux départements d'Outre-mer de modifier le calendrier des jours fériés, afin que les différentes communautés religieuses des départements d'Outre-mer puissent célébrer des fêtes musulmanes ou hindoues en échange de jours fériés chrétiens. L'amendement, porté par Ericka Bareigts, députée SRC (Socialiste, Républicain et Citoyen) de la Réunion, et signé par d'autres députés de la Réunion, de Mayotte et de la Guadeloupe, était examiné dans le volet de la loi Macron sur l'activité économique, qui deviendra la

⁸⁵⁷ V. *infra* p. 325-326.

loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Cet amendement, dont l'objectif était l'adaptation du calendrier des jours fériés aux spécificités culturelles, religieuses et historiques de ces territoires, qui n'avait finalement pas été voté au Sénat, listait les jours fériés chrétiens susceptibles de se prêter à la « substitution » (le lundi de Pâques, l'Ascension, le lundi de Pentecôte, l'Assomption, la Toussaint). Il aurait dû appartenir au préfet de chaque département d'outre-mer de décider d'un changement de calendrier, en lien avec les acteurs locaux⁸⁵⁸. A l'époque, les évêques d'Outre-mer, auxquels la Conférence des Evêques de France avait laissé la parole, avaient d'ailleurs pleinement soutenu l'initiative.

En définitive, l'article 4 de l'Ordonnance n° 2017-1491 du 25 octobre 2017 portant extension et adaptation de la partie législative du code du travail, et de diverses dispositions relatives au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle à Mayotte créé un nouvel article L3422-3 Code du travail: « A Mayotte, les listes établies aux articles L. 3133-1 et L. 3422-2 ne portent atteinte ni aux stipulations des conventions ou accords collectifs de travail ni aux usages qui prévoiraient des jours fériés supplémentaires, notamment les fêtes de Miradji⁸⁵⁹, Idi-el-Fitri⁸⁶⁰, Idi-el-Kabir⁸⁶¹ et Maoulid⁸⁶². »

L'article L 3133-1 Code du travail dresse la liste des onze fêtes légales correspondant à des jours fériés en France: 1er janvier, lundi de Pâques, 1er mai, 8 mai, Ascension, lundi de Pentecôte, 14 juillet, Assomption, Toussaint, 11 novembre, Noël. Quant à l'article L 3422-2 Code du travail (modifié par ordonnance n°2017-1491 du 25 octobre 2017- art. 4) il prévoit les journées de commémoration de l'abolition de l'esclavage qui correspondent à des jours fériés en Outre-Mer, à Mayotte le 27 avril.

Ainsi, alors que les députés avaient voté le principe de jours fériés musulmans dans les départements d'Outre-mer venant remplacer des jours fériés chrétiens, le code du travail retient finalement que les jours fériés musulmans s'ajoutent éventuellement aux jours fériés de droit commun auxquels il faut ajouter à Mayotte la journée de commémoration de l'abolition de l'esclavage⁸⁶³.

⁸⁵⁸ Amendement n°2992 présenté par Mme Bareigts, M. Vlody, M. Lebreton, M. Said, M. Aboubacar et M. Jalton. Selon l'Exposé sommaire : « Le droit français reconnaît en effet depuis plus d'un siècle un certain nombre de jours fériés non nécessairement chômés à l'exception du 1^{er} mai. Pour une partie substantielle d'entre eux, ces jours fériés sont l'héritage de fêtes religieuses catholiques.

Il existe un paradoxe de fait dans une République laïque à donner ainsi dans le calendrier républicain un statut légal aux seules fêtes d'une religion, bien que celle-ci ait un caractère fortement majoritaire dans la population. Ce paradoxe est renforcé dans les départements d'Outre-mer où le fait et l'histoire religieux sont parfois de nature bien différente. (...) Cela ne remettrait évidemment pas en cause l'unité de la République ou leur attachement aux principes et valeurs républicains puisque les jours fériés célèbrant des dates ayant trait à l'Histoire de France et aux valeurs républicaines seraient obligatoirement maintenus car non ouverts à la substitution permise par cet amendement. (...)

Il est à noter que le principe d'une adaptation des jours fériés aux contextes locaux des Outre-mer ne s'oppose manifestement pas à la jurisprudence constitutionnelle et notamment au principe constitutionnel d'unité de la République ou à celui d'égalité devant la loi. (...) ».

⁸⁵⁹ Fête du calendrier islamique, *Miradji* ("*Lailat at Isra wa el Miraj*", littéralement "La nuit du voyage et de la montée au ciel") commémore la nuit où le prophète Mahomet est monté au ciel pour rencontrer Dieu et négocier le nombre de prières quotidiennes que doit accomplir tout musulman. Cette fête ne revêt pas la même importance selon les pays musulmans. Peu célébrée au Maghreb par exemple, elle est en revanche très suivie aux Comores. A Mayotte, la plupart des musulmans la célèbrent, bien qu'elle semble perdre du terrain.

⁸⁶⁰ *Aïd el-Fitr* correspond à la fête de la rupture du jeûne observé durant le mois sacré de ramadan, aussi appelée *Aïd el-Seghir*, qui signifie « petite fête », par opposition à la « grande fête » que constitue l'*Aïd el-Kébir*.

⁸⁶¹ L'*Aïd-El-Kebir*, ou "grande fête", commémore l'histoire du sacrifice d'Abraham. Dieu, pour éprouver la foi d'Ibrahim (Abraham), lui demanda de sacrifier son jeune fils. Abraham, la mort dans l'âme, allait obéir et égorger son fils, lorsque Dieu arrêta sa main et, pour le remercier de sa loyauté et de son obéissance, lui demanda de sacrifier plutôt un mouton à la place.

⁸⁶² Le *Mawlid* est la commémoration de la naissance du prophète Mahomet.

⁸⁶³ Le code du travail spécifique à Mayotte est abrogé depuis le 1^{er} janvier 2018. À cette date, le code du travail « de droit commun » est devenu applicable à ce territoire, avec quelques adaptations.

3- Les pratiques dans les services publics

En pratique, il semblerait que l'absence des agents ainsi que des avocats le jour de certaines fêtes musulmanes soit respectée au sein des tribunaux mahorais. Ainsi, à la Cour nationale du droit d'asile, le 6 juin 2019, une visio-audience en direct de Mamouzdou a été renvoyée en raison de la fête de l'*Aid*. Comme nous l'indiquait un magistrat administratif en poste à la Réunion et à Mayotte, « il n'y a aucune note ni aucun document qui formalise cette pratique, ce sont seulement les agents de greffe qui sont presque tous Mahorais et qui posent un jour de congé mais je pense qu'on ne leur comptabilise pas ce jour de congé et qu'il leur est finalement offert... En tout cas, le tribunal est fermé aujourd'hui comme la quasi-totalité des administrations »⁸⁶⁴.

Un article du Journal *Le monde* du 12 avril 2018 intitulé « A Mayotte, l'exorbitant train de vie du conseil départemental » soulignait « les abus des élus de l'île ». Il faisait suite à un rapport de la chambre régionale des comptes sur la gestion des ressources humaines, rendu public le 6 avril 2018, qui révélait notamment que « le département accorde en outre des autorisations d'absence pour événements familiaux. Elles correspondent à celles retenues dans la fonction publique d'État à l'exception du congé pour maladie grave du conjoint à savoir 5 jours au lieu de 3, du congé pour garde d'un enfant malade soit 12 jours au lieu de 6 et du congé pour circoncision de 5 jours »⁸⁶⁵.

C- L'absence *a priori* étonnante de jurisprudence relative à l'application de la loi du 15 mars 2004 et de la loi sur la dissimulation du visage

Il n'existe pas de jurisprudence sur la question du voile à Mayotte dans les écoles ou dans l'espace public.

La tenue religieuse, le *bwibwi*, qui couvre la femme des pieds à la tête est très peu portée.

Le phénomène du voile intégral semble extrêmement minoritaire. Dans une étude réalisée entre août et décembre 2009 par le ministère de l'Intérieur, 1900 femmes portaient le *niqab*, couvrant tout le visage sauf les yeux (car le port de la *burqa*, qui couvre tout le visage, dissimulant les yeux derrière une grille, était à l'époque inexistant) en France, dont 270 d'entre elles étaient établies à La Réunion et 20 à Mayotte. A la Réunion comme à Mayotte la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public s'applique comme sur le reste du territoire français⁸⁶⁶. C'est à la demande des procureurs de la Réunion qu'elle avait été adaptée au contexte local les premiers mois, les femmes portant le voile pouvant faire l'objet d'un rappel à la loi et non d'une amende. Il était néanmoins prévu que l'identité de la personne voilée soit tout de même relevée et conservée par la justice.

A Mayotte, les femmes s'habillent traditionnellement d'un *lambawani* qui se compose de deux parties: le *saluva* qui est un paréo qui s'enfile sur les habits de la femme, jusqu'à la poitrine et tenu par un nœud et le *kishali*, châle de la tenue traditionnelle comorienne. S'il a effectivement une connotation religieuse, la sociologue

⁸⁶⁴ Entretien du 6 juin 2019.

⁸⁶⁵ CRC Réunion, Mayotte, *La gestion des ressources humaines*, 6 avr. 2018 p. 14.

⁸⁶⁶ V. notamment la 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 : « La dissimulation du visage dans l'espace public est interdite à compter du 11 avril 2011 sur l'ensemble du territoire de la République, en métropole comme en outre-mer. »

Sophie Blanchy estime qu'au sein d'une population aussi pratiquante, d'obédience musulmane chaféite, les notions de religion et de culture locale se confondent.

Le *kishali* peut être porté en ceinture, posé sur l'épaule comme une écharpe ou sur la tête, en couvre-chef. C'est cette dernière modalité du port du *kishali* qui a pu poser question au regard du principe de laïcité. A l'époque de l'adoption de la loi du 15 mars 2004, le ministre de l'Éducation nationale, Luc Ferry, avait souhaité que le port du foulard reste toléré à Mayotte et à la Réunion. Mais Jacques Chirac aurait refusé, insistant pour que l'interdiction concerne tous les territoires français. Le premier projet de circulaire d'application de la loi prévoyait d'ailleurs que « la loi n'a pas (...) pour objet d'interdire les tenues traditionnelles là où elles ont été jugées jusqu'ici compatibles avec le principe de laïcité et le bon fonctionnement du service public de l'enseignement », c'est-à-dire à Mayotte et à La Réunion⁸⁶⁷.

Pour discuter de la question du port du foulard dans les écoles mahoraises, un comité laïcité a été créé, composé du vice-recteur, du référent laïcité - nommé dans l'Académie de Mayotte au lendemain des attentats de Charlie Hebdo -, d'enseignants, de proviseurs, de parents d'élèves, de cadis et de parlementaires mahorais.

Le *kofia*, coiffe portée par les hommes, était déjà proscrit par les règlements intérieurs des établissements scolaires, et n'a jamais posé problème.

Un arrangement a finalement été trouvé entre les demandes particularistes des parents d'élèves et le vice rectorat: le *kishali* est autorisé dans les établissements scolaires mahorais, à condition qu'il soit « coloré » et porté « occasionnellement ». Le « voile terne » marron ou gris, identifié par les parents d'élèves comme « le voile des arabes », témoignage d'un islam qui ne serait pas mahorais mais exclusivement religieux, est quant à lui interdit. Cette solution est en accord avec la position de la plupart des parents d'élèves et des élites religieuses de l'île inquiets du risque d'incursion d'un islam radical, en rupture avec l'islam mahorais considéré comme modéré. Cet islam mahorais se veut en accord avec les idéaux républicains mais en même temps attaché à l'héritage culturel comorien. Comme le souligne un auteur « cela contraste avec les revendications des générations des chatouilleuses⁸⁶⁸, qui faisaient de leur cheval de bataille l'idée d'embrasser la culture française et mettaient de côté des demandes spécifiques. Entre assimilation de la « culture occidentale », maintien de spécificités locales comoriennes, malgaches et volonté de distinction d'avec les franges les plus précaires de la société, les « anjouanais », la culture mahoraise insulaire peine à définir ses contours⁸⁶⁹.

Aujourd'hui, le *kishali* se situe hors du champ d'application de la loi du 15 mars 2004 car cette pièce de tissu n'est pas considérée comme un signe d'appartenance religieuse et il n'est donc pas nécessaire d'adapter la loi à Mayotte. Cette position peut néanmoins surprendre, d'une part, au regard de la sévérité de l'interprétation de la valeur des signes manifestant une appartenance religieuse en métropole et, d'autre part, car le *kishali* revêt *a priori* autant une signification coutumière que religieuse.

Par cet accommodement, la question qui aurait pu entraîner des débats et de potentiels contentieux n'en a générés aucun, preuve de la plasticité et de l'élasticité du principe de laïcité.

⁸⁶⁷ JO 3 mai 2004, p. 902.

⁸⁶⁸ Les chatouilleuses, officiellement le collectif des femmes pour la vie publique, sont des femmes mahoraises qui se sont battues, dans les années 1960 et 1970, pour réduire l'influence des autres îles de l'archipel des Comores sur Mayotte et arrimer cette dernière à la République française.

⁸⁶⁹ J. FERNANDES-MOLLIEN Master SGC, *Conséquences de la départementalisation à Mayotte : une situation néocoloniale ?* Rapport de stage au CORTECS, Sous le tutorat de Richard Monvoisin et Olivier Ihl, Institut d'Études Politiques de Grenoble, 2015, Université Grenoble Alpes, p. 40-41.

Cette situation est confirmée par plusieurs responsables⁸⁷⁰.

A la rentrée scolaire 2018, à la suite d'une mission à Mayotte, des députés « n'ont pas constaté de difficultés concernant le port de signes religieux dans l'enceinte des établissements. Les équipes éducatives, si elles refusent le port du voile islamique, acceptent celui du *kishali*, châle porté sur la tête ou sur les épaules, qui fait partie de la tenue traditionnelle des femmes à Mayotte. À la suite de son accession au statut de rectorat, et à la suite de l'annonce faite en ce sens par le ministre de l'Éducation nationale, Mayotte devrait être dotée d'une équipe académique « Laïcité et fait religieux ». »⁸⁷¹.

L'éducation religieuse relève de l'école coranique, structure privée fréquentée par les enfants en dehors des heures de classe et non financée par l'Etat.

Mais de façon plus générale, les problèmes rencontrés dans l'enseignement à Mayotte semblent très peu en lien avec le fait religieux, mais sont avant tout matériels et techniques. Et ce constat vaut pour Mayotte en général et pas seulement pour l'école : la situation économique et sociale est la véritable urgence.

D- La question de la compatibilité de certaines subventions avec le principe de laïcité

Comme le rappelait le Conseil d'Etat dans son étude de 2004, « la collectivité départementale de Mayotte subventionne, chaque année, deux associations qui organisent le pèlerinage à La Mecque »⁸⁷². Ces subventions se perpétuent aujourd'hui.

Ainsi, en 2018, Mayotte aurait accordé près de 70 000 euros à quatre associations encadrant ces pèlerinages en Arabie saoudite. «Le département ne finance pas le culte, nous ne faisons que de l'accompagnement», justifie Hadadi Andjilani, chef de cabinet du président du conseil départemental. Cette subvention aurait été votée le 11 juin 2018, «pour la prise en charge des billets d'avion, le transport interurbain, l'hébergement de l'équipe d'encadrement des pèlerins». D'après le département, 648 mahorais musulmans ont fait le pèlerinage cette année. «Ils ne parlent pas l'arabe, ne savent pas s'orienter à La Mecque, donc c'est obligatoire de leur fournir des guides et des infirmiers», souligne Saïd Maanrifa Ibrahima, président de l'Aspel, l'une des associations bénéficiaires de la subvention pour qui: «C'est comme s'il y avait un groupe de jeunes qui voulait aller visiter la tour Eiffel : ils auraient besoin d'un accompagnement pour ne pas se perdre dans le métro ! Et si, un jour, des catholiques sollicitaient le département pour aller à Lourdes, pas de problème, nous ferions pareil»⁸⁷³.

La question de la compatibilité de certaines subventions avec le principe de laïcité se posera sans doute de façon plus fréquente à l'avenir. Le préfet de Mayotte a

⁸⁷⁰ Dans une audition par l'Observatoire de la laïcité le 14 octobre 2014, madame George Pau-Langevin, ministre des Outre-Mer, affirmait: « S'agissant du port du voile – sujet qui suscite de vives réactions dans l'Hexagone – il est souvent porté, notamment à Mayotte, dans le cadre d'une tenue traditionnelle et cela ne pose aucun problème. Il y a une petite préoccupation à Mayotte de voir apparaître un islam radical importé, j'insiste, car il ne correspond en rien à l'islam pratiqué par les Mahorais (...). Mais, s'il faut être vigilant, à ce stade, il y a peu de tension sur ce sujet ». Elle indiquait aussi « Nous devons appliquer partout la loi de 2004. Nous n'avons pas pour l'instant été saisis de problématiques spécifiques sur ce point. Par ailleurs, le voile intégral, qui relève de l'ordre public, n'est pas rentré dans les moeurs et nous n'avons à ma connaissance aucune condamnation à ce sujet dans tous les outre-mer. » (Rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité, 2014-2015).

⁸⁷¹ Commission des affaires culturelles et de l'éducation, Rapport d'information, mission effectuée à Mayotte et à la Réunion pour la rentrée scolaire (16-21 sept. 2018), par B. STUDER et R. JUANICO, députés. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 déc. 2018, p. 20 (<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rap-info/i1513.pdf>)

⁸⁷² Rapport, p. 271.

⁸⁷³ <https://francais.rt.com/france/55696-departement-francais-mayotte-subventionnerait-pelerinage-mecque>
Le Figaro, 21 nov. 2018.

ainsi récemment déféré au tribunal administratif une délibération du 21 novembre 2017 du conseil départemental de Mayotte portant attribution d'une subvention de 19 000 euros à l'association du Conseil représentatif des musulmans de Mayotte (CRMM) jugeant qu'elle était contraire au principe constitutionnel de laïcité. Après avoir rappelé l'article 1^{er} de la Constitution, le tribunal administratif juge que le principe constitutionnel de laïcité « d'une part (...) n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes.

D'autre part, les subventions accordées le cas échéant par une collectivité territoriale à une personne privée doivent concourir à la satisfaction d'un objectif d'intérêt général pour le territoire dont elle a la charge.

Par la délibération litigieuse, le conseil départemental Mayotte a accordé à l'association CRMM une subvention pour sa participation au « concours des connaissances générales sur l'Islam et la récitation du Coran » à Saint-Denis de La Réunion. Si le conseil départemental Mayotte a justifié l'octroi de cette subvention par « l'importance de la connaissance de l'islam dans la lutte contre la radicalisation » et par « la lutte contre la délinquance », il ressort des pièces du dossier et notamment de la demande de subvention que « ce projet de coopération » présente un caractère essentiellement cultuel et ne dépasse pas le cadre de l'enseignement religieux. Ainsi, la lutte contre la délinquance lors de cette manifestation n'est envisagée que sous la forme d'une conférence intitulée « La mémorisation du coran, comme alternative à la lutte contre la délinquance ». En outre, alors que ce projet s'adresse à un public restreint, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette manifestation concerne des jeunes délinquants. Dans ces conditions, il n'apparaît pas que la subvention participerait à un objectif d'intérêt général dont le conseil départemental Mayotte aurait la charge »⁸⁷⁴.

⁸⁷⁴ TA Mayotte, 29 juill. 2019, n°1800548.

CHAPITRE III- L'APPLICATION DE LA LOI DU 9 DÉCEMBRE 1905 DANS LES DÉPARTEMENTS DU GRAND OUEST DE LA FRANCE

Xavier DUPRE DE BOULOIS

Introduction : définition et consistance du matériau

Section I- Un droit spécifique pour le grand Ouest ?

§1- « A l'avenir »

§2- L'usage local. Textes

§3- L'usage local. Jurisprudence

A- L'usage local au secours de la crèche du département de Vendée

B- L'usage local au secours de la crèche du Vicomte

C- Portée

Section II- Une application du droit spécifique pour la Bretagne ?

§1- Des contentieux emblématiques

A- La crèche de l'hôtel de département de Vendée

B- La statue de Jean-Paul 2 de Ploërmel

C- L'orgue de l'église de Trélazé

D- La visite papale à Saint-Anne d'Aurey

E- Les aides de l'ADEME à des structures ayant une activité culturelle

§2- Une cour administrative d'appel sensible à son environnement ?

Conclusion

Introduction : définition et consistance du matériau

Projet. Mis de côté les départements d'Alsace et de la Moselle, la loi du 9 décembre 1905 relative à la Séparation des églises et de l'Etat s'applique sur l'ensemble du territoire métropolitain français. Or, la place du fait religieux n'est pas homogène sur le territoire français. L'idée est d'interroger l'application de la loi de 1905 à l'aune de cette diversité et donc d'évaluer l'uniformité de son application. Pour ce faire, le choix a été fait de s'intéresser à l'application de la loi de 1905 dans un territoire où le catholicisme a tenu une place importante à savoir les départements de ce qu'on appelle parfois le Grand Ouest de la France (Côtes d'Armor, Finistère, Ille-et-Vilaine, Loire Atlantique, Maine-et-Loire, Mayenne, Morbihan, Vendée). Ces départements ont une forte tradition catholique même si elle n'est pas homogène puisqu'il a par exemple existé une « Bretagne bleue »⁸⁷⁵. Cet attachement à la foi catholique n'a pas été sans susciter des tensions au début du XXe siècle. Il en a été ainsi lors de l'application des mesures anti-congrégationnistes qui ont conduit à la fermeture de nombreuses écoles⁸⁷⁶. Seuls 10 des 41 parlementaires bretons ont voté en faveur de la loi de 1905⁸⁷⁷. Les inventaires des biens ecclésiastiques consécutifs à son entrée en vigueur ont donné lieu à des affrontements plus ou moins violents⁸⁷⁸. A l'époque contemporaine, le constat a été fait à

⁸⁷⁵ Ph. Portier, « Les bretons et la question laïque » dans J. Theuret (dir.), *Un siècle de laïcité en Bretagne. 1905-2005*, Ed. Apogée, 2005, p. 5.

⁸⁷⁶ L. Elégoët, « L'expulsion des religieuses à Saint-Méen, en août 1902 », dans J. Balcou et a., *Les bretons et la séparation (1795-2005)*, PUR, 2006, p. 179.

⁸⁷⁷ J. Theuret, « Des prémices de la laïcité aux votes des parlementaires bretons », dans J. Theuret (dir.), *Un siècle de laïcité en Bretagne. 1905-2005, op.cit.*, p. 16.

⁸⁷⁸ S. Gicquel, « Les inventaires dans les diocèses de Saint-Brieuc et de Vannes » dans J. Balcou et a., *op. cit.*, p. 235 ; Ch. Jouquand, « La querelle des inventaires dans le pays malouin », dans J. Theuret (dir.), *op. cit.*, p. 117.

de multiples reprises du recul important de la foi catholique dans ces territoires⁸⁷⁹. Il reste néanmoins de multiples expressions de cette identité catholique ne serait-ce qu'à travers le constat que plus de 40% des élèves sont scolarisés dans l'enseignement catholique dans les académies de Rennes et de Nantes. L'enjeu est donc de déterminer si cette tradition catholique influe sur l'application et l'interprétation des dispositions de la loi de 1905.

Définition du matériau. Le matériau de la recherche est principalement constitué par les jugements et arrêts rendus par les juridictions compétentes à l'égard des contentieux nés dans les départements du Grand Ouest. Il s'agit donc des tribunaux administratifs de Nantes et de Rennes ainsi que de la Cour administrative d'appel de Nantes et bien sûr du Conseil d'Etat. Le champ temporel de l'investigation se situe entre la fin des années 1990 et 2018. Il s'agit d'un choix contraint en ce que Ariane Archives, principal outil de la recherche, ne comprend que des décisions intervenues au cours de cette période. Il eut été intéressant de remonter plus loin dans le temps, - au-delà de 20 années -, mais il aurait alors fallu accéder aux archives papiers des juridictions concernées ce qui s'est avéré impossible. Au surplus, Edouard Geffray a relevé en 2011 que le Conseil d'Etat n'a eu l'occasion de se prononcer sur l'application de la loi de 1905 qu'à titre très exceptionnel depuis les années 1950 alors que les années 1910-1920 ont donné lieu à l'essentiel de ses décisions (concl. sur CE Ass., 19 juillet 2011, *Commune de Trélazé*, *RFDA* 2011 p. 967). Il est possible de penser qu'il a pu en être de même dans une certaine mesure pour les tribunaux administratifs. Par ailleurs, des entretiens ont été menés avec deux responsables locaux de la Libre pensée afin d'obtenir un éclairage sur le contexte dans lequel sont intervenues des décisions dans lesquelles cette association a été impliquée⁸⁸⁰.

Consistance du matériau. La contribution du contentieux du Grand Ouest à l'interprétation de plusieurs dispositions de la loi de 1905 est importante. C'est en effet souvent à l'occasion d'affaires mettant en cause des recours contre des jugements ou arrêts émanant des juridictions en question que le Conseil d'Etat a fixé son interprétation de la loi de 1905 sur des sujets conflictuels. On pense par exemple à l'arrêt *Commune de Trélazé* ou plus récemment à l'arrêt *Commune de Ploërmel*. Pour autant, il ne doit pas en être conclu que les départements de l'Ouest de la France connaissent un contentieux plus important en volume que les autres départements métropolitains. Une rapide consultation d'Ariane Archives permet de constater que les tribunaux de Rennes et de Nantes se situent dans un étiage moyen à savoir entre 50 et 80 jugements impliquant la loi de 1905 en une vingtaine d'années. Par ailleurs, il s'agit d'un contentieux qui implique essentiellement le catholicisme et certaines nouvelles religions (Témoins de Jéhovah). L'islam tient une place limitée dans le corpus étudié. Même si la loi de 1905 n'est pas directement en cause, nous n'avons par exemple identifié qu'un très faible nombre de décisions mettant en cause le port du voile à l'école (TA Nantes, 27 juin 2002, n°0101263 ; CAA Nantes, 8 juin 2006, n°05NT01163 ; CAA Nantes, 18 mai 2006, n°05NT01395).

⁸⁷⁹ Y. Tranvouez, *Catholique en Bretagne au XXe siècle*, PUR, 2006 p. 189 et s. ; A. Rousseau, « Mutations présentes et avenir du catholicisme en Bretagne » dans Y. Tranvouez (dir.), *Requiem pour le catholicisme breton ?* Centre de recherche bretonne et celtique, 2011, p. 269.

⁸⁸⁰ Nous remercions Messieurs Plantiveau (LP Loire-Atlantique) et Le Guennec (LP Morbihan) pour leur disponibilité.

Plan. L'ambition est de rendre compte des modalités de l'application de la loi de 1905 dans le Grand Ouest et au-delà de vérifier si elles sont spécifiques à ce territoire. Cette spécificité est susceptible de se situer sur deux plans : le droit et l'application du droit. La spécificité du droit suppose de déterminer si la loi de 1905 et les textes qui se situent dans son environnement autorisent la prise en compte des particularismes locaux (usages ?) en matière religieuse. Si tel est le cas, le Grand Ouest pourrait être concerné compte tenu de la prégnance historique du catholicisme dans ce territoire. La spécificité dans l'application du droit implique quant à elle de s'intéresser au contentieux des juridictions du Grand Ouest. Il s'agit de déterminer si elles développent une démarche particulière, originale, dans l'application de la loi de 1905.

Section I- Un droit spécifique pour le Grand Ouest ?

La loi de 1905 ne réserve pas elle-même la prise en compte de pratiques ou d'usages locaux. Elle n'envisage donc pas son application différenciée ou du moins celle de certaines de ses dispositions, en fonction des territoires concernés. Il ne faut toutefois pas en rester à ce seul constat.

§1- « A l'avenir »

Le silence de la loi de 1905 à l'égard d'éventuelles spécificités locales est en partie compensé par la prise en compte et le maintien de situations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi de 1905 en vertu de cette loi même. On pense en particulier à l'article 28 qui autorise *a contrario* la présence de signes ou d'emblèmes religieux sur les monuments publics et autres emplacements publics dès lors que cette installation a été antérieure à la promulgation de la loi de 1905. Un avis récent a donné l'occasion au Conseil d'Etat de rappeler cette solution au sujet d'une croix ornant le portail d'un cimetière : « en prévoyant que l'interdiction qu'il a édictée ne s'appliquerait que pour l'avenir, le législateur a préservé les signes et emblèmes religieux existants à la date de l'entrée en vigueur de la loi ainsi que la possibilité d'en assurer l'entretien, la restauration ou le remplacement » (CE avis, 28 juillet 2017, *Bonn*, n°408920. Également, CE, 12 janvier 1912, *Commune de Montot*, Rec. p. 36). Cette disposition explique donc largement la persistance des multiples représentations de la foi catholique dans l'espace public du Grand Ouest à travers des signes et des emblèmes religieux (à commencer par les calvaires).

§2- L'usage local. Textes

Le texte de la loi de 1905 n'évoque pas les usages locaux. Ils n'en sont pas moins pris en compte dans un certain nombre de domaines de l'action administrative. Des références à l'usage local figurent dans plusieurs textes qui se situent dans la dépendance de la loi de Séparation. L'article L. 211-2 du Code de la sécurité intérieure qui a codifié l'article 1^{er} du décret-loi du 23 octobre 1935 dispense « les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux » de l'obligation d'une déclaration préalable qui s'impose en principe pour les rassemblements sur la voie publique. Cette disposition concerne au premier chef la tradition des processions religieuses (CE, 4 février 1938, *Abbé Nicolet*, DH 1938 p. 280, Rec. p. 128). De son côté, l'article 27 de la loi de 1905 investit le maire de la compétence d'établir une réglementation des sonneries des

cloches. L'article 51 du décret du 16 mars 1906 pris pour son application précise que les cloches peuvent être utilisées « dans les circonstances où cet emploi est prescrit par les dispositions des lois ou règlements, ou autorisé par les usages locaux ». Il s'agit en réalité des usages locaux en matière de sonneries civiles (CE, 26 mai 2011, *Abbé Durand*, D. 1913,3,44). Le Conseil d'Etat a toutefois montré par le passé qu'il n'était pas indifférent à l'existence d'usages locaux en matière de sonneries religieuses pour apprécier la licéité des réglementations municipales (ex. : CE, 30 décembre 1910, *Dumont*, D. 1911,3,129 (4^e esp.)).

§ 3- L'usage local. Jurisprudence

Au-delà des textes, le Conseil d'Etat a promu la prise en compte des usages locaux à l'occasion de l'application d'une disposition centrale de la loi de 1905 déjà évoquée. Son article 28 dispose qu'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 ». Cette disposition pose donc une prohibition de principe assortie de plusieurs exceptions et ne mentionne pas les usages locaux. Le Conseil d'Etat a néanmoins introduit la référence à ces usages à l'occasion de deux arrêts d'assemblée mettant en cause l'installation de crèches du Noël dans des bâtiments publics (CE Ass., 9 novembre 2016, *Ville de Melun*, n°395122 ; CE Ass., 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n°395223). Elle joue en particulier dans l'opération de qualification des signes et emblèmes religieux au sens de l'article 28. Le raisonnement développé par le Conseil d'Etat part d'une prémisse discutée à savoir qu'une « crèche de Noël est une représentation susceptible de revêtir une pluralité de significations ». « Il s'agit en effet d'une scène qui fait partie de l'iconographie chrétienne et qui, par là, présente un caractère religieux. Mais il s'agit aussi d'un élément faisant partie des décorations et illustrations qui accompagnent traditionnellement, sans signification religieuse particulière, les fêtes de fin d'année ». A partir de là, le Conseil d'Etat précise les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer la véritable signification de l'installation d'une crèche : « l'installation d'une crèche de Noël, à titre temporaire, à l'initiative d'une personne publique, dans un emplacement public, n'est légalement possible que lorsqu'elle présente un caractère culturel, artistique ou festif, sans exprimer la reconnaissance d'un culte ou marquer une préférence religieuse. Pour porter cette dernière appréciation, il y a lieu de tenir compte non seulement du contexte, qui doit être dépourvu de tout élément de prosélytisme, des conditions particulières de cette installation, de l'existence ou de l'absence d'usages locaux, mais aussi du lieu de cette installation ». Une fois ces principes posés, on sait que le Conseil d'Etat a posé des présomptions inversées en fonction du lieu de l'installation selon qu'il s'agit d'un bâtiment qui accueille le siège d'une collectivité publique ou d'un service public ou d'un autre emplacement public. Pour les premiers, il précise que « le fait pour une personne publique de procéder à l'installation d'une crèche de Noël ne peut, en l'absence de circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif, être regardé comme conforme aux exigences qui découlent du principe de neutralité des personnes publiques ». On comprend donc que les usages locaux, avec d'autres éléments, sont de nature à conférer un caractère culturel et festif à l'installation d'une crèche, y compris dans les locaux qui accueillent le siège d'une collectivité et donc à fonder la licéité d'une telle installation.

A- L'usage local au secours de la crèche du département de Vendée

Cette interprétation a été confirmée dans l'une des deux affaires évoquées. Elle mettait en cause la crèche installée tous les ans depuis 1991 dans le hall de l'hôtel du département de la Vendée. Sur renvoi du Conseil d'Etat, la Cour administrative d'appel de Nantes a jugé que cette installation ne portait pas atteinte à l'article 28 de la loi de 1905 après avoir relevé qu'elle intervenait tous les ans depuis une vingtaine d'années, qu'elle était temporaire, qu'elle était dépourvue de tout formalisme susceptible de manifester un quelconque prosélytisme religieux et qu'elle n'occupait qu'une place limitée dans le hall en question. Elle en conclut que « dans ces conditions particulières, 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 » (CAA Nantes, 6 octobre 2017, *Département de la Vendée*, n°16NT03735). Le Conseil d'Etat a refusé d'admettre le pourvoi formé par la Fédération de la libre pensée de Vendée contre cet arrêt et s'est donc implicitement approprié cette solution (CE, 14 février 2018, n°416348). Elle doit être mise en regard avec d'autres jugements et arrêts récents qui ont annulé des décisions relatives à l'installation d'une crèche dans des locaux de même nature mais qui concernaient d'autres parties du territoire national. Le Conseil d'Etat en a jugé ainsi pour la crèche installée dans les locaux de la mairie de Melun après avoir relevé qu'elle « ne résultait d'aucun usage local et n'était accompagnée d'aucun autre élément marquant son inscription dans un environnement culturel, artistique ou festif » (CE Ass., 9 novembre 2016, *Ville de Melun*, préc.). Il en a été jugé de même et pour les mêmes motifs par des juridictions du fond au sujet des crèches installées dans le hall d'entrée du Conseil régional de la Région Auvergne-Rhône-Alpes (TA Lyon, 5 octobre 2017, AJDA 2017/34 p. 1918) et dans les mairies de Béziers (CAA Marseille, 3 avril 2017, n°15MA03863) et d'Hénin-Beaumont (CAA Douai, 16 novembre 2017, n°17DA00054). Contrairement à d'autres collectivités territoriales, le département de la Vendée a donc pu se prévaloir d'un usage local pour pérenniser l'installation de sa crèche de Noël chaque année.

B- L'usage local au secours de la crèche du Vicomte

La référence à l'usage local peut sembler relativement « neutre » en ce qu'elle reposerait sur la seule existence d'une tradition et donc sur le temps long. S'agissant de l'installation de crèches, il serait par exemple tentant de justifier le particularisme vendéen en opposant sa tradition locale aux démarches très politiques d'élus. Il n'est pas indifférent de constater que trois des quatre collectivités territoriales dont les installations de crèche ont été retoquées sont dirigées par des personnalités de droite ou d'extrême droite (L. Wauquiez, S. Briois, R. Ménard) qui prétendent assurer la défense d'une civilisation chrétienne supposée menacée par l'islamisme et qui ont inscrit l'installation d'une crèche dans ce combat (cette croisade ?). En réalité, cette perception est erronée parce qu'elle fait fi de la démarche permissive du juge administratif dans la définition de l'usage local. Dans le cas vendéen, l'installation de la crèche dans l'hôtel du département est relativement récente (1991). Surtout, elle coïncide avec l'accès de Philippe de Villiers à la présidence du Conseil général de Vendée (1988). Durant ces 22 années de mandat, il s'est attaché à promouvoir les symboles chrétiens comme autant de moyens d'affirmer l'identité chrétienne de la Vendée. Il en a été ainsi avec le logotype du département représentant deux cœurs entrelacés surmontés d'une couronne portant

une croix dont la Cour administrative de Nantes a estimé qu'il ne constituait pas un emblème religieux (CAA Nantes, 11 mars 1999, *Association « Une Vendée pour tous les vendéens »*, n°98NT00357). Il en a été de même avec l'installation de la crèche. Philippe de Villiers ne s'en est d'ailleurs pas caché dans la lettre qu'il a adressée au vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé le 28 octobre 2016 avant que la haute juridiction ne statue sur les crèches vendéenne et melunaise. Souhaitant apporter « un éclairage personnel et circonstancié sur la genèse de cette affaire », il souligne qu'à travers l'installation de la crèche, « il s'agissait « d'un acte de ressourcement patrimonial et identitaire, afin de faire vivre les racines chrétiennes de la France et de la Vendée ». La crèche a donc bien été pensée comme un emblème religieux par son principal initiateur. L'installation de la crèche s'est donc inscrite dans une démarche proche de celles du président de la Région Auvergne-Rhône-Alpes et des maires de Béziers et de Hénin-Beaumont. Elle s'en différencie surtout par sa relative antériorité.

C- Portée

Il convient de ne pas surestimer la portée de cette jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle demeure *a priori* cantonnée au cas des crèches de Noël. Il n'existe pas de raison de penser que la référence à l'usage local soit pertinente au-delà des situations déjà envisagées et en particulier dans la mise en œuvre de l'article 28. Ainsi, la Cour administrative de Nantes a jugé que l'apposition d'un crucifix dans un emplacement public (la salle du conseil municipal) méconnaît les dispositions de la loi du 9 décembre 1905, sans que la commune concernée puisse se prévaloir de l'existence d'un usage local (CAA Nantes, 4 février 1999, *Association civique Joué Langueurs*, Rec. p. 498 ; CAA Nantes, 4 février 1999, n°98NT00337). Plus récemment, le Conseil d'Etat a estimé que l'édification d'une croix sur un emplacement public méconnaît l'article 28, « sans que la commune soit utilement fondée à se prévaloir « de ce que la croix constituerait l'expression d'une forte tradition catholique locale » (CE, 25 octobre 2017, *Fédération morbihannaise de la libre pensée*, n°396990, Rec.)

Section II- Une application du droit spécifique pour la Bretagne ?

Il a été vu que le droit positif permet dans une mesure limitée de prendre en compte la spécificité du Grand Ouest à travers la référence aux usages locaux. Il est maintenant question de s'intéresser plus spécifiquement aux décisions des juridictions du Grand Ouest. A l'instar des autres tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, elles sont amenées à mettre en œuvre les dispositions de la loi de Séparation. Il s'agit de déterminer si le contexte marqué par une forte tradition catholique influe sur l'interprétation et l'application de la loi de 1905 par les juridictions nantaises et rennaises. Existe-t-il une jurisprudence, ou du moins un faisceau de décisions qui particularisent l'application de la loi de 1905 dans ces territoires ?

§1- Des contentieux emblématiques

La plupart des affaires emblématiques relatives à l'application de la loi de 1905 dont le Conseil d'Etat a eu à connaître ces 20 dernières années sont nées dans le ressort des juridictions du Grand Ouest : L'orgue de la Commune de Trélazé, la statue de Jean-Paul 2 de Ploërmel, la crèche du Conseil départemental de Vendée. Cette genèse s'explique bien

sûr par un contexte local imprégné de culture catholique. Si le Conseil d'Etat, y compris en assemblée, a donc rendu des arrêts importants dans des affaires impliquant le Grand Ouest, ces dernières, avec d'autres, n'ont pas donné l'occasion aux tribunaux administratif de Nantes et de Rennes de développer des jurisprudences originales. Pour l'essentiel, ils se sont évertués à mettre leur pas dans ceux du Conseil d'Etat. Du moins se sont-ils efforcés de faire une application fidèle de l'interprétation de la loi de 1905 telle que définie par la haute juridiction. De son côté, la Cour administrative d'appel semble plus sensible à son environnement. C'est du moins ce que peuvent laisser entendre plusieurs contentieux.

A- La crèche de l'hôtel de département de Vendée

L'affaire a été évoquée à travers l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat, elle sera abordée ici au prisme des décisions des juridictions locales. En l'occurrence, la Fédération vendéenne de la libre pensée avait demandé au président du conseil général de la Vendée à ce que ne soit pas installée une crèche de la nativité dans les locaux publics de l'hôtel du département. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le Tribunal administratif de Nantes a annulé la décision implicite par laquelle le président de la collectivité a refusé de déférer à cette invitation (TA Nantes, 14 novembre 2014, *Fédération de Vendée de la libre pensée*, n°1211647). Il a jugé que cette installation était contraire à l'article 28 de la loi de 1905 en ce que la crèche est un emblème religieux, que son installation ne s'inscrit pas dans l'une des exceptions envisagées par cette disposition (exposition ou musée) et qu'enfin il n'est pas démontré l'existence d'un particularisme local. Le tribunal a donc fait une application stricte, quasi littérale de l'article 28. De son côté, la Cour administrative d'appel de Nantes est intervenue à deux reprises dans cette affaire, en tant que juge d'appel puis en qualité de juge du renvoi. En ces deux occasions, elle a jugé que cette installation n'était pas contraire à l'article 28 de la loi de 1905. Dans un premier temps, elle a estimé que « compte tenu de sa faible taille, de sa situation non ostentatoire et de l'absence de tout autre élément religieux, [l'installation] s'inscrit dans le cadre d'une tradition relative à la préparation de la fête familiale de Noël et ne revêt pas la nature d'un signe ou emblème religieux » (CAA Nantes, 13 octobre 2015, *Département de la Vendée*, n°14NT03400). Elle a donc avancé la nature festive de l'installation. Cette interprétation permissive est intervenue dans un contexte de relative incertitude sur la position du Conseil d'Etat sur cette question. La Cour administrative d'appel de Paris avait d'ailleurs développé une toute autre analyse quelques jours plus tôt (CAA Paris, 8 octobre 2015, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n°15PA00814). Il a été vu que le Conseil d'Etat a profité des pourvois formés contre ces deux arrêts pour définir les principes applicables (CE Ass., 9 novembre 2016, *Ville de Melun*, préc. ; CE Ass., 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, préc.). En apparence, la solution retenue s'inscrit à mi-chemin entre le jugement du Tribunal administratif de Nantes et l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes. Le Conseil réfute l'affirmation du tribunal nantais (et de la CAA de Paris) selon laquelle une crèche de Noël constituerait par principe un emblème religieux au sens de l'article 28. Il écarte aussi la démarche « objectivante » de la Cour de Nantes consistant à écarter la qualification d'emblème religieux dès lors qu'en l'absence de tout autre élément religieux, une telle installation s'inscrirait dans le cadre d'une tradition relative à la préparation de la fête familiale de Noël. Mais en pratique, la solution du Conseil d'Etat repose également sur une interprétation libérale de l'article 28. Elle conduit à permettre l'installation de crèches dans des bâtiments publics en présence

d'un usage local ou de « circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif ». Comme il a déjà été souligné, la Cour de Nantes a été amenée à statuer à nouveau sur renvoi du Conseil d'Etat (CAA Nantes, 6 octobre 2017, *Département de la Vendée*, préc.). Elle écarte la requête alors même le Conseil d'Etat n'avait laissé qu'une porte étroite à l'installation d'une crèche dans un bâtiment qui accueille le siège d'une collectivité publique ou d'un service public. Pour ce faire, elle estime qu'il existe des conditions particulières qui permettent de lui reconnaître un caractère culturel et festif. Au nombre de ces circonstances particulières, la Cour relève que ses dates d'installation « sont exemptes de toute tradition ou référence religieuse, et que son installation est dépourvue de tout formalisme susceptible de manifester un quelconque prosélytisme religieux ». Cette solution doit être mise en regard avec les motifs qui ont justifié la mise en place de cette crèche de manière annuelle à partir de 1991 et qui ont été révélés par Philippe de Villiers dans sa lettre d'octobre 2016 (*supra*). La Cour s'est donc montrée pour le moins bienveillante avec le département de la Vendée.

B- La statue de Jean-Paul II de Ploërmel

En 2006, une statue du Pape Jean-Paul II entourée d'une arche surplombée d'une grande croix a été érigée sur une place publique de la commune de Ploërmel. Cette installation a suscité plusieurs procédures devant les juridictions administratives. A six années d'intervalle et à deux reprises, le Tribunal administratif de Rennes a jugé qu'alors même que l'édification de la statue de Jean-Paul II sur la place publique n'aurait pas méconnu, par elle-même, les dispositions de la Constitution et de la loi du 9 décembre 1905, l'apposition de la croix au sommet de l'arche entourant cette statue méconnaissait lesdites dispositions (TA Rennes, 31 décembre 2009, n°0701701 ; TA Rennes, 30 avril 2015, n°1203099). Par son second jugement, il a donc enjoint à la commune de retirer de son emplacement le monument dans son ensemble partant du principe que l'œuvre avait été conçue comme un tout comprenant la croix, l'arche mais aussi la statue de Jean-Paul II. La Cour administrative d'appel de Nantes a annulé ce jugement en soulevant d'office un moyen tiré de la jurisprudence bien connue relative à l'abrogation de l'acte administratif non réglementaire et sans se prononcer sur le fond de l'affaire (CAA Nantes, 15 décembre 2015, *Commune de Ploërmel*, n°15NT02053). Analysant la première demande des requérants comme une demande d'abrogation de la délibération communale initiale d'installer la statue et constatant qu'elle était devenue définitive par l'écoulement du temps, la Cour a jugé que le maire était en droit de refuser la demande d'abrogation. En sus d'avoir soulevé le moyen d'office, la Cour a donc retenu une analyse des faits qui conduisait à sanctuariser l'installation du monument dans son ensemble. Le Conseil d'Etat va quant à lui s'inscrire dans une voie médiane à tout point de vue (CE, 25 octobre 2017, *Fédération morbihannaise de la libre pensée*, préc.). Son analyse repose à la fois sur la divisibilité de l'œuvre et sur l'existence de deux délibérations successives. Il en conclut d'un côté qu'il n'est plus possible de contester l'installation de la statue, la première délibération étant définitive et de l'autre côté que la délibération relative à la mise en place de l'arche et de la croix n'était pas définitive et qu'elle méconnaissait les dispositions de la loi de 1905. Il ne se prononce donc pas sur la licéité de l'installation de la statue mais si tel avait été le cas, on peut penser qu'il n'aurait pas développé un raisonnement différent de celui, - implicite -, du Tribunal administratif de Rennes. L'affaire évoque en effet un arrêt célèbre du Conseil d'Etat au sujet de l'installation d'une statue d'une autre personnalité religieuse, le cardinal

Liénart, sur le parvis de la cathédrale de Lille. A cette occasion, le Conseil a estimé que l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 « ne fait nullement obstacle à ce que la ville de Lille commémore le souvenir de cette personnalité » (CE, 25 novembre 1988, *Dubois*, n° 65932). *A fortiori* peut-on penser qu'il en aurait été de même pour le Pape Jean-Paul II même si son action ne s'est pas déployée dans la commune de Ploërmel.

C- L'orgue de l'église de Trélazé

Les juridictions nantaises n'ont pas fait œuvre d'originalité lorsqu'elles ont eu à connaître du contentieux mettant en cause l'acquisition d'un orgue par la commune de Trélazé en vue de son installation dans l'église communale de Saint-Pierre. Elles ont développé une lecture orthodoxe de la loi de 1905 et n'ont donc pas anticipé l'interprétation plus nuancée qu'en a développée le Conseil d'Etat. Ainsi, après avoir constaté que les personnes publiques ne peuvent engager d'autres dépenses que celles qui sont nécessaires à l'entretien et la conservation des édifices du culte dont elles ont la propriété et que l'implantation de l'orgue dans une église qui en était jusqu'alors dépourvue ne correspondait pas à une dépense de réparation ou de conservation de l'immeuble, le Tribunal administratif de Nantes a estimé que l'acquisition puis l'installation de l'orgue contrevenait au principe de non subventionnement des cultes (TA Nantes, 7 octobre 2005, n°023956). Cette solution a été reprise à son compte par la Cour administrative d'appel de Nantes (CAA Nantes, 24 avril 2007, *Commune de Trélazé*, 05NT01941, AJDA 2007 p. 2086 note V. Gaboriau). On sait que le Conseil d'Etat a saisi l'occasion du pourvoi contre l'arrêt d'appel pour redéfinir, ou plutôt préciser, les modalités selon lesquelles les collectivités publiques peuvent faire l'acquisition de biens ayant vocation à être installés dans les lieux de cultes dont elles sont propriétaires (CE Ass., 19 juillet 2011, *Commune de Trélazé*, Rec. p. 370). Il a jugé que les dispositions de la loi de 1905 ne font pas obstacle à ce qu'une commune acquiert et installe un orgue « ou tout autre objet comparable » dans un édifice cultuel à des fins d'intérêt local et qu'il puisse être utilisé dans le cadre d'activités culturelles, pour autant que soit prévue une participation de l'affectataire de l'édifice « dont le montant soit proportionné à l'utilisation qu'il pourra faire de l'orgue afin d'exclure toute libéralité et, par suite, toute aide à un culte ». Tirant les conséquences de cet arrêt d'assemblée, la Cour administrative de Nantes a jugé qu'en l'espèce l'installation de l'orgue dans l'église ne constituait pas une libéralité, ni une aide au culte contraire en tant que telle aux dispositions de la loi du 9 décembre 1905 (CAA Nantes, 20 décembre 2013, *Commune de Trélazé*, n°11NT0283). Tout juste peut-il être noté que la Cour ne s'est pas montrée très exigeante sur la preuve de l'existence d'une participation de l'affectataire en cas d'utilisation de l'orgue pour le culte. Cette participation n'a été « contractualisée » que tardivement et après l'arrêt du Conseil d'Etat en 2012 alors que son installation est intervenue dès 2004. Au requérant qui soulignait qu'aucune convention relative à l'utilisation de l'orgue n'avait été conclue à la date des délibérations contestées (2002), la Cour répond qu'il ressort « du dossier qu'un accord verbal sur l'installation et l'utilisation de l'instrument existait avant d'être formalisé dans la convention » de 2012. Elle n'avait pourtant fait nulle mention de l'existence de cet accord verbal dans son arrêt de 2007. Dès lors que la légalité des délibérations devait s'apprécier au jour de leur adoption (octobre 2002), il est possible d'en conclure que là-encore, la Cour s'est montrée plutôt bienveillante à l'égard de la commune en cause.

D- La visite papale à Saint-Anne d'Aurey

Plusieurs collectivités territoriales de l'Ouest de la France (Région Pays de Loire, départements de la Mayenne, de Vendée et du Finistère) ont octroyé des subventions aux organisateurs (évêché, association) de la visite du Pape Jean-Paul II à Saint-Anne d'Aurey en septembre 1996. Leurs délibérations ont été annulées par les tribunaux administratifs. Les tribunaux administratifs de Nantes et de Rennes ont notamment jugé qu'elles contrevenaient à la prohibition des aides aux activités cultuelles et aux cultes résultant de l'article 2 de la loi de 1905 (TA Rennes, 28 février 2001, *Fédération des œuvres laïques du Finistère*, n°971707 ; TA Nantes, 16 décembre 1997, n°962101). Ces jugements n'ont pas été frappés d'appel. En tout état de cause, ils s'inscrivent dans le fil de la jurisprudence du Conseil d'Etat. L'arrêt de la haute juridiction qui fait le plus écho au contentieux autour de la visite papale est postérieur à cette séquence. A cette occasion, le Conseil d'Etat a annulé les délibérations par lesquelles le Conseil régional du Limousin a attribué des subventions à plusieurs associations pour l'organisation des ostensions septennales de l'année 2009. Il a alors rappelé que « les collectivités territoriales ne peuvent apporter une aide quelconque à une manifestation qui participe de l'exercice d'un culte » et a approuvé la Cour administrative d'appel de Bordeaux d'avoir annulé les délibérations querellées dès lors que les ostensions septennales ont le caractère de cérémonies cultuelles (CE 15 février 2013, *Association Grande Confrérie de Saint Martial et autres*, n°347049).

E- Les aides de l'ADEME à des structures ayant une activité cultuelle

Par plusieurs arrêts remarquables, le Conseil d'Etat a été amené à déterminer si les congrégations et autres communautés religieuses sont en droit de solliciter le bénéfice d'une aide de l'Agence de l'environnement et de maîtrise de l'énergie (ADEME) en vue de l'acquisition d'un nouveau mode de chauffage plus économe en énergie. Il a jugé que ces structures sont éligibles à ce type d'aides dès lors que l'acquisition d'un nouveau mode de chauffage ne présente pas un caractère cultuel et n'est pas destiné au culte, que le soutien à un tel projet entre dans le cadre des missions d'intérêt général confiées à l'ADEME et que le versement des subventions s'accompagne de la conclusion de conventions permettant de garantir que les subventions sont exclusivement affectées au financement du projet (CE, 26 novembre 2012, *ADEME / Communauté des Bénédictins de l'Abbaye de Saint Joseph de Clair*, n°344378 ; CE, 26 novembre 2012, *ADEME / Communauté de la Chartreuse de Portes*, n°344379). Le Tribunal administratif de Nantes avait anticipé cette jurisprudence et ce, avant même l'*aggiornamento* consécutif aux cinq arrêts d'assemblée du 19 juillet 2011. Il a annulé le refus opposé par l'ADEME à une demande de subvention formée par une congrégation au motif que le principe de non subventionnement des cultes ne fait pas obstacle à ce que l'ADEME « verse, conformément à sa mission, à un établissement ayant une activité essentiellement cultuelle une aide dont l'objet est de contribuer exclusivement à la réalisation d'une opération qui présente un caractère d'intérêt général et non de subventionner l'exercice du culte » (TA Nantes, 8 juin 2010, *Communauté des cisterciens de la stricte observance de Bellefontaine*, n°075921).

§2- Une cour administrative d'appel sensible à son environnement ?

Les jugements et arrêts jusque-là évoqués n'épuisent bien sûr pas le contentieux de la loi du 9 décembre 1905 dont les juridictions du Grand Ouest ont eu à connaître depuis une vingtaine d'années. Ils sont néanmoins représentatifs des tendances lourdes qui ressortent du *corpus* retenu. Le premier constat qui s'impose est que les jugements des tribunaux administratifs de Nantes et de Rennes s'inscrivent plutôt dans l'orthodoxie par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ils s'efforcent d'en faire une application fidèle pour autant qu'elle soit établie. Le second constat est que la Cour administrative d'appel de Nantes se montre, semble-t-il, plus souple dans l'application des dispositions de la loi de 1905. La Cour s'est montrée particulièrement bienveillante avec le département de la Vendée dans l'affaire de la crèche. Elle l'avait aussi été au sujet de son logotype en 1999 alors que le président du Conseil général à l'origine de l'une et de l'autre n'a pas caché que ses initiatives visaient un objectif de « réarmement culturel ». Sur renvoi du Conseil d'Etat, elle ne s'est pas révélée très pointilleuse avec la commune de Trélazé quant à l'existence d'un accord avec l'affectataire de son église sur l'utilisation de l'orgue. Enfin, elle a mobilisé sans nuances les ressources du régime de l'acte administratif pour écarter le recours engagé contre l'installation de la statue du pape Jean-Paul II flanquée de son arche et de sa croix à Ploërmel. Il serait donc tentant de pointer une certaine perméabilité de la juridiction d'appel à l'égard de la tradition catholique du Grand Ouest. Elle se traduirait par une propension à développer une application compréhensive des dispositions de la loi de 1905 dans ces territoires.

Conclusion

Il ressort de la présente étude que la loi du 9 décembre 1905 reçoit en partie une application spécifique dans les territoires du Grand Ouest de la France. Ce particularisme procède d'abord de la loi de 1905 telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat et des textes inscrits dans sa périphérie qui rendent possible la prise en compte des traditions locales dans une certaine mesure. Il résulte aussi de la démarche plutôt bienveillante de la Cour administrative d'appel de Nantes à l'égard des collectivités territoriales qui prétendent promouvoir ou faire écho à l'identité chrétienne de ces territoires. Mais il convient aussitôt d'ajouter que ce particularisme joue plutôt à la marge.

TITRE II- LES « CONTENTIEUX-CIBLES » NOVATEURS, PROBLÉMATIQUES OU RENOUVELÉS DE LA LAÏCITÉ

Les deux premières analyses se focalisent sur deux contentieux traditionnels de la laïcité, celui de la fonction publique d'une part (**CHAPITRE I**), et celui, plus récent, des usagers de l'école public à travers l'application de la loi du 15 mars 2004 encadrant *le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics* (**CHAPITRE II**). Ces deux domaines étaient historiquement animés par des considérations différentes, même opposées. Alors que la fonction publique était, et reste encore, le lieu privilégié de la neutralité religieuse qui découle de la séparation des Eglises et de l'Etat, l'école laissait une place importante à la liberté religieuse des élèves. L'adoption de la loi de 2004 prohibant le port de signe religieux ostensibles dans les établissements publics a toutefois rapproché ces deux domaines, en étendant dans une certaine mesure l'obligation de neutralité religieuse, non plus seulement aux agents, mais à certains usagers. Par conséquent, les contentieux qui en sont issus ont également connu des convergences. Des questions identiques se posent désormais au juge dans l'appréhension du fait religieux. Quelle définition des signes religieux ? Quand sont-ils prohibés ? Les mêmes manifestations religieuses des acteurs entraînent-elles les mêmes réponses juridictionnelles ? De manière, plus générale, il paraît utile d'étudier la manière dont le juge effectue la balance entre liberté de religion reconnue aux employés de la fonction publique et aux élèves et neutralité religieuse classiquement applicables aux premiers et nouvellement étendue partiellement aux seconds.

Les deux secondes analyses quant à elles, par contraste avec les deux premières, s'immiscent au cœur même et parfois à la source de la religion, à savoir le cercle familial et en particulier l'enfant. Seront abordés dans ce cadre le contentieux familial et en particulier des mineurs quand la religion et la laïcité sont en jeu (**CHAPITRE III**); enfin, celui de la circoncision (**CHAPITRE IV**).

CHAPITRE I- LE CONTENTIEUX DE LA LAÏCITÉ DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Charles FROGER

Section I- Le contenu certain du principe de la laïcité dans la fonction publique

§1- La protection mesurée de la liberté religieuse de l'agent

A- La protection de la liberté religieuse en dehors du service : égalité et non-discrimination

1- L'extension maximale du champ d'application du principe d'égalité

a- L'accès à la fonction publique

b- L'exercice de la fonction publique

2- La difficile caractérisation de la discrimination religieuse

B- La protection de la liberté religieuse pendant le service : l'autorisation d'absence

1- La contestation aisée du refus d'autorisation d'absence

2- Le contrôle limité du refus d'autorisation d'absence

§2- L'application rigoureuse d'une obligation de neutralité à l'agent

A- La qualification large de la faute

1- Le port de signes religieux

a- Les signes exclusivement religieux

b- Les signes religieux par destination

2- Le comportement prosélyte

B- L'appréciation souple de la proportionnalité de la sanction

1- La gravité de la faute

a- Le caractère ostentatoire du signe

b- La nature des fonctions de l'agent

2- Le contrôle normal des motifs de la sanction

Section II- Les contours incertains du principe de laïcité dans la fonction publique

§1- L'intégration de l'agent au sein du service

A- La situation ambiguë des personnes participant occasionnellement au service public

B- La situation duale des élèves-stagiaires au sein des services publics

§2- La participation de l'agent à une mission de service public

A- L'extension logique de la laïcité aux agents de droit privé participant au service public

B- L'extension déstabilisatrice de la neutralité religieuse à tous les employés de droit privé en dehors du service public

De prime abord, le contentieux de la fonction publique ne se prête pas spécifiquement à une étude des interactions entre le fait religieux et le droit régissant la situation des personnes travaillant en son sein. Certes la laïcité, en tant que principe Séparation des Eglises et de l'Etat, est d'abord source de liberté, ainsi que l'affirme l'article 1^{er} de la loi de 1905 : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». Mais le respect de la liberté religieuse de tous passe par la neutralité imposée à l'Etat et à ses agents, pour mieux assurer l'égalité des citoyens devant les croyances religieuses. Ceci exclut donc *a priori* la prise en compte du fait religieux dans les relations entre les administrations et leurs agents, comme dans les relations entre les agents et les usagers. Cette prohibition du fait religieux ne signifie toutefois pas que le juge ne soit jamais confronté au fait religieux dans le cadre des relations de travail public. Il joue au contraire un rôle déterminant dans la balance entre la préservation de la liberté religieuse des agents des services publics et la neutralité imposée à ceux-ci, au nom du respect des convictions religieuses des usagers.

Pour le montrer, il faut d'abord définir ce que recouvre le terme pour le moins polysémique de fonction publique. On adoptera ici une vision large de la fonction publique que commande le principe de laïcité, et plus spécieusement la neutralité

religieuse. Cette dernière découle elle-même du principe d'égalité qui, en tant que l'une des trois « lois du service public » proposées par Louis Rolland⁸⁸¹, est applicable à tout service public. C'est pourquoi sera étudié le droit applicable aux agents travaillant dans une structure publique ou privée en charge d'une mission de service public, qu'elle soit industrielle ou commerciale. Cela vise avant tout les agents de droit public que sont les agents titulaires (fonctionnaires) et les agents non titulaires, constituant en quelque sorte le noyau dur de la fonction publique. Cela englobe également certains agents de droit privé travaillant pour un service public.

Au regard de cette définition, l'étude portera essentiellement sur la jurisprudence administrative, mais inclura également des éléments de jurisprudence judiciaire. L'analyse de cette jurisprudence n'est pas aisée à mener pour deux raisons. D'une part, si l'on en croit le rapport Zuccarelli de 2016⁸⁸², le contentieux de la laïcité dans la fonction publique serait peu abondant. Pour des raisons diverses (économiques, psychologiques, etc.), de nombreux agents ou aspirants à la fonction publique décident de ne pas porter leur revendication dans le prétoire du juge. Ensuite, les décisions les plus intéressantes sont souvent rendues par les juges du fond. L'appréciation du fait religieux repose en effet sur des circonstances de fait dont la qualification souveraine appartient aux juges de premier ressort et d'appel. C'est pourquoi, pour saisir le phénomène du mieux qu'il soit, il convient d'appréhender les sources jurisprudentielles de la manière la plus large possible. Qualitativement d'abord, en étudiant évidemment les décisions des cours suprêmes mais aussi, et peut-être surtout, celles des juridictions du fond. Quantitativement ensuite, en recensant le plus grand nombre de décisions possible. L'accès à ces sources demeure malheureusement délicat en raison notamment de l'absence de publicité des décisions des juridictions administratives de première instance sur la base de données *Légifrance*⁸⁸³. Cette carence a toutefois pu être comblée par l'autorisation délivrée par le Conseil d'Etat d'accéder aux bases de données internes à la juridiction administrative (*Ariane et Ariane archive*)⁸⁸⁴.

La question de la laïcité dans la fonction publique a certes déjà donné lieu à de nombreuses études, en envisageant ces différentes implications. L'intérêt de la présente recherche réside dans cette approche globale, appuyée sur une base jurisprudentielle qui se veut la plus exhaustive possible, et qui permet de porter un regard renouvelé, à tout le moins précisé, sur la plupart des questions que soulève le contentieux de la laïcité dans la fonction publique (discriminations religieuses dans la carrière, identification des signes et comportements prohibés en raison de leur dimension religieuse, régime de délivrance des autorisations d'absence pour motif religieux, etc.). Cette étude permettra également, de manière implicite au long des développements, de dresser un état des lieux sociologique des situations conflictuelles arrivant devant les juridictions : quelles religions sont concernées et en quelle proportion ? Des religions provoquent-elles plus que d'autres certains contentieux (port de signe, autorisation d'absence, etc.), et dans quel ressort géographique ?

⁸⁸¹ L. Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1957, 11^{ème} éd., p. 18

⁸⁸² E. Zuccarelli, *Laïcité et fonction publique*, Paris, La documentation française, 2016. Voir V. Villette, « Laïcité et fonction publique : la menace fantôme ? », *AJDA* 2017, p. 1395

⁸⁸³ Lesquelles devraient bientôt faire l'objet d'un libre accès grâce à l'obligation d'*Open data* jurisprudentielle imposée par la loi dite Lemaire n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique. Voir O. Renaudie, « La justice administrative à l'ère de l'*Open* et du *Big data* », in *AFDA, Le droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, oct. 2019.

⁸⁸⁴ Convention de mise à disposition de la base de données Ariane interne à la juridiction administrative, n°2/2018, 2 juill. 2018.

Ainsi entendu, le contentieux de la laïcité dans la fonction publique donne à voir la manière dont le juge, plus particulièrement celui administratif, appréhende le fait religieux dans les relations de travail au sein des services publics. Comment concilie-t-il sa propre exigence de neutralité, laquelle lui impose de laisser le fait religieux en dehors de la justice laïque, et l'obligation de trancher les litiges mettant en cause la religion des agents des services publics. Dans ce cadre, plusieurs questions se posent régulièrement à lui : comment identifier un comportement comme étant constitutif de l'expression d'une conviction religieuse ? Comment apprécier les cas dans lesquels des symboles, comportements ou objets n'ont pas de signification initialement religieuse ? Plus généralement, est-il en présence d'un fait religieux ? Jusqu'où doit s'étendre le principe de laïcité et ses implications dans la fonction publique ? Quelles sont les personnes précisément concernées ? Au regard de ces questions et de réponses livrées par la jurisprudence, il apparaît que le juge a défini avec certitude le contenu du principe de laïcité dans la fonction publique (**Section I**) mais qu'il peine encore à tracer les contours de son champ d'application, lesquels restent incertains (**Section II**).

Section I- Le contenu certain du principe de laïcité dans la fonction publique

En droit de la fonction publique, l'application du principe de laïcité implique une double neutralité de l'administration. L'administration, agissant comme l'employeur, doit d'abord être neutre à l'égard de ses agents, en restant indifférente à leurs convictions religieuses. C'est le moyen de respecter la liberté religieuse des agents de la fonction publique. Le juge en assure toutefois une protection modérée, car tenant amplement compte des exigences du service public (§1). L'administration, agissant par la voie de ses personnels, doit ensuite être neutre à l'égard des usagers des services publics. Ceci passe par une obligation de neutralité, ici religieuse, fermement imposée aux agents des services publics (§2). *In fine*, cette double neutralité repose sur le principe d'égalité de traitement des agents comme des usagers devant les croyances, religieuses ou non.

§1- La protection mesurée de la liberté religieuse de l'agent

Liberté fondamentale reconnue à chaque citoyen, la liberté religieuse bénéficie aujourd'hui à l'agent public, en lui permettant d'avoir des convictions religieuses mais aussi d'extérioriser ses croyances, notamment par la pratique du culte. Autrement dit, au nom de la liberté de conscience, le travailleur public est libre de croire ou de ne pas croire en une religion, sans que cette liberté du for intérieur ne puisse être violée par l'administration⁸⁸⁵. Il peut également manifester librement ses convictions religieuses en dehors du service, sans que sa pratique rétroagisse sur sa carrière. En somme, il s'agit du principe de non-discrimination religieuse appliqué à la fonction publique (A). Exceptionnellement et à condition que le bon fonctionnement du service ne risque pas d'être troublé, un aménagement pourra être proposé à l'agent pour lui permettre de manifester sa liberté religieuse. C'est précisément l'objet des autorisations d'absence (B).

⁸⁸⁵ P. Langeron, *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Economica, 1986 ; V. Saint-James, « La liberté religieuse du fonctionnaire », *JCP A* 2005, n°1143.

A- La protection de la liberté religieuse en dehors du service : égalité et non-discrimination

La fonction publique républicaine est ouverte à tout citoyen, quelles que soient ses options philosophiques et religieuses. Ce principe d'égal accès, posé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁸⁸⁶, a d'abord été concrétisé par le juge administratif au cours du XX^e siècle⁸⁸⁷. L'égalité de traitement s'applique en outre aux agents publics durant leur carrière. Sous l'influence européenne notamment, ce principe d'égalité se mue, certes difficilement, en un principe de non-discrimination religieuse, invitant le juge à exercer « *un contrôle inductif, plus ancré dans les faits* »⁸⁸⁸. Reste à déterminer l'interprétation que le juge administratif fait de ces principes et textes en matière religieuse. Est-elle favorable à la liberté de religion des agents et futurs agents publics ou donne-t-elle au contraire une portée minimale à la liberté de religion ? Si le champ d'application du principe de non-discrimination religieuse est aujourd'hui maximal (1), la preuve d'une discrimination reste difficile à établir devant le juge administratif (2).

1- L'extension maximale du champ d'application du principe d'égalité⁸⁸⁹

La meilleure garantie de la liberté religieuse et de l'égal accès à la fonction publique est la neutralité de l'administration employeur à l'égard des convictions de l'aspirant à la fonction publique, comme de l'agent exerçant en son sein⁸⁹⁰.

a) L'accès à la fonction publique

La laïcisation progressive de la fonction publique, d'abord opérée à l'égard des personnels de l'enseignement public par la loi de 1886 dite Goblet⁸⁹¹ puis généralisée à la suite de l'adoption de la loi de Séparation de 1905, a rapidement conduit le Conseil d'Etat à veiller à ce que les opinions religieuses ne soient pas un obstacle à l'entrée dans la fonction publique. C'est ainsi que dès les années 1930, les discriminations fondées sur l'extériorisation des convictions religieuses dans la vie privée ont été censurées (c'est-à-dire avant même que ne soit érigé en principe général du droit l'égal accès à la fonction publique dans l'illustre arrêt *Barel* de 1954⁸⁹²).

La seule hypothèse incertaine demeure celle de l'accès des ministres du culte à l'enseignement secondaire, le Conseil d'Etat ayant refusé, dans la célèbre affaire *abbé Bouteyre* de 1912, l'admission à concourir d'un curé aux fonctions de professeur de philosophie en raison de l'incompatibilité structurelle entre son état ecclésiastique et la neutralité des fonctions qu'il souhaite exercer⁸⁹³. On connaît l'incertitude sur la pérennité actuelle de cet état du droit, notamment en raison d'un jugement du Tribunal

⁸⁸⁶ « *Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux [de la loi] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

⁸⁸⁷ CE, ass., 28 mai 1954, *Barel*, Rec. p. 308.

⁸⁸⁸ J. Charruau, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Université d'Angers, 2017. Pour un résumé, J. Charruau, « La notion de non-discrimination en droit public français », *RDLF* 2018, thèse n°07 (www.revuedlf.com); X. Dupré de Boulois, « Chronique des thèses », *RFDA* 2018, p. 995.

⁸⁸⁹ P. Langeron, « L'accès à la fonction publique et la religion », *JCP A* 2005, n°1141

⁸⁹⁰ D. Jean-Pierre, « Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi », *AJFP* 2001, p. 31.

⁸⁹¹ Loi n°1886-10-30 du 30 oct. 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire, *JO* 31 oct. 1886, p. 4997. Désormais devenu l'article L.141-5 du Code de l'éducation : « *dans les établissements du premier degré publics, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque* ».

⁸⁹² CE, ass., 28 mai 1954, *Barel*, préc.

⁸⁹³ CE, 10 mai 1912, n° 46027, *Abbé Bouteyre*, Rec. p. 553, concl. Helbronner ; *GAJA*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 21^e éd., 2017, n°23.

administratif de Paris en date de 1970⁸⁹⁴ (jugant la solution contraire à propos des fonctions de professeure d'anglais) et un avis consultatif ambigu du Conseil d'Etat rendu en 1972 (à propos de la réintégration d'un agent devenu ministre du culte durant sa période de disponibilité)⁸⁹⁵. Si certains auteurs estiment la position de l'arrêt *Bouteyre* dépassée⁸⁹⁶, d'autres militent pour son maintien⁸⁹⁷. En pratique, « *peut-être [cette jurisprudence] ne sera-t-elle jamais abandonnée par le juge si l'administration n'oppose plus aucun refus de concourir fondé sur ce motif...* »⁸⁹⁸.

Restait la question de savoir si les enseignants-chercheurs du supérieur étaient logés à la même enseigne que les professeurs du secondaire du point de vue de l'accès aux corps. Les libertés universitaires dont ils bénéficient permettaient d'en douter. La réponse a été donnée en 2018 dans une affaire où était en cause un prêtre souhaitant accéder aux fonctions de président de l'université de Strasbourg. Le Conseil d'Etat a estimé « *qu'il résulte du principe constitutionnel de laïcité que l'accès aux fonctions publiques, dont l'accès aux fonctions de président d'université, s'effectue sans distinction de croyance et de religion* ». Ainsi, « *il ne peut, en principe, être fait obstacle à ce qu'une personne ayant la qualité de ministre d'un culte puisse être élue aux fonctions de président d'université, celle-ci étant alors tenue, eu égard à la neutralité des services publics qui découle également du principe de laïcité, à ne pas manifester ses opinions religieuses dans l'exercice de ses fonctions ainsi qu'à un devoir de réserve en dehors de l'exercice de ses fonctions* »⁸⁹⁹.

L'égal accès à la fonction publique implique que l'administration ne puisse tenir compte des croyances de l'agent pour refuser son recrutement. Cela proscriit par exemple que « *les formulaires de candidature à l'admission en institut universitaire de formation des maîtres comportent des demandes de renseignements qui pourraient révéler leurs opinions confessionnelles, syndicales ou politiques* »⁹⁰⁰. La personne publique employeuse ne peut pas plus s'appuyer sur les opinions religieuses d'une personne pour favoriser son embauche. Par conséquent, l'autorité administrative ne peut évidemment pas être tenue par le calendrier des différentes fêtes religieuses pour fixer les jours des épreuves d'un concours⁹⁰¹. De même, quel que soit le mode de recrutement utilisé (concours ou contrat), le juge administratif s'assure donc qu'aucune question n'oblige l'agent à révéler ses convictions religieuses. Cette position est donc respectueuse de la

⁸⁹⁴ TA Paris, 7 juill. 1970, *Spagnol*, *Rec. T.*, p. 851.

⁸⁹⁵ C.E., Sect. l'intérieur, avis n°309-354, 21 sept. 1972, *Laïcité du corps enseignant* ; *GACE*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 3^e éd., 2008, n°5 : « *si les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'Etat et celle de l'enseignement imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et en particulier la neutralité du service de l'enseignement à l'égard de toutes les religions, elles ne mettent pas obstacle par elles-mêmes à ce que des fonctions de ces services soient confiées à des membres du clergé ; que par suite, en admettant même que sa qualité, s'il l'avait acquise avant sa nomination, eût pu permettre de lui refuser l'accès à certaines fonctions d'enseignement, un professeur titulaire de l'enseignement du second degré ne peut être légalement écarté de ses fonctions par le motif qu'il aurait embrassé l'état d'ecclésiastique* »

⁸⁹⁶ *GAJA*, préc., n°23.

⁸⁹⁷ C. Benelbaz, « Liberté religieuse et laïcité dans les relations du travail dans les secteurs public et privé », *RDP* 2018, p. 1417 : « *En effet, si l'état ecclésiastique n'est pas, par lui-même, incompatible avec la qualité de fonctionnaire, l'autorité administrative peut néanmoins apprécier si l'accès à certaines fonctions peut être refusé à un religieux. Le tout s'effectuera bien entendu sous contrôle du juge. Seul l'intérêt du service pourra en réalité justifier un tel refus, et un agent devenu ecclésiastique, ou qui n'est pas dans une situation incompatible avec l'activité, ne saurait alors s'en voir opposer un* ».

⁸⁹⁸ F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, coll. Corpus de droit public, 2017, 4^e éd., n°217.

⁸⁹⁹ CE, 27 juin 2018, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, n°419595, *Rec.* ; *JCP G* 2018, n°838, note M. Touzeil-Divina.

⁹⁰⁰ CE, 4 nov. 1996, *Conféd. nat. groupes autonomes enseignement public*, n° 134295, *Dr. adm.* 1997, n° 59.

⁹⁰¹ TA Paris, 11 janv. 1993, *M. S.*, n° 9215230/5, inédit.

liberté religieuse, en ce qu'elle ne préjuge pas du comportement de l'agent une fois intégré dans la fonction publique⁹⁰².

b) L'exercice de la fonction publique

L'égalité ne s'arrête évidemment pas aux portes d'entrée à la fonction publique, elle se poursuit durant la carrière de l'agent. A ce stade, les textes préfèrent alors le principe de non-discrimination en fonction des opinions religieuses. Aux termes de l'article 6 du titre premier du statut de 1983, dans sa rédaction actuelle, « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses [...] ». Dans la même veine, l'article 18 du même texte, instituant l'accès individuel au dossier du fonctionnaire, pose également l'interdiction d'y consigner « des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé »⁹⁰³. Les opinions religieuses de l'agent public ne peuvent jamais être un motif fondant une mesure d'organisation du service et, *a fortiori*, une décision disciplinaire. Partant, la jurisprudence condamne les comportements des employeurs publics ayant tendance à imposer une neutralité religieuse à leurs agents en dehors du service. Le juge administratif est d'ailleurs protecteur de toutes les croyances religieuses, y compris celles qui pourraient s'apparenter à des dérives sectaires, dont la qualification est malaisée⁹⁰⁴.

2- La difficile caractérisation de la discrimination religieuse

Si le champ d'application du principe d'égalité est vaste, le contrôle opéré par le juge sur l'éventuelle discrimination religieuse n'aboutit que rarement à une censure. Est-ce à dire, pour paraphraser un constat dressé à l'égard du harcèlement moral, que les victimes de discriminations religieuses sont « les laissées-pour-compte de la justice administrative »⁹⁰⁵ ?

Avant de parvenir à une telle conclusion, on peut relever que le juge administratif censure aisément les discriminations flagrantes. Ces cas topiques semblent demeurer fort heureusement marginaux, à tout le moins ceux étudiés par le prisme déformant du contentieux⁹⁰⁶. Ainsi, le Conseil d'Etat a censuré un jury de concours d'officier de police

⁹⁰² Pour certains auteurs, cette lecture est néanmoins trop libérale et ne prévient pas suffisamment des risques de violation de l'obligation de neutralité qui s'imposera par la suite à l'agent nouvellement recruté : « Ne serait-il pas bien avisé de protéger ab initio la neutralité de la fonction publique face au radicalisme de certaines revendications religieuses, par exemple en posant cette neutralité comme une condition résolutoire de tout recrutement ? Cette condition pourrait prendre la forme d'un engagement préalable de tout candidat à un concours, ou d'une clause à insérer dans tout contrat d'agent public » (P. Langeron, « L'accès à la fonction publique et la religion », préc.).

⁹⁰³ Cette garantie est d'ailleurs issue de l'affaire des fiches illégalement réalisées par les Républicains du gouvernement Combes pour combattre les fonctionnaires cléricaux sous la III^e République. Voir G. Thuillier, « Pour une histoire de la notation administrative : la communication du dossier et l'article 65 de la loi du 22 avr. 1905 », *Rev. adm.*, 1975, p. 454.

⁹⁰⁴ TA Melun, 15 févr. 2005, *Melle L.*, n°01-3630/5, inédit : En retirant à un agent ses attributions contractuelles d'animatrice en se fondant sur l'appartenance de l'intéressé au mouvement raëlien, « à supposer même que le mouvement raëlien puisse être qualifié de sectaire, la vice-présidente de la caisse des écoles de Vincennes [...] a méconnu la liberté d'opinion garantie aux agents publics et procédé à une discrimination en fonction d'opinions religieuses ou philosophiques contraire aux principes affirmés dans les déclarations des Droits de l'homme française, européenne et universelle »

⁹⁰⁵ J.-P. Maublanc, « Les victimes de harcèlement moral, laissées-pour-compte de la justice administrative », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson. Espaces du service public*, PUB, 2013, p. 1205-1220.

⁹⁰⁶ On peut se satisfaire de ce constat, en estimant que les comportements discriminatoires des employeurs publics sont devenus marginaux. S'arrêter à une lecture purement contentieuse de la question méconnaît la face immergée des contentieux religieux qui, pour différentes raisons sociales, n'arrive pas devant le juge (peur des représailles au

ayant demandé à l'intéressé quelles étaient ses origines et ses pratiques confessionnelles ainsi que celles de son épouse (« pratiquez-vous le Ramadan ? », « votre épouse est-elle maghrébine », « porte-t-elle le voile ? »)⁹⁰⁷.

Mais au-delà de ces hypothèses d'école, lorsque les litiges laissent une marge d'incertitude en raison des faits de l'espèce, il apparaît que la décision de l'administration est le plus souvent validée. Force est ainsi de constater que l'effectivité de la lutte contre les discriminations, notamment religieuses, est freinée par *l'habitus* du juge, c'est-à-dire ses comportements, ses raisonnements, ses modes d'interprétation ou encore par sa perception de son office en matière de lutte contre la discrimination⁹⁰⁸. Autrement dit, le principe de non-discrimination, qui repose sur une analyse plus concrète de la situation que ne le suggère le principe d'égalité (trop imprégné par son approche formelle) peine à prendre son essor en droit de la fonction publique⁹⁰⁹. La preuve de la discrimination reste en effet difficile à démontrer, malgré les simplifications réalisées par l'arrêt *Perreux* de 2009. Désormais, « *dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, [la conduite de la procédure inquisitoire] doit s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes* »⁹¹⁰. Le juge procède alors en trois temps : « *1/ s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; 2/ la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires 3/ en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ».

Cette méthode d'administration de la preuve n'est cependant que rarement mise au service du fonctionnaire s'estimant victime d'une discrimination⁹¹¹, y compris religieuse. Les principales difficultés rencontrées par les requérants sont de deux ordres.

D'une part, le juge estime souvent que le comportement blâmable de l'agent écarte la qualification de discrimination. Ainsi, la prise en compte de la volonté du candidat de prier pendant les temps de pause « *alors que l'intéressé s'en était lui-même prévalu, ne peut être regardée comme constituant une discrimination en raison de*

sein de la structure de travail, volonté de ne pas exposer la question publiquement, etc.). La réalité de la discrimination religieuse dans le secteur public ne peut donc être saisie que par les études socio-économiques. Elles sont toutefois rendues difficiles par l'interdiction des statistiques publiques sur l'appartenance religieuse. Voir le rapport de Y. L'Horty, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, 2016 [AJDA 2017, p. 374].

⁹⁰⁷ CE, Sect., 10 avr. 2009, *El Haddoui*, n°311888, Rec. p. 158 ; concl. J.-P. Thiellay, inédites ; AJDA 2009 p. 1386 note G. Calvès ; JCP G 2009, n° 26, chron. B. Plessix ; JCP A 2009, n°19, note D. Jean-Pierre.

⁹⁰⁸ T. Gründler et J.-M. Thouvenin (dir.). *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son efficacité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2016, p. 79 et s.

⁹⁰⁹ J. Charruau, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Université d'Angers, 2017, préc.

⁹¹⁰ L'assouplissement a été consacré à propos des discriminations syndicales (CE, ass., 30 oct. 2009, *Perreux*, Rec. p. 406, concl. M. Guyomar ; AJDA 2009, p. 2391, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi), avant d'être appliqué au cas du harcèlement (CE, Sect., 11 juill. 2011, *Montaut*, n°321225, Rec. p. 349, concl. M. Guyomar ; AJFP 2012, p. 41, note R. Fontier ; JCP A 2011, n°2377, note D. Jean-Pierre).

⁹¹¹ T. Dumortier, « Les discriminations dans la fonction publique : une réponse juridictionnelle limitée », AJDA 2017, p. 661.

convictions religieuses ». Au contraire, la décision contestée « est fondée sur l'insuffisance des garanties offertes en ce qui concerne le respect des principes de laïcité et de neutralité des services publics, et non sur l'appartenance de l'intéressé à une confession »⁹¹². De même, la sanction d'un agent de la poste résulte « non pas de son appartenance à l'église adventiste du 7^{ème} jour ou de la volonté de La Poste de la décourager dans sa pratique religieuse, mais uniquement de sa volonté persistante de ne pas assurer son service le samedi et de ses nombreuses absences irrégulières ce jour-là qui ont porté atteinte au bon fonctionnement du centre du tri »⁹¹³. Enfin, le contexte, couplé au comportement de l'agent, peut écarter la caractérisation d'une mesure discriminatoire. Ainsi, un agent soutenait « que la circonstance que le prononcé d'une phrase en arabe révélant sa religion soit qualifié de faute établit que la mesure de licenciement a été prise en raison de sa confession ». Le juge a toutefois relevé que si l'employeur « s'est mépris en analysant, en l'espèce, la phrase "Allahou akbar" comme une menace, cette interprétation résulte, [...] du contexte national marqué par les attentats terroristes perpétrés en région parisienne quelques semaines plus tôt, mais également de l'attitude générale de M. E., agressive, menaçante et provocatrice », avant de conclure « que c'est bien le comportement général de M. E. et sa manière de servir qui ont été les motifs de la sanction, sans que sa confession ait été prise en compte »⁹¹⁴.

D'autre part, il est généralement difficile de démontrer le rattachement de la mesure à la confession de l'agent. Dans certains cas, le juge considère que l'agent n'apporte aucun commencement de preuve. Ainsi, la décision de soumettre un agent de confession musulmane occupant un poste au consulat général de France à Londres à une habilitation au niveau « confidentiel défense » n'a pas été prise « pour des motifs tenant à sa confession musulmane et à la consonance de son nom », mais en raison de l'entrée en vigueur d'un texte soumettant à cette habilitation les fonctions d'intendant dans les postes consulaires⁹¹⁵. Plus souvent encore, même lorsque les éléments de faits permettent de faire présumer que les décisions prises sont empreintes de discrimination, le juge administratif valide la décision de l'administration en relevant une justification objective. Autrement dit, l'administration n'a pas à prouver l'absence totale de motif discriminatoire, elle doit seulement rattacher sa mesure à un motif objectif, étranger à toute discrimination, choisi parmi les multiples raisons sur lesquelles elle peut se fonder. Est à cet égard significative la formulation retenue par la Cour administrative d'appel de Douai dans un litige concernant un agent estimant que la révélation à l'administration de son appartenance aux témoins de Jéhovah a fondé une discrimination religieuse : « le seul fait pour le département de l'Eure d'avoir décidé de procéder à une évaluation des conditions d'accueil qu'était susceptible d'offrir Mme P., laquelle décision n'était d'ailleurs pas seulement justifiée par la découverte inopinée de l'appartenance religieuse de l'intéressée, ne saurait, par elle-même, revêtir la nature d'une mesure discriminatoire »⁹¹⁶.

⁹¹² TA Lyon, 17 juin 2015, D., n°1204943, *AJFP* 2016, p. 28 concl. J.-P. Laval. La décision a été confirmée en appel CAA Lyon, 28 nov. 2017, *M. D.*, n°15LY02801, inédit.

⁹¹³ TA Melun, 20 déc. 2010, *Mme E.*, n°0808412/2, inédit.

⁹¹⁴ TA Montreuil, 14 nov. 2016, *M. E. c/ Centre hospitalier de Saint-Denis*, n°1508265, inédit.

⁹¹⁵ TA Paris, 10 juill. 2018, *M. A.*, n°1609220, inédit. Voir égal. TA Versailles, 1^{er} févr. 2018, *M. B.*, n°1503556, inédit.

⁹¹⁶ CAA Douai, 17 août 2017, *M. P.*, n°15DA00575, inédit.

B- La protection de la liberté religieuse pendant le service : l'autorisation d'absence

Si l'agent public dispose d'une liberté de culte en dehors du service, il est astreint à une stricte obligation de neutralité religieuse pendant ses fonctions⁹¹⁷. Mais le service peut parfois intégrer le fait religieux⁹¹⁸. L'employé peut ainsi solliciter une autorisation spéciale d'absence auprès de sa hiérarchie afin de participer aux célébrations de son culte⁹¹⁹. A proprement parler, l'agent ne pratiquera pas son culte pendant le service, c'est-à-dire sur le lieu de son travail, mais il disposera du droit de se rendre dans son lieu de culte durant les horaires de service, se soustrayant ainsi à l'obligation de présence. En pratique, de telles autorisations fondées sur un motif religieux sont demandées pour célébrer les fêtes survenant hors des jours chômés du calendrier qui, bien que sécularisés, sont de tradition judéo-chrétienne. Elles s'apparentent donc à une dérogation au principe de neutralité religieuse en imposant à l'agent de mettre en avant ses convictions pour en bénéficier et en lui permettant de se soustraire à son obligation de service de ces mêmes croyances.

Malgré leur importance, leur fondement juridique reste quantitativement et qualitativement insuffisant. Quantitativement d'abord, car seule la fonction publique d'Etat fait l'objet de dispositions générales concernant les autorisations d'absence pour motif religieux. Une circulaire du 23 septembre 1967 du ministre de la fonction publique adressée aux autres ministres précise que les chefs de service ont la possibilité, sur le fondement de la jurisprudence *Jamart*⁹²⁰, « d'accorder aux agents qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession les autorisations d'absence nécessaires dans la mesure, toutefois, où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du service »⁹²¹. Celle-ci a été complétée par plusieurs circulaires précisant les principales fêtes des différentes confessions⁹²². Rien de tel n'existe en revanche dans les deux autres fonctions publiques (territoriales et hospitalières) et chaque chef de service organise le régime de la délivrance des autorisations d'absence avec une grande marge d'appréciation⁹²³. L'état de la réglementation est qualitativement insuffisant ensuite, car celle-ci résulte essentiellement de circulaires sans que le législateur ou le pouvoir réglementaire général n'ait fixé de cadre général. Les divergences d'appréciation et les risques de rupture d'égalité qui s'en suivent sont donc importants⁹²⁴. C'est pourquoi le juge administratif a largement ouvert son prétoire à l'agent qui se voit refuser une autorisation (1). Lors de son contrôle, il veille à un juste équilibre entre la protection de libre pratique de son culte par l'agent et la continuité et le bon fonctionnement du service public (2)

⁹¹⁷ Cf. *infra*.

⁹¹⁸ J. Barthélémy, « La liberté de religion et le service public », *RFDA* 2003, p. 1066.

⁹¹⁹ G. Koubi, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *Rev. adm.* 1987, p. 133.

⁹²⁰ CE, sect., 7 févr. 1936 *Jamart*, n° 43321, Rec. p. 172.

⁹²¹ Circ. min. n° 901 FP, 23 sept. 1967 *relative aux congés pouvant être accordés aux fonctionnaires pour participation à des cérémonies religieuses*.

⁹²² Par ex. Circ. min. fonction publique 10 févr. 2012 *relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions*.

⁹²³ Par ex., TA Grenoble, 17 mai 2011, *M. G.*, n° 0901933, inédit : « Considérant qu'en l'absence de règles établies par le maire de Chambéry fixant le régime d'autorisation en faveur des agents de la commune pour participer à des cérémonies religieuses, il lui appartient de statuer sur les demandes d'autorisations exceptionnelles d'absence présentées à cette fin par les agents placés sous son autorité en appréciant si leur octroi est ou non compatible avec les nécessités du fonctionnement normal du service ».

⁹²⁴ En ce sens, voir notamment C. Benelbaz, « Liberté religieuse et laïcité dans les relations du travail dans les secteurs public et privé », préc.

1- La contestation aisée du refus d'autorisation d'absence

L'agent ayant sollicité une autorisation d'absence, en vain, peut saisir le juge administratif d'un recours pour excès de pouvoir. Bien que s'inscrivant dans les relations entre l'administration et ses employés, de tels actes sont bien, eu égard à leurs effets sur la situation de l'agent⁹²⁵, des décisions faisant grief et non des mesures d'ordre intérieur. Etant donné que ces décisions mettent en cause la liberté religieuse de l'agent, le destinataire du refus peut également introduire un référé-liberté. Son succès dépend toutefois du caractère grave de l'atteinte à cette liberté. Ainsi, ne démontre aucune atteinte, le requérant n'apportant « aucune précision sur ses horaires de travail, sur ceux des cérémonies religieuses auxquelles il pourrait assister ou sur les contraintes particulières liées à sa pratique religieuse ce jour-là, qui pourraient rendre nécessaire une absence durant ses horaires de travail »⁹²⁶.

L'agent destinataire du refus est le seul à pouvoir ester en justice. En application de l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983, les organisations syndicales ne peuvent attaquer une telle décision car elle constitue « une mesure d'organisation du service ne portant par elle-même aucune atteinte aux droits et intérêts collectifs des fonctionnaires représentés par le syndicat »⁹²⁷.

A l'appui du recours contre la décision de rejet, l'agent public peut éventuellement soulever, par voie d'exception, l'illégalité des circulaires qui précisent le régime des autorisations d'absence pour motif religieux. Pour passer le stade de la recevabilité, encore faut-il que les circulaires contiennent des dispositions divisibles de nature impératives au sens de la jurisprudence *Duvignères*⁹²⁸. Tel n'est pas le cas des dispositions de la circulaire principale de 1967 relative à la fonction publique d'Etat « qui se bornent à formuler des recommandations et à joindre à titre d'information une liste de cérémonies religieuses sans formuler aucune instruction pour sa mise en œuvre à l'égard de ses destinataires »⁹²⁹. Il en va de même pour les circulaires prises chaque année pour l'application de cette circulaire de 1967, lesquelles ne font que réitérer « ces recommandations, en y joignant, "à titre d'information", une liste des "dates des cérémonies propres à certaines des principales confessions" »⁹³⁰. En revanche, une circulaire a pu être attaquée en tant qu'elle impose aux agents souhaitant participer à des fêtes ou cérémonies religieuses de présenter une justification, autrement dit de révéler leur appartenance à un culte déterminé⁹³¹.

2- Le contrôle limité du refus d'autorisation d'absence

La recevabilité établie, le juge administratif examine, en second lieu, le bien-fondé de la décision de rejet. Il veille à ce que la liberté de culte de l'agent public puisse être exercée dans le respect de la continuité du service et de son bon fonctionnement. En raison du caractère lacunaire de la réglementation, le Conseil d'Etat a fixé les règles minimales relatives à la délivrance des autorisations d'absence. Dans un arrêt de principe *Henny* de

⁹²⁵ CE, sect., 25 sept. 2015, Mme B., n° 372624, Rec. ; RFDA 2015, p. concl. G. Pellissier, p. 1107, AJDA 2015, p. 2147, chron. L. Dutheillet de Lamothe, et G. Odinet.

⁹²⁶ CE, 16 févr. 2004, *Benaissa*, n° 264314 ; Rec. p. 826 ; TA Versailles, ord. 15 avr. 2014, *M. M.*, n°1402762, inédit.

⁹²⁷ TA Marseille, 23 déc. 2003, *Syndicat autonome des personnels Administratifs de préfecture*, n°99-6650, inédit.

⁹²⁸ CE, 18 déc. 2002, *Duvignères*, Rec. p. 463, concl. P. Fombeur ; AJDA 2003, p. 487, chron. F. Donnat et D. Casas.

⁹²⁹ TA Grenoble, 17 mai 2011, *M. G.*, n° 0901933, inédit

⁹³⁰ CE, 19 nov. 2004, *Marty*, n°265064, Rec., JCP A, 2004, 1850, note E. Tawil ; CE, 7 avr. 2010, *M. C.*, n°326609.

⁹³¹ CE, 26 oct. 2012, *Lliboutry*, n°346648, concl. A. Lallet, inédites.

1997, il a considéré que « *le régime des autorisations d'absence des fonctionnaires constitue au même titre que les congés proprement dits un élément du statut des intéressés. Il revient à tout chef de service, dans le silence des lois et règlements, de fixer les règles applicables en la matière aux agents concernés. En outre, tout chef de service tire de cette qualité, à l'égard de tous les agents placés sous son autorité, le pouvoir d'apprécier si l'octroi d'une autorisation d'absence est ou non compatible avec les nécessités du fonctionnement normal du service dont il a la charge* »⁹³².

Par conséquent, dès lors qu'aucune disposition statutaire ne confère le droit à un agent de bénéficier d'une autorisation d'absence, le choix de lui accorder est susceptible de varier selon le niveau de bienveillance de chaque chef de service. Ainsi, pour contester une décision de rejet, un agent ne peut se prévaloir du fait qu'une autorisation lui avait été délivrée l'année précédente pour la même fête⁹³³. De la même manière, un refus ne peut être attaqué en se fondant sur une rupture d'égalité au motif que des autorisations ont été accordées à des agents pour participer à des fêtes d'autres confessions⁹³⁴. Le chef de service n'a d'ailleurs pas à motiver sa décision au sens de l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration⁹³⁵. Il est en outre libre de fixer des conditions de délai enserrant la demande. En tout état de cause, en l'absence de procédure formalisée, l'agent doit présenter sa demande d'autorisation d'absence « *dans un délai raisonnable permettant à l'administration d'apprécier si l'intérêt du service ne s'oppose pas à ce qu'il y soit donné suite* »⁹³⁶. Le chef de service peut également poser des conditions de forme, parfois contraignantes, comme l'obligation de présenter une justification de la demande, autrement dit de révéler à l'administration son appartenance à tel ou tel culte. Si le Conseil d'Etat interdit que cette déclaration écrite soit portée au dossier de l'agent, il valide néanmoins cette pratique⁹³⁷. Il s'agit toutefois d'une interprétation permissive, voire *contra legem*, de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*. En effet, celui-ci interdit que des opinions religieuses soient inscrites non seulement sur le dossier du fonctionnaire, mais également « *dans tout document administratif* ».

Les motifs de droit et de fait avancés par le chef de service demeurent soumis à un contrôle qui, bien que limité à l'erreur manifeste d'appréciation⁹³⁸, ne laisse pas les coudées franches à l'autorité administrative, et protège *a minima* la liberté de culte de l'agent public. Pour refuser une autorisation, le chef de service ne peut simplement s'en tenir au fait que la fête religieuse ne soit pas légalement chômée ou mentionnée dans une circulaire⁹³⁹. Il doit au contraire s'appuyer sur les nécessités du service⁹⁴⁰ et les

⁹³² CE, 2 déc. 1997, *Henny*, n°125893, *Rec. T.* p. 891, concl. C. Maugué, inédites ; *LPA*, 12 janv. 1998, n°5, p. 8, note F. Bouscau.

⁹³³ TA Bordeaux, 29 déc. 2017, *M. B.*, n° 1602280, inédit.

⁹³⁴ CE, 3 juin 1988, *Barsacq-Adde*, n°67791, *Rec. p.* 227.

⁹³⁵ TA Montreuil, 3 févr. 2011, *M. B.*, n° 0901511, inédit.

⁹³⁶ TA Montreuil, 17 juin 2016, *M. S.*, n° 1500236 : Une demande par voie électronique moins de deux heures avant la date où elle aurait dû prendre effet ne remplit pas cette condition de délai raisonnable

⁹³⁷ CE, 26 oct. 2012, *Lliboutry*, préc. : « *En indiquant au paragraphe II du chapitre 6 de sa deuxième partie, consacré aux autorisations d'absence pour motifs religieux, que les agents désirant participer à des fêtes ou cérémonies religieuses non inscrites au calendrier annuel des fêtes légales pouvaient bénéficier d'autorisations d'absence " sur présentation d'une justification ", la circulaire attaquée s'est bornée à rappeler l'obligation pour tout agent d'indiquer préalablement au chef de service le motif de l'absence pour laquelle ces autorisations sont sollicitées"; que ce rappel n'a pas pour objet et ne saurait d'ailleurs avoir légalement pour effet de permettre que ce document soit versé au dossier de l'agent concerné* ».

⁹³⁸ Pour les autorisations d'absence en général : CE, 15 févr. 1991, *Mont*, *Rec. T.*, p. 1104 ; pour celles spécifiquement religieuses : CE, 2 déc. 1997, *Henny*, préc.

⁹³⁹ CE, 2 déc. 1997, *Henny*, préc.

expliquer précisément à l'agent au regard de la situation concrète⁹⁴¹. Tel est par exemple le cas lorsqu'il rappelle « *que les nécessités du fonctionnement normal du service public faisaient obstacle à ce que M. X soit autorisé à se rendre à la mosquée chaque vendredi de 14 heures à 15 heures, alors que le règlement horaire applicable aux gardiens d'immeubles de l'Office dont il relève prescrit, en ce qui concerne ce jour de la semaine, une présence obligatoire de 5 heures à 8 heures, de 9 heures à 11 heures et de 14 heures à 16 heures 30* »⁹⁴². Néanmoins, en cas d'oubli d'une telle mention, l'administration pourra bénéficier de la jurisprudence *Hallal* et recourir à la substitution de motif pour relever *a posteriori* l'intérêt du service⁹⁴³.

Lors de ce contrôle le juge administratif, à la suite de l'administration, peut également être amené à se prononcer sur l'existence ou non du culte que l'agent souhaite célébrer. A s'en tenir aux quelques décisions et jugements recensés, il semble que cela ne pose guère de difficultés. Les fêtes invoquées se rattachent le plus souvent à des religions clairement établies. Les hypothèses les plus fréquemment rencontrées concernent les fêtes du culte catholique, en particulier le vendredi Saint⁹⁴⁴, le lundi de Pentecôte⁹⁴⁵, la fête de la Saint Etienne, celle de l'Immaculée conception ou encore celle de l'Epiphanie⁹⁴⁶. Sont également mises en avant les pratiques religieuses et célébrations liées à la religion musulmane, telles que la prière du vendredi⁹⁴⁷ ou la fête de l'Aïd El Adha⁹⁴⁸ ou de l'Aïd El Fitr⁹⁴⁹, ou encore les fêtes du culte israélite, telles que les fêtes du Yom-Kippour et du Roch-Hachana⁹⁵⁰. Seule une affaire souligne les éventuelles difficultés concernant la reconnaissance d'un culte. Dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris de 2001, un fonctionnaire de police s'est vu refuser une autorisation d'absence pour participer aux fêtes du mouvement raëlien. La Cour a classiquement censuré la décision en estimant que l'atteinte au bon fonctionnement du service n'avait pas été démontrée. Bien qu'écarté car non opposé à l'intéressé lors de sa demande, un moyen mérite néanmoins l'attention. Pour justifier son rejet, l'administration avançait que le mouvement raëlien a été classé au titre des sectes par un rapport parlementaire⁹⁵¹. Si le juge n'a pas eu à statuer sur ce point, rien n'exclut qu'il

⁹⁴⁰ TA Melun, 8 juill. 2003, *M. C. c/ France Télécom*, n°012769, inédit : « *En se bornant ainsi à rejeter la demande de Mme C., sans que soient invoquées les nécessités du fonctionnement normal du service, le directeur de l'agence du Val-de-Marne de France Télécom a entaché sa décision d'une erreur de droit* ».

⁹⁴¹ TA Toulon, 18 oct. 2013, *M. G.*, n°1200038, inédit : « *la décision initiale [de rejet] exposait qu'aucun jour supplémentaire ne pouvant lui être octroyé, elle devait demander soit un congé annuel, soit une journée de réduction du temps de travail ou une journée de récupération ; qu'en se bornant à opposer un tel motif, sans établir les obstacles à l'octroi de l'autorisation sollicitée tirés des nécessités du fonctionnement normal du service, le directeur du centre hospitalier de Hyères a entaché sa décision d'erreur de droit* » ; TA Marseille, 22 févr. 2016, *M. Z.*, n° 1304091, inédit : « *Considérant que pour refuser, par courrier du 13 mai 2013, d'accorder à M. Z. l'autorisation d'absence sollicitée le 4 mars 2013 pour le dimanche 19 mai, jour de Pentecôte, le directeur du centre de détention s'est contenté d'invoquer les nécessités de service, au regard des effectifs de l'établissement ; qu'en se bornant à faire valoir qu'il ne pouvait faire droit à la demande de M. Z. « au regard des effectifs et des nécessités du service », l'autorité administrative, qui n'a pas apporté de précision devant le tribunal, a commis une erreur manifeste d'appréciation* »

⁹⁴² CE, 16 févr. 2004, *Benaïssa*, préc.

⁹⁴³ TA Paris, 13 janv. 2005, *M. D.*, n° 0007573/5-2, inédit.

⁹⁴⁴ TA Mamoudzou, 20 sept. 2007, *M. M.*, n° 0600162, inédit ; TA Versailles, ord. 15 avr. 2014, *M. M.*, n°1402762, inédit ; TA Guyane, 1^{er} févr. 2018, *Mme T.*, n° 1600036, inédit.

⁹⁴⁵ TA Marseille, 22 févr. 2016, *M. Z.*, préc.

⁹⁴⁶ TA Paris, 13 janv. 2005, *M. D.* préc.

⁹⁴⁷ CE, 16 févr. 2004, *Benaïssa*, préc.

⁹⁴⁸ TA Bordeaux, 29 déc. 2017, *M. B.*, préc.

⁹⁴⁹ TA Toulon, 18 oct. 2013, *M. G.*, préc.

⁹⁵⁰ TA Melun, 8 juill. 2003, *M. C. c/ France Télécom*, préc.

⁹⁵¹ A. Vivien, *Les sectes en France*, Doc. AN n° 2468, 22 déc. 1995. V. aussi J. Guyard, *Les sectes et l'argent*, Doc. AN n° 1687, 10 juin 1999.

ait pu valider un tel motif, au titre du pouvoir d'appréciation du chef de service⁹⁵². Ce faisant, il se prononcerait indirectement sur l'existence ou non d'un culte ouvrant droit aux autorisations d'absence pour motif religieux. Malgré l'absence de texte (outre les circulaires), la jurisprudence administrative paraît donc avoir trouvé un équilibre, certes fragile, entre le bon fonctionnement du service laissé à l'appréciation du chef de service et la garantie qu'elle offre aux agents pour célébrer les fêtes les plus importantes de leur culte.

Cet état du droit est-il pour autant satisfaisant ? La réponse est assurément négative car quelques règles demeurent incertaines et la jurisprudence contradictoire. Il en va particulièrement ainsi de la question de la rémunération des absences⁹⁵³. Certaines administrations procèdent à leur paiement, là où d'autres s'y refusent en application de la règle du service fait⁹⁵⁴. L'analyse des jugements des juridictions du fond, seules à s'être prononcées sur cette délicate question, ne livre pas de solution claire. Ainsi, après avoir relevé qu'une circulaire du ministre des comptes publics a décidé que les autorisations d'absence ne sont pas rémunérées en l'absence de service fait, le Tribunal administratif de Montreuil a jugé que « *c'est à bon droit que le directeur général des finances publiques a procédé à une retenue sur le traitement du requérant correspondant à la journée du 1er octobre 2008 [et] qu'ainsi, la décision attaquée, qui n'est pas dépourvue de base légale, n'est pas entachée d'erreur de droit* »⁹⁵⁵. A l'inverse, le Tribunal administratif de Marseille a déclaré, dans un considérant général, que l'octroi d'une autorisation d'absence « *ne donne lieu à aucune retenue sur le traitement du fonctionnaire et à aucune amputation sur le nombre de jours de congés annuels auquel il a droit* »⁹⁵⁶. Quelle solution faut-il alors privilégier ? Si la seconde est plus favorable à l'agent, et à la pratique de son culte, la première paraît seule respectueuse des textes législatifs et réglementaires encadrant le temps annuel de travail dans la fonction publique. Ainsi que le note Didier Jean-Pierre, il n'est pas certain que la rémunération des absences soit licite dans la mesure où cela revient à accorder des journées de « congé » supplémentaires⁹⁵⁷. Conscient de cette difficulté, le ministre de la fonction publique a d'ailleurs récemment rappelé, dans une circulaire du 31 mars 2017⁹⁵⁸, que « *le chef de service ou l'autorité investie du pouvoir de nomination est appelé à privilégier le recours aux facilités horaires compensées ou aux jours de réduction de temps de travail quand ils existent* » et que « *les autorisations spéciales d'absence ne génèrent pas de jours de réduction du temps de travail, sauf celles relatives à l'exercice du droit syndical prises en application de l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et celles pour lesquelles la loi ou le règlement prévoit qu'elles sont assimilées à du temps de travail effectif* ». Or, tel n'est pas le cas pour les autorisations d'absence pour motif religieux. Ces incertitudes militent en faveur d'une intervention du législateur, à tout le moins du pouvoir réglementaire général. C'est d'ailleurs en ce sens que le rapport Zuccarelli de 2016 a proposé l'adoption d'une norme commune aux trois fonctions publiques afin de mieux encadrer les autorisations spéciales d'absence pour motif religieux. Ceci éviterait « *des tensions et des frustrations importantes de la part*

⁹⁵² CAA Paris, 22 mars 2001, *Crouzat*, n° 99PA02621, inédit, *AJFP* 2002, p. 28, note O. Guillaumont.

⁹⁵³ TA Marseille, 23 déc. 2003, *Syndicat autonome des personnels Administratifs*, préc.

⁹⁵⁴ Art. 20 de la loi 13 juill. 1983, préc.

⁹⁵⁵ TA Montreuil, 3 févr. 2011, M. B., préc.. Voir également TA Bordeaux, 29 déc. 2017, M. B, préc., cons. 4.

⁹⁵⁶ TA Marseille, 23 déc. 2003, *Syndicat autonome des personnels Administratifs*, préc.

⁹⁵⁷ D. Jean-Pierre, « Le principe de laïcité des agents publics », *JCP A*, 2015, n°2308.

⁹⁵⁸ Circulaire n°RDF1710891C du 31 mars 2017 *relative à l'application des règles en matière de temps de travail dans les trois versants de la fonction publique*.

d'agents qui n'en bénéficieraient pas ou se verraient accorder un nombre inférieur de jours, ce qui pourrait donner le sentiment qu'une confession est mieux considérée qu'une autre »⁹⁵⁹.

Si les employés des services publics sont donc libres d'adhérer ou non à une religion et d'en pratiquer les rites, une fois dans leur fonction, ils sont tenus à la plus grande neutralité religieuse.

§2- L'application rigoureuse d'une obligation de neutralité à l'agent

Si l'agent public est libre de croire ou ne pas croire en une religion, il ne peut, en raison du principe de laïcité, manifester ses options spirituelles de quelque manière que ce soit durant l'exercice de ses fonctions, sous peine de faire l'objet d'une sanction disciplinaire⁹⁶⁰. Ce devoir est l'un de ceux les plus solidement ancrés dans l'édifice déontologique de la fonction publique⁹⁶¹, et certainement dans les esprits des agents eux-mêmes. Le but de cette obligation de neutralité est *in fine* de protéger les usagers contre une rupture d'égalité de traitement devant le service public. Son affirmation, comme son contenu, résultent de jurisprudences erratiques rendues durant la fin du XIX^e siècle et au cours du XX^e siècle⁹⁶². Les bases actuelles du devoir de neutralité religieuse reposent sur l'avis *Marteaux* de 2000⁹⁶³, lequel a fait l'objet d'une consolidation législative (tardive) par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie dans la fonction publique⁹⁶⁴. Il en ressort de manière claire, que l'interdiction s'applique à tous les agents, titulaires comme non titulaires⁹⁶⁵, durant l'exercice de toutes leurs fonctions⁹⁶⁶, quel que soit le service public en cause, et que ces agents soient ou non en contact avec les usagers⁹⁶⁷. Exceptionnellement, le devoir de neutralité peut déborder

⁹⁵⁹ E. Zuccarelli. *Laïcité et fonction publique*, déc. 2016, p. 28.

⁹⁶⁰ J. Berthoud, « La neutralité religieuse du fonctionnaire », *JCP A* 2005, n°1142 ; D. Jean-Pierre, « Les religions du fonctionnaire et la République », *AJFP* 2001, p. 41

⁹⁶¹ G. Koubi, « A la recherche d'une définition spécifique de l'obligation de neutralité des fonctionnaires et agents publics », *LPA* 26 juin 1991, n°36 p. 16.

⁹⁶² CE, 9 déc. 1948, *Pasteau*, Rec. p. 464 ; S. 19493, p. 41 note J. Rivero ; *RDJ* 1949, p. 73, note M. Waline ; CE 3 mai 1950, *Jamet*, Rec. p. 247.

⁹⁶³ CE, avis, 3 mai 2000, n° 217017, *Marteaux*, Rec. p. 169 ; *RFDA* 2001, p. 146, concl. R. Schwartz *AJDA* 2000, p. 602, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *D.* 2000. 747, note G. Koubi.

⁹⁶⁴ Loi n° 2016-483 du 20 avr. 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Art. 25 de la loi du 13 juill. portant droits et obligation du fonctionnaire : « [...] *Dans l'exercice de ses fonctions, [le fonctionnaire] est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité* ».

On notera que cette obligation était déjà inscrite dans certains textes régissant des catégories spécifiques d'agents publics. V par ex. l'article 4 du statut du personnel administratif des chambres de métiers et de l'artisanat, aux termes duquel : « *Les agents soumis au présent statut sont astreints, dans l'exercice de leurs fonctions, au devoir de stricte neutralité politique et religieuse* » ; art. L. 4121-2 de ce code : « *Les opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques, sont libres. / Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire* ».

⁹⁶⁵ Par ex. TA Montreuil, 14 nov. 2016, *M. E. c/ Centre hospitalier de Saint-Denis*, préc. : « *en sa qualité d'agent non titulaire de droit public, M. E. était astreint à un devoir de neutralité* ». En outre, l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires rend son chapitre IV, contenant le devoir de neutralité, applicable aux agents contractuels.

⁹⁶⁶ Y compris lorsque l'agent représente le service en dehors de ces fonctions ordinaires. Voir CAA Paris, 10 mars 2011, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, n°10PA01353, inédit : manifestation de convictions religieuses dans le cadre de l'audition par une commission d'enquête parlementaire d'une personne entendue en sa qualité d'agent public.

⁹⁶⁷ Par ex., TA Versailles, 16 déc. 2004, *Mme A. c/ La Poste*, n°0204263-0300160, inédit ; CAA Versailles, 6 oct. 2011, *Mme A. c/ Cne de Pierrefitte sur Seine* n°09VE02048, inédit : La circonstance que la requérante ne portait un signe considéré comme religieux « *que pour recevoir les parents, ne saurait l'exonérer du nécessaire respect du principe de neutralité à l'égard des usagers du service public* ».

les fonctions comme le prévoit la Charte de déontologie de la juridiction administrative, en imposant une retenue dans la liberté d'expression religieuse même dans le cadre de la vie privée⁹⁶⁸. Cette conception française de la laïcité appliquée aux agents publics a d'ailleurs reçu le blanc-seing de la Cour européenne des droits de l'Homme⁹⁶⁹.

Avant comme après la loi de 2016, la jurisprudence a appliqué cette obligation de manière rigoureuse et ce, à deux égards : d'une part, la faute disciplinaire est largement appréciée dès lors que survient un comportement susceptible de laisser transparaître des convictions religieuses (A) ; d'autre part, le juge laisse une marge d'appréciation importante à l'administration dans le prononcé de la sanction disciplinaire en cas de violation de cette obligation (B).

A- La qualification large de la faute

Le droit de la fonction publique ne connaît pas de principe de légalité des incriminations disciplinaires. En effet, la faute ne fait l'objet d'aucune définition législative, le statut mentionnant simplement que « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* »⁹⁷⁰. Bien que le contrôle du juge exercé sur la qualification de la faute soit depuis longtemps un contrôle normal, sa mise en œuvre laisse une importante latitude à l'administration dans l'identification de la faute. Appliqué à l'obligation de neutralité religieuse, ce contrôle donne à l'employeur public une marge d'appréciation conséquente pour déterminer ce qui doit être regardé comme une extériorisation des croyances religieuses de l'agent. Or l'entreprise de qualification de la faute peut s'avérer ardue et souvent prêter à discussion. Le comportement fautif se traduit le plus souvent par deux comportements : le port de signe religieux (1) et les actes prosélytes (2).

1- Le port de signes religieux

Le principe de neutralité religieuse implique la prohibition de principe de tout signe religieux porté par les agents publics, sans que l'administration n'ait à prouver que le port d'un signe trouble le fonctionnement du service. Autrement dit, comme l'affirmait le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz sous l'avis *Marteaux* de 2000, le juge administratif est allé jusqu'à exiger de l'agent public « *qu'il donne les apparences de la neutralité* »⁹⁷¹. Cette conception française de la neutralité, que l'on peut qualifier d'objective, postule qu'aucun aménagement n'est donc possible⁹⁷². Ainsi, l'indifférence

⁹⁶⁸ Art. 46 de la *Charte de déontologie de la juridiction administrative* du 16 mars 2018 : « *Même lorsqu'ils s'expriment sous leur seul nom sans faire état de leur qualité, la plus grande prudence s'impose aux membres de la juridiction administrative dans l'expression publique de toutes leurs opinions, qu'elles soient d'ordre politique, juridique, religieux ou associatif, en particulier, lorsque leur notoriété nationale ou locale rend publique leur qualité de membre de la juridiction administrative. Ils doivent en outre s'abstenir de toute expression publique en faveur d'opinions ou d'activités incompatibles par elles-mêmes avec la nature ou la dignité des fonctions exercées* ».

⁹⁶⁹ Cour EDH, 15 févr. 2001, *Dahlab c./ Suisse*, Req. n°42393/98, *AJDA* 2001, p. 482, note J.-F. Flauss ; *RFDA* 2003, p. 536, note N. Chauvin. Voir Montfort, « La CEDH, le fait religieux et la fonction publique », *JCP A*, 2005. Puis Cour EDH, 26 nov. 2015, *Ebrahimian c/ France*, n° 64846/11.

⁹⁷⁰ Art. 29 de la loi du 13 juill. 1983, préc.

⁹⁷¹ R. Schwartz, concl. sur CE, avis, 3 mai 2000, *Marteaux*, préc.

⁹⁷² Cette conception s'oppose ainsi à une approche plus subjective de la neutralité qui opère une mise en balance entre la liberté religieuse de l'agent et l'intérêt des usagers, dans le respect du bon fonctionnement du service. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a-t-elle jugé qu'une interdiction générale et abstraite des « *manifestations religieuses dans l'apparence extérieure* » des personnels éducatifs des écoles publiques est une « *ingérence grave* » dans leurs libertés constitutionnelles de croyance, de conscience et de culte. Voir Cour constitutionnelle allemande, 27 févr. 2015, n°1 BvR 471/10 et 1 BvR 1181/10, *AJDA* 2015, p. 1401, note A. Gaillet.

des usagers à l'égard du signe arboré par l'agent ne justifie pas pour autant le comportement de ce dernier⁹⁷³. Le but est que les usagers ne puissent jamais présumer un traitement différencié qui reposerait sur les convictions de l'agent.

a) Les signes exclusivement religieux

Cette première catégorie de faute est assurément délicate à circonscrire. Sanctionner l'interdiction du port de signe religieux suppose en effet que l'administration, puis le juge, portent un jugement sur la nature religieuse ou non du signe⁹⁷⁴. Reste à identifier ce qu'est un signe religieux⁹⁷⁵. En reprenant l'analyse sémiotique proposée par Clément Benelbaz, lequel s'appuie sur les travaux du linguiste Ferdinand de Saussure, il est possible de considérer qu'un signe religieux se constitue de deux éléments indissociables (comme tout signe) : le signifié, c'est-à-dire la signification implicite, et le signifiant, autrement dit la forme qu'il prend. Ainsi, l'une des caractéristiques du signe « *est que tout moyen d'expression repose nécessairement, dans une société, sur une habitude collective, sur une convention. L'arbitraire conventionnel du signe implique par conséquent que le signifiant ne peut pas dépendre du libre choix du sujet qui y recourt, il est imposé ; il ne revient pas à l'individu de changer un signe car dès lors que celui-ci est établi dans un groupe linguistique, il échappe à sa volonté (...). C'est bien là l'immutabilité du signe* »⁹⁷⁶. Partant, plusieurs signes ont progressivement acquis par convention sociale une symbolique religieuse⁹⁷⁷. Autrement dit, un individu peut certes porter ces signes religieux tout en se revendiquant non-croyant mais, sauf à ce qu'à ce que le sens commun qui lie le signifiant et le signifié ait été abandonné par une société donnée, cette personne sera considérée, par convention de communication, comme adhérant à ladite religion. Dans ce sillage, les juridictions administratives sanctionnent le port des signes auxquels la convention sociale actuelle confère un caractère religieux. Tel est le cas de la croix, de la kippa⁹⁷⁸, du voile⁹⁷⁹, de l'étoile de David, ou encore d'une Vierge-Marie, ou un livre sacré⁹⁸⁰.

⁹⁷³ CAA Paris, 23 févr. 2006, *Rachida X. c/ Cne de Guyancourt*, n°04VE03227, inédit : le fait que « *les parents [d'enfants] ne se soient jamais plaints du comportement [de la requérante] ne saurait l'exonérer du nécessaire respect du principe de neutralité à l'égard des usagers du service public* ».

⁹⁷⁴ Une fois le caractère religieux du signe admis, l'administration ne peut engager un licenciement que sur le fondement d'une procédure disciplinaire. Voir TA Paris, 22 nov. 2006, *Mme E. c/ Cne de Trappes*, n°0500878, inédit : est illégal le licenciement d'une stagiaire prononcé « *au motif que "la manière de servir de Mme E. est entièrement affectée par son obstination au port de signe religieux (...). La méconnaissance du principe fondamental de neutralité par Mme E. (...) caractérise son inaptitude à devenir fonctionnaire" alors qu'il ressort de cette motivation [...] que le maire a entendu mettre fin au stage, non pas pour un motif disciplinaire, mais pour insuffisance professionnelle* ». Or « *il n'est pas contesté que Mme E. a fait preuve durant son stage de grandes qualités professionnelles en qualité d'animatrice* ».

⁹⁷⁵ Voir notamment J.-M. Woerling, « *Qu'est-ce qu'un signe religieux ?* », *Société, droit et religion*, 2012/1, n°2, p. 9.

⁹⁷⁶ C. Benelbaz, *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011, p. 340

⁹⁷⁷ Cette convention n'est toutefois pas immuable, en témoigne l'histoire du voile. Voir B.-N. Abouddrar, *Comment le voile est devenu musulman ?*, Flammarion, 2014 : Selon l'auteur, cet attribut n'est pas, en soi, religieux. C'est en Occident, avec le christianisme, qu'il prend cette dimension, avant d'être exclusivement assimilé à la religion musulmane. Ce basculement résulte de l'essor du voile au sein de l'islam comme moyen de subordination de la femme, avant qu'il ne soit utilisé comme symbole de refus de la colonisation, puis comme outil de l'indépendance culturelle par rapport à l'Occident, lequel véhicule l'impératif de transparence en opposition avec les préceptes islamiques.

⁹⁷⁸ TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, n°050398, inédit

⁹⁷⁹ Par ex. CAA Paris, 23 févr. 2006, *Mme X. c/ Cne de Guyancourt*, n°04VE03227, inédit : « *Mme X ne conteste pas avoir commencé à porter, à l'été 2000, au retour de son congé parental, un voile couvrant entièrement sa chevelure destiné à marquer manifestement son appartenance à une religion* ».

⁹⁸⁰ TA Toulouse, 16 nov. 2013, *Mme K. c/ Office français de l'immigration et de l'intégration* : n°1000517, inédit : Un agent public avait posé un Coran sur son bureau durant au moins deux jours, puis l'avait ensuite conservé dans une bannette à l'abri des regards avant de le rapporter à son domicile. Néanmoins, « *à supposer même que la requérante n'ait eu aucune intention prosélyte et qu'elle n'ait détenu un exemplaire de ce livre sacré dans son bureau que de manière*

b) Les signes religieux par destination

Mais le juge ne s'arrête pas à ce constat objectif. Il décide parfois d'attribuer une dimension religieuse à des signes n'ayant pas ce caractère par convention sociale. Pour se faire, s'écartant alors de la définition saussurienne du signe, la religiosité peut être retenue en prenant en compte le contexte de l'affaire et, surtout, l'intention de la personne arborant le signe⁹⁸¹. Cette approche subjective a notamment conduit à censurer des substituts au voile musulman, comme le foulard⁹⁸², le bandana⁹⁸³, le bonnet de laine⁹⁸⁴ ou encore la charlotte⁹⁸⁵. Cette manière de raisonner n'est toutefois pas sans poser des difficultés.

Les limites de l'intention de l'agent sont vite atteintes et montrent la subjectivité de la qualification retenue, et les inégalités de traitement que cela engendre. Dans certaines hypothèses, la volonté de l'agent n'est pas suffisante pour détourner le signe de son usage ordinaire. Par exemple, dans une affaire de 2006 les juges du Tribunal de Versailles ont été confrontés à un enseignant qui avait remplacé la kippa qu'il portait préalablement par une perruque après que l'inspecteur d'académie lui a demandé d'enlever ce signe religieux. Les juges du fond estiment que « *tel accessoire [la perruque] ne peut être assimilé au signe distinctif d'une religion, alors même que le requérant le porte dans le but de se conformer à des convictions religieuses* »⁹⁸⁶. Au surplus, cette approche subjective ne paraît être utilisée qu'à charge du requérant. En effet, lorsque celui-revient sur ses dires, le juge reprend alors une approche objective. Ainsi, le Tribunal administratif de Versailles a jugé que « *Mme A. a reconnu, au début de la procédure disciplinaire, que le foulard qu'elle portait depuis le mois de septembre 2002 constituait une manifestation de ses croyances religieuses* ». Cependant, « *si elle est ultérieurement revenue sur le caractère religieux de ce foulard, il ressort des pièces du dossier qu'il présentait les caractéristiques d'un signe distinctif à caractère religieux* »⁹⁸⁷.

Une affaire récente illustre parfaitement ces difficultés. Dans une affaire de 2017, la Cour administrative de Marseille a estimé que le port de la barbe par un infirmier travaillant au sein d'un hôpital pouvait être assimilé à un signe religieux⁹⁸⁸ (question qu'elle avait réussi à esquiver dans une affaire antérieure)⁹⁸⁹. L'arrêt rappelle d'abord le caractère

passagère et fortuite, de tels faits constituent par eux-mêmes un manquement à la stricte obligation de neutralité qui pèse sur chaque agent public dans l'exercice de ses fonctions ».

⁹⁸¹ Par ex. CAA Versailles, 21 mars 2013, *Mme B.*, n°11VE00853, inédit.

⁹⁸² CAA Lyon, 27 nov. 2003, *Ben Abdallah*, n° 03LY01392, inédit, *RFDA* 2004 p. 588, E. Kolbert ; *JCP A* 2003, 2026, note A. Taillefait ; *AJDA* 2004, p. 154, note F. Melleray ; *AJFP* 2004.88, note J. Mekhantar et note F. Lemaire

⁹⁸³ CAA Versailles, 6 oct. 2011, *Mme A. c/ Cne de Pierrefitte sur Seine*, préc. : « *Mme A. ne conteste pas avoir porté depuis l'année 2000 un voile, puis un bandana, destinés à marquer manifestement son appartenance à une religion* ».

⁹⁸⁴ TA Paris, 22 nov. 2006, *Mme E. c/ Cne de Trappes*, préc. : « *Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier que Mme X., agent d'animation stagiaire employée par la commune de Trappes, en refusant malgré plusieurs mises en garde de cesser de porter pendant son service un bonnet de laine noire destiné à marquer son appartenance à sa religion* ».

⁹⁸⁵ TA Cergy-Pontoise, 20 avr. 2009, *Mme B.*, n°0710788, inédit : Une étudiante stagiaire infirmière « *n'apporte aucune justification au port permanent de son bonnet de bloc et n'en conteste pas sérieusement la signification religieuse que par suite, c'est à bon droit que le Centre hospitalier a sanctionné Mme A.* ».

⁹⁸⁶ TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, préc.

⁹⁸⁷ TA Versailles, 16 déc. 2004, *Mme A. c/ La Poste*, préc.

⁹⁸⁸ CAA Marseille, 19 déc. 2017, *M. B.*, n° 15VE03582, inédit ; *AJFP* 2018, p. 160, note A. Zarca.

⁹⁸⁹ CAA Marseille, 19 févr. 2008, *Cne de Villemomble*, n°06VE02005, inédit : une commune avait licencié un agent d'entretien d'une piscine municipale en s'appuyant sur « *la volonté de l'agent de garder une barbe longue et fournie* », ce qui, toujours selon la commune, « *faisait obstacle à la correcte utilisation du masque de protection indispensable pour la manipulation de produits toxiques* » et constituait « *l'expression extérieure d'une conviction religieuse incompatible avec l'accueil du public et des élèves [...] et avec le respect du principe de laïcité* ». Pour confirmer la sanction, la Cour

culturel de la barbe, en estimant que « *le port d'une barbe, même longue, ne saurait à lui seul constituer un signe d'appartenance religieuse en dehors d'éléments justifiant qu'il représente effectivement, dans les circonstances propres à l'espèce, la manifestation d'une revendication ou d'une appartenance religieuse* ». Autrement la Cour admet qu'aucune convention sociale généralisée ne fait du port de la barbe un symbole religieux. Néanmoins, les juges ont estimé qu'en l'espèce, ce choix esthétique devait s'apparenter à l'expression d'une croyance religieuse et ont pu valider la sanction prononcée à son encontre à la suite du refus de l'agent de tailler sa barbe. Le raisonnement repose d'abord sur la perception de cette barbe « *très imposante* » par les collègues de l'agent, lesquels y voient un signe d'appartenance religieuse. Il paraît néanmoins difficile de considérer que cette seule perception, limitée à un espace professionnel réduit, puisse suffire à considérer que la barbe longue est un symbole religieux socialement et généralement reconnu. Le risque de discriminations en découlant est vite perceptible, ainsi que le note A. Zarca : « *Il n'est rationnellement pas possible de savoir si un signe religieux prohibé est identifié comme tel par les collègues parce qu'il est à leurs yeux religieux ou parce qu'il doit être à leurs yeux... prohibé (plutôt qu'un autre). De même qu'il n'est rationnellement pas possible de savoir si cette perception religieuse - ou ce désir de prohibition - ne masque pas d'autres perceptions, en particulier liées à l'apparence (n'est-ce pas le propre d'une perception que de fonder son jugement sur une apparence ?). Dit autrement, il faut craindre que la religiosité d'une barbe (pour ne pas parler du souhait de sa prohibition) varie, pour certains tiers, en fonction de l'apparence de celui qui la porte* »⁹⁹⁰. De même, l'intention de l'agent est prise en compte rappelant qu'il « *s'est borné à invoquer le respect de sa vie privée sans pour autant nier que son apparence physique était de nature à manifester ostensiblement un engagement religieux* ». Autrement dit, l'absence de dénégation du caractère religieux permet de supposer la volonté tacite de l'agent d'exprimer une conviction religieuse. Il s'agit là d'une appréciation extrême et discutable de l'intention de l'agent.

2- Le comportement prosélyte

Le prosélytisme peut se définir comme « *le zèle déployé pour convertir autrui à ses idées, pour tenter d'imposer ses convictions* »⁹⁹¹. Au nom de l'obligation de neutralité, le prosélytisme religieux est donc interdit dans la fonction publique. Ce comportement peut prendre diverses formes. Certaines sont discrètes, mais elles n'en demeurent pas moins interdites. C'est le cas de la pratique du culte par des prières sur le lieu de travail, même réalisées durant les pauses « *dans un lieu isolé lorsque les circonstances s'y prêtent* »⁹⁹². De même, le fait d'utiliser des moyens de communication du service au profit d'une association catholique, et celui d'apparaître, dans ces conditions, sur le site de celle-ci en qualité de membre constituent un manquement à l'obligation de neutralité⁹⁹³. D'autres formes sont plus virulentes et se traduisent souvent par des

administrative d'appel n'a toutefois fondé sa décision que sur le manquement au devoir d'obéissance résultant du refus de se conformer aux consignes de sécurité, afin d'éviter toute discussion sur la nature religieuse ou non du port de la barbe.

⁹⁹⁰ A. Zarca, note sous CAA Versailles, 19 déc. 2017, *M. B.*, préc.

⁹⁹¹ TLFi, <https://www.cnrtl.fr/definition/proselytisme>.

⁹⁹² CAA Lyon, 28 nov. 2017, *M. D.*, préc.

⁹⁹³ CE, 15 oct. 2003, *Odent*, n° 244428, Rec. 2003, p. 402 ; *JCP A* 2003, n°2003, note D. Jean-Pierre ; *JCP G* 2003, IV, 1429, obs. M.-C. Rouault ; *AJFP* 2004, p. 31 : En l'espèce, l'agent avait fait usage de son adresse électronique professionnelle à des fins personnelles d'échanges entrepris en sa qualité de membre de l'Association pour l'unification du christianisme mondial et figurant, avec cette même adresse, en sa qualité de membre de cette association sur un site de celle-ci destiné à la consultation du public.

propos tenus par l'agent à l'égard des usagers, comme les tentatives d'évangélisation des élèves par des enseignants (hypothèse récurrente en jurisprudence⁹⁹⁴) ou un agent de guichet distribuant dans l'exercice de ses fonctions des tracts de la « Mission du plein Evangile » aux usagers des services postaux⁹⁹⁵. Néanmoins, se retrouve ici la difficulté d'identifier le caractère religieux du propos en cause. Ainsi, le fait pour un professeur d'instituer dans certains de ses cours une minute de silence, soumise au vote des élèves, vouée à la réflexion civique, « *est dépourvu de toute signification religieuse avérée* »⁹⁹⁶. La finalité de la minute de silence permet d'exclure la dimension religieuse, contrairement au cas américain où la Cour suprême avait pu juger contraire au principe de séparation une « minute de silence » remplaçant une prière.⁹⁹⁷

Une fois le manquement à l'obligation de neutralité caractérisé, l'administration est libre de choisir une sanction, sous réserve qu'elle soit proportionnée aux fautes reprochées.

B- L'appréciation souple de la proportionnalité de la sanction

Le choix de la sanction suppose d'abord d'apprécier la gravité de la faute (1) ; elle implique ensuite de proportionner la sanction à cette gravité (2). Dans les deux cas, le juge laisse une importante marge de manœuvre à l'administration qui, le plus souvent, prend de lourdes sanctions afin de faire strictement respecter le principe de laïcité.

1- La gravité de la faute

L'appréciation de la gravité de la faute liée au manquement à la neutralité religieuse suppose de revenir à une appréciation factuelle. Des éléments indifférents à la qualification de la faute, tels le service public en cause ou la proximité avec les usagers, ressurgissent au stade de la détermination de la sanction. L'avis Marteaux l'a clairement formulé : « *Les suites à donner à ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire,*

⁹⁹⁴ TA Versailles, 25 janv. 2002, *Mme. M. C./ Académie de Versailles*, n°991374, inédit. Voir égal. TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, préc. : Est un manquement à l'obligation de neutralité le fait pour un professeur de tenir, « *dans ses cours d'histoire comme de géographie, des développements relatifs à la place des religions dans le monde qui excèdent, par leur importance, les exigences des programmes de ces matières et laisse, dans cet exercice, transparaître ses propres croyances religieuses* » ; TA Melun, 14 févr. 2012, *M. V. A. c/ Conseil général du Val-de-Marne*, n°0805048/5, inédit : Est caractéristique de prosélytisme religieux « *le comportement inadapté de l'intéressé sur son lieu de travail en ce qu'il a vanté auprès de plusieurs agents départementaux les mérites de l'Eglise de Scientologie, qu'il leur a remis par la même occasion des cartes de visite de cette organisation, qu'il a conseillé à l'une de ses collègues de suspendre un traitement à caractère médical prescrit par son médecin en lui substituant d'autres produits recommandés par lui-même et dont il a connu l'existence auprès de l'Eglise de Scientologie, qu'il a fait des remarques sur l'allure et la tenue vestimentaire de ses collègues féminins* » ; CAA Versailles, 30 juin 2016, *M. K. c/ Cne de Sceaux*, n°15VE00140, inédit : Un animateur de centre de loisir « *professait, tant devant les enfants et leurs parents que devant ses collègues, une doctrine religieuse à caractère parascientifique portant, entre autres, sur le parcours de l'âme après la mort. Dans le cadre de cette doctrine, il présentait comme étant des vérités établies la provenance planétaire des enfants, la déssexualisation des êtres humains ou encore l'imminence de la fin du monde* ». Par conséquent, « *ces agissements de M. C... et la manière dont il a utilisé ses fonctions d'animateur-adjoint pour diffuser ses convictions révèlent un prosélytisme actif dans le service public de l'éducation* » ; TA Limoges, 29 juin 2017, *M. F.*, n°1700817, inédit : Un professeur des écoles viole les principes de neutralité du service public et de laïcité dans le cadre de son enseignement, en exploitant fréquemment « *des sources religieuses inadaptées à l'âge de ses élèves* », notamment des textes directement issus de la bible et de évangiles » ;

⁹⁹⁵ Par ex. CE, 19 févr. 2009, *La Poste*, n° 311633, *AJFP* 2009, p. 253, concl. B. Bourgeois-Machureau et note D. Bailleul.

⁹⁹⁶ TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, préc. Plus implicitement, voir égal. TA Montreuil, 14 nov. 2016, *M. E. c/ Centre hospitalier de Saint-Denis*, préc. : le Tribunal administratif de Montreuil a estimé que « *l'expression "Allahou akbar", malgré le contexte de tension ressenti au début de l'année 2015 à la suite des attentats perpétrés en région parisienne, ne peut, par elle-même, être analysée comme une menace. En outre, en l'espèce, aucun élément du dossier ne permet de lui conférer un tel caractère. Ainsi, et alors qu'il n'est pas allégué que M. E. aurait fait état de façon récurrente de ses convictions religieuses, le seul prononcé de cette phrase ne peut s'analyser comme une faute justifiant une sanction disciplinaire* ».

⁹⁹⁷ CS, *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 72 (1985).

doivent être appréciées par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, comme des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté ». Il convient de reprendre ces deux éléments pour déterminer ce qu'ils recouvrent.

a) Le caractère ostentatoire du signe

En premier lieu, le caractère ostentatoire n'est d'abord mobilisé qu'à l'égard des signes religieux. Il peut se définir comme « *la mise en valeur excessive et indiscrette d'un avantage* »⁹⁹⁸, ici religieux. Partant, cela impliquerait la volonté de l'agent d'afficher de manière particulièrement marquée sa conviction religieuse, intention qu'il paraît de nouveau difficile au juge de sonder. C'est pourquoi, en reprenant l'analyse de Mathilde Philip-Gay⁹⁹⁹, force est de constater que ce critère n'a guère d'effet dans le contentieux de la fonction publique. Il paraît neutralisé par le juge, ce qui pose la question de son utilité et de son maintien. Le juge s'en tient le plus souvent à la simple affirmation du port « ostentatoire » du signe, qu'il assimile en réalité à son affichage. Il ne recherche pas une quelconque exhibition excessive. Par exemple, le port persistant « *d'une coiffe dissimulant la totalité de sa chevelure, [manifeste] ainsi de manière ostentatoire une appartenance religieuse* »¹⁰⁰⁰. C'est donc la simple visibilité du signe qui est prise en compte : plus ce signe sera visible plus la sanction pourra être lourde. Dans la même veine, la proximité de l'agent avec les usagers lors de l'expression de ses convictions religieuses est un facteur aggravant¹⁰⁰¹. Si l'obligation de neutralité s'applique à tout agent, qu'il soit en contact ou non avec les usagers¹⁰⁰², sa violation sera plus grave en présence d'usagers¹⁰⁰³. Enfin, le refus d'obtempérer à l'ordre de retirer le signe religieux, le cas échéant répété, est également une circonstance susceptible d'alourdir la sanction¹⁰⁰⁴. Pour ces raisons, il serait plus logique d'utiliser « *d'autres critères plus rationnels, tels que la visibilité du signe (qui permet de constater qu'il est porté) et le comportement de l'agent (par exemple, son refus d'ôter le signe litigieux)* »¹⁰⁰⁵ pour déterminer la proportionnalité de la sanction.

b) La nature des fonctions de l'agent

En second lieu, la jurisprudence postérieure à l'avis *Marteaux* montre que « *les circonstances dans lesquelles le manquement est constaté* » renvoient essentiellement à la nature des fonctions exercées par l'agent. Plus précisément, certaines fonctions imposent une exigence encore plus stricte de neutralité. Autrement dit, la violation de la neutralité religieuse justifiera plus aisément une sanction, souvent lourde, à l'égard de ces personnels. Ces fonctions, appelant une vigilance particulière à l'égard de la neutralité religieuse, sont de plusieurs types.

⁹⁹⁸ M. Philip-Gay, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *RFDA* 2018, p. 613.

⁹⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁰ Par ex. CAA Versailles, 21 mars 2013, *Mme B.*, préc. ; voir égal. CAA Lyon, 27 nov. 2003, *Ben Abdallah*, préc. ; TA Paris, 22 févr. 2007, *Mme B. c/ Cne d'Asnières sur Seine*, préc.; CAA Versailles, 19 déc. 2017, *M. B.*, n° 15VE03582, inédit.

¹⁰⁰¹ Par ex. CAA Versailles, 30 juin 2016, *M. K. c/ Cne de Sceaux*, préc..

¹⁰⁰² CF. I-B-1.

¹⁰⁰³ Par ex. CE, 19 févr. 2009, *La Poste*, préc..

¹⁰⁰⁴ Par ex. TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, préc. ; TA Paris, 22 févr. 2007, *Mme B. c/ Cne d'Asnières sur Seine*, 0415268/5-2, inédit ; CAA Versailles, 6 oct. 2011, *Mme A. c/ Cne de Pierrefitte sur Seine*, préc. ; CAA Versailles, 19 déc. 2017, *M. B.*, préc..

¹⁰⁰⁵ M. Philip-Gay, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », préc..

Cela vise d'abord les services publics où les personnels sont en rapport avec des personnes vulnérables. On songe aux jeunes publics dont les esprits sont encore malléables et aisément influençables. Le juge administratif rappelle ainsi fréquemment qu'« *un manquement aux obligations de neutralité et de réserve imposées à tout fonctionnaire [est] particulièrement grave s'agissant d'un agent en relation avec de jeunes enfants* »¹⁰⁰⁶. Sont concernés les membres de l'éducation nationale en raison de leur contact quotidien avec de jeunes enfants ou avec des adolescents¹⁰⁰⁷. La particularité de leur mission d'enseignement, dont la vocation est de former les élèves aux valeurs de la République, valeurs au titre desquelles figure la laïcité¹⁰⁰⁸, impose une plus grande exemplarité dans le respect de la neutralité¹⁰⁰⁹. La même sévérité se retrouve à l'égard des personnels des services sociaux-éducatifs, comme les assistants maternels¹⁰¹⁰, les personnels des crèches¹⁰¹¹, ou encore ceux encadrant les activités de loisirs des enfants¹⁰¹². On songe également à l'hôpital, dont le juge a pu rappeler que « *l'environnement multiculturel de l'établissement rendait l'application des principes de neutralité et de laïcité du service public d'autant plus importante* »¹⁰¹³.

Les fonctions imposant un respect plus fort de l'obligation de neutralité sont ensuite celles mettant en cause des prérogatives de puissance publique, ainsi que l'a affirmé la Cour administrative d'appel de Lyon en 2004 à propos d'un inspecteur du travail¹⁰¹⁴. Dans le même esprit, on songe aux fonctions juridictionnelles où la neutralité, y compris religieuse, joue un rôle spécifique. Elle est en effet le corollaire indispensable de l'exigence d'impartialité. Dans la même veine, le juge tient compte du rang hiérarchique de l'agent estimant la manifestation de sa religion par un supérieur plus gravement fautive que celle d'un subordonné. Finalement, l'analyse de la gravité de la faute dépend essentiellement de l'importance sociale des fonctions de l'agent : plus la fonction est importante, plus la sanction peut être lourde.

2- Le contrôle normal des motifs de la sanction

Depuis l'arrêt Dahan de 2013¹⁰¹⁵, le contrôle opéré par le juge administratif sur le choix de la sanction a basculé dans le champ du contrôle normal. A l'égard de l'obligation de neutralité (comme dans d'autres domaines), il n'est cependant pas certain que l'état du droit ait changé par rapport à la jurisprudence antérieure se limitant à un contrôle de

¹⁰⁰⁶ CAA Versailles, 30 juin 2016, *M. K. c/ Cne de Sceaux*, préc..

¹⁰⁰⁷ *Ibidem* ; TA Versailles, 25 janv. 2002, *Mme. M. C/ Académie de Versailles*, préc. ; TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, préc. : le comportement prosélyte d'un enseignant « révèle un manquement à l'obligation de neutralité, notamment devant de jeunes élèves, et justifie à ce titre qu'une sanction disciplinaire lui soit infligée ».

¹⁰⁰⁸ Ces valeurs de la République sont mentionnées à l'article 1^{er} de la Constitution, sorte de « *carte d'identité constitutionnelle de la France* » (F. Mélin-Soucramanien, « Laïcité et République française », in C. Benelbaz et C. Froger (dir.), *La laïcité dans les services publics. Aspects pratiques*, Institution Universitaire Varennes, coll. Colloques et Essais, 2019, à paraître.

¹⁰⁰⁹ Voir H. Orizet, « La réputation du service public de l'éducation nationale sous le nouveau contrôle du juge de cassation », *AJDA* 2018, p. 1979.

¹⁰¹⁰ CAA Versailles, 6 oct. 2011, *Mme A. c/ Cne de Pierrefitte sur Seine*, préc. ; CAA Paris, 23 févr. 2006, *Mme X. c/ Cne de Guyancourt*, préc..

¹⁰¹¹ TA Paris, 22 févr. 2007, *Mme B. c/ Cne d'Asnières sur Seine*, préc..

¹⁰¹² Par ex. CAA Versailles, 30 juin 2016, *M. K. c/ Cne de Sceaux*, préc..

¹⁰¹³ CAA Versailles, 19 déc. 2017, *M. B.*, préc..

¹⁰¹⁴ CAA Lyon, 27 nov. 2003, *Ben Abdallah*, préc..

¹⁰¹⁵ CE, ass., 13 nov. 2013, n° 347704, *Dahan*, Rec. p. 279 ; *AJDA* 2013, p. 2432, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *RFDA* 2013, p. 1175, concl. R. Keller ; *D.* 2013. 2699, obs. M.-C. de Montecler ; *AJFP* 2014, p. 5, note C. Fortier ; *AJCT* 2015. 511, étude G. Le Chatelier.

l'erreur manifeste d'appréciation. Avant comme après 2013, le juge administratif valide tout type de sanction visant à réprimer l'expression de convictions religieuses par un agent public, notamment les plus graves que sont celles des troisième et quatrième groupes comme l'exclusion temporaire ou, le plus souvent, la révocation. De même, la violation de l'obligation de neutralité justifie la rupture d'un contrat d'un agent non titulaire ou son non-renouvellement¹⁰¹⁶.

On relève toutefois quelques censures. D'une part, les circonstances de l'affaire peuvent conduire le juge à estimer la sanction disproportionnée malgré le comportement fautif, même réitéré de l'agent. A propos d'un agent non titulaire, la Tribunal administratif de Versailles a par exemple estimé que le licenciement d'un agent non titulaire portant un foulard sur ses cheveux qu'elle refusait de retirer, est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation « *compte tenu de la possibilité de prononcer une sanction intermédiaire, de la brièveté de la procédure de dialogue menée par La Poste, qui s'est déroulée sur moins d'un mois, et de la nature des fonctions exercées par l'intéressée* »¹⁰¹⁷. D'autre part, le juge peut annuler, non pas la sanction choisie, mais la décision de l'accompagner d'une suspension à titre conservatoire avant le prononcé de la sanction (laquelle n'est pas une sanction disciplinaire mais une mesure prise dans l'intérêt du service¹⁰¹⁸). En effet, cette dernière décision suppose une faute grave, ce que ne constitue pas toujours la manifestation de convictions religieuses. Par exemple, si le seul fait qu'un professeur développe excessivement la place des religions dans le monde tout en laissant transparaître ses propres croyances religieuses est une faute disciplinaire, elle ne constitue pas une faute grave susceptible de justifier sa suspension temporaire¹⁰¹⁹.

Ces développements montrent que le contenu du principe de laïcité, appliqué aux agents publics, est connu avec certitude. Il en résulte une protection mesurée de la liberté religieuse de l'agent et, corrélativement, un soin particulier à faire respecter son obligation de neutralité. Cependant, le champ d'application du principe de laïcité, ainsi entendu, est quant à lui plus ardu à délimiter dans la fonction publique.

Section II- Les contours incertains du principe de laïcité dans la fonction publique

Le critère déterminant le champ d'application de la laïcité dans la fonction publique, en particulier de l'obligation de neutralité qu'elle impose, reste difficilement identifiable¹⁰²⁰. Avec la décision *Pasteau* de 1948, le Conseil d'Etat semblait avoir apporté une réponse claire : « *le devoir strict de neutralité (...) s'impose à tous les agents collaborant au service public* »¹⁰²¹. Si les choses ne font guère débat à l'égard des personnels de droit public employés par des personnes publiques¹⁰²², la jurisprudence est cependant incertaine concernant les personnes qui gravitent autour du service public, sans forcément avoir le statut d'agent public titulaire ou non titulaire.

¹⁰¹⁶ Par ex. CAA Versailles, 30 juin 2016, *M. K. c/ Cne de Sceaux*, préc..

¹⁰¹⁷ TA Versailles, 16 déc. 2004, *Mme. A. c/ La Poste*, préc..

¹⁰¹⁸ Art. 30 de la loi 13 juill. 1983, préc. ; Voir par TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, préc..

¹⁰¹⁹ TA Versailles, 10 mars 2006, *M. G. c/ Académie de Versailles*, préc..

¹⁰²⁰ Sur les problèmes de frontières que pose la laïcité, voir F. de la Morena, *Les frontières de la laïcité*, LGDJ, coll. Systèmes, 2016, spéc. p. 137-154.

¹⁰²¹ CE 9 déc. 1948, *Pasteau*, préc..

¹⁰²² Voir *supra* B, p. 334 et s.

Malgré ces hésitations, il semble possible de dresser le constat suivant : le principe de laïcité paraît s'appliquer aux personnels de la fonction publique lorsque deux conditions sont réunies. Tout d'abord, la personne doit être un agent *du* service public, c'est-à-dire régulièrement employé et intégré dans le service, dans une relation de subordination avec l'employeur (§1). Cette personne doit ensuite participer effectivement à une mission de service public et ce, quelle que soit la qualité publique ou privée de la structure d'emploi (§2).

§1- L'intégration de l'agent au sein du service

Sont soumises aux exigences de la laïcité les seules personnes travaillant pour une structure professionnelle exerçant une mission de service public, c'est-à-dire étant dans un lien de subordination avec cet organisme gestionnaire. Ainsi, les personnes participant occasionnellement à une mission de service public ne peuvent, en principe, être astreintes à une obligation de neutralité. Cette affirmation repose sur des fondements ambigus (A). L'utilité du recours au critère de l'intégration au sein du service paraît toutefois bien confirmée par l'étude du cas des élèves-stagiaires de la fonction publique, lesquels ne sont soumis au principe de neutralité que lorsqu'ils réalisent la prestation de service public pour leur organisme de rattachement (B).

A- La situation ambiguë des personnes participant occasionnellement au service public

Du point de vue de la laïcité, il n'existe pas de catégorie d'agent collaborant ou participant occasionnellement au service public. La polémique lancée par le port du voile par certaines mères accompagnant des sorties scolaires l'a montré. La question était de savoir si les parents accompagnateurs de sorties scolaires pouvaient être assimilés à « *agents collaborant au service public* » au sens de la jurisprudence *Pasteau* précitée. En 2013, dans sa fonction consultative le Conseil d'Etat a finalement démenti les juridictions du fond¹⁰²³ en estimant, qu'en dehors du droit de la responsabilité administrative, il n'existe aucune catégorie juridique autonome de collaborateur ou participant au service public permettant de soumettre ces personnes à une obligation de neutralité¹⁰²⁴. Les parents accompagnateurs sont donc des usagers du service public bénéficiant de la liberté religieuse sous réserve des limitations admises par la loi et le respect du bon fonctionnement du service. Cette position a depuis lors été reprise par les juridictions du fond¹⁰²⁵.

Si la polémique et le problème juridique semblent clos, on notera que cette position, qui peut se justifier par des raisons pratiques liées à l'encadrement des sorties scolaires¹⁰²⁶, repose cependant sur des fondements juridiques fragiles.

Tout d'abord, qualifier les parents accompagnateurs d'usagers du service public, solution retenue pour les écarter de l'obligation de neutralité, paraît contradictoire avec les missions qui leur incombent lors des sorties scolaires. L'utilisateur est celui qui reçoit la prestation de service public, or les parents interviennent pour suppléer les enseignants,

¹⁰²³ TA Montreuil, 22 nov. 2011, n° 1012015, *Osman*, *AJDA* 2012, p. 163, note S. Hennette-Vauchez. Voir aussi D. Vergely, « Sorties scolaires : la question du voile », *AJDA* 2012, p. 1388

⁵ O. Bui-Xan, « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'Etat relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *AJDA* 2014, p. 249.

¹⁰²⁵ TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386, *AJDA* 2015, p. 1933, C. Brice-Delajoux.

¹⁰²⁶ Il existe notamment des taux minimum d'encadrants pour effectuer de telles sorties.

si ce n'est dans leur mission éducative, à tout le moins, dans celle de surveillance. Ensuite, depuis 2017, la jurisprudence ne limite plus la notion de collaborateur du service public au domaine de la responsabilité administrative pour assurer l'indemnisation de ce dernier. Cette catégorie a récemment été utilisée en droit de la fonction publique, afin d'octroyer un nouveau droit au collaborateur du service public, à savoir la protection fonctionnelle¹⁰²⁷. Enfin, certains collaborateurs du service public sont soumis à une obligation de neutralité. Tel est le cas des assesseurs des bureaux de vote qui, quand bien même ils ne seraient que des citoyens ordinaires et non des fonctionnaires, sont soumis à une interdiction totale d'exprimer leurs opinions, quelle que soit leur nature¹⁰²⁸. Il est vrai que cette obligation de neutralité, également appliquée aux locaux¹⁰²⁹, dispose d'un fondement particulier dans le service public électoral. Elle repose sur la nécessité d'assurer la sincérité du scrutin, en évitant les pressions exercées sur les électeurs lors de leur vote¹⁰³⁰. La neutralité ne se résume donc pas ici à la laïcité ; elle la dépasse pour comprendre l'une de ses dimensions première, la neutralité politique¹⁰³¹. Il n'en demeure pas moins que cette interdiction de manifester ses convictions, y compris religieuses, crée une différence de traitement entre les collaborateurs des différents services publics, selon la nature de ces derniers. Une clarification législative du champ d'application de la neutralité religieuse permettrait de lever ces contradictions, en prévoyant un principe de liberté des usagers participant occasionnellement au service public, sous réserve de dérogations pour certains services publics particuliers.

B- La situation duale des élèves-stagiaires au sein des services publics

Le cas des stagiaires de la fonction publique montre également que sont en principe seuls soumis à la neutralité religieuse les agents – ou futurs agents – participant au service public sous la direction de la structure d'emploi. La catégorie de stagiaires dans la fonction publique n'est toutefois pas homogène. Deux situations doivent donc être distinguées, car ne posant pas les mêmes difficultés du point de l'application de la laïcité.

Tout d'abord, la plupart des lauréats à un concours d'entrée dans la fonction publique, après leur nomination et préalablement à leur titularisation, exercent leurs fonctions en qualité de stagiaires durant une période généralement d'une année. Ces situations ne posent guère de difficultés du point de vue de la neutralité, ces stagiaires étant régis par la jurisprudence *Marteaux* et par la loi du 13 juillet 1983 qui pose désormais clairement le principe de laïcité. Ils ne peuvent donc manifester leurs convictions religieuses, au même titre que les agents déjà intégrés¹⁰³².

D'autres stages sont ensuite effectués durant les années de formation au sein d'écoles professionnelles, lesquelles forment pour partie les futurs agents publics. Les élèves sont alors en situation de dédoublement fonctionnel. L'ambiguïté de leur situation résulte du fait qu'ils sont parfois en cours dans leur école, et donc usagers, parfois en stage dans des services publics, et donc assimilés à des agents. Tel est par exemple le cas des élèves en formation dans des écoles de service public se destinant à la pratique

¹⁰²⁷ CE, 13 janv. 2017, *Fiévet*, n° 386799, Rec. T., *AJDA* 2017, p. 1075, note C. Froger.

¹⁰²⁸ CE, 8 mars 2002, n° 236291, *Élections municipales de la commune associée de Vairao*, Rec. T., p. 92.

¹⁰²⁹ CE, sect., 15 nov. 2004, n° 268543, *Élection à l'assemblée de la Polynésie française – Circonscription des îles du Vent*, Rec. T.; *JCP A* 2004, n°1772.

¹⁰³⁰ M. Philip-Gay, « A-t-on le droit de porter un signe religieux dans un bureau de vote ? », *JCP A*, 2016, n°23, p. 4.

¹⁰³¹ V. Kondylis, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 1994.

¹⁰³² CAA Versailles, 21 mars 2013, *Mme C. c/ min. budget, des comptes publics et de la fonction publique*, préc. : sanction infligée à une agente administrative de 1ère classe stagiaire affectée à la direction des services fiscaux portant une coiffe masquant ses cheveux.

hospitalière. Pour déterminer l'application ou non de la neutralité religieuse, le Conseil d'Etat fait alors la distinction entre l'élève en situation d'utilisateur de l'école et l'élève en situation de futur agent du service public. Le cas des élèves infirmiers lui a permis d'expliquer clairement sa position¹⁰³³.

D'une part, lorsqu'ils effectuent un stage dans un établissement de santé, les élèves infirmiers sont tenus de respecter l'obligation de neutralité qui s'impose aux agents du service public hospitalier si l'établissement est chargé d'une mission de service public. A l'inverse, si l'établissement n'a aucune mission de service public, ils doivent seulement respecter, le cas échéant, les dispositions du règlement intérieur de cet établissement qui fixent les conditions dans lesquelles ses agents peuvent faire état de leurs croyances religieuses.

D'autre part, lorsque les élèves sont des usagers des instituts de formation paramédicaux recevant des cours théoriques et pratiques, ils peuvent librement exprimer leur religion, sous réserve de ne pas perturber le déroulement des activités d'enseignement et le fonctionnement normal du service public, notamment par un comportement revêtant un caractère prosélyte ou provocateur. Lorsque ces formations ont lieu au sein de lycées, les élèves infirmiers sont néanmoins soumis à l'interdiction de port de signe religieux, non en raison du principe de laïcité applicable aux agents publics, mais en raison de l'interdiction imposée aux élèves par la loi du 15 mars 2004 (laquelle ne repose pas sur le fondement originel de la laïcité).

Au terme de cette jurisprudence récente, le juge administratif soumet donc au principe de laïcité les seuls employés ou futurs employés exerçant la mission de service public à titre régulier.

§2- La participation de l'agent à une mission de service public

Tous les agents de droit public sont soumis au principe de laïcité et donc à la neutralité religieuse. Mais le critère du champ d'application de la laïcité n'est pas organique (le simple rattachement de l'employé à une personne publique), il est au contraire fonctionnel, car reposant sur la participation à la mission de service public. C'est pourquoi le juge judiciaire a logiquement étendu le principe laïcité aux agents de droit privé participant à une mission de service public. Cette logique est néanmoins brouillée par l'apparition d'une neutralité religieuse au sein des entreprises en dehors de toute mission de service public.

A- L'extension logique de la laïcité aux agents de droit privé participant au service public

Si, comme l'a affirmé le Conseil d'Etat dans l'affaire *Pasteau* de 1948 l'application de la laïcité – ici de la neutralité religieuse – repose sur la participation au service, il est logique que la Cour de cassation ait étendu cette règle à une partie des personnels des entreprises privées. Si l'organisme privé participe à une mission de service public, ses employés sont par principe soumis à une obligation de neutralité¹⁰³⁴. La Cour de

¹⁰³³ CE, 27 juill. 2018, *Boutaleb.*, n° 390740, Rec. ; *AJDA* 2017, p. 2084, note P. Juston et J. Guilbert ; *JCP A* 2017, n°49, p. 33, note H. Pauliat ; *JCP A* 2018, n°, p. 23, note H. Muscat ; *Dr. adm.*, n°1, 2018, p. 46, note G. EVEILLARD.

¹⁰³⁴ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11690, *CPAM* ; *AJDA* 2013, p. 1069, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. soc.* 2013, p. 388, E. Dockès : « *Les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des*

cassation l'a clairement affirmé dans l'affaire *CPAM* de 2013 : « *Les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires* ». A l'inverse, elle a tout aussi clairement rappelé que le principe de laïcité n'est « *pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas de service public* »¹⁰³⁵. Malgré l'apparente clarté de ces solutions, plusieurs difficultés demeurent.

D'une part, l'application du principe de laïcité dépend de l'identification d'une mission de service public, laquelle n'est pas toujours évidente ni pour les usagers, ni pour les employés, en particulier lorsque sont mises en œuvre les missions de la politique locale de la ville (formation et réinsertion professionnelle, petite enfance, etc.)¹⁰³⁶. Ainsi le rapport rendu par la Commission Zuccarelli en 2016 proposait que ces structures de droit privé puissent lever l'incertitude en sollicitant un avis sur la qualification de la mission exercée auprès du préfet de département de rattachement ou, lorsque l'action est nationale, au Conseil d'Etat. Ces avis ne seraient toutefois que consultatifs et ne pourraient être assimilés à un rescrit cristallisant l'opinion de l'administration¹⁰³⁷.

D'autre part, le critère de la participation au service public est lui aussi relativement flou. En effet, le degré de participation des personnels de droit privé, comme la nature de cette participation, ne sont pas précisés par la jurisprudence judiciaire. Dans l'affaire *CPAM*, étaient en cause les caisses de sécurités sociales qui bénéficient d'une délégation législative de missions de service public. Faut-il en conclure que l'application du principe de laïcité aux personnels de droit privé se limite à ces seuls cas de délégations unilatérales ? Au contraire, n'a-t-il pas vocation à s'appliquer à toutes les personnes privées gérant une mission de service public, qu'elle soit gérée à la suite d'une délégation unilatérale par le législateur ou contractuelle par l'administration elle-même (hypothèse beaucoup plus fréquente en pratique) ? La réponse paraît positive dans la mesure où le principe de laïcité, à tout le moins l'obligation de neutralité qu'il impose, trouve un fondement partiel dans le principe de neutralité, déclinaison du principe d'égalité des *Lois de Rolland* applicables à tout service public. Le recours désormais ordinaire à l'externalisation par les personnes publiques pose néanmoins la question de la limite de l'extension du champ d'application de la laïcité aux agents privés. Les entreprises ayant obtenu des marchés de service (entretien de locaux, réalisation de repas, maintenance, etc.), doivent-elles soumettre leurs employés à cette obligation de neutralité, au risque pour ces derniers de se voir appliquer une neutralité à géométrie variable en fonction du lieu de réalisation de la prestation effectuée ? En effet, de telles entreprises n'exercent pas exclusivement leur activité au sein de service public.

Ces questions montrent que le champ d'application de la laïcité, dès lors qu'il est corrélé à la participation au service public, est potentiellement large. A cette situation

contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ».

¹⁰³⁵ Cass., Soc., 19 mars 2013, *Mme Fatima X. c./ Association Baby Loup*, n°11-28.845.

¹⁰³⁶ En témoigne l'affaire *Babyloup*, dans laquelle les juges de prud'hommes avaient initialement estimé que la crèche en cause était un service public avant d'être finalement démentis par la Cour de cassation. Voir S. Henette-Vauchez et V. Valentin, *L'affaire Baby loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ/Lextenso, coll. Exégèse, 2014.

¹⁰³⁷ E. Zuccarelli, *Laïcité et fonction publique*, La documentation française, 2016, p. 27.

s'ajoute un découplage entre laïcité et neutralité religieuse dans le champ des relations de travail. Or cette nouvelle obligation de neutralité dans les entreprises privées vient brouiller un peu les frontières entre secteur public et secteur privé, dont les règles relatives au fait religieux reposent sur des fondements pourtant originellement distincts.

B- L'extension déstabilisatrice de la neutralité religieuse à tous les employés de droit privé en dehors du service public

Bien que n'exerçant aucune mission de service public, plusieurs entreprises ont décidé d'appliquer une obligation de neutralité à leurs employés, en décidant de calquer leur fonctionnement sur celui de l'Etat employeur¹⁰³⁸. Cette extension, que certains qualifieront de contagion, participe ainsi à la limitation de la liberté religieuse des personnels des entreprises privées. Pourtant, la liberté religieuse est pleinement reconnue aux salariés dans les entreprises privées, à la fois par la non-discrimination à l'embauche et durant la vie professionnelle¹⁰³⁹ mais aussi par la possibilité de manifester sa religion, par exemple en portant des signes religieux. Ainsi, le Code du travail autorise une limitation conditionnée de cette liberté en affirmant à son article L. 1121-1 que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». La limitation doit en principe être ponctuelle, justifiée et proportionnée. Par exemple, la nature des tâches à accomplir est un motif justificatif acceptable dès lors que la limitation est proportionnée¹⁰⁴⁰.

Sur ce fondement, dans l'affaire de la crèche *Babyloup* de 2013, la Cour de cassation, revenant sur sa position initiale¹⁰⁴¹, a accepté l'inscription dans le règlement intérieur de l'interdiction de port de signes religieux par les personnels travaillant dans cette crèche, en l'absence d'identification d'une mission de service public¹⁰⁴². La limitation de la liberté religieuse des salariés était fondée sur la protection pour partie fondée sur la *dimension réduite de l'association, employant seulement dix-huit salariés, mais surtout sur le fait que ces derniers « étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents »*¹⁰⁴³. En raison de la multiplication de conflits liés à la religion dans l'entreprise, le législateur a codifié peu ou prou la jurisprudence de la Cour de cassation. Depuis la loi *El Khomri* du 8 août 2016, l'article L. 1321-1 du Code du travail permet que le règlement intérieur de l'entreprise contienne « *des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ».

¹⁰³⁸ Voir l'expérience de la société Paprec (<https://www.paprec.com/fr/groupe/ressources-humaines/charte-laicite-diversite>). Sur ce point, V. Valentin, « Quelles perspectives pour la religion dans l'entreprise ? », *RDLF* 2017, chron. n° 1 (www.revuedlf.com).

¹⁰³⁹ Art. L. 1132-1 du C. travail.

¹⁰⁴⁰ Par ex., il est impossible d'invoquer ses convictions religieuses pour se soustraire aux obligations professionnelles ou légales comme la visite médicale (C. cass., soc., 29 mai 1986, *El Yacoubi c./ Automobiles Peugeot* ; Bull., V, n°262).

¹⁰⁴¹ Cass., Soc., 19 mars 2013, préc.

¹⁰⁴² Cass., Ass. Plén., 25 juin 2014, n°13-28.369.

¹⁰⁴³ *Ibidem*.

Cette nouvelle possibilité de limiter en amont la liberté religieuse a reçu l'aval de la Cour de justice de l'Union européenne dans deux affaires *Achbita* et *Bougnaoui* de 2017¹⁰⁴⁴. Dans la première, elle estime qu'est un motif légitime écartant toute discrimination indirecte « *la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse* ». Pour être justifiée, la neutralité doit donc être affichée par l'entreprise comme élément de son image de marque auprès de ses clients, en étant inscrite en amont dans le règlement intérieur. La Cour de Luxembourg affirme toutefois qu'une « *politique générale et indifférenciée d'interdiction du port visible des signes de convictions politiques, philosophiques ou religieuses* » ne sera justifiée et proportionnée qu'« *à l'égard des membres de son personnel en contact avec ses clients* », élément que le juge national doit contrôler. La limitation de la liberté de religion imposée aux salariés ne peut donc pas être déconnectée des exigences professionnelles qui leur sont demandées. Dans l'affaire *Bougnaoui*, la Cour de justice a ainsi précisé qu'une exigence professionnelle essentielle et déterminante « *renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client, tel celui de ne pas voir une prestation effectuée par une travailleuse portant un foulard islamique* ».

Dans cette perspective, tranchant l'affaire *Achbita* à la suite de la décision de la Cour de justice, la Cour de cassation estime légale « *une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients* ». Elle ajoute qu'en cas de refus du salarié de respecter cette clause, l'employeur doit en outre, avant de procéder à son licenciement, « *rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement* »¹⁰⁴⁵.

La neutralité religieuse est donc désormais possible au sein des entreprises qui ne sont pas en charge d'une mission de service public. Cette extension de la neutralité est toutefois déstabilisatrice en ce qu'elle brouille la frontière avec la laïcité applicable dans la fonction publique. D'une part, « *il s'agirait d'accepter qu'une entreprise puisse s'organiser exactement comme l'Etat laïque : sans discriminations à l'égard des différentes religions (au moment de l'embauche, notamment) mais affichant sa neutralité dans son fonctionnement et dans le comportement de ses salariés* »¹⁰⁴⁶. Autrement dit, ce mouvement impose une nouvelle forme de la laïcité en faisant peser une obligation de neutralité sur les personnes privées, et non plus sur les personnes publiques¹⁰⁴⁷ : « *C'est en ce sens que l'on peut suggérer l'apparition d'une "nouvelle laïcité", en rupture avec celle de 1905, qui inscrit doublement la question religieuse à l'agenda des pouvoirs publics : comme un droit et une pratique à aider et à contrôler. En opposition avec la neutralité d'indifférence, s'affirme une paradoxale protection sous condition de la liberté religieuse : reconnue comme droit fondamental, elle nécessite, afin d'être effective, une aide publique ;*

¹⁰⁴⁴ CJUE, Gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV* et aff. C-188/15, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c/ Micropole SA* ; RTD eur. 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; Rev. UE 2017, 342, étude G. Gonzalez.

¹⁰⁴⁵ Cass., Soc., 22 nov. 2017, n°13-19855

¹⁰⁴⁶ V. Valentin, « Laïcité et neutralité », *AJDA* 2017, p. 1388.

¹⁰⁴⁷ Voir S. Hénette-Vauchez et V. Valentin, *L'affaire Baby loup ou la nouvelle laïcité*, préc.

vecteur de potentielles atteintes à des valeurs républicaines, elle devrait être maintenue sous surveillance »¹⁰⁴⁸. Si les fondements de la laïcité-neutralité dans la fonction publique et de la neutralité dans les entreprises privées sont brouillés, une différence de degré demeure entre les deux secteurs. L'interdiction de toute manifestation religieuse ne nécessite pas de justification particulière lorsqu'elle est appliquée aux agents exerçant une mission de service public, lesquels y sont d'ailleurs soumis, quelles que soient leurs fonctions.

¹⁰⁴⁸ Vincent Valentin, « Laïcité et neutralité », préc.

CHAPITRE II- LE CONTENTIEUX DE LA LOI DE 2004 SUR LE PORT DES SIGNES RELIGIEUX DANS LES LIEUX D'ENSEIGNEMENT

Vincent VALENTIN

Section I- L'encadrement législatif du port des signes religieux à l'école

Section II- Les données du contentieux

§1- Combien d'affaires, devant quelles juridictions ?

§2- Les données sociales et géographiques

§3- Les signes et tenues concernés

Section III- La portée normative de la loi de 2004

§1- L'interprétation de la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse

§2- Les contentieux périphériques de la loi de 2004

A- Les élèves en formation professionnelle

B- L'extension de la neutralité aux parents d'élèves

Conclusion

Le 15 mars 2004 était adoptée par le Parlement français une loi prohibant « le port de signes ou de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse », dans les écoles, les collèges et les lycées publics.

Cette loi, très controversée, venait clore une longue période d'hésitations et de tâtonnements, commencée avec les premiers cas de port du voile musulman dans des lieux d'enseignement à la fin des années 1980, dont le cas du collège de Creil est le plus emblématique. A la suite de l'avis du Conseil d'Etat de 1989 demandé par Lionel Jospin, ministre de l'éducation nationale au moment des faits, il a été considéré que seul le port de signes religieux accompagné d'une attitude de contestation du bon fonctionnement du service public de l'éducation pouvait être interdit¹⁰⁴⁹. Non contraire à la laïcité en lui-même, le port d'un signe religieux par un élève, donc par un usager du service public, ne portait pas atteinte à la neutralité de l'Etat et ne pouvait être interdit dans le cas d'élève respectant par ailleurs le bon déroulement des cours, ne faisant pas de prosélytisme, ne contestant pas l'autorité des enseignants et acceptant le contenu de tous les enseignements. Le signe religieux n'était pas perçu comme ostentatoire en lui-même, mais comme un élément possible d'une attitude générale qui, elle, devait être sanctionnée.

Cette position libérale, consistant à ne restreindre l'usage d'une liberté que si elle porte effectivement atteinte à l'ordre public ou aux droits fondamentaux d'autrui a rencontré des limites pratiques. D'une part il semblait difficile de faire la part de l'ostentatoire et du non ostentatoire, mais d'autre part et surtout il est apparu que la communauté éducative était mise en difficulté par la responsabilité qui lui incombait de décider elle-même de l'acceptation ou du refus du port de signes : non seulement la décision prise ou à prendre pouvait diviser le corps enseignant au sein d'un établissement, donnant lieu parfois à des grèves¹⁰⁵⁰, mais elle était également difficile à assumer devant les élèves et parents d'élèves concernés, faisant des enseignants et directeurs d'établissement les responsables directs du refus des signes, et plus encore des décisions d'exclusion. Dans une volonté de clarification et de pacification, mais aussi

¹⁰⁴⁹ « Avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, sur le port du voile à l'école ».

¹⁰⁵⁰ Cf. le Rapport sur « La laïcité à l'école. Un principe républicain à réaffirmer », de la mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école (rapporteur Jean-Louis Debré) de décembre 2003, et le rapport sur « l'application de la loi du 15 mars 2004 », remis par Hanifa Chérifi au ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche en juillet 2005.

de défense de la République à l'encontre de ce qui est perçu comme une tentative autant politique que religieuse de la déstabiliser, il a donc été décidé de voter une loi qui couvre la communauté éducative et la délivre de la nécessité d'évaluer elle-même, au cas par cas, la nature du port d'un signe religieux. Cette modification du cadre juridique était demandée par la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité (dite Commission Stasi, du nom de son président), mise en place par le Président de la République dans l'été 2003, et suggérée, avec une variante sur laquelle nous reviendrons, par la Mission d'information parlementaire sur la question des signes religieux à l'école, présidée par Jean-Louis Debré la même année. La loi a été adoptée à une très large majorité, après une seule lecture dans chaque assemblée, et sans être déférée devant le Conseil constitutionnel.

Il n'est pas question dans le cadre de notre étude de prolonger ou de revenir sur le débat autour de cette loi, de discuter ses attendus et ses objectifs. Il ne s'agit pas non plus de dresser un état des lieux du port de signes religieux par la population en âge d'être scolarisée, ni même de l'ensemble des situations conflictuelles que les établissements publics ont dû gérer, mais d'étudier les situations qui montent jusqu'aux juridictions administratives. On pourra certes regretter un manque d'ambition ; il serait sans aucun doute intéressant, mais peut-être aussi un peu fastidieux et répétitif, de s'intéresser à la gestion par les chefs d'établissement de chaque cas, en amont même des conseils de discipline que la discussion préalable parvient souvent à éviter. Mais outre la difficulté d'accès à ces données¹⁰⁵¹, cela sortirait du cadre général de notre étude, qui porte sur la façon dont la laïcité est vécue et définie dans les lieux de justice, en l'occurrence dans le travail des juridictions.

Notre but est de dresser une cartographie du contentieux de la loi de 2004, à travers l'étude des décisions des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat. Si les principes jurisprudentiels définis par la plus haute instance sont, quinze ans après le vote de la loi, désormais fixés, aucune étude ne s'est intéressée de manière systématique à l'ensemble de ce contentieux et en particulier aux décisions des cours inférieures. L'intérêt est pourtant bien réel, pour des raisons que l'on pourrait qualifier de sociologique d'une part, et normative d'autre part.

L'aspect sociologique renvoie aux données factuelles que nous pourrions recueillir. Au-delà du fait que la religion musulmane est bien la première concernée par ce contentieux, il semble pertinent de dresser une sorte d'inventaire précis des situations conflictuelles : quelles religions, bien sûr, et en quelle proportion, mais aussi quels signes ou tenues exactement, accompagnés de quel comportement, ostentatoire en quelle mesure, dans quel type d'établissement, dans quelle académie, donnant lieu à quelle quantité de recours, etc. ?

La dimension normative est également importante. Si les principes posés par le législateur et la jurisprudence sont assez clairs, le principe de notre recherche est d'étudier leur interprétation et leur application, par les élèves, par les responsables éducatifs et par les juges. Ce sont les décisions des conseils de discipline et des juges qui donnent sa véritable portée à une loi dont les termes offraient une réelle possibilité d'interprétation, que ce soit pour la qualification des signes et tenues ou pour celle de la « manifestation ostentatoire d'une religion ». La circulaire d'application de la loi laissait ouverte la possibilité d'un port de signes religieux discrets ; il nous a semblé essentiel de savoir si les autorités administratives et juridictionnelles avaient utilisé cette nuance. Plus généralement, l'étude systématique des décisions permet de cerner précisément ce

¹⁰⁵¹ Outre le bilan dressé en 2005 (voir plus loin), on peut regretter l'absence d'étude qui donne accès aux données d'ensemble concernant l'application de la loi de 2004.

qu'est l'équilibre effectif entre liberté religieuse et ordre public qui doit *a priori* prévaloir dans les établissements scolaires soumis au régime de la laïcité.

Le cadre de notre étude doit être précisé. Nous ne traiterons pas du contentieux de « la laïcité à l'école ». Notre objet est spécifiquement le contentieux issu de la loi du 15 mars 2004 et porte donc sur le port de signes religieux par les élèves dans les lieux d'enseignement public. Cela laisse de côté la contestation des contenus d'enseignement, le refus d'activité, les demandes d'absence ou de dispenses d'activité en raison de la pratique d'un culte, les demandes de repas différencié, de mise à disposition d'un lieu de prière, mais aussi tout ce qui touche au personnel du service public de l'enseignement. Un cas plus difficile est celui des parents d'élèves. La loi de 2004 concerne explicitement les élèves, et la circulaire précise qu'elle ne modifie pas la situation de leurs parents. Toutefois, on peut considérer qu'il s'agit bien de la même question, celle de l'affichage de signes religieux dans les lieux d'enseignement par des personnes privées, et sans directement l'inclure dans notre étude, nous avons décidé de retenir du contentieux des accompagnatrices scolaires ce qui pouvait éclairer celui du port de signes religieux par les élèves. De la même façon nous prendrons en compte la situation des élèves en formation extra-scolaire qui sont cependant amenés à fréquenter des établissements soumis à la loi de 2004 ; ils ne sont plus élèves au sens de cette loi mais sont touchés par les effets de son application. De manière générale, nous évoquerons parfois, si jugé nécessaire, des aspects de l'application du principe de laïcité qui, extérieurs au périmètre de la loi, pourraient l'éclairer.

Après un rappel du cadre juridique défini en 2004 (**Section I**), nous présenterons les données humaines du contentieux (**Section II**) et enfin le bilan normatif que l'on peut en faire (**Section III**).

Section I- L'encadrement législatif du port des signes religieux à l'école

1. La loi de 2004 est très brève et essentiellement contenue en son article 1^{er}, qui constitue l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation : « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. » Un deuxième alinéa dispose que « le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève »¹⁰⁵². Un second article précise que la loi est applicable dans les îles Wallis et Futuna, dans la collectivité départementale de Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, dans les établissements publics d'enseignement du second degré relevant de la compétence de l'Etat¹⁰⁵³. Le cœur de la loi réside donc dans le premier article, qui pose un principe de fond, le seul important pour notre étude, et une disposition procédurale, dont on verra qu'elle nourrit cependant une bonne part du contentieux.

Le principe de fond pose que ne sont pas interdits tous les signes religieux mais seulement ceux qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse, laissant en

¹⁰⁵² Les écoles privées sous contrat (aucun contentieux), choisissent via leur règlement intérieur d'interdire ou pas. Les réponses sont donc variables selon les établissements (Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 2005, n° 02-19.831, *Fatima X c./Collège privé Charles de Foucault*). Cf. aussi le TGI de Tarbes, 23 décembre 2014, n° 14/00278 : validation d'un règlement intérieur qui prohibe les signes religieux dans une école catholique : « rien n'interdit aux établissements sous contrat d'association avec l'Etat d'étendre la prohibition des signes religieux ostensibles, dans le cadre de leur caractère propre ».

¹⁰⁵³ En vertu du III de l'article 21 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

suspens la question de la détermination de ceux qui seraient interdits et ceux qui seraient acceptables.

Le plus notable dans la rédaction de l'article est que n'est pas visée une attitude mais une identité. Ce n'est pas le trouble à l'ordre public scolaire ou le prosélytisme qui est interdit, mais la seule « révélation » de sa religion. Certes seulement de façon ostensible, mais cet ostensible renvoie au degré de révélation de sa religion, pas au comportement de l'élève, qui n'est pas tenu de dissimuler sa foi mais ne doit pas trop l'afficher. Il faut noter aussi que les signes ou tenues politiques ne sont pas mentionnés – écartant d'une certaine façon la référence aux célèbres circulaires de Jean Zay qui dans le contexte des années 1930 interdisaient en même temps signes politiques et religieux dans les salles de classe, ces circulaires étant pourtant souvent une référence des défenseurs de la loi de 2004.

L'absence de mention d'un comportement contraire au fonctionnement de l'école était nécessaire pour sortir des difficultés déjà évoquées dans l'application de la laïcité selon l'avis de 1989, mais elle constitue une rupture notable avec le droit de la laïcité jusqu'alors en vigueur. Que l'on s'en satisfasse ou le déplore, la loi rompt avec le principe libéral, défendu par le Conseil d'Etat en 1989, qui veut qu'on ne limite la liberté que si elle porte atteinte à la liberté. Depuis 2004, c'est bien l'identité religieuse qui est sommée de se taire, sous une apparence ostensible difficile à saisir. Cette difficulté appelait des précisions que la circulaire d'application a tenté d'apporter.

2. La circulaire du 18 mai 2004 – relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 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 – indique des pistes d'application de la loi importantes.

Sur le plan des principes, plusieurs aspects en sont notables. Elle met musulmans, juifs et chrétiens sur un pied d'égalité, en mentionnant ensemble leurs signes religieux, ce qui allait juridiquement de soi mais méritait d'être dit pour sortir d'un contexte politique centré sur le voile. Autre point, elle rattache la loi de 2004 aux « valeurs d'égalité et de respect de l'autre », « indissociables du principe de laïcité ». En soi, ceci n'est pas contestable mais indique que dans l'esprit du législateur la manifestation de sa religion par un élève pourrait être une façon de porter atteinte à ces valeurs, ce qui, cette fois, ne va pas de soi, et qui de surcroît, émettant un jugement dépréciatif sur la religion, rompt au contraire avec le principe de neutralité de l'Etat. La circulaire, en exposant les principes de la loi, explicite et clarifie son sens politique, et donne le sentiment d'un dispositif antireligieux, où il s'agit bien de protéger la République de la religion, en elle-même contraire à un certain nombre de ses principes (puisque la seule manifestation par les élèves de leur identité religieuse pourrait porter atteinte au projet républicain). Dans l'impossibilité de se présenter explicitement comme une loi de combat contre l'islam politique, alors que c'est bien de cela qu'il s'agit, le législateur est conduit pour être neutre à étendre sa méfiance à l'ensemble des religions, y compris sous la forme pacifique (puisque suggérant que manifester c'est être revendicatif).

Le retour sur les objectifs, après les principes, de la loi, confirme qu'elle repose, non explicitement mais logiquement, sur une sorte de postulat anti-religieux. En effet, mentionner « le respect de la liberté de conscience et (...) l'affirmation de valeurs communes qui fondent l'unité nationale par-delà les appartenances particulières », la transmission par l'école des valeurs telles que « l'égalité de dignité de tous les êtres humains, l'égalité entre les hommes et les femmes et la liberté de chacun y compris dans le choix de son mode de vie », suggère que l'affichage de signes religieux leur serait contraire. Ce

que confirme la suite : « en protégeant l'école des revendications communautaires, la loi conforte son rôle en faveur d'un vouloir-vivre-ensemble ». Le signe religieux est interprété comme porteur d'une pression communautariste, et l'Etat doit non seulement protéger le « commun », mais aussi la liberté des élèves, dont la liberté de conscience doit pouvoir leur permettre de s'affranchir de leurs propres religions dans le cadre scolaire¹⁰⁵⁴.

Il est indiscutable que les valeurs mentionnées sont effectivement au cœur du projet républicain, il est certain que certaines religions peuvent leur porter atteinte, et l'idée de défendre à l'école ces valeurs contre un prosélytisme religieux ne saurait être sérieusement remise en cause. En revanche, on doit relever l'originalité du point de vue – au cœur de la circulaire – qui suggère que la simple reconnaissance d'une identité religieuse, détachée de tout prosélytisme ou remise en cause du fonctionnement des écoles, est porteuse d'une atteinte aux valeurs de la République.

On pourrait objecter à nos remarques que seules les manifestations ostensibles sont visées, et c'est effectivement un point capital. Que dit la circulaire sur ce point, quand elle passe des principes à leur champ d'application ? Permet-elle de définir l'ostensible ?

Elle précise que sont interdits « les signes et tenues dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse ». C'est une précision importante : répétons-le, ce n'est pas le comportement, même pas mentionné, mais l'identité qui est visée. Sont donnés comme exemples de signes et tenues ostensibles le « voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive ». En revanche, « la loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets » - cela dit clairement que toute manifestation de sa religion n'est pas interdite, et qu'il reviendra aux autorités compétentes de juger celles qui sont porteuses d'une menace pour la mission de l'école publique. C'est précisément l'intérêt de notre étude que d'analyser la façon dont les juges font vivre cette distinction, à laquelle se résume l'essentiel de la loi. Ce n'est pas trop dire que d'affirmer que cette distinction sera peu exploitée.

Sur des points moins essentiels, mais qui nourrissent une partie du contentieux, la circulaire apporte des précisions utiles :

- « La loi n'interdit pas les accessoires et les tenues qui sont portés communément par des élèves en dehors de toute signification religieuse ». Cette mention de la liberté vestimentaire des élèves ne doit pas égarer : elle permettra d'interdire les vêtements « ordinaires » utilisés de façon jugée religieuse, comme les bandanas ou les jupes.

- La loi s'applique à l'ensemble des écoles et des établissements d'enseignement scolaire publics, y compris pour ce qui touche dans les lycées aux formations post-baccalauréat (classes préparatoires aux grandes écoles, sections de technicien supérieur). Elle s'étend à toutes les activités placées sous la responsabilité des établissements ou des enseignants y compris celles qui se déroulent en dehors de l'enceinte de l'établissement (sortie scolaire, cours d'éducation physique et sportive).

- Elle ne modifie pas les règles applicables aux agents du service public, déjà touchés par l'exigence de neutralité religieuse, et aux parents d'élèves, qui ne sont pas concernés par la loi.

¹⁰⁵⁴ « En préservant les écoles, les collèges et les lycées publics, qui ont vocation à accueillir tous les enfants, qu'ils soient croyants ou non croyants et quelles que soient leurs convictions religieuses ou philosophiques, des pressions qui peuvent résulter des manifestations ostensibles des appartenances religieuses, la loi garantit la liberté de conscience de chacun » (extrait des principes posés par la circulaire).

- Elle ne s'applique pas aux candidats qui viennent passer les épreuves d'un examen ou d'un concours dans les locaux d'un établissement public d'enseignement et qui ne deviennent pas de ce seul fait des élèves de l'enseignement public.

Enfin, la circulaire précise certains aspects procéduraux de la loi, en particulier l'importance du dialogue en amont de l'éventuelle mise en œuvre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un élève, afin de le convaincre de l'importance du respect du principe de laïcité, et certainement pas de commencer une sorte de négociation avec lui qui pourrait déboucher sur une dérogation à la loi. Pendant cette phase de dialogue, l'élève demeure scolarisé dans l'établissement, selon des modalités définies par le chef d'établissement, en concertation avec les enseignants.

Au terme de ce dialogue, la procédure disciplinaire n'est utilisée que pour sanctionner un refus délibéré de l'élève de se conformer à la loi. Si le conseil de discipline décide d'une exclusion, l'autorité académique examine avec l'élève et ses parents les conditions dans lesquelles l'élève poursuivra sa scolarité.

Pour finir cette rapide présentation, signalons que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé la loi de 2004 conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, en tenant compte de la spécificité de la notion de laïcité en France¹⁰⁵⁵. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, traditionnellement plus critique de la laïcité française, a estimé, dans une affaire concernant un élève Sikh, que la loi française apportait une restriction disproportionnée à la liberté religieuse et violait le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰⁵⁶.

Section II- Les données du contentieux

La loi de 2004 et sa circulaire posent un cadre juridique clair qui appelle naturellement de la part des juridictions une interprétation de la norme dans le contexte de chaque litige particulier. Dresser le bilan de son application, ce n'est pas seulement rendre les principes nés des décisions de justice, c'est aussi offrir une photographie du contentieux, afin de savoir quel type de situation doit affronter le juge d'application de la laïcité. Elle permet de donner sa mesure exacte à un phénomène très médiatisé mais somme toute assez limité. S'il est vrai que la saisie juridique est en dessous du phénomène social, le nombre d'affaires remontant jusqu'au juge est un indicateur du niveau de conflictualité qui lui est associé.

La loi avait pour principale raison d'être d'apaiser les tensions nées de la difficulté pour la communauté éducative d'appliquer les principes posés par l'avis du Conseil d'Etat de 1989. Il s'agissait de mettre fin à la prolifération des affaires liées au port du voile musulman, qui se développaient notamment en raison de l'imperfection des moyens juridiques à la disposition des autorités compétentes, vus comme formant « un cadre juridique imprécis »¹⁰⁵⁷. Puisque la loi devait marquer une rupture, en posant non seulement de nouveaux principes d'interprétation des signes et tenues religieuses mais aussi une nouvelle procédure de gestion du conflit, il est assez naturel que les premières années de son application aient été les plus nourries en litiges et recours devant les juridictions. Disons un mot des données brutes avant de se concentrer sur le traitement par les tribunaux.

¹⁰⁵⁵ CEDH 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, n°27058/05

¹⁰⁵⁶ CDH 4 février 2013, *Bikramjit Singh c. France*, n° 1852/2008

¹⁰⁵⁷ Cf. Le Rapport Debré, *op. cit.*, p. 53 et s.

En juillet 2005, le rapport de Hanifa Chérifi, qui dresse le bilan de l'application de la loi après sa première année scolaire, donne les chiffres suivants. A la fin de l'année 2004-2005, ont été décomptés dans l'ensemble des établissements 639 cas de ports de signes ou tenues religieuses (deux concernant des grandes croix, onze des turbans sikhs). 496 élèves ont, après discussion, décidé de se défaire du signe concerné. 15 concernent l'école primaire, 337 le collège, 287 le lycée.

Dans 96 cas, les élèves refusant d'enlever leur signe ont opté pour des issues alternatives au conseil de discipline. Celles-ci consistent en des inscriptions dans le privé, en France ou à l'étranger, des démissions (pour les plus de seize ans) et surtout 50 inscriptions au CNED.

47 exclusions ont été prononcées (dont 3 concernant des sikhs), donnant lieu à 1 référé à l'encontre de la circulaire, 7 référés suspension et 1 référé liberté, ainsi qu'à 28 recours de fond. Tous les requérants ont été déboutés.

Si l'on se fie à ces chiffres, on constate l'écart très important entre le nombre de litiges et le nombre de recours contentieux, le dispositif de dialogue avec l'élève et les parents s'avérant efficace. Efficace dans le temps aussi, puisque lors des rentrées 2005 et 2006, seuls 12 puis 5 cas de port de signes religieux seraient avérés. Le bilan que nous avons pu établir de 2004 jusqu'en juillet 2019 le confirme.

§1- Combien d'affaires, devant quelles juridictions ?

En consultant les données fournies par la base « Ariane-archives » du Conseil d'Etat, nous sommes arrivés aux résultats suivants. Nous avons dénombré :

- 33 recours devant les tribunaux administratifs, dont un référé. 28 décisions concernent le port de signes par des élèves des collèges et lycées (aucune à l'école), 4 des personnes en formation professionnelle n'étant pas des élèves au sens de la loi de 2004 mais fréquentant un établissement scolaire, et 1 décision concerne un contentieux lié au CNED et né d'une exclusion pour cause de port du voile.

- 30 décisions de cours administratives d'appel, 25 concernant des élèves au sens de la loi de 2004, 5 des personnes ne l'étant pas (GRETA, élèves infirmiers, école de commerce).

- 10 arrêts et 2 ordonnances du Conseil d'Etat concernant strictement le contentieux de la loi de 2004, et 1 arrêt concernant une élève infirmière.

La plupart des décisions se concentrent au début de l'application de la loi (9 en 2005, 2 par an de 2006 à 2008) les plus récentes concernant (de 2013 à 2017) des situations extérieures au cadre prévu par la loi de 2004. Le contentieux, si ce n'est les litiges, n'est donc pas « régulier ». Il semble progressivement s'éteindre pour les écoles, collèges et lycées.

Si l'on s'intéresse à la nature des décisions, on fait le constat suivant :

Devant les tribunaux administratifs :

- 25 validations d'exclusions d'élèves
- 5 annulations d'exclusion (toujours pour des vices de procédure)
- 4 décisions défavorables et 1 favorable à des femmes portant le voile dans des litiges extérieurs au périmètre de la loi.

Devant les cours administratives d'appel :

- 23 confirmations d'exclusion
- 2 annulations et réintégrations (pour erreur procédurale), concernant des élèves de collège et lycée.
- 2 confirmations et 3 annulations, pour les litiges extérieurs au périmètre de la loi.

Devant le Conseil d'Etat :

- 6 confirmations d'exclusion
- 2 annulations pour erreur procédurale concernant des élèves de collège et lycée.
- 1 confirmation et 2 annulations d'interdiction de porter un signe religieux pour les non élèves.

On peut provisoirement faire un constat sur lequel nous reviendrons, selon lequel les juridictions administratives, de chaque degré, ont toujours confirmé l'interprétation faite par les conseils de disciplines du port de signes ou tenues religieux à l'appui d'une exclusion de l'élève. Les cas d'annulation d'exclusion renvoient tous à une erreur de droit commise par les autorités administratives dans la mise en œuvre de la dimension procédurale de la loi de 2004. On peut avancer que cela s'explique par le refus des juridictions de rentrer dans la subtile distinction entre signes ostentatoires et signes discrets, entre « signes religieux ostentatoires » et « port ostentatoire d'un signe religieux ».

§2- Les données sociales et géographiques

Sans surprise on constate que le contentieux est ciblé: il concerne principalement les élèves musulmanes, la seule exception étant constituée par les garçons sikhs (6 décisions sur 33).

La présence de la religion à l'école ne produit aucun contentieux, qui se développe principalement au lycée (21 exclusions, dont 5 en lycée professionnel) et au collège (8).

Quatre académies sont particulièrement concernées par le contentieux de la loi de 2004 devant les tribunaux administratifs ¹⁰⁵⁸ : Strasbourg (9), Caen (5), Lyon (5) et Melun (8, dont 6 affaires concernant des Sikhs). Viennent ensuite Grenoble (2), Versailles, Nancy et Paris (1 chacun). Les autres académies, notamment celles des territoires d'outre-mer ne connaissent pas de contentieux.

§3- Les signes et tenues concernés

Ils ne touchent que deux religions, musulmane et sikhe, chrétiens et juifs n'apparaissant pas dans ce contentieux.

Pour les jeunes garçons sikhs, le signe litigieux est le turban ou le sous-turban, perçus et interprétés de la même façon par les conseils de discipline et les juridictions. Est remarquable le fait que selon la religion sikhe, le turban n'est pas un symbole religieux mais ce qui permet de cacher les cheveux qui eux sont « sacrés » et à ce titre ne peuvent pas être coupés. Ainsi, retirer le turban revient à exposer ce que la loi veut interdire – le signe religieux. On peut cependant juger l'interprétation des autorités de

¹⁰⁵⁸ Ce qui ne renvoie pas à la densité de la population rattachée à un culte mais plutôt à la présence de structures militantes fortes. Cf. le Rapport Chérifi déjà cité.

l'Etat cohérente puisque la loi entend proscrire ce qui rend manifeste l'appartenance religieuse et que le turban, signe non religieux en lui-même, joue bien ce rôle là.

La liste des signes et tenues valant exclusion est plus longue concernant les élèves musulmans. Comme l'indique la circulaire, et comme le montre l'application aux sikhs, ce n'est pas la nature religieuse du signe qui est prohibée mais le fait qu'il permette, de manière ostensible, de reconnaître l'identité religieuse d'un élève. Dès lors les juridictions acceptent, comme vecteur de manifestation de cette identité, à côté du « foulard » (largement majoritaire – à l'origine de 17 exclusions), « tout » ce qui exprime de la part de l'élève une volonté (supposée) de se faire reconnaître comme appartenant à une religion. Il en va ainsi du bandana, couvrant intégralement les cheveux et les oreilles ou en laissant apparaître une petite partie, du bonnet, de la « coiffe noire » et du « voile noir », de la « jupe longue » ou encore d'une « tenue couvrante »¹⁰⁵⁹, ou d'une « tenue très conforme aux préceptes de l'islam »¹⁰⁶⁰. Ces signes et tenues, dont le caractère religieux est admis par l'élève dans les deux tiers des cas, sont interprétés comme religieux et ostentatoires, la plupart du temps alors qu'ils sont portés après que les autorités scolaires ont indiqué leur refus du foulard ou du voile islamique. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient en eux-mêmes religieux ou élément d'une attitude de défiance à l'égard du fonctionnement de l'institution scolaire pour être « objectivement » perçus comme l'élément d'une affirmation ostensible d'une identité musulmane. Il est notable que la mention par les tribunaux administratifs d'une attitude inacceptable n'apparaisse que trois fois (prière à l'école, manque d'assiduité, refus de tenue professionnelle (dans un lycée professionnel)).

L'ensemble de ces données dessine un contentieux assez limité, et laissent penser que la loi a été efficace. Si les litiges demeurent dans les établissements scolaires, ils sont en général traités à l'amiable. Il ne faut cependant pas oublier que tous les élèves désirant porter un signe religieux et n'allant pas au contentieux n'ont pas transigé en retirant le voile. Une part non négligeable choisit des écoles privées confessionnelles ou un enseignement à distance¹⁰⁶¹. On ne peut dans cette étude évoquer tous les effets, notamment politiques et sociaux, de la loi. Certains évoquent un effet positif, libérant certains élèves et parents de la pression communautaire, d'autres mettent en avant un processus de déscolarisation silencieuse¹⁰⁶². Le débat existe toujours sur la légitimité et l'opportunité de cette loi. Nous nous limiterons ici à considérer que le contentieux est faible, relatif à deux religions seulement, qu'il est stable dans la mesure où l'ensemble des juridictions, notamment de premier degré, interprète de façon très homogène et consensuelle les signes religieux. Cette homogénéité de l'interprétation n'allait cependant pas de soit, et appelle une analyse plus approfondie de ses principes et conclusions.

¹⁰⁵⁹ TA Melun, 7 juillet 2015, n° 1306559

¹⁰⁶⁰ TA Melun, ord., 6 mars 2013, n° 1301599/13

¹⁰⁶¹ Un rapport du Sénat établit que les ouvertures d'établissement d'enseignement privé musulman se sont développées à partir de 2002, avec une accélération quelques années après 2004 : 4 établissements en 2007, 24 en 2012, 34 en 2013, soit 145 classes – dont 30 sous contrat – scolarisant un total de 2 767 élèves, dont 675 dans des classes sous contrat. Cette montée en puissance s'est accrue, avec 49 établissements en 2015 -dont 5 sous contrat – et plus de 5 000 élèves, dont 4 343 dans des classes hors contrat. Au total, le nombre d'élèves a donc presque doublé depuis 2013. Cf. <https://www.senat.fr/rap/r15-757/r15-7571.pdf>

¹⁰⁶² On pourra consulter une très récente étude de deux universitaires de Stanford, concluant que la loi aurait eu pour effet d'éloigner les élèves musulmans de l'enseignement secondaire, avec notamment un taux de bacheliers en régression. Cf. <https://vfouka.people.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj4871/f/abdelgadirfoukajan2019.pdf>

Section III- La portée normative de la loi de 2004

Le dispositif législatif et réglementaire est d'une rédaction équilibrée, permettant d'interdire les manifestations ostentatoires en maintenant une liberté pour les signes discrets. Au-delà des questions procédurales, touchant à la mise en œuvre du dialogue avant réunion du conseil de discipline et à la nécessité de garantir une forme de scolarisation avant le prononcé éventuel de l'exclusion, l'intervention de la justice administrative était attendue sur le fond, concernant l'interprétation du signe porté par les élèves exclus.

Les premières décisions sont vite arrivées, et ont fixé une interprétation jamais démentie. Sur le fond, toutes les exclusions ont été validées. Le constat du port d'un signe qui manifeste une appartenance religieuse suffit à fonder l'exclusion, qu'il soit directement ou « par destination », comme le bandana, rattaché à une religion, et qu'il soit ou non complémentaire d'un trouble ou d'un acte de prosélytisme¹⁰⁶³. Dès lors, l'étude de l'ensemble des décisions des juridictions administratives pourrait sembler décevante en raison de l'homogénéité relevée plus haut. En effet, ce qu'elle révèle c'est que pas une seule fois la distinction ostentatoire/discret n'a été mobilisée par le juge ; jamais la décision d'un conseil de discipline d'exclure un élève n'a été annulée au regard de la mauvaise interprétation du port du signe religieux, qui aurait été jugé à tort ostensible. Certes, cela ne signifie pas que des signes discrets ne soient pas acceptés dans des établissements scolaires. En toute logique il est possible que les responsables scolaires aient accepté par exemple des petites croix ou des étoiles de David en pendentif, et que du coup, aucun litige ne prospère et que l'information ne remonte pas. Est néanmoins remarquable le fait que le juge ne soulève finalement pas la question de la signification du port du signe et du signe lui-même dans les litiges qui lui sont soumis. C'est le premier point que nous allons développer. Nous parlerons ensuite des effets secondaires ou indirects de la loi, concernant des litiges périphériques.

§1- L'interprétation de la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse

La chose est simple : devant le juge administratif, toute manifestation de son identité religieuse par un élève semble ostensible, dans la mesure où le juge se contente de la vérification de l'effectivité du port d'un signe religieux, en plus des questions de forme, pour en déduire la légalité de l'exclusion. Aucune interrogation ne semble avoir eu lieu concernant la signification du port d'un signe religieux, en particulier sur sa dimension discrète ou ostensible. C'est pourtant cette interrogation qui, en suivant la circulaire, aurait permis de rester proche de l'équilibre libéral de 1989 et plus largement du rapport entre les libertés et l'ordre public en droit français. En définitive la question de l'ostensible est comme gommée de deux façons : on ne trouve trace de discussion ni de la portée ostentatoire du signe lui-même (l'objet), ni de la dimension ostentatoire du port du signe (l'attitude).

Dans l'arrêt de principe du 5 décembre 2007, on peut lire que le port d'un « carré de tissu de type bandana couvrant la chevelure de Mlle A, porté par celle-ci en permanence, elle-même et sa famille avaient persisté avec intransigeance dans leur refus d'y renoncer », permet de déduire que « Mlle A avait manifesté ostensiblement son appartenance religieuse par le port de ce couvre-chef, qui ne saurait être qualifié de discret, et, dès lors, avait méconnu l'interdiction posée par la loi »¹⁰⁶⁴. Le même jour, à

¹⁰⁶³ CE, 5 décembre 2007, n°295671 (bandana), 285394, 285395, 285396 (turban).

¹⁰⁶⁴ CE, 5 décembre 2007, n°295671.

propos de trois affaires concernant des élèves sikhs, le juge considère de manière lapidaire que le turban et sous-turban ne peuvent être considérés comme discrets (ce qui avait été dit par le juge de fond) et que par le seul port de ces signes ils ont manifesté ostensiblement leur appartenance à leur religion¹⁰⁶⁵.

Les décisions de première instance et d'appel ne vont pas plus loin dans l'analyse des signes. Si les jugements ne livrent aucun élément d'interprétation, les conclusions du commissaire du gouvernement Rémi Keller, rapportant sur les premières affaires ultérieures à la promulgation de la loi de 2004, et qui seront suivies par le Conseil d'Etat, sont éclairantes et donnent la clé de la discrétion juridictionnelle. Deux choses sont à retenir : l'esprit de la loi de 2004 et son application au problème posé par le port d'un bandana. Le premier point est décisif puisque c'est ce qui va commander le rapport du juge à l'interprétation des signes religieux. Ayant voulu rompre avec une situation qui mettait les chefs d'établissement dans l'embarras des querelles d'interprétation de l'attitude des élèves, « le législateur a voulu renverser la logique en fixant de manière claire les critères des signes interdits » ; et pour simplifier leur travail de défense de la laïcité à l'école, « il ne s'agit plus d'apprécier l'existence d'un trouble ou d'une volonté de prosélytisme, comme c'était le cas dans l'état antérieur du droit, il s'agit de vérifier le caractère ostentatoire du comportement de l'élève ». C'est un point capital : on écarte l'évaluation du trouble ou de l'intention subjective de l'élève pour se focaliser sur l'objectivité d'une manifestation ostentatoire de sa religion. Le législateur, est-il encore précisé, n'a pas voulu seulement interdire les signes religieux pour eux-mêmes, mais aussi ceux dont le caractère religieux se déduit du comportement de l'élève.

Il faut noter en passant le glissement sémantique, non explicité : on passe d'ostensible -seul employé dans les textes, à ostentatoire¹⁰⁶⁶. On peut considérer que c'est dans une faible mesure significatif, au moins du fait que les deux mots ne soient plus distingués, gommant ainsi la différence entre ce qui est seulement visible (ostensible) et ce qui manifeste la volonté d'être vu (ostentatoire)¹⁰⁶⁷. Cela indique que l'intention ou la volonté du porteur de signe est neutralisée, au profit de la seule visibilité. Du coup, si l'on veut maintenir une différence entre l'ostensible et le discret, ce ne saurait être en prenant en compte cette volonté, mais seulement le caractère plus ou moins « spectaculaire » du signe.

Le commissaire du gouvernement reconnaît la difficulté d'appliquer ces principes au port du bandana, qui n'a pas de signification religieuse en soi, dont le seul port ne saurait constituer une manifestation ostensible d'une appartenance religieuse. *A priori*, le retrait du foulard au profit du bandana pourrait être interprété, soit comme une manifestation religieuse, soit comme le renoncement à une manifestation religieuse. Alors comment trancher ? Et bien, en analysant non pas le signe lui-même mais le port : « il ne fait pas de doute que c'est pour des motifs religieux que Melle Ghazal portait le bandana ». La difficulté que nous semble contenir cette position est que si la qualification du bandana comme vecteur de l'affirmation d'une identité religieuse semble être indiscutable, on perçoit mal en quoi elle est ostentatoire. Pourquoi n'est-elle pas jugée discrète ? Quel est le critère ? Ce que montre l'ensemble de la jurisprudence

¹⁰⁶⁵ CE, 5 décembre 2007, n°285394, 285395, 285396.

¹⁰⁶⁶ Dans le même sens, citons les propos (mentionnés par Rémi Keller) du rapporteur de la commission des affaires culturelles du Sénat, M. Jacques Valade : « Les chefs d'établissement n'auront plus à apporter la preuve que le port du signe s'est accompagné d'un comportement ou d'actes qui le rendent ostentatoire » (Rapport de Pascal Clément, n° 1381 déposé le 28 janvier 2004)

¹⁰⁶⁷ *Ostentare* est la forme intensive d'*Ostendere*. Jusqu'au dix-neuvième siècle, la distinction est maintenue, l'ostensible étant le visible ou le montrable (les « lettres ostensibles » pour désigner des documents officiels), l'ostentatoire ce qui manifeste une volonté expresse d'être remarqué. Peu à peu, l'usage a gommé ces subtilités.

c'est que le critère n'est jamais donné. De fait, est nécessairement ostensible ou ostentatoire, pour les conseils de discipline et pour les juges, la seule manifestation de sa religion. D'une manière qui pourrait sembler paradoxale, on définit l'ostentatoire sans prise en compte de la volonté d'être ostentatoire – que généralement l'on suppose mais dont l'enregistrement n'est pas nécessaire.

La confusion de l'apparence et de l'ostentatoire par les autorités scolaires n'est pas vraiment discutée par les tribunaux qui se contentent de l'enregistrer – ce que ne discute pas la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît une marge d'appréciation aux Etats¹⁰⁶⁸. Il apparaît ainsi que tout port de signe religieux est ostensible. Conformément aux intentions du législateur, le juge fonde l'exclusion sur la perception d'une intrusion « objectivement ressentie » du prosélytisme religieux dans un lieu qui devrait être neutre. Le critère subjectif n'est pas totalement écarté puisque c'est bien la volonté de l'élève qui donne son sens au signe. Mais la nature de cette volonté n'est pas attendue de l'élève, elle lui est imputée à partir d'une approche objective de la situation¹⁰⁶⁹.

Est mise sous contrôle la signification subjective de l'élève, qui n'est pas maître d'imposer son interprétation du signe. C'est davantage le regard sur lui, l'effet sur autrui de son signe, perçu comme religieux, qui fonde l'interprétation par les autorités scolaires et juridictionnelles¹⁰⁷⁰. L'intention du porteur n'est pas totalement dépourvue de portée, mais cette intention est « objectivée » par l'observateur. Se confondent le critère objectif (l'adhésion religieuse implicite) et le critère subjectif (la volonté de la personne qui porte le signe). Le bandana, le bonnet et la jupe, sont ainsi objectivement religieux en raison de l'intention subjective de l'élève de manifester son identité religieuse par des voies détournées. On ne s'interroge donc pas pour savoir si le signe est religieux ou culturel ou politique.

Dans l'appréciation de cette situation le comportement général de l'élève compte peu. Il est précisé par les juges que « l'absence de trouble à l'ordre public et de prosélytisme n'est pas une cause de légalité – pour justifier l'interdiction du turban en général, mais aussi quelques fois à l'encontre du voile ou encore que « le fait que le port de la coiffe religieuse ne s'est accompagné d'aucun acte revendicatif ou de prosélytisme est sans influence sur la légalité de la sanction »¹⁰⁷¹. Cela peut avoir des effets pervers évidents, la défense de la liberté de conscience dans l'école produisant une atteinte à la liberté religieuse et de potentielles discriminations, comme mis en avant par l'association *United Sikh*, qui estime que « les élèves ne sont pas exclus en raison d'un comportement indiscipliné, mais bien parce qu'ils sont sikhs ».

Le juge administratif a naturellement accompagné le législateur dans sa volonté d'étendre le principe de laïcité et de lui donner une portée différente de celle qui était au cœur de l'avis de 1989. Les juridictions administratives ont su accueillir avec cohérence et homogénéité une loi qui s'écartait délibérément de la solution qu'elles défendaient depuis quinze ans. Mais précisément la souplesse des juridictions fait apparaître avec force ce qu'est l'esprit de cette « nouvelle » loi et la conception de la laïcité à l'école qu'elle promeut : il ne s'agit plus de juguler un trouble réel mais d'interdire ce qui

¹⁰⁶⁸ CEDH, *Aktas c. France*, 30 juin 2009, n°43563/68

¹⁰⁶⁹ Citons en ce sens l'exemple, extérieur au domaine éducatif, d'un litige dans lequel le port d'une charlotte de bloc opératoire en dehors des situations où c'est nécessaire a été jugé comme étant l'expression d'une appartenance religieuse. TA Cergy-pontoise, 12 décembre 2008, n° 054004.

¹⁰⁷⁰ Sur ce point, cf. J.-M. Woehrling, « Qu'est ce qu'un signe religieux ? », *Société, Droit et religion*, n° 1. 2012, p. 9-24

¹⁰⁷¹ Plusieurs occurrences, dont CAA Nancy, Ghazal, 24 mai 2006.

permet de se faire reconnaître par son apparence religieuse¹⁰⁷². On peut alors se demander pourquoi la circulaire signalait la distinction entre discret et ostentatoire, puisque, même discret, un signe permet de manifester une identité. De fait, cette distinction n'a aucune portée dans le contentieux, et on peut se demander, quoi qu'on en pense, ce qu'il reste de la liberté religieuse des élèves. De fait, on peut considérer que la loi est interprétée comme ayant posé une interdiction générale et absolue de manifester son identité religieuse¹⁰⁷³.

§2- Les contentieux périphériques de la loi de 2004

On évoquera pour finir des contentieux liés au port de signes religieux extérieurs au cadre institutionnel de la loi de 2004 mais qui, d'une part permettent néanmoins d'éclairer la conception de la laïcité qui se joue sur cette question, d'autre part sont souvent nés d'une extension discutable de la même loi. Ces litiges concernent principalement deux types d'interrogation : le premier à propos des personnes qui participent à des formations professionnelles dans des locaux couverts par la loi de 2004, le second à propos des parents accompagnateurs de sorties ou d'activités scolaires.

A- Les élèves en formation professionnelle

Quelques décisions relativement récentes répondent à une interdiction faite à une élève en formation professionnelle de porter un signe religieux. Elles sont peu nombreuses, on décompte sept affaires dont deux venant jusqu'au Conseil d'Etat, mais sont importantes en ce qu'elles permettent de préciser le rapport des lieux d'enseignement à la laïcité. On peut distinguer trois types de situations, celle d'élève-infirmière, puis celle des « stagiaires Greta », et enfin un cas isolé concernant une école de commerce. Elles sont intéressantes sur deux points, concernant la portée « institutionnelle » de la loi de 2004 d'abord, et l'interprétation des signes religieux ensuite.

Sur le premier point, qui concerne principalement les stagiaires accueillis dans les « Greta », la réponse des tribunaux est simple : la prohibition de la manifestation ostensible de sa religion ne concerne que les élèves scolarisés dans les écoles, collèges et lycées. Par conséquent elle ne touche pas les élèves d'un autre type amenés à fréquenter l'un de ces lieux. Dès lors la prohibition ne les touche pas¹⁰⁷⁴. Une réserve est cependant possible, si le cas d'espèce fait que les élèves stagiaires sont amenés à physiquement cohabiter avec les élèves scolaires. Dans ce cas, pour des considérations d'intérêt général, on peut demander aux premiers de dissimuler leurs signes. Il s'agit de parer au trouble né de la différence de traitement qui serait faite entre les élèves de la formation initiale et les stagiaires de la formation continue (usagers du service public fréquentant les mêmes locaux scolaires pendant les mêmes périodes) et qui serait susceptible de troubler l'ordre de l'établissement¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² Comme le dit très clairement le « Vademecum » de l'éducation nationale de 2018, *La laïcité à l'école*. (fiche 3).

¹⁰⁷³ Pour mémoire, le Conseil d'Etat dans son avis de 1989, posait que « les élèves ont le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses (...) dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité ». Cet équilibre est manifestement rompu.

¹⁰⁷⁴ TA Paris, 5 novembre 2010, n°0905232.

¹⁰⁷⁵ CAA de Paris, 12 octobre 2015, n° 14PA00582

La situation des élèves infirmières est plus subtile. Elles (sont concernées deux femmes musulmanes) ne sont pas toujours soumises au même régime qui change avec le contexte ; aussi serait illégale une interdiction générale indépendante de la situation¹⁰⁷⁶. Elèves du supérieur, elles ont le statut d'usager du service public, libres d'exprimer leurs croyances religieuses, y compris par le port de signes religieux. Lorsqu'elles sont en hôpital public elles sont soumises au devoir de neutralité du service public, lorsque leurs stages s'effectuent dans des établissements n'assurant pas une mission de service public, elles sont soumises au respect de leur règlement intérieur.

Un dernier cas doit être évoqué, celui d'une élève de « l'école nationale de commerce de Paris ». Il a été jugé que l'interdiction qui lui était faite de porter un signe religieux était légale, son école ayant le statut d'un lycée technique, elle se trouvait soumise à la loi de 2004¹⁰⁷⁷.

Sur le fond, concernant l'interprétation du voile, un aspect de ces affaires doit être noté. Les personnes concernées n'étant pas soumises à la prohibition de 2004, les juges du fond se livrent à une analyse plus poussée de la signification des signes religieux concernés. Sans que l'appréciation du voile soit nouvelle et originale, ce seul fait est remarquable car il suggère qu'*a contrario* la loi de 2004 dispense de ce type d'interrogation. Ainsi, dans les affaires « Greta », la Cour administrative d'appel considère que « le foulard par lequel Mme Boutaleb entendait exprimer ses convictions religieuses ne saurait être regardé comme un signe présentant, par sa nature, un caractère ostentatoire ou revendicatif et dont le port constituerait, par lui-même, un acte de pression ou de prosélytisme »¹⁰⁷⁸. Autre chose remarquable, le juge évalue le contexte et cherche à établir la réalité d'un trouble autre que le seul affichage d'une croyance religieuse ; aussi la coexistence avec des agents publics soumis en permanence à une obligation de neutralité et de laïcité ne suffit pas à établir un trouble du bon fonctionnement du service public. De fait, « il ne ressort pas des pièces du dossier que Mme Boutaleb aurait porté ce foulard dans des conditions telles que ce port aurait revêtu le caractère d'un acte de pression ou de prosélytisme ». Le juge de cassation ne reviendra pas sur ces évaluations tendant à faire vivre l'esprit de l'avis de 1989 en dehors du périmètre de la loi de 2004. Celle-ci apparaît *a contrario* comme ayant posé un principe de portée générale qui ne souffre d'aucune analyse de la réalité du trouble ou de l'intention prosélyte, aucune prise en compte de l'effectivité du caractère ostentatoire du signe religieux porté.

B- L'extension de la neutralité aux parents d'élèves

On compte une dizaine de décisions de tribunaux administratifs relatives à ce type de litige. L'extension du principe de neutralité aux usagers du service public que pose la loi de 2004 a une extension naturelle vers la situation des parents accompagnateurs de sorties scolaires ou participant à des activités scolaires. En effet, s'il s'agit de protéger l'école d'une présence religieuse jugée en elle-même contraire au service public de l'éducation, on ne voit pas pourquoi cela concernerait seuls les enseignants et les élèves. Le débat a donc prospéré, alimentant une sorte de tâtonnement juridique, auquel le Conseil d'Etat n'a qu'imparfaitement mis fin. Si en pratique les sorties avec parents arborant des signes de leur religion ont bien lieu, de

¹⁰⁷⁶ CE, 28 juillet 2017, *Boutaleb et autres*, n° 390740, 390741, 390742.

¹⁰⁷⁷ CAA Paris, 20 juin 2017, n° 16PA0119

¹⁰⁷⁸ CAA Paris, 6 décembre 2016, n°15PA03528

nombreux établissements scolaires ont inscrit dans leurs règlements intérieurs des clauses exigeant la neutralité religieuse des parents accompagnant des sorties scolaires d'élèves. Nombre de juges du fond ont validé ces dispositions¹⁰⁷⁹, confirmées par une intervention ministérielle (circulaire Luc Châtel du 27 mars 2012). Le Conseil d'Etat a clarifié la situation dans une étude commandée par le Défenseur des droits (19 décembre 2013), en indiquant qu'il n'existe pas de fondement juridique pour soumettre les parents, ni agents ni collaborateurs du service public, à une obligation de neutralité, sauf trouble à l'ordre public, qui ne peut être constitué par le seul port d'un signe religieux. Cette intervention a été suivie (et avait été « anticipée ») par les juges de fond un certain nombre de fois¹⁰⁸⁰ ; néanmoins la possibilité d'un trouble à l'ordre public peut être interprétée d'une façon restrictive ou extensive. De fait, cela n'a pas éteint le débat ; jugeant qu'il manquait une loi pour répondre à l'incertitude jurisprudentielle les sénateurs ont voté le 15 mai 2019 un amendement, rejeté par l'Assemblée nationale, interdisant le port de signes religieux ostensibles aux parents accompagnateurs.

Sur le fond le problème est double. D'abord, quel est le statut des parents ? Le Conseil d'Etat a rejeté l'idée qu'ils soient traités comme des collaborateurs du service public ; ensuite, quelle signification a le port d'un signe religieux lors d'une sortie, est-il simple expression de la liberté religieuse ou acte prosélyte ? A partir de quand et sous quelle forme peut-il être jugé ostentatoire et vecteur d'un trouble objectif ? Les décisions des tribunaux administratifs montrent que la place occupée par l'interprétation des signes (exclusivement musulmans) est marginale. Apparaissent comme principalement décisives les questions du statut des parents et l'existence d'un trouble, selon donc des évaluations variées et parfois ambivalentes quant à leur portée normative¹⁰⁸¹.

Le signe lui-même n'est interrogé dans aucune des décisions auxquelles nous avons eu accès. Autrement dit, là comme dans le contentieux de la loi de 2004, les juridictions n'utilisent pas la distinction discret/ostentatoire pour évaluer l'atteinte au principe de laïcité. Ce n'est donc pas l'intensité de la manifestation par le signe qui porte l'atteinte à la laïcité mais sa seule visibilité. Le contentieux des parents d'élève donne ainsi à voir le même « préjugé » à l'encontre du signe religieux, ostentatoire en lui-même, donc hostile à la laïcité. Il est donc utile de le rattacher à la loi de 2004 dont il permet d'éclairer le potentiel antireligieux.

Conclusion

Au terme de cette analyse de la jurisprudence d'application de la loi de 2004, on peut considérer que la formulation de l'interdiction du port de signes religieux proposée par le Rapport Debré aurait été plus « juste », plus conforme avec la mise en œuvre de la loi par les chefs d'établissements et avec sa compréhension par les tribunaux. Ce rapport, plutôt que le port de signe « ostentatoire », proposait l'interdiction de signes « visibles ». Si ce libellé pouvait, et c'est sans doute pour cela qu'il a été écarté, semblé trop restrictif à l'égard de la manifestation de la liberté religieuse, il contient la « vérité pratique » de la loi 2004. De fait, c'est bien le port des signes religieux visibles qui est interdit, puisque tout signe visible semble être jugé comme ostentatoire.

¹⁰⁷⁹ TA Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015

¹⁰⁸⁰ TA Nice 9 juin 2005, n°1305386 ; TA Amiens, 15 décembre 2015 n°1401797.

¹⁰⁸¹ Ainsi lorsqu'il est posé que « le bon fonctionnement du service public laïc et les considérations d'ordre public peuvent conduire l'autorité à *recommander à des parents de s'abstenir* de porter des signes religieux » (TA Nice, ordo, 11 avril 2014). Le juge du fond reprend alors une formule du Conseil d'Etat dans son étude du 19 novembre 2013 sur « l'application du principe de neutralité religieuse dans les services publics » (demandée par le Défenseur des droits).

L'étude des décisions de première instance et d'appel ne renouvèle certes pas la connaissance des principes posés par le législateur et le Conseil d'Etat. Elle permet toutefois de mesurer la portée de la loi de 2004, de mieux dessiner la rupture avec « l'esprit de 1989 » que le libellé de la loi et de sa circulaire d'application entendait maintenir avec la possibilité de porter des signes discrets. Le fait que pas une seule décision des juges de fond ne censure la qualification d'ostentatoire du port d'un signe ou d'une tenue indigne – outre sans doute la sagesse des conseils de discipline qui n'ont pas décidé d'exclusion pour des manifestations « légères » – que la manifestation visible de sa religion par un élève ne saurait être considérée comme neutre quant au fonctionnement du service public de l'éducation. L'interdiction du turban sikh est exemplaire : les motifs politiques d'interdiction du voile - défense de l'égalité entre les sexes, lutte contre la pression communautaire, digue contre l'islamisme – ne sauraient valoir à l'encontre d'une religion parfaitement intégrée à la République et à laquelle aucune atteinte à ses valeurs n'est reprochée. Sans doute peut-on faire l'hypothèse que les Sikhs sont victimes collatérales de la lutte contre l'islam radical. Il n'en reste pas moins que l'interdiction du turban, et l'interprétation systématique du foulard comme ostentatoire, inscrivent dans le droit l'idée que la manifestation de son identité religieuse est en soi contraire à la laïcité à l'école, et que l'exigence de neutralité d'apparence est passée du côté des personnes privées. C'est donc le non-dit de la loi de 2004 que montre son application par les tribunaux.

CHAPITRE III- LAÏCITÉ ET DROIT DE LA FAMILLE DANS LA JUSTICE

Christine PAUTI

Introduction : l'obligation de neutralité du juge face aux convictions religieuses au sein de famille

Section I- Neutralité du juge et religion dans le couple

§1- La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors de la formation du couple

- A- L'absence d'objection de conscience des officiers d'état civil validée par le juge constitutionnel
- B- Un cas de nullité du mariage : l'appréciation par le juge de l'erreur sur les convictions religieuses en tant que qualités essentielles de la personne

§2- La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors du divorce

- A- Le divorce pour faute en raison des convictions religieuses d'un conjoint non tolérées par l'autre ou d'une pratique religieuse excessive
 - 1- Le manquement manifeste au devoir de neutralité du juge dans de rares contentieux
 - 2- La neutralité du juge protectrice de la liberté religieuse des époux
 - 3- La neutralité du juge compatible avec la sanction d'une pratique religieuse excessive de l'un des époux
- B- L'opposition au divorce de la part d'un époux en raison de ses convictions religieuses

Section II- Neutralité du juge et religion de l'enfant

§1- La neutralité du juge face au droit d'éducation religieuse, composante de l'autorité parentale sur l'enfant, même placé

- A- L'éducation religieuse : une composante *a priori* traditionnelle de l'autorité parentale
 - 1- Une composante classique de l'autorité parentale
 - 2- Une attention particulière à l'éducation religieuse dans certains textes
 - 3- L'intervention du juge en cas d'éducation religieuse jugée contraire à l'intérêt de l'enfant : l'exemple du changement de prénom de l'enfant en lien avec des considérations religieuses
- B- La neutralité du juge et le respect de l'éducation religieuse des parents de l'enfant placé
 - 1- La persistance du droit d'éducation religieuse des parents de l'enfant placé
 - 2- Le placement de l'enfant dans une famille ou une institution ne correspondant pas à l'orientation religieuse de la famille de l'enfant
 - 3- Une neutralité moindre du juge face à l'enfant placé ?
- C- La protection de l'enfant contre les abus des parents justifiés par des raisons religieuses
 - 1- La protection par le juge de la santé physique de l'enfant en danger du fait des convictions religieuses de ses parents
 - a- Les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants
 - b- Les mesures d'assistance éducative au service de la vie ou de la santé de l'enfant
 - 2- La protection par le juge de la santé psychique de l'enfant en danger du fait des convictions religieuses de ses parents
 - 3- La protection par le juge de l'enfant contre la radicalisation d'un parent
 - 4- La neutralité du juge et l'équilibre entre la liberté d'éducation religieuse des parents et les droits fondamentaux de l'enfant

§2- La neutralité du juge dans les procédures d'adoption

§3- La neutralité du juge dans le choix des modalités de garde de l'enfant de parents séparés

- A- La neutralité du juge à l'épreuve des parents membres de « nouveaux mouvements religieux»
 - 1- Les risques de discriminations en fonction de la religion des parents et de leur éducation religieuse
 - 2- La neutralité du juge au-delà de l'appartenance à un nouveau mouvement religieux
- B- La résidence de l'enfant dont l'un des parents part vivre dans un pays étranger en raison de ses convictions religieuses
- C- Les accords conclus entre parents concernant la répartition de la garde des enfants en fonction des fêtes religieuses

§4- La neutralité du juge lors de conflits entre parents sur l'éducation religieuse de l'enfant

- A- L'éducation religieuse de l'enfant, catalyseur de conflits lors de la séparation
- B- La prise en compte d'éléments objectifs dans la décision des modalités d'exercice de l'éducation par des parents séparés : en particulier la poursuite de l'éducation religieuse antérieure au service de la neutralité du juge face à des parents divisés
- C- L'interdiction d'éducation religieuse de l'enfant faite aux parents séparés de religion différente
- D- La prise en compte de l'avis de l'adolescent sur son éducation religieuse dans les conflits parentaux

Introduction : l'obligation de neutralité du juge face aux convictions religieuses au sein de famille

Dans un premier temps, associer « laïcité » et « droit de la famille » dans une réflexion sur la justice peut apparaître impossible, pour le moins incompatible, au minimum surprenant. A l'inverse par exemple de ce qu'il peut imposer dans ses services publics, tels que l'école, l'Etat - notamment par l'intermédiaire du juge - n'a aucun pouvoir d'imposer la neutralité dans le cadre strictement privé de l'espace familial. A une époque où le principe de laïcité - à travers sa composante neutralité - connaît des glissements (que l'on pense notamment aux règlements intérieurs des entreprises privées depuis la loi El Khomri), le domaine familial demeure *a priori* l'un de ceux où le principe de laïcité semble avoir le moins de prise¹⁰⁸².

Le droit de la famille constitue pourtant l'un des domaines du droit où le facteur religieux intervient sans doute le plus fréquemment du fait du caractère avant tout intime de la religion. Comme nous l'indiquait un avocat spécialisé dans les affaires familiales: « en droit de la famille il est extrêmement rare que le fait religieux n'intervienne jamais, c'est rare de tomber sur des gens qui tous les deux sont vraiment extrêmement laïques, sans religion etc. Concernant mon activité je dirais que dans 60 à 70% des cas le fait religieux intervient, mais c'est parce que je fais du droit de la famille ». Même si notre enquête ne peut être qu'exploratoire - compte tenu du nombre limité de professionnels interrogés, une centaine en tout - , il en ressort en effet que le « contentieux religieux » est davantage évoqué dans un cadre familial.

Dans un second temps, on constate que l'Etat, représenté principalement par le juge, peut être amené à intervenir dans le cadre familial, notamment en cas de conflits entre les parents, conflits dont l'origine ou l'incidence peut être d'ordre religieux, ou pour protéger les droits de l'enfant, et ce parfois contre des décisions dictées par des convictions religieuses de ses parents. Et, même si, en vertu du principe de laïcité, il aborde les questions religieuses comme des faits comme les autres¹⁰⁸³, le juge, par son pouvoir souverain d'appréciation, va devoir trancher¹⁰⁸⁴.

Dans la résolution d'éventuels conflits ou, par exemple, quand il prend une mesure d'assistance éducative en faveur de l'enfant, le juge devra respecter les deux facettes du principe de laïcité, telles qu'énoncées dans les deux premiers articles de la loi du 9 décembre 1905 à savoir:

¹⁰⁸² Toute recherche à travers le site Legifrance associant les termes « laïcité » et « famille » ou « laïcité » et « mineur » ou « enfant » est logiquement vaine puisque l'objet des litiges ou contentieux concerne non l'exercice du principe de laïcité au sein de la famille mais celui de liberté religieuse (à moins que la famille ou les ou l'un des conjoints ou parents ait décidé d'appliquer des « règles » laïques, notamment s'agissant de l'éducation de leur enfant et du choix de l'établissement scolaire) et c'est le juge lui-même qui doit faire preuve de neutralité en abordant ces conflits.

¹⁰⁸³ « tout ce qui touche à la religion est traité comme du fait et non du droit » (F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, 997). Un juge interviewé lors de l'enquête affirmait à propos de dossiers qu'il avait eus à traiter en tant que juge des enfants dans le cadre de l'assistance éducative concernant des témoins de Jéhovah refusant certains soins pour leurs enfants: « je me souviens que c'était une dimension du dossier traduite en termes juridiques ; on savait que c'était la religion qui induisait le comportement mais on jugeait le comportement et pas la religion. Mais cela arrive très rarement. Je sais pas ce que cela signifie « en lien avec la religion ». Quand un type bat sa femme car il la considère comme une merde, est-ce un dossier qui est en lien avec la religion ? Le problème est de savoir ce qu'on met dans la religion : agression car la victime est juive ? mais il n'y a pas de débats sur la religion... ».

¹⁰⁸⁴ On peut ainsi s'étonner de la réflexion d'un juge interrogé: « Ce que j'ai eu comme chose « empoisonnante » mais qui me faisait rigoler, personnellement, au fond de moi, c'était les problèmes chez les personnes de religion juive, le cas d'un parent qui ne voulait pas laisser les enfants aller chez l'autre parent au motif que la *cashrout* n'était pas respectée. C'est-à-dire que l'on ne lave pas deux fois la vaisselle. J'ai statué en considérant que ce n'était pas des problèmes qui regardent la loi française. »

- neutralité de l'Etat - que le juge incarne ici - face aux convictions religieuses des différents membres de la famille ;
- respect du droit de liberté religieuse de chacun des membres de la famille, en tenant compte des limites traditionnelles associées à ce droit mais également de celles qui naissent de son exercice dans le cadre familial.

L'exercice du droit de liberté religieuse de l'individu, composante du principe de laïcité, doit être garanti dans toute situation, notamment dans le cadre familial. Celui de l'individu majeur ne doit pas être amoindri uniquement parce qu'il est marié ou a des enfants mineurs. L'enfant mineur est quant à lui également titulaire du droit de liberté religieuse même si, compte tenu de son âge et de sa maturité, il ne peut pleinement exercer ce droit et reçoit l'éducation que lui donnent ses parents.

Les juges n'ont ainsi cessé de rappeler la liberté de conscience de la personne, indépendamment des conditions de vie familiale, qui implique la liberté de choisir une religion, de se convertir, sans qu'il puisse être porté un jugement sur la croyance choisie, en vertu du principe de neutralité. Cependant, les tribunaux sanctionnent les excès d'une pratique religieuse qui remettraient en cause l'harmonie familiale. L'exercice du droit de liberté religieuse doit en effet se concilier avec les devoirs et obligations résultant du statut de conjoint ou de parent. En ce domaine, les conflits ayant un lien avec la religion de l'enfant sont les plus nombreux car ils surgissent souvent au moment de la séparation des époux et l'intérêt et la protection de l'enfant justifient une intervention renforcée du juge.

L'étude visera, à travers un large contentieux mais également au regard de certains entretiens menés avec des professionnels de la justice, à examiner si et de quelle manière le juge parvient à conserver sa position de neutralité, quelles que soient les croyances religieuses en présence et les éventuelles « stratégies » adoptées par les avocats.

Au sein du contentieux familial, les entretiens menés¹⁰⁸⁵, confirmés par la jurisprudence existante, témoignent que le fait religieux est surtout présent dans des contentieux liés aux enfants (**Section II**), même s'il se présente également au sein du couple (**Section I**).

Section I- Neutralité du juge et religion dans le couple

Le contentieux en lien avec la religion se présente aussi bien au sein du couple uni que dans celui qui se déchire.

§1- La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors de la formation du couple

- A- L'absence d'objection de conscience des officiers d'état civil validée par le juge constitutionnel

Alors que, jusqu'à l'aube du XXIème siècle, seuls existaient le concubinage ou le mariage entre personnes de sexes différents, les alternatives se sont considérablement

¹⁰⁸⁵ Ces entretiens ne pouvant être considérés comme représentatifs, on ne peut exclure l'hypothèse que les professionnels interrogés aient davantage été marqués par des contentieux impliquant des enfants que des adultes.

développées depuis. Il existe aujourd'hui trois possibilités d'unions, ouvertes tant aux couples de personnes de sexes différents qu'aux couples de même sexe : le concubinage¹⁰⁸⁶, le Pacte civil de solidarité dit « PACS », instauré par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999¹⁰⁸⁷ et le mariage, ouvert depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 - dite loi sur « le mariage pour tous » - aux couples de personnes de même sexe¹⁰⁸⁸. Dès les premiers mois d'application de cette dernière loi, le Conseil constitutionnel a exclu toute clause de conscience pour les maires, après que certains d'entre eux aient commencé à refuser de célébrer ce type de mariage.

Dans sa décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres*, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé : « Considérant qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience »¹⁰⁸⁹.

Le juge constitutionnel français rappelle ainsi les implications du principe de laïcité pour les agents de l'Etat, quelles que soient leurs convictions personnelles concernant le domaine familial. Le maire ne peut s'opposer pour des raisons philosophiques ou religieuses à la formation d'un lien matrimonial : il lui est interdit de prendre partie, de même que ne peut le faire le juge, en droit de la famille, pour des raisons de conscience. Mais à la différence du maire qui - en tant qu'officier du service public neutre de l'état civil - n'a pas de « marge de manœuvre » quand les conditions prescrites par la loi sont réunies pour que le mariage soit célébré, le juge, dans le contentieux familial, conserve une marge d'appréciation quant aux mesures les plus adaptées à prendre. Quand des conjoints ne partagent pas les mêmes convictions et demandent au juge de trancher un litige en lien avec une problématique religieuse, il doit en effet statuer.

La question religieuse intervient surtout lors de la formation du mariage.

B- Un cas de nullité du mariage : l'appréciation par le juge de l'erreur sur les convictions religieuses en tant que qualités essentielles de la personne

La nullité du mariage ne peut être invoquée que lorsque l'une des conditions de fond ou de forme légales pour la validité de celui-ci n'est pas respectée.

Pour ce qui est de la religion, la nullité peut avoir trois fondements dont certains ne laissent aucune marge d'appréciation au juge :

- La bigamie, interdite en droit français¹⁰⁹⁰, la monogamie y étant d'ordre public
- La violence et la contrainte

En vertu de l'article 180, alinéa 1^{er} du Code civil : « (...) L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un

¹⁰⁸⁶ Art. 515-8 CC

¹⁰⁸⁷ Art. 515-1 CC

¹⁰⁸⁸ Art. 143 CC

¹⁰⁸⁹ V. aussi Cour EDH, 15 janv. 2013, n° 51671/10, *Ms Lillian Ladele c. Royaume Uni* : un fonctionnaire anglais qui avait refusé d'enregistrer des *civil partnership* pour des motifs religieux fit l'objet de poursuites disciplinaires. Saisie d'une requête dénonçant l'atteinte à sa liberté de conscience, la Cour rejeta la demande au motif que, dans le cadre de la conciliation entre la liberté du requérant et les droits des personnes de même sexe de voir leur partenariat enregistré, le Royaume-Uni avait agi dans le cadre de la marge d'appréciation dont les États membres bénéficient pour assurer la conciliation entre des droits protégés par la Convention.

¹⁰⁹⁰ Art. 147 CC : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». En pratique, il ne pourra y avoir nullité pour bigamie que si « elle résulte d'un mariage religieux antérieur valable au regard du droit international privé français et qui ne serait pas encore dissous lors de la célébration du mariage civil en France » (*Droit français des religions, op. cit.*, p. 1005-1006).

ascendant, constitue un cas de nullité du mariage ». Ce nouveau cas de nullité, introduit par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, permet en particulier de lutter contre les « mariages forcés », dictés par des exigences religieuses ou culturelles au sein de certaines communautés.

- L'erreur sur les qualités essentielles de la personne

C'est surtout ce troisième cas de nullité qui nous intéresse dans le cadre de cette étude. Cette possibilité existe depuis 1975. Jusqu'à cette date, les époux pouvaient demander la nullité du mariage uniquement pour erreur sur la personne (erreur sur la nationalité, sur l'existence d'une procédure de curatelle, sur l'état mental...). Et, dans la lignée d'un arrêt de la Cour de cassation *Berthon* de 1862 refusant à une femme la nullité de son mariage avec un ancien forçat¹⁰⁹¹, les juridictions civiles refusaient en général de retenir comme cause de nullité pour erreur dans la personne « l'erreur sur la fortune, l'intelligence, le caractère, la race, la religion, la virginité ou la grossesse de la femme, la santé d'un époux »¹⁰⁹². Ainsi, le 29 juillet 1943, la Cour d'appel de Paris avait refusé d'annuler le mariage contracté par un juif qui s'était fait passer pour un musulman aux yeux de sa future épouse¹⁰⁹³.

Depuis 1975, en vertu de l'article 180, alinéa 2 du Code civil : « S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ».

En l'espèce, le demandeur doit prouver que les convictions religieuses ont été déterminantes dans son consentement au mariage. Ainsi, il a par exemple été jugé qu'une femme d'un milieu profondément religieux, en se mariant, estimait essentiel de trouver chez son conjoint la même volonté de contracter une union sérieuse et durable, telle que définie par l'Eglise catholique. Or, elle avait épousé un homme qui avait une liaison à laquelle il n'avait jamais eu l'intention de mettre fin et qui était d'ailleurs parti avec sa maîtresse trois mois après le mariage¹⁰⁹⁴.

Dans son arrêt du 2 décembre 1997, la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 5 décembre 1994 admettant la nullité pour erreur sur l'existence d'un précédent mariage religieux :

« Mais attendu que la cour d'appel a retenu, à bon droit, que le fait pour M. X... d'avoir caché à son épouse qu'il avait contracté un premier mariage religieux et qu'il était divorcé, avait entraîné pour son conjoint une erreur sur des qualités essentielles de la personne;

qu'elle a souverainement estimé que cette circonstance était déterminante de son consentement pour Mme Y... qui, désirant contracter un mariage religieux, entendait, par là même, épouser une personne non divorcée »¹⁰⁹⁵.

Les juges ont une lecture exigeante de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Ainsi dans un arrêt du 13 décembre 2005, la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel justifie légalement sa décision de rejeter l'action en nullité de mariage engagée par une épouse pour erreur sur les qualités essentielles de son conjoint. Cette dernière relevait que si le mari avait caché à son épouse l'existence d'une relation antérieure avec une autre femme, il n'était pas démontré qu'il ait eu l'intention de poursuivre cette liaison après le mariage et a souverainement estimé que les convictions religieuses de l'épouse ne permettaient pas d'établir que celle-ci n'aurait pas contracté

¹⁰⁹¹ Cass. Ch. Réunies, 24 avr. 1862 (*D.* 1862, 1, p. 353). cité dans *Droit français des religions, op. cit.*, p. 1006.

¹⁰⁹² TGI Le Mans, 18 mars 1965 (*D.* 1967, jur. p. 203, note J. PRADEL)- cité dans *Droit français des religions, op. cit.*, p. 1006.

¹⁰⁹³ CA Paris, 20 juill. 1943 (*S.* 1943, 2, 56).

¹⁰⁹⁴ TGI Le Mans, 7 déc. 1981 (*JCP G* 1986, II, 20573, note J.-J. LEMOULAND)- cité dans *Droit français des religions, op. cit.*, p. 1006, note 44.

¹⁰⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ. 2 déc. 1997, n° de pourvoi: 96-10498 (*Dr. Famille* 1998, comm. 35, H. LECUYER).

mariage si elle avait eu connaissance de cette liaison passée de son mari dans la mesure où les aspirations de ce dernier à une union durable n'étaient nullement mises à mal par cette circonstance¹⁰⁹⁶.

Dans ces différentes hypothèses, le juge fait preuve de neutralité, exigeant uniquement du demandeur la démonstration selon laquelle les convictions religieuses ont été déterminantes dans son consentement au mariage, et ce quelle que soit la religion concernée (même s'il est vrai que les exemples contentieux concernent semble-t-il quasi-exclusivement la religion catholique). Ainsi, le juge ne porte pas de jugement sur les préceptes religieux en eux-mêmes mais sur l'intensité de la croyance, ce qui lui permet de juger que le requérant n'aurait pas contracté le mariage s'il avait eu connaissance de certains faits en contradiction avec ses convictions religieuses.

Le juge peut aussi être amené à trancher des faits survenus pendant le mariage en lien avec les convictions religieuses et qui remettent en cause la vie du couple.

§2- La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors du divorce

A- Le divorce pour faute en raison des convictions religieuses d'un conjoint non tolérées par l'autre ou d'une pratique religieuse excessive

Si, dans le couple, chaque époux dispose de la liberté de conscience et de religion, qui implique notamment le droit de changer de religion, il doit néanmoins respecter les obligations nées du mariage. Le respect de la religion du conjoint s'inscrit désormais dans le devoir de respect¹⁰⁹⁷ que se doivent mutuellement les époux. Aux termes de l'article 212 du Code civil en effet: « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». C'est un « devoir de tolérance réciproque »: « chaque époux doit tolérer une pratique régulière de sa religion par l'autre et admettre les conséquences ordinaires que cela implique dans le mode de vie »¹⁰⁹⁸.

La méconnaissance de cette obligation par l'un des époux constitue une faute permettant d'introduire une demande en divorce sur le fondement de l'article 242 du Code civil¹⁰⁹⁹. Aux termes de cet article: « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ».

¹⁰⁹⁶ Cass., civ. 1, 13 déc. 2005, n° 02-21259 (*Bull.* 2005 I n° 495 p. 416). Décision attaquée : CA Paris, 20 déc. 2001. Les tribunaux ont également été saisis d'une demande de nullité du mariage par un époux découvrant que son épouse n'était pas vierge. Dans un jugement rendu le 1er avril 2008, le TGI de Lille avait accepté de prononcer la nullité du mariage. La virginité de la future épouse, sur laquelle elle avait reconnu avoir menti, était alors considérée comme une qualité essentielle déterminante du consentement de l'époux. Mais, le 17 novembre 2008, la cour d'appel de Douai a infirmé ce jugement en concluant que la virginité n'était pas une qualité essentielle (CA Douai, civ. 1, 17 nov. 2008, n° de RG: 08/03786).

¹⁰⁹⁷ Ce devoir est inscrit depuis la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 à l'article 212 CC.

¹⁰⁹⁸ *Droit français des religions*, op.cit., p. 1009.

¹⁰⁹⁹ Les autres cas de divorce sont : le divorce par consentement mutuel (art. 229-1 à 232 CC) ; le divorce accepté (art. 233 à 234 CC) ; le divorce pour altération définitive du lien conjugal (art. 237 à 238 CC). Dans le second projet de loi portant rétablissement du divorce, déposé le 21 mai 1878, Alfred Naquet avait inséré une disposition aux termes de laquelle le divorce aurait pu être prononcé en raison des «dissentiments religieux survenus après le mariage et prouvés, soit par le changement de religion de l'un des époux, soit par la religion imposée aux enfants lors de leur naissance ou plus tard par l'un des époux, malgré la volonté ou à l'insu de l'autre, soit par l'aveu des deux parties». Alfred Naquet voyait en effet dans «les divergences de vues en matière religieuse (...) un des sujets les plus graves et les plus permanents de dissentiment entre les époux, cause des querelles les plus fréquentes et les plus violentes» (cité par M. BELIN, *La liberté...*, op. cit., p. 73).

Dans ce type de contentieux, le juge doit faire preuve d'une vigilance renforcée pour que ses convictions personnelles n'aient pas d'influence sur le litige à traiter. Or, on retrouve des décisions, certes isolées, dans lesquelles le juge a manifestement manqué à son devoir de neutralité.

1 - Le manquement manifeste au devoir de neutralité du juge dans de rares contentieux

L'utilisation différenciée par le juge des termes « religion » et « secte » - attachant à ce dernier terme une connotation péjorative - traduit en soi l'abandon d'une certaine forme de neutralité.

Ainsi, dans une décision du 20 décembre 1966, le tribunal de grande instance d'Avignon affirmait: «Attendu que C. est également en droit de reprocher à son épouse son adhésion à la secte des Témoins de Jéhovah, bien que celle-ci prétende que la liberté de conscience l'y autorise; - Attendu que la thèse de la dame C. eût été valable si lors du mariage elle eût déjà été une adepte, au vu et au su de l'homme qu'elle allait épouser; qu'il n'en est plus de même du fait des engagements sacramentels qu'elle a contractés en s'unissant à C. dans le rite de l'Eglise romaine qui lui imposent de se comporter en épouse catholique et d'élever les enfants dans la même foi;- Attendu que la déviation religieuse de la dame C. pourrait être retenue comme un grief sérieux, surtout s'il s'avérait que les enfants puissent être entraînés par elle hors de la religion catholique dans laquelle les époux se sont unis».

Dans cette même décision, on peut lire: «Attendu que si la dame C. persistait dans ses errements (...)», formule témoignant - avec l'utilisation des termes « secte religieuse » et « déviation » - du parti pris des juges et du mépris du principe de neutralité dont ces derniers doivent pourtant faire preuve conformément au principe de laïcité¹¹⁰⁰, allant même jusqu'à affirmer de façon implicite que la liberté religieuse interdit au conjoint de changer de convictions.

Trente ans plus tard, la Cour de cassation était confrontée au cas suivant : un époux reprochant à sa femme d'avoir méconnu ses engagements en adhérant aux Témoins de Jéhovah, et invoquant notamment de graves perturbations dans la vie familiale et la divergence de vue dans l'éducation des enfants, avait demandé le divorce; la résidence habituelle des enfants communs avait alors été fixée chez le père et le divorce prononcé aux torts exclusifs de la femme.

Dans un arrêt du 9 octobre 1996, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 7 novembre 1994¹¹⁰¹ en jugeant notamment que : « c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel retient qu'à partir de 1989 Mme X... s'est refusée à participer aux fêtes de famille telles que les anniversaires des enfants, ainsi qu'aux fêtes de Noël, malgré le caractère aussi familial que religieux de ces dernières, et que ce comportement constitue une violation renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien du mariage»¹¹⁰².

On peut se demander si le seul fait de retenir que le refus pour une épouse de participer aux fêtes de famille et à celle de Noël - en soulignant le caractère notamment religieux de cette fête - constitue une violation renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune, au sens de l'article 242 du Code civil, ne s'apparente pas à un manque de neutralité du juge et ne viole pas la liberté religieuse de l'époux converti.

¹¹⁰⁰ D., 1969, p. 366-370, note J. CARBONNIER; obs. R. NERSON, *RTDC*, 1969, p. 552-554; note critique de P. BARBIER, «L'adhésion par l'un des époux à une secte telle que celle des Témoins de Jéhovah constitue-t-elle une cause de divorce», *Gaz. Pal.*, 1969. 2., doct. p. 136-141.

¹¹⁰¹ CA Montpellier, 7 nov. 1994 (*JCP*, 1996, II, 22680, note J.-M. BRUGUIÈRE). V. aussi Cass. 13 déc. 2005 (LHERBIER, *LDR*, fév. 2006, p. 24 et p. 29) ; Cass. 17 janv. 2006 (LHERBIER, *LDR*, fév. 2006, p. 24-26).

¹¹⁰² *Bull.* 1996 II N° 224 p. 138.

Mais, mises à part quelques décisions discordantes, jurisprudence et doctrine s'accordent généralement pour estimer que les convictions religieuses d'un époux, en particulier sa conversion à une religion autre que celle d'origine des époux, quels que soient les jugements que peut porter l'entourage sur cette conversion et si extravagante soit-elle, ne peuvent constituer en elles-mêmes un motif de prononcé d'un divorce pour faute¹¹⁰³. C'est le juge qui doit garantir cette liberté des époux en vertu du principe de laïcité.

2-La neutralité du juge protectrice de la liberté religieuse des époux

Dès la fin du XIX^{ème} siècle, les juges ont estimé que les désaccords entre les époux concernant leurs croyances n'avaient pas d'incidence sur la prononciation du divorce¹¹⁰⁴. La femme bénéficiait déjà de cette règle, fondée sur le principe de liberté de conscience, à l'époque où elle n'avait pas des droits identiques à ceux de son mari¹¹⁰⁵.

Il a par exemple été décidé que ne saurait justifier le prononcé du divorce pour faute: la circonstance que des époux, mariés depuis trente et un ans, aient des convictions divergentes¹¹⁰⁶; le refus de l'épouse d'accompagner son mari à une fête religieuse¹¹⁰⁷; les pratiques religieuses de la femme, catholique pratiquante¹¹⁰⁸; la seule appartenance à un mouvement considéré comme une «secte»¹¹⁰⁹.

Dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles de 2010, une femme contestait les pratiques religieuses excessives de son mari et demandait le divorce pour faute. La cour relève « que l'expert psychiatre n'a pu personnellement constater aucun des faits allégués par Armelle Y... Z... sur la pratique religieuse excessive de son époux et les conséquences dommageables en résultant sur la vie familiale ;

Considérant que l'attestation de Bernard F... fait état des positions excessives de Antoine A... en matière de pratique de la religion catholique ; qu'il indique que ces positions l'amenaient à "perdre le contrôle de ses propos et à élever fortement la voix" ; que ce seul constat ne répond pas aux critères posés par l'article 242 du code civil ; que de même, l'attestation d'Astrid G... qui se borne à décrire les "éclats verbaux" de Antoine A... n'est pas davantage de nature à établir le caractère fautif de son comportement ; Considérant que les autres attestations versées au débat par Armelle Y... Z... se rapportent au domaine de la contraception entre les époux, Armelle Y... Z... faisant valoir l'opposition de son mari à toute méthode moderne et son souci d'éviter la naissance d'un quatrième enfant ; (...) Que les dates de naissance des enfants suffisent à démontrer que les époux, soit observaient une longue abstinence, ce qu'ils ne soutiennent pas, soit pratiquaient une méthode contraceptive, qu'elle soit naturelle ou chimique ; Que dès lors, les griefs articulés par Armelle Y... Z... envers Antoine A... au titre des conséquences d'une pratique religieuse excessive manquent en fait »¹¹¹⁰.

Dans une autre espèce, après trente-cinq ans de mariage, un mari contestait le divorce prononcé à ses torts, arguant entre autres de l'engagement religieux de sa femme. Confirmant le jugement de première instance notamment du fait d'une relation adultère avérée, persistante et connue de tous et qui constituait une violation grave et

¹¹⁰³ V. A. BÉNABENT, «La liberté individuelle dans le mariage», *RTDC*, 1973, p. 440 et s. et, en part., p. 480 et s.

¹¹⁰⁴ Lyon, 25 mars 1873- *DP*, 1874, 5, col. 445.

¹¹⁰⁵ Trib. civ. Mont-de-Marsan, 28 janv. 1891 (*Gaz. Pal.*, 91.1.384; *La loi* 1891, p. 22). La même solution a bien entendu été adoptée après l'entrée en vigueur de la réglementation de 1938-1942: Trib. civ. Seine, 18 juin 1945: femme qui adhère au mouvement des témoins de Jéhovah (*Gaz. Pal.*, 1945, 2, p. 38; obs. P. LAGARDE, *RTDC*, 1945, p. 184).

¹¹⁰⁶ CA Paris, 6^{ème} ch. 10 juin 1976 (doc. n°322)

¹¹⁰⁷ CA Paris, 7^{ème} ch. sect. A, 28 sept. 1983 (doc. 30130)

¹¹⁰⁸ CA Paris, 31 janv. 2001 (Jurisdata n°135729): «Le mari est débouté de sa demande en divorce dans la mesure où il ne prouve pas que les pratiques religieuses de la femme, catholique pratiquante, ont perturbé la vie familiale, que chacun est libre de ses convictions religieuses et que le couple, marié religieusement, avait une pratique religieuse commune».

¹¹⁰⁹ V. Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 1995 (*Bull. civ.*, II, n°271, p. 160).

¹¹¹⁰ CA Versailles, 2^{ème} chambre 1^{ère} section, 11 mars 2010, n° de RG: 09/01058. Décision attaquée : TGI Nanterre 27 janv. 2009.

renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune, la cour d'appel décide s'agissant des arguments liés à la religion : « Monsieur Gérard Y... fait valoir que c'est Madame Annie A... épouse Y... qui a quitté le domicile conjugal pour refaire sa vie et qu'en outre elle s'est engagée dans une religion dont personne dans la famille ne partageait les convictions, allant jusqu'à vouloir imposer celle-ci à son conjoint et à verser des sommes d'argent importantes à ladite religion.

(...) Madame Annie A... épouse Y... (...) s'oppose également aux critiques formulées contre elle tant en ce qui concerne son adhésion à l'église adventiste, qui lui a permis de trouver un soutien dans cette période difficile, que dans ses prétendues habitudes à dépenser l'argent du ménage, alors que depuis novembre 1993 son mari a cessé de la rémunérer.

(...) Attendu que l'appartenance à une religion, ne peut constituer à elle seule un motif de divorce et ce d'autant plus qu'il n'est pas justifié d'un quelconque prosélytisme dans cette pratique religieuse ; Attendu qu'enfin il n'est pas démontré non plus que Madame Annie A... épouse Y... dilapidait l'argent du ménage ou avait détourné les revenus des sociétés qu'elle gérait »¹¹¹¹.

Au niveau européen, il convient de rappeler un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juin 2010, *Les témoins de Jéhovah de Moscou et autres c. Russie*, où des membres de la communauté religieuse des Témoins de Jéhovah de Moscou, se plaignaient en particulier de la dissolution de la communauté et de l'interdiction de ses activités, ainsi que du refus des autorités russes de réinscrire cette communauté. Jugeant que la décision de dissolution ne reposait pas sur une base factuelle adéquate, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment conclu à la violation des articles 9 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans cette décision, la Cour rappelle notamment l'amplitude de la liberté religieuse, y compris dans le cadre familial : « Il ressort en outre des dépositions des témoins que ce que les tribunaux russes ont considéré comme une "contrainte à la destruction de la famille" correspond à la frustration que les membres de la famille qui n'étaient pas des témoins de Jéhovah ont ressentie à la suite de désaccords sur la manière dont leurs proches témoins ont décidé d'organiser leur vie conformément aux préceptes religieux, et leur isolement croissant du fait d'avoir été laissés en dehors de la vie de la communauté à laquelle leurs proches Témoins adhèrent.

Il est notoirement connu qu'un mode de vie religieux exige de ses adeptes à la fois le respect des règles religieuses et de se consacrer aux activités religieuses qui peuvent occuper une partie importante de leur temps et parfois prendre des formes extrêmes comme la vie monastique, qui est commun à de nombreuses confessions chrétiennes et, dans une moindre mesure, au bouddhisme et à l'hindouisme. Néanmoins, tant que le choix religieux personnel résulte de la décision indépendante et libre du croyant et aussi malheureux que puissent être les membres de sa famille au sujet de cette décision, l'éloignement qui s'ensuit ne peut être interprété comme signifiant que la religion a causé la rupture dans la famille. Bien souvent, c'est le contraire qui est vrai : c'est la résistance et le refus des membres non religieux de la famille d'accepter et de respecter la liberté de leur parent religieux de manifester et de pratiquer sa religion qui est la source du conflit. Il est vrai qu'il y a souvent des frictions dans les mariages où les conjoints appartiennent à des confessions religieuses différentes ou où l'un des conjoints est incroyant. Cependant, cette situation est commune à tous les mariages mixtes et les Témoins de Jéhovah ne font pas exception » (§111).

Ainsi, dans la mesure où le choix d'un tel chemin de vie résulte d'une décision libre d'une personne majeure, elle est entièrement couverte par les garanties de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, même si elle peut entraîner des conflits avec les membres de sa famille qui désapprouvent ce choix.

Dans le cadre familial, cette liberté comporte néanmoins des limites.

¹¹¹¹ CA Grenoble, civ. 2, 1 oct. 2007, n° de RG: 05/4279. Décision attaquée : TGI Valence, 6 sept. 2005.

3- La neutralité du juge compatible avec la sanction d'une pratique religieuse excessive de l'un des époux

Une pratique excessive de la religion d'un époux perturbant la vie familiale peut constituer une cause de divorce. Pourtant, comme l'indiquait un auteur « c'est ici que nous sommes en plein paradoxe. Comment peut-on parler d'une religion pratiquée d'une manière excessive: les deux mots ne jurent-ils pas d'être accolés ensemble? »¹¹¹². Il faut donc bien que la pratique religieuse soit d'une intensité exceptionnelle pour qu'elle rende intolérable le maintien de la vie commune. On perçoit ici la difficulté pour le juge d'une appréciation neutre, d'autant que la liberté religieuse comprend aussi le prosélytisme, comme l'a reconnu la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*¹¹¹³.

Ainsi, les pratiques suivantes ont été jugées fautives: le mysticisme d'un époux qui conduit ce dernier à méconnaître ses obligations soit conjugales, soit parentales¹¹¹⁴; l'adhésion par la femme au mouvement des Témoins de Jéhovah la détournant de ses obligations d'épouse et de mère, notamment en raison des rapports, suspects et injurieux pour son mari, qu'elle entretient avec les autres membres de la secte¹¹¹⁵; le fait pour le mari pris d'une «véritable frénésie religieuse» de contraindre sa famille à un mode de vie particulier et d'aller jusqu'à transformer le logement familial en véritable édifice consacré à son culte¹¹¹⁶; la chasteté forcée imposée par une femme à son mari qui, après vingt-six ans de mariage, décide d'entrer au couvent et de se consacrer à Dieu¹¹¹⁷; le fait pour un mari d'origine syrienne et musulman marié avec une Française qui installe son foyer en Syrie d'imposer à sa femme une manière de vivre totalement opposée à la foi de cette dernière (soumission à l'autorité de son mari, restriction à la liberté d'aller et venir, mariage des filles selon la loi musulmane, alors qu'elles ont été baptisées dans la religion catholique)¹¹¹⁸.

Le 19 juin 2007, la Cour de cassation a rejeté le recours exercé par un époux qui contestait que le divorce ait été prononcé aux torts partagés des époux par la Cour d'appel de Versailles¹¹¹⁹ « alors, selon le moyen, que la proposition du mari à sa femme de diverses démarches religieuses en vue d'une réconciliation entre les deux époux, ne saurait constituer en soi une cause de divorce ; qu'en l'espèce, pour retenir une faute à l'encontre du mari, les juges du fond ont retenu

¹¹¹² P. BARBIER, «De l'incidence du comportement religieux de l'un des époux sur la dissolution du lien conjugal», *AC*, T. 19, 1975, p. 52-53 et plus loin: «C'est comme si l'on venait dire qu'une fois marié, on ne peut plus pratiquer sa religion que médiocrement ou en sourdine pour ne pas gêner l'autre» («De l'incidence...», *loc. cit.*, p. 56).

¹¹¹³ La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'un certain prosélytisme fait partie de l'« enseignement » au sens de l'art. 9-1 de la Convention, en affirmant que « la liberté de manifester sa religion ne s'exerce pas uniquement de manière collective, « en public » et dans le cercle de ceux dont on partage la foi : on peut aussi s'en prévaloir « individuellement » et « en privé » ; en outre, elle comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un « enseignement », sans quoi du reste « la liberté de changer de religion ou de conviction », consacrée par l'article 9, risquerait de demeurer lettre morte ».

¹¹¹⁴ TGI Pontoise, 17 févr. 1972 (*Gaz. Pal.*, 1972 1.345; *D.*, 1972, somm. 149); CA Paris, 12 janv. 1972 (*D.*, 1972, p. 217-218, note J.C.; *RTDC*, 1972, p. 762-765, obs. R. NERSON): femme témoin de Jéhovah qui, «absorbée par ses pratiques religieuses, ne donnait pas à son mari l'attention et les soins que celui-ci, à raison de son âge, attendait de son épouse», adoptant ainsi un «comportement gravement injurieux envers son mari», de nature à rendre intolérable le maintien du lien conjugal.

¹¹¹⁵ CA Nîmes, 10 juin 1967 (*D.*, 1969, p. 366-370, note J. CARBONNIER; obs. R. NERSON, *RTDC*, 1969, p. 552-554; note critique de P. BARBIER, «L'adhésion...», *loc. cit.*, p. 136-141).

¹¹¹⁶ Cass. civ. 2ème 19 juin 1975 (*Gaz. Pal.*, 1975, 2, p. 721, note P. BARBIER): «que son mysticisme exacerbé a perturbé l'état de santé et l'équilibre nerveux de sa femme; qu'il s'est désintéressé totalement des conséquences néfastes que l'état de tension créé par son comportement entraînait ainsi pour la santé de sa femme et de ses enfants». Le tribunal relevait en outre que le mari leur imposait de longues prières et méditations et le budget du ménage avait été considérablement restreint du fait de l'achat d'objets de piété.

¹¹¹⁷ Amiens, 3 mars 1975 (*D.*, 1975, 706, note Y. GERALDY; *Gaz. Pal.*, 1975, 1, 216).

¹¹¹⁸ CA Rouen, 25 mai 1971 (*D.*, 1971, somm. 172).

¹¹¹⁹ CA Versailles, 2e chambre 2e section, 16 juin 2005.

que M. X... avait proposé à son épouse, elle-même chrétienne, la lecture d'ouvrages chrétiens sur la vie conjugale, la consultation d'un conseiller conjugal chrétien, des retraites sur le mariage, ceci afin de résoudre leurs difficultés conjugales ; qu'en statuant ainsi, sans préciser en quoi cette démarche spirituelle du mari destinée à réconcilier les époux aurait constitué une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 242 du code civil ; Mais attendu qu'ayant constaté l'incidence croissante et excessive de la pratique religieuse de l'époux sur la vie du couple et retenu que la cristallisation de M. X... sur ses positions religieuses avait créé dans son foyer une atmosphère pesante de contrainte et de soumission permanente qui ne pouvait que nuire aux intérêts de son épouse et perturber la vie quotidienne de la famille, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis, que la cour d'appel a estimé qu'un tel comportement constituait une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations de mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune »¹¹²⁰.

En dehors de ces cas de «zèle religieux», les juges ont également prononcé le divorce pour faute dans les cas suivants : le non-respect d'une promesse faite avant le mariage concernant la cérémonie religieuse de celui-ci¹¹²¹ ou le fait pour une épouse de s'être dispensée du devoir de cohabitation car elle estimait que ses intérêts étaient mis en péril en raison de l'attachement de son mari à la religion musulmane et aux coutumes arabes¹¹²².

Dans un arrêt du 27 novembre 2003, la cour d'appel de Versailles statue ainsi: « Considérant que les époux sont tous deux de confession juive et pratiquants ; Qu'il ressort de l'examen du dossier que Madame X... est très respectueuse des rites de sa religion ce que ne pouvait ignorer Monsieur Y... ; Que ce dernier a néanmoins laissé sa future épouse dans l'ignorance de la longue liaison qu'il a entretenue avec une femme mariée non juive prenant le risque qu'elle l'apprenne indirectement ; Que l'ex-maîtresse de Monsieur Y... présente à la mairie s'est d'ailleurs empressée de révéler les relations qu'elle avait entretenues, et selon elle, entretenait toujours, à Madame X... et ce dès la fin de la cérémonie du mariage civil causant à cette dernière un traumatisme profond ; Qu'en dissimulant volontairement cette liaison, Monsieur Y... a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de son épouse; Que cette attitude constitue, à la charge de l'époux, une violation grave des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune ; Qu'il convient par conséquent de réformer le jugement entrepris et de dire que le divorce est prononcé aux torts partagés des époux ».

Un comportement excessif lié à la religion peut constituer un motif de divorce pour faute. Il existe également quelques recours pour l'époux croyant, lésé par l'action en divorce en raison de ses convictions religieuses.

B- L'opposition au divorce de la part d'un époux en raison de ses convictions religieuses

La « clause d'exceptionnelle dureté » qui aurait pu être reconnue au conjoint croyant dont l'époux demandait le divorce est, depuis la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, révoquée¹¹²³. Ainsi, un juge avait refusé de reconnaître la présence de conditions d'exceptionnelle dureté : «(...) les convictions religieuses du défendeur ne peuvent davantage être prises en considération pour rejeter la demande en divorce, le caractère purement subjectif du sentiment religieux interdisant au juge d'apprécier sa force et sa sincérité; qu'il ne pourrait en être autrement que s'il était

¹¹²⁰ Cass. Civ. 1, 19 juin 2007, n° de pourvoi: 05-18735.

¹¹²¹ Rouen, 29 avr. 1910 (S. 1911.2, p. 37; D.1912, 5, 2); Trib. civ. de la Seine, 3 mars 1933 (S. 1934.2, p. 67; *Gaz. Pal.*, 1933.I, p. 757-758); Trib. civ. Nancy, 8 juill. 1957 (D., 1958, somm. 1; *Gaz. Pal.*, 1957, 2, p. 305-306; *JCP*, 1957, II, 10300; P. BARBIER, «refus du mariage religieux et action en divorce», *AC*, V, 1957, p. 359-360).

¹¹²² Douai, 28 nov. 1986 (*Gaz. Pal.*, 1987, J., p. 388-389, note M. RENARD).

¹¹²³ Selon l'article 240, alinéa 1^{er} du code civil, le juge pouvait refuser de prononcer le divorce pour rupture de la vie commune, alors même que les conditions de fond étaient réunies, «si l'autre époux établi[ssait] que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté».

justifié, au besoin après une mesure d’instruction que la violation desdites convictions serait de nature à avoir une grave répercussion sur la santé, ou l’état mental du défendeur (...)»¹¹²⁴. La Cour d’appel de Douai confirmera cette décision en affirmant: «(...) si, d’un point de vue personnel, il est fondé à déplorer que ses convictions ne soient pas partagées par son épouse, il resterait à établir que l’épreuve qui lui est infligée le perturbe fondamentalement dans sa santé et son équilibre»¹¹²⁵.

Mais, sur le fondement de l’article 266 du Code civil, des dommages et intérêts peuvent lui être accordés « en réparation des conséquences d’une particulière gravité qu’il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu’il était défendeur dans un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu’il n’avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint ». Ainsi, dans un arrêt du 24 novembre 2009, la Cour d’appel de Bordeaux a accordé 4000 euros à une femme, trompée par son mari catholique, pour le préjudice moral occasionné par la dissolution du mariage, en raison de ses convictions religieuses, attestées par une profession de foi manuscrite établie par les époux, tout en reconnaissant que cette dernière était dépourvue de portée en droit français¹¹²⁶.

Néanmoins lors de nos entretiens, un avocat nous a relaté l’histoire suivante, témoignant du fait que, n’étant pas astreint à un devoir de neutralité, l’avocat peut développer des stratégies contentieuses allant dans le sens de son client croyant afin de prolonger les liens du mariage: « une de mes clientes est venue me voir il y a douze ans, avec un courrier de l’avocat de son mari demandant le divorce. Elle était catholique, pas intégriste ni même traditionnaliste, mais très fervente. Elle m’a dit « je ne veux pas divorcer ». Je lui ai répondu qu’il était difficile de s’opposer à un divorce puisqu’il y a maintenant une règle qui dit que lorsque les gens sont séparés depuis plus de deux ans le divorce est automatique. Ce à quoi elle m’a répondu : « Maître je ne veux pas divorcer, ou en tout cas le plus tard possible, faites durer ». Et bien, j’ai fait durer dix ans. Quelque peu à mon corps défendant parce que je pensais que ce n’était pas une bonne solution, même si pour elle, financièrement, ce n’était pas inintéressant. Et, finalement, je crois que ce cheminement lui a permis d’accepter religieusement ce qu’elle estimait être un péché mortel même si cela paraît un peu « dingue » de nos jours de raisonner comme ça. Donc vous voyez, la lenteur de la justice a été utilisée pour lui faire accepter une évolution personnelle de sa conception de la religion ».

Si, du fait de son obligation de neutralité, c’est donc généralement avec grande prudence que le juge appréhende le fait religieux dans le couple, cette réserve est d’autant plus marquée quand il est amené à s’intéresser à la religion de l’enfant, du fait du respect supplémentaire dû à la liberté éducative des parents.

Section II- Neutralité du juge et religion de l’enfant

En matière éducative, la neutralité traditionnelle que l’Etat doit adopter en vertu du principe de laïcité face aux convictions religieuses se « double » du respect du droit d’éducation religieuse des parents.

¹¹²⁴ TGI Boulogne-sur-Mer, 15 avril 1977 (*JCP* 1978.II.18807, 1^{ère} esp., obs. LINDON; *D.* 1978.I.R. 14, obs. BRETON; *Gaz. Pal.* 1977, 2, 410, note BRAZIER).

¹¹²⁵ CA Douai, 18 avr. 1978 (*Gaz. Pal.*, 1978.2, somm. p. 462; *D.* 1979.I.R. 16 obs. BRETON).

¹¹²⁶ *Dr. Famille*, 2010, comm. 19, obs. LARRIBAU-TERNEYRE- cité dans *Droit français des religions*, *op. cit.*, p. 1014, note 93.

Bien que l'éducation religieuse de l'enfant soit un attribut de l'autorité parentale pouvant donc, à ce titre, être contrôlée par le juge¹¹²⁷, ce dernier ne s'aventure qu'avec une très grande prudence dans ce domaine.

Tout d'abord, en vertu du principe de neutralité, il est impossible d'établir une distinction entre les différentes croyances, de fixer les critères d'une bonne éducation religieuse, et par conséquent les tribunaux ne peuvent estimer que telle ou telle croyance est, *a priori*, plus conforme à l'intérêt d'un enfant. A cette neutralité que le juge doit adopter face à l'expression de convictions religieuses, se conjuguent les difficultés d'appréciation qu'il rencontre liées à la subjectivité du sentiment religieux. S'ajoute enfin la réserve dont il doit faire preuve s'agissant des questions touchant à l'éducation, domaine dans lequel les parents jouissent d'une grande liberté. Il résulte de ces limites que, généralement, seuls les excès sont sanctionnés en matière d'éducation religieuse.

Quand il y a conflit, le juge doit se prononcer en fonction de l'intérêt de l'enfant. Mais, non défini par la loi, l'intérêt est « une notion insaisissable, magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire... » comme le rappelait le doyen Carbonnier¹¹²⁸. Par ailleurs, les parents croyants jugeront sans doute toujours que l'éducation qu'ils donnent à leur enfant correspond à son intérêt car elle est guidée par leur foi. A propos de cette notion, un magistrat judiciaire nous indiquait: « Les critères sur lesquels on est censé se décider sont extérieurs à la religion mais on peut être influencé par sa morale comme dans toute décision où on a affaire à quelqu'un d'humain en face de soi. Moi je pense que j'aurais une tendance naturelle à ne pas être tellement d'accord à ce que des enfants soient élevés dans un contexte ultra religieux et sclérosant, que ce soit des juifs orthodoxes, des musulmans extrémistes ou des « catho » intégristes. Mais ça peut rentrer dans un critère de l'intérêt de l'enfant ».

Les tribunaux français ne reconnaissant pas l'applicabilité directe de l'article 14-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant aux termes duquel « Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion »¹¹²⁹. Si l'enfant est titulaire du droit de liberté religieuse, en tant que personne, en raison de son âge et de sa vulnérabilité, l'exercice de ce droit ne peut lui être reconnu dans les mêmes conditions que celles qui prévalent pour l'adulte. L'enfant est soumis à l'autorité de ses parents, le cas échéant à leur éducation religieuse, exercée en principe dans son intérêt que, dans certains cas, le juge peut être amené à vérifier en toute neutralité (§1). Le juge doit faire preuve de la même neutralité dans le cadre des procédures d'adoption (§2), dans le choix des modalités de garde de l'enfant de parents séparés (§3) ainsi que lors de conflits entre les parents sur l'éducation religieuse de l'enfant (§4).

¹¹²⁷ A été rejetée la théorie du doyen Carbonnier qui voulait voir dans la religion de l'enfant un élément de son état: « Ce principe, nulle part formulé, partout impliqué, est que l'enfant suit la condition juridique de son père. (...) C'est, en tout cas, question de *jus sanguinis*, non de puissance paternelle » (note sous Trib. civ. Briançon, 6 janv. 1948, *D.*, 1948, p. 581-582).

¹¹²⁸ J. CARBONNIER, *D.* 1960, p. 675.

¹¹²⁹ CE, 3 juill. 1996, *Paturel* (*JCP*, IV, 1996, 2279, obs. M.-C. ROUAULT; *D. famille*, 1997, comm. 9, obs. P. MURAT). Au niveau international, seul l'article 9 de la Charte Africaine des droits et du bien-être de l'enfant proclame un droit similaire. Il faut en outre rappeler l'article 30 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui dispose: « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ». La France a émis une réserve à cet article en vertu de laquelle: « Le gouvernement de la République déclare, compte tenu de l'article 2 de la Constitution de la République française, que l'article 30 (minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou personnes d'origine autochtone) n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République ».

Aux termes de l'article 14.2 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant: « Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ».

§1- La neutralité du juge face au droit d'éducation religieuse, composante de l'autorité parentale sur l'enfant, même placé

A- L'éducation religieuse : une composante *a priori* traditionnelle de l'autorité parentale

1- Une composante classique de l'autorité parentale

Il n'existe pas de règle spécifique qui régleme la question de l'éventuelle éducation religieuse de l'enfant. Ce sont les règles de droit commun de l'autorité parentale qui s'appliquent.

Ainsi, aux termes de l'article 371-1, alinéa 2 du Code civil: « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques¹¹³⁰.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

En vertu du principe de liberté de conscience, chaque époux peut professer librement les convictions religieuses de son choix et faire connaître sa foi à ses enfants, même si elle est le fruit d'une conversion.

Même après leur mort, les indications que donnent les parents dans leur testament, et qui peuvent donc notamment concerner l'éducation religieuse de leur enfant, s'imposent au tuteur et au conseil de famille¹¹³¹.

L'arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 20 juin 2012, n° 10/02716 constitue une illustration particulièrement intéressante de l'effectivité de la coparentalité imposée par les réformes successives de l'autorité parentale et définitivement consacrée par la loi du 4 mars 2002. En l'espèce, le père avait organisé la *bar-mitsva* (communion dans le culte juif) de son enfant âgé de douze ans lors d'un voyage en Israël sans que la mère n'en ait été informée. Il apparaît que si la mère avait accepté que l'enfant reçoive une éducation religieuse, la cour d'appel constate que « cet accord ne concernait que la participation à une éducation religieuse non nécessairement suivie d'un engagement suffisamment important et sérieux pour entraîner la conversion à cette religion ». En outre, la cour relève que les parents parvenaient à échanger par mail et qu'aucun motif sérieux n'empêchait dès lors le père d'informer la mère du choix de cette conversion et de la cérémonie dont elle avait été exclue. Après avoir rappelé, en se fondant sur l'article 371-1 du code civil, que « parmi les décisions importantes concernant la vie des enfants, figure au troisième rang la religion », la cour décide, « compte tenu de l'attitude [du père] manifestant un mépris des positions de l'autre parent dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale », de faire droit, dans le cadre de la procédure de divorce, à la demande d'indemnisation de la mère sur le fondement de l'article 1382 du code civil et de condamner le père au paiement de la somme de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral.

¹¹³⁰ Alinéa ajouté par l'article 1^{er} de la loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires.

¹¹³¹ V. l'affaire Finaly, enfants de déportés juifs élevés dans une institution catholique : Cass. 1^{ère} civ. 23 juin 1953.

Certains tiers, dont la mission est traditionnellement liée à la foi religieuse, peuvent suivre ou souhaiter participer au parcours religieux de l'enfant. Mais, en vertu du principe de laïcité, le droit français ne donne aucune valeur aux liens spirituels unissant ces personnes à l'enfant.

Ainsi, comme tout tiers non titulaire de l'autorité parentale, le ministre du culte ne peut s'opposer au choix des parents quant à l'éducation religieuse de l'enfant. Il engage donc sa responsabilité, autrefois sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, aujourd'hui sur la base du nouvel article 1240 du Code civil¹¹³², quand il administre un sacrement à l'enfant sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale¹¹³³. Dès 1906, un tribunal a par exemple jugé qu'un ministre du culte, en admettant un enfant de six ans comme enfant de chœur sans l'assentiment du père, a causé à ce dernier un préjudice moral dont il doit réparation¹¹³⁴.

De même, si les grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants, ils n'ont pas davantage de droit en matière d'éducation religieuse de l'enfant.

Si l'éducation religieuse est donc *a priori* une composante parmi d'autres de l'autorité parentale, certaines dispositions issues principalement du droit international, soulignent en quelque sorte sa spécificité en la mentionnant en particulier.

2- Une attention particulière à l'éducation religieuse dans certains textes

Tout d'abord, de façon générale, l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, après avoir rappelé que « toute personne a droit à l'éducation (...) », dispose dans son paragraphe 3: « Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants ».

Certaines dispositions s'attachent même à souligner de façon plus précise le respect dû à l'éducation religieuse, alors qu'il n'est pas fait mention en particulier des autres composantes de l'autorité parentale. Le droit d'éducation religieuse des parents a pour la première fois été proclamé, dans le domaine de l'enseignement, par l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952: « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». De façon plus générale, l'article 18, §4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 énonce: « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ».

¹¹³² Art. 1240 CC (modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016- art. 2): « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

¹¹³³ Les hypothèses de baptême sans le consentement des parents ont été nombreuses à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle. V. par ex. T. civ. Poitiers, 5 juill. 1928 (*Gaz. Pal.*, 1928, 2, p. 722). De tels types de conflits opposant les parents, ou l'un des parents, avec un prêtre de l'Eglise catholique, ont fortement diminué, voire disparu, notamment en raison de la libéralisation de l'Eglise, en particulier à la suite du Concile Vatican II en 1965.

¹¹³⁴ T. paix Saintes, 10 nov. 1906 (*D.* 1907, V, p. 32).

Citons également l'article 1200 du Code de procédure civile aux termes duquel « Dans l'application de l'assistance éducative, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille »¹¹³⁵.

3- L'intervention du juge en cas d'éducation religieuse jugée contraire à l'intérêt de l'enfant : l'exemple du changement de prénom de l'enfant en lien avec des considérations religieuses

Le juge peut intervenir dans des affaires où des parents s'accordent pourtant quant à l'éducation religieuse de leur enfant pour protéger l'intérêt de celui-ci, ce qui peut l'emmenner à trancher contre leurs choix. Dans ces hypothèses, la neutralité du juge est d'autant plus observée.

L'article 60 du Code civil autorise le changement de prénom à toute personne qui justifie d'un « intérêt légitime ». Parmi les intérêts susceptibles d'être invoqués par les requérants, le souci de porter un prénom conforme aux exigences d'une religion peut constituer un intérêt légitime. Ce type de demande est d'ailleurs relativement fréquent en pratique. Les juges apprécient souverainement les raisons invoquées¹¹³⁶.

Le 11 février 2003, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu le 15 septembre 1999 par la cour d'appel de Bordeaux, en motivant de la façon suivante :

« Vu l'article 60 du Code civil ;

Attendu que les époux X... ont présenté une requête en suppression de l'un des deux prénoms de leur fille Rachel Myriam, née le 6 août 1997, de sorte qu'elle ne porte plus que celui de Myriam, en exposant que l'autre prénom, d'origine hébraïque, s'avérait être un obstacle non seulement à l'éducation religieuse de l'enfant, mais encore pour l'avenir à son intégration dans la communauté musulmane ;

Attendu que, pour rejeter la requête, l'arrêt attaqué énonce que le choix d'un prénom d'origine musulmane et d'un prénom judaïque prouve l'esprit de tolérance qui avait animé les parents à la naissance de l'enfant et qu'il n'était pas établi que supprimer la preuve de cette tolérance fût de son intérêt ;

Attendu qu'en se déterminant par un tel motif d'ordre général sans rechercher si, à la date de sa décision, l'enfant n'avait pas, eu égard aux circonstances dont se prévalaient ses parents, un intérêt légitime à la suppression de son prénom Rachel, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹¹³⁷.

On peut en l'espèce s'interroger pour savoir si, en refusant ce changement de prénom, la Cour d'appel de Bordeaux n'outrepassait pas son devoir de neutralité face à des parents unis et en accord sur un choix visant à faciliter l'intégration et l'éducation religieuse de leur enfant dans la foi musulmane.

Mais l'intérêt de l'enfant peut justifier que l'Etat s'oppose au prénom choisi par les parents d'un commun accord. Comme nous l'a rappelé l'un des juges interrogés : « dans des cas extrêmes, le parquet peut refuser le prénom d'un enfant. En l'espèce, le parquet avait fait un recours pour dire que ce n'était pas possible d'appeler son enfant Djihad. La motivation du juge était vraiment super. L'intérêt de l'enfant prime dans la République française qui est une République laïque. J'adhérais à 12000 %. Finalement, ils l'ont appelé Djiahd à l'envers ».

¹¹³⁵ V. *infra* p. 377 et p. 412-413.

¹¹³⁶ Sur cette question, v. notamment, I. RIASSETTO, « Droit privé et religion », CNRS Ed., « Société, droit et religion » 2013/1, n°3, p. 261-282.

¹¹³⁷ Cass. Civ.1, 11 févr. 2003, n° de pourvoi: 00-20961.

B- La neutralité du juge et le respect de l'éducation religieuse des parents de l'enfant placé

1- La persistance du droit d'éducation religieuse des parents de l'enfant placé

Aux termes de l'article 375, alinéa 1^{er} du Code civil, « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public (...) Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel ».

En vertu de l'article 375-7, alinéa 1^{er} du Code civil, « les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec la mesure ».

En conséquence, le principe est que le « service gardien » ne dispose pas des prérogatives de l'autorité parentale. S'il est nécessaire, d'un point de vue pratique, que « le contrôle et la direction de l'enfant » lui soient transférés il ne peut, cependant, dans ce cadre, qu'accomplir les « actes usuels de l'autorité parentale »¹¹³⁸. En effet, en vertu de l'article 373-4 du Code civil, « lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère. Toutefois la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation ». L'éducation religieuse de l'enfant placé continue donc d'appartenir aux titulaires de l'autorité parentale. Tout ce qui s'inscrit dans la sphère religieuse (baptême, communion, circoncision...) relève donc du seul pouvoir des parents à moins que l'acte envisagé soit jugé contraire à l'intérêt de l'enfant.

Par ailleurs, aux termes de l'article 1200 du Code de procédure civile : « Dans l'application de l'assistance éducative, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille ». Cette disposition, qui insiste sur la nécessité pour le juge de respecter la liberté religieuse des membres de la famille, est tout à fait singulière car elle est la seule en droit interne français, à côté des dispositions internationales précitées, à s'intéresser à cette question et permet de souligner l'importance du respect des pratiques religieuses familiales.

Le placement dans une famille ou une institution dont l'orientation religieuse ne correspond pas aux convictions religieuses des titulaires de l'autorité parentale est une question à laquelle ont également été confrontés les juges.

¹¹³⁸ Dans une décision du 28 novembre 2011 relative à un placement familial, les magistrats de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ont tenté de circonscrire la notion d'acte usuel. Pour eux, il s'agit d' « actes de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas la vie de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principes essentiels et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant ou encore, même s'ils revêtent un caractère aggravant, quand ces actes s'inscrivent dans une pratique antérieure non contestée ». *A contrario*, relèvent de l'autorisation des parents « les décisions qui supposeraient, en l'absence de la mesure de garde, l'accord des deux parents ou qui, en raison de leur caractère inhabituel ou de leur incidence particulière sur la santé ou l'éducation de l'enfant, supposeraient une réflexion préalable sur leur bien-fondé ».

2- Le placement de l'enfant dans une famille ou une institution ne correspondant pas à l'orientation religieuse de la famille de l'enfant

Dans une décision du 3 mai 1993 *Tennenbaum c. Suède*, n°16031/90, la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable le grief de parents juifs qui se plaignaient du refus des autorités sociales suédoises de placer leurs filles mineures dans une famille d'accueil protestante, estimant que ce placement était contraire à leur droit d'élever leurs enfants selon leurs convictions religieuses. Sur le terrain de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 2 du Protocole n°1 combinés, la Commission a relevé qu'en réalité, ces autorités avaient déployé des efforts non négligeables en cherchant activement une famille d'accueil juive avec l'aide du rabbin du lieu, tout en tenant les parents informés de ces démarches et les invitant à formuler leur opinion ; cependant, elles n'avaient pu trouver aucune famille d'accueil juive dans la région.

Ainsi, non seulement les juges européens s'attachent aux tentatives entreprises par les autorités pour trouver un placement adapté aux convictions religieuses des parents mais ils s'assurent également qu'aucune éducation religieuse contraire aux convictions des parents ne sera entreprise par les familles d'accueil.

Une affaire pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Kilic c. Autriche*, n°27700/15, communiquée au gouvernement autrichien le 23 mai 2017, concerne le placement des enfants des requérants, turcs de confession musulmane, dans une famille d'accueil de confession chrétienne. Lors de l'une de leur visite à leurs enfants en présence de travailleurs sociaux, ils ont constaté que l'un d'entre eux portait un collier avec une petite croix. L'un des parents, choqué, a alors saisi l'enfant et tenté de s'enfuir avec lui. Les travailleurs sociaux ont réussi à l'arrêter et l'enfant a été rendu à sa mère adoptive. A la suite de cet incident, le tribunal de district a suspendu les droits de visite des requérants. Ce tribunal a rappelé à la mère nourricière de l'enfant qu'elle devait respecter l'appartenance des enfants des requérants à la religion musulmane. La mère d'accueil a déclaré que l'enfant avait reçu la croix d'une machine à chewing-gum et avait insisté pour la porter, mais qu'elle ne le lui avait pas donnée. Si elle-même était « vaguement » chrétienne, elle n'avait pas fait de prosélytisme auprès de l'enfant.

L'appel des requérants a été rejeté par le tribunal régional de Vienne le 28 août 2014 qui a notamment estimé qu'il n'y avait aucune indication quant à une « christianisation » des enfants. En ce qui concerne l'incident de la croix, il a constaté qu'il « était dans la nature des choses » que les mineurs, qui vivaient tous deux en Autriche avec des parents d'accueil autrichiens, soient confrontés aux symboles chrétiens. Cela n'a pas mis en danger l'intérêt supérieur des enfants. Rien n'indiquait que les parents d'accueil ne tenaient pas compte des antécédents culturels et religieux des enfants. Leur éloignement de la famille ne constituait ni une « christianisation » forcée, ni un « déracinement », ni une « privation de leur identité », comme l'avaient soutenu les requérants, mais une mesure de protection.

Les requérants ont introduit un pourvoi extraordinaire en cassation faisant valoir qu'il y avait eu « ingérence interculturelle et religieuse dans leurs droits fondamentaux ». La privation d'identité de leurs deux enfants turcs, élevés sans aucun contact avec l'islam, était, selon eux, contraire à l'article 8 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Le pourvoi a été rejeté par la Cour suprême le 22 octobre 2014. Elle a estimé que l'allégation de « christianisation forcée » n'était pas

étayée par les faits de l'espèce, pas plus que celle selon laquelle les parents nourriciers n'auraient pas respecté l'origine et la religion des enfants.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les requérants se plaignent, sur le fondement des articles 8 et 9 de la Convention, que leurs deux plus jeunes enfants ont été placés dans une famille d'accueil chrétienne et grandissent sans apprendre la langue et la culture turques, et sans aucun contact avec la religion musulmane.

Parmi les questions posées aux parties par la Cour figurent les suivantes :

« 3. Les tribunaux nationaux ont-ils dûment tenu compte, dans leurs décisions relatives au droit de garde, des arguments des requérants concernant les violations alléguées des articles 8 et 9 de la Convention ?

4. Existe-t-il des statistiques sur le nombre de familles d'accueil d'origine musulmane et/ou turque à Vienne et dans ses environs ? Les autorités nationales tiennent-elles compte de l'origine culturelle, linguistique, ethnique et religieuse de l'enfant lorsqu'elles choisissent ses parents adoptifs ? Les familles d'accueil sont-elles suffisamment informées par les autorités sur la manière de respecter et de prendre en compte l'identité culturelle, linguistique, ethnique et religieuse de leurs enfants placés (le cas échéant) ? Les parents nourriciers sont-ils formés en ce qui concerne leur comportement lors des visites des parents biologiques, en particulier en ce qui concerne les éventuelles différences culturelles, linguistiques, ethniques et religieuses ? ».

On peut en effet s'interroger pour savoir jusqu'à quel point confier un enfant à une famille d'une autre religion ne remet pas en cause l'éducation religieuse des parents et ne va pas à l'encontre de l'intérêt de l'enfant, qui sera de la sorte sans doute davantage éloigné de ses parents. Cette même question peut également se poser à propos de juges qui privilégieraient un placement neutre - volontairement ou au nom d'une laïcité mal comprise - d'enfants élevés selon une éducation prônant une foi religieuse particulière.

3- Une neutralité moindre du juge face à l'enfant placé ?

Si le juge peut s'intéresser au risque de placement d'un enfant élevé dans une autre religion que celle du centre ou de la famille à laquelle il est confié, il existe aussi un risque, souligné par plusieurs professionnels interrogés, de vouloir imposer une neutralité à l'enfant placé en contradiction avec l'éducation religieuse jusqu'alors reçue des parents. Un juge soulignait, qu'à son sens, il était difficile d'aborder ces questions au sein de la Protection judiciaire de la jeunesse où il existait un « contrôle réglementaire intérieur des foyers pour gommer la religion ».

Un avocat défendant notamment des parents auxquels l'on a retiré leur enfant indiquait : « Il est, à mon avis, évident que les magistrats qui ont en charge l'application de l'ordonnance de 1945 sur le droit des enfants notamment, sont extrêmement vigilants sur la laïcité et sur la neutralité que doivent leur inculquer les éducateurs ou les familles d'accueil dans lesquelles ils peuvent être placés, si placement il y a. Ce qui d'ailleurs est un peu aberrant parce que s'ils étaient dans leurs familles avec des parents extrêmement religieux ils auraient reçu une éducation religieuse. Mais là nous sommes dans la neutralité la plus absolue, j'ai même été obligé d'intervenir plusieurs fois auprès du magistrat parce que la famille d'accueil dans laquelle était placé un jeune enfant lui faisait manger du porc quasiment tous les jours et en le forçant. Car ce n'est pas parce que les enfants sont placés que l'autorité parentale n'appartient plus, en tous cas, pas toujours, aux parents, qui restent quand même les parents. Donc à partir du moment où les parents sont toujours titulaires de l'autorité parentale, s'ils ne veulent pas, pour des raisons religieuses en l'espèce, que leur enfant mange du porc, cela me paraît quand même normal qu'il n'y ait pas de porc ».

Les pratiques semblent heureusement différentes en fonction des professionnels. Un juge nous indiquait ainsi : « Dans mes dossiers d'assistance éducative, je traite la religion des familles quand elle est importante pour eux comme un élément essentiel de

leur éducation ; quand la religion est indifférente pour eux, on ne la traite pas. Pour une famille africaine qui croit au marabout, on prend en compte la croyance. Je pense qu'il ne faut surtout pas, contrairement à l'ambiance générale, donner à la neutralité l'idée qu'il ne faut pas s'en occuper ; un éducateur qui suivrait une famille musulmane pratiquante et qui s'autocensurait, n'aurait pas d'autorité dans cette famille ; même chose pour un juge. La protection judiciaire de la jeunesse a peur de la radicalisation de certains de ses agents ; c'est un milieu d'agnostiques ou de « contre la religion ». On ne traite pas le fait religieux par peur de ne pas savoir faire, de mal juger. Il n'est pas possible de gommer la religion. Or, tout est gommé. De nombreux magistrats, d'éducateurs, ne savent pas, donc ne traitent pas. Sauf exception, les juges n'arrivent pas à comprendre l'importance de la religion dans la vie des enfants. Ils sont totalement contre la religion ».

Un autre juge nous indiquait : « Pour le droit des mineurs, il faut vraiment comprendre dans quel environnement évolue le mineur, et que ce soit dans le cadre pénal pour le mineur auteur, ou que ce soit dans le cadre de l'assistance éducative, il faut comprendre ce qui construit le mineur, ce qui construit la famille. Donc, l'appréhension du fait religieux est aussi important que l'environnement culturel, la construction du couple parental, l'environnement scolaire de l'enfant ».

Voici les propos recueillis d'un autre juge, longtemps juge pour enfants : « A Bordeaux, au centre départemental de l'enfance, je sais qu'ils font attention à ce que les petits musulmans ne mangent pas de porc dans les familles d'accueil. C'est quand même bien rentré dans les mœurs. Dans les familles d'accueil, quand ce sont des petits musulmans, on demande aux parents et c'est respecté. Ils le mettent dans les rapports : « les parents l'ayant demandé, l'enfant ne mange pas de porc ». Alors une fois, des parents m'ont dit - mais c'étaient deux fous complets - que dans la famille d'accueil, leur enfant leur avait dit qu'il mangeait du porc. J'ai alors saisi la responsable du service éducatif et lui ai rappelé l'obligation à ce que cela soit respecté. Déjà c'est difficile de faire admettre un placement à des parents, alors si en plus vous rajoutez des trucs comme ça, c'est affreux. Il faut tout faire pour que les parents acceptent et comprennent. Pour des juifs, je n'ai jamais vu demander une nourriture kasher, heureusement parce que c'est cher. Ne pas manger de porc quand on vit ici ce n'est pas compliqué, mais manger casher heureusement cela ne s'est jamais présenté, car il y aurait un coût et des épiceries casher j'en connais pas à Bordeaux. Mais si c'était demandé, moi, en tant que juge, je l'imposerais. C'est indispensable car, en fait, c'est vraiment un détail. Ce qui compte c'est d'emmener les parents à se rendre compte qu'ils ont été trop violents, que leur enfant ne va pas bien, qu'il aurait eu besoin de patience, de calme et qu'ils ne lui ont pas donné cela et maintenant qu'il y a un travail à faire. Il faut qu'ils comprennent que pour un enfant un peu agité il y a des recettes qu'il faut prendre chez des professionnels. Il n'y a pas que l'instinct, c'est difficile. Il faut écouter pour aller vers des droits de visites qui se passent bien. Alors on ne va pas bloquer les parents pour une histoire de jambon, c'est idiot. Ce qu'on veut c'est que l'enfant soit heureux chez lui et aussi en société, qu'il soit un être social ».

Les tribunaux ont eu à trancher un cas de ce type : une petite fille, âgée de 4 ans, avait été placée pratiquement dès sa naissance chez une assistante familiale. Sa mère était néanmoins très présente et la filiation paternelle établie. À l'occasion du renouvellement de la mesure de placement, la mère de l'enfant avait demandé au juge la possibilité de faire baptiser sa fille à la suite de l'opposition des services sociaux. Ces derniers jugeaient en effet prématuré que la fillette puisse participer à une fête de baptême dont elle ne comprendrait pas le sens et qui serait longue pour elle.

Par jugement du 17 janvier 2012, le juge des enfants rejette la demande de la mère. Cette dernière interjette alors appel devant la Cour d'appel de Douai qui, dans un arrêt du 8 janvier 2013, dispose: « Attendu que la demande principale de Betty S. porte sur le baptême de l'enfant, que ce choix d'un sacrement pour son enfant relève des attributs de l'autorité parentale et ne peut être écarté au seul motif que le « service n'y est pas favorable » et que l'enfant n'y mettrait aucun sens alors même que la plupart des baptêmes célébrés dans la religion catholique touche des nourrissons ou de très jeunes enfants pour lesquels aucune question sur leur faculté de discernement n'est posée à leurs parents. Attendu en conséquence, que le sens donné à un baptême relève de la seule appréciation de celui qui le reçoit ou de celui qui le donne, et qu'il n'est pas démontré à la procédure qu'il serait contraire à l'intérêt de Mendy, dès lors qu'il peut lui être expliqué que sa mère fait seulement la demande de disposer d'une demi-journée à l'effet de l'accompagner lors d'un office religieux ou civil et de réunir sa famille autour d'un goûter, d'une repas ou d'une collation ; Attendu en conséquence qu'il ne peut être refusé à Betty S. d'organiser le baptême de Mendy à la condition de préparer l'enfant à ce moment particulier dont le déroulement précis devra être soumis au service gardien par Betty S. après l'accord de David K., détenteur également de l'autorité parentale sur l'enfant»¹¹³⁹.

En l'espèce, les services sociaux n'avaient pas compétence pour s'opposer au projet de baptême. En revanche, la mère devra obtenir l'accord du père puisqu'ils exercent conjointement l'autorité parentale. En cas de désaccord, ils pourront saisir le juge aux affaires familiales¹¹⁴⁰.

On trouve une décision récente plus surprenante, compte tenu notamment du poids donné à l'avis des enfants au regard de leur jeune âge et du caractère succinct de la motivation du juge. Dans cette affaire, deux enfants nés en 2005 et 2006 avaient fait l'objet d'un placement à l'aide sociale à l'enfance en 2010, placement renouvelé en 2011. Le père, exerçant conjointement l'autorité parentale avec la mère, avait assigné celle-ci devant le juge aux affaires familiales afin de se voir autorisé à faire baptiser les enfants. Dans un jugement du 5 juin 2012, le juge avait rejeté sa demande. En l'espèce, le référent du service de l'aide sociale à l'enfance avait rencontré les enfants qui lui avaient indiqué qu'ils ne désiraient pas être baptisés car ils n'en comprenaient pas le sens et, en outre, qu'ils ne souhaitaient pas pour l'instant revoir leur père.

Dans un arrêt du 10 septembre 2013, la Cour d'appel de Limoges confirme le jugement de première instance par cette simple motivation: « Les enfants ne désirent pas être baptisés. Ce sacrement ne correspond pas à leur intérêt »¹¹⁴¹.

Au-delà de la motivation de la cour d'appel, on comprend néanmoins mieux la façon dont les juges ont apprécié l'intérêt des enfants à la lecture de l'arrêt du 23 septembre 2015 de la Cour de cassation rejetant la demande du père. Selon la Cour, « il appartenait uniquement au juge aux affaires familiales de statuer sur le conflit parental concernant l'exercice de l'autorité parentale, le contrôle du juge ne pouvant alors porter que sur le danger que pouvait représenter la demande présentée par le père ; que la cour d'appel ne pouvait se borner à affirmer péremptoirement que les enfants ne désirent pas être baptisés ; que ce sacrement ne correspond pas à leur intérêt et à adopter les motifs du jugement rejetant la demande du père parce qu'il n'établirait pas la réalité de ses convictions et de sa pratique religieuse ; qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a violé les articles 8 et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantissent la liberté de pensée, de conscience et de religion ».

Selon la Cour de cassation : « Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé, par motifs adoptés, que le conflit d'autorité parentale relatif au baptême des enfants devait être tranché en fonction

¹¹³⁹ CA Douai, 8 janv. 2013, n°12/03506, *Dr. Fam.* n°5, mai 2013, comm. 69, C. NEIRINCK, « Le baptême de l'enfant placé en assistance éducative » : « La décision de faire baptiser un enfant de quatre ans ne lui fait pas courir un danger ».

¹¹⁴⁰ Sur cette question, v. F. EUDIER, « Quelle place le droit français reconnaît-il... ? aux parents d'un enfant placé ? », *Revue de l'enfance et de l'adolescence*, 2014/2 (n° 90), p. 45-52 ; F. MONÉGER, « Religion au regard du statut personnel et familial », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n°3, 2014. p. 697-706 (https://www.persee.fr/doc/AsPDF/ridc_0035-3337_2014_num_66_3_20409.pdf).

¹¹⁴¹ CA Limoges, civ. 10 sept. 2013, n° de RG: 12/00803.

du seul intérêt de ces derniers, la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés, d'une part, que les enfants, âgés de 6 et 7 ans, ne souhaitaient pas être baptisés car ils ne comprenaient pas le sens de cette démarche, d'autre part, qu'ils ne souhaitaient pas, en l'état, revoir leur père, dont les droits de visite avaient été suspendus en raison de son comportement menaçant et violent ; qu'elle en a souverainement déduit, sans méconnaître la liberté de conscience et de religion du père, qu'en l'état du refus de la mère, la demande de ce dernier, qui n'était pas guidée par l'intérêt supérieur des enfants, devait être rejetée ; que le moyen n'est pas fondé »¹¹⁴².

C- La protection de l'enfant contre les abus des parents justifiés par des raisons religieuses

La foi des parents et le principe de neutralité du juge ne peuvent être un prétexte à la non-intervention du juge quand un enfant est en danger, tant du point de vue de sa santé physique que de sa santé psychique.

1- La protection par le juge de la santé physique de l'enfant en danger du fait des convictions religieuses de ses parents

a) Les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants

L'article 24, §3 de la Convention internationale des droits de l'enfant engage les Etats à abolir les « pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants ».

S'agissant de la protection de l'intégrité physique de l'enfant (« la santé » selon l'article 371-1, alinéa 2 du Code civil), le droit pénal a été renforcé pour lutter contre la pratique de l'excision sur les enfants¹¹⁴³. Ce dispositif peut avoir un effet dissuasif pour certains parents souhaitant réaliser cette pratique sur leurs enfants. Les mineures étrangères non excisées peuvent aussi être protégées en se voyant reconnaître le statut de réfugié en France, comme en témoigne l'abondante jurisprudence administrative, en particulier de la Cour nationale du droit d'asile, mais aussi du Conseil d'Etat.

Cette pratique de mutilation se rattache néanmoins davantage à une culture ancestrale plutôt qu'à une quelconque religion.

¹¹⁴² Cass. Civ. 1, 23 sept. 2015, n° de pourvoi: 14-23724 (H. KOBINA GABA, « Conflit parental : l'intérêt supérieur de l'enfant et son baptême », *LPA*, 11/2016, p. 13-18). V. néanmoins Jean HAUSER qui commente ainsi cette question: « Si la décision est entre les mains des enfants et fonction de la compréhension qu'ils ont de la cérémonie on va sans doute vers bien des interrogations. Pour ce qui est, en l'espèce, le baptême catholique il est, en général, très tôt et reste entre les mains des parents. Faut-il voir dans le motif, adopté de l'arrêt d'appel, l'affirmation que seul le baptême du nouveau-né échappera au critère et que, dès que les enfants sont conscients, ce sont eux qui décideront ? Cette autonomie du mineur réjouira ceux qui la soutiennent en général et constitue sans doute la meilleure des réponses dans les cas de désaccord. On accueillera toutefois le motif avec prudence car les remarques sur le père en diminuent la portée. Soit un conflit entre deux parents irréprochables et des enfants ayant atteint l'âge dit de raison, il sera intéressant de voir alors si la jurisprudence consacre bien cette autonomie. » (« La religion de l'enfant : le domaine de l'intérêt supérieur ? (Civ. 1^{re}, 23 sept. 2015, n° 14-23.724) », *RTDC*, 2015 p. 861).

¹¹⁴³ V., pour les peines touchant les auteurs de mutilations, les art. 222-8 à 222-10 CP; art. 222-16-2 CP ou les incitations à la mutilation sur mineurs, l'art. 227-24-1 CP.

C'est en 1983 que, pour la première fois, un arrêt de la Cour de cassation a assimilé l'excision à une mutilation, considérant donc qu'il s'agissait d'un crime. En mai 1986, la 15^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Paris s'est ainsi déclarée incompétente pour juger les parents de six fillettes excisées accusés dans un premier temps de « coups et blessures volontaires sur enfants de moins de 15 ans ». Selon les informations disponibles sur le site de la *Ligue du droit international des femmes*, la première condamnation prononcée par une cour d'assises pour excision date de 1988 (trois ans d'emprisonnement avec sursis). En 1991 a été prononcée la première condamnation d'une exciseuse à une peine de prison ferme (cinq ans); en 1993, la première condamnation à une peine de prison ferme d'une mère ayant fait exciser ses filles (trois ans avec sursis et un ferme); en 1996, la première condamnation d'un père ayant fait exciser sa fille contre l'avis de la mère (un an avec sursis). Selon la même source, le premier procès déclenché par une fille victime de mutilation date de 1999 (huit ans de prison ferme pour l'exciseuse et deux pour la mère). (rapport du sénat; <http://www.senat.fr/rap/r17-479/r17-4793.html>). V. par ex. Cass. Crim. 22 avr. 1986, n° de pourvoi: 84-95759.

De même, une avocate ayant l'habitude de défendre des demandeurs d'asile évoquait, indépendamment des persécutions subies pour des raisons religieuses dans certains pays, des problématiques en lien avec la famille et où l'« on sent quand même que l'on n'est pas loin du religieux » comme celle des enfants sorciers, notamment en République Démocratique du Congo, « la question des sociétés secrètes en Sierra Leone, ce n'est pas forcément des choses qui sont dans des textes ou dans des livres, mais ce sont quand même des dogmes » ou la pratique du *lévirat* [le fait que, dans certains pays, quand le mari meurt, la veuve doit épouser le frère aîné du mari], « mais je ne sais même pas si c'est religieux, mais en tout cas c'est un peu rattaché à la religion ». L'avocat conclut ainsi : « En fait, il y a énormément de faits religieux, mais je n'y pensais même pas avant de vous voir ».

Par ordonnance du 29 novembre 2013, le juge aux affaires familiales, chargé des fonctions de juge des tutelles des mineurs du Tribunal de grande instance de Nantes, a estimé qu'une mère de deux enfants mineurs et administratrice légale de ses enfants n'était pas autorisée à faire procéder au changement de leur patronyme. La mère avait alors fait appel de cette décision expliquant que son fils aîné avait subi de graves violences physiques, notamment des scarifications de la part de son père.

La cour d'appel de Rennes a ainsi statué : « La jurisprudence administrative reconnaît que des motifs d'ordre affectif, dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque les requérants souffrent de traumatismes physiques et psychologiques suite au comportement d'un de leurs parents, caractérisent l'intérêt légitime requis par l'article 61 du code civil¹¹⁴⁴ pour déroger aux principes de dévolution et de fixité du nom établis par la loi. En l'espèce, M. Abdelhafid Y...a été condamné par le tribunal correctionnel de Nantes pour violences volontaires par ascendant sur son fils Yaniss Y..., qui était âgé de moins de quinze ans. Les scarifications qui ont été opérées sur le corps de l'enfant ne peuvent être justifiées par un rite reconnu par la religion islamique comme le prétend le père de l'enfant se retranchant derrière ses croyances religieuses (...). Dès lors, la requête en changement de nom présentée par Mme Zaïa X...au nom de ses fils mineurs Yaniss et Rayane Y...n'est pas contraire à l'intérêt de ceux-ci. Il convient donc d'autoriser Mme Zaïa X...à présenter cette requête. L'ordonnance déferée sera infirmée »¹¹⁴⁵.

Ici, de même que pour l'excision, une mutilation telle que la scarification ne peut être pratiquée sur un mineur sous prétexte des croyances religieuses des parents. En accordant à la mère le droit exceptionnel de changer de nom, le juge offre une protection à l'enfant atteint dans sa chair par l'autre parent, l'éloignant ce faisant également d'autres possibles atteintes à sa santé en raison des convictions religieuses de l'un de ses parents.

b) Les mesures d'assistance éducative au service de la vie ou de la santé de l'enfant

Par ailleurs, sur le fondement de l'article 375 du Code civil, le juge peut prendre des mesures d'assistance éducative « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou (depuis la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance), de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises »¹¹⁴⁶. Il a ainsi

1144 Art. 61 CC : « Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom (...) ».

1145 CA Rennes, 6ème chambre b, 2 sept. 2014, n° de RG: 14/01216.

1146 V. l'art. 28, dernier al. du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux qui énonce la procédure à suivre en cas de refus des parents d'autoriser une intervention chirurgicale et de faire pratiquer les actes liés à l'opération : « (...) lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable du service peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent ».

autorisé la transfusion sanguine sur un enfant, malgré le refus de ses parents, témoins de Jéhovah. En l'espèce, le juge fait primer la santé de l'enfant sur les convictions religieuses de ses parents¹¹⁴⁷.

Lors des entretiens, un juge se remémorait l'épisode suivant: « quand j'étais juge des enfants, j'ai eu le cas où il a fallu prendre en charge un enfant auquel ses parents témoins de Jéhovah refusaient une transfusion. Alors j'ai effectivement placé l'enfant pendant une semaine à l'aide sociale à l'enfance pour qu'elle ait la main mise. J'ai reçu les parents, je leur ai dit que leur fille était très malade et qu'il n'y avait qu'une solution qui était la transfusion. Et eux de nous dire, on veut sauver notre enfant mais on ne veut pas avoir le péché de l'avoir décidé. Si vous le décidez pour nous, c'est d'accord. Donc voilà, c'était « je m'en lave les mains » ».

Cet exemple montre que le droit français et la neutralité du juge peuvent non seulement être au service de l'intérêt de l'enfant mais également faciliter la tâche d'éducateurs de parents religieux, même si *a priori* la mesure imposée va à l'encontre de leurs croyances...

Confirmeraient cette analyse les propos recueillis auprès d'un autre juge qui, dans les deux cas de sa carrière où il a imposé qu'une transfusion sanguine par l'intermédiaire de l'article 375 du Code civil soit réalisée sur un enfant de parents témoins de Jéhovah, n'a pas eu d'opposition de ces derniers à la décision prise.

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Tlapak et autres c. Allemagne* et *Wetjen et autres c. Allemagne* du 22 mars 2018 portaient sur le retrait partiel de l'autorité parentale à des parents appartenant au mouvement religieux des Douze Tribus (*Zwölf Stämme*) résidant dans deux communautés en Bavière et sur le placement de leurs enfants. En 2012, des articles de presse relatèrent que des membres de ce mouvement religieux infligeaient à leurs enfants des châtiments à coups de baguette. Ces informations furent ensuite corroborées par des témoignages d'anciens membres du mouvement religieux et un enregistrement vidéo où de tels châtiments avaient été filmés en caméra cachée. Au vu de ces éléments, les juridictions nationales ordonnèrent en septembre 2013 le placement des enfants vivant dans ces communautés. Quatre familles membres des Douze Tribus victimes de ces décisions saisirent alors la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, jugeant que les juridictions allemandes avaient ménagé un juste équilibre entre l'intérêt des parents et l'intérêt supérieur des enfants, dans le cadre de procédures équitables et raisonnables au cours desquelles la cause de chaque enfant avait été examinée individuellement. La Cour a souscrit à la conclusion des juridictions allemandes selon laquelle le risque de châtiments systématiques et réguliers encouru par les enfants justifiait leur placement et le retrait partiel de leur autorité parentale aux requérants. Elle a estimé que ces décisions se fondaient sur le risque que les enfants subissent des traitements inhumains et dégradants. La Cour a également souligné que les juridictions allemandes avaient exposé de manière détaillée les raisons pour lesquelles elles n'avaient disposé d'aucune autre solution pour protéger les enfants. Au cours des procédures internes, les parents s'étaient notamment déclarés convaincus que les châtiments corporels étaient tolérables et les juridictions avaient estimé que, même si les intéressés avaient accepté de renoncer aux coups de baguette, il n'y avait aucun moyen de s'assurer que d'autres membres de la communauté ne se chargeraient pas d'appliquer ces châtiments.

¹¹⁴⁷ L'arrêt du Conseil d'Etat du 3 juillet 1996, n°140872 illustre cette jurisprudence.

2- La protection par le juge de la santé psychique de l'enfant en danger du fait des convictions religieuses de ses parents

Outre l'utilisation des instruments classiques, tels que l'article 375 du Code civil et le contrôle du déroulement de l'instruction du mineur - qui permet d'éviter certains embrigadements dans des « sectes » - la disposition condamnant la « manipulation mentale » peut également se révéler un instrument utile à la protection des droits psychiques de l'enfant contre les abus liés aux convictions religieuses de ses parents. Adoptée dès 1994 en faveur des mineurs, cette mesure est aujourd'hui prévue à l'article 223-15-2 du Code Pénal qui dispose : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende »¹¹⁴⁸.

Même si nous n'avons pas trouvé de contentieux familial sur le fondement de cet article, un avocat nous a relaté une histoire qui, bien que ne se rapportant pas à cette infraction pénale, pourrait en théorie tout à fait s'y rattacher: « Je me souviens d'une femme qui a eu onze enfants et qui me disait que son mari refusait qu'elle prenne la pilule ou le moindre moyen de contraception parce que cela venait heurter ses convictions religieuses. Elle avait le sentiment que la religion avait bon dos et qu'il lui imposait des choses pour la contraindre à rester à la maison. Lui, il levait les enfants à 4h du matin pour leur faire la catéchèse, dans le jardin, il avait des principes éducatifs qui relevaient en réalité de la maltraitance, et tout cela sous couvert de religion et d'amour de Dieu, etc.. Donc, il agissait comme un véritable despote ; et, voilà, le fait religieux était extrêmement important dans cette famille, et elle a mis beaucoup beaucoup de temps à s'extirper de cette situation. Mais, là, on était sur des mécanismes d'aliénation et de maîtrise mentale tels qu'on les retrouve dans les mouvements sectaires. Mais oui, je me rappelle de cette femme qui pouvait dire que le catholicisme lui avait pourri la vie, parce qu'en fait son mari s'érigait comme porte-voix de Dieu et comme messie en fait. Après, la religion est un prétexte dans ces cas là, c'est un outil ».

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Schmidt c. France* du 26 juillet 2007 s'inscrit dans la même optique. Dans cette affaire, en 1993, l'enfant d'un couple dont le père était Français et la mère Néo-zélandaise avait été placée, à l'âge de trois ans, à la Direction départementale d'action sanitaire et sociale sur une décision de la juge des enfants de Versailles. Les deux parents étaient membres de l'Eglise chrétienne biblique, dénommée « La Citadelle », église évangélique protestante dissoute le 12 décembre 1990.

¹¹⁴⁸ Pour un ex. de répercussion familiale de ce type en lien avec la religion, v. Cass. Crim. 26 oct. 2016, n° de pourvoi: 15-85956.

Le 12 février 1993, la juge des enfants de Versailles décide d'une ordonnance de placement ainsi motivée : « Attendu que le père de la mineure Axel Schmidt est actuellement inculpé et placé sous contrôle judiciaire dans le cadre d'une affaire ouverte au criminel pour séquestration, défaut de soins et coups et blessures volontaires sur mineurs ;

Que M. et Mme Schmidt appartiennent à l'Eglise Chrétienne Biblique autrement dénommée « La Citadelle » et fondée par M. et Mme M. ; que Madame M. est également inculpée dans le cadre du même dossier ;

Attendu qu'au moins deux dossiers d'assistance éducative ont déjà été ouverts pour des enfants dont les parents appartiennent à « La Citadelle » (B. et A.) ;

Que selon les rapports de la DDASS des Yvelines le 23 mars 1989, les rapports d'Assistance Educative en milieu ouvert du Service Social du tribunal pour Enfants qui lui ont fait suite et les déclarations de M. et Mme C. et M. et Mme B., grands-parents des enfants B., les enfants au teint blême, au masque figé, ne manifestent aucune spontanéité, que leur éducation est essentiellement confiée « aux aînées Mme M. et Mme A. » et non à leurs parents ; qu'ils sont uniquement scolarisés par correspondance, coupés du monde extérieur présenté comme satanique ; que les activités ludiques sont particulièrement réduites et suspectes ;

Attendu que ces déclarations sont confirmées par celles d'anciens adeptes : époux S., époux N. S, D. S., C. A., époux P., H., ayant quitté le mouvement religieux et qui précisent, par ailleurs, que les enfants sont astreints à des jeûnes fréquents, à un sommeil réduit et soumis à des punitions corporelles sous forme de gifles et de coups de ceinture.

Qu'ils soulignent qu'un climat de suspicion et de délation règne en permanence, les enfants n'osant se confier à leurs propres parents de crainte d'être dénoncés ou punis par eux ou par les autres adeptes ;

Attendu que la jeune Victoria Schmidt âgée de 3 ans a toujours été élevée dans la communauté, soustraite à tout contact familial (grands-parents, oncles, tantes) et social autre que ceux du groupe religieux et soumise à un régime d'enfermement ;

Attendu que les conditions d'éducation évoquées ci-dessus sont de nature à compromettre gravement l'équilibre psychologique et l'épanouissement de la mineure ;

Attendu que les droits de visite et d'hébergement seront réservés en l'état dans l'attente de rapports psychologiques sur la mineure ;

Qu'il convient en conséquence de confirmer la mesure de placement ordonnée par le Procureur de la République. »

Le père, poursuivi et condamné pénalement pour coups et blessures sur la personne de jeunes gens, s'était enfui et on n'en avait plus de nouvelles. La mère s'était établie en Nouvelle Zélande et, après trois ans de silence, refusait de revenir en France.

Le 17 juin 1999, la cour d'appel confirma la mesure confiant Victoria à ses grands-parents paternels, mais rétablit la mesure d'aide éducative qui avait été levée. La cour d'appel indiquait notamment : « Considérant que les relations inter-personnelles de tous les adultes concernés par la présente procédure demeurent, en dépit de leurs réponses « offusquées », incertaines sinon occultes, au mépris de la protection de la santé, de la sécurité et de la moralité d'une enfant qui est depuis trop longtemps l'objet de conflits éducatifs et religieux toujours vifs et exacerbés ».

Profitant du droit de visite et d'hébergement, qui lui avait été accordé par un jugement du 11 juillet 2000 la mère a quitté illégalement le territoire français avec sa fille et a par la suite obtenu sa garde par décision des juges irlandais.

La mère n'en continua pas moins à contester les décisions françaises jusque devant la Cour de Strasbourg.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les requérants avaient établi un parallèle entre leur cas et l'affaire *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993 et se plaignaient du fait que leur fille avait été placée auprès de ses grands-parents paternels, de confession catholique et ce, malgré leur âge avancé et leur animosité à l'égard des requérants.

Si le placement de la fillette constituait bien une ingérence dans l'exercice du droit des requérants au respect de leur vie familiale, la Cour tient compte du fait que le requérant était inculpé dans le cadre d'une affaire criminelle concernant des mineurs ; « que les rapports de la DDASS et des services sociaux, ainsi que des témoignages de tiers, attiraient l'attention sur le fait que les enfants, dont les parents appartenaient à l'Eglise chrétienne biblique étaient notamment coupés du monde extérieur, présenté comme satanique, astreints à des jeûnes fréquents, à un

sommeil réduit et soumis à des punitions corporelles sous forme de gifles et de coups de ceinture ; et que ces conditions d'éducation étaient de nature à compromettre gravement l'équilibre psychologique et l'épanouissement de Victoria. La Cour estime que ces motifs étaient suffisants au regard de l'intérêt de l'enfant qui, dans des affaires de ce type, doit passer avant toute autre considération ».

Par ailleurs, la Cour note que la requérante n'était pas exclue du processus décisionnel concernant sa fille, et qu'elle avait notamment pu en mars 1998, alors qu'elle avait appris que sa fille était sur le point de se faire baptiser à l'Eglise catholique romaine, apparemment à la demande de l'enfant, obtenir l'annulation de ce projet¹¹⁴⁹.

Les droits parentaux, notamment pour ce qui concerne les choix religieux, doivent être protégés quand l'enfant est placé. Mais l'enfant peut également être placé en raison de convictions religieuses excessives de parents contraires à l'intérêt de l'enfant et notamment son bien-être psychique. Ainsi un juge nous indiquait qu'en tant que juge pour enfant à Beauvais il avait été confronté à «des familles de catholiques extrémistes. Dans ce cas, on avait des parents dangereux pour les enfants. C'était douloureux de décider le placement. Ici, on s'appuie sur le décalage entre la norme sociale et la pratique de la personne ».

La décision prise le 24 septembre 1962 par le juge des enfants de Versailles¹¹⁵⁰ - couramment appelée « affaire de la mineure de Versailles » - est l'une des seules où les juges aient eu à intervenir dans un conflit déclaré entre les parents et l'enfant à propos de la religion de ce dernier. A la suite de la saisine du juge, sur le fondement de l'article 375 du Code civil, par une adolescente de seize ans et demi qui demandait à être retirée de sa famille, la garde provisoire de la jeune fille avait été confiée à la Société de Sauvegarde de l'Enfance et de l'Adolescence par une mesure d'assistance éducative. Le placement était motivé en partie pour des raisons religieuses. Cette dernière, en accord avec l'autorité judiciaire, avait fait entrer la jeune fille comme pensionnaire dans un internat catholique, seul établissement qui ait pu l'accueillir en cours d'année scolaire¹¹⁵¹. Les parents qui, à l'origine catholiques, avaient fait baptiser leurs enfants, puis s'étaient convertis à la religion protestante quand leur fille avait huit ans, en l'entraînant dans cette conversion, saisirent le juge sur le fondement de l'article 378 du Code civil pour exiger que la religion protestante fût imposée à leur fille¹¹⁵². En l'espèce, l'éducation religieuse correspondait à l'un des facteurs ayant motivé la mesure de placement puisque la mineure, vivant « sous un régime de contrainte morale, d'autoritarisme et de sévérité excessive, source de conflits intrapsychiques », dans un « climat familial, violemment contraignant », « présente encore actuellement un état d'angoisse et d'insécurité affective, lié au comportement de ses parents à son égard, et qu'elle rejette en bloc, non seulement ses parents, mais les éléments confessionnels qui faisaient partie du cadre d'une vie familiale traumatisante ».

Le tribunal estima donc que « (...) toute tentative pour contraindre actuellement la mineure par quelque moyen que ce soit à des actes de pratique religieuse aurait sur son développement psychique les plus graves répercussions, étant donné ses tendances dépressives et son angoisse susceptible d'entraver son efficacité intellectuelle et son rendement scolaire; qu'il s'agit en l'espèce, en l'absence de majorité légale religieuse, de rechercher son intérêt non pas en se plaçant au point de vue religieux, mais

¹¹⁴⁹ Sur cet arrêt v. notamment J. HAUSER, « Assistance éducative : de la religion ou des sectes », *RTDC*, 2007, p. 765.

¹¹⁵⁰ TGI, juge des enfants Versailles, 24 sept. 1962, *Epoux G.*

¹¹⁵¹ Pendant longtemps d'ailleurs, le placement dans des institutions catholiques était chose courante. V. V. GUILLEMOT TREFFAINGUY, *La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)*, Thèse sous la dir. de Yann DELBREL, 1^{er} déc. 2017, Université de Bordeaux, 680 p.

¹¹⁵² Requête étrange car, si un établissement confessionnel doit respecter toutes les croyances, il est impossible de lui imposer de donner une éducation dans une autre religion à un enfant (v. dans ce sens, P. BARBIER, « Le juge des enfants peut-il intervenir en matière d'éducation religieuse? », *Gaz. Pal.*, 1963.1, Doctr., p. 46). Ce n'est qu'en appel que les parents sollicitent une modification du placement de leur fille et son transfert dans un établissement neutre ou protestant.

uniquement en adoptant un critère psychologique; - Attendu que l'intérêt d'A.G. est donc d'être mise à l'abri de toute contrainte religieuse ou autre où elle verrait nécessairement la preuve de la continuité d'une ingérence paternelle abusive qu'elle ressentirait comme un nouveau traumatisme préjudiciable à son équilibre mental; (...) Attendu qu'en conséquence, il n'y a pas lieu d'imposer à la mineure A.G. la pratique de la religion réformée et les cours d'instruction religieuse, de dire que le pasteur aura un libre de droit de visite; qu'il a d'ailleurs toute latitude, ainsi qu'il en a déjà usé, de voir librement la mineure ».

Les magistrats soulignent que leur intervention n'a pas pour objet de contester les choix religieux parentaux. Le tribunal ne donne d'ailleurs pas le droit à la mineure de pratiquer la religion catholique, mais rejette uniquement la requête du père exigeant que l'enfant soit contrainte à pratiquer la religion protestante car cela créerait des troubles psychiques chez l'adolescente. Il est évidemment regrettable en l'espèce que les juges n'aient pas trouvé d'autres internats qu'un internat catholique. Et il ne s'agit donc pas de la reconnaissance d'une autonomie de l'adolescent en matière religieuse.

3- La protection par le juge de l'enfant contre la radicalisation d'un parent

Certains contentieux ne portent guère à discussion, si l'un des parents a déjà fait l'objet d'une sanction pénale pour fait de radicalisation.

Ainsi, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 26 novembre 2015, a statué sur le transfert de la résidence des enfants du domicile de la mère à celui du père, la mère ayant été condamnée pénalement pour apologie du terrorisme:

« Sur la résidence des enfants

Considérant qu'il résulte de l'article 373-2-6 du code civil que le juge doit veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ; (...)

Considérant par ailleurs que Christina Y... s'est convertie à l'Islam postérieurement à la séparation du couple ; que si cette conversion est un acte relevant de sa liberté individuelle, il doit lui être rappelé que l'éducation religieuse des enfants relève des prérogatives de l'autorité parentale qui est en l'espèce exercée conjointement par les deux parents ; que sans l'accord de leur père et en l'absence de toute pratique religieuse suivie par les deux parents pendant le cours de leur union, Christina Y... ne peut donc pas placer les enfants dans son sillage et notamment leur faire porter le voile et teindre leurs mains de henné à l'occasion de fêtes religieuses musulmanes ;

Que la nouvelle foi de Christina Y... l'a emportée dans une dérive qui lui a valu le 15 juin 2015 une condamnation pour apologie du terrorisme ;

Que les deux enfants sont donc placées au domicile de leur mère dans un environnement qui professe des valeurs incompatibles avec l'ordre public républicain, ce qui représente un facteur de danger pour elles de nature à compromettre l'ouverture nécessaire à leur épanouissement et leur intégration dans une société plurielle ; (...)

Qu'ainsi, sans qu'il soit utile de recourir à des mesures d'investigation puisque la cour est en possession des éléments suffisants pour apprécier l'intérêt des enfants, il apparaît conforme à celui-ci de transférer leur résidence auprès de leur père ; (...)

Sur l'interdiction de sortie du territoire

Considérant que l'article 373-2-6 du code civil prévoit que le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents et qu'il peut notamment ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents ;

Considérant que cette mesure préventive, attentatoire à la liberté de déplacement d'un parent avec son enfant, ne trouve sa justification que dans l'existence d'un risque avéré de rupture du lien avec l'autre parent ;

Considérant que la prétention de Mickaël X... est qualifiée de pure délire par Christina Y... ;

Que cependant, il doit être observé que la conversion de Christina Y... à l'Islam s'est accompagnée d'une aspiration vers une mouvance radicale admiratrice de Daech qui lui a valu une condamnation pour apologie du terrorisme, qu'elle a épousé un homme de nationalité marocaine et de confession musulmane dont il n'est pas contesté qu'il est seulement titulaire d'une carte de séjour et qu'il n'exerce pas de profession déclarée ; que Christina Y... n'exerce elle-même aucune activité professionnelle ;

Qu'au regard de ces éléments, le risque d'un départ de Christina Y... et de sa nouvelle famille vers une terre musulmane n'abritant pas de mécréants ne peut être considéré comme relevant du délire mais au contraire comme un risque bien réel et dont l'actualité montre les exemples; Qu'il sera fait droit à la demande de Mickaël X... sur ce point ; (...)
Statuant à nouveau,
Fixe la résidence de A... et B... au domicile de leur père, (...)
PRONONCE une interdiction de sortie du territoire français de A... et B... X...- Y... sans l'accord de leurs deux parents» ¹¹⁵³.

On constate ainsi depuis quelques années que les mesures « simples » liées à l'exercice de l'autorité parentale se doublent de mesures d'interdiction de sortie du territoire en raison du risque qu'un parent « radicalisé » puisse quitter le territoire avec l'enfant ou les enfants du couple.

Cette mesure doit cependant être décidée avec grande précaution par les juges car, comme nous l'ont confirmé plusieurs avocats, l'argument de la radicalisation est de plus en plus souvent instrumentalisé dans les séparations, comme pouvait l'être autrefois celui des violences ou abus sexuels.

La religion - le plus souvent musulmane - de l'un des parents peut servir de prétexte à l'autre parent pour demander un changement de résidence ou de droit de visite et d'hébergement, voire une interdiction de sortie du territoire sans l'accord de l'autre, le parent inventant ou accentuant le caractère excessif et perturbant de la religion de son ex-conjoint pour l'enfant.

Ainsi, dans le cadre d'une procédure de divorce, une avocate rappelait le cas où « le mari était algérien et la femme, invoquant le risque d'attentat, souhaitait demander une interdiction de sortie du territoire avec les enfants. Il s'agissait de stigmatiser le père par rapport à ses origines ».

Un autre avocat nous indiquait : « actuellement, on a des clientes qui viennent nous parler de la radicalisation du père de leurs enfants. Et on sait que devant le juge d'application des peines, en urgence, c'est un argument. En l'espèce, le juge va être très très attentif, même si on n'a pas grand chose dans le dossier. Donc, si l'homme change ses habitudes, porte désormais une barbe, va à la Mecque etc, cela devient des arguments, on sait que cela va porter. Moi je suis la porte parole de ma cliente, je ne cherche pas la vérité. Je ne vais pas dire n'importe quoi non plus mais dans certains dossiers je ne vais pas hésiter à mobiliser ce type d'argument, même si le risque n'est pas établi, dans le cas d'une garde d'enfants par exemple ». A notre interrogation pour savoir s'il s'agit d'un phénomène nouveau, l'avocat répond : « Oui bien sûr, cela fait un ou deux ans. On l'entend plus de la part de nos clientes et nous allons dès lors plus l'utiliser comme argument devant le juge. Est-ce que le phénomène existait avant ? Je ne sais pas mais en tout cas on en parle désormais. On fait évoluer la présentation des choses. Avant c'était : « il ne travaille pas, il part à l'étranger, il fume du cannabis etc », bref ce n'était pas le père idéal. Maintenant on parle plus de la religion. Par exemple, j'ai en ce moment un dossier assez vide mais j'ai une photo de monsieur, avec sa grande barbe et son costume donc oui, j'utilise cela. La photo permet aussi de montrer la réalité de la personne qui sera « propre sur elle » lors de l'audience. Avec la photo, on montre le double discours. C'est quelque chose d'assez fréquent : en audience la personne enlève alors l'ensemble des éléments religieux pour mieux présenter. Après, cela ne vole pas très haut et nous ne sommes pas ici dans l'argument clé. Dans l'autre sens, j'ai eu un client dont l'ex femme disait que celui-ci l'obligeait à porter le voile, à appliquer un islam

¹¹⁵³ CA Versailles, 2ème chambre 1ère section, 26 nov. 2015, n° de RG: 14/07797.

rigoriste. On a alors produit des photos pour montrer madame en maillot de bain en vacances ou monsieur et madame buvant de l'alcool ».

Cette stratégie relatée par cet avocat - qui n'est pas isolée - témoigne de la difficulté de l'appréciation du juge, en toute neutralité, dans ce type de contentieux.

Un juge nous a quant à lui raconté certaines audiences d'assistance éducative en lien avec des suspicions de radicalisation : « c'est au cœur du débat. Je me souviens très bien qu'il y avait un père qui était affilié au PKK, qui avait saisi le juge des enfants parce qu'il estimait que sa petite-fille de six ans courait un danger chez sa mère parce qu'elle était radicalisée (...) et le débat a porté là-dessus, savoir s'il existait un risque de radicalisation pour la fille ». Et, à notre question de savoir si le fait religieux était abordé de la même manière qu'un autre sujet, il a répondu : « En fait, pour moi c'était un fait comme un autre, dans la mesure où le magistrat essayait vraiment de s'intéresser, de savoir s'il y avait vraiment un danger, mais comme il s'intéresserait à n'importe quelle autre famille où il y aurait un danger pour l'enfant. Là, le père disait qu'à chaque fois que sa fille prenait un repas, elle faisait la prière alors qu'elle ne le faisait pas avant ; que lorsqu'elle se projetait dans l'avenir elle disait *inch'allah*. Le magistrat lui a rappelé qu'il n'y avait pas de risques, que ce n'était pas synonyme de danger ».

Un autre juge nous a confirmé que « pour les musulmans, les dossiers que j'ai eus, ce sont des personnes qui disent que leur conjoint est radical et que donc on ne veut pas lui confier les enfants ».

Face à ces accusations de plus en plus fréquentes d'un parent contre l'autre, le juge doit veiller à ce que l'argument de la radicalisation et de ses risques soit réel. En effet, comme le souligne un juge, il faut toujours analyser la situation de l'enfant *in concreto* car « il peut être tentant d'appréhender l'intérêt de l'enfant *in abstracto* et de substituer à l'exigence de maintien du lien parental le principe de précaution »¹¹⁵⁴.

A la suite d'un divorce prononcé aux torts partagés des époux, un juge ayant fixé la résidence de l'enfant chez la mère, le père contestait le jugement prétextant notamment les effets négatifs de la pratique de la religion de cette dernière sur l'enfant : « Sur la résidence de l'enfant. (...) Attendu que l'enfant est âgée de six ans et réside depuis quatre ans à Brive avec sa mère ;

Attendu que dans ses conclusions M. X...indique émettre les plus grandes craintes quant à la radicalisation de sa fille Mathilde compte tenu de l'enfermement de sa mère dans le cadre d'un Islam radical ;

Attendu cependant que M. X... ne rapporte d'éléments probants à l'appui de ses dires, qu'en effet M. Joonekindt précise simplement dans son attestation que M. X... s'était un peu plaint auprès de lui de l'emprise de la religion islamique pratiquée par Fatima Y... sur son couple ;

Attendu qu'il n'existe donc aucune raison de perturber considérablement l'enfant en modifiant son cadre habituel de vie et l'ensemble de ses repères sociaux, scolaires et amicaux »¹¹⁵⁵.

S'il existe des éléments sérieux laissant supposer que l'un des parents s'apprête à quitter le territoire national avec l'enfant dans des conditions qui mettraient ce dernier en danger, le juge peut, aux termes de l'article 373-2-6 du code civil ordonner une interdiction de quitter le territoire sans l'autorisation des deux parents

Dans une affaire, la mère interjetait appel d'une décision d'un juge aux affaires familiales ayant accordé la garde alternée d'un enfant de quatre ans aux parents et l'interdiction de quitter le territoire français sans l'accord de l'autre parent. La cour d'appel décide, qu'au regard des «relations (...) conflictuelles entre les parents (...) Il y a lieu d'accueillir la demande de la mère tendant à ce que la résidence de Naïla soit fixée à son domicile. (...) Madame Rachida X...a organisé sa vie à Brive et une partie de sa famille est d'ailleurs établie en France ; il est légitime qu'elle souhaite revenir une fois par an au Maroc où se trouve l'autre partie de sa famille.

¹¹⁵⁴ Y. BERNAND, « Le juge aux affaires familiales et la « radicalisation » religieuse », *D.*, 2019, p. 904 et s.

¹¹⁵⁵ CA Limoges, civ. 25 fév. 2016, n° de RG: 15/00154.

Il n'est nullement démontré que sa pratique de l'Islam qui est sa religion naturelle serait contraire aux principes constitutionnels de la France.
En réalité, il n'existe aucune circonstance qui justifie une interdiction de sortie du territoire français sans l'accord de l'autre parent »¹¹⁵⁶.

On peut également citer une affaire dans laquelle une mère avait demandé le prononcé d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire pour son enfant invoquant notamment « l'entourage radicalisé » du père, la violence de ce dernier ainsi que le fait que la famille de son ex-conjoint vivait en Algérie. Confirmant le rejet de la demande de la mère, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 octobre 2016 n°15/09886 indique que, comme l'a relevé le premier juge, le père travaille depuis de nombreuses années en France et que son entourage familial le plus proche est en France. Par ailleurs, la mère n'apporte pas la preuve des condamnations pénales du père ni de l'attitude radicalisée et violente qu'aurait ce dernier.

Certains parents radicalisés réussissent à braver l'interdiction de sortie du territoire, mettant en danger leurs enfants.

Dans un arrêt du 20 juin 2018, n° de pourvoi: 17-84128, la Cour de cassation, chambre criminelle statuait sur le pourvoi formé par une femme contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-provence du 31 mai 2017, qui l'avait condamnée à dix-huit mois d'emprisonnement pour soustraction à ses obligations légales compromettant la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de ses enfants.

Comme le rappelle la Cour de cassation « de l'union de Mme X... et M. A... sont issus, D... né le [...], G... né le [...], H... né le [...] et E... né le [...]; qu'après une première rupture [...] et une reprise de vie commune d'où est issu E... le couple se sépare de nouveau en 2010 qu'une décision du juge aux affaires familiales de Grasse du 20 février 2012 fixe une autorité parentale conjointe, la résidence de l'enfant G... chez sa mère et celle des trois autres enfants chez leur père avec organisation d'un droit de visite et d'hébergement en faveur du parent non gardien; qu'ultérieurement de son union avec M. B... I..., Mme X... donnera naissance le 25 mars 2013 à F...; que selon ordonnance de référé en date du 25 novembre 2014 (...), le juge aux affaires familiales de Grasse a ordonné une interdiction de sortie du territoire national de l'enfant sans autorisation des deux parents; qu'ultérieurement une décision du juge aux affaires familiales de Grasse du 10 mars 2015 fixe la résidence de l'enfant chez sa mère et organise un droit de visite médiatisé en faveur du père dans l'attente du retour d'une mesure d'enquête sociale par ailleurs ordonnée; qu'il est établi en procédure que Mme X... a quitté le territoire national le 10 mars 2015 pour rejoindre d'abord l'Algérie puis la Turquie; qu'à partir de ce pays et alors qu'elle l'avait toujours nié, Mme X... a fini par admettre s'être rendue en Syrie à Raqqa avec ses enfants mineurs D..., handicapé à 80 %, E... et F... alors âgé de 2 ans; qu'il est manifeste que par ce départ Mme X... s'est soustrait à ses obligations légales de nature à compromettre gravement la santé, la moralité et l'éducation de ses enfants; qu'elle s'est ainsi affranchie des décisions judiciaires lui interdisant la sortie de F... sans l'autorisation du père de l'enfant, elle a emmené avec elle D... et E... dont la résidence était fixée chez leur père sans avertir ce dernier de sa destination et a ainsi exposé ses enfants à un danger majeur; qu'il est établi qu'elle a rejoint des combattants de l'état islamiste puisqu'elle se retrouvera enceinte au cours de son séjour des oeuvres d'un dénommé Oumar C... depuis décédé au combat; que la radicalisation de Mme Claire X... était déjà suspectée puisque M. B... I... avait invoquée celle-ci devant le juge aux affaires familiales en décembre 2014 pour obtenir l'interdiction de sortie du territoire de leur enfant commun F... et que ce magistrat avait reconnu ce motif comme légitime; que par ailleurs Mme X... fait l'objet d'une fiche S pour être susceptible d'avoir des liens avec l'islam radical et de vouloir se rendre en zone de conflit comme le rapport du service de sécurité intérieure turc en date du 3 septembre 2015 permet de l'affirmer; que postérieurement au jugement dont appel Mme X... a été mise en examen pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme et placée sous mandat de dépôt le 18 septembre 2016 dans le cadre d'une procédure d'instruction dépendante du pôle anti-terroriste de Paris; que l'exploitation de sa téléphonie permet de découvrir outre de la propagande de Daech des conversations aux termes desquelles elle préparait son retour en Syrie; que par ce départ Mme X... s'est également totalement désintéressée du sort et de l'évolution de H... qui, si il ne l'a pas suivie se trouvait être dans un

¹¹⁵⁶ CA Limoges, civ., 14 déc. 2015, n° de RG: 15/00383.

environnement insécurisant (...); qu'enfin la procédure permet d'affirmer que G..., alors confiée à sa mère, a été trouvé porteur le 16 novembre 2015, sur la voie publique, trois jours après les attentats du Bataclan revendiqués par l'Etat islamique, d'une arme, réplique exacte d'une Kalachnikov ; que l'ensemble de ces éléments caractérise les manquements de Mme X... à ses obligations légales à l'égard de l'ensemble de ses enfants ; qu'elle a ainsi exposé ces derniers à un environnement d'une extrême dangerosité en les faisant séjourner dans des zones de combat, a compromis leur équilibre par leur déscolarisation et par leur rupture avec leur environnement familial et social et a ainsi gravement compromis leur santé, sécurité, moralité et éducation ;(..)

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que Mme Claire X... a été poursuivie sur le fondement des dispositions de l'article 227-17 du code pénal pour s'être soustraite sans motif légitime à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de ses cinq enfants mineurs ; que la prévention relève notamment qu'elle a quitté le territoire national le 15 mars 2015 pour se rendre, via l'Algérie et la Turquie, avec trois de ses enfants, D..., E... et F..., à Raqqa en Syrie et y rejoindre des mouvements djihadistes, qu'elle a déscolarisé G... A... et s'est opposée à toute intervention éducative du tribunal pour enfants et du juge des affaires familiales ; qu'interpellée en Turquie avec ses trois enfants, le 25 août 2015, alors qu'elle regagnait la France en utilisant un passeport algérien, elle a été expulsée de Turquie le 11 septembre 2015 ; que ses enfants, E..., G..., H..., D... et F... ont été placés en urgence par ordonnance du juge des enfants en date du 11 septembre 2015 ; que le tribunal correctionnel de Grasse n'a retenu la prévention qu'à l'égard du mineur E... ; que le ministère public a interjeté appel de ce jugement ;

Attendu que, pour déclarer la prévenue coupable du délit de soustraction à ses obligations légales envers ses cinq enfants, l'arrêt retient qu'elle a exposé ses trois enfants mineurs, D..., E... et F..., à un environnement d'une extrême dangerosité en les faisant séjourner dans des zones de combat en Syrie, qu'elle a compromis leur équilibre par leur déscolarisation et par leur rupture avec leur environnement familial et social, que le mineur G..., qui lui avait été confié, a ainsi été interpellé sur la voie publique, trois jours après les attentats du vendredi 13 novembre 2015, avec une arme automatique factice, qu'enfin, elle s'est totalement désintéressée du mineur H..., resté en France, de février à septembre 2015 ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel qui a souverainement apprécié que la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation des enfants avaient été compromises par l'adhésion de leur mère à une idéologie radicale et sa décision de rejoindre des combattants islamistes en Syrie, a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ; (...)

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE l'arrêt susvisé de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 31 mai 2017, mais en ses seules dispositions relatives à la peine, toutes autres dispositions étant expressément maintenues».

Depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, un dernier alinéa a été ajouté à l'article 375-5 du code civil aux termes duquel : « En cas d'urgence, dès lors qu'il existe des éléments sérieux laissant supposer que l'enfant s'apprête à quitter le territoire national dans des conditions qui le mettraient en danger et que l'un des détenteurs au moins de l'autorité parentale ne prend pas de mesure pour l'en protéger, le procureur de la République du lieu où demeure le mineur peut, par décision motivée, interdire la sortie du territoire de l'enfant. Il saisit dans les huit jours le juge compétent pour qu'il maintienne la mesure dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 375-7 ou qu'il en prononce la mainlevée. La décision du procureur de la République fixe la durée de cette interdiction, qui ne peut excéder deux mois. Cette interdiction de sortie du territoire est inscrite au fichier des personnes recherchées. »¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁷ V. aussi la circulaire NOR/INTD1638914c du garde des sceaux, ministre de la justice et du ministre de l'intérieur du 29 décembre 2016, Conditions de sortie du territoire national des mineurs.

Signalons enfin que le juge, conformément à l'article 388-1 du code civil¹¹⁵⁸, peut prendre en compte la parole de l'enfant qui exprime ses craintes quant à la radicalisation de l'un de ses parents. Ainsi, dans un arrêt du 6 avril 2017, la Cour d'appel de Rouen, pour confirmer le jugement rendu en première instance, renvoie notamment à la parole de trois adolescents, âgés respectivement de 13, 16 et 17 ans, qui avaient indiqués au JAF que leur père les avait menacés de les envoyer en Syrie pour qu'ils deviennent des « enfants de guerre »¹¹⁵⁹.

4- La neutralité du juge et l'équilibre entre la liberté d'éducation religieuse des parents et les droits fondamentaux de l'enfant

Un couple d'adventistes du septième jour avait saisi la Cour européenne des droits de l'homme pour se plaindre du refus des autorités communales luxembourgeoises d'accorder à leur fils une dispense générale de l'obligation de fréquenter les cours le samedi, jour de repos absolu chez cette communauté religieuse. Dans une décision du 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Lusitana Maria Cerveira Ferreira c. Luxembourg*, la Cour a décidé que l'ingérence litigieuse se justifiait par la nécessité d'assurer à l'enfant l'exercice de son droit à l'instruction, lequel devait primer sur les convictions religieuses des parents, et qu'un rapport raisonnable de proportionnalité avait été observé en l'espèce.

Ici, la neutralité du juge est sans doute plus facilement applicable car il met en balance d'un côté la religion des parents et l'éducation religieuse de leur enfant et, de l'autre, un élément objectif qu'est l'instruction de l'enfant.

On retrouve le même équilibre effectué par les juges européens dans l'affaire *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse* du 10 janvier 2017 où la Cour a jugé que les autorités suisses, en refusant d'exempter deux élèves de confession musulmane des cours de natation mixtes obligatoires, ont fait prévaloir l'obligation pour les enfants de suivre intégralement leur scolarité et n'ont pas violé le droit à la liberté de religion.

Dans cet arrêt de chambre, « la Cour partage l'avis du Gouvernement selon lequel la mesure litigieuse avait pour but l'intégration des enfants étrangers de différentes cultures et religions, ainsi que le bon déroulement de l'enseignement, le respect de la scolarité obligatoire et l'égalité entre les sexes. La mesure visait tout particulièrement à protéger les élèves étrangers contre tout phénomène d'exclusion sociale » (§64). Elle « estime que l'intérêt des enfants à bénéficier d'une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie selon les mœurs et coutumes locales prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées des cours de natation mixtes » (§97). Les juges ont conclu à l'unanimité à l'absence de violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹⁵⁸ Art. 388-1 CC : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet.

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat. »

¹¹⁵⁹ CA Rouen, 6 avr. 2017, n° 15/01747 (*Dr. fam.* 2017, comm. 161, obs. Y. BERNAND).

§2- La neutralité du juge dans les procédures d'adoption

S'inscrit dans le mouvement de méfiance déjà constaté vis-à-vis des parents appartenant à de nouveaux mouvements religieux, la jurisprudence relative à l'agrément à l'adoption de parents témoins de Jéhovah.

Afin de permettre à une personne célibataire ou à un couple d'adopter un enfant, l'administration doit vérifier qu'il possède certaines qualités, définies de façon générale par les textes.

Si, en vertu du principe de laïcité, la loi ne donne aucune place particulière à la religion des parents ou de l'enfant comme critère de choix du parent adoptant, l'intérêt de l'enfant étant le principal élément à prendre en compte, le facteur religieux et les pratiques qui sont liées aux convictions religieuses, peuvent néanmoins, en pratique, être l'un des critères retenus par le juge et par l'administration dans sa décision relative à l'agrément à l'adoption. Les seules hypothèses connues de refus d'agrément à l'adoption pour des motifs liés à la religion concernent des parents témoins de Jéhovah qui déclarent, en raison de leurs convictions religieuses, refuser les transfusions sanguines sur leurs enfants.

En 1987, des époux témoins de Jéhovah se sont vus refuser l'agrément d'un enfant étranger car l'administration a estimé qu'en s'opposant aux transfusions sanguines, ils ne présentaient pas les conditions requises sur le plan éducatif et psychologique¹¹⁶⁰. A la suite de la décision confirmative du président du Conseil général du Doubs saisi d'un recours hiérarchique, les époux ont attaqué ces deux décisions devant le tribunal administratif de Besançon qui les a annulées jugeant que la motivation ne se basait que sur des motifs liés à l'appartenance religieuse des candidats à l'adoption, violant ainsi l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le tribunal précise en particulier que «l'administration s'est bornée à relever que M. et Mme Frisetti ont "choisi d'être Témoins de Jéhovah" et que certaines prises de position de cette confession peuvent entraîner un "certain risque" pour l'enfant, en s'abstenant d'apprécier la position personnelle de M. et Mme Frisetti pour élever un enfant par rapport à leur appartenance religieuse;

Qu'ainsi l'administration, qui n'a fait état, dans les décisions attaquées, d'aucun des avis émis au cours de l'instruction de la demande d'agrément (...) et qui n'a porté sur eux aucune autre appréciation que celle liée à leur appartenance à l'association "Les Témoins de Jéhovah", a commis une erreur de droit;

Que dès lors, en admettant même que l'administration aurait entendu, ce faisant, prendre en compte l'intérêt de l'enfant et sans qu'elle puisse utilement invoquer en défense le moyen tiré de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, et sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens invoqués, les décisions attaquées sont entachées d'excès de pouvoir»¹¹⁶¹.

Dans son arrêt du 24 avril 1992, sur recours du Conseil général du Doubs, le Conseil d'Etat, ne suivant pas les conclusions de son commissaire du gouvernement, annule la décision du tribunal administratif en constatant que le refus d'agrément était bien fondé «sur l'insuffisance des garanties offertes en ce qui concerne l'accueil d'un enfant, et non sur l'appartenance des intéressés à une confession», ne pouvant être ainsi invoquée la violation de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹¹⁶². S'il est impossible d'affirmer, malgré certains doutes légitimes, que «la

¹¹⁶⁰ Le directeur des actions sociales du département avait rejeté la demande d'agrément au motif suivant : « vous avez choisi d'être témoin de Jéhovah et je respecte tout à fait vos convictions religieuses, mais j'estime que certaines prises de position de votre confession par rapport aux problèmes de santé peuvent entraîner certains risques pour l'enfant » (RDSS, 1992, p. 713).

¹¹⁶¹ TA Besançon, 17 juill. 1989, *Frisetti c. département du Doubs* n°16976, inédit (cité par S. BESSON, *Droit de la famille, religions et sectes*, p. 245).

¹¹⁶² CE, 24 avr. 1992, *Département du Doubs c/Epx X.* (D., 1992.IR.158; JCP, 1992.IV.1848; D., 1993, p. 234-238 note I. ROUVIERE-PERRIER; RDSS, 1992, n°28 (4), p. 712-721, concl. P. HUBERT, «Témoins de Jéhovah garanties dues à

décision est (...) fondée sur l'appartenance des intéressés aux Témoins de Jéhovah»¹¹⁶³, il est cependant vrai, qu'en l'espèce, pour refuser l'agrément, le directeur de l'action sociale s'est uniquement fondé sur la connaissance de l'opposition déclarée de ces parents aux transfusions sanguines, en tant que témoins de Jéhovah, sans rechercher concrètement si les dangers pour la vie de leur futur enfant pourraient faire évoluer leur point de vue en la matière. En refusant à des parents l'adoption d'un enfant pour cette simple raison, sans mener davantage d'investigations, l'administration retient finalement cette conception «maximaliste» de l'agrément, dont le commissaire du gouvernement Patrick Hubert rappelait les dangers¹¹⁶⁴ et le juge semble s'éloigner quelque peu de son devoir de neutralité.

Une dizaine d'années plus tard, une autre décision du juge administratif témoigne à nouveau d'une méfiance *a priori* contre ce « nouveau mouvement religieux ».

Dans un arrêt du 3 mai 2001, saisie par un couple qui demandait l'annulation d'un jugement du tribunal administratif de Lille rejetant leur requête tendant à l'annulation d'un refus d'agrément en vue de l'adoption d'un enfant par le président du Conseil général du Pas-de-Calais, la Cour administrative d'appel de Douai a jugé : «Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment des comptes rendus d'entretiens psychologiques, que M. et Mme Y... ont fait connaître à l'administration qu'ils adhéraient à la doctrine des Témoins de Jéhovah et qu'ils en suivaient personnellement les préceptes dans leur vie familiale et sociale ; qu'en raison des risques d'isolement social et de marginalisation auxquels ils exposeraient ainsi un enfant, le président du conseil général du Pas-de-Calais a estimé que les intéressés ne présentaient pas des garanties suffisantes en ce qui concerne les conditions d'accueil qu'ils étaient susceptibles d'offrir à des enfants sur les plans familial, éducatif et psychologique ; qu'il n'a pas fait ainsi une inexacte application des dispositions législatives et réglementaires précitées ; Considérant que M. et Mme Y... ne sont pas fondés à soutenir que la décision contestée qui, comme il a été dit ci-dessus, est fondée sur l'insuffisance des garanties offertes en ce qui concerne l'accueil d'un enfant, et non sur l'appartenance des intéressés à une confession, aurait méconnu les dispositions de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹⁶⁵. Cette décision revient finalement à

l'enfant et contrôle d'un refus d'agrément à l'adoption par le Conseil d'Etat»; B. JOURIOU et J. M. FLORAND, «L'adoption d'un enfant mineur par des parents Témoins de Jéhovah», *LPA*, 1er janv. 1993, p. 11-16; P. VERDIER, «Faut-il stériliser les Témoins de Jéhovah?», *JDJ*, nov. 1992, p. 3; D. BOURGAULT-COUDEVILLE, *D.*, 1993, somm. comm. p. 12; *Rev. Adm.* 1992, p. 328, obs. H. RUIZ-FABRI) avec conclusions contraires du commissaire du gouvernement, P. HUBERT qui affirmait notamment: «Lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux face au service public, les individus doivent être traités par les mêmes règles. Il n'y a pas de considérations objectives qui puissent justifier des discriminations. Des textes fixent les droits des candidats à l'adoption et ils sont les mêmes pour tous que l'on soit catholique, juif, hérétique ou Témoin de Jéhovah». J. HAUSER critique fermement cet arrêt dont il affirme d'ailleurs que la «position serait probablement indéfendable devant la Cour Européenne» («note» sous CourEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann, D.*, 1994, Jur., p. 329): «(...) la décision nous semble être la source de tous les dangers. Qu'on nous permette d'être un peu candide! Si le fait de refuser les transfusions sanguines ne permet pas d'être parent adoptif alors qu'on présente toutes les autres qualités, il faut s'interroger sur l'aptitude à être parent légitime ou naturel. Or personne n'a jamais pensé qu'il fallait prendre systématiquement des mesures d'assistance éducative à l'égard des parents adhérant à la doctrine des Témoins de Jéhovah! (...). Et puis, de proche en proche, faudra-t-il refuser l'attribution de l'autorité parentale au parent naturel qui la revendiquerait faute de l'avoir reçue *ab initio*, sous prétexte de son appartenance à la croyance considérée? Faudra-t-il lui refuser l'exercice conjoint de la même autorité parentale après divorce (...) ou même un droit de visite et d'hébergement sous le même argument?» (*RTDC*, 1992, p. 551-552). De même, P. MALAURIE estime que «il est vraisemblable que la France sera condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme si elle ne modifie pas sa jurisprudence» («Droit, sectes et religion», in *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, T. 38, 1993, p. 217).

¹¹⁶³ I. ROUVIÈRE-PERRIER, note sous CE, 24 avr. 1992, *D.*, 1993, p. 237.

¹¹⁶⁴ Concl. de P. HUBERT sous CE, Sect. 4 nov. 1991, 3 espèces préc. Le commissaire du gouvernement relevait uniquement qu'il serait possible de refuser l'agrément en prenant en compte exclusivement l'appartenance à un mouvement sectaire si le mouvement générerait une dangerosité pour les enfants connue de tous - groupuscule « dominé par la folie » - et que l'adhésion était avérée : cette hypothèse aboutirait, selon N. GUILLET, à un « refus général à l'encontre d'une catégorie de personnes adeptes » (*op. cit.*, p. 416).

¹¹⁶⁵ CAA Douai, n° 98DA01397, 3 mai 2001 confirmant TA Lille 5 mai 1998.

dire que les témoins de Jéhovah ne peuvent adopter, autrement dit, pour certains, ne pourront jamais être parents.

La neutralité du juge doit également être examinée au regard d'une des hypothèses les plus fréquentes dans laquelle il est amené à trancher : les modalités de garde des enfants à la suite de la séparation des parents.

§3- La neutralité du juge dans le choix des modalités de garde de l'enfant de parents séparés

Différentes questions liées à la religion peuvent se poser au juge quand il est amené à faire le choix des modalités de la garde de l'enfant.

A- La neutralité du juge à l'épreuve des parents membres de « nouveaux mouvements religieux »

Si, généralement, le juge garde sa neutralité face à tout type de mouvement religieux (2), il peut ponctuellement exister certains *a priori* et discriminations (1).

1- Les risques de discriminations en fonction de la religion des parents et de leur éducation religieuse

Au mépris du principe de laïcité, il est possible d'entrevoir au fil des décisions des juges, derrière une déclaration de principe de tolérance et d'égalité entre les différentes confessions, une certaine méfiance à l'encontre du parent membre du mouvement des témoins de Jéhovah ou d'un autre « nouveau mouvement religieux ». Ainsi, quand la garde de l'enfant est donnée au parent converti à l'un de ces mouvements, la décision peut être accompagnée de conditions imposées - ou suggérées - concernant l'éducation religieuse de l'enfant dont la violation entraîne le retrait du droit de garde. En outre, souvent, en confiant l'enfant au parent témoin de Jéhovah, les juges précisent que le parent non gardien pourra « tempérer » cette décision en tentant de convaincre ou de maintenir ses enfants dans sa foi. Certaines décisions sont donc, à première vue, très critiquables puisque les juges confient un enfant à un parent appartenant à une confession dont ils dénoncent les risques pour l'enfant.

La neutralité des juges français a directement été mise en cause par le juge européen dans une affaire de ce type.

Dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*, la requérante, membre du mouvement des témoins de Jéhovah, soutenait notamment que la fixation de la résidence de ses deux enfants chez leur père avait porté atteinte à sa vie privée et familiale et était discriminatoire. La Cour l'a suivie en concluant à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme. En particulier, la Cour a estimé qu'en examinant les conditions dans lesquelles la requérante et son ex-époux élevaient respectivement leurs enfants, les tribunaux français avaient opéré entre les parents une différence de traitement reposant sur la religion de la requérante, au nom d'une critique sévère des principes d'éducation qui seraient imposés par cette religion. Ce faisant, les juridictions françaises s'étaient, selon la Cour, prononcées en fonction de considérations générales,

sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel¹¹⁶⁶.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 février 2013, *Vojnity c. Hongrie* concernait une affaire dans laquelle le droit de visite accordé à un père avait été supprimé totalement au motif que ses convictions religieuses - membre de la congrégation religieuse *Hit Gyülekezete* (Congrégation de la Foi) - étaient préjudiciables à l'éducation de son fils¹¹⁶⁷. Concluant à nouveau à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour a jugé que les tribunaux hongrois n'avaient pas prouvé qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de voir supprimer tous ses liens avec son père, lequel avait dès lors subi une discrimination dans l'exercice de son droit au respect de sa vie familiale.

Les juridictions hongroises, prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, avaient affirmé que la vision du monde irrationnelle du père ainsi que son prosélytisme mettraient en danger le développement de son fils. Cependant, aucun examen approfondi ni aucun élément de preuve convaincant n'avait été avancé pour montrer que la religion du requérant avait exposé son fils à des pratiques dangereuses ou à des dommages physiques au point de prononcer une déchéance totale de l'autorité du père, excluant tout droit de visite sans dûment envisager les autres solutions possibles. En somme, il n'existait aucune circonstance exceptionnelle de nature à justifier une mesure aussi radicale que la suppression de toute forme de contact et de vie familiale entre M. Vojnity et son fils.

Le partage de l'autorité parentale implique que chacun des parents ait le droit d'intervenir dans les décisions concernant l'éducation des enfants et leurs relations avec les tiers. Dans une affaire, un père estimait contraire à l'intérêt de ses enfants, qui avaient leur résidence habituelle chez leur mère, d'être en contact avec le mouvement raëlien, dont la mère et le nouveau compagnon étaient membres, n'en approuvant ni les thèses ni les principes d'éducation des enfants. Et il obtint gain de cause. Dans cette espèce, l'activité religieuse de la mère ne remettait en cause ni l'autorité parentale qu'elle détenait, ni la fixation de la résidence des enfants à son domicile et le juge s'était déterminé indépendamment de l'appartenance de l'un des parents à un mouvement à caractère sectaire.

Dans son arrêt *F.L. c. France* du 3 novembre 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable comme manifestement mal fondé le grief de la mère qui dénonçait l'interdiction qui lui avait été faite par les tribunaux de mettre ses enfants en contact avec des raëliens (sauf elle-même et son nouveau compagnon) et de les faire participer à des réunions raëliennes. La Cour a estimé que cette ingérence, prévue par la loi et poursuivant un but légitime (la protection des droits des enfants et de leur père), était aussi « nécessaire dans une société démocratique ». En effet, la requérante pouvait, sans restriction, continuer à pratiquer sa religion de manière personnelle, cette pratique pouvant même s'exercer en présence des enfants dès lors que ceux-ci n'étaient pas mis en contact avec d'autres membres du mouvement raëlien. La Cour a également insisté

¹¹⁶⁶ Sur cette affaire, v. *JCP* 2004. II. 10122, note GOUTTENOIRE ; *RTDC* 2004. 78; *AJ Famille* 2004.62, obs. S. PLANA.

¹¹⁶⁷ En l'espèce, en 2000, la garde de son fils fut attribuée à son ex-femme après leur divorce. A deux reprises, les tribunaux hongrois rejetèrent la demande de M. Vojnity tendant à la révision de son droit de visite. En 2006, les juridictions hongroises retirèrent la garde de l'enfant à la mère et, refusant de l'attribuer au requérant en raison de son prosélytisme allégué, confièrent le garçon à son frère aîné. Finalement, en février 2008, les juridictions nationales déchurèrent le requérant de son droit de visite, estimant qu'il en abusait en imposant ses convictions religieuses à son fils.

sur le caractère prioritaire que représentait la prise en compte de l'intérêt supérieur des enfants, qui passait par la conciliation des choix éducatifs prônés par chacun des parents permettant d'assurer un équilibre satisfaisant entre les conceptions de chacun, en dehors de tout jugement de valeur et par le biais, le cas échéant, d'un encadrement minimal des pratiques religieuses personnelles. Pour des raisons en substance identiques, la Cour n'a relevé aucune apparence de discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Néanmoins, comme le souligne un commentateur: « Si les « pratiques » du mouvement raëlien relèvent d'une dangerosité avérée, laisser les enfants avec leur mère et un guide du mouvement tient du paradoxe. Dans le cas contraire, la restriction imposée peut être jugée comme une entrave discriminatoire à la liberté de religion de la mère. »¹¹⁶⁸

A l'appui de cette méfiance *a priori* contre certains mouvements, les juges soulignent parfois qu'un mouvement n'est pas une « secte », ou qu'il constitue un mouvement « traditionnel » ou « établi », vocabulaire ou considérations qui ne devraient pas figurer dans la décision d'un juge laïque.

Ainsi, dans le cadre d'un divorce, la résidence principale des enfants avait été fixée auprès de la mère et le père s'était vu accorder un droit de visite et d'hébergement classique. Le père saisit le juge pour demander le prononcé de l'hébergement alterné des enfants, ce que le juge refuse estimant que cette organisation nécessite un accord minimum des parents et ne peut être ordonné de façon conflictuelle. Le père demandait également « qu'il soit interdit à la mère de sortir du territoire national sans [son] autorisation expresse (...). Il expose en effet que Madame ALVES DE Y..., d'origine brésilienne fait partie, ainsi que ses parents, d'un mouvement évangélique à tendance pentecôtiste, très prosélyte; qu'elle a emmené ses enfants dans une association de ce type à Lyon et a manifesté au cours de l'année 2000 des pratiques curieuses ; que la garde partagée permettrait aux enfants une approche plus équilibrée mais qu'il craint que son épouse ne les emmène à Sao Paulo où les grands-parents maternels vivent dans un quartier populaire manquant de sécurité et alors qu'ils ne parlent pas le portugais. A titre subsidiaire, il demande que Madame ALVES DE Y... ne soit autorisée à emmener qu'un enfant à la fois afin que son retour soit garanti par le maintien de son frère en France. (...)

S'agissant de l'interdiction de sortir du territoire, Madame ALVES DE Y... souligne que rien ne justifie les allégations de Monsieur X... concernant ses pratiques religieuses qu'il estime lui-même si peu critiquables qu'il ne sollicite même pas l'hébergement principal des enfants. Elle affirme en outre n'avoir aucunement l'intention de s'établir au Brésil, mais estime normal de pouvoir un jour emmener ses enfants en vacances dans son pays d'origine, et s'indigne de la proposition de laisser un de ses fils en France pour garantir le retour de l'autre.

Sur ce : sur l'hébergement des enfants : Monsieur X... ne remet pas en cause les qualités éducatives de sa femme et ses allégations concernant les pratiques religieuses critiquables de celles-ci ne reposent sur aucun élément concret et le fait qu'elle appartienne à l'église baptiste, église protestante reconnue et établie, ne peut constituer un grief, d'autant plus qu'il n'ignorait pas cela lors de son mariage qui a été célébré oecuméniquement. La Cour relève en outre qu'il ne réclame pas l'hébergement principal de ses fils»¹¹⁶⁹.

Dans une autre affaire, des parents avaient divorcé quand leur enfant avait quatre ans et la résidence de celui-ci avait été fixée chez la mère avec un droit de visite et d'hébergement classique pour le père, celui-ci se voyant débouter de sa demande tendant à interdire la fréquentation par la mère de la Fraternité Pie X. Quatre ans plus tard, la mère avait à nouveau saisi le juge pour demander la modification des modalités

¹¹⁶⁸ G. GONZALEZ, « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'homme », CNRS Ed., « Société, droit et religion » 2013/1, n° 3, p. 153-169. Article en ligne: <https://www.cairn.info/revue-societe-droit-et-religion-2013-1-page-153.htm>

¹¹⁶⁹ CA Grenoble, 7 mai 2002, n° de RG: 01/02487.

d'accueil du père et, à cette occasion, celui-ci avait fait une nouvelle fois valoir « que la mère ne respect[ait] pas les obligations découlant de l'autorité parentale en donnant unilatéralement une éducation religieuse à leur fille qu'il désapprouve et à laquelle il s'oppose, et demand[ait] qu'il lui soit fait interdiction de fréquenter la Fraternité PIE X. » Mais par un jugement du 24 juin 2013, le juge aux affaires familiales de Brive avait rejeté la demande du père. Le père a donc fait appel de cette décision en renouvelant entre autres « sa demande tendant à voir interdire à la mère de prendre des dispositions concernant l'éducation religieuse de sa fille, en dehors de son accord ». Le 19 mai 2014, la Cour d'appel de Limoges a statué « sur l'orientation religieuse de l'enfant », ne retenant « aucun élément nouveau de nature à modifier » la décision du juge. Par ailleurs, elle souligne que « le rapport d'IOE [mesure d'investigation et d'orientation éducative¹¹⁷⁰] ordonnée par le juge des enfants et confiée à l'ASEAC [Association Sauvegarde Enfance et Adolescence Corrèze] de Corrèze indique que la mère a toujours tenu informé le père de toute décision concernant leur fille, et que cette pratique religieuse dans cette Fraternité qui n'est pas une secte, mais seulement restée fidèle aux rites traditionnels de l'Eglise, s'inscrit dans une démarche personnelle et familiale, sans excès »¹¹⁷¹. Le jugement a donc été confirmé sur ce point.

Au regard des décisions concernant les témoins de Jéhovah ou autre « nouveau mouvement religieux », cette décision ne semble pas refléter une grande neutralité du juge qui ne respecte pas la volonté des deux parents quant à l'éducation religieuse de l'enfant.

Il convient enfin de rappeler l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*¹¹⁷².

En 1987, madame Hoffmann, citoyenne autrichienne, dépose une requête contre la République d'Autriche se plaignant du fait qu'elle s'est vue retirer la garde de ses enfants en raison de ses convictions religieuses. La requérante s'était mariée et les deux enfants nés de ce mariage avaient reçu le baptême catholique, conformément aux convictions religieuses des époux. Quelque temps après leur naissance, la requérante abandonne l'Eglise catholique pour devenir témoin de Jéhovah, tandis que le mari et les enfants demeurent catholiques. Intentant une procédure de divorce contre son mari, elle quitte ce dernier en emmenant ses enfants. Une fois le divorce prononcé, les parents saisissent tous deux le tribunal de district d'Innsbruck, afin de se voir attribuer l'autorité parentale. Le tribunal, en considération de l'intérêt des enfants, octroie l'autorité parentale à la mère et ce jugement est confirmé en appel devant le tribunal régional d'Innsbruck. Concernant les transfusions sanguines, les tribunaux avaient estimé que, eu égard à la protection offerte par la loi¹¹⁷³, le refus de telles transfusions en cas d'urgence ne menaçait pas la vie et la santé des enfants, contrairement à l'opinion - et principal argument pour se voir attribuer l'autorité parentale - du père. Le mari saisit alors la

¹¹⁷⁰ Depuis le 1^{er} janvier 2012, la mesure judiciaire d'investigation éducative (MJIE) s'est substituée à l'enquête sociale (ES) et à la mesure d'investigation et d'orientation éducative (IOE).

¹¹⁷¹ CA Limoges, civ., 19 mai 2014, n° de RG: 13/00910.

¹¹⁷² Sur cette affaire, v. *D.* 1994. 326, obs. J. HAUSER ; *JDI* 1994, p. 778, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *D.* 1994, Jur. p. 326, obs. J. HAUSER ; *Rev. science crim.* 1994, p. 362, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RUDH* 1993, p. 377, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 1994, p. 405, obs. J. MORANGE ; I. Rouvière-Perrier, « Les témoins de Jéhovah devant la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 1993, n° 138, p. 20.

¹¹⁷³ Au titre de l'art. 176 CC autrichien, le juge peut ordonner toutes les mesures exigées par la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Si la solution judiciaire n'arrive pas en temps voulu, le médecin peut décider de pratiquer la transfusion sanguine pour sauvegarder la vie de l'enfant. Le tribunal régional déclare ainsi que « si la solution judiciaire (ordonnance au titre de l'article 176 du code civil) intervenait trop tard, il appartiendrait en définitive au médecin saisi du problème de se prononcer en fonction, d'abord, de la nécessité de sauver une vie et ensuite seulement de l'opposition des témoins de Jéhovah aux transfusions » (passages de l'arrêt reproduits au §13 de l'arrêt Cour EDH du 23 juin 1993). La Cour EDH rappelle que la mère s'était déclarée prête à autoriser les transfusions sanguines sur ses enfants, dans la mesure exigée par la loi (§32).

Cour suprême d'Autriche qui, infirmant la décision du tribunal régional, décide de retirer l'autorité parentale à la mère pour la confier au père. Les enfants vivaient alors depuis deux ans auprès de leur mère. Entre autres motifs¹¹⁷⁴, la Cour suprême autrichienne fonde notamment sa décision sur le fait que «dans leurs décisions, les juridictions inférieures ont (...) négligé l'intérêt des enfants (...). Le refus, constaté, de la mère de consentir à une transfusion sanguine dont auraient besoin ses enfants menace leur bien-être, car la saisine du tribunal pour y suppléer (...) en cas d'urgence peut, à l'occasion, entraîner un retard fatal et l'on tient pour illégale une intervention médicale pratiquée sur un enfant sans l'accord de la personne investie de la garde (...)»¹¹⁷⁵.

Si, dans son arrêt du 23 juin 1993, la Cour condamne l'Etat autrichien, c'est en fonction d'un raisonnement qui ne permet pas d'affirmer aussi catégoriquement que l'ont fait certains auteurs, que, concernant le problème des transfusions sanguines, cet arrêt consacre une solution opposée à celle retenue par le Conseil d'Etat français. En effet, après avoir étudié les éléments liés à l'appartenance religieuse de madame Hoffmann pouvant, selon la Cour suprême autrichienne, avoir des incidences négatives sur la vie de l'enfant et notamment celles «que pouvait avoir sur leur vie sociale le fait de se trouver associés à une minorité religieuse particulière et les dangers que la requérante, par son refus de toute transfusion sanguine, créait non seulement pour elle-même mais aussi - sauf ordonnance judiciaire - pour Martin et Sandra» (§ 32), la juridiction européenne affirme: «La Cour ne nie pas que dans certaines circonstances, les données invoquées par la Cour suprême d'Autriche à l'appui de sa décision puissent faire pencher la balance en faveur d'un parent plutôt que l'autre» (§ 33).

Cette seule précision, si elle laisse le lecteur dans une certaine incertitude quant à la position exacte de la Cour, prouve toutefois que cette dernière ne jugerait pas qu'un refus de garde fondé sur ces motifs - parmi eux le refus de transfusion sanguine - serait nécessairement illégal. L'élément qui semble emporter la conviction de la Cour pour sanctionner l'Etat autrichien est autre. La Cour européenne des droits de l'homme poursuit en effet de la façon suivante: «Toutefois, la Cour suprême introduisit un élément nouveau, la loi fédérale sur l'éducation religieuse des enfants¹¹⁷⁶ (...), et elle y attacha manifestement une importance déterminante. Dès lors, il y a eu différence de traitement et elle reposait sur la religion;

¹¹⁷⁴ Outre les risques pour les enfants du refus de transfusion sanguine, la Cour Suprême autrichienne fondait également sa décision sur la loi relative à l'éducation religieuse qui ne permet pas qu'un parent décide seul de modifier la religion de l'enfant que les parents avaient choisie au moment de leur mariage et sur le risque pour les enfants de marginalisation sociale. Elle rappelle enfin - ainsi que, précise t-elle, le soutient à bon droit Monsieur Hoffmann - que les témoins de Jéhovah ne constituent pas une communauté religieuse reconnue par la loi autrichienne.

¹¹⁷⁵ Extraits reproduits dans le §15 de l'arrêt de la CourEDH.

¹¹⁷⁶ La loi autrichienne de 1985 sur l'éducation religieuse des enfants prévoit dans son art. 1er: «Les parents décident conjointement de l'éducation religieuse d'un enfant pour autant qu'ils sont titulaires des droits de garde et d'éducation. Leur accord est révocable à tout moment et prend fin au décès de l'un d'eux». Selon l'art. 2: «1. En cas d'absence ou de disparition d'un tel accord, les dispositions du code civil relatives à la garde et à l'éducation des enfants valent aussi pour l'éducation religieuse. 2. Toutefois, pendant toute la durée du mariage aucun des parents ne peut décider sans le consentement de l'autre que l'enfant sera éduqué dans une confession différente de celle qui leur était commune au moment du mariage, ou dans laquelle il a été élevé jusqu'ici, ou qu'il doit cesser de suivre les cours de religion. 3. En l'absence de pareil consentement, il est possible de demander la médiation ou une décision du tribunal des tutelles. Celui-ci statue en fonction des buts de l'éducation, même en dehors des cas visés à l'article 176 du code civil. Au préalable, il doit entendre les époux et, au besoin, les parents, alliés et enseignants de l'enfant s'il ne doit pas en découler des retards importants ou des frais disproportionnés. L'enfant doit être entendu s'il a atteint l'âge de dix ans». La Cour suprême déduit de cette législation: «Comme de toute manière les enfants n'appartiennent pas à la confession des témoins de Jéhovah, leur éducation d'après les principes de cette secte (...) a enfreint l'article 2 §2 de la loi de 1985. L'inobservation de ce texte par le tribunal régional est manifestement contraire à la loi» (reproduit au §15). Dans son opinion dissidente, le juge Mifsud Bonnici estime que la Cour suprême n'a fait qu'appliquer strictement cette loi en recherchant si la requérante pouvait ou non modifier l'accord initial conclu avec son époux sur l'éducation religieuse de leurs enfants, et ce indépendamment de la religion considérée.

conclusion renforcée par la tonalité et le libellé des considérants de la Cour suprême relatifs aux conséquences pratiques de la religion de la requérante» (paragraphe 33)¹¹⁷⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné avec l'article 14 en raison de l'existence d'une différence de traitement discriminatoire car, étant donné qu'il n'existait pas de «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [ici la protection de la santé et les droits des enfants]», il ne pouvait y avoir de «justification objective et raisonnable» à cette différence. En conséquence, il est manifeste que la Cour européenne des droits de l'homme établit sa conviction sur l'importance donnée par la Cour suprême autrichienne à la loi sur l'éducation religieuse des enfants, et non en raison des craintes exprimées par cette même Cour à propos de l'opposition aux méthodes de transfusion sanguine.

2- La neutralité du juge au-delà de l'appartenance à un nouveau mouvement religieux

On trouve néanmoins des décisions plus ouvertes par rapport aux témoins de Jéhovah où les juges s'attachent au cadre de vie inchangé des enfants malgré l'adhésion d'un parent à cette croyance.

Dans une affaire où le père contestait qu'à la suite de leur divorce, son ex femme se soit vue confier l'exercice de l'autorité parentale sur les trois enfants mineurs et que la résidence de ces derniers ait été fixée chez elle avec un droit de visite et d'hébergement limité accordé au père, la Cour d'appel de Lyon relève notamment : « Attendu par ailleurs que Madame Bouchra Y... s'est toujours montrée attentive aux besoins de ses enfants, notamment en prévoyant un accompagnement psychologique pour les aider à surmonter les difficultés de l'absence de leur père ; que ces enfants sont décrits par leurs proches, leurs enseignants et les psychologues comme des enfants intelligents, sociables, adaptés, mais qui pourraient mieux développer leurs capacités s'ils n'étaient pas préoccupés par le comportement paternel ; que l'adhésion de la mère aux Témoins de Jéhovah est plus récente que ne l'indique Monsieur Mohamed X..., celle-ci ayant reçu le baptême en 2007, et que le réconfort qu'elle trouve dans cette communauté ne paraît pas modifier le cadre de vie des enfants, qui reste très ouvert et diversifié »¹¹⁷⁸.

La plus grande ouverture dont fait preuve le tribunal en l'espèce semble néanmoins inévitable face à un père peu investi, voire absent de la vie des enfants. Cependant, le juge est attentif au fait que la conviction religieuse de la mère n'ait pas d'incidence sur l'équilibre et le cadre de vie des enfants.

Dans l'arrêt *Rupprecht c. Espagne* du 19 février 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* avec la Convention le grief d'un père qui s'opposait à ce que sa fille (âgée de dix à quatorze ans à l'époque des faits et dont la mère avait la garde) soit baptisée et suive des cours de catéchisme catholique et qui se plaignait du refus des tribunaux espagnols d'ordonner que toute décision relative à la formation religieuse de sa fille fût reportée jusqu'à la majorité de cette dernière et qu'entre-temps ce fût lui qui s'occupât en exclusivité de l'éducation de sa fille sur ce point. Les tribunaux avaient constaté que la mère, titulaire de la garde, s'était limitée à respecter la volonté de la mineure, garantissant ainsi de façon adéquate l'intérêt de celle-ci.

Comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, « 3. en juin 2005 le requérant porta plainte à l'encontre de son ex-épouse sur la base de l'article 156 du code civil, à savoir l'existence d'un désaccord dans l'exercice de l'autorité parentale, et sollicita du juge qu'il se prononce sur

¹¹⁷⁷ V aussi le §36 où il est répété que la Cour suprême a établi «une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion».

¹¹⁷⁸ CA Lyon, 21 mars 2011, n° de RG: 09/02173

lequel des deux parents devait décider de la question litigieuse. Il sollicita par ailleurs l'exercice exclusif de l'autorité parentale sur ce point. En particulier, le requérant contestait la décision de la mère de la mineure d'inscrire leur fille de dix ans à des cours de catéchèse catholique sans l'accord préalable du requérant et de l'avoir baptisée selon le rituel catholique. Celui-ci considérait qu'il appartiendrait à sa fille, lorsqu'elle serait majeure, de décider si elle voulait adhérer à une confession religieuse.

4. Par un jugement du 17 novembre 2006, le juge de première instance n°5 de Dénia rejeta les prétentions du requérant quant à l'autorité parentale exclusive. Il constata que la mineure avait été scolarisée dans une école qui dispensait des cours de religion, circonstance connue du requérant et sur laquelle il n'avait pas montré d'opposition. Dans ce contexte, le juge nota que la mineure avait demandé, à son initiative et de façon prévisible compte tenu du contexte scolaire, à recevoir la communion conjointement avec ses camarades de classe. Sa mère, titulaire de la garde, s'était limitée à respecter sa volonté, garantissant ainsi de façon adéquate l'intérêt de la mineure. »

Le requérant fit appel.

Comme le rappelle la Cour « 6. par un arrêt du 14 novembre 2007, l'*Audiencia Provincial* de Alicante nota d'emblée que le requérant se contredisait lorsqu'il souhaitait un pouvoir de décision sur la question et, en même temps, demandait au juge d'attendre la majorité de sa fille évoquant le droit de cette dernière à la liberté de religion. L'*Audiencia* confirma le raisonnement du jugement attaqué et, en application des droits de la mineure à la liberté idéologique, religieuse et de conscience, reconnus par plusieurs traités internationaux, rejeta la demande du requérant de s'occuper exclusivement des choix de sa fille relatifs à ce droit ».

La Cour a estimé sur ce point (§14) : « Dans les circonstances de l'affaire, la Cour n'estime pas que la décision de la mineure sur le choix de la pratique religieuse appuyée par la mère titulaire de la garde de l'enfant et entérinée par les juridictions internes par des décisions suffisamment motivées, soit de nature à faire entrer en jeu l'article 9 de la Convention et partant à engendrer des obligations positives de l'État. Par conséquent, l'article 9 de la Convention ne trouve pas à s'appliquer à l'espèce »¹¹⁷⁹.

On peut cependant s'étonner que la maturité de l'enfant soit soudainement prise en compte à tel point que l'accord du père au baptême de son enfant ne soit plus requis et l'on peut s'interroger si la même position aurait été adoptée face à un adolescent souhaitant suivre les préceptes d'un « nouveau mouvement religieux ».

S'il est vrai que certaines pratiques ayant un lien avec une religion ou une croyance peuvent indéniablement comporter des dangers pour l'enfant, une telle analyse doit être faite au cas par cas.

Dans certains cas, les réticences énoncées par les juges se fondent sur des considérations pratiques tirées de l'expérience familiale qui peuvent justifier de protéger l'enfant.

Ainsi, dans une affaire, un père attaquait la décision du juge aux affaires familiales fixant après divorce la résidence de l'enfant chez la mère du fait que son droit de visite et d'hébergement était fractionné par quinzaine pendant l'été. Il estimait de ce fait être pénalisé car son employeur le contraignait de prendre trois semaines consécutives de congés pendant la période estivale.

La Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 16 mai 2011, rejette sa requête:

« Que toutefois, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit prévaloir;

Qu'en l'espèce, les parents ont tous deux été victimes, lorsqu'ils résidaient dans le Nord, des pratiques d'une association dénommée " église évangélique primitive apostolique " dont le pasteur était le beau-frère de Monsieur X... ; qu'ils ont pu échapper à son emprise grâce à l'ADFI qui indique être intervenue à la demande de Madame X... qui était en souffrance et très inquiète de l'influence exercée par l'association sur son fils au travers du comportement de son mari ;

Que pour rompre définitivement avec cette église, Monsieur X... et son épouse ont quitté la région du Nord pour s'installer dans la région lyonnaise ; que toutefois, deux ans plus tard, Monsieur X... a rejoint une nouvelle église évangélique à Saint-Priest dénommée Congrégation Chrétienne en France dont le siège social est à Tourcoing ; que selon Madame Y..., c'est pour ce motif qu'ils se sont séparés ; que Monsieur X...

¹¹⁷⁹ Pour un cas assez similaire examiné sous l'angle de l'article 2 du Protocole n°1, v. *X. c. Pays-Bas*, 6 févr. 1968 (requête n°2648/65).

le conteste mais reconnaît fréquenter assidûment cette église depuis la séparation du couple ; qu'il affirme que cela ne peut en rien être contraire à l'intérêt de l'enfant dans la mesure où il ne dispense aucune éducation religieuse et où l'église qu'il fréquente n'est pas un mouvement sectaire ;

Qu'il reproche à l'enquêtrice sociale de n'avoir pris aucun renseignement sur la Congrégation Chrétienne en France et de s'être contentée de ceux recueillis auprès de l'ADFI [Association de défense des familles et de l'individu] sur les églises évangéliques en général ;

Qu'en cause d'appel, il produit la liste des sectes établies par la commission parlementaire sur les sectes en France pour démontrer que l'église qu'il fréquente n'en fait pas partie ; que toutefois cette liste date de 1995 ;

Attendu que selon la documentation qu'il produit, le mouvement évangélique ne doit pas être confondu avec une secte mais certains groupes évangéliques marginaux peuvent néanmoins le devenir notamment celles de sensibilité charismatique composée principalement par les " pentecôtismes " et de nombreuses églises indépendantes ; que les renseignements fournis par Monsieur X... sur la Congrégation Chrétienne en France et surtout sur la petite église de Saint Priest qu'il fréquente sont très sommaires et n'apportent aucun renseignement sur leur doctrine, leurs pratiques et la personnalité de leur représentant, ce qui n'est pas rassurant dans la mesure où selon la présidente de l'ADFI, tout un chacun peut ouvrir ce type d'église en toute liberté, ce qui ouvre la porte à toutes les dérives ;

Attendu qu'il n'est pas question de priver Monsieur X... de son droit de visite et d'hébergement en raison de ses convictions religieuses ni de mettre en doute sa sincérité lorsqu'il affirme qu'il ne fait pas de prosélytisme sur son fils actuellement âgé de 8 ans ;

Que toutefois, les motifs pour lesquels Madame Y... s'oppose à ce que l'enfant accompagne son père sur le lieu de son culte sont légitimes eu égard à l'expérience familiale malheureuse au sein d'une église de même mouvance ; que dans la mesure où Monsieur X... ne peut envisager de laisser son fils en dehors de ses pratiques religieuses au-delà d'une période de quinze jours, c'est à juste titre que le premier juge a limité à 15 jours son droit de visite et d'hébergement pendant les vacances d'été et ce, dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être préservé de tout risque d'emprise sectaire, même minime »¹¹⁸⁰.

Il est frappant de voir cette référence à la distinction entre religion et secte faite par le juge dans cette décision. Mais dans l'impossibilité d'accéder à la décision de première instance, il est difficile d'interpréter la phrase selon laquelle « Monsieur X... ne peut envisager de laisser son fils en dehors de ses pratiques religieuses au-delà d'une période de quinze jours ». Par ailleurs, compte tenu de l'expérience et des traumatismes passés des époux liés à une église, il semble juste de protéger l'enfant d'une éventuelle emprise.

B- La résidence de l'enfant dont l'un des parents part vivre dans un pays étranger en raison de ses convictions religieuses

Les convictions religieuses des parents ou de l'un d'entre eux peuvent avoir des conséquences particulières pour la vie de l'enfant et sa résidence. Dans certains cas, le juge peut autoriser une sortie du territoire pour des raisons religieuses. Comme nous l'a relaté un avocat: « j'ai eu un dossier concernant une cliente qui désirait faire son *Alyah* et dans lequel il a fallu modifier la résidence des enfants parce qu'elle partait vivre en Israël. Ce dossier avait des répercussions très importantes sur la vie familiale et celle des enfants. La question se posait de savoir si l'*Alyah*, volonté de la mère, devait prédominer sur l'intérêt du père de garder ses enfants auprès de lui car le père demandait la fixation de la résidence habituelle des enfants chez lui. Moi j'ai un peu, du reste, appréhendé les plaidoiries par rapport à la réaction que pouvait avoir le magistrat sur la volonté de cette cliente de faire son *Alyah*. Finalement la résidence n'a pas été modifiée et les enfants sont partis vivre en Israël, avec leur mère. La décision était extrêmement neutre dans sa rédaction et je l'ai trouvée très bien rédigée. Le magistrat s'était basé sur des faits réellement objectifs, c'est-à-dire que la mère décide de faire son *Alyah*, que les

¹¹⁸⁰ CA Lyon, 2ème chambre, 16 mai 2011, n° de RG: 10/05167 ; Confirme la décision rendue le 17 mai 2010 par le Juge de la Mise en Etat du TGI de Lyon en toutes ses dispositions.

parents sont tous deux de confession juive, ce qui ne va donc pas à l'encontre des idées de l'un des deux. Mais à côté de cela, elle a bien considéré que la mère avait sur place un logement, une partie de sa famille, une promesse d'embauche et que tous ces éléments démontraient qu'elle aurait une vie stable dans l'intérêt des enfants etc ... donc cela a vraiment été argumenté de façon précise et générale au-delà de l'aspect religieux»¹¹⁸¹.

C- Les accords conclus entre parents concernant la répartition de la garde des enfants en fonction des fêtes religieuses

Les fêtes religieuses font souvent l'objet d'accords entre conjoints séparés ou divorcés, quelles que soient les religions concernées. Si les deux parents sont de la même confession, il peut s'agir d'alterner la garde de l'enfant lors des principales fêtes d'une année sur l'autre; si les parents sont de confessions différentes, de faire en sorte que l'enfant soit avec chacun de ses parents pour les principales fêtes concernant sa confession ; enfin, si seul un des parents attache de l'importance à la religion, faire en sorte qu'il ait la garde de ses enfants lors des principales fêtes, sous réserve de « compensation » de jours passés avec l'autre parent.

Comme nous l'indiquait une avocate: « Il y a de plus en plus de dossiers avec des demandes spécifiques aux fêtes religieuses, de façon à ce que, dans des couples mixtes, l'enfant puisse passer les fêtes religieuses de l'un de ses parents avec le parent en question. Ça, c'est quelque chose que je vois surtout depuis cinq ans à peu près et qu'avant je ne voyais jamais. Maintenant, on l'a quand même plus souvent. (...) Avant, une année sur deux, les enfants passaient telle fête avec tel parent et l'année suivante c'était l'inverse etc ... »¹¹⁸².

Un avocat précise: « selon le calendrier, un parent peut avoir la garde de l'enfant deux, voire trois Noël de suite. Dans ces cas-là les gens demandent extrêmement souvent qu'une année sur deux, Noël se déroule avec l'un ou l'autre des parents. Pour Pâques, je l'ai rarement vu¹¹⁸³. Dans les autres religions, principalement dans la religion juive où il y a énormément de fêtes, je me suis vu faire des assignations ou des conventions de divorce d'une précision extrême concernant le calendrier de la garde, disant que telle année, tel parent aurait la garde etc. C'est extrêmement fréquent ». Et, ce même avocat, sur la question relative à la justice laïque répondait : « par exemple lorsqu'il faut répartir la garde des enfants à Noël, à Pessah ou Hanoukka, il faut le faire bien entendu, mais il ne faut jamais donner raison à l'un ou l'autre parce qu'il est religieux, ne pas condamner quelqu'un parce qu'il appartient à telle ou telle religion. Il faut être neutre, je n'ai pas d'autres termes qui me viennent à l'esprit qu'être totalement neutre et de voir ce fait religieux comme la fête des pères ou la fête des mères ».

Un juge nous a indiqué que quand se posait la question de la garde des enfants en fonction des fêtes religieuses, « quand j'avais des interlocuteurs intelligents en face de moi, je leur demandais pour lequel d'entre eux deux c'était le plus important. Et je demandais à celui qui était plus laïque que son conjoint d'accepter que, puisque ça comptait plus pour l'autre, la fête considérée soit passée avec le parent plus religieux. Mais cela serait compensé par un avantage équivalent en temps : il y a toujours la notion

¹¹⁸¹ L'avocat précise : « J'ai fait des recherches sur internet. Il y a un site spécifique pour l'Alyah sur lequel il y a beaucoup d'information. Dans ce dossier, j'ai demandé à ma cliente de se renseigner aussi pour obtenir les documents nécessaires pour les autorisations parce qu'on devait demander au juge qu'il fasse injonction au père de remplir les documents nécessaires pour l'Alyah ».

¹¹⁸² Ont notamment été évoquées lors de cet entretien les fêtes orthodoxes.

¹¹⁸³ Cet avocat, déclarant ses convictions chrétiennes, ajoutait : « Il se trouve que malheureusement chez les chrétiens Pâques a été quelque peu mis au rebut, donc les gens vont s'arranger ».

de compensation. Je supprimais le côté sacré du rituel pour dire : vous c'est un choix familial personnel, d'accord, mais ce n'est pas un dû, vous en devez contrepartie. Voilà comment je faisais ».

Ces deux dernières réflexions témoignent de la façon dont la justice laïque peut appréhender les convictions religieuses comme un fait comme un autre, Noël comme la fête des mères par exemple.

§4- La neutralité du juge lors de conflits entre parents sur l'éducation religieuse de l'enfant

Aux termes de l'article 372 du Code civil, « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale (...) ». Les juges rappellent fréquemment que « l'exercice conjoint de l'autorité parentale implique que les parents doivent notamment (...) prendre ensemble les décisions importantes concernant la santé, l'orientation scolaire, l'éducation religieuse et le changement de résidence de l'enfant »¹¹⁸⁴.

Aux termes de l'article 372-2 du Code civil, « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Le choix de la religion, la conversion religieuse de l'enfant, la circoncision sont autant d'exemples ayant été considérés comme ne faisant pas partie de la catégorie des « actes usuels » et qui nécessitent donc le consentement des deux parents. Jusqu'en 2002, si un conflit surgissait entre les parents s'agissant de l'intérêt de l'enfant, ce qui pouvait notamment inclure des actes liés à la pratique de la religion (assiduité aux cultes, respect des fêtes traditionnelles ou des interdits alimentaires, port de signes extériorisant l'appartenance à une religion ou encore fréquentation d'un établissement d'enseignement confessionnel, de groupes éducatifs de jeunes tels que les scouts...¹¹⁸⁵), ils devaient - aux termes de l'article 372-1-1, alinéa 1^{er} du Code civil - prendre pour règle « la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables ». La loi du 4 mars 2002 ayant abrogé cet article, il n'existe désormais plus de « disposition spécifique pour régler les oppositions au sein du couple parental uni »¹¹⁸⁶. En cas de conflit inextricable lié à la religion de leur enfant, il ne reste alors plus aux parents qu'à saisir le juge qui pourra alors considérer ce critère parmi d'autres.

Mais les conflits ont surtout lieu quand les parents sont séparés ou divorcés.

A- L'éducation religieuse de l'enfant, catalyseur de conflits lors de la séparation

Au moment de la séparation, la religion de l'enfant peut devenir l'objet d'enjeux, voire de chantages, entre les parents.

C'est ce que nous confirmait un avocat: « il faut être clair, dans le cas d'une séparation d'un couple même non marié, les enfants sont souvent l'enjeu du conflit, et notamment il y en a un qui va essayer d'appuyer là où ça fait mal, c'est-à-dire par exemple si un enfant qui doit faire sa première communion ou sa confirmation etc., l'autre va dire « je ne veux pas » ».

Mais il ne s'agit pas forcément de chantage.

Comme nous l'indiquait en effet un autre avocat: « Dans les affaires concernant les gardes d'enfants intervenant dans le cadre d'une séparation, le fait religieux apparaît extrêmement souvent. Parce que lorsqu'il y a un conflit de ce genre, il est bien évident

¹¹⁸⁴ V. par ex. CA Bastia, civ. 13 janv. 2016, n° de RG: 14/00955.

¹¹⁸⁵ Ex. donnés dans F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 1028.

¹¹⁸⁶ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOERLHING, *op. cit.*, p. 1028.

que l'on remet tout en cause, y compris l'éducation qu'on a pu donner à ses enfants, et celui qui en général veut rompre le mariage, rompt aussi avec une certaine idée de sa religion. En France, les gens sont principalement catholiques, le catholicisme n'admet pas, en tout cas pour l'instant, le divorce. Il est bien évident que j'ai beaucoup de clients, surtout quand ils ont été quittés, qui mettent ce fait religieux en avant pour exprimer leur incompréhension et au-delà de l'expression de cette incompréhension, pour me demander judiciairement d'intervenir auprès du magistrat pour que les enfants continuent d'avoir une éducation religieuse, puisque l'autorité parentale comprend l'éducation religieuse ».

Depuis la loi du 4 mars 2002, l'enfant a droit au maintien des relations avec chacun de ses parents, au-delà de leur séparation, peu importe qu'ils aient été auparavant mariés, pacsés ou qu'ils aient vécu en concubinage. La règle est celle de l'exercice en commun de l'autorité parentale, à moins que l'intérêt de l'enfant commande un exercice unilatéral de cette autorité, en accordant à l'autre parent un droit de visite et d'hébergement qui ne peut être refusé sauf motifs graves¹¹⁸⁷.

Les juges proclament de façon quasi unanime l'indifférence des convictions religieuses, en tant que telles, dans le choix du parent à qui l'on confie la résidence de l'enfant ou dans l'organisation des conditions de visite ou d'hébergement de l'autre parent sauf si la pratique religieuse entraîne des conséquences néfastes pour l'enfant.

En cas d'éducation religieuse contraire à l'intérêt de l'enfant, les parents peuvent être sanctionnés en se voyant retirer la garde ou le droit de visite de leur enfant. Une telle mesure, sous l'empire de l'ancien article 288, alinéa 2 du Code civil, a par exemple été prise à l'encontre d'un père qui avait imposé à ses jeunes enfants la circoncision, à l'insu de leur mère, « dans des conditions menaçant leur équilibre »¹¹⁸⁸ ; ou à l'égard d'un autre père qui faisait peser sur ses filles encore très jeunes des pressions morales

¹¹⁸⁷ Art. 373-2, al. 1^{er} et 2 CC : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».

Art. 373-2-1 CC : « Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves. (...)

Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 371-2. »

¹¹⁸⁸ Cass. civ. 26 janv. 1994 confirmant CA Rennes, 23 janv. 1991, *D.*, 1995, Jur., p. 226-229, note C. CHOAIN : « Attendu que M. X..., de nationalité algérienne, fait grief à l'arrêt attaqué (Rennes, 23 janvier 1991) de lui avoir refusé tout droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants nés de ses relations avec Mme Y... ; qu'il reproche à la cour d'appel d'avoir omis de caractériser en l'espèce, d'une part, l'existence d'un danger pour la santé physique ou morale des enfants dans les termes de la convention franco-algérienne du 21 juin 1988, dont l'application est invoquée en tant que moyen de pur droit, et, d'autre part, le motif grave exigé par les articles 288 et 374 du Code civil, sur lesquels la juridiction du second degré a déclaré fonder sa décision ;

Mais attendu, d'abord, que la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988, relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens concerne les seuls enfants légitimes, et se trouve donc sans application en la cause ; Attendu, ensuite, que la cour d'appel a souverainement énoncé que M. X... avait imposé aux jeunes enfants la circoncision dans des conditions menaçant leur équilibre, cependant que Mme Y... pouvait craindre non sans raisons que l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement ne soit l'occasion de soustraire les enfants à l'autorité de leur mère ; qu'elle a pu en déduire, faisant à bon droit application de la seule loi française, qu'il existait en l'espèce des motifs graves, et qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; qu'aucun des moyens n'est donc fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi. »

et psychologiques, notamment en exigeant le port du voile islamique et en leur interdisant de se baigner dans les piscines publiques¹¹⁸⁹.

Mais, même privé du droit de visite et d'hébergement, ce parent « conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant » et il « doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier », ce qui semble être le cas des choix religieux concernant l'enfant¹¹⁹⁰.

Dans ce type d'affaires, le juge aux affaires familiales demeure un arbitre.

B- La prise en compte d'éléments objectifs dans la décision des modalités d'exercice de l'éducation par des parents séparés : en particulier la poursuite de l'éducation religieuse antérieure au service de la neutralité du juge face à des parents divisés

Les parents séparés peuvent décider de passer un accord entre eux s'agissant des questions relatives à la religion de leur enfant.

Aux termes de l'art. 373-2-7, al. 1^{er} du Code civil : « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ».

Aux termes de l'article 373-2-11 du Code civil : « Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;

2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ;

3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;

4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;

5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 ;

6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre ».

Si le juge aux affaires familiales est amené à exercer un contrôle sur les modalités de l'autorité parentale, il estime ainsi le plus souvent que l'intérêt de l'enfant réside dans la poursuite de l'éducation antérieure afin d'éviter toute perturbation psychologique ou scolaire, ce qui va plutôt dans le sens de la stabilité religieuse de l'enfant.

Comme le souligne Géraldine Maugain, à propos du « retour au *statu quo ante* » évoqué par tous les juges interrogés, « l'idée est qu'il vaut mieux restreindre la liberté de conscience d'un parent au profit d'un consensus ancien, plutôt que de contraindre celle de l'autre pour parvenir à une situation qui n'a jamais fait consensus »¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ Selon la Cour de cassation ne méconnaît donc pas l'article 9 de la CEDH, la cour d'appel qui, dans cette hypothèse, a suspendu le droit de visite d'un père à l'égard de ses deux filles (Cass., Ch. civ. 1, 24 oct. 2000, n° du pourvoi 98 14386, *M. X c. Mme Y* ; *Bull.*, 2000, I, n° 262, p. 170).

¹¹⁹⁰ S'il n'est pas explicitement précisé que l'accord du parent non gardien est requis pour ces actes importants, comme par exemple le choix d'une religion, la jurisprudence semble cependant exiger un tel accord. V. Versailles, 10 oct. 1978 (*Gaz. Pal.*, 1979, som. p. 265-266); Paris, 19 mars 1981 (*Gaz. Pal.*, 1981, som. p. 237-238).

¹¹⁹¹ G. MAUGAIN, « Le juge, le droit de la famille et la religion », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 1-2, 14 janv. 2019, doct. 31, §11.

Un juge ayant longtemps exercé en Bretagne nous indiquait que «La question du baptême a fait l'objet de différentes querelles entre parents à plusieurs reprises. Quand il y a un conflit parental lié à une séparation mal digérée, tout est sujet à querelles, le baptême en était un parmi d'autres. De la part du parent qui voulait faire baptiser l'enfant il y avait la volonté certes d'engager un nouveau bras de fer avec l'autre mais surtout de marquer sa volonté de voir l'enfant inclus dans une pratique religieuse. Dans ce cas là, je me réfère alors surtout à la pratique antérieure notamment s'il y a eu plusieurs enfants baptisés alors que les deux étaient ensemble, j'en déduis qu'il y a eu un accord antérieur dans la fratrie. Si je ne trouve pas d'éléments objectifs de cette nature, j'ai tendance à titre personnel à rejeter en indiquant qu'il appartiendra à l'enfant quand il sera en âge de décider s'il veut opter pour telle ou telle religion. En tout cas, j'estime qu'il n'y a pas d'élément suffisant permettant de dire que le baptême de l'enfant à la demande d'un des parents est conforme à l'intérêt de l'enfant alors que l'autre n'est pas d'accord alors qu'il n'y a strictement rien qui démontre que il y ait eu à un moment donné volonté commune des parents d'inclure l'enfant dans telle ou telle obéissance religieuse».

Dans un arrêt du 21 février 2011, la cour d'appel de Lyon a jugé, à propos du droit de visite et d'hébergement du père dans une affaire où la résidence de l'enfant avait été fixée chez la mère: « Attendu qu'aux termes des dispositions de l'article 373-2 du code civil chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent;

Attendu que Monsieur Patrick X... demande que son droit de visite et d'hébergement sur son fils Gabriel soit fixé du vendredi sortie d'école au dimanche 19h00, une fin de semaine sur deux ;

Attendu que le juge conciliateur avait fixé ce droit du samedi 17h00 au dimanche 18h00 en raison de la confession juive de la mère et de l'éducation religieuse donnée à Gabriel ; que les attestations et photographies produites démontrent que Monsieur Patrick X... adhère au choix de la mère d'élever l'enfant selon les principes religieux juifs ; que la pratique antérieure implique de respecter aujourd'hui le choix fait en commun par les parents.

Attendu qu'il est de l'intérêt de l'enfant pour la construction de sa personnalité que ses parents conservent une conduite cohérente concernant son éducation religieuse ; que Monsieur X... ayant adhéré à cette éducation, il ne peut aujourd'hui revendiquer un exercice classique du droit de visite et d'hébergement qui remettrait en cause la pratique religieuse de l'enfant ;

Mais attendu qu'il est nécessaire pour l'épanouissement de l'enfant, qu'il puisse cependant concilier les traditions familiales et religieuses maternelles avec le mode de vie de son père ; que le juge conciliateur a fait une bonne appréciation de cette situation en droit et en fait en accordant au père, outre trois fins de semaine sur quatre du samedi 17 heures au dimanche 18 heures et la première moitié des vacances de Noël, la moitié des autres vacances scolaires, le respect de la religion de l'enfant ne devant pas conduire à limiter plus qu'il n'est raisonnable le temps partagé avec son père »¹¹⁹².

Ainsi, tout en permettant la poursuite de l'éducation religieuse de l'enfant par la mère (qui doit - selon toute vraisemblance - lui permettre de passer le shabbat ensemble et recevoir un cours d'instruction religieuse le samedi) autrefois acceptée par le père, les juges veillent à l'intérêt de l'enfant - par le biais de la notion d'épanouissement - en établissant une sorte d'équilibre entre les relations de chaque parent avec l'enfant en rallongeant le temps passé avec son père à titre de « compensation ».

Dans une autre affaire, un père demandait le transfert de résidence des enfants du domicile de la mère à son domicile, accusant celle ci de ne pas respecter la pratique antérieure qu'ils s'étaient fixée. La cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 29 juin

¹¹⁹² CA Lyon, 2ème chambre, 21 févr. 2011, n° de RG: 09/06527. Confirmation de l'ordonnance sur tentative de conciliation du JAF de Lyon du 10 sept. 2009, en toutes ses dispositions.

2006 juge que : « Sur la rupture par Mme Y... de la pratique antérieure et la demande de transfert de la résidence des enfants au domicile du père :

Considérant que M. X... reproche à Mme Y... d'avoir manqué à ses obligations relatives :- au respect des règles alimentaires de la religion juive,- à l'éducation religieuse,- à l'observation des fêtes religieuses et vis-à-vis de l'institution scolaire,- à l'exercice des droits d'hébergement sur les enfants, (...)

Considérant que le jugement de divorce du 19 septembre 2002 a notamment estimé qu'il appartenait à Mme Y... de faire assurer aux enfants un enseignement religieux adapté à l'âge des enfants et à la pratique antérieure suivie ; " que statuant en interprétation de son arrêt du 24 juin 2004, la Cour d'Appel de Versailles a rappelé dans son arrêt du 18 novembre 2004 qu' « il appartient au parent chez qui les enfants ont leur résidence habituelle... de leur faire assurer un enseignement religieux adapté à l'âge des enfants et aux pratiques antérieures à la séparation » ; que lors de la signature par les époux du protocole d'accord du 25 avril 2000, Mme Y... était d'accord sur la nécessité de transmettre à leurs enfants les valeurs constituant leur identité, et s'y est pour sa part engagée ; que l'arrêt interprétatif du 18 novembre 2004 rappelait qu'il est de l'intérêt des enfants de rechercher les modalités d'observation des prescriptions de leur religion qui leur éviteront une marginalisation, sachant que les parents ont toujours été d'accord pour une scolarisation des enfants en établissement public ;

Considérant que depuis en tous cas la décision interprétative du 18 novembre 2004, il est constant que les enfants David et Hanaùle déjeunent en semaine à leur domicile, où leur nourrice depuis cinq ans, Mme Odette A..., les fait déjeuner en leur servant les repas casher préparés à l'avance par leur mère ; que l'arrêt interprétatif avait décidé que cette disposition prendrait effet pendant les jours de scolarité et jusqu'à la Bar-Mitzva (communion) des enfants; que cette organisation conforme aux décisions rendues n'a pas été remise en cause à ce jour, étant entendu qu'elle s'applique aux deux enfants ensemble ;

Considérant qu'il ressort des éléments de la cause et notamment des attestations du rabbin Z..., responsable de la Communauté de Verneuil, que si Mme Y... a commencé à faire suivre les cours de Talmud Thora et d'hébreu de nature à permettre à David de réaliser sa bar-mitzvah, elle s'est montrée plus directive en ce qui concerne une participation régulière de son fils à ces cours au cours de l'année 2005 et surtout pendant l'année scolaire 2005-2006, après que M. X... ait engagé son action et encore plus à partir du moment où la date de la bar-mitzvah de David a été arrêtée ; qu'il ressort d'une lettre du rabbin B... du 5 décembre 2005, que David doit commémorer sa bar-mitzvah le 10 juillet 2006 et qu' « un travail assidu et de longue haleine » s'impose désormais puisque l'enfant « n'a pas fréquenté régulièrement le Talmud Thora et a donc accusé un retard certain » ; que depuis cette date les deux parents apparaissent avoir coordonné davantage leurs efforts puisque David se rend maintenant régulièrement un dimanche sur deux à la synagogue de Verneuil pour suivre des cours particuliers, plus adaptés à l'imminence de la cérémonie, avec le rabbin Z... de 11 heures à midi, et que les fins de semaine où David est chez son père, il se rend pour des cours particuliers auprès du responsable de la communauté d'Ermont Eaubonne et environs (cf. attestation de M. Albert C..., rabbin de cette communauté, du 29 novembre 2005) ; Que par ailleurs Hanaùle qui approche de ses dix ans, a atteint l'âge requis pour suivre les cours d'instruction religieuse ; que l'attention de Mme Y... est attirée sur les engagements pris vis-à-vis de ses deux enfants et sur la nécessité d'assurer à ceux-ci, au regard de leur rapports fraternels futurs, la construction de leur identité sur les mêmes valeurs ; qu'il ne peut y avoir de traitement distinct entre les enfants ; qu'Hanaùle doit, elle aussi, suivre les cours d'éducation religieuse ;

Considérant que par ailleurs les résultats scolaires de David sont en baisse ; qu'il importe d'attirer l'attention des deux parents sur la nécessité pour eux d'exercer leur autorité parentale conjointement sur les enfants, en s'intéressant tous deux à l'éducation scolaire comme religieuse de David et Hanaùle ;

Considérant que Mme Y... dans une tentative pour se protéger du comportement harcelant du père, qui lui adresse de nombreuses lettres recommandées pour lui faire part de son mécontentement et n'hésite pas à chercher à entrer à son domicile, notamment pour vérifier que les enfants déjeunent bien casher, ferme l'entrée de sa maison lorsque M. X... vient chercher ses enfants, obligeant ceux-ci à contourner la haie du jardin pour rejoindre leur père ; qu'il convient de rappeler que les deux parents doivent adopter une attitude raisonnable, et de faire savoir à M. X... qu'il s'attire ainsi une réponse compréhensible aux excès de son comportement ; (...)

Considérant que la mère apparaît vouloir légitimement se protéger du harcèlement moral du père, qui cherche à imposer à son ex-épouse, alors que les liens du mariage sont dissous, une organisation et des principes de vie conformes à ceux adoptés en commun lors de la cohabitation, et qui sont restés les siens ; que Mme Y... a le droit de mener sa vie personnelle comme elle l'entend en ce qui la concerne ; que le caractère emporté et les tendances autoritaires du père, ainsi que sa volonté de ramener toutes les activités des enfants dans l'emprise de la sphère religieuse, sont de nature à impressionner les enfants et à perturber leur équilibre ;

Sur le droit de visite et d'hébergement :

Considérant que M. X... ne démontre aucune cause de modification de son droit de visite et d'hébergement dans le sens d'une extension de deux milieux de semaine par mois à tous les milieux de semaine ; que les mercredis permettent aux enfants l'exercice d'activités extra-scolaires profitables à leur épanouissement, la formation religieuse étant suivie plutôt en fin de semaine ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. X... ;

Considérant que pas davantage M. X... n'est fondé à solliciter l'élargissement de ses droits, à toutes les fêtes juives non reconnues par le calendrier officiel de l'Education Nationale, et à ce jour à trois nouvelles fêtes (Pessah, Chavouot et Soucoth célébrées en deux fois au mois d'octobre), qui ne ferait qu'entraîner un risque accru de déscolarisation et donc de marginalisation inutile des enfants, susceptible de s'étendre entre cinq et dix-huit jours, éventuellement ouvrés, selon les pièces des parties ; que la décision de la Cour d'Appel qui avait autorisé la participation des enfants aux fêtes prévues au Bulletin Officiel est raisonnable et que son application doit se poursuivre ; (...) Considérant qu'au 10 juillet 2006, les parents seront tout de même parvenus à finaliser un projet commun dans l'intérêt de leur fils, qui est la bar-mitzvah de David ; qu'ils sont appelés à se concerter pour assurer maintenant la formation religieuse de leur fille ; qu'il est certain qu'ils ne peuvent maintenir une tension excessive, néfaste à l'intérêt des enfants, dans leurs relations ; qu'à ce jour la situation familiale justifie de donner une occasion aux parents de définir ensemble, pour le respect du caractère conjoint de l'autorité parentale, et dans l'observation des engagements et pratiques antérieurs, les modalités de l'éducation de leurs enfants ; qu'il convient d'enjoindre à M. X... et à Mme Y... de rencontrer à titre d'information un médiateur familial qui leur fera connaître l'objet et le déroulement de cette mesure ainsi qu'il sera dit au dispositif ; (...)

Par ces motifs,

La cour (...) Constate le respect par la mère des prescriptions alimentaires posées pour les déjeuners des enfants lors des jours de semaine par l'arrêt interprétatif de la Cour d'Appel de Versailles du 18 novembre 2004 ;

Constate que l'effort conjoint des deux parents, suscité par le père notamment au moyen de la présente procédure, a permis la formation religieuse de l'enfant David X... en vue de la célébration de sa Bar-mitzvah qui aura lieu le 10 juillet 2006 ;

dit qu'une formation religieuse doit être également assurée à l'enfant Hanaùle »¹¹⁹³.

Cet arrêt est très intéressant car il témoigne jusqu'à quel point les juges peuvent s'investir dans le champ de l'éducation religieuse, à la limite néanmoins de leur obligation de neutralité.

En l'espèce, les juges sont certes attentifs au respect par la mère des choix exigeants décidés pour l'éducation religieuse de leurs enfants par les parents antérieurement à leur rupture : nourriture casher (qui impose aux enfants, scolarisés dans un établissement public, de rentrer déjeuner à la maison); instruction religieuse pour préparer la *bar mitsvah*, instruction religieuse de la petite soeur. Mais, dans le même temps, ils recherchent l'intérêt et l'équilibre des enfants en conciliant les exigences religieuses du père avec l'épanouissement des enfants et en évitant leur marginalisation : pour ce faire, ils refusent un droit d'hébergement au père qui irait au-delà des fêtes juives traditionnelles où l'absence des enfants de l'école est traditionnellement admise ; ils maintiennent le mercredi avec la mère pour permettre aux enfants de pratiquer des activités extra-scolaires autres que religieuses ; ils essaient de limiter l'influence du père dont le « caractère emporté et les tendances autoritaires » ainsi que la volonté de « ramener toutes les activités des enfants dans l'emprise de la sphère religieuse » sont de nature à impressionner les enfants et à perturber leur équilibre ; ils sont attentifs aux résultats scolaires des enfants.

Confrontée à une éducation religieuse relativement stricte choisie d'un commun accord par les parents, la neutralité du juge s'exprime ici apparemment s'exprimer pleinement, le seul critère de décision étant l'intérêt des enfants et l'équilibre à trouver entre l'éducation religieuse des parents et l'épanouissement des enfants.

¹¹⁹³ CA Versailles, 29 juin 2006, n° de RG: 05/06909. Réformation du jugement rendu par le JAF du TGI de Versailles le 30 juin 2005 en ce qui concerne la séance d'information sur la médiation familiale.

Néanmoins, on peut se demander s'il appartenait vraiment au juge d'aller jusqu'à enjoindre à la mère qu'à l'avenir le second enfant reçoive une éducation religieuse... Le devoir de neutralité du juge semble en l'espèce être outrepassé.

C- L'interdiction d'éducation religieuse de l'enfant faite aux parents séparés de religion différente

Face à la demande d'une mère pour que son enfant de trois/quatre ans, dont la résidence avait été fixée à son domicile, puisse continuer à exercer sa religion, le juge a tranché ainsi : « Attendu qu'il est constant que les deux parents n'ont pas la même religion ; qu'en raison de l'âge de l'enfant et de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, c'est à bon droit que le premier juge décidait que l'éducation religieuse de cette enfant se ferait lorsqu'elle serait en âge de choisir »¹¹⁹⁴.

Dans cette espèce, compte tenu de l'âge de l'enfant, chaque parent devra donc s'abstenir de toute intervention en ce domaine pendant de très longues années. Si cette position permet de préserver l'enfant d'un écartèlement entre ses parents et de conflits futurs, elle peut se révéler difficile à mettre en œuvre pour des parents croyants. Et l'on peut se demander si cette neutralité imposée à deux parents croyants ne va pas à l'encontre de leur liberté religieuse et si le juge ne prend pas prétexte de leur désaccord pour faire le choix d'une neutralité restrictive qu'il considère préférable pour l'enfant. On peut à cet égard citer un entretien relaté par Géraldine Maugain où un juge aux affaires familiales avait au contraire choisi l'option que chaque parent puisse faire partager sa foi à l'enfant dans un esprit de pluralisme, en se fondant sur l'article 373-2-10 du Code civil qu'y encourage le juge à concilier les parties en cas de désaccord : « C'est bien cette idée de consensus, au service d'une conception libérale de la neutralité, que l'un des trois JAF interrogés a exprimé en ces termes : « il faut donner à l'enfant la possibilité d'accéder autant à une éducation religieuse qu'à une éducation qui ne le serait pas, venant des deux parents, veiller au respect d'un pluralisme et l'enfant en grandissant fera petit à petit ses choix, mais ne pas fermer la porte d'un côté comme de l'autre ». Et d'ajouter : « Veillons à ce que l'enfant ait au maximum accès à une pluralité de pensées, autant que possible à l'incertitude. C'est l'incertitude qui permet de grandir, de cheminer, de se déterminer sur le plan personnel, dans une République laïque qui n'interdit pas la pratique religieuse ou l'absence de pratique religieuse mais qui est dans une position d'accueil et en principe de tolérance. Pas d'ostracisme autant que possible »¹¹⁹⁵.

Néanmoins, en se fondant sur cette même étude, on peut s'inquiéter des réflexions faites par certains juges aux affaires familiales à propos de la neutralité et d'une méconnaissance apparente de la signification du principe de laïcité : « Au cours des entretiens menés avec les magistrats, cette référence au *statu quo ante* a semblé se muter en maintien du *statu quo*. Dans l'hypothèse d'un désaccord entre les titulaires de l'autorité parentale, le JAF (...) préconise de respecter une « certaine équité » entre les parents. « Il ne faut pas qu'il y en ait un qui fasse primer sa religion sur l'autre ». Puis d'admettre « alors c'est vrai qu'on est peut-être un peu prudent [...] moi je serais plutôt favorable à dire : l'enfant choisira sa religion plus tard, et le mieux c'est qu'il soit élevé dans un certain principe de laïcité ». Un discours similaire a été tenu par le JAF siégeant dans le ressort de la cour d'appel de Lyon, à ceci près qu'il fait de la position de retrait,

¹¹⁹⁴ CA Agen, civ. 1, 31 janv. 2008, n° de RG: 07/000431. Décision attaquée : TGI Auch, 23 janv. 2007.

¹¹⁹⁵ G. MAUGAIN, « Le juge, le droit de la famille et la religion », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 1-2, 14 janv. 2019, doct. 31, §10.

sa position de principe. Voici ses propos : « mon regard a changé sur le fait religieux. C'est assez amusant. J'avais tendance, avant, à considérer que la spiritualité était quelque chose de plus, pour un enfant et que si on ne l'éveillait pas à la spiritualité étant jeune, ce serait quelque chose qu'il irait chercher plus tard. Donc j'étais plutôt dans une démarche où ça ne faisait pas de mal à un enfant d'être baptisé et donc du coup, j'y étais plutôt favorable. Et dans notre époque actuelle, notamment sous l'influence de la laïcité, j'aurais plutôt tendance à dire : s'il y a un désaccord des parents, c'est la laïcité qui prime ». Il explique alors que cela veut dire pour lui qu'en cas de désaccord des parents, il refuse le baptême. À la question « donc la laïcité, c'est un peu finalement l'absence de religion ? », il répond « c'est ça ». À la demande de précisions « peut-on considérer que vous donnez la préférence à la non-croyance quand il y a conflit avec la croyance ? », ce même magistrat ajoute : « En tout cas je laisse la priorité au fait de ne pas imposer la croyance. Je laisse la priorité du coup au retrait par rapport à la religion ». Un glissement d'une neutralité libérale vers une neutralité restrictive ne fait guère de doute. »¹¹⁹⁶. Dans ces dernières hypothèses, on voit combien le juge peut se départir de sa position de neutralité, en imposant sa perception de la laïcité dans les jugements familiaux.

D- La prise en compte de l'avis de l'adolescent sur son éducation religieuse dans les conflits parentaux

Le juge aux affaires familiales peut aussi tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant mineur capable de discernement dans les conditions de l'article 388-1 du Code civil¹¹⁹⁷, ce qui peut *a priori* aller vers une remise en cause de la stabilité religieuse de l'enfant, autrement dit de la pratique religieuse antérieure à la séparation ou au divorce des parents.

Dans une hypothèse, l'adolescent est censé être assuré de recevoir une écoute de la part du juge en ce domaine. Aux termes de l'article 1200 du Code de procédure civile : « Dans l'application de l'assistance éducative, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille »¹¹⁹⁸. On peut néanmoins s'interroger sur les limites de cette disposition et la formalité de la référence aux convictions de l'enfant¹¹⁹⁹.

De façon paradoxale, l'adolescent n'a, *a priori*, pas plus de moyens que le jeune enfant pour faire valoir et revendiquer son droit de liberté religieuse et pour contester

¹¹⁹⁶ G. MAUGAIN, « Le juge, le droit de la famille et la religion », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 1-2, 14 janv. 2019, doct. 31, §12.

¹¹⁹⁷ Article 388-1 CC : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet.

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat. »

A fortiori depuis le revirement de la Cour de cassation quant à l'applicabilité de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant : Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005.

¹¹⁹⁸ Article créé par les art. 5 et 52 du décret n°81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code. Sur cet article, v. aussi *supra* p. 376-377.

¹¹⁹⁹ On peut craindre que seul le respect des convictions parentales ait véritablement motivé l'adoption de cet article, surtout quand on connaît les raisons qui ont conduit à la modification de l'article 375 du Code civil par la loi du 4 juin 1970 où la limitation des pouvoirs du juge concernant l'éducation de l'enfant, et plus précisément l'éducation religieuse, était visée.

l'éducation religieuse qui peut lui être imposée. Aucune décision prise par les parents en matière d'éducation religieuse ne requiert son consentement.

Dès qu'elle sera directement appliquée par les juges, la Convention internationale des droits de l'enfant, et en particulier son article 14, devrait permettre de faire évoluer le mode de résolution de ces conflits s'ils sont portés devant le juge, les critères variant selon la maturité de l'enfant. L'enfant suffisamment mûr devrait désormais pouvoir choisir et exercer librement son orientation religieuse contre la volonté de ses parents ou de l'un d'entre eux. Cependant, on peut se demander si le juge ne sera pas tenté de juger que l'enfant ne dispose pas d'un discernement suffisant en la matière quand il considère que le choix opéré par l'enfant ne correspond pas à son intérêt. L'exigence de neutralité du juge serait ainsi également essentielle.

Pour l'heure, au nom de l'intérêt de l'enfant, un juge a confirmé une ordonnance fixant la résidence d'une enfant de douze ans chez son père, alors que cette dernière avait exprimé le désir de vivre auprès de sa mère au sein de la Communauté du Grand Logis (Mouvement du Graal)¹²⁰⁰.

Dans une décision du 11 juin 1991, la Cour de cassation refuse à une adolescente la possibilité de se convertir, en différant cette possibilité jusqu'à sa majorité¹²⁰¹. En l'espèce, il s'agissait d'un désaccord porté par les parents devant le juge à propos de leur fille de seize ans, baptisée à sa naissance dans la religion catholique et souhaitant recevoir le baptême chez les témoins de Jéhovah. Le père, lui-même témoin de Jéhovah, approuvait le comportement de sa fille :

« Attendu que M. X... reproche au jugement d'avoir ainsi statué alors, selon le premier moyen, d'une part, que, sauf circonstances particulières, non relevées en l'espèce, une personne âgée de plus de 15 ans est en droit d'exercer, en matière de religion, un choix personnel qui s'impose au juge des tutelles saisi du désaccord de l'un des parents ; qu'en décidant le contraire malgré la volonté clairement exprimée de Catherine X... d'être baptisée selon la religion des " Témoins de Jehovah ", le tribunal de grande instance a violé l'article 9 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905 et les articles 371-2 et 372-1 du Code civil ; alors, d'autre part, que c'est à tort que les juges du fond ont affirmé que, s'agissant d'une conversion, le baptême dans le cadre du mouvement des " Témoins de Jehovah " ne pouvait procéder que du choix d'un adulte ; qu'ainsi ils ont à nouveau violé les textes précités ; et alors, selon le second moyen, d'une part, qu'en ne prenant pas en considération l'intérêt de l'enfant le Tribunal a privé sa décision de base légale au regard des articles 371-2 et 372-1 du Code civil ; alors, d'autre part, qu'en ne tenant aucun compte de la volonté exprimée par Catherine X... de pratiquer complètement une religion n'affectant, selon ses propres déclarations, ni sa vie scolaire, ni sa vie personnelle les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision au regard de l'ensemble des textes susvisés ;

Mais attendu que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité de faire procéder immédiatement au baptême de Catherine X... que les juges du fond, qui ont relevé que celle-ci était née de parents catholiques et avait été baptisée dans leur religion, ont estimé qu'il convenait d'attendre qu'elle soit devenue majeure pour exercer son choix (...)

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ».

Le refus de suivre la volonté, *a priori* bien mûrie, d'une adolescente de seize ans, remet non seulement en cause l'intérêt des dispositions, notamment l'article 1200 du Code de procédure civile, visant à donner plus d'autonomie à l'adolescent mais jette également un doute sur la neutralité du juge qui semble plus réticent face à certaines options religieuses plutôt qu'à d'autres.

A partir de quand fixe-t-on le degré de maturité de l'enfant et le juge, plus que l'âge de l'enfant, n'est-il pas influencé par la croyance en cause pour reconnaître la plus

¹²⁰⁰ CA Poitiers, 11 déc. 1991 (D. 1993, somm. p. 130, obs. N. DESCAMPS).

¹²⁰¹ Cass. 1ère ch. civ. 11 juin 1991, N° de pourvoi: 89-20878 (D., 1991, pp. 521-523, note P. MALAURIE; D., 1992, somm. com. N. DESCAMPS, p. 65; JCP, 1991, IV, p. 316; Rec., jur., 1991, pp. 521-523; Bull. civ., n° 196, p. 129; RTDC, 1992, pp. 75-76, note J. HAUSER; DEF, 1992-2, obs. H. FULCHIRON). Confirmation de TGI Saint-Brieuc, 10 oct. 1989.

ou moins grande maturité de l'enfant? Dans les deux cas où il aurait pu suivre l'avis de l'enfant, il s'agissait en effet de mouvements non traditionnels.

Dans une affaire où les parents étaient séparés, la mère demandait entre autres à ce que sa fille de douze ans puisse faire sa profession de foi, tandis que le père souhaitait que cette célébration « résulte de la volonté personnelle de sa fille et non de la pression de son entourage », la mère « rappelle que l'enfant a été baptisée. Elle a exprimé son souhait de faire sa profession de foi ». Selon le juge, « le père n'administre pas la preuve que cette cérémonie serait imposée par la famille maternelle à l'enfant, baptisée dans le rite catholique, et qui va intégrer l'an prochain un établissement privé relevant de l'enseignement catholique [le choix de l'établissement ne relève pas *a priori* de convictions religieuses mais uniquement d'offrir à l'enfant qui souffre de certains retards liés à une naissance prématurée un enseignement plus adapté]. Il sera rappelé ici que même si elle rencontre des difficultés scolaires liées à la dyspraxie visuo-spatiale, Manon est loin d'être dénuée d'intelligence et d'autonomie, comme en attestent de nombreux témoins. Il n'y a donc pas lieu de craindre qu'elle se laisse imposer une célébration contre son gré.

Là encore, la décision du premier juge sera confirmée »¹²⁰².

Le juge suit donc la mère, en s'appuyant sur la volonté de la jeune adolescente. Par ailleurs, la profession de foi à laquelle s'oppose le père s'inscrit dans la suite logique d'une foi religieuse acceptée par lui comme en témoigne le baptême, et il ne s'agit donc pas d'une conversion religieuse. En l'espèce, il s'agissait de la foi catholique mais, en vertu du principe de neutralité, la même solution aurait dû être prise s'il s'était agi d'un « nouveau mouvement religieux ».

En l'absence de danger et dans l'hypothèse d'un différend avec ses parents sur son éducation religieuse, l'adolescent ne jouira de son droit de liberté religieuse qu'autant que ses parents décideront de le lui accorder et dans les limites qu'ils estimeront nécessaires. La question du droit de liberté religieuse de l'enfant demeure en effet avant tout une question intra-familiale, pour laquelle l'enfant est largement dépendant des choix de ses parents.

Est-il finalement plus simple ou au contraire plus compliqué pour le juge de rester neutre dans un conflit familial autour de la religion par rapport à dans d'autres domaines ? La protection de l'enfant et la recherche de son intérêt peuvent-elles être un atout ou au contraire un frein à sa neutralité ? La neutralité est-elle forcément la recherche de la stabilité religieuse pour l'enfant?

Les questions qui se posent aux professionnels de la justice sont ainsi multiples dans ce domaine de l'intime.

Il ne faut néanmoins pas surestimer ces questions dans le cadre judiciaire, même dans le contentieux de la famille. Une juge des enfants faisait le constat suivant: « Ce qu'on voit le plus ce sont les grands pères qui tripotent les petites filles, j'en ai des dizaines d'exemples ; le mari qui boit et emmène trop longtemps les enfants ; la mère qui a un nouveau compagnon qui traite mal les enfants ou le père qui a une nouvelle compagne et qui lui colle tous ses enfants à garder et la belle-mère qui sait pas s'y prendre. Le fait religieux est un peu nul par rapport à tout le reste : le pouvoir de l'argent, la tentation des jeux vidéos; par rapport au malheur, à la drogue, au malheur de ces enfants que les parents n'aiment pas, aux mères qui font des chantages au suicide. On aimerait bien qu'il y en ait un peu plus de religion, ça donne des principes. Il y a des gens c'est des déserts, de la souffrance. Si déjà ils sont attachés à un pays, à la France, au Mali, à un Dieu c'est déjà ça. Si vous saviez comme c'est triste... »

¹²⁰² CA Douai, chambre 7 section 2, 26 juill. 2012, n° de RG: 12/02001.

CHAPITRE IV – LA CIRCONCISION RITUELLE : UN TABOU EN QUETE DE STABILITE JURIDIQUE¹²⁰³

Céline FERCOT

Section I- Le choix du droit français : « une louable tolérance »

§1- Une tolérance symptomatique du droit positif français

- A- Une tolérance du législateur
- B- Une tolérance du juge
- a. L'entrée (tolérée) de la circoncision dans le champ du droit par l'effet de sa judiciarisation
- b. Un juge qui prend parfois ses distances

§2- Une tolérance multifactorielle

Section II- Le traitement juridique de la circoncision : une question aux réponses multiples

§1- Les apports du droit comparé

- A- La voie du « oui » : autoriser la circoncision
 - B- La voie du « oui mais » : encadrer la circoncision
 - a- Des voies différentes
 - i. Les audaces du droit allemand
 - ii. Les droits d'Europe du Nord
 - iii. Les incertitudes du droit suisse
 - b. Un encadrement *a minima* ou *a maxima*
 - C- La voie du « non » : interdire la circoncision
- §2- Les évolutions à entrevoir en France

Il s'agit ici d'analyser le traitement juridique de la circoncision et, plus précisément, le regard que le juge peut porter sur cette pratique.

Sans qu'il soit question, d'aucune manière, de placer l'excision féminine et la circoncision masculine sur un pied d'égalité, tant les conséquences de la pratique liée à l'excision tout à la fois présentent une nature particulière et entraînent des effets sans commune mesure avec la circoncision – lesquels justifient d'ailleurs son inclusion sans appel dans la catégorie des mutilations sexuelles –, force est de constater que parmi ces deux principales atteintes, la question de la circoncision¹²⁰⁴ fait l'objet d'un traitement bien spécifique.

Alors même que cette dernière comprend objectivement une forme d'atteinte à l'intégrité corporelle du jeune garçon, quel que soit le motif pour lequel elle est décidée, sa qualification explicite en tant qu'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant et *a fortiori* en tant que mutilation sexuelle est très souvent sinon niée, du moins la plupart du temps minorée ou mise en doute.

Ce traitement particulier transparaît très clairement dans le droit positif, et notamment dans la jurisprudence, le juge – du moins le juge français – continuant de tolérer une pratique pourtant *a priori* contraire à l'ordre public.

La circoncision masculine représente aujourd'hui une pratique très fréquente : selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), 661 millions d'hommes de plus de 15 ans étaient circoncrits en 2009, soit environ 30 % de la population masculine

¹²⁰³ Cette expression est empruntée à X. DELGRANGE, H. LEROUXEL, *in La religion hors la loi*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et religion, 2016, p. 169.

¹²⁰⁴ Nous entendons ici par « ciconcision » spécifiquement la circoncision masculine – tout en notant bien que le terme est parfois (beaucoup plus rarement néanmoins) employé pour désigner un autre objet, à savoir la circoncision féminine.

mondiale. Et pourtant, on ne peut que constater la rareté des études juridiques portant sur cette question, la plupart des écrits relevant d'autres disciplines – issues de la médecine ou de la sociologie, pour l'essentiel.

Les contours de la circoncision

Issu du latin « *cædo, cecidi, caesum, caedre* »¹²⁰⁵, qui signifie « couper », et de « *circum* »¹²⁰⁶, « autour », le terme de circoncision se rattache au verbe « *circumcido, cidi, cisum, dere* »¹²⁰⁷, qui signifie « couper autour ». Selon *Le Larousse Médical*, ce terme peut être défini comme « l'ablation du prépuce »¹²⁰⁸. De manière un peu plus précise, la circoncision désigne la pratique consistant, chez l'homme, à réaliser une ablation (totale ou partielle) de la peau du prépuce, que ce soit pour des raisons médicales, religieuses ou culturelles¹²⁰⁹. En langage médical, la circoncision est aussi appelée « posthectomie », du grec *posthê* (le prépuce), et *ektomê* (l'excision)¹²¹⁰. La définition de la circoncision renvoie donc tout à la fois aux termes « ablation », c'est-à-dire à « *l'action d'emporter, de retrancher ou d'enlever du corps une partie quelconque ou un corps étranger* »¹²¹¹ et « excision », lequel désigne « *l'amputation d'une partie peu volumineuse* »¹²¹².

Bien que fort répandue, la pratique de la circoncision, éminemment plurielle et complexe, répond de manière variable à un principe de nécessité au regard de la protection de la santé. Elle obéit, en effet, à une très grande diversité de motifs. L'ablation du prépuce peut, en premier lieu, et dans environ un tiers des cas, intervenir pour des raisons d'ordre médical¹²¹³, que ce soit sur le fondement d'indications *strictement* médicales¹²¹⁴ ou de recommandations dites hygiéniques et prophylactiques¹²¹⁵ - du moins officiellement¹²¹⁶. Mais, parfois indispensable pour des

¹²⁰⁵ *Dictionnaire Gaffiot*, 1934, p. 238.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 309.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, p. 310.

¹²⁰⁸ *Larousse médical*, 2012.

¹²⁰⁹ V. *Dictionnaire de l'Académie française*. Les définitions indiquées dans le présent rapport sont, sauf mention contraire, issues de cette source. Allant dans le même sens, le *Dictionnaire illustré des termes de médecine* définit la circoncision comme « *l'excision du prépuce en totalité ou en partie* » (M. GARNIER et al., *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, Paris, Maloine, 2009, p. 176).

¹²¹⁰ S. KERNBAUM (dir.), *Dictionnaire de médecine*, Paris, Flammarion, Médecine-sciences, p. 783.

¹²¹¹ S. KERNBAUM, *ibid.*, p. 23.

¹²¹² M. GARNIER et al., *op. cit.*, p. 310.

¹²¹³ M. WISARD, P. JICHLINSKI, « La circoncision : une banalité ? », *Revue médicale suisse*, 2012, vol. 8, p. 2324.

¹²¹⁴ On parle alors, à titre curatif, de « posthectomie », laquelle intervient essentiellement pour le traitement du phimosis, qui correspond à un rétrécissement de l'extrémité du prépuce empêchant de décalotter le gland du jeune garçon.

¹²¹⁵ Dans certains pays, le fait de faire circoncire les jeunes garçons pour des raisons d'hygiène, à titre préventif donc, relève de la tradition et d'une pratique relativement courante, comme cela peut être le cas aux Etats-Unis. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) continue elle-même d'indiquer, dans ses rapports, que cette pratique présente plusieurs avantages : outre le fait qu'elle est censée réduire les risques de transmission du VIH, elle entraînerait plusieurs effets positifs pour la santé, en réduisant les risques de cancer du pénis ou d'infections de la voie urinaire (v. par ex. OMS, *Mise à jour sur la circoncision : Essais cliniques déterminants pour la validation du lien entre la circoncision et la protection contre l'infection à VIH*, Note d'information aux médias conjointe OMS/ONUSIDA/UNICEF/FNUAP/BM, 2006, [en ligne](#)). Ces recommandations, qui ont pu déboucher sur des pratiques de circoncisions de masse dans plusieurs pays du continent africain, sont toutefois loin de faire l'unanimité (v. par ex. Conseil national du Sida, *Rapport sur la circoncision : une modalité discutable de réduction des risques de transmission du VIH*, 24 mai 2007, [en ligne](#)). Pour un panorama général, v. C. PERREY et al., « De la recherche scientifique à la recommandation de santé publique : la circoncision masculine dans le champ de la prévention du VIH », *Sciences sociales et santé*, 2012/1, vol. 30, pp. 5-38.

¹²¹⁶ Comme l'écrit Christine C. CHOAIN, « *dans les pays anglophones, la circoncision a pu être prônée comme une prévention de l'alcoolisme : une théorie officielle anglaise de la fin du siècle dernier liant circoncision, masturbation, alcoolisme a fait pratiquer une circoncision néonatale de masse pour raisons non religieuses dans les pays anglophones ;*

raisons médicales, la circoncision ne l'est pas lorsqu'elle intervient pour des motifs religieux, comme cela est relativement fréquent au sein des familles de confession juive ou musulmane – sans oublier que les religions chrétiennes n'ignorent pas cette pratique¹²¹⁷. Elle est alors qualifiée de « circoncision rituelle », et c'est à cet objet que nous entendons ici nous intéresser.

La circoncision pour motifs religieux : un rite partagé par plusieurs religions

La religion juive, suivant le récit de la Genèse¹²¹⁸, considère en effet cette atteinte à la chair de l'enfant mâle à la fois comme la preuve de son alliance avec Dieu et comme un rite de passage. L'enfant est généralement circoncis à l'âge de 8 jours, sauf problème de santé particulier. Appelée *brit milah* (« *milah* » signifiant « coupure » et « *brit* » désignant « l'Alliance »), la circoncision incarne, dans la culture juive, « l'alliance perpétuelle » nouée entre chaque juif et Dieu et instaurée par ce dernier avec son peuple en échange d'une multiple descendance¹²¹⁹. *Signe de l'Alliance de Dieu avec Abraham et, après lui, avec le peuple d'Israël, elle est considérée comme la mitzvah* (« le commandement ») centrale du judaïsme, et incarne une marque essentielle de l'identité juive, même pour les non pratiquants¹²²⁰. Pour le reste, la circoncision est généralement accomplie par « un circonciseur », appelé « mohel ». Il s'agit d'un professionnel, spécialisé – souvent un médecin mais pas toujours –, ayant une connaissance parfaite de la procédure et du rituel, lequel est en général réalisé dans les locaux de la synagogue ou dans un lieu dédié, et très exceptionnellement au sein d'un service hospitalier.

La religion musulmane, quant à elle, ne nomme pas explicitement la circoncision (*khitân*)¹²²¹ dans le Coran. Elle connaît pour autant très largement cette pratique : norme transmise, elle constitue un exemple à suivre. Prônée par un *hadith*, propos rapporté du Prophète¹²²², elle est de ce fait fortement encouragée par la *sunna* (« la tradition », deuxième source de l'islam, après le Coran). Obligatoire ou simplement

si l'abandon de cette théorie en 1948 a fait largement reculer la pratique en Grande-Bretagne (1 à 2 %), en Australie et au Canada (20 %) elle demeure majoritaire aux USA (60 %) ce qui provoque actuellement de très vives polémiques dans ce pays » (C. CHOAIN, « La Convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes concerne les seuls enfants légitimes. Refus du droit de visite et d'hébergement à un père algérien pour des motifs graves », Note sous C. Cass., 1^{re} Ch. Civ., 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 226). V. à ce sujet le 3^{ème} Symposium international sur la circoncision, 22 au 25 mai 1994, Université de Maryland, Etats-Unis.

¹²¹⁷ V. *infra*.

¹²¹⁸ Genèse, 17 : 9-14.

¹²¹⁹ Genèse 17 : 10-12.

¹²²⁰ L'Ancien Testament fait d'Abraham et de sa famille les premiers circoncis. Lorsque Dieu apparaît à Abraham, il lui indique ainsi les termes de son Alliance avec lui et sa postérité : « Et voici mon Alliance qui sera observée entre moi et vous, et ta postérité après toi : que tous vos mâles soient circoncis. Vous ferez circoncire la chair de votre prépuce, et ce sera le signe de l'Alliance entre moi et vous. Quand ils auront huit jours, tous vos mâles seront circoncis, de génération en génération » (Genèse XVII : 10). Elle figure dans le Talmud, l'un des textes fondamentaux du judaïsme, où il est écrit : « Le commandement de la circoncision est équivalent à l'ensemble de tous les autres commandements de la Torah ». *La Torah dans laquelle on retrouve* : « En un lieu où Moïse passa la nuit, l'Eternel l'attaqua et voulut le faire mourir. Séphora (son épouse) prit une pierre aigüe, coupa le prépuce de son fils et le jeta aux pieds de Moïse, en disant "Tu es pour moi un époux de sang". Et l'Eternel le laissa. C'est alors qu'elle dit : "Epoux de sang" à cause de la circoncision » (Exode, 4, 24-26).

¹²²¹ Issu de la racine *kh-t-n*, ce terme peut s'apparenter à ceux de « beau-père », de « beau-fils », ou encore de « belle-fille » (*khatan, khatana*), mais également au fait de se marier (*khutuna*). En Turquie, la circoncision est appelée *sunnet*, qui signifie « tradition ou coutume conseillée, recommandée » ; une appellation que l'on retrouve également dans le terme *sunnedji*, qui désigne le barbier qui effectue la circoncision (M. CHEBEL, *Histoire de la circoncision. Des origines à nos jours*, Paris, Balland, 1992, p. 65).

¹²²² Al-Bukhâri, vol. 7, liv. 72, n° 779 (« Débarrassez-vous des cheveux longs des païens et soyez circoncis »). V. A. MAHERZI, art. préc., p. 67, spéc. pp. 68-69.

« recommandée »¹²²³, elle intervient plus tardivement que dans la religion juive, en général aux alentours des 7 ans de l'enfant, et plus fréquemment entre 7 et 15 ans. Le rituel, qui serait en partie lié à la notion de bienséance, est célébré publiquement, et « consacre la cohésion du groupe fondée sur l'acceptation d'une blessure commune, toujours au niveau du sexe masculin »¹²²⁴. S'il est vrai que la circoncision ne tient pas une place primordiale dans les ouvrages de droit musulman, il n'en reste pas moins que cette pratique revêt encore aujourd'hui une grande valeur dans l'esprit populaire.

Quant aux chrétiens, Malek Chebel souligne qu'ils ont substitué à la circoncision dans la chair une « circoncision de cœur », « comme métaphore de la circoncision du corps »¹²²⁵. Ainsi, de nos jours, les chrétiens ne pratiquent plus la circoncision pour des raisons religieuses ; la « circoncision spirituelle » a donc remplacé la « circoncision charnelle », à l'exception de la communauté copte, qui continue à pratiquer cette opération sur ses enfants.

Sans oublier, enfin, qu'un certain nombre de sociétés animistes, en Afrique¹²²⁶ et en Océanie notamment, pratiquent également la circoncision des enfants mâles, à titre de coutume : similairement, il s'agit d'un rite de passage marquant, avec l'arrivée du garçon à l'âge nubile, son initiation au mariage, et, partant, sa participation à la vie du clan, son intégration dans le groupe¹²²⁷.

La circoncision pour motifs religieux : un rite à la frontière de l'individuel et du collectif

Dans tous les cas, lorsqu'elle est décidée pour des motifs religieux, la circoncision est à la fois l'expression d'une croyance religieuse et le symbole d'une tradition. Expression de valeurs partagées par un nombre significatif de personnes, elle se présente alors comme l'expression d'un rite, d'où l'expression de « circoncision rituelle ». La circoncision se présente alors tout à la fois comme la marque d'une identité, d'une appartenance à une communauté, et comme une particularité distinctive au sein de la société. Revêtant une dimension symbolique (sociale), rituelle (religieuse) et identitaire¹²²⁸, elle incarne, quelle que soit la religion à laquelle elle se rattache, fondamentalement, deux choses. Elle représente, tout d'abord, un « acte de foi », individuel et personnel, une affaire entre l'homme (l'Homme ?) et Dieu. Mais elle incarne également un acte « d'appartenance »¹²²⁹, un acte entre les Hommes, socialisant et collectif, qui vise à intégrer l'enfant dans une communauté ; ou, pour le dire d'une autre manière, un acte qui, par sa survenance, assure l'enfant – et, au-delà, sa famille – de ne pas être rejeté par leur groupe d'appartenance¹²³⁰. Pour résumer, donc, la circoncision

¹²²³ « Face à l'absence de "commandement", à la différence de la prescription juive, l'islam a confié aux juristes de la religion le soin de décider, selon le groupe islamique concerné, de l'obligation ou non de l'accomplissement de l'acte de circoncire » (A. GRIMFELD, « La circoncision rituelle est-elle éthiquement admissible ? », in V. FORTIER (dir.), *La circoncision rituelle. Enjeux de droit, enjeux de vérité*, Presses universitaires de Strasbourg, Coll. Société, Droit et religion, 2016, p. 348).

¹²²⁴ A. GRIMFELD, *ibid.*, p. 344.

¹²²⁵ M. CHEBEL, *op. cit.*, p. 79.

¹²²⁶ En Afrique de l'Ouest, la circoncision est particulièrement répandue dans les divers groupes ethniques, Dogons, Malinkés, Soninké, Bambaras, Yoruba, Bozos, car elle était connue bien avant l'expansion de l'islam au IX^{ème} siècle (G. DIETERLIN, « La circoncision », in Y. BONNEFOY (dir.), *Dictionnaire des mythologies et des religions traditionnelles et du monde antique*, Tome I, Paris, France, Flammarion).

¹²²⁷ A. OSSOUKINE, « Approche juridique de la circoncision », *Journal international de Bioéthique*, 1996, vol. 7, p. 212.

¹²²⁸ Séverine Mathieu évoque un « réflexe identitaire » qui s'impose aux parents, presque malgré eux parfois (« Couples mixtes et circoncision », *Archives de sciences sociales des religions*, 2007, n° 137, p. 46).

¹²²⁹ A. MAHERZI, « La circoncision et "le dialogue interculturel et interreligieux" », in M. L. COHEN (dir.), *La circoncision en question*, Paris, Orizons, 2014, p. 69.

¹²³⁰ *Ibid.* V. aussi Gen., 17 : 14 : « Un mâle incirconcis, qui n'aura pas été circoncis dans sa chair, sera exterminé du milieu

masculine apparaît comme étant indissociable de l'identité – notamment corporelle – du jeune garçon ; une identité qui se trouve au carrefour, précisément, de l'individuel et du collectif.

Les enjeux en présence

On perçoit assez aisément que la pratique de la circoncision renvoie à des intérêts susceptibles d'être opposés : d'un côté, les droits de l'enfant – visant à protéger son intégrité physique, sa liberté d'opinion, sa liberté religieuse, son droit au libre épanouissement et, de l'autre, les droits des parents – leur liberté de conscience et de religion, mais également leur liberté éducative.

Tantôt encouragée, tantôt tolérée, la circoncision rituelle est parfois considérée comme une mutilation, dès lors qu'il est possible d'y voir « *(une) atteinte irréversible à l'intégrité physique d'une personne, notamment par perte, ablation ou amputation d'un membre, qui constitue un grave préjudice corporel et, en parallèle avec une infirmité permanente, aggrave la peine de nombreuses infractions, violences, viol, séquestration, vol etc.* »¹²³¹. Quoi qu'il en soit, la circoncision n'est pas une pratique qui fait l'unanimité.

Toujours binaire et intrinsèquement clivante, la question de la circoncision renvoie ainsi la plupart du temps face à face, ou plus exactement dos à dos, les « pour » et les « contre ». Du côté des « pro-circoncision », les arguments avancés présentent alors d'indéniables similitudes, qu'il s'agisse de protéger les droits des croyants et des différentes communautés religieuses concernées, en invoquant bien souvent la culture et la tradition, ou de défendre, plus largement, la liberté religieuse, ou qu'il s'agisse, encore, de défendre en priorité les droits des jeunes filles, en affirmant que la pratique de la circoncision est, contrairement à l'excision, une question qui n'est absolument pas prioritaire¹²³². Du côté des « anti-circoncision », en revanche, sont généralement convoqués le droit de l'enfant au respect de son intégrité physique, sa liberté de choix en matière religieuse, le devoir de protection comportant éventuellement des soins à l'égard des enfants mineurs, ou encore le non-respect du consentement éclairé de l'enfant.

Un tabou sociétal, un tabou pour le juriste

Sujet complexe, ambigu, discuté, la circoncision rituelle était pourtant, jusqu'il y a peu, « *parvenue à se faire oublier du droit* »¹²³³. Jusqu'il y a peu, car c'est bel et bien la décision des juges allemands de Cologne, en 2012¹²³⁴, qui a contribué à relancer un

de son peuple ».

¹²³¹ Il s'agit ici de la définition du terme « mutilation » proposée par G. CORNU (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., PUF, Quadrige, Dicos Poche, 2018).

¹²³² Comme le note le Conseil de bioéthique belge dans son avis n° 70 rendu en 2017, « *si les deux pratiques relèvent sans doute de la symbolique du passage, la première est clairement religieuse, tandis que la seconde est aussi, et peut-être d'abord, une forme de répression exercée sur la condition féminine en tant qu'elle vise à châtrer la femme d'une partie du plaisir sexuel. La circoncision n'est nullement une agression dirigée contre la virilité ; l'excision s'en prend directement à la féminité elle-même* » (op. cit., p. 19). Il s'agit là toutefois d'un champ qu'il conviendrait, présumons nous, d'investiguer davantage, concernant notamment le lien entre circoncision et construction de la virilité chez le jeune enfant et le jeune adulte.

¹²³³ X. DELGRANGE, H. LEROUXEL, « La circoncision rituelle en Europe : vers une tension entre la liberté de religion des parents et l'intégrité physique de l'enfant ? », in D. KOUSSENS et al., *La religion hors la loi. L'Etat libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Actes du colloque des 3 et 3 octobre 2014, Bruylant, Coll. Droit et religion, 2017.

¹²³⁴ V. *infra*.

débat qui semble désormais un peu plus ouvert, comme en attestent les récentes discussions intervenues à ce sujet en Belgique¹²³⁵ ou encore en Islande¹²³⁶.

Malgré ces légères évolutions, la circoncision se présente, encore aujourd'hui, tant au sein de l'opinion publique que dans la littérature juridique, comme un véritable tabou¹²³⁷. Comme le souligne Roseline Letteron, « *la pression religieuse est si forte que le simple fait de débattre de ces pratiques sous l'angle juridique est considéré comme une atteinte à la liberté religieuse* »¹²³⁸. La dimension de prescription rituelle qu'elle représente rend en effet sinon impossible du moins extrêmement difficile l'engagement d'un débat ouvert et serein. Nombreux sont en effet les discours, mais aussi les écrits doctrinaux qui font de cette question en réalité une « non question », le simple fait de discuter de cette pratique sous un angle juridique faisant bien souvent, en amont même, l'objet des plus vives critiques – qu'il s'agisse d'ailleurs de circoncisions rituelles, souvent au centre des attentions, ou de circoncisions réalisées pour des motifs médicaux, ou présentés comme tels.

Deux arguments sont souvent avancés pour reléguer la circoncision au rang de question secondaire, voire de « non question ». Le premier s'appuie sur l'idée – reçue – en vertu de laquelle il s'agirait là d'un acte bénin, sans conséquence particulière, et qui ne mériterait donc pas que l'on s'attarde sur lui¹²³⁹. Le second argument concerne l'inévitable comparaison entre circoncision et excision¹²⁴⁰ – comme si les deux objets ne pouvaient être envisagés séparément, ou plus exactement comme si les réflexions relatives à l'excision empêchaient que l'on s'intéresse à la circoncision. Deux options se présentent alors. Il peut tout d'abord être envisagé de rapprocher ces deux pratiques, en partant du principe que cette comparaison est susceptible de nous conduire à produire de la connaissance¹²⁴¹. Mais une difficulté surgit alors : lorsque les deux pratiques sont comparées, c'est la plupart du temps pour avancer l'argument de l'innocuité de la circoncision, et donc pour la reléguer au rang de *non-objet* d'étude. Il peut sinon être envisagé de les distinguer strictement, du moins se centrer sur la circoncision, en

¹²³⁵ V. par ex. l'avis n° 70 du 8 mai 2017 relatif aux aspects éthiques de la circoncision non médicale rendu par le Comité consultatif de bioéthique de Belgique ([en ligne](#)).

¹²³⁶ V. A.-F. Hivert, « Polémiques en Islande sur un projet d'interdiction de la circoncision », *Le Monde*, 27 mars 2018, en ligne.

¹²³⁷ C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Arch. Pol. Crim.*, 2014/1, n° 36, pp. 33 s.

¹²³⁸ R. LETTERON, « Le droit à l'intégrité physique des enfants : excision et circoncision », *Blog Libertés chéries*, 6 octobre 2013.

¹²³⁹ Ainsi, « *(s'il) est admis que certaines atteintes à l'intégrité physique, comme la circoncision, puissent être justifiées par la tradition culturelle ou religieuse (...), cette tolérance n'a plus cours lorsque l'atteinte imposée par des pratiques rituelles dépasse un certain degré de gravité. Ainsi, l'excision ne saurait être justifiée par la coutume* » (F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, préc., n° 712).

¹²⁴⁰ A nouveau : il n'est ici nullement question de s'aventurer sur le champ de la comparaison entre ces deux pratiques. Tout au plus peut-on simplement rappeler que l'excision consiste en l'ablation totale d'un membre (le clitoris) et prive la petite fille, ou la femme, d'une très grande partie voire de la totalité de son plaisir sexuel futur, quand la circoncision masculine correspond à une ablation partielle du pénis, laquelle entraîne des conséquences diverses et, quoi qu'il en soit, très discutées au sein même de la communauté scientifique. A propos de la comparaison entre ces deux pratiques, v. not. M. BENILLOUCHE, « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution », *RDLF*, 2014, chron. n° 06 ; P.-J. DELAGE, art. préc. ; C. DUVERT, art. préc. ; R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *Dalloz*, 2012, pp. 2044 s. ; J. ROCHE-DAHAN, art. préc.

¹²⁴¹ Comme le souligne Jérôme Segal, « *la comparaison mérite toutefois d'être étudiée : si l'excision a généralement des conséquences plus désastreuses, il s'agit dans les deux cas d'amputations totales ou partielles d'un organe sain situé dans les parties génitales, réalisées sur des enfants, sans consentement, éliminant des tissus érogènes, supposées être bénéfiques pour l'enfant, recommandées par des religions, justifiées par des soucis de conformité sociale et de tradition, extrêmement douloureuses et pouvant causer la mort* » (« La circoncision sans question », *Slate*, 7 octobre 2014, [en ligne](#)).

établissant, ponctuellement, et lorsque cela est justifié, des rapprochements avec l'excision. C'est cette voie que nous emprunterons ici.

Une question éminemment sensible et complexe

Combattue par Saint-Paul, qui prônait la circoncision dans le cœur plutôt que dans la chair¹²⁴², la circoncision masculine invite à la réflexion. Cela ne saurait être nié. Pour le reste, il s'agit, d'une part, d'une question sensible qui doit être abordée avec « *une posture d'humilité* », et ce parce qu'elle se situe, comme l'excision, « *aux confins de l'anthropologie, de l'ethnologie, de la médecine, de la religion et du droit* »¹²⁴³. Il s'agit, d'autre part, d'une question infiniment complexe, en général - elle mêle de nombreux aspects médicaux, sociaux et éthiques -, mais tout particulièrement d'un point de vue juridique, dans la mesure où elle mêle des questions non seulement de droits fondamentaux, mais également de droit de la famille, ou encore de droit pénal. L'objectif n'est donc ici absolument ni de tout dire ni de prendre position dans un sens bien déterminé : on se contentera d'un état des lieux, ou plus exactement d'un « *état des questions* », lequel « *sera surtout un état des tensions, des conflits – d'intérêts, de droits subjectifs, de normes...* »¹²⁴⁴. L'essentiel est ailleurs : la plupart du temps réduite à « *un débat impossible* »¹²⁴⁵, la question de la circoncision doit être sortie d'un « *silence éloquent* », qui la relègue habituellement « *dans un non-dit que l'on espère salutaire mais qui n'éteint pas des questions auxquelles on ne peut répondre que par le dialogue* »¹²⁴⁶.

L'état du droit positif est aujourd'hui le suivant : il existe un profond décalage entre, d'une part, la qualification de la pratique liée à la circoncision au regard de la protection du jeune enfant et, d'autre part, la tolérance qui continue de prévaloir à son égard. Avec, en toile de fond, un ensemble de questions qui ne sont que très rarement discutées et abordées au fond : *pour quelles raisons la question de la circoncision continue-t-elle de faire l'objet d'un traitement à part ? Le juge participe-t-il, lui aussi, au maintien de cette spécificité ? Qu'en est-il du traitement distinct dont la circoncision fait aujourd'hui l'objet au regard du principe d'égalité et de non discrimination ? Cette différence de traitement ne se justifie-t-elle que par des arguments juridiques, ou fait-elle appel à des considérations d'autres natures ?*

Si le droit français a fait le choix d'une tolérance relativement ambiguë (**Section I**), il convient néanmoins de rappeler qu'une telle solution est loin d'être partagée par tous les ordres juridiques (**Section II**).

¹²⁴² *Epître aux Romains* 2 : 29.

¹²⁴³ P.-J. DELAGE, art. préc., p. 63. D'où la plus grande méfiance à l'égard de certains ouvrages faisant d'entrée de jeu état d'un parti-pris non scientifique ; en ce sens, v. par ex. *La circoncision en question*, Paris, Orizons, 2014, spéc. pp. 14, 18, 90, 97 s.

¹²⁴⁴ P.-J. DELAGE, art. préc., p. 64.

¹²⁴⁵ V. M.-J. THIEL, « La circoncision, un débat impossible ? », *Revue Esprit*, janv. 2014, pp. 83 s.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 83-84.

Section I – Le choix du droit français : « une louable tolérance »

Le droit positif français fait tout entier preuve d'une « *neutralité bienveillante* »¹²⁴⁷, ou encore d'une « *louable tolérance* »¹²⁴⁸, à la fois permissive et ambiguë¹²⁴⁹ (§ 1). Si cette tolérance demeure globalement floue, quelques éléments explicatifs peuvent être avancés (§ 2).

§ 1 – Une tolérance symptomatique du droit positif français

L'orientation empreinte de tolérance dont fait preuve la législation française (A) contraint très largement le juge (B).

A- Une tolérance du législateur

En droit positif français, aucun texte ne traite de la circoncision de façon spécifique. Dans son rapport de 2004, intitulé *Un siècle de laïcité*, le Conseil d'Etat précise que « la circoncision rituelle ne fait l'objet d'aucun texte si ce n'est en Alsace-Moselle, (avec) l'article 10 du décret impérial du 29 août 1862 disposant que : “le mohel doit être pourvu d'un certificat délivré par un docteur en médecine ou chirurgie, désigné par le préfet, et constatant que l'impétrant offre au point de vue de la santé publique toutes les garanties nécessaires” »¹²⁵⁰. Une chose est certaine : le droit français ne condamne pas la circoncision.

Et pourtant, la question de savoir si la circoncision s'apparente ou non à une forme de mutilation n'est pas saugrenue et ne saurait constituer un tabou¹²⁵¹. La circoncision est-elle de nature à être analysée en tant que telle, soit comme une atteinte tout à la fois irréversible et grave à l'intégrité physique du jeune garçon, concernant l'un de ses membres, et qui conduirait à une infirmité permanente¹²⁵² ? Le pénis est bien un membre du corps humain masculin. Par ailleurs, nécessitant une intervention chirurgicale, la circoncision s'apparente bien à un marquage physique de l'enfant ou du nouveau-né, à une appartenance culturelle, ethnique et/ou religieuse. Il ne saurait non plus être nié que ce marquage consiste bien au retrait d'une partie du corps. Cette atteinte est par ailleurs irréversible¹²⁵³, dès lors qu'elle touche à l'intégrité corporelle de l'enfant de manière définitive, durable, irréversible et irréparable¹²⁵⁴. D'où un

¹²⁴⁷ S. PARICARD, « Quelle autonomie pour l'enfant au sein du couple parental uni ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, Lexis Nexis, 2015, p. 776.

¹²⁴⁸ Cette expression a été utilisée par la cour d'appel de Bordeaux dans une décision datant de 1900 (CA Bordeaux, 6 février 1900, D. 1900, p. 470, décision reprise par divers auteurs et citée notamment par G. Mémeteau, *Le droit médical*, 4^{ème} éd., Litec, 1985 ; v. également M. VERON, J. GUIGUE, « Responsabilité pénale médicale. Autres cas de responsabilité médicale », in *Droit médical et hospitalier*, Lexis-Nexis, 2012, fasc. 21, n° 21 ; C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », p. 33).

¹²⁴⁹ Même si ce sujet n'est pas le notre ici, on peut noter que cette tolérance existe également dans le cas des circoncisions dites médicales, pratiquées dans un but thérapeutique, c'est-à-dire essentiellement afin de remédier au phimosis, cette opération étant prise en charge par la sécurité sociale (sans ignorer complètement la pratique qui consiste à déguiser un certain nombre de circoncisions rituelles en les parant d'un habit médical, moins discuté et donc plus simple à manier).

¹²⁵⁰ Conseil d'Etat (CE), *Un siècle de laïcité*, Rapport public, 2004, pp. 331-332.

¹²⁵¹ En ce sens, v. A. Charpy, P. Juston, « Réflexions sur la circoncision rituelle de l'enfant », *Journal du droit administratif*, en 3 tomes, 2017, en ligne.

¹²⁵² G. CORNU, *op. cit.*

¹²⁵³ Comme le souligne R. LIBCHABER, « *ce qui est enlevé est insusceptible de régénération* » (art. préc.).

¹²⁵⁴ Les avis sont toutefois ici partagés. Ainsi, René LIBCHABER, considère par exemple, *a contrario*, que la circoncision « (*ne*) marque aucun choix clair ou définitif », dès lors que « l'enfant restera libre de choisir sa foi comme la religion

positionnement doctrinal parfois très critique lorsqu'il s'agit de mettre sur le même plan la circoncision et le rituel du baptême, ce que font pourtant d'autres auteurs¹²⁵⁵. Il semble alors être oublié qu'outre le fait que le baptême comporte évidemment bien moins de risques ou de danger¹²⁵⁶, il n'implique en outre pour le récipiendaire que des conséquences qui demeurent de l'ordre du symbolique. En comparaison, la circoncision ne peut faire l'objet, à proprement parler, de « *reniement* » de l'acte, dans la mesure où ce dernier n'est pas simplement symbolique mais physique et irrémédiable. Dans la même logique, le baptême ne nécessite aucunement d'intervention chirurgicale ou la présence d'un quelconque professionnel de santé et n'est pratiqué dans les établissements hospitaliers, par des aumôniers, que dans les cas de décès ou de graves maladies. Quant à l'infirmité permanente, elle renvoie sans aucun doute à l'aspect le plus discuté, conduisant à savoir si la circoncision altère définitivement le plaisir sexuel¹²⁵⁷.

Très clairement, le législateur français n'a pas choisi de qualifier la circoncision de mutilation. Si tel était le cas, en effet, des poursuites pourraient être envisagées sur la base de plusieurs dispositions.

L'article 16-1 du Code civil, relatif à l'indisponibilité du corps humain, notamment lorsque la personne concernée ne peut donner son consentement, pourrait également être invoqué. L'alinéa 2 de cette disposition affirme en effet que « *le corps humain est inviolable* », et pose ainsi un principe fondamental qui permet d'assurer la protection de l'intégrité du corps humain. Une disposition qui est d'ordre public – ce qui signifie, comme le souligne Vincente Fortier, que nul ne peut être contraint de subir une atteinte à son corps¹²⁵⁸, et qui est à concevoir en lien avec l'article 16-3 du même Code, en vertu duquel « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Ajoutons à cela l'article R. 4127-41 du Code de la santé publique (art. 41 du Code de déontologie médicale), en vertu duquel « *aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement* ».

Partant, la circoncision remplit toutes les conditions pour entrer dans la catégorie des atteintes à l'intégrité physique sans nécessité médicale, et pourrait de ce fait aisément tomber sous le coup du droit pénal. L'article 222-1 du Code pénal rappelle en effet que « *le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle* ». C'est sur ce fondement que se trouvent réprimées les pratiques d'excision, par exemple. De plus, l'article 222-9 du Code pénal dispose que « *les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ». Quant à l'article

qu'il pratiquera, et la circoncision ne lui imposera rien en ce qu'elle peut procéder de causes diverses, confessionnelles comme médicales, voire esthétiques » (art. préc.).

¹²⁵⁵ V. R. LIBCHABER, art. préc.

¹²⁵⁶ V. CA Douai, 8 janvier 2013, n°12/03506, *Dr. Fam.* n° 5, mai 2013, comm. 69, C. Neirinck : « *Le baptême de l'enfant placé en assistance éducative* » : « *La décision de faire baptiser un enfant de quatre ans ne lui fait pas courir un danger* ».

¹²⁵⁷ En ce sens, v. M. WISARD, P. JICHLINSKI, art. préc., p. 2326 : « *Cette question fait également l'objet d'un débat contradictoire. Elle repose le plus souvent sur des anecdotes et des postulats. Les études scientifiquement élaborées ne montrent aucune différence significative quant à la satisfaction sexuelle au sein des couples qui comparent des hommes circoncis aux hommes non circoncis* », citant Tobian AAR, Gray RH. *The medical benefits of male circumcision*. *JAMA* 2011;306:1479-80.

¹²⁵⁸ V. FORTIER, « Circoncision / Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in V. FORTIER, *La religion dans les établissements de santé*, op. cit., p. 235.

222-10 du même Code, il y ajoute une circonstance aggravante lorsque cette infraction est commise « sur un mineur de quinze ans » ou « sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ». La même disposition précise que « la peine encourue est portée à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction définie à l'article 222-9 est commise sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur »¹²⁵⁹.

L'article 24 al. 3 CIDE, enfin, dispose que « les Etats parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants » - même si les travaux préparatoires de cette disposition n'ont porté que sur l'excision.

Pratiquée en l'absence de motifs médicaux, la circoncision pourrait donc apparaître suspecte au regard de ces différentes dispositions. Elle bénéficie toutefois d'une forme de tolérance de nature coutumière, faisant ainsi peu de bruit. Le droit français tolère la circoncision, autrement dit « laisse faire ce qu'on pourrait empêcher ou punir », ce qui toutefois « ne vaut pas comme approbation, ni même comme neutralité »¹²⁶⁰. Rappelons en effet que le verbe « tolérer » renvoie tout à la fois au fait de laisser se produire ou subsister (une chose qu'on aurait le droit ou la possibilité d'empêcher), et au fait de supporter avec patience (ce qu'on trouve désagréable, injuste) ; autrement dit, tolérer, ce n'est pas être neutre ; tolérer, c'est prendre position.

B- Une tolérance du juge

Les pays qui, sans avoir adopté de législation particulière à l'égard de la circoncision, connaissent de la pratique à travers principalement le contentieux judiciaire qu'elle soulève, et particulièrement en droit de la famille, sont des pays dans lesquels le rôle du juge dans la régulation de la pratique revêt une importance déterminante dans la mise en balance des intérêts. C'est le cas de la France. La circoncision est, aujourd'hui, en droit français « (un) acte hors la loi mais légitimé par le droit »¹²⁶¹, et en premier lieu par le juge.

S'il convient de rappeler en premier lieu que l'entrée de la circoncision dans le champ du droit ne peut se faire que par l'effet de sa judiciarisation et donc, en amont, par la saisine du juge, on remarque aisément que le juge est habituellement très tolérant à l'égard de la circoncision (1). Il lui arrive toutefois de prendre ses distances avec cette tolérance symptomatique du droit français (2).

1- L'entrée (tolérée) de la circoncision dans le champ du droit par l'effet de sa judiciarisation

Pour que le juge se prononce sur les contours de la circoncision, encore faut-il qu'il soit saisi. Or, les seuls cas dans lesquels une jurisprudence en la matière peut être observée se résument assez aisément : dans les questions liées à l'autorité parentale,

¹²⁵⁹ La circoncision étant pratiquée par un *mohel* sur ordre des parents, ces derniers pourraient être considérés comme auteurs indirects au sens de l'article 121-3 du Code pénal en ce qu'ils ont permis la circoncision en remettant leur enfant au *Mohel* en vertu de leur droit d'autorité parentale.

¹²⁶⁰ A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique*, 2001.

¹²⁶¹ V. FORTIER, « Circoncision / Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in V. FORTIER, *La religion dans les établissements de santé*, op. cit., p. 235.

d'une part ; et dans le cadre de contentieux liés à des problèmes de responsabilité, d'autre part. Dans un cas comme dans l'autre, le juge interne français fait preuve d'une large tolérance vis-à-vis de la circoncision, allant même jusqu'à cautionner très explicitement la pratique¹²⁶².

*** La circoncision surgit en premier lieu principalement en cas de désaccord entre les parents au sujet de l'éducation de leurs enfants, par le prisme de l'autorité parentale.** Partant de la distinction entre les actes usuels et les actes graves (v. [art. 372-2 du Code civil, issu de la loi du 4 mars 2002](#)¹²⁶³), le juge judiciaire a dans un premier temps défendu une approche très permissive, qualifiant toute circoncision, qu'elle soit de nature médicale ou rituelle, d'acte usuel, n'exigeant alors que le consentement de l'un des deux parents¹²⁶⁴. Il a ensuite tenu à défendre une position plus affinée : depuis 2001, il est en effet admis que la circoncision médicale constitue un acte usuel, nécessitant le consentement d'un seul titulaire de l'autorité parentale¹²⁶⁵, quand la circoncision rituelle, qualifiée d'acte grave, impose les consentements conjoints des titulaires de l'autorité parentale¹²⁶⁶ (ce qui, comme le souligne Pierre-Jérôme Delage, « *laisse alors apparaître la circoncision médicale bien davantage licite que contraire à la loi* »¹²⁶⁷). Encore faut-il toutefois qu'une circoncision présentée comme « médicale » soit réellement motivée par des motifs médicaux.

Avec une difficulté majeure : dans les rares contentieux existants, il est parfois difficile de savoir si les deux parents étaient tous deux favorables, ou opposés à la circoncision. Ainsi, par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Lyon datée du 6 juin 2011, un père réclamait le droit d'hébergement de ses trois enfants, quand la mère souhaitait exercer seule l'autorité parentale. Dans cette affaire, la mère avait pris l'initiative de faire hospitaliser l'un de ses enfants qui souffrait à la suite d'une circoncision réalisée alors qu'il était en vacances chez son père, ce dernier n'ayant pas appelé le médecin pour le soigner¹²⁶⁸. Or, le juge considère en l'espèce que « *les éléments communiqués par les parties ne permettent pas de déterminer si la mère était opposée à la circoncision opérée sur (son fils) lorsque celui-ci séjournait chez le père à l'occasion des vacances de la Toussaint 2010, de telle sorte qu'il ne peut être jugé que le père a méconnu l'exercice en commun de l'autorité parentale en passant outre le refus de l'autre parent* ». Il ajoute que « *l'incident relatif à la prescription de soins à cet enfant (le père s'était adressé à l'Imam, la mère a fait hospitaliser l'enfant) procède davantage d'une divergence d'appréciation culturelle des deux parents, mais illustre néanmoins le souci paternel d'apporter à l'enfant un soulagement qu'il pensait être efficace, même si de fait celui-ci ne l'était pas médicalement* ». Il refuse par suite d'accueillir la demande de la mère d'exercer seule l'autorité parentale sur la personne de ses trois enfants. Soulignons ici que si, dans une grande majorité des cas, il semble que ce soit le père qui soit à l'origine de la

¹²⁶² V. TGI Paris, 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.*, 1974.1.299, note P. BARBIER.

¹²⁶³ « *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ».

¹²⁶⁴ V. TGI Paris, 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.*, 1974, I, p. 299, note P. BARBIER, *RDSS*, 1975, p. 116, obs. P. RAYNAUD ; Cour Cass., C. Civ., 1^{ère} Ch., 26 janv. 1994, *D.* 1995. 226, note C. CHOAIN.

¹²⁶⁵ Pour une illustration, v. par ex. CA Versailles, 1^{er} janv. 2016, n°15/08970. En l'espèce, le père d'un jeune garçon avait assigné un médecin devant le TGI en réparation des préjudices causés par la réalisation sur l'enfant d'une posthémectomie sans avoir préalablement recueilli le consentement des deux parents soit en l'occurrence le sien, alors que la posthémectomie est considérée comme un acte usuel lorsqu'elle répond à une nécessité médicale.

¹²⁶⁶ CA Paris, 1^{re} Ch., 29 sept. 2000, n° XP290900X, note C. DUVERT, *D.* 2001, p. 1585, *RTD Civ.* 2001, p. 126 ; CA Lyon, 25 juillet 2007, *RTD Civ.*, 200, p. 99, obs. J. HAUSER ; C. Cass., C. Civ., 1^{re}, 26 janv. 1994, *D.*, 1995, Jur., p. 226, note C. CHOAIN.

¹²⁶⁷ P.-J. DELAGE, p. 69, citant J.-B. THIERRY, « La circoncision de l'enfant », *RJPF*, sept.-oct. 2012, p. 43, spéc., p. 45.

¹²⁶⁸ CA Lyon, 6 juin 2011, 10_05032.

décision impliquant une circoncision, il arrive que ce choix émane de la mère : ainsi, dans une décision de la Cour d'appel de Rennes datée du 30 novembre 2012, alors que la mère précise que « *l'intervention (a) été décidée d'un commun accord, la seule divergence ne concernant que le choix de l'établissement médical* », le juge estime *in fine* que l'accord du père n'a pas été recueilli et que l'acte pratiqué ne fait que renforcer l'idée selon laquelle il faut confier les enfants à ce dernier¹²⁶⁹.

Parfois, encore, le cas se révèle réellement complexe. Ainsi en est-il dans l'affaire qui mena à l'emblématique décision rendue par la Cour de cassation le 26 janvier 1994¹²⁷⁰. En l'espèce, la Haute juridiction judiciaire considère qu'une Cour d'appel a correctement justifié sa décision refusant tout droit de visite et d'hébergement à un père de nationalité algérienne à l'égard des enfants nés de ses relations avec une ressortissante française, en prenant en compte le fait que le père ait imposé aux enfants une circoncision dans des conditions menaçant leur équilibre, dans un contexte conduisant la mère à pouvoir craindre, non sans raisons, que l'exercice de ces droits ne soit pour le père l'occasion de soustraire les enfants à son autorité. En l'espèce, le père, de nationalité algérienne, donc, soutenait que la mère, française et « *catholique pratiquante* », avait donné « *son consentement tacite à la circoncision en acceptant de vivre avec un musulman dont elle ne pouvait ignorer les traditions* » ; ce à quoi la Cour d'appel de Rennes répond que la réciproque est vraie et que lui-même ne pouvait donc ignorer que la circoncision n'existe pas dans la religion catholique, rappelant au passage qu'en France la femme est l'égal de l'homme¹²⁷¹. Il importait donc en l'espèce que le père obtienne le consentement exprès de la mère, la circoncision rituelle ne pouvant par ailleurs être considérée comme un acte usuel permettant aux tiers de bonne foi de présumer l'accord de l'autre parent.

Il est toutefois intéressant de remarquer ici que cela ne semble plus valoir lorsque les deux parents sont de la même religion, l'accord des deux parents semblant alors présumé. Ainsi, dans un arrêt rendu le 4 mars 2004, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence affirme que « *(...) la circoncision de l'enfant (...) durant les vacances d'été (...) à l'initiative du père ne sont pas caractéristiques d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil, les deux époux étant de confession musulmane et l'appelante ne rapportant pas la preuve d'avoir préalablement fait part à son conjoint de son désaccord quant à la pratique de ce rite culturel* »¹²⁷².

Reste la délicate question du consentement du mineur. Une question, centrale, mais qui est en réalité rapidement évacuée, le choix de la religion d'un enfant étant essentiellement envisagé sous le prisme de l'autorité parentale. A ce sujet, les alinéas 1 et 2 de l'article 371-1 du Code civil disposent certes que cette dernière « *est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » et « *appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». L'autorité parentale revêt donc une fonction finalisée, les droits et devoirs des parents se déployant nécessairement dans l'intérêt de l'enfant, d'autant plus que l'article 371-1 al. 3 du Code civil prévoit l'association de l'enfant, selon son âge et

¹²⁶⁹ CA Rennes, 30 novembre 2012, 12_00258.

¹²⁷⁰ C. Cass., Civ. 1^e, 26 janvier 1994, n° 92-10.838 D. 1995, p. 226, obs. C. CHOAIN.

¹²⁷¹ CA Rennes, 23 janv. 1991, décision citée par C. CHOAIN, note sous Cass. civ. 1, 26 janvier 1994, D. 1995, jurisprudence p. 226. V. également CA Lyon, 2^e ch., 6 juin 2011, n° 10/05032.

¹²⁷² CA Aix-en-Provence, 4 mars 2004, Jurisdata n° 2004-238032.

son degré de maturité, aux décisions le concernant¹²⁷³. Néanmoins, force est de reconnaître que cette autorité continue, du moins dans le champ qui nous occupe, comme un droit de puissance et d'autorité que les parents détiennent sur les choix de leurs enfants, en l'occurrence ici en matière religieuse. Alors même, rappelons le, que la Convention internationale des droits de l'enfant, témoigne, notamment en son article 14 § 2, d'une très nette perte de substance de l'autorité parentale : les parents ont seulement le droit de « *guider* » leur enfant, notamment « *dans l'exercice du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* »¹²⁷⁴.

In fine, la plupart du temps cantonnée à la sphère familiale, la question de la circoncision ne parvient donc finalement devant le juge judiciaire que dans de rares cas de figure¹²⁷⁵.

*** La circoncision apparaît, en second lieu, dans des affaires de responsabilité, lorsqu'un préjudice est causé à l'enfant**¹²⁷⁶. Deux options peuvent alors être envisagées, visant à mettre en cause la responsabilité soit du médecin ayant procédé à la circoncision, soit de l'établissement hospitalier dans lequel cette dernière a eu lieu¹²⁷⁷.

La responsabilité engagée peut tout d'abord être celle du médecin, et en particulier celle du « médecin-mohel » (« circonciseur ») dans la religion juive – l'accès à cette fonction étant désormais laissée à l'entière discrétion des Israélites¹²⁷⁸. Ce dernier peut, d'une part, être coupable de ne pas s'être assuré du consentement des deux parents ; faute de quoi il « *agirait avec une légèreté blâmable* », sa responsabilité pouvant alors aisément être engagée¹²⁷⁹. L'action du médecin peut, d'autre part, être à l'origine d'un certain nombre de complications, dès lors qu'il est possible d'établir une faute entretenant une relation causale avec l'accident¹²⁸⁰. Une telle responsabilité est retenue depuis longtemps. Ainsi, dès 1900, un tribunal civil estimait qu'il convenait d'engager la responsabilité du chirurgien qui avait laissé un candidat à la fonction de mohel opérer d'un phimosis un non-juif, à condition que ce dernier fasse la preuve d'un préjudice clairement établi¹²⁸¹. De telles complications, qualifiées de « rarissimes » par la Cour de cassation¹²⁸², sont néanmoins possibles. Il arrive parfois, notamment, qu'une circoncision débouche sur une nécrose du gland. Ainsi, dans une décision de la Cour d'appel de Paris datée du 24 février 1992, les juges retiennent « *une faute d'imprudence et de négligence* » en ces termes : « *un médecin stomatologiste ayant, en qualité de « médecin-mohel », procédé à la circoncision d'un enfant, et étant revenu, après avoir remplacé le pansement initial le soir de la cérémonie à la demande des parents qui avaient*

¹²⁷³ L'art. 371-1 du Code civil dispose : « *Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

¹²⁷⁴ Selon l'article 14-2 CIDE, « *les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents de guider celui-ci (l'enfant) dans l'exercice du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités* ».

¹²⁷⁵ V. *infra*.

¹²⁷⁶ C. Cass., Civ. 1^e, 18 mai 1989, n° 87-19.600 ; C. Cass., Civ. 1^e, 6 déc. 1994, n° 92-17.767, D. 1995, obs. Penneau, somm. 27.

¹²⁷⁷ A ce sujet, v. O. BERG, « Circoncision et responsabilité du médecin », *Médecine et droit*, 2013, vol. 118, pp. 12-15, [en ligne](#) ; T.-X. GIRARDOT, « Régime de la responsabilité sans faute des établissements publics d'hospitalisation », *AJDA*, 1997, p. 959.

¹²⁷⁸ Autrefois, les articles 19 et 52 de l'Ordonnance du roi du 25 mai 1844 modifiée portant règlement pour l'organisation du culte israélite (disponible [en ligne](#)) réglementent l'accès à la fonction de mohel.

¹²⁷⁹ En ce sens, v. CA Paris, 1^{ère} Ch., 29 sept. 2000, D., 2001, p. 1585, note C. DUVERT.

¹²⁸⁰ A propos de la responsabilité d'un mohel, v. C. Cass., Civ. 1^{ère}, 18 mai 1989, 87-19.600.

¹²⁸¹ CA Bordeaux, 6 févr. 1900, DP 1900.2.470 (décision citée par C. CHOAIN).

¹²⁸² C. Cass., Civ. 1^e, 6 déc. 1994, 92-17.767.

constaté que la plaie saignait, examiner l'enfant trente-six heures après pour constater que le gland était nécrosé, c'est à juste titre que l'expert estime qu'en attendant plus de trente-six heures avant de revenir examiner l'enfant, le médecin a commis une faute d'imprudence et de négligence ayant permis la réalisation du dommage dont il lui est demandé réparation, l'expert ayant relevé dans son rapport que même si elle a été appliquée de façon lâche, la bande de gaze de cellulose posée par le médecin, imbibée par le sang, a pu se durcir et agir comme un anneau de striction autour du gland »¹²⁸³. De même, dans une décision du 6 décembre 1994, la Cour de cassation s'attarde sur un cas de nécrose puis de perte du gland subi par un enfant de 8 jours. En l'espèce, le médecin-mohel a commis une faute grave, dans la mesure où il a dissuadé les parents de l'enfant de le conduire rapidement à l'hôpital alors même qu'il avait déclaré une hémorragie. Il est vrai qu'en l'espèce, le mohel, qui avait par ailleurs promis aux parents de revenir dès le lendemain, n'est revenu voir l'enfant que plus de 36 heures après ; or, « l'ischémie avait à ce moment-là déjà entraîné une nécrose irréversible ». Le mohel a donc commis « une faute ayant permis la réalisation du dommage »¹²⁸⁴.

La responsabilité qui peut être engagée peut ensuite être celle de l'établissement hospitalier dans lequel a eu lieu la circoncision. La jurisprudence relative à cette question est extrêmement pauvre. Le Conseil d'Etat a néanmoins eu l'occasion de rendre une emblématique décision sur cette question, en 1997, dans son célèbre arrêt *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, une conception très extensive de l'acte de soins¹²⁸⁵, et dans la continuité de la jurisprudence *Bianchi*¹²⁸⁶.

En l'espèce, dix-sept ans plus tôt, le 9 avril 1980, le jeune Djamel Mehratz, alors âgé de cinq ans, était hospitalisé, sur les conseils du médecin de famille, à l'hôpital Joseph Imbert d'Arles, afin de subir une circoncision rituelle décidée par ses deux parents. L'opération, classique, est réalisée sous anesthésie générale ; mais, au cours de l'intervention, l'enfant connaît un arrêt cardiaque, puis sombre dans un profond coma, qui durera un an et conduira tragiquement à son décès.

Après un non-lieu rendu par la juridiction pénale, la mère de l'enfant s'adresse au tribunal administratif de Marseille et lui demande de condamner l'hôpital Joseph Imbert d'Arles à réparer le préjudice subi par son enfant et par elle-même. Le 25 avril 1991 – soit donc onze ans après le décès de son enfant -, celui-ci reconnaît la responsabilité de l'établissement hospitalier, sur la base d'une faute présumée. L'hôpital ayant fait appel, la Cour administrative d'appel de Lyon, tout en infirmant la décision du Tribunal administratif pour erreur de procédure, s'aventure parallèlement sur le fond, et retient également la responsabilité de l'hôpital, cette fois néanmoins sur le fondement d'une

¹²⁸³ CA Paris, 12 février 1992, D. 1993. 27.

¹²⁸⁴ C. Cass., Civ. 1^e, 6 déc. 1994, 92-17.767, préc. Comme le souligne C. CHOAIN, « cette décision esquivait la question soulevée par l'assureur de la qualification de la circoncision en acte médical ou non, excluant cette faute de la garantie seulement par l'objet de la police d'assurance souscrite en l'espèce où le médecin, stomatologue, n'avait pas déclaré ses fonctions parallèles de « mohel » » (art. préc.).

¹²⁸⁵ CE, 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, req. n° 153686, concl. V. PECRESSE, RFDA, 1998, p. 410 ; AJDA, 1997, pp. 959-962, arrêt p. 1016, chron. T.-X. GIRARDOT, F. RAYNAUD ; LPA, 9 janv. 1998, n° 4, pp. 16-24, note P.-A. LECOCQ ; LPA, 28 janv. 1998, n° 12, pp. 20-26, note S. ALLOITEAU. V. A. DE LAJARTRE, « La responsabilité sans faute de l'hôpital pour anesthésie générale [Conseil d'Etat, 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*] », *Revue juridique de l'Ouest*, 1998, vol. 2, pp. 163-180, [en ligne](#).

¹²⁸⁶ CE Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*. Cet arrêt consacrait le régime de la responsabilité pour risque par un considérant désormais célèbre, subordonnant toutefois l'engagement de la responsabilité sans faute de l'hôpital à la réunion de cinq conditions strictes, en ces termes : « Considérant (...) que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité ; ».

responsabilité pour risque, en application de l'arrêt *Bianchi*, rendu quelques mois plus tôt. L'hôpital ayant décidé de se pourvoir en cassation, le Conseil d'Etat est amené à se prononcer sur le champ d'application de la responsabilité pour risque ouverte par l'arrêt *Bianchi*, dans le cadre en l'espèce d'une circoncision pratiquée sous anesthésie générale.

Dans son arrêt du 3 novembre 1997, le Conseil d'Etat commence par indiquer qu'aucune faute ne peut être imputée au service hospitalier, tout en ajoutant que le mécanisme de la présomption de faute ne saurait s'appliquer en l'espèce. Pour le reste, le Conseil d'Etat affirme que la Cour administrative d'appel de Lyon n'a pas commis d'erreur de droit en recourant dans cette affaire à la jurisprudence *Bianchi*. La Haute juridiction administrative, qui reprend quasiment mot pour mot le considérant de l'arrêt *Bianchi* (on notera simplement la substitution du terme « patient » au terme « malade »)¹²⁸⁷, estime en l'espèce « *que le risque inhérent aux anesthésies générales et les conséquences de cet acte pratiqué sur l'enfant (...) répondaient aux conditions susmentionnées* », la Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit. La responsabilité sans faute, fondée sur le risque, est donc étendue aux accidents anesthésiques « *exceptionnellement graves* »¹²⁸⁸. Dit autrement, l'enfant n'est pas décédé de la circoncision en elle-même – un acte chirurgical par ailleurs bénin –, mais de la réalisation d'un risque – connu mais exceptionnel – inhérent à toute anesthésie générale, en l'occurrence un accident cardiaque.

Mais l'apport de cet arrêt ne s'arrête pas là : le juge en précise en effet les fondements. L'hôpital arguait en effet en l'espèce du fait que l'acte réalisé était une circoncision décidée pour des motifs strictement religieux. Or, le Conseil d'Etat s'écarte largement de cette interprétation, en affirmant que « *la Cour (administrative d'appel) n'a pas commis d'erreur de droit alors même que l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique* »¹²⁸⁹. Ainsi, comme le souligne Arnaud de Lajartre, le Conseil d'Etat rappelle « *de manière tacite que l'hôpital gère un service public, lequel est soumis, comme tout service public, à un certain nombre de principes dont celui, majeur, d'égalité des usagers. A ce titre, les patients, quels que soient les motifs expliquant leur hospitalisation, doivent être traités de manière identique, qu'il s'agisse des soins que le personnel leur apporte ou de la responsabilité qu'ils sont susceptibles de revendiquer* »¹²⁹⁰.

Cet arrêt a été commenté et analysé sous de multiples aspects. L'un d'eux a toutefois été occulté : celui de l'invisibilisation du caractère rituel de l'acte pratiqué. Nous sommes en effet, dans l'affaire Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, face à un acte non nécessaire, et à caractère religieux. Nul mot à ce sujet, ni dans les conclusions de la Commissaire du Gouvernement, Valérie Péresse, ni dans le texte de l'arrêt. Nul mot non plus au sujet des conséquences potentielles d'une circoncision, qui est à plusieurs reprises qualifiée d'acte « anodin » ou « bénin ». Le jeune Djamel Mehrasz a bien été opéré pour une raison

¹²⁸⁷ « *Considérant que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient (c'est ici que l'on note une différence avec l'arrêt *Bianchi*, le terme retenu en 1993 étant ici celui de « malade » ; l'objectif étant ici de ne pas exclure du régime les femmes enceintes ou les patients subissant une intervention chirurgicale de convenance comme une circoncision, ce qui était le cas en l'espèce) présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité* ».

¹²⁸⁸ V. conclusions sous l'arrêt *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, RFDA, 1998, pp. 90 s.

¹²⁸⁹ CAA Lyon, 20 sept. 1993, n° 91LY00720.

¹²⁹⁰ A. DE LAJARTRE, art. préc., p. 165.

strictement religieuse ; il n'était pas « malade », médicalement parlant¹²⁹¹. Cette particularité n'empêche toutefois pas le Conseil d'Etat de faire application de la jurisprudence *Bianchi* : bien qu'opéré pour des « convenances personnelles », il représentait un patient comme les autres, ce qui justifiait un traitement identique au titre de l'égalité des usagers devant le service public.

Et pourtant, une question se posait réellement : celle de savoir si une personne opérée au sein d'un hôpital public pour convenance personnelle devait être traitée de la même manière qu'un patient hospitalisé pour des raisons nécessaires. Mme Péresse s'interroge certes – brièvement – sur l'opportunité d'appliquer à ce cas particulier la jurisprudence *Bianchi*, dès lors que l'opération en question n'est pas exigée par des raisons physiologiques mais religieuses¹²⁹². Mais sa réponse – et elle sera suivie par le Conseil d'Etat – est sans appel : aucune différence ne doit être établie entre ces deux catégories de patients et, partant, entre les deux régimes de responsabilité qui en découleraient. Et ce pour une raison : la circoncision « *a un objet licite* » ; par conséquent, l'hôpital est tenu « à une obligation de prestation médicale », peu importe que l'acte soit nécessaire ou qu'il obéisse à une convenance personnelle¹²⁹³. Nul mot donc au sujet de la posture à adopter au sujet d'un acte certes devenu médical, mais initialement purement religieux¹²⁹⁴. Or, la décision du Conseil d'Etat est claire à ce sujet : l'enfant opéré pour une circoncision rituelle au sein d'un hôpital ne se trouve pas dans une situation objectivement différente de celle d'un autre patient, hospitalisé pour des motifs impérieux. L'égalité de tous devant le service public impose que son éventuel préjudice soit également réparé.

Pour le reste, le Conseil d'Etat n'évoque pratiquement pas la circoncision rituelle en tant que telle¹²⁹⁵, mis à part dans son rapport de 2004 portant sur la laïcité¹²⁹⁶. Dans ce document, la plus haute juridiction administrative indique que la circoncision rituelle constitue une « pratique religieuse admise ». Les quelques lignes qui lui sont consacrées peuvent laisser l'observateur assez perplexe. Que convient-il en effet d'entendre par l'expression « pratique religieuse admise » ? Admise par qui ? Admise selon quels critères ? Admise dans quel cadre ? Le Conseil d'Etat ne répond absolument pas à ces questions. Se contentant d'indiquer que « la circoncision est très largement médicalisée, c'est-à-dire effectuée par des médecins et le plus souvent en milieu hospitalier », il ne questionne absolument pas la nature de cet acte rituel, pourtant très souvent pratiqué au sein d'un service public, en l'occurrence du service public hospitalier.

¹²⁹¹ Là résidait d'ailleurs l'argument principal développé par la défense de l'hôpital Joseph-Imbert d'Arles.

¹²⁹² Dans le même sens, v. P. BON, sous CAA Lyon, 20 sept. 1993, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, RFDA*, 1994, p. 99. V. également, de manière plus nette, J. BONNEAU, note sous CAA Lyon, 20 sept. 1993, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, Gaz. Pal.*, 29 sept. 1994, p. 671. J. BONNEAU s'interroge alors sur la circoncision, comme « acte religieux » ou comme « acte médical ». Rappelant que la circoncision bénéficie d'une tolérance d'ordre coutumier, il explique par ailleurs que de très nombreux parents choisissent de faire réaliser cette opération au sein des hôpitaux, pour des raisons d'hygiène et de prise en charge de la douleur. Il souligne néanmoins que si cet acte devient bel et bien médical dès lors que les portes de l'hôpital sont franchies, il n'en demeure pas moins religieux de part les motivations qui le fondent.

¹²⁹³ « *Il ne nous semble pas qu'il y ait lieu, dans la mesure où une intervention chirurgicale a un objet licite, d'effectuer une distinction selon le mobile recherché par la personne qui la subit, l'hôpital étant tenu à une obligation de prestation médicale envers elle et devant, par conséquent, voir sa responsabilité engagée en cas d'accident dans les conditions de droit commun* » (conclusions sous l'arrêt de 1997, préc.).

¹²⁹⁴ Comme le souligne Arnaud DE LAJARTRE, on peut supposer que l'objectif soit ici implicitement d'éviter que les parents fassent faire pratiquer une circoncision dans un cadre privé nettement moins sûr en termes d'hygiène. Par ailleurs, rien n'empêche les parents qui le souhaitent d'obtenir d'un médecin que la circoncision soit prescrite pour des motifs officiellement médicaux (A. DE LAJARTRE, art. préc., p. 175).

¹²⁹⁵ V. CE Sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, préc.

¹²⁹⁶ CE, *Un siècle de laïcité*, Rapport public, *La Doc. française*, 2004, préc., spéc. pp. 331-332.

Que le Conseil d'Etat ne s'aventure pas sur le terrain des contours de la circoncision rituelle est une chose – ce n'est d'ailleurs certainement pas son rôle. Mais cela ne signifie pas pour autant que son discours est neutre. Ainsi, dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Joseph-Imbert d'Arles*, Mme Valérie Pécresse, alors Commissaire au gouvernement, retenait « l'intérêt sanitaire et médical de la circoncision, qualifiée d'"acte chirurgical bénin" visant avant tout "un motif d'hygiène publique" »¹²⁹⁷. *Mais quid du principe de laïcité ou du principe de neutralité ? Mme Pécresse n'emploie jamais ce mot dans ses conclusions, se contentant d'évoquer en demi-teinte la nature religieuse de la question qui se présente à elle, qu'elle évacue d'ailleurs rapidement, en ayant recours à des arguments aujourd'hui mis en doute, à savoir les thèses hygiéniques de l'acte : « S'agissant du cas a priori plus banal d'une circoncision, les spécialistes soulignent que celle-ci peut être pratiquée pour des mobiles religieux certes, mais également, indépendamment de toute considération confessionnelle, pour des motifs d'hygiène – ce qui est fréquemment le cas dans les pays anglo-saxons -, voire pour des motifs d'ordre strictement médical. Et il nous paraîtrait particulièrement hasardeux d'avoir à faire, dans l'application de Bianchi, le tri au cas d'espèce, pour une même opération, selon les mobiles véritables du patient. D'autant plus qu'il serait toujours loisible à certaines familles d'obtenir de leur médecin traitant – convaincu que les nécessités de l'hygiène publique rendent préférable que l'intervention se déroule dans le cadre privilégié d'un hôpital – une prescription de circoncision médicale »*¹²⁹⁸.

Quoi qu'il en soit, lorsque la circoncision a eu lieu au sein d'un établissement hospitalier public, comme cela est souvent le cas, se pose, plus largement, la question du regard que le juge porte sur les limites de l'activité des médecins. La question n'est pas ici de s'intéresser aux « accommodements raisonnables » que peuvent connaître les établissements publics hospitaliers, permettant ainsi une liberté de culte entendue largement, mais d'interroger la conformité d'un acte religieux pratiqué par un agent d'un service public, soumis à un devoir de neutralité. Sauf à considérer que la circoncision représente une intervention qui revêt avant tout, du moins officiellement, une caractérisation médicale (posthectomie), diverses questions apparaissent : *Jusqu'à quel point l'institution hospitalière doit-elle satisfaire des requêtes de nature religieuse ? Les médecins sont-ils encore dans leur rôle lorsqu'ils procèdent à l'ablation d'un prépuce pour des motifs strictement religieux ? Quelle est la ligne de démarcation, au sein de l'hôpital, entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas ?* Les questions sont bel et bien là. Ce n'est pas parce qu'une pratique fait partie de prescriptions religieuses que la loi, et plus généralement le droit, doivent s'interdire de l'interroger. C'est précisément ce à quoi s'attache le principe de laïcité. Et pourtant, dans le guide de l'Observatoire de la laïcité des établissements publics de santé¹²⁹⁹, la circoncision n'est nullement mentionnée – ce qui ne constitue qu'un témoin supplémentaire soulignant la gêne évidente que suscite cette question¹³⁰⁰.

¹²⁹⁷ M.-J. THIEL, « La circoncision, un débat impossible ? », *Esprit*, n° 1, 2014, pp. 83-100.

¹²⁹⁸ V. Pécresse, conclusions sous l'arrêt *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, préc., p. 90.

¹²⁹⁹ Observatoire de la laïcité, *Laïcité et gestion du fait religieux dans les établissements publics de santé*, 23 février 2016.

¹³⁰⁰ Il est tout de même procédé au rappel de l'article L. 1111-4 alinéa 6 du Code de la santé publique (« Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale mentionnée à l'article L. 1110-5-1 et les directives anticipées ou, à défaut, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou, à défaut la famille ou les proches, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical ») et de l'article 223-6 du Code pénal, relatifs au consentement du mineur ou du majeur sous tutelle (« Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de

2- Un juge qui prend parfois ses distances

Malgré tout, de manière très ponctuelle certes, le juge manifeste parfois sinon son désaccord du moins sa critique vis-à-vis de la pratique. Il arrive ainsi – très rarement – qu'il qualifie la circoncision rituelle d'acte grave, autrement dit d'acte non usuel de l'autorité parentale, ce qui lui permet de poser le cadre de l'accomplissement de ce rite religieux¹³⁰¹. Ainsi, la Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt de 2005, considère que « *la circoncision n'étant pas un acte usuel, au sens de l'article 372-2 du Code civil, mais un acte important et unique dans la vie de l'enfant, l'accord des deux parents est nécessaire* »¹³⁰², ce qui implique au père de requérir le consentement de la mère¹³⁰³. La carence de l'un des parents en ce domaine peut ainsi entraîner la suppression de son droit d'hébergement voire de son droit de visite¹³⁰⁴. Il arrive également, mais à de très rares occasions, que le juge refuse de valider la circoncision. Ainsi, dans une ordonnance datée du 14 avril 2002, le Tribunal de grande instance de Laval, se fondant sur l'article 34 CIDE, qui fait obligation aux Etats parties de protéger l'enfant contre toutes les formes de violence sexuelle, statue suite à la demande d'un père de faire circoncire, pour des raisons religieuses, son enfant de six ans confié à l'Aide sociale à l'enfance, la mère ayant quant à elle donné son autorisation. Les juges considèrent alors que « *la circoncision pratiquée comme un rite religieux porte volontairement atteinte à l'intégrité physique d'un enfant et constitue manifestement une forme de violence sexuelle* », ajoutant que « *(l'enfant), âgé seulement de six ans, n'est pas en mesure, en raison de son âge, de donner un quelconque consentement à cet acte chirurgical qui provoquera des conséquences physiques irréremédiables ainsi que, selon plusieurs spécialistes, des difficultés dans sa vie sexuelle future (image du corps, apprentissage de la sexualité, etc. (...))* » et « *qu'il convient donc de nous opposer intégralement à la requête de M. X.* »¹³⁰⁵. Cette ordonnance est, sans nul doute, l'une des premières, et l'une des rares – la seule ? - à interdire la circoncision religieuse alors que les parents de l'enfant y sont tous deux favorables. Il convient néanmoins de préciser, en l'occurrence, que ce n'était pas le désaccord des parents qui était à l'origine de l'intervention du juge des enfants, mais le fait que l'enfant ait été confié aux services de l'Aide sociale à l'enfance. Une décision isolée, donc, et complexe, mais qui pourrait à certains égards être confrontée à la décision rendue en 2012 par le Tribunal d'instance allemand de Cologne¹³⁰⁶.

Quoi qu'il en soit, pour le juge, la tâche est ardue : comment juger de l'intérêt de l'enfant à être circoncis (ou baptisé, d'ailleurs), alors qu'aucun critère religieux n'est censé intervenir dans sa décision ? Comment trancher des questions de société

la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. (...) »).

¹³⁰¹ V. également CA Poitiers, 11 mai 2011 ; CA Rennes, 23 janvier 1991 ; CA Lyon, 31 mai 2011.

¹³⁰² CA Rennes, 4 avril 2005, Jurisdata n° 2005-292420 (souligné par nous). V. également CA Paris, 29 sept. 2000, D., 2001, p. 1585, note C. Duvert.

¹³⁰³ V. CA Paris, 13 sept. 2000, Jurisdata n° 2000-125029 ; CA Rennes, 4 avril 2005, préc. ; CA Orléans, 14 mars 2006, Jurisdata n° 2006-310764.

¹³⁰⁴ V. C. Cass., 1^{ère} Civ., 26 janvier 1994, 92-10.838 (« *attendu (...) que la cour d'appel a souverainement énoncé que M. X. avait imposé aux jeunes enfants la circoncision dans des conditions menaçant leur équilibre (...)* ») (on précisera ici que les enfants, âgés de 4 et 5 ans, avaient été emmenés par leur père, qu'ils n'avaient pas vu depuis 3 ans, de la crèche directement à l'hôpital, où ils ont été circoncis « à la sauvette », leur mère ayant par la suite été appelée par la gendarmerie pour venir les récupérer, choqués et amoindris par l'intervention, particulièrement traumatisante, qu'ils venaient de subir). V. également CA Poitiers, 21 nov. 2000, Jurisdata n° 2000-146397.

¹³⁰⁵ TGI Laval, 16 avril 2002, *AJ fam.*, 2002, p. 222.

¹³⁰⁶ V. *infra* p. 436-438.

redoutablement délicates¹³⁰⁷ ? Est-ce le rôle du juge ? Objectivement, l'inscription de la circoncision rituelle dans le débat judiciaire surprend : les juridictions, laïques, vont avoir à connaître d'un acte qui est strictement religieux. Certes, la circoncision n'apparaît pas comme une pratique unique et isolée, comme en atteste un autre exemple, fréquent, lié aux demandes de changement de prénom¹³⁰⁸. La difficulté, ici, est que cette pratique, en entrant dans la sphère judiciaire, reçoit « *une forme de légitimation judiciaire* »¹³⁰⁹. D'« *acte hors du droit* », la circoncision devient un « *acte dans le droit* » ... et devient, par la même occasion, « *alégale* »¹³¹⁰ : autrement dit, elle n'est pas pénalement appréhendée mais elle est simplement admise.

§ 2 – Une tolérance multifactorielle

Les arguments justifiant la tolérance dont fait preuve le droit français, jamais explicités, ne peuvent répondre qu'à des suppositions et à des pistes de réflexion.

On peut, tout d'abord, se rapporter à la circoncision de manière générale, et donc pas seulement aux circoncisions rituelles. L'un des principaux arguments souvent invoqué, ou plus exactement sous-jacent, est que l'intérêt sanitaire et médical réputé s'attacher à cette pratique justifie une atteinte, alors considérée comme minime, à l'intégrité physique du jeune garçon. Ainsi, comme nous l'avons vu, Valérie Pécresse, alors Commissaire du gouvernement, qualifiait ainsi en 1997 la circoncision d'« *acte chirurgical bénin* » visant avant tout « *un motif d'hygiène publique* »¹³¹¹ – un argument pourtant sérieusement discuté par une partie de la communauté scientifique¹³¹².

Un autre élément d'explication peut résider dans le fait qu'il existe, implicitement, dans le droit positif, une « norme sociale de tolérance » qui s'explique par le libéralisme. Cette tolérance implique en quelque sorte que l'on ne juge pas nécessaire d'interdire un comportement qui semble correspondre aux standards normatifs de notre société libérale. En effet, le libéralisme se caractérise bien par une distinction entre sphère publique et sphère privée, laquelle est protégée contre toute action arbitraire des autorités législatives, administratives et judiciaires. En réalité, on retrouvera alors deux questions, distinctes et successives : d'une part, comment décider quels sont les comportements qui méritent d'être punis ou prévenus par les moyens de la coercition étatique ? D'autre part, la déviation par rapport aux valeurs fondamentales de la société justifie-t-elle à elle seule une telle coercition ?¹³¹³

Un autre motif renvoie à un tout autre sujet, qui mériterait également que l'on s'y attarde. La circoncision incarnerait un tabou lié à la virilité, qui s'expliquerait par des stéréotypes de genre, et qui reposerait implicitement sur un mythe : celui de la virilité. Alors que l'excision serait précisément une atteinte explicite et sans conteste possible à la féminité, la circoncision constituerait en quelque sorte un moyen permettant de

¹³⁰⁷ V. N. KLEIN, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, Les études hospitalières ; I. LEVY, *Menaces religieuses sur l'hôpital*, Presses de la Renaissance, 2011.

¹³⁰⁸ A ce sujet, v. V. FORTIER, *Justice, religions et croyances*, pp. 98-103.

¹³⁰⁹ V. Fortier, in *La religion dans les établissements...*, op. cit., p. 238.

¹³¹⁰ X. Delgrange, H. Lerouxel, in *La religion hors la loi*, p. 158.

¹³¹¹ V. ses conclusions sous l'arrêt *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, RFDA*, 1998, pp. 90 s., *supra* p. 429 et s.

¹³¹² V. *supra*.

¹³¹³ En ce sens, v. l'ouvrage *La religion hors la loi*, introduction, pp. 9-10.

renforcer la virilité – laquelle ne doit toutefois pas être confondue avec la masculinité, mais il s’agit toutefois là d’une question éminemment complexe.

Le facteur explicatif qui revient le plus souvent renvoie néanmoins incontestablement à une idée essentielle : celle qui laisse supposer que le législateur et le juge redoutent, s’ils venaient à encadrer et *a fortiori* à interdire la pratique de la circoncision, les réactions des deux grands monothéismes que sont l’islam et le judaïsme. L’acceptation généralisée de cette pratique au sein de ces deux grandes religions fait ainsi figure d’obstacle absolu – de quoi mettre à mal, toutefois, le principe de laïcité. Pour ne citer qu’un exemple, si l’on compare le traitement réservé à la circoncision à celui réservé à la fessée, *a fortiori depuis* la loi du 10 juillet 2019 relative à l’interdiction des violences éducatives ordinaires¹³¹⁴, on observe une réelle distorsion, qui ne saurait s’expliquer que par la très grande réticence du juge à trancher des litiges à coloration religieuse.

Cela dit, une autre interprétation apparaît toutefois parfois. L’argument est alors que notre droit tolère la circoncision non pas parce que nous craignons les réactions des grandes religions, mais parce qu’il s’agit d’une pratique qui fait partie de notre culture idéologique. Comme le souligne Pierre-Jérôme Delage, nous sommes là face à un « *conflit de cultures* » : « *quand bien même elle est une atteinte à l’intégrité de l’enfant, si la circoncision rituelle est, dans les sociétés occidentales, relativement bien acceptée, c’est parce que cette pratique emprunte à un fond idéologique traditionnel qui est le leur ; rien de tel, à l’inverse, avec l’excision : si celle-ci est l’objet de notre réprobation, c’est bien-sûr en raison de sa gravité incomparable par rapport à la circoncision ; mais c’est, aussi, parce qu’elle puise dans des traditions, dans des rites qui, sur le plan culturel, nous sont totalement étrangers* »¹³¹⁵. La circoncision ferait donc partie, d’une manière ou d’une autre, de notre tradition judéo-chrétienne¹³¹⁶. C’est ainsi qu’elle est parfois présentée comme le reflet d’un affrontement plus fondamental, entre, d’un côté, les partisans, universalistes, de l’autodétermination de l’individu, qui tentent d’interdire la pratique et, de l’autre, les partisans d’un discours « relativiste », soucieux d’un certain pluralisme culturel et favorables sinon à une reconnaissance officielle de la pratique du moins à un *statu quo*¹³¹⁷.

Toujours est-il qu’aujourd’hui, le droit pénal accepte, tolère les exceptions culturelles, entendues comme « *(la) revendication d’une différence de traitement au nom de considérations présentées comme « culturelles » ou relevant de l’identité des personnes* »¹³¹⁸. Comme le souligne Cyrille Duvert, l’exception culturelle est en effet tantôt refoulée (soit par les juges, soit par la loi pénale), tantôt ménagée (soit par la loi, soit par la pratique). Or, si l’on se trouve dans le cas d’une exception refoulée par les juges dans le cas de l’excision, celle-ci est (largement) ménagée par la pratique dans le

¹³¹⁴ Loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l’interdiction des violences éducatives ordinaires.

¹³¹⁵ P.-J. DELAGE, art. préc., p. 73. Sensiblement dans le même sens, mais en Belgique, Evelyne LANGENAKEN écrivait, en 2003, que « la raison essentielle de la tolérance du droit pénal à l’égard de la circoncision tient (...) dans la *valeur coutumière* de cette pratique ». Selon elle, la circoncision rituelle « ne choque pas les valeurs protégées par le droit pénal », c’est donc le fait qu’elle soit pratiquée « sur nos continents depuis des temps immémoriaux qui justifierait cette tolérance » (« A propos de l’intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires », *Rev. Droit pénal*, 2003, vol. 4, p. 483).

¹³¹⁶ En ce sens, v. P. BOINOT, « Sectes religieuses et droit pénal », *Rev. Sc. Crim.*, 1983, pp. 409 s., spéc. p. 417 ; L. KOMPROST, *Les responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, 1957, pp. 565 s.

¹³¹⁷ Ainsi, René Libchaber estime que les excès des universalistes conduisent à « *compromettre toute vie sociale* » et à *ne plus se soucier de « la société, de son homogénéité, de son délicat vivre-ensemble* » (art. préc.).

¹³¹⁸ C. Duvert, art. préc.

cas de la circoncision, ce qui explique qu'il y ait très peu de jurisprudence en la matière¹³¹⁹.

Quoi qu'il en soit, comme nous l'avons vu, c'est bien d'une tolérance dont il est question en France, et non d'une acceptation explicite. On est loin, par exemple, du remboursement, même partiel, par la Caisse d'assurance maladie, de la circoncision des jeunes garçons pratiquée pour des motifs religieux, comme l'avait demandé Mme Valérie Boyer, alors députée des Bouches-du-Rhône, par le biais d'une [question écrite](#) posée en 2008. Une éventualité toutefois très rapidement écartée par Mme Roselyne Bachelot, alors Ministre de la santé. Reste qu'un chirurgien « compréhensif » pourra toujours contourner l'obstacle en prescrivant une opération pour phimosis, un acte quant à lui remboursé par les Caisses d'assurance maladie... Quoi qu'il en soit, le droit français continue de se caractériser par une « *ignorance volontaire* » qui « *permet en outre d'éviter de s'interroger sur le respect du principe de la neutralité de l'Etat* »¹³²⁰. Mais cette approche est loin d'être partagée par tous les ordres juridiques.

Section II- Le traitement juridique de la circoncision : une question aux réponses multiples

Il s'agira ici de convoquer les apports du droit comparé (§ 1), pour ensuite s'interroger sur les options possibles en droit français (§ 2).

§ 1- Les apports du droit comparé

Lorsque l'on regarde ailleurs, on observe que d'autres voies sont envisageables et ont pu être empruntées. Il peut alors être question d'autoriser (A), d'encadrer (B) ou d'interdire (C) la circoncision.

A- La voie du « oui » : autoriser la circoncision

Certains ordres juridiques autorisent explicitement, en premier lieu, la circoncision. On retrouve dans certains pays une forte acceptation sociale concernant cette pratique. Ainsi en est-il en Turquie, où elle est qualifiée de symbole culturel, ou au Canada, pays garantissant très largement la liberté de religion¹³²¹. On relèvera toutefois la médicalisation (au moins dans les textes) des conditions de son accomplissement.

B- La voie du « oui mais » : encadrer la circoncision

Il peut ensuite être question d'encadrer, de réglementer la pratique de la circoncision, soit *a minima*, en imposant des conditions sanitaires strictes – une personne spécialement formée, un environnement sanitaire irréprochable, une prise en charge efficace et suffisante de la douleur occasionnée par l'acte, notamment lorsque celui-ci est réalisé en dehors du cadre hospitalier ; soit *a maxima*, en ne l'interdisant pas

¹³¹⁹ V. P.-J. DELAGE, art. préc., p. 69. V. également R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Arch. Pol. Crim.*, 2014, n° 36, p. 9, spéc. p. 19.

¹³²⁰ L.-L. CHRISTIANS et al., art. préc., p. 176.

¹³²¹ Au Canada, à défaut de contentieux suffisamment pertinent sur la question, la circoncision est examinée sous l'angle de ses possibles analogies avec notamment les solutions données dans des affaires liées aux témoins de Jéhovah.

mais en instaurant un âge minimum avant lequel le consentement n'est pas envisageable.

C'est ainsi que certains pays se sont dotés d'une législation spécifique (1). On pourra alors remarquer un encadrement très variable, *a minima* ou *a maxima* (2).

1. Des voies différentes

Outre ici l'audace du droit allemand (a), on pourra citer d'autres exemples, issus d'Europe du Nord (b), avant d'évoquer les incertitudes du droit suisse (c).

a- Les audaces du droit allemand

Alors que la circoncision apparaîtrait, jusqu'à présent du moins, comme une non question en droit français, elle a fait couler beaucoup d'encre en Allemagne. C'est d'ailleurs grâce aux récents aléas du droit allemand – qui ont fait succéder à un épisode jurisprudentiel une suite législative – que les réflexions à ce sujet ont quelque peu progressé.

Revenons en premier lieu sur l'épisode jurisprudentiel. La circoncision d'un enfant pour des motifs religieux (« *rituelle Beschneidung* ») est constitutive d'une blessure corporelle passible de condamnation. Telle est la position défendue par le Tribunal de grande instance (*Landgericht*) de Cologne dans un jugement rendu le 7 mai 2012¹³²². Ambitionnant de combler un vide juridique qui permettait jusqu'alors de tolérer cette pratique à des fins non médicales, la juridiction allemande a ainsi provoqué de très vives réactions dans tout le pays, non seulement de la part des organisations religieuses mais également du gouvernement allemand. L'occasion pour les uns d'invoquer la liberté religieuse – des musulmans, en particulier –, le moment, pour les autres, de défendre becs et ongles l'intérêt de l'enfant ; le tout sur fond de débat lié aux modalités de l'intégration des ressortissants étrangers, pour l'essentiel turcs. Une question ô combien sensible, au sein de laquelle s'affrontent religions, médecine et droits de l'enfant.

L'affaire à l'origine de la polémique remonte au mois de novembre 2010. A l'époque, à Cologne, un médecin circonçoit un garçon de 4 ans, fils de parents de nationalité turque et de confession musulmane. L'enfant, souffrant de saignements abondants, est hospitalisé dans un autre établissement, puis dûment soigné. L'hôpital au sein duquel les plaies du jeune enfant sont cautérisées se retourne ensuite contre le médecin qui a pratiqué l'intervention. Il est alors reproché au praticien d'avoir attenté à l'intégrité physique du jeune enfant au moyen d'un outil dangereux, en l'occurrence d'un scalpel¹³²³. Relaxé en premier lieu par le Tribunal d'instance (*Amtsgericht*) de Cologne le 21 septembre 2011, le médecin vit ensuite son cas examiné en appel, sur demande du Parquet. Suivant le juge de première instance, le *Landgericht* de Cologne considère que

¹³²² Tribunal de grande instance (*Landgericht*), Köln, 7 mai 2012, [Wa. 151 Ns 169/11](#) (en allemand). A ce sujet, v., avec des regards très divers, C. FERCOT, « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 juillet 2012 [MA] le 20 juillet 2012] ; C. GROSSHOLZ, « La circoncision infantile en cause. À propos de la décision du tribunal de Cologne du 7 mai 2012 », *Revue française de droit administratif*, 2012, n° 5 ; R. LIBCHABER, art. préc. ; J. ROCHE-DAHAN, art. préc. ; J.-B. THIERRY, « La circoncision de l'enfant », *RJPF*, 1^{er} sept. 2012, n° 9-10. Pour une traduction du jugement, v. R. M. KIESOW, « Le jugement du tribunal de grande instance de Cologne de 2012 », in *Grief. Revue sur les mondes du droit*, 2014, n° 1, Dalloz, éd. EHESS, pp. 50-53 (disponible en ligne). V. également S. LE BARS, « Pourquoi le débat sur la circoncision qui a agité l'Allemagne ne s'est pas propagé en France », *Le Monde*, 16-17 sept. 2012.

¹³²³ V. art. 223 al. 1 et art. 224 al. 1 n° 2 du Code pénal allemand.

le médecin incriminé n'a commis aucune faute médicale ni enfreint la loi, et pour cause : il n'existe en Allemagne aucune loi interdisant spécifiquement ce geste. Le médecin fut ainsi relaxé, le tribunal ayant considéré qu'il avait commis une erreur de droit invincible – i. e. qu'il pouvait légitimement croire que la circoncision rituelle était autorisée quant à l'état de la législation allemande.

Mais, loin de s'arrêter là, les juges développent une argumentation extrêmement critique à l'égard des circoncisions rituelles. Leur point de départ est énoncé en des termes très clairs : il n'existe, en Europe, aucune nécessité de procéder à des circoncisions à titre préventif, c'est-à-dire pour des raisons autres que médicales. Le raisonnement des juges est ensuite exposé avec la plus grande limpidité : le droit naturel des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendent, y compris selon des préceptes religieux, est certes garanti par l'article 6 al. 2 de la Loi fondamentale. Il ne bénéficie toutefois en aucun cas d'une priorité absolue sur les droits de l'enfant, qu'il s'agisse du droit au libre épanouissement de sa personnalité (« *Grundrecht auf Selbstbestimmung* », art. 2 al. 1 LF) ou du droit à la préservation de son intégrité physique (« *Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit* », art. 2 al. 2 ph. 1 LF).

Droit des parents *versus* droits de l'enfant. Quelle que soit la solution issue d'une mise en balance des deux intérêts en présence, un principe de proportionnalité doit ici être strictement respecté, soulignent les juges de Cologne. Or, en matière de circoncision rituelle, la violation de l'intégrité physique du jeune enfant, quand bien même elle s'avérerait nécessaire, se révèle « disproportionnée » (« *unangemessen* ») au regard de l'objectif poursuivi par les parents. Cela ressort non seulement des dispositions constitutionnelles précitées, mais également de l'article 1631 al. 2 ph. 1 du Code civil allemand, en vertu duquel « les enfants ont droit à une éducation excluant toute violence ». En effet, l'atteinte – irréversible – portée à l'intégrité physique du jeune garçon l'empêche définitivement de pouvoir décider ultérieurement et de manière à la fois autonome et consentante de la conviction religieuse qu'il souhaite faire sienne. A l'inverse, il n'est porté aucune « atteinte déraisonnable » au droit des parents à l'éducation de leurs enfants, dès lors qu'il leur est simplement demandé de reporter leur décision en attendant que leur enfant ait acquis la maturité nécessaire.

Pour parvenir à une telle conclusion, les juges allemands reprennent – pour en prendre le contrepied – le concept d'« adéquation sociale » (« *Sozialadäquanz* »), inspiré des travaux de Holm Putzke¹³²⁴ et développé dans le champ pénal par Thomas Exner¹³²⁵. Selon cet auteur, certains faits peuvent être pénalement répréhensibles, tout en étant « socialement adéquats », c'est-à-dire « socialement acceptés » – reste à savoir s'ils sont « socialement acceptables » ... –, dès lors qu'ils sont « socialement discrets, couramment approuvés et historiquement usuels » (« *sozial unauffällig, allgemein gebilligt und geschichtlich üblich* »). Punissables, ces comportements mériteraient alors d'être tolérés, au seul motif qu'ils sont fortement ancrés dans une société donnée. Or, les juges de

¹³²⁴ V. H. PUTZKE, « [Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben](#). Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge », in *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar*, Tübingen, 2008, pp. 669–709 ; *id.*, « Rechtliche Grenzen Der Zirkumzision Bei Minderjährigen », *MedR Medizinrecht* 26.5 (2008), pp. 268 s. ; *id.*, « Recht Und Ritual – Ein Grosses Urteil Einer Kleinen Strafkammer », *Medizinrecht* 30.10 (2012), pp. 621-25 ; *id.*, « Sozialadäquanz Im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung », *Medizinrecht* 30.3 (2012), pp. 229-30 ; *id.*, « Das Beschneidungsgesetz (§ 1631d BGB) », *Monatsschrift Kinderheilkunde* 161.10 (2013), pp. 950-951.

¹³²⁵ V. T. EXNER, [Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung](#), Dunckler und Humblot, Schriften zum Strafrecht, vol. 216, 2011.

Cologne rappellent l'étendue de leur rôle : il ne s'agit en aucun cas d'approuver les yeux fermés ce qui est « accepté » par la société, même depuis des millénaires, mais de dire ce qui est conforme ou non au droit, en prenant le risque, précisément, que cela déplaie à la société. Partant, tout en reconnaissant qu'il s'agit là d'une question juridique incertaine, et surtout très diversement appréciée dans la doctrine, les juges de Cologne défendent une solution très tranchée : l'intérêt de l'enfant prime sur le libre choix des parents, et celui-ci empêche que soit pratiqué sur son jeune corps une mutilation corporelle irrémédiable.

Cette décision avait créé une vive émotion dans un pays qui compte environ quatre millions de musulmans et plus de deux cent mille juifs. Alors que plusieurs organisations, telles que la Fédération des chirurgiens pour enfants, la Chambre des médecins allemands ou la Société allemande pour la chirurgie de l'enfant ont tout de suite fait connaître leur volonté de déconseiller cette opération à leurs adhérents, elle a très rapidement été décrite par le Conseil central des juifs d'Allemagne (*Zentralrat der Juden in Deutschland, ZJD*) comme une « intrusion dramatique et sans précédent dans le droit à l'autodétermination des communautés religieuses », et a déclenché l'ire des organisations religieuses, tant musulmanes que juives. Ces dernières se sont en effet insurgées contre une décision qui, selon le Conseil de coordination des musulmans en Allemagne (*Koordinierungsrat der Muslime in Deutschland, KRM*), « criminalise » des coutumes islamiques et juives millénaires. Et, à une époque où l'expression « *Kulturkampf* » (« choc des cultures ») fait florès dans les médias allemands, le Ministre des affaires étrangères, Guido Westerwelle, avait alors reconnu que les juges de Cologne avaient provoqué « de l'irritation » sur la scène internationale, rappelant, le 28 juin 2012, que l'Allemagne demeure « un pays ouvert au monde et tolérant dans lequel la liberté religieuse est bien ancrée et où les traditions comme la circoncision sont considérées comme une expression du pluralisme religieux ». Des associations de défense de l'enfance et de pédiatres étaient aussi montées au créneau pour s'opposer à la circoncision non justifiée médicalement. La diplomatie allemande avait évoqué un « désastre » pour l'image du pays à l'étranger, et la chancelière Angela Merkel avait alors tenu des propos extrêmement véhéments : « Je ne veux pas que l'Allemagne soit le seul pays du monde où les juifs ne peuvent pas *pratiquer* leur religion. Sinon, on passerait pour une nation de guignols ».

Mais cette décision jurisprudentielle a très vite été contrecarrée. Le législateur allemand a en effet décidé, plutôt que de la prohiber, d'offrir un cadre légal à la circoncision rituelle, ceci via une loi du 12 décembre 2012¹³²⁶. Le texte a été adopté par la Chambre basse du Parlement (*Bundestag*) avec 434 voix en sa faveur, 100 contre et 46 abstentions. Il prévoit que les parents puissent donner leur accord à la circoncision de leur garçon, si l'opération respecte un cadre médical professionnel. L'acte chirurgical pourra être réalisé par une personne formée et qualifiée, telle qu'un médecin, s'il se conforme à « un traitement adapté et effectif de la douleur ». Le texte reconnaît également le droit à une personne désignée par une communauté religieuse, comme un *mohel* juif, de procéder à ce type d'opération dans les six premiers mois suivant la naissance d'un enfant, si elle se conforme à ces conditions. Désormais, l'article 1631d al. 1 du Code civil allemand (*Bundesgesetzbuch*) dispose ainsi que « l'autorité parentale comprend aussi le droit de consentir à la circoncision médicalement non nécessaire de l'enfant de sexe masculin incapable de compréhension et de discernement quand celle-ci

¹³²⁶ Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, BGBl. I, 2012, Nr. 61.

doit être effectuée d'après les règles de l'art médical »¹³²⁷.

En définitive, l'Allemagne a préféré légaliser la circoncision des jeunes garçons en aménageant un fait justificatif, tout en affirmant spécifiquement le caractère infractionnel de l'excision : une solution qui a pu susciter un certain scepticisme¹³²⁸.

b- Les droits d'Europe du Nord

Mais ce choix n'est pas que celui du droit allemand. Ainsi, en Suède, la question a surgi en 1997, lorsque la Cour suprême suédoise a été amenée à se prononcer sur la question¹³²⁹. Dans cette affaire, un homme ayant exercé en Palestine en qualité de chirurgien orthopédiste, avait pratiqué sur des enfants, âgés de 1 à 6 ans, des circoncisions sans anesthésie. Les parents étant consentants, le principe était celui d'une non culpabilité. Néanmoins, la Cour suprême a débattu de la question : « *Si le principe devait être établi que seule la circoncision sous anesthésie est autorisée, elle ne pourrait alors être réalisée, dans la pratique, que par des personnels des services de santé. Ceci semble impliquer une atteinte aux traditions encore vivantes à ce jour des juifs et des musulmans* »¹³³⁰. En l'espèce, le consentement des parents primant, le médecin a donc été relaxé. Malgré tout, cette affaire a été le point de départ d'une réflexion sur le sujet, et un groupe de travail a été créé, rendant son rapport en 2000.

En 2001, en s'appuyant sur ce dernier, le Gouvernement a présenté au Parlement un projet de loi proposant une loi spéciale sur la circoncision¹³³¹. Parmi les dispositions prévues par la loi entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2001¹³³², on notera que la circoncision doit être accompagnée de « *l'anesthésie nécessaire* » (art. 4), qu'elle doit être effectuée uniquement par un médecin agréé ou par une personne titulaire d'une autorisation spéciale (art. 5 et 6), à condition que l'enfant ait moins de 2 mois (art. 5 et 6)¹³³³. Le sujet n'a pas pour autant été considéré comme clos : en 2001-2002, des propositions de loi ont suggéré d'interdire la circoncision ou de l'autoriser uniquement pour des garçons âgés de plus de 15 ans ; mais un ferme refus a été opposé à chaque fois par le Parlement. En 2006, un nouveau rapport du Gouvernement suédois a été transmis au Parlement, avec une inquiétude : dans certaines communautés, de jeunes garçons sont circoncis en dehors des services de santé. Par la suite, plusieurs propositions de loi ont cherché à interdire la circoncision, et à fixer une limite d'âge à 15 ans¹³³⁴. Elles ont néanmoins toutes été rejetées¹³³⁵, de 2006 à aujourd'hui¹³³⁶.

De même, le droit danois encadre la pratique de la circoncision. L'Autorité danoise de la Santé et du Médicament a publié une enquête en 2013¹³³⁷, ainsi que plusieurs

¹³²⁷ Souligné par nous.

¹³²⁸ V. R.-M. KIESOW, « Le jugement du tribunal de grande instance de Cologne de 2012 », *Grief. Revue sur les mondes du droit*, mai 2014, vol. 1.

¹³²⁹ *NJA*, 1997, p. 636.

¹³³⁰ Décision citée par V. FORTIER, in *La circoncision rituelle. Enjeux et réalités*, op. cit., p. 154.

¹³³¹ Prop. 2000/01 :81.

¹³³² Sw. Lag (2001 :499) om omskärrelse. V. le texte traduit in V. FORTIER (dir.), *La circoncision rituelle. Enjeux et réalités*, op. cit.

¹³³³ Le projet de loi a toutefois été modifié ultérieurement. A ce sujet, v. V. FORTIER, *La circoncision rituelle. Enjeux et réalités*, op. cit., p. 155.

¹³³⁴ Mot. 2006/07 :So336, So365, 2007/08 :So 221, So344.

¹³³⁵ Bet. 2006/07 :SoU1, 2007/08 :SoU14.

¹³³⁶ Pour plus d'infos, v. V. FORTIER, *La circoncision rituelle. Enjeux et réalités*, op. cit., p. 156.

¹³³⁷ Omskaering af drenge, nota taf Sundhedsstyrelsen, Copenhagen, 2013.

recommandations en 2005¹³³⁸. Selon la loi danoise, toute circoncision, considérée comme un acte chirurgical, doit nécessairement être réalisée par un médecin agréé, même si sa seule présence peut suffire. Pour les garçons âgés de moins de 15 ans, les adultes responsables de l'enfant doivent avoir fourni un consentement éclairé ; si l'enfant a 15 ans ou plus, il doit avoir donné lui-même un consentement éclairé. L'anesthésie est indispensable, et doit concerner le temps de l'intervention à proprement parler, ainsi que les suites de celle-ci. Il est par ailleurs intéressant de remarquer que la circoncision pour des motifs autres que médicaux ne peut être pratiquée dans des centres de santé publique, mais uniquement dans des cliniques privées.

De même, encore, en Norvège, le Parlement a adopté, en juin 2014, une loi à propos de la circoncision des jeunes garçons¹³³⁹. Ce texte, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, n'interdit pas la circoncision mais prévoit qu'elle doit être pratiquée par un médecin agréé, ou en présence d'un médecin, qui endosse toute responsabilité (§ 5). Par ailleurs, les circoncisions devront être réalisées dans des centres de santé publique, le personnel médical souhaitant opposer une objection de conscience étant autorisé à le faire (§ 4). Une anesthésie doit par ailleurs être nécessairement prévue (§ 6). Par ailleurs, si les enfants sont considérés comme étant assez matures, ils doivent nécessairement être informés de la portée de l'intervention (§ 7). Dans tous les cas, aucune circoncision ne saurait intervenir contre la volonté de l'enfant (§ 8).

c-Les incertitudes du droit suisse

Après la décision de Cologne, et après qu'un médecin a été condamné, en mars 2017, à Genève, après une circoncision mutilante (le gland de l'enfant avait été complètement sectionné avant d'être réimplanté dans l'urgence), la Suisse a également connu un débat sur la tension entre la liberté de religion, garantie à l'article 15 de la Constitution fédérale, et le droit pour l'enfant à la protection de son intégrité physique, protégé à l'article 10 al. 2 du même texte. Une chose est certaine : en Suisse, le débat allemand a fait tâche d'huile¹³⁴⁰. L'Hôpital des enfants de Zurich a refusé durant trois semaines toute circoncision rituelle, avant de finalement lever le moratoire le 12 août 2012, annonçant que, selon le Ministère public du canton, une plainte à l'encontre d'un médecin était peu probable.

Récemment, le Code pénal suisse s'est enrichi d'un article 124, réprimant la mutilation d'organes génitaux féminins¹³⁴¹. Mais, à l'occasion de la discussion relative à ce texte, les Chambres fédérales ont expressément renoncé à assimiler la circoncision à l'excision. De son côté, l'association « Pro Kinderrechte Schweiz » défend depuis 2015 l'interdiction de la circoncision avec une campagne dont le slogan n'est autre que « *Mon corps m'appartient !* » (« *Mein Körper gehört mir !* »)¹³⁴² et qui vise à débanaliser un acte jusqu'ici peu discuté. Une interpellation sur le sujet a également été déposée au Conseil

¹³³⁸ Vejledning nr 9267 af 23 maj 2005 om omskaering af drenge.

¹³³⁹ Lovevedtak 72 (2013-2014).

¹³⁴⁰ V. « [La circoncision des garçons fait débat](#) », *humanrights.ch*, 4 sept. 2017.

¹³⁴¹ « 1. Celui qui aura mutilé des organes génitaux féminins, aura compromis gravement et durablement leur fonction naturelle ou leur aura porté toute autre atteinte sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. 2. Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet la mutilation à l'étranger est punissable. L'art. 7, al. 4 et 5, est applicable ».

¹³⁴² Site internet : <http://www.pro-kinderrechte.ch/fr/campagne/>. On peut lire en haut de page : « *Genitalbeschneidung schädigt auch Knaben* ».

national par la députée Jacqueline Fehr (PS/ZH) en septembre 2012¹³⁴³. Le Conseil fédéral l'a classée en novembre de la même année, précisant que, « *lorsqu'il a adopté le nouvel article 124 du Code pénal réprimant la mutilation d'organes génitaux féminins, le Parlement n'a pas souhaité étendre son champ d'application à la circoncision. Le Conseil fédéral ne voit pas de raison de revenir sur cette décision* ». Le législateur suisse ne s'est donc pas encore vraiment penché sur la question de la circoncision, et n'a pas encore décidé si oui ou non les conséquences sanitaires et psychiques de l'opération revêtaient une importance telle qu'il devait intervenir¹³⁴⁴.

2- Un encadrement *a minima* ou *a maxima*

On peut donc observer que l'encadrement de la circoncision, notamment rituelle, peut être prévu *a minima*, en prévoyant des conditions sanitaires strictes. Le droit impose alors que le geste soit réalisé par une personne spécialement formée, dans un environnement sanitaire irréprochable, et dans le souci de traiter la douleur occasionnée par l'acte.

Mais l'encadrement envisagé peut également s'envisager, ensuite, *a maxima*. Il s'agit alors, par exemple, non pas d'interdire la circoncision, mais d'instaurer un âge minimum avant lequel le consentement n'est pas envisageable. Comme le souligne Christine Choain, « *finalement ne pourrait-on pas estimer que ce geste irréversible ne « guide » pas l'enfant dans le choix d'une religion (comme le souhaite l'article 14 al. 2 CIDE), mais qu'il lui impose pour la vie entière une connotation physique d'ordre religieux ? Ne vaudrait-il pas mieux, dans tous les cas, qu'il en décide à sa majorité ?* ». Et l'auteure d'ajouter : « *Il peut paraître simplement souhaitable que par osmose de tolérances les juifs et les musulmans se sensibilisent à l'éthique du respect de l'intégrité physique telle qu'elle (est consacrée) par (...) l'article 16-3 du Code civil (...). Ils concevraient alors que la circoncision ne puisse être que le fait de leur enfant devenu majeur. Certes le consentement d'une personne capable ne suffit pas à justifier une mutilation. Mais, si celle-ci établit un besoin psychique irrépressible de prendre telle apparence, on pourrait alors estimer que l'opération a une « nécessité thérapeutique » et qu'elle se trouve ainsi justifiée par l'autorisation de la loi* ». Rappelons à ce propos une ancienne préconisation du doyen Carbonnier : celle d'accorder une majorité religieuse à l'enfant avant qu'il ne devienne pleinement capable¹³⁴⁵. Ainsi, l'enfant pourrait recevoir une cérémonie purement symbolique au huitième jour après sa naissance et décider s'il accepte d'être circoncis une fois en âge de comprendre la portée du geste. Par exemple, une autre pratique *prend actuellement de l'ampleur, chez les juifs, en lieu et place de la brit milah classique : une cérémonie religieuse, rituelle, dite « brit shalom », « au cours de laquelle la communauté réserve un accueil chaleureux au nouveau-né, sans couteau ni bistouri* »¹³⁴⁶. *Et telle*

¹³⁴³ [Opérations génitales à caractère rituel \(circoncision\) ou esthétique et droit de l'enfant à son intégrité physique](#), interpellation 12.3920 déposée par Jacqueline Fehr (PS/ZH), 28 septembre 2012.

¹³⁴⁴ M. SCHWANDER, « [Knabenbeschneidung - eine Erörterung aus rechtlicher Sicht](#) », avril 2014 (en allemand, pdf, 38 p.)

¹³⁴⁵ J. CARBONNIER, note sous TGI Versailles, 24 septembre 1962, *D.* 1963, II, 52. Dans le même sens, v. C. DUVERT, *Sectes et droit*, Thèse, Paris, 1999, p. 121-123 (l'auteur préconise l'âge de 15 ans) et, plus récemment, F. ROME, « *Noli me tangere ? Jawohl !!!* », *D.* 2012, p. 1665 (« *la voie la plus simple paraît être de ne tolérer la circoncision que lorsque l'enfant a un libre arbitre suffisant pour exprimer un consentement lucide* »).

¹³⁴⁶ P.-J. DELAGE, art. préc. V. également dans ce même sens la principale recommandation du Comité consultatif de bioéthique de Belgique dans son avis (préc.) n° 70 du 8 mai 2017 relatif aux aspects éthiques de la circoncision non médicale ([en ligne](#)) : « *Le Comité propose, à l'unanimité, de réfléchir à surmonter les controverses en encourageant l'évolution des pratiques vers la seule symbolique, de sorte que les rites continuent à se réaliser, mais sans inscription dans la chair de l'enfant. Ainsi, toutes les sensibilités religieuses seraient respectées sans qu'il soit porté atteinte à l'intégrité physique de quiconque* ».

serait bien, idéalement, la voie à suivre : une voie qui tendrait moins à l'interdiction, à l'élimination des pratiques, des traditions, qu'à leur évolution vers une dimension essentiellement symbolique »¹³⁴⁷. C'est certainement ce dernier point qui va droit là où le bât blesse. Peut-être est-ce plus volontiers le rôle du droit que de pousser quelque peu le réel vers son idéal – et non l'inverse ! – tout en préservant des zones qui ne le regardent pas.

Quoi qu'il en soit, « *l'encadrement d'une pratique vaut-elle reconnaissance de sa validité ? Sans doute pas mais il en complique assurément la critique...* »¹³⁴⁸.

C- La voie du « non » : interdire la circoncision¹³⁴⁹

Il est parfois question, en France, d'interdire la circoncision, sans pour autant qu'il soit nécessaire de créer une incrimination spécifique¹³⁵⁰ : outre le fait que l'article 222-1 du Code pénal existe déjà, cela conduirait nécessairement à élargir le débat à d'autres types d'actes. Dans tous les cas, l'établissement d'une norme juridique explicite ne résoudra pas toutes les difficultés d'application de la loi, et ne saura pas éliminer toutes les incertitudes juridiques¹³⁵¹.

Ainsi, le rapport Marlène Rupprecht¹³⁵² préconise une évolution en deux phases : en premier lieu, une période de transition, d'éducation (au cours de laquelle il s'agit notamment d'engager un dialogue avec les communautés religieuses) et, en second lieu, une phase d'interdiction.

La voie de l'interdiction nous sera peut-être indiquée par le droit européen et international. En effet, l'article 3 CEDH, qui appartient aux dispositions indérogables de la Convention et prime à ce titre sur toute autre considération – à condition toutefois que la pratique en question soit suffisamment grave pour être interdite¹³⁵³, prescrit les traitements inhumains et dégradants, lequel s'applique notamment aux châtiments corporels. De son côté, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) de 1989 commande que « *l'intérêt supérieur* » de l'enfant soit respecté (article 3). Les Etats parties doivent donc prendre toutes mesures de nature à « *protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales (...), y compris pendant qu'il est sous la garde de ses parents (...)* » (art. 19). Quant à l'article 24 de la Convention, il appelle à reconnaître « *le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation* », demandant aux Etats parties de « *(prendre) toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants* ». Cet article proscrit ainsi

¹³⁴⁷ Marie-Jo THIEL ne dit pas l'inverse : « *Ne faudrait-il pas inviter les communautés à manifester l'intégration de l'enfant par un geste avant tout spirituel, qui ne viole pas dans la douleur l'intégrité physique, que l'enfant par suite peut (ou non) reprendre à son compte (confirmation, Bar Mitzvah...) laissant ce marquage pour le moment où l'enfant devenu adulte (majeur) pourra y consentir et se l'approprier en connaissance de cause ?* » (art. préc.).

¹³⁴⁸ L.-L. CHRISTIANS et a., art. préc., p. 176.

¹³⁴⁹ V. N. BRICOD, *Une interdiction de la circoncision pour des raisons non médicales est-elle envisageable ? Qu'en est-il en Suisse ?*, Mémoire rédigé sous la direction de M. Philip JAFFE, présenté à l'Unité d'Enseignement et de Recherche en Droits de l'enfant de l'Institut Universitaire Kurt Bösch pour l'obtention du grade de Master of Arts Interdisciplinaire en droits de l'enfant, janvier 2014, [en ligne](#).

¹³⁵⁰ Certains auteurs proposent de créer une incrimination spécifique pour en faire un « délit culturel » (M.-C. FOBLETS, C. DUVERT).

¹³⁵¹ V. N. HILTBRUNNER, A. E. JOSS, « La circoncision d'un point de vue juridique », en langue allemande, juillet 2013, 24 p.

¹³⁵² X. DELGRANGE, H. LEROUXEL, art. préc., note n° 80. V. *infra*.

¹³⁵³ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A, n° 25, § 162.

des interventions sur le corps des enfants qui sont dénuées de finalité thérapeutique, et la CIDE a pu être interprétée en ce sens que les enfants mineurs doivent être impliqués dans les différentes décisions les concernant, surtout si celles-ci entraînent des conséquences définitives.

Surtout, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) s'est penchée, récemment, sur la question de la circoncision. Elle a toutefois procédé en deux temps : un pas pour avancer, deux pas pour reculer¹³⁵⁴.

Dans un premier temps, dans une Résolution 1952 du 1^{er} octobre 2013, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a semblé remettre en question l'évidence de la pratique de la circoncision. Plus précisément, le 1^{er} octobre 2013, elle décidait d'adopter simultanément une résolution (n° 1952) et une recommandation (n° 2023) tendant à classer la circoncision rituelle parmi « *les violations médicalement non justifiées de l'intégrité physique des enfants* ». Inscrite dans le cadre de la stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant 2012-2015 pour supprimer toutes les formes de violences à l'encontre des enfants, la Résolution adoptée par l'Assemblée traite l'ensemble des atteintes à l'intégrité physique faites aux enfants. Adoptée avec 78 voix pour, 13 contre et 15 abstentions, la Résolution ne traite pas que de la circoncision. Elle concerne également les mutilations génitales féminines, les interventions chirurgicales sur les enfants intersexués, les chirurgies esthétiques chez les mineur-e-s, ainsi que des tatouages et poses de piercings à des enfants. Le point 2 de la Résolution 1952 (2013), en date du 1^{er} octobre 2013, indique en effet que « *l'Assemblée parlementaire est particulièrement préoccupée par une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants, que les tenants de ces pratiques présentent souvent comme un bienfait pour les enfants, en dépit d'éléments présentant manifestement la preuve du contraire* », considérant par ailleurs ces pratiques de manière extrêmement large, et incluant « *notamment les mutilations génitales féminines, la circoncision de jeunes garçons pour des motifs religieux, les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués, et les piercings, les tatouages ou les opérations de chirurgie plastique* »¹³⁵⁵. Concernant la circoncision en particulier, « *l'Assemblée invite les États membres à définir clairement les conditions médicales, sanitaires et autres à respecter s'agissant des pratiques qui sont aujourd'hui largement répandues dans certaines communautés religieuses, telles que la circoncision médicalement non justifiée des jeunes garçons (...) et à adopter des dispositions juridiques spécifiques pour que certaines interventions et pratiques ne soient pas réalisées avant qu'un enfant soit en âge d'être consulté* ». Quoi qu'il en soit, elle conclut que « *les enfants ne sont pas des mini-êtres humains dotés de mini-droits* »¹³⁵⁶.

Néanmoins, à la suite des critiques suscitées par cette résolution¹³⁵⁷, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a immédiatement tempéré sa solution, paraissant alors en restreindre le contenu aux mutilations génitales féminines. Edulcoré suite aux pressions exercées par la Turquie, ce nouveau texte fait donc désormais preuve d'une

¹³⁵⁴ V. X. DELGRANGE, H. LEROUXEL, art. préc., pp. 174 s.

¹³⁵⁵ Souligné par nous.

¹³⁵⁶ Résolution 1952 (2013), « Le droit des enfants à l'intégrité physique », discussion par l'Assemblée le 1^{er} octobre 2013, 31^{ème} séance, Recomm. 2013 (2013) ; Rapp., Doc. 13297, 6 sept. 2013, rapporteuse Mme M. RUPPRECHT.

¹³⁵⁷ V., entre autres : *Le Monde*, « Circoncision religieuse : Israël condamne une résolution du Conseil de l'Europe », 4 octobre 2013 ; *Le Figaro*, « Israël dénonce le "racisme" du Conseil de l'Europe », 4 octobre 2013 ; *Le Point*, « Circoncision : les musulmans de France dénoncent une résolution européenne », 5 octobre 2013 ; *Le Parisien*, « L'Europe remet en cause la circoncision, juifs et musulmans s'indignent », 7 octobre 2013 ; *La Croix*, « Inquiétudes après une résolution du Conseil de l'Europe sur la circoncision », 22 octobre 2013.

grande prudence dans sa formulation, et prend soin de distinguer différentes « catégories de violations de l'intégrité physique des enfants », les « pratiques les plus préjudiciables » étant constituées par les mutilations génitales féminines. On doit donc en déduire que d'autres pratiques sont « moins préjudiciables », ce qui est sans doute le cas de la circoncision. De fait, la résolution invite les Etats à interdire l'excision et seulement à contrôler les pratiques de circoncision. Cette distinction, sans doute destinée à limiter les réactions hostiles, est cependant dépourvue de contenu juridique, dès lors que le régime juridique du droit à l'intégrité de la personne ne permet pas d'apprécier l'atteinte subie à travers l'intensité de ses effets. C'est l'existence même de la violence qui est prohibée et il n'existe donc pas de violences juridiquement acceptables¹³⁵⁸.

Pour le reste, à l'heure actuelle, l'Islande et le Danemark deviendront peut-être les premiers pays européens à interdire la circoncision à but non médical. En Islande, un projet de loi initié par Silja Dögg Gunnarsdóttir et déposé le 1^{er} février 2018 au parlement islandais par des députés issus de cinq partis politiques islandais (du Mouvement des verts et de gauche, le Parti progressiste, le Parti du peuple, et du Parti pirate) a relancé le débat sur la pratique de la circoncision. Il propose d'infliger une peine allant jusqu'à six ans de prison pour quiconque pratiquerait une circoncision avec un objectif autre que médical. Proposé par quatre partis du centre et de la gauche – représentant 46 % des 63 sièges du parlement islandais –, le texte vise à interdire la circoncision non-médicale chez les garçons avant l'âge de 18 ans. Il propose une peine d'emprisonnement maximale de six ans pour toute personne qui causerait des dommages au corps ou à la santé d'un enfant en « enlevant des organes sexuels en totalité ou en partie ». La circoncision y est présentée comme une atteinte aux droits de l'enfant puisqu'elle exposerait, selon le texte, à des infections et causerait des « douleurs considérables ». D'après le texte, la circoncision serait contraire à la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant. Il établit un parallèle avec la mutilation génitale des jeunes femmes, déjà interdite dans la plupart des pays européens. Le texte avance que les garçons qui souhaiteraient être circoncis pour des raisons culturelles ou religieuses devraient attendre d'atteindre « un âge auquel ils comprennent ce que cet acte implique » pour prendre une telle décision. Selon le texte, ce projet de loi entrerait dans la suite logique de l'interdiction des mutilations génitales des femmes, adoptée par l'Islande en 2005, arguant qu'il était temps que cette « atteinte aux parties génitales » soit aussi interdite chez les hommes.

Les critiques ne se sont pas fait attendre. Quelques jours plus tard, le 7 février 2018, le représentant permanent de la Conférence des rabbins européens auprès des institutions européennes, M. Albert Guigui, saisissait le Haut-commissariat des Nations-unies aux droits de l'Homme, exigeant une explication du gouvernement islandais. Précisons néanmoins que l'Islande, pays d'un peu plus de 340 000 habitants, compte une communauté juive et musulmane extrêmement restreinte. Le terme de « minorités religieuses » n'a jamais aussi bien porté son nom : moins de 1 500 musulmans adhèrent en effet aux deux associations islamiques islandaises, selon l'Institut statistique national, et environ 250 juifs vivaient sur l'île. Et d'après les données de la Direction de la Santé, « seule une vingtaine de circoncisions auraient été pratiquées depuis 2006 en Islande ». Si prise de position il y a un jour, elle serait donc avant tout hautement symbolique.

¹³⁵⁸ V. M.-L. COHEN, « Introduction », in M.-L. COHEN (dir.), *op. cit.*, p. 13.

§ 2- Les évolutions à entrevoir en France

En France, le contexte juridique actuel semble avoir bien changé, notamment à la lumière de plusieurs éléments déjà évoqués.

Il convient de citer en premier lieu l'ambiguïté du nouvel article 227-24-1 du Code pénal, issu de la loi du 5 août 2013¹³⁵⁹, qui peut laisser penser que le législateur a la volonté d'aller vers une répression de la pratique¹³⁶⁰. Cet article dispose en effet : « *Le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle est puni, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* », ajoutant qu'« *est puni des mêmes peines le fait d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée* »¹³⁶¹. Rien n'indique donc *a priori* que le texte se limite aux mutilations sexuelles subies par les jeunes filles. La loi de 2013 va en effet plus loin que l'article 38 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011, lequel est intitulé « *Mutilations génitales féminines* »¹³⁶². Il semble en effet, à la lecture des travaux préparatoires de la loi qu'il soit question « *(de ne pas) introduire de rupture d'égalité entre les mineurs* »¹³⁶³. Avec une certaine ambiguïté toutefois : le législateur n'a aucunement exprimé de manière explicite son intention d'interdire, ni même d'encadrer la circoncision, laquelle n'a même pas été mentionnée lors des discussions parlementaires : il ne peut donc s'agir ici que d'une interprétation littérale du texte. Quoi qu'il en soit, en rédigeant de manière très large le texte d'incrimination, le législateur a ouvert la voie à de possibles discussions et débats.

Quoi qu'il en soit, on peut imaginer que c'est « *pour ne pas introduire de rupture d'égalité entre les mineurs* »¹³⁶⁴ que le droit français incrimine désormais toute incitation à la réalisation d'une mutilation génitale chez un mineur. Le rapport discuté au Sénat¹³⁶⁵ est explicite : c'est bien volontairement que la porte a été laissée entrouverte. Le flou est donc bien présent ... un flou qui conforte peut-être, indirectement, la volonté du législateur, à moyen ou à long terme, sinon d'interdire du moins d'encadrer davantage la circoncision rituelle¹³⁶⁶. Avec une certaine ambiguïté toutefois : le législateur n'a

¹³⁵⁹ V. à ce propos M. BENILLOUCHE, art. préc.

¹³⁶⁰ V. notamment sur cet article : BENILLOUCHE M., « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution », *RDLF* 2014, chron. n° 06.

¹³⁶¹ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

¹³⁶² Quand la France transpose la Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes, elle prévoit une protection particulière pour les mineurs ; et là, il n'est pas précisé que cette mutilation ne concerne que les petites filles.

¹³⁶³ V. notamment le rapport n° 840 de Mme la députée Marietta KARAMANLI, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelle, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 736 rectifié) portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

¹³⁶⁴ V. Assemblée Nationale, Rapport, 13^{ème} législature, 17 mars 2013, n° 840, rédigé par Mme Marietta KARAMANLI, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelle, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 736 rectifié) portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, p. 150.

¹³⁶⁵ Rapport Sénat, session 2012-2013, n° 596, p. 170. V. les discussions à propos de l'article 16 relatif à l'incrimination d'incitation à la mutilation sexuelle sur mineur.

¹³⁶⁶ En ce sens, v. M. BENILLOUCHE, art. préc.

aucunement exprimé de manière explicite son intention d'interdire, ni même d'encadrer la circoncision, laquelle n'a même pas été mentionnée lors des discussions parlementaires : il ne peut donc s'agir ici que d'une interprétation littérale du texte. Quoiqu'il en soit, en rédigeant de manière très large le texte d'incrimination, le législateur a ouvert la voie à de possibles discussions et débats.

*

**

La circoncision demeure, comme le souligne Vincente Fortier, tout à la fois un acte « *hors la loi* » - une atteinte à l'intégrité physique sans nécessité médicale - et un acte « *hors du droit* » - à finalité exclusivement religieuse¹³⁶⁷. Elle demeure surtout « *une énigme pour le juriste en quête de certitude* »¹³⁶⁸. En attendant, deux objectifs semblent primordiaux. Le premier est de (re)nouer et de maintenir un dialogue sur cette question avec les représentants des deux grandes religions concernées. Le second consiste impérativement à clarifier le droit. Il importe en effet, au nom de la sécurité juridique, de trancher la question dans un sens ou dans l'autre, la « tolérance » dont fait preuve le droit positif ne pouvant qu'être source d'incertitude et d'instabilité.

¹³⁶⁷ V. FORTIER, in *La religion dans les établissements de santé*, op. cit., p. 237. V. également id., *La religion hors la loi*, op. cit.

¹³⁶⁸ V. FORTIER, (dir.), *La circoncision rituelle. Enjeux et réalité*, op. cit., p. 9.

BIBLIOGRAPHIE

PREMIERE PARTIE - LA LAÏCITÉ ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QU'INSTITUTION

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE GENERALISTE

OUVRAGES

- *Justice et laïcité*, Caen, Presses universitaires de Caen, 1998, 1 vol., 127 p.
- Amédéo (Jean-François), Bienvenu (Jean-Jacques), Broyelle (Camille), Foulquier (Norbert), Drago (Guillaume), Rolland (Patrice), *Le juge administratif et la séparation des Eglises et de l'Etat sous la IIIe République : un exemple des interactions entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Université Panthéon-Assas, Ecole doctorale Georges Vedel Droit public interne, science administrative et science politique, 2011.
- Anello (Giancarlo), *Tradizioni di giustizia e Stato di diritto. 1. Religioni, giurisdizione, pluralismo*, 2011, Napoli u.a., Edizioni scientifiche italiane, 287 p.
- Birden (Emre), Decaux (Emmanuel), Andriantsimbazovina (Joël), Teitgen-Colly (Catherine), Berger (Vincent), Costa (Jean-Paul), Kaboğlu (Ibrahim Ö), *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale : étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Université Panthéon-Assas. École doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé, 2014.
- E. Bribosia, I. Rorive, *L'accomodement de la diversité religieuse. Regards croisés Canada, Europe, Belgique*, Peter Lang, 2015, p. 171.
- Carbasse (Jean-Marie), Depambour-Tarride (Laurence), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, 343 p.
- Carver (Mary L), *Religious influence in Supreme Court decision making: a study of freedom of religion cases*, University of Missouri-St. Louis, 2009, Ann Arbor Mich. : ProQuest, 269 p.
- Demars-Sion (Véronique), Martinage (Renée), *Églises et justices*, Actes des Journées internationales annuelles de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays flamands, picards et wallons tenues à Saint-Riquier du 29 mai au 1er juin 2003, Société d'histoire du droit et des institutions des pays flamands, picards et wallons, 2003, 2005.
- Fenech (Georges), *Face aux sectes*, politique, justice, Etat, Paris, PUF, 1999.
- Fortier (Vincente), *Justice, religions et croyances*, Paris, CNRS éd., 2000, 191 p.
- Frégosi (Franck), Messner (Francis), *L'étranger en France, face et au regard du droit: les populations originaires de Turquie, la religion et le droit de la famille approche socio-juridique*, 1999, 111 p.
- Gonzalez (Gérard), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé le 18 novembre 2005, 2006, 266 p.
- Guyon (Gérard Daniel), *La justice en questions : recueil d'articles*, 2015, 431 p.
- Jacob (Robert), *La grâce des juges: l'institution judiciaire et le sacré en Occident*, 2014, 515 p.
- Koubi (Geneviève), Sueur (Jean-Jacques), *Justice et religions*, journées d'études des 1er et 2 décembre 2000, Centre d'études et de recherches sur les contentieux. La Garde, Var, Paris Budapest Torino, L'Harmattan, 2002, 360 p.
- Landheer-Cieslak (Christelle), *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, 2007, 717 p.
- Langeron (P.), *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986.
- Martini (Carlo Maria), Zagrebelsky (Gustavo), *La domanda di giustizia*, 2003, Torino, G. Einaudi, 73 p.
- Massis (Thierry), Pettiti (Christophe), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque du 11 décembre 2003, Institut des droits de l'homme du barreau de Paris Ordre des avocats, Paris, 2004, 183 p.
- McCrea, Ronan Blake-James, Isabelle, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne*, 2013, 354 p.
- Nabli (B.), sous la dir., *Laïcité de l'Etat et Etat de droit*, Paris, Dalloz, 2019, 242 p.
- O'Brien, F. William, *Justice Reed and the First amendment : the religion clauses*, 1958, 264 p.
- Philip-Gay (M.), *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2016, 288 p.
- Price (Melynda J), *At the cross : race, religion, and citizenship in the politics of the death penalty*, 2015, p. 220.
- Tawil (Emmanuel) et Haenel (Hubert), *Justice et religion : la laïcité à l'épreuve des faits*, 2016, Paris, Presses universitaires de France, 248 p.

- J.L. Thireau (dir.), *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, PUF, 1997, 298 p.
- Turner, Bertram Kirsch, Thomas G, *Permutations of order: religion and law as contested sovereignties*, 2009, 269 p.
- *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, i delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti, i delitti contro l'ordine pubblico*, Vol. 3,1., vol. 3.2, parte speciale, 2008, 2009, XXVIII-1206 p
- *Secret professionnel et la justice (Le)* : Tome 2 : 2e Table ronde : Les secrets professionnels face à la justice : Colloque organisé le 13 juin 2002 par l'Ordre des avocats à la Cour de Paris et l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.
- *Droit, liberté et foi* : actes du cycle de conférences proposé par le cardinal J.-M. Lustiger, Institut de formation continue du Barreau de Paris Ecole cathédrale. Paris, 1993, 196 p.
- SCHOUPPE (Jean-Pierre), *Les aspects collectifs et institutionnels de la liberté de religion dans la jurisprudence européenne de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2013, Paris II, thèse .
- McCrea, Ronan Blake-James, Isabelle, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne*, 2013.

ARTICLES

- «Laïcité », *Grand angle 2019, Le meilleur des revues Dalloz*, Paris, Dalloz, 2019, 335 p.
- Dossier « La laïcité », Justice et Cassation, *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2019, p. 5-95.
- Aflalo (Déborah), « La justice civile au refus de délivrance du get », *La Gazette du Palais*, 18/03/2009, 77-78, pp. 6-9.
- Autret (Caroline) ; Noize, Christophe ; Singer, Grégory, « Principe de laïcité et relations de travail », *Lexbase Hebdo - Edition Sociale*, 521, 28/03/2013
- Baker, Justice, « Family law and religion an English perspective », *Revue internationale de droit comparé*, 01/07/2014, 3, pp. 707-712
- Barthélemy (Jean), « La liberté de religion et le service public », *RFDA* 2003 p.1066
- Benillouche, Mikaël, « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution... », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 10/02/2014, 2014-6.
- Cartier, Marie-Élisabeth, « Le secret religieux », *Droit In-Situ*, 01/06/2003, DP0502, page(s) 0-0
- Castellane, Beatrice, « Justice et religion en arbitrage », *RIDC*, 01/07/2014, 3, pp. 733-736
- J. M. COULON, « La conscience du juge aujourd'hui », in Carbasse (Jean-Marie), Depambour-Tarride (Laurence), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 331-339.
- Curtit, Françoise ; Messner, Francis, « Droit des religions en France et en Europe : recueil de textes », 22/09/2008, 30, pp. 14-14
- Delgrange, Xavier ; El Berhoumi, Mathias, « Pour vivre ensemble, vivons dévisagés : le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belge et français », *RTDH*, 01/07/2014, 99, pp. 639-665
- Dervieux, Valérie, « Audience et laïcité », *La Gazette du Palais*, 18/09/2015, 261-262, pp. 6-10
- Dieu, Frédéric, « Demande de report d'audience et liberté de religion : la solution mal assurée de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 23/07/2012, 29, pp. 25-31
- Duchange, Grégoire, « La robe et le voile », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 04/05/2015, 18, pp. 870-871
- Duffar, Jean, « Religion et travail dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) et des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *RDP*, 01/05/1993, 3, pp. 695-718.
- Fongaro, Éric, « Le règlement "successions" et l'ordre public international », *Droit et Patrimoine*, 01/05/2014, 236, pp. 61-65.
- Fortier, Vincente, « Justice civile, religions et croyances », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 01/07/1998, 3, pp. 961-1007
- Fortier, Vincente, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2006/3, pp. 1145-1171
- Gaboriau, Simone, « Laïcité et Justice », in H. Pauliat, *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Presses universitaires de Limoges, 2006, p. 266, p. 113-126.
- Garapon, Antoine, « Peine fixe versus individualisation, analyse d'un clivage culturel », *Justices*, 01/01/1998, 9, pp. 137-150
- Garapon, Antoine ; Dufour, Olivia, « "Nous devons bâtir une stratégie de défense de notre droit", *LPA*, 30/04/2004, 87, pp. 3-7

- Gontier, Julien ; Icard, Julien ; Pansier, Frédéric-Jérôme, « Le juge entre libéralisme et légalisme: bilan d'un an d'actualité jurisprudentielle relative à l'association des témoins de Jéhova », *La Gazette du Palais*, 06/12/2002, 340, pp. 3-7
- Gonzalès, Gérard, « La liberté européenne de religion et le juge administratif français », *RFDA*, 01/10/1999, 5, pp. 995-1004
- Gonzalez, Gérard, « Le juge européen et les préjugés », *RTDH*, 01/01/2011, 85, pp. 199-217
- Jamin, Christophe ; Pillet, Gilles ; Harel, Alexandre ; et autres, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 30/04/2008, 18, pp. 20-26
- Geneviève Koubi, « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA* 6/2003 pp.1055-1061
- Krenc, Frédéric, *Journal de droit européen ex Journal des Tribunaux Droit européen (Larcier)*, 01/02/2011, 176, pp. 38-45, 176, pp. 38-45
- Lacabarats, Alain, « Le juge et la laïcité: le droit au respect des croyances », *Les Petites Affiches*, 03/10/1997, 119, pp. 4-9
- Léger, Jean-Marie, « La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances », *Légipresse*, 01/05/2005, 221, pp. 55-60.
- Madiot (Y.), « Le juge et la laïcité », *Pouvoirs*, n°75, 1995, p.5.
- Malaurie, Philippe, « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 22/09/2008, 39, pp. 25-27
- Markesinis, Basil, « Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets : occasions manquées et naissances pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais », *RTDC*, 01/01/2005, 1, pp. 47-72
- Marti, Gaëlle « Le refus de l'égalité entre les sexes, obstacle à l'acquisition de la nationalité française par mariage », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 31/03/2014, 13, pp. 37-40.
- Mezghani, Ali, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *Journal du droit international (Clunet)*, 01/07/2003, 3, pp. 721-765
- Monéger, Françoise, « Les musulmans devant le juge français », *Journal du droit international (Clunet)*, 01/04/1994, 2, pp. 345-376
- Montfort, Pascal, « La Convention Européenne des Droits de l'Homme, le fait religieux et la fonction publique », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 21/03/2005, 12, pp. 566-571
- Pauvert, Cyrille, « Droit et religion (s): genèse et devenir d'un rapport méconnu », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 01/07/1996, 3, pp. 737-783
- Poilleux, Sylvie ; Mathonnet, Paul, « La justice, la liberté d'expression et le respect des croyances, à propos de l'affaire de l'affiche du film Larry Flint », *Revue générale des procédures*, 01/04/1998, 2, pp. 185-196
- Poilleux, Sylvie ; Mathonnet, Pablo, « Liberté d'expression et respect des croyances », *L'Astrée*, 01/09/1997, 1, pp. 10-16
- Putman, Emmanuel, « Chacun est libre de taire sa religion », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, 01/05/2008, 5, pp. 17-17
- Raynouard, Arnaud ; Néron, Sylvain, « Chronique de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique n° 3 (1re partie) », 21/10/2008, *LPA*, 211, pp. 6-23.
- Sarehane, Fatna, « La répudiation, quels obstacles pour les marocains résidant en France ? (Exercice au Maroc et reconnaissance en France) », *RIDC*, 01/03/2006, 1, pp. 47-59.
- Vanneau (Victoria), « Dieu dans le prétoire », *Citrus*, n° 4, mai 2016.
- Villacèque, Jean, *La Gazette du Palais*, 24/06/2012, 176-178, page(s) 15-15.
- Zeghib, Hocine, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA*, 27/10/2008, 36, pp. 1997-2002
- numéro : « Le voile en procès, L'affaire du voile : regards croisés », *Droit et société*, 2008, n°68. V. notamment : Sociologie du droit
- Bazin, Éric, « La religion de l'enfant en droit de la famille », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, 01/10/2014, 10, page(s) 6-12
- GIP, *Lettre Recherche droit et justice*, 01/05/2003, N°15

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE RELATIVE LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE EN DROIT ITALIEN

- A. BERNARDI, « L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale », *Politica del diritto*, 2007.
- G. CASUSCELLI «*Il crocifisso nelle scuole : neutralità dello Stato e "regola della precauzione"*», www.olir.it.
- G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia. Dal diritto all'uguaglianza al diritto alla diversità*, Torino, Einaudi, 1983.
- A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, 2nd éd., Torino, Giappichelli, 2018.
- L. GATTA, « Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali », Stato, Chiese e pluralismo confessionale, *rivista telematica*, www.statoechiese.it, juin 2009.
- E. LA ROSA, « "Uso" ed "abuso" del simbolo religioso : profili di responsabilità penale », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, févr. 2008.
- A. LICASTRO, « A ognuno la sua croce », *Giustizia amministrativa, rivista telematica*, 2018
- C. PAUTI, « Crucifix dans les écoles : la CEDH condamne l'Italie », *AJDA*, 10/2010.

BIBLIOGRAPHIE RELATIVE LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE EN DROIT ALLEMAND

A PROPOS DU PRINCIPE DE NEUTRALITE ENTENDU DE MANIERE GENERALE

En langue française :

- LE GRAND Sylvie (éd.), *La laïcité en question : religion, Etat et société en France et en Allemagne du 18^{ème} siècle à nos jours*, Actes du colloque franco-allemand organisé les 29, 30 septembre et 1^{er} octobre 2004 par le Centre de recherches sur le monde germanique de l'Université Paris X – Nanterre, Presses universitaires Septentrion, Mondes Germaniques, 2008, 323 p.
- NIENTIEDT Klaus, « Les relations Eglises/Etat en Allemagne, une séparation "boiteuse" », *Etudes*, 2008, Tome 409, n° 11, pp 441-451, [en ligne](#)
- RAMBAUD Thierry, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé : analyse comparative des régimes français et allemand*, Thèse, Paris, LGDJ, 2004
- SCHMIDT Esther, *La liberté de religion du fonctionnaire en France et en Allemagne*, Mémoire sous la direction de M. Robert Hertzog, Master en administration publique, Ecole nationale d'administration (ENA), 2005
- ZIEGLER Janine, « Le principe de séparation de l'Eglise et de l'Etat en Allemagne et en France – Histoire et actualité », *Observatoire de la société britannique*, 2012, n° 13, pp.187-210 ([en ligne](#))

En langue allemande :

- ASCHE Josephine, *Die Margin of Appreciation : Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz*, Series: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 267, Berlin / Heidelberg, Springer, 2018
- CLASSEN Claus Dieter, *Religionsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015
- ___, *Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung*, Mohr Siebeck, Jus Publicum, Band 100, 2003
- CZERMAK Gerhard, *Religions- Und Weltanschauungsrecht*, Berlin / Heidelberg, Springer Berlin, 2008
- ___, « „Religions(verfassungs)recht“ oder „Staatskirchenrecht“ ? », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1999, p. 743 s.
- ___, « Religionsverfassungsrecht im Wandel – Überlegungen anlässlich eines neuen staatskirchenrechtlichen Lehrbuchs », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2000, p. 896 s.
- ___, « Das Religionsverfassungsrecht im Spiegel der Tatsachen – Kritische Hinweise zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit », *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2001, p. 565 s.
- EBNER Katharina et al., *Staat und Religion*, Mohr Siebeck, 2014
- FRITSCH Thomas, *Der Kulturbegriff im Religionsverfassungsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, Schriften zum öffentlichen Recht, Berlin, Band 1293, 2015
- HÄBERLE Lothar, HÄTTLER Johannes, *Islam – Säkularismus – Religionsrecht. Aspekte und Gefährdungen der Religionsfreiheit*, Berlin / Heidelberg, Springer, 2012
- HEINIG Hans Michael (dir.), *Die Verfassung der Religion. Beiträge zum Religionsverfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014

HEUN Werner, « Trennung, Neutralität oder Gleichheit ? Das Verhältnis von Staat und Religion und die Gleichheit der Religionen im Rechtsvergleich », in : HONECKER Martin (éd.), *Gleichheit der Religionen im Grundgesetz ?*, Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und Künste, Paderborn et al., pp. 50-67

HOLTERHUS TILL Patrik, Aghazadeh Nazli, « Die Grundzüge des Religionsverfassungsrechts », *Juristische Schulung (JuS)*, 2016, p. 19 s.

KORIOOTH Stefan, AUGSBERG Ino Augsburg, « Neue Religionskonflikte Und Staatliche Neutralität – Erfordern Weltanschauliche Und Religiöse Entwicklungen Antworten Des Staates ? », *JuristenZeitung (JZ)*, 2010, vol. 65, n° 17, pp. 828–834

—, « Abteilung Öffentliches Recht Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates ? », *JuristenZeitung (JZ)*, 2010, vol. 65, n° 17, pp. 828-834

MÜNCH R., *Die Kultur der Moderne : Ihre Entwicklung in Frankreich und Deutschland*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1993

PIEPER Ulrike, *Neutralität von Staaten*, Hochschulschrift (1996), Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht, Frankfurt-am-Main, Lang, 1997

POLKE Christian, *Öffentliche Religion in der Demokratie : Eine Untersuchung zur weltanschaulichen Neutralität des Staates*, Leipzig, Evang. Verl.-Anst, Öffentliche Theologie, vol. 24, 2009

RAUSCHER Anton, *Die Bedeutung der Religion für die Gesellschaft : Erfahrungen und Probleme in Deutschland und den USA*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011

SCHOLZ Bastian, *Die Kirchen und der Deutsche Nationalstaat*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 2016

SCHROEDER Wolfgang, NEUMANN Arijana, *Politik und Regieren in Hessen*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 2016

SCHULZE Winfried, « Die Säkularisation als Ende des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation », in : Peter BLICKLE (Hg.), *Die Säkularisation im Prozess der Säkularisierung Europas*, Epfendorf, Bibliotheca Academica Verlag, 2005, pp. 339-348

STEINBERG Rudolfg, *Kopftuch und Burka. Laizität, Toleranz und religiöse Homogenität in Deutschland und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos, 2015

VAN OUYEN Robert Christian, *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, 2^{ème} éd., 2017, SpringerLink

VAN OUYEN Robert Christian, CLEMENS Lorei, *Das Bundesverfassungsgericht und der „Kopftuch-Streit“*, Berliner Schriften zur Rechts- und Verfassungspolitologie, Verlag für Polizeiwissenschaft Ueberordnung, 2016

VON BEYME Klaus, *Religionsgemeinschaften, Zivilgesellschaft und Staat*, Wiesbaden, Springer Verlag, 2015

WALTER Christian, *Religionsverfassungsrecht : in vergleichender und internationaler Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006

WEBER Hermann, « Die Entwicklung des deutschen „Religionsverfassungsrechts“ nach der Wiedervereinigung, insbesondere in den neuen Bundesländern », *Landes-und Kommunalverwaltung (LKV)*, 2005, p. 350 s.

WITTINGER Michaela, *Christentum, Islam, Recht Und Menschenrechte : Spannungsfelder Und Lösungen.*, Wiesbaden, VS Verlag Für Sozialwissenschaften, 2014

WOLFGANG Elmar, BUSSE Walter, *Das Prinzip staatlicher Neutralität und die Freiheit der Religionsausübung : Eine Analyse der Rechtsprechung zum ethisch-religiösen Neutralitätsgebot*, Peter Lang AG, Europaeische Hochschulschriften / European University Studie, 2013

ZIPPELIUS Reinhold, *Staat und Kirche. Eine Geschichte von der Antike bis zur Gegenwart. Original-Ausgabe*, München, Beck, 1997

En langue anglaise :

DINGEMANS James, « The Need for a Principled Approach to Religious Freedoms », *Ecclesiastical Law Journal*, 1 2(3), pp. 371-378

FORTIN Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, 3^{ème} éd., Cambridge, 2009

JENNINGS Ian, SCHMIDT Thomas, WALLACE R. Jay, « Against state neutrality », Humboldt-Universität zu Berlin, Philosophische Fakultät, 2011

MUNRO Colin, « Religious Freedom in the Liberal State », *Ecclesiastical Law Journal*, 9.01 (2007), p. 132 s.

SANDBERG Russell, *Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011

TURNER Bryan S., *The Religious and the Political : A Comparative Sociology of Religion*, Cambridge, 2013

PAR COMPARAISON, A PROPOS DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE NEUTRALITE AU SEIN DU SERVICE PUBLIC DE L'EDUCATION

En langue française :

LE GOFF Aymeric, *La neutralité religieuse de l'Etat et l'école publique en France et en Allemagne*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2003

En langue allemande :

GANZ Sarah, *Das Tragen religiöser Symbole und Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland, Frankreich und England : Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der EMRK*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009

RATHKE Carola, *Öffentliches Schulwesen und religiöse Vielfalt : zugleich ein Beitrag zur Dogmatik von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 7 Abs. 1 GG und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 387 p.

A propos des décisions juridictionnelles relatives à la présence de crucifix dans les salles de classe

En langue française :

PUZA Richard, « La Cour constitutionnelle, la Bavière et le crucifix dans les écoles », *Revue de droit canonique (RDC)*, 1995, vol. 45, n° 2, pp. 373-379

___, « Après la décision de la cour constitutionnelle fédérale. La présence de crucifix dans les locaux scolaires : les crucifix dans les écoles de Bavière », *Revue de droit canonique (RDC)*, vol. 50, n° 1, pp. 25-28

SCHREINER Peter, « La religion à l'école en Allemagne. Débats actuels », trad. BRUAND Lucile, *Revue internationale d'éducation de Sèvres*, sept. 2004, n° 36, [en ligne](#)

En langue allemande :

CZERMAK Gerhard, « Das bayerische Kruzifix-Gesetz und die Entscheidung des BayVerfGH vom 1. 8. 1997. Religionsverfassungsrecht im Spannungsverhältnis von Bundesrecht, Landesrecht und Verfassungskultur », *Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, 1998, pp. 107-114

___, « Der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1995, pp. 3348-3353

DETTERBECK Steffen, « Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern ? Zur prozessualen Bedeutung der Kruzifix-Entscheidung vom 16.5.1995 und zur Deutung von § 31 Abs. 1 BVerfGG », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1996, n° 7, pp. 426-432

ESSER Sonja M., *Das Kreuz – Ein Symbol Kultureller Identität ? : Der Diskurs über das "Kruzifix-Urteil" aus Kulturwissenschaftlicher Perspektive*, Münster / München, Bonner kleine Reihe zur Alltagskultur, Buch 104, 1999

HECKEL Martin, « Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum "Kruzifix-Beschluss" des Bundesverfassungsgerichts », *Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl.)*, 1996, n° 9, pp. 453-482

HOLLERBACH Maier et al., *Das Kreuz im Widerspruch : der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in der Kontroverse*, Freiburg [u.a.], 1996

LINK Christoph, « Stat Crux ? Die Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1995, pp. 3353-3357

MERTEN Detlef, « Der « Kruzifix-Beschluss » des Bundesverfassungsgerichts aus grundrechtsdogmatischer Sicht », in : BURMEISTER Joachim, NIERHAUS Michael (éd.), *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 1997, pp. 987-1009

SACHS Michael, « Abweichung vom Kruzifix-Beschluss, BVerfG, Beschluss vom 27.10.1997, – 1 BvR 1604/97 u.a. –, *BayVBl.* 1998, 79 », *Juristische Schulung (JuS)*, 1999, n° 1, pp. 78-79

STREITHOFEN Heinrich Basilius, *Das Kruzifixurteil : Deutschland vor einem neuen Kulturkampf ?*, Frankfurt-am-Main, Ullstein, 1995

A PROPOS DES DEBATS RELATIFS AU PORT DU FOULARD

En langue française :

LEROUX Gilles, « La laïcité à l'épreuve du foulard islamique. Une comparaison franco-allemande », in J.-P. Cahn, Hartmut Kaelble (éd.), *Religion und Laizität in Frankreich und Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert. Religions et laïcité en France et en Allemagne aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2008, pp. 167-184

PRAT-ERKERT Cécile, « Le port du voile en Allemagne. Entre respect des valeurs de la République et droits fondamentaux de l'individu », *La Documentation française, Grande Europe*, n° 10, juillet 2009 ([en ligne](#))

ZIEGLER Janine, « L'égalité de tous versus l'individualité de chacun : le principe de la séparation de l'Église et de l'État et la polémique du voile à l'école publique en France et en Allemagne », in Claire DEMESMAY, Hans STARK (Hg.), *Radioscopies de l'Allemagne 2007*, Paris, IFRI, 2007, p. 243-262

En langue allemande :

BADER Johann, « Die Kopftuch tragende Schöffin », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2007, p. 2964 s.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg ? », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2001, p. 723 s.

HAUPT Katharina, *Verfassungsfragen zum muslimischen Kopftuch von Erzieherinnen in öffentlichen Kindergärten*, Peter Lang Verlag, Schriften zum Staatskirchenrecht, Band 54, 2010

HINNERK Wissmann, « Justitia mit Kopftuch ? », *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)*, 2016, p. 224 s.

PAYANDEH, « Das Kopftuch der Richterin aus verfassungsrechtlicher Perspektive », *Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, 2018, p. 482

RADEMACHER Sonja, *Das Kreuz mit dem Kopftuch : Wieviel religiöse Symbolik verträgt der neutrale Staat ?*, A Aufl., Baden-Baden, 2005

SACKSOFSKYUte, « Die Kopftuch-Entscheidung - von der religiösen zur föderalen Vielfalt », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2003, p. 3297 s.

STEINBERG Rudolf, *Kopftuch und Burka : Laizität, Toleranz und religiöse Homogenität in Deutschland und Frankreich*, 1^{ère} éd., Baden-Baden, Nomos, 2015

VOGEL Viola, STEINBERG Rudolf, *Kopftuch Und Burka. Laizität, Toleranz Und Religiöse Homogenität in Deutschland Und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos, 2015

VON WIESE Kirsten, *Lehrerinnen mit Kopftuch. Zur Zulässigkeit eines religiösen und geschlechtsspezifischen Symbols im Staatsdienst*, Duncker & Humblot, Beiträge zum Beamtenrecht, 2008

VON SCHWANENFLUG Noreen, SZCZERBAK Simone, « Das Tragen eines Kopftuches im Lichte des Neutralitätsgebots im Öffentlichen Dienst », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2018, p. 441 s.

ZIEGLER Janine, *Das Kopftuchverbot in Deutschland und Frankreich. Ein Beitrag zur Interpretation der deutschen und französischen Islam-Politik*, Paderborn, Ferdinand-Schöningh, 2011

DEUXIEME PARTIE - LA LAÏCITÉ ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QUE JURIDICTION

BIBLIOGRAPHIE RELATIVE A LA LAÏCITÉ COLONIALE

R. Achi, *Laïcité d'empire. Socio-histoire de l'administration de l'islam en Algérie à la période coloniale : entre discipline républicaine et régime d'exception (1905-1962)*, Thèse d'histoire en cours, Université Paris 1

----, « Laïcité d'empire. Les débats sur l'application du régime de séparation à l'islam impérial », in P. Weil, *Politiques de la laïcité au 20^{ème} siècle*, PUF, 2007, p. 237

N. Bancel, P. Blanchard, « Les origines républicaines de la fracture coloniale », in P. Blanchard, N. Bancel et S. Lemaire dir., *La fracture coloniale*, La Découverte, 2005, p. 35

O. Beaud, « L'empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la troisième République », *Jus Politicum*, juin 2015

R. de Bellescize, *Droit des cultes et de la laïcité*, Gualino, 2017

C. Benalbaz, « Les outremer français », in F. Faberon dir., *Laïcité et Pluralisme Religieux*, PUAM 2018

- A. Bozzo, « Islam et République, une longue histoire de méfiance », in P. Blanchard, N. Bancel et S. Lemaire dir., *La fracture coloniale*, La Découverte, 2005, p. 82
- , « Islam et citoyenneté en Algérie sous la III^e République : logiques d'émancipation et contradictions coloniales (exemple des lois de 1901 et 1905) », in P.-J. Luizard, *L'Islam et le choc colonial. Les politiques religieuses des puissances coloniales en terre d'Islam*, La Découverte, 2006, p. 197
- A. Conklin, *A Mission to Civilize. The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford University Press, 1997
- P. Blanchard, N. Bancel et S. Lemaire dir., *La fracture coloniale*, La Découverte, 2005
- G. Coralie, « Espace religieux et contraintes juridiques en Guadeloupe : la loi de 1905 à l'épreuve des 100 ans », in J. Baubérot, J.-M. Régnault, *Les relations entre l'Eglise et les autorités en outremer de 1945 à nos jours*, Les Indes Savantes, 2007
- P. Coulon, « La séparation en Afrique Equatoriale Française (1905-1921) », in J.-P. Chantin, D. Moulinet, dir., *La Séparation de 1905. Les hommes et les lieux*, Ed. de l'Atelier, 2005, p. 185
- J. R. de Benoist, « Laïcité et Laïcisme au Sénégal au 20^{ème} siècle », in P. Delisle, M. Spindler dir., *Les relations Eglise Etat en situation post-coloniale*, Karthala, 2003, p. 231
- E. Fondimare, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans son rapport à la différence entre les sexes*, Thèse en droit public, Université Paris Nanterre, 2018
- E. Fondimare, S. Hennette Vauchez, « Incompatibility between the 'French Republican model' and anti-discrimination law? Deconstructing a familiar trope of narratives of French law », in B. Havelkova, M. Möschel eds., *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford University Press, à paraître 2020
- E. Foster, *Religion, Politics and Colonial Rule in French Senegal (1880-1940)*, Stanford University Press, 2013
- F. Fregosi, « Islam et État en Algérie. Du gallicanisme au fondamentalisme d'État », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 1992, n°65, p. 61
- P. Gonod, « Les avis du Conseil d'Etat en matière coloniale (1870-1914) : l'administration des colonies », in *Etudes à la mémoire du professeur François Burdeau*, LGDJ, 2008, p. 113
- C. Keith, « Catholicisme, bouddhisme et lois laïques au Tonkin (1899-1914) », *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*, 2005/3, n° 87, pp. 113
- S. Kodjo-Grandvaux, « Discours coloniaux et réception des droits africains : entre négation et reconstruction », in G. Koubi dir., *Droit et colonisation*, Bruylant, 2005, p. 53
- J. Lafon, « Histoire des droits coloniaux », in *Itinéraires. De l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 287
- , « Le bonheur colonial », in *Itinéraires. De l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, p. 269
- O. Le Cour Grandmaison, *De l'indigénat, Anatomie d'un « monstre » juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, La Découverte, 2010
- , *La République impériale, Politique et racisme d'Etat*, Fayard, 2009.
- A. Léon, *Colonisation, Enseignement et Education. Etude historique et comparative*, L'Harmattan, 1991
- P.-J. Luizard, « La République et l'islam à l'épreuve des modernités », *AOC Analyse Opinion Critique*, 19 juin 2019
- F. Messner, P.-H. Prélôt, J.-M. Woerlhing, *Traité de droit français des religions*, 2^e ed., Lexis, 2013
- B. Pacteau, « Colonisation et justice administrative », in J. Massot, dir., *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre mer français du XVII^e siècle à 1962*, Dalloz, 2007, p. 49
- G. Peiser, « Droit administratif et colonisation », in G. Guglielmi, *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 217
- E. Saada, « Un racisme de l'exception », in D. Fassin, E. Fassin, dir., *De la question sociale à la question raciale*, La Découverte, 2006
- , « La loi, le droit et l'indigène », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2006/1, n°43, p. 165-190
- , « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *Mil Neuf Cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2009/1, n°27, pp. 103-116
- O. Saaïdia, « L'anticléricalisme article d'exportation ? Le cas de l'Algérie avant la première guerre mondiale », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2005/3, n°87, pp. 101
- , « L'Autre France face à la séparation », in J.-P. Chantin, D. Moulinet dir., *La Séparation de 1905. Les hommes et les lieux*, Ed. de l'Atelier, 2005, p. 171
- , « L'anticléricalisme, article d'exportation. Le cas de l'Algérie avant la Première guerre mondiale », *XX^{ème} siècle*, 2005, vol. 3, n°87, p. 101
- , O. Saaïdia, *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'Etat 1830-1914*, Ed du CNRS, 2015

- M. Somé, « La politique religieuse de la France à l'égard des missions étrangères en AOF (1900-1945) », in O. Saaïdia, L. Zerbini, *L'Afrique et la mission. Terrains anciens, questions nouvelles*, Karthala, 2015, p. 145
- L. Sermet, « Pays de l'Océan Indien », in F. Faberon, J.-Y. Faberon dir., *Religion et Société en Nouvelle Calédonie et en Océanie*, 2013
- J. Surkis, « Propriété, polygamie et statut personnel en Algérie coloniale, 1830-1873 », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, 2010 [En ligne : <http://rh19.revues.org/4041>, consulté le 30 septembre 2016
- L. Wauquiez-Motte, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'Etat », in J. Massot, dir., *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre mer français du XVIIè siècle à 1962*, Dalloz, 2007, p. 73
- P. Weil, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale : Une nationalité française dénaturée », *Histoire de la justice*, 2005/1, n°16, pp. 93 à 109
- V. Zuber, *Le culte des droits de l'homme*, Gallimard, 2014

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE RELATIVE AU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DEVANT LES JURIDICTIONS MAHORAISES

- Blanchy, Sophie ; Moatty, Yves, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 01/01/2012, 80, page(s) 117-139.
- Cadou, Eléonore, Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 20 mars 2001 (2 arrêts), pourvoi numéro 99-11.249 et pourvoi numéro 99-13.251, *Revue juridique de l'océan Indien*, 01/10/2003, 3, page(s) 317-325
- Cadout, Eléonore, « Le statut de l'enfant dans l'Océan indien : l'enfant mahorais », *Revue internationale de droit comparé*, 01/06/2005, 2, page(s) 291-343.
- Olivier Guillaumont, « Statuts personnels et Constitution », *RRJ*, 2001, p. 1581.
- François Hermet, Françoise Rivière, *Mayotte : état des lieux, enjeux et perspectives regards croisés sur le dernier-né des départements français*, 2015.
- Emmanuel Jos, *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français: Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et La Réunion vers des statuts sur mesure*, 2012.
- Kuhn, Céline ; Popineau, Christophe, « La dualité droit commun - droit local : une difficile coexistence », *Revue juridique de l'océan Indien*, 01/10/2011, 13, page(s) 49-63 (article en ligne)
- Kamardine, Mansour, « La marche mahoraise vers le droit commun... ou de la difficulté de demeurer français », *Revue juridique de l'océan Indien*, 01/08/2009, NS, page(s) 19-39, Numéro Spécial Mayotte 2009 : Questions sur l'avenir du 101e Département
- Pinchon, Romain, Note sous Tribunal administratif de Mayotte, 2 décembre 2010, numéro 0800485, Préfet de Mayotte contre Conseil général de Mayotte et sous Tribunal administratif de Mayotte, 28 avril 2011, numéro 1000210, Préfet de Mayotte, *Revue juridique de l'océan Indien*, 31 oct. 2012, 15, page(s) 239-247
- M'Saïdié, Thomas, « Mayotte, un département perpétuellement transitoire », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 01/06/2015, 3, page(s) 1093-1118.
- M'Saïdié, Thomas, « L'évolution institutionnelle de Mayotte : les raisons et les solutions », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* - N° 2, 01/03/2016, 791-813.
- Stéphane Retterer, « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, p. 107.
- Christophe du Payrat, *Pourquoi avoir fait de Mayotte le 101e département français ?*, Paris : L'Harmattan, 2012.
- MOHAMED SAIDAL, *L'organisation de la justice a Mayotte depuis 1841*, Thèse de doctorat. Droit. Paris V, 2001.
- Sermet, Laurent, Coudray, Jean, *Mayotte dans la République : actes du colloque de Mamoudzou, 14, 15 et 16 septembre 2002*; Centre de recherche juridique. Saint-Denis, Réunion ; Mayotte. Collectivité territoriale ; Université de la Réunion, 2004.
- Jean-Baptiste Flori, « L'organisation judiciaire de Mayotte », Mayotte, Actes du colloque universitaire tenu à Mamoudzou les 23 et 24 avril 1991, Université de la Réunion, La Réunion, 1992, p. 202-203.
- Mathieu, Jean-Luc, *La départementalisation de Mayotte : analyse d'une politique publique*, *DL* 2015, 170 p.
- Gérard Fellous, *La laïcité pour tous. Tome 4. Les exceptions au droit commun*, Paris : L'Harmattan, DL 2016 (555.675-4)
- Messner et autres, *Droit français des religions*, pp. 1345-1362 « L'organisation des cultes et des congrégations outre-mer », avec en particulier pp. 1352-1353 sur Mayotte
- Ralser, Elise, Note sous Tribunal de Première Instance de Mamoudzou, Mayotte, 15 décembre 2005, Mohamed A. contre Amina A., numéro 02/RGAF/05, *Revue juridique de l'océan Indien*, 01/11/2008, 8,

page(s) 245-254

- Seube, Jean-Baptiste, « Questions de droit privé à Mayotte », *Revue juridique de l'océan Indien*, 01/08/2009, NS, page(s) 133-137, Numéro Spécial Mayotte 2009 : Questions sur l'avenir du 101e Département

- Sénat : *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités*

BIBLIOGRAPHIE RELATIVE A L'APPLICATION DE LA LOI DU 9 DÉCEMBRE 1905 DANS LES DÉPARTEMENTS DU GRAND OUEST DE LA FRANCE

Monographies

- Tranvouez (Y.), *Catholique en Bretagne au XXe siècle*, PUR, 2006

Articles

- Elégoët (L.), « L'expulsion des religieuses à Saint-Méen, en août 1902 », dans J. Balcou et a., *Les bretons et la séparation (1795-2005)*, PUR, 2006, p. 179

- Gicquel (S.), « Les inventaires dans les diocèses de Saint-Brieuc et de Vannes » dans J. Balcou et a., *Les bretons et la séparation (1795-2005)*, PUR, 2006, p. 235.

- Jouquand (Ch.), « La querelle des inventaires dans le pays malouin », dans J. Theuret (dir.), *Un siècle de laïcité en Bretagne. 1905-2005*, Ed. Apogée, 2005, p. 117.

- Portier (Ph.), « Les bretons et la question laïque » dans J. Theuret (dir.), *Un siècle de laïcité en Bretagne. 1905-2005*, Ed. Apogée, 2005, p. 5.

- Rousseau (A.), « Mutations présentes et avenir du catholicisme en Bretagne » dans Y. Tranvouez (dir.), *Requiem pour le catholicisme breton ?* Centre du recherche bretonne et celtique, 2011, p. 269.

- Theuret (J.), « Des prémices de la laïcité aux votes des parlementaires bretons », dans J. Theuret (dir.), *Un siècle de laïcité en Bretagne. 1905-2005*, Ed. Apogée, 2005, p. 16.

Conclusions

- Edouard Geffray sur CE Ass., 19 juillet 2011, *Commune de Trélazé*, RFDA 2011 p. 967

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE SUR LE CONTENTIEUX DE LA LAÏCITÉ DANS LA FONCTION PUBLIQUE

J. Barthélémy, « La liberté de religion et le service public », RFDA 2003, p. 1066.

C. Benelbaz,

• *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011.

• « Liberté religieuse et laïcité dans les relations du travail dans les secteurs public et privé », RDP 2018, p. 1417.

J. Berthoud, « La neutralité religieuse du fonctionnaire », JCP A 2005, n°1142 ;

O. Bui-Xan, « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'Etat relative à la neutralité religieuse dans les services publics », AJDA 2014, p. 249.

J. Charruau, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Université d'Angers, 2017. Pour un résumé,

F. de la Morena, *Les frontières de la laïcité*, LGDJ, coll. Systèmes, 2016.

S. Hénette-Vauchez et V. Valentin, *L'affaire Baby loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ/Lextenso, coll. Exégèse, 2014.

D. Jean-Pierre,

• « Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi », AJFP 2001, p. 31.

• « Les religions du fonctionnaire et la République », AJFP 2001, p. 41

• « Le principe de laïcité des agents publics », JCP A, 2015, n°2308

G. Koubi,

• « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », Rev. adm. 1987, p. 133.

- « A la recherche d'une définition spécifique de l'obligation de neutralité des fonctionnaires et agents publics », *LPA* 26 juin 1991, n°36 p. 16.
V. Kondylis, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 1994.
P. Langeron, *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Economica, 1986 ;
M. Philip-Gay,
- « A-t-on le droit de porter un signe religieux dans un bureau de vote ? », *JCP A*, 2016, n°23, p.4
- *Droit de la laïcité*, Ellipse, coll. Mise au point, 2016
- « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *RFDA* 2018, p. 613.
F. Mélin-Soucramanien, « Laïcité et République française », in C. Benelbaz et C. Froger (dir.), *La laïcité dans les services publics. Aspects pratiques*, Institution Universitaire Varennes, coll. Colloques et Essais, 2019, à paraître.
V. Saint-James, « La liberté religieuse du fonctionnaire », *JCP A* 2005, n°1143.
V. Valentin, « Laïcité et neutralité », *AJDA* 2017, p. 1388.
V. Villette, « Laïcité et fonction publique : la menace fantôme ? », *AJDA* 2017, p. 1395
J.-M. Woerling, « Qu'est-ce qu'un signe religieux ? », *Société, droit et religion*, 2012/1, n°2, p. 9.
E. Zuccarelli, *Laïcité et fonction publique*, La documentation française, 2016.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE RELATIVE AU CONTENTIEUX DE LA LOI DE 2004 SUR LE PORT DES SIGNES RELIGIEUX DANS LES LIEUX D'ENSEIGNEMENT

- CHERIFI Hanifa (rapp.), « *L'application de la loi du 15 mars 2004* », La documentation française, 2005.
Conseil d'Etat, *Avis sur le port du voile à l'école*, 27 novembre 1989.
DEBRE Jean Louis (rapp), *La laïcité à l'école, un principe républicain à réaffirmer*, Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école, décembre 2003
Vademecum de l'éducation nationale de 2018, *La laïcité à l'école*.
[<https://www.education.gouv.fr/cid95865/la-laicite-a-l-ecole.html>]
WOEHLING J.-M., « Qu'est ce qu'un signe religieux ? », *Société, Droit et religion*, n° 1. 2012, p. 9-24

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE RELATIVE A LA RELIGION ET LE DROIT DE LA FAMILLE

- P. BARBIER, «De l'incidence du comportement religieux de l'un des époux sur la dissolution du lien conjugal», *AC*, T. 19, 1975.
A. BÉNABENT, «La liberté individuelle dans le mariage», *RTDC*, 1973.
F. DREIFUSS-NETTER, «La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in Carbasse (Jean-Marie), Depambour-Tarride (Laurence), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 313-330.
F. EUDIER, « Quelle place le droit français reconnaît-il... ? aux parents d'un enfant placé ? », *Revue de l'enfance et de l'adolescence*, 2014/2 (n° 90)
V. GUILLEMOT TREFFAINGUY, *La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)*, Thèse sous la dir. de Yann DELBREL, 1^{er} déc. 2017, Université de Bordeaux, 680 p.
G. GONZALEZ, « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'homme », CNRS Ed., « Société, droit et religion » 2013/1, n° 3. Article en ligne: <https://www.cairn.info/revue-societe-droit-et-religion-2013-1-page-153.htm>
G. MAUGAIN, « Le juge, le droit de la famille et la religion », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 1-2, 14 janv. 2019
F. MONÉGER, « Religion au regard du statut personnel et familial », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n°3, 2014.
I. RIASSETTO, « Droit privé et religion », CNRS Ed., « Société, droit et religion » 2013/1.

BIBLIOGRAPHIE RELATIVE A LA CIRCONCISION

1. Bibliographie générale et transversale

1.1 En langue française

- BANON Patrick, *La circoncision. Enquête sur un rite fondateur*, Infolio, Coll. Maître et disciple, 2009
- BURNET Régis, LUCIANI Didier (dir.), *La circoncision. Parcours biblique*, Namur, Lessius éditions, Coll. Le livre et le rouleau, 2013, n° 40
- ___, *La circoncision aujourd'hui*, Paris, Ed. Feuilles, 2014
- CHEBEL Malek, *Histoire de la circoncision des origines à nos jours*, Paris, Balland, 1992
- COHEN Monique Lise (dir.), *La circoncision en question*, Paris, Orizons, 2014
- FORTIER Vincente (dir.), *La circoncision rituelle. Enjeux de droit, enjeux de vérité*, Presses universitaires de Strasbourg, Coll. Société, Droit et religion, 2016
- ___, *Le juge, gardien des valeurs ?*, Paris, CNRS Edition, collection Droit, 2007
- ___, *Justice, religions et croyances*, Paris, CNRS Edition, collection Droit, 2000
- FORTIER Vincente, VIALA François (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Bordeaux, Les Etudes hospitalières, 2013
- FORTIER Vincente, BAKHOUCHE Béatrice, FABRE Isabelle (dir.), *Dynamiques de conversion : modèles et résistances. Approches interdisciplinaires*, Turnhout, Brepols, collection Bibliothèque des hautes études, sciences religieuses, 2012
- OSSOUKINE Abdelhafid, « Approche juridique de la circoncision », *Journal international de Bioéthique*, 1996, vol. 7, p. 212 s.

1.2 En langue anglaise

- AHDAR Rex et LEIGH Ian, *Religious Freedom in the Liberal State*, 2^{ème} éd., Oxford University Press, 2013
- ARCHARD David, *Children : Rights and Childhood*, Routledge, 2004
- DENNISTON G. C., MANSFIELD HODGES F. et FAYRE MILOS M. (eds), *Circumcision and Human Rights*, Springer, 2009
- ELLISTON S., *The Best Interests of the Child in Healthcare*, Routledge-Cavendish, 2007, 328 p.
- FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge University Press, 2009, 880 p.
- GEORGE R., *Ideas and Debates in Family Law*, Hart, 2012, 178 p.
- HAMILTON C., *Family, Law and Religion*, Sweet & Maxwell, 1995.
- HILL M., SANDBERG R. et DOE N., *Religion and Law in the United Kingdom*, Kluwer, 2011
- POULTER S., *Ethnicity, Law and Human Rights: The English Experience*, Clarendon, 1998

1.3 Articles de presse

- LE BARS Stéphanie, « Pourquoi le débat sur la circoncision qui a agité l'Allemagne ne s'est pas propagé en France », *Le Monde*, 16-17 sept. 2012, [en ligne](#)
- SEGAL Jérôme, « Être juif et s'opposer à la circoncision », *Libération.fr*, 14 septembre 2014, [en ligne](#)
- « La circoncision sans question », *Slate*, 7 octobre 2014, [en ligne](#)
- TAIT Robert, « Israeli court orders mother to circumcise her son », *The Telegraph*, 26 novembre 2013, [en ligne](#)

2. A propos du droit français

2.1 Droit français - ouvrages

- KLEIN Noémie, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, thèse de droit privé, Université Paris VIII, coll. Thèses Numériques de la BNDS, Les études hospitalières, 2012, 502 p.
- LEVY Isabelle, *Menaces religieuses sur l'hôpital*, Presses de la Renaissance, 2011

2.2 Droit français - articles

- BENILLOUCHE Mikaël, « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution », *Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF)*, 2014, chron. n° 6, [en ligne](#)

BERNARD G., « La liberté religieuse de l'enfant pour le catholicisme », *Société, Droit & Religion*, 3, CNRS éditions, Paris, 2013, p. 209-222

CHARPY Alexandre, JUSTON Pierre, « Réflexions sur la circoncision rituelle de l'enfant », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 14 novembre 2017, en 3 parties ; chronique administrative 09 ; [Art. 223](#) ; [Art. 224](#) ; [Art. 225](#)

CHOAIN Christine, « La Convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes concerne les seuls enfants légitimes. Refus du droit de visite et d'hébergement à un père algérien pour des motifs graves », Note sous C. Cass., 1^{re} Ch. Civ., 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 226

CHOURAQUI J.M., « Circoncision », in MESSNER Francis (dir.), *Dictionnaire du droit des religions*, CNRS éditions, Paris, 2011, pp. 148 s.

CORPART Isabelle, « La circoncision au regard du droit », *Médecine & Enfance*, sept. 2004, p. 417 s.

COURTIN Christine, « La religion de l'enfant en cas de séparation des parents », *AJ Famille*, janvier 2010, p. 29 s.

DACCACHE Salim, « Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ? », *Société, Droit & Religion*, 3, CNRS éditions, Paris, 2013, p. 243-258

DELAGE Pierre-Jérôme, « Chapitre 4. Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? », *Journal International de Bioéthique*, 2015, n° 2, vol. 26, pp. 63-75, disponible sur [Cairn](#)

DELGRANGE Xavier, LEROUXEL Hélène, « La circoncision rituelle en Europe : vers une tension entre la liberté de religion des parents et l'intégrité physique de l'enfant ? », in KOUSSENS David et al., *La religion hors la loi. L'Etat libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Actes du colloque des 3 et 3 octobre 2014, Bruylant, Coll. Droit et religion, 2017

DUBUIS Amanda, « La préservation de la santé de l'enfant face à la liberté religieuse des titulaires de l'autorité parentale », *Les Cahiers de droit de la santé du sud-est*, 2011, n° 13

DUVERT Cyrille, « Exception culturelle et droit pénal », *Archive de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, pp. 33 s.

DURAND Jean-Paul, « La religion de l'enfant en droit canonique. Réflexion à la suite de l'adhésion du Saint-Siège à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », *L'année canonique*, 1994, pp. 193 s.

FOBLETS Marie-Claire, « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et culture*, 1998/1, n° 35, pp. 211 s.

FORTIER Vincente, « Le juge et le pluralisme religieux », *Cahiers de la Justice*, 2009, n°4, p. 135-150

___, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (RDUS)*, 2008, n° 38, pp. 395-411

___, « La protection de l'enfant contre les pratiques religieuses de ses parents », in FORTIER Vincente, LEBEL-GRENIER Sébastien, *La vulnérabilité et le droit : entre autonomie et paternalisme*, éditions RDUS, Canada, 2010, pp. 25-44

___, « Circoncision/Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in FORTIER Vincente, VIALLA F. (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Les études hospitalières, 2013, p. 235-264

___, « La circoncision rituelle : une atteinte à l'intégrité physique pour les juges de Cologne », *Revue Droit & Santé*, 2013, n° 51, pp. 84-88

___, « Commentaire de la Résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 1^{er} octobre 2013 (sur le point de la circoncision rituelle) », *Revue Droit & Santé*, 2013, n° 57, pp. 942-945

GOURDON Pascal, « Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du Code civil: la légalisation de la circoncision rituelle 'médicalisée' », *Médecine et droit*, 2003, 59, p. 43-48

LANGENAKEN E., « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2003, n° 4, vol. 83, p. 474-506

LEVY Isabelle, *Menaces religieuses sur l'hôpital*, Presses de la Renaissance, 2011

LIBCHABER Rémi, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *Dalloz*, 2012, pp. 2044 s.

MBONGO Pascal, « Circoncision religieuse et droit à la santé des nouveaux nés. Décision d'un juge fédéral sur la *Metzitzah b'peh* », *Mission Droit et Justice : Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine*

___, « La circoncision : une controverse juridique américaine », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau*, éditions Hospitalières, 2015, p. 11-23

PARICARD S., « Quelle autonomie pour l'enfant au sein du couple parental uni ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 776

ROCHE-DAHAN Janick, « Réflexion sur la licéité de la circoncision », *RIDC*, 2013, vol. 65, n°1, pp. 75-103

SCHNAPPER Dominique, « La sensibilité démocratique et la circoncision », *Rev. Grief, Dalloz*, 2014, n° 1, p. 63.

THIEL Marie-Jo, « La circoncision, un débat impossible ? », *Revue Esprit*, janv. 2014, pp. 83 s.

3. A propos du droit international et européen

3.1 Droit international et européen – ouvrages

JOHNSON Matthew, *Circumcision, public health, genital autonomy and cultural rights*, Londres, Routledge, 2014, 188 p.

3.2 Droit international et européen – articles

FULCHIRON Hugues, « Le problème de la religion de l'enfant au lendemain de la Convention internationale des droits de l'enfant », *DEF*, 1992, 2, p. 20

GILBERT H., « Time to reconsider the lawfulness of ritual male circumcision », *European Human Rights Law Review*, 2007, p. 279-294

GONZALEZ G., « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'homme », *Société, Droit & Religion*, 3, CNRS éditions, Paris, 2013, p. 153-169

LANGLAUDE S., « Parental Beliefs, Religious Upbringing and the Child's Welfare in English Law and the ECHR », *Religion and Human Rights*, 9, 2014, p. 1-30

LANGLAUDE S., « La liberté religieuse de l'enfant, l'éducation religieuse et la prévention de la contrainte dans le droit international et le droit anglais », *L'annuaire Droit et religions*, 2011-2012, vol. 6, p. 643-663.

LETTERON Roseline, « Le droit à l'intégrité physique des enfants : excision et circoncision », *Blog Libertés chéries*, 6 octobre 2013, [en ligne](#)

MILLARD E., « Le droit de la famille 'revisité'. La garde des enfants et la discrimination en matière de religion (arrêt Palau-Martinez du 16 décembre 2003) », in TAVERNIER P. (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence en 2003*, Bruylant, Bruxelles, coll. du CREDHO, 2005

MULLER Jean-Claude, « Les deux fois circoncis et les presque excisées, le cas des Dii de l'Adamaoua au Nord Cameroun », *Cahiers d'études africaines*, 1993, n° 132

PUBERT Laure, « La liberté religieuse de l'enfant dans les textes internationaux », *Société, Droit & Religion*, 3, CNRS éditions, Paris, 2013, p. 125-152

VIALLA François, « Intégrité corporelle des enfants (circoncision): résolution du Conseil de l'Europe », *Dalloz* 2013. 2702.

4. En matière de droit comparé

4.1 A propos du droit allemand

4.1.1 Droit allemand – ouvrages

EXNER Thomas, *Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung*, Duncker und Humblot, Schriften zum Strafrecht, vol. 216, 2011

FRANZ M. (éd.), *Die Beschneidung von Jungen. Ein trauriges Vermächtnis*, Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, 448 p.

HEIL Johannes (dir.), *Beschneidung: das Zeichen des Bundes in der Kritik : zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin : Metropol-Verl., 2012

KRALL Lisa, *Beschneidung*, Universität Köln, Universität Leipzig, Erziehungswissenschaftliche Fakultät, 2017

SCHMID Yvonne Christina, *Die elterliche Einwilligung in eine Zirkumzision - eine unzulässige Beschneidung kindlicher Rechte? rechtliche Analyse des § 1631d BGB unter Bezugnahme des deutschen Verfassungsrechts und des internationalen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013

MANOK Andreas, *Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes : Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des § 1631d BGB unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015

RÜEGG Sarah Jasmin, *Familiengerichtliche Massnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls aufgrund religiös motivierten Verhaltens der Eltern : ein Vergleich von deutschem und australischem Recht unter besonderer Berücksichtigung aktueller Fallgruppen aus der Rechtsprechung*, [Peter Lang GmbH](#), Frankfurt am Main, PL Academic Research, 2017

SCHMIDT Tom Georg, *Die Strafbarkeit der Beschneidung der äusseren Genitalien vor dem Hintergrund von § 1631d BGB und § 226a StGB*, Verlag Dr. Kovač, 2016

SCHULZE, Hendrick, *Elternrecht und Beschneidung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017
STEINER Nicole, *Die religiös motivierte Knabenbeschneidung im Lichte des Strafrechts : zugleich ein Beitrag zu Möglichkeiten und Grenzen elterlicher Einwilligung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014

4.1.2 Droit allemand – articles

En langue française

FORTIER Vincente, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *Revue Droit & Santé*, 2013, n° spécial, p.178-199
GROSSHOLZ Caroline, « La circoncision infantile en cause. À propos de la décision du tribunal de Cologne du 7 mai 2012 », *Revue internationale de droit pénal*, 2012, 3, vol. 83, pp. 503-517
HUYETTE Michel, « La circoncision, la religion et les droits de l'enfant », Blog Paroles de juges, 8 sept. 2012, [en ligne](#)
KIESOW Rainer Maria, « Le jugement du tribunal de grande instance de Cologne de 2012 », *Grief. Revue sur les mondes du droit*, mai 2014, vol. 1

En langue anglaise

AURENQUE D. et WIESING U., « German Law on Circumcision and Its Debate: how an ethical and legal issue turned political », *Bioethics*, 2013
DYER K., « Lessons from Germany : should UK legislation circumnavigate or circumvent the issue of male circumcision ? », *Denning Law Journal*, 25, 2013, pp. 225-239
GERMANN M., WACKERNAGEL C., « The Circumcision Debate from a German Constitutional Perspective », *Ox. J Law Religion*, 2015
PEKÁREK Hendrik, « Germany's Circumcision Indecision – Anti-Semitism or Legalism? », *Social Science Research Network*, 2013, [en ligne](#)
ROBBERS G., « Recent Legal Developments in Germany: Infant Circumcision and Church Tax », *Ecclesiastical Law Journal*, 15, 2013, pp. 69-71
ROTENBERG Ariel Steven, « A Proper Perspective on the Circumcision Battle : Germany, San Francisco, Childhood Autonomy and Freedom of Religion », *Student Scholarship*, 2013, Paper 297, p. 6 s., [en ligne](#)

En langue allemande

ALATOVIC S., HELMKEN K., « 'Strafbare Beschneidung' ? Verfassungsrechtliche Anforderungen an einen notwendigen Kompromiss », *NK*, 25. Jg. 2/2013, pp. 120-135
ANTOMO J., « Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes », *Juristische Ausbildung*, 2013(5), pp. 425-436.
FELDMANN L., « Monster Mohel und die Kindermörder. Religiöse Beschneidungen zwischen Urteil und Vorurteil », *Forum Recht*, 2013, pp. 5-8
GERMANN M., « Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012 », *MedR*, 2013, 31, pp. 412-424
GROSSMANN S., « § 1631d Abs.2 BGB Gelungener Ausgleich zwischen Grundrechten und Staatsräson? », *HRRS*, 2013, p. 515-523
HAHN E., « Erlaubnispflichtige Zirkumzision? – §1631d Abs. 2 BGB und das HPG », *MedR*, 2013, 31, pp. 215-221
HERZBERG Rolf D., « Der Abwägungsgedanke und der 'evidenzbasierte Blick' in der Beschneidungsdebatte », *ZIS*, 2014, pp. 56-65
HÖFLING W., « Die Entscheidung über die Beschneidung männlicher Kinder als Element des verfassungsrechtlichen Elternrechts », *GesR – GesundheitsRecht*, 8, 2013, pp. 463-466
HÖRNLE T., « Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft », *NJW-Beil.*, 2014, p. 34 s.
MANDLA C., « Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes », *FPR*, 2013, p. 244-250
PESCHEL-GUTZEIT L. M., « Die Bedeutung des Kindeswillens », *NZFam*, 2014, p. 433-437
PUTZKE Holm, « Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben. Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge », in : Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar, Tübingen, 2008, pp. 669–709

___, « Rechtliche Grenzen Der Zirkumzision Bei Minderjährigen », *MedR Medizinrecht* 26.5 (2008), pp. 268 s.

___, « Recht Und Ritual – Ein Grosses Urteil Einer Kleinen Strafkammer », *Medizinrecht* 30.10 (2012), pp. 621-25

___, « Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung », *Medizinrecht* 30.3 (2012), pp. 229-30

___, « Das Beschneidungsgesetz (§ 1631d BGB) », *Monatsschrift Kinderheilkunde* 161.10 (2013), pp. 950-951.

RING G., « Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung von Jungen im deutschen Recht – zur Rechtslage seit dem 28.12.2012 », *NJ*, 2013, pp. 148-154

RIXEN S., « Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2013, pp. 257-262

ROGALLA V., « Elterliche Einwilligung in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung des selbst noch nicht einwilligungsfähigen männlichen Kindes gem. § 1631 d BGB », *FamFR*, 2013, pp. 483-484

STUMPF G. H., « Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ritueller Beschneidungen – Zugleich ein Beitrag zu den Vor- und Nachteilen einer gesetzlichen Regelung », *Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl.)*, 2013, p. 141 s.

YALCIN Ü., « Zur Strafbarkeit der Beschneidung », *Betrifft Justiz*, 2012, pp. 380-389

4;2 A propos du droit belge

BIHAIN L., « La liberté de pensée, de conscience de religion des enfants », *J.D.J.*, 1992, n° 117, pp. 2-4

BIHAIN L., « La liberté de conscience et de religion du jeune », in BEAUFAYS J. et TRUILLET V. (dir.), *L'enfant, avenir des droits de l'homme*, Liège, Faculté de droit, 1996, pp. 45-61

4.3 A propos du droit canadien

En langue anglaise

BHIMJI A., « Infant Male Circumcision: A violation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Health Care Law*, 2000, pp. 1-33, [en ligne](#)

PRUCHA Z. S., « Circumcision? Cutting out the routine cut », *Can. Med. Assoc. J.*, 1980, vol. 122, p. 834 s., [en ligne](#)

Voir : CIRP ; <http://www.cirp.org/library/> (Circumcision Reference Library)

En langue française

LANDHEER-CIESLAK Christelle et SARIS Anne, « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois : étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants », *McGill Law Journal*, 2003, vol. 48, pp. 671-745

4 ;4 A propos du droit suisse

BRICOD Noémie, *Une interdiction de la circoncision pour des raisons non médicales est-elle envisageable ? Qu'en est-il en Suisse ?*, Mémoire rédigé sous la direction de M. Philip Jaffé, présenté à l'Unité d'Enseignement et de Recherche en Droits de l'enfant de l'Institut Universitaire Kurt Bösch pour l'obtention du grade de Master of Arts Interdisciplinaire en droits de l'enfant, janvier 2014, [en ligne](#)

SIGLES ET ACRONYMES

ADEME : Agence de l'environnement et de maîtrise de l'énergie

CAA : Cour administrative d'appel

CADDE : Cycle approfondi d'études en droit de l'entreprise

CADEJ : Cycle approfondi d'études judiciaires

CADELCO : Cycle approfondi d'études de la criminalité organisée

CADIJ : Cycle approfondi d'études sur la dimension internationale de la justice

CAJM : Cycle approfondi d'études de la justice des mineurs

CAPA : Certificat d'aptitude à la profession d'avocat

CE : Conseil d'Etat

CFJA : Centre de Formation de la Juridiction Administrative

CIDE : Convention internationale des droits de l'enfant

CJA : Code de justice administrative

CLAT : Cycle approfondi de lutte anti-terroriste

CNAM : Conservatoire national des arts et métiers

CNRS : Centre national de la recherche scientifique

CNB : Conseil national des barreaux

CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme

COM : Communauté d'outre-mer

CP : Code pénal

CPC : Code de procédure civile

CPP : Code de procédure pénale

CRFPA : Centres régional de la formation professionnelle des avocats

CSM : Conseil supérieur de la magistrature

DILCRAH : Délégué interministériel à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT

DOM : Département d'outre-mer

DU : Diplôme universitaire

EFB : Ecole de Formation professionnelle des Barreaux de la cour d'appel de Paris

EHESS : Ecole des hautes études en sciences sociales

ENG : Ecole nationale des greffes

ENM : Ecole Nationale de la Magistrature

EPHE : Ecole pratique des hautes études

ESCP : Ecole supérieure de commerce de Paris

ESENER : École supérieure de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche

FUSAC : fusions/acquisitions

GIGN : Groupe d'intervention de la Gendarmerie nationale

HALDE : Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

HDR : Habilitation à diriger des recherches

IEJ : Institut d'études judiciaires

IHEEF (ou l'IH2EF) : Institut des hautes études de l'éducation et de la formation

INHESJ : Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice

IESR : Institut européen en sciences des religions

JAF : Juge aux affaires familiales

JAP : Juge d'application des peines

JIRS : Juridiction inter-régionale spécialisée

MRAP : Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples

LICRA : Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme

MIVILUDES : Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires

OFII : Office français de l'immigration et de l'intégration

OMS : Organisation mondiale de la santé

PACS : Pacte civil de solidarité

PPI : Projet pédagogique individuel

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RATP : Régie autonome des transports parisiens

RESP : Réseau des Écoles de Service Public

RIN : Règlement intérieur national (de la profession d'avocat)

ROM : Région d'outre-mer

TA : Tribunal administratif

TGI : Tribunal de grande instance

TI : Tribunal d'instance

TOM : territoire d'outre mer

TPI : Tribunal de première instance

TSA : Tribunal supérieur d'appel

UAAR : Union des Athées et des Agnostiques Rationalistes

ZAD : Zone d'aménagement différée

LISTE DES ANNEXES

- Annexe n°1 : Grille entretien avocats

- Annexe n°2 : Grille entretien magistrats

- Annexe n°3 : Extraits des entretiens

Question transversale : la justice, un service public comme un autre ?

- Annexe n°4 : Extraits des entretiens

Question transversale : qu'est-ce qu'une justice laïque ?

- Annexe n°5 : ENM Fiche pédagogique

Histoire et enjeux actuels de la laïcité

7 décembre 2018

- Annexe n°6 : ENM Fiche pédagogique

Histoire du jihad

Lutte contre la radicalisation violente

16 juillet 2018

- Annexe n°7 : Grille entretiens magistrats en Italie (en langue italienne)

- Annexe n°8 : Grille entretiens avocats en Italie (en langue italienne)

- Annexe 9- Sujet d'un concours pour le recrutement direct des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION GENERALE	11
Partie 1 : L'objet de la recherche	11
- Justification du thème de la recherche	11
- Plan choisi	13
I- LAÏCITÉ ET SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QU'INSTITUTION	13
A- Quelle laïcité-neutralité de l'espace et des acteurs de la justice ?	14
B- Quelle laïcité-liberté pour les usagers de la justice ?	14
II- LAÏCITÉ ET SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QUE JURIDICTION	15
A- Un différentialisme territorial de la laïcité ?	15
B- La diversité de la laïcité au travers de certains contentieux-cibles	16
Partie 2 : Les entretiens : un travail d'enquête au soutien de la recherche.....	17
- Les entretiens.....	17
- Les professionnels interrogés.....	17
- Le contenu et le déroulement de l'entretien	18
- Le bilan et l'utilisation des entretiens.....	19
- Pistes de recherche.....	21
PREMIERE PARTIE - LA LAÏCITE ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QU'INSTITUTION	23
TITRE I- LA FORMATION DES PROFESSIONNELS DE LA JUSTICE RELATIVE A LA LAÏCITE ET/OU AU FAIT RELIGIEUX (CHRISTINE PAUTI)	25
<i>Introduction : la formation à l'université</i>	25
CHAPITRE I- LA FORMATION DES JUGES	26
Section I- La formation des juges judiciaires à l'Ecole Nationale de la Magistrature	26
<i>§1- La formation initiale à l'Ecole Nationale de la Magistrature</i>	28
A- Une demi-journée sur la laïcité depuis 2015	29
B- Les conférences liées au terrorisme et à la radicalisation	34
1- Les conférences destinées à l'ensemble des élèves de l'ENM.....	34
2- Les conférences dans le cadre de la « préparation aux premières fonctions ».....	36
C- Les autres conférences liées au fait religieux liées destinées aux juges des enfants et aux juges aux affaires familiales.....	37
<i>§2- La formation continue des juges judiciaires</i>	37
A- Les formations nationales ayant un lien avec la laïcité et/ou le fait religieux	38
1- La formation « phare » en matière de laïcité : « La laïcité, le juge et le droit »	38
2- La formation traditionnelle en lien avec les religions : « Les trois monothéismes »	42
3- La formation « Familles originaires du Maghreb, d'Afrique subsaharienne et de Turquie et pratiques judiciaires »	43
4- La formation « Les dérives sectaires ».....	43
5- Les formations en lien avec le racisme et l'antisémitisme.....	43
6- Les formations nationales sur d'autres thèmes faisant des focus sur la laïcité ou le fait religieux	43
B- Les formations nationales ayant un lien avec le terrorisme ou la radicalisation	45
C- Les formules en lien avec des acteurs extérieurs à l'Ecole Nationale de la Magistrature	46
1- La laïcité dans le cadre du partenariat de l'ENM avec le Réseau des Écoles de Service Public (RESP)	46
a- La session « Laïcité : comment la faire vivre ? » ouverte aux magistrats	46
b- Un parcours sur la laïcité sur la plateforme e-formation de l'École ouvert aux magistrats.....	47
2- Les diplômes universitaires (D.U.) en lien avec la laïcité et le fait religieux ouverts aux magistrats	48
D- Les formations délocalisées en lien avec la laïcité et/ou le fait religieux.....	48
Section II- La formation des juges administratifs	51
<i>§1- L'Ecole Nationale d'Administration et les futurs juges administratifs</i>	51
A- La laïcité et le fait religieux dans les concours d'entrée à l'Ecole Nationale d'Administration ou dans les concours d'entrée directs dans la magistrature administrative	51
1- La laïcité et le fait religieux dans les concours d'entrée à l'ENA	51
2- La laïcité et le fait religieux dans les concours de recrutement direct dans le corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	56
B- La laïcité et le fait religieux dans la formation indifférenciée à l'Ecole Nationale d'Administration d'une partie des futurs juges administratifs.....	56
1- La formation initiale	56
2- La formation continue	58
<i>§2- La formation au Centre de formation de la juridiction administrative</i>	60

CHAPITRE II- LA FORMATION DES GREFFIERS.....	61
CHAPITRE III- LA FORMATION DES AVOCATS	63
Section I- La laïcité et le fait religieux dans les examens pour devenir avocat	64
Section II- La laïcité et le fait religieux dans la formation des élèves avocats et des avocats	66
<i>§1- La formation initiale.....</i>	<i>66</i>
<i>§2- La formation continue</i>	<i>67</i>
TITRE II- LE BILAN DES ENTRETIENS CONFRONTES AUX TEXTES ET A LA JURISPRUDENCE RELATIFS A LA LAÏCITE DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE : PAROLES DE JUGES ET D'AVOCATS SUR LA LAÏCITE DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE (XAVIER DUPRE DE BOULOIS, CELINE FERCOT, CHARLES FROGER, ALEXIS GUERIT, STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ, RAPHAËLE PARIZOT, CHRISTINE PAUTI, VINCENT VALENTIN).....	69
CHAPITRE I- LA NEUTRALITE DES LOCAUX ET DES ACTEURS PROFESSIONNELS OU OCCASIONNELS DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE	70
Section I- La neutralité des locaux.....	70
<i>§1- Rappel historique</i>	<i>71</i>
A- Tribunaux et chrétienté jusqu'au XXème siècle	71
B- L'ordre d'enlever les emblèmes religieux des salles d'audience au début du XXème siècle.....	71
<i>§2- La persistance de signes religieux au sein des tribunaux de nos jours</i>	<i>73</i>
A-En France	73
1- Dans les salles d'audience et les lieux ouverts au public.....	73
a- La diversité des signes de présence religieuse	73
b- La signification des signes	79
c- La perception des signes.....	79
2- Dans les « espaces privés » ou bureaux des tribunaux.....	81
3- Des pratiques au sein ou en dehors des tribunaux heurtant certaines consciences	82
B- A l'étranger.....	82
<i>§3- Le nouveau Tribunal de Paris : la recherche de locaux totalement neutres.....</i>	<i>83</i>
Section II- La neutralité des acteurs professionnels ou non professionnels du service public de la justice	85
<i>§1- Les règles et comportements sur l'impartialité et la neutralité des juges et autres fonctionnaires de justice.....</i>	<i>86</i>
A- La neutralité des membres des juridictions judiciaires	87
B- La neutralité des membres des juridictions administratives	87
C- Les comportements liés à l'impartialité et la neutralité des juges et autres fonctionnaires de justice	90
<i>§2- Les règles ou pratiques vestimentaires des juges</i>	<i>91</i>
A- La question du costume et de la robe	91
B- La pratique tolérée du port de signes religieux.....	93
<i>§3- Le serment des magistrats</i>	<i>95</i>
A- La récente « désacralisation » en France	95
B- Le serment d'autorités publiques à l'étranger	97
<i>§4- L'hypothèse de la récusation de magistrats en lien avec des questions religieuses</i>	<i>97</i>
A- En France.....	97
B- A l'étranger.....	102
Section III- La neutralité des collaborateurs occasionnels du service public de la justice : le cas des jurés d'assises.....	103
<i>§1- Le serment des jurés d'assises</i>	<i>104</i>
<i>§2- Le port de signes d'appartenance religieuse par les jurés d'assises.....</i>	<i>105</i>
<i>§3- L'absence officielle d'objection de conscience religieuse pour les jurés d'assises</i>	<i>109</i>
Section IV- Le cas des avocats, auxiliaires de justice.....	110
<i>§1- Une prestation de serment dénuée de toute connotation religieuse</i>	<i>110</i>
A- En France.....	110
B- A l'étranger	111
<i>§2- L'avocat et l'expression de ses convictions religieuses</i>	<i>111</i>
A-La robe de l'avocat et le port de signes d'appartenance religieuse	111
1- En France.....	112
a-Les règles existantes.....	112
b- Le débat et la pratique.....	116
2- A l'étranger.....	120
B-Le report d'audience en fonction des convictions religieuses de l'avocat.....	120
<i>§3- La relation entre l'avocat et ses clients</i>	<i>122</i>
A-Le choix des clients par les avocats	122
1- L'utilisation du fait religieux (réel ou supposé) dans la constitution de la clientèle.....	122

2-	La clause de conscience	122
	B-Les locaux des cabinets d'avocats	123
	CHAPITRE II- LA LIBERTE DES JUSTICIABLES, DES TEMOINS ET DU PUBLIC AU SEIN DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE.....	126
	Section I- La liberté du port de signes d'appartenance religieuse par les usagers du service public de la justice.....	126
	§1- En France.....	126
	§2- A l'étranger.....	132
	Section II- Le serment des témoins	135
	§1- En France.....	135
	§2- A l'étranger.....	136
	Section III- Le report d'audiences pour des motifs religieux	137
	§1- En France.....	138
	§2- A l'étranger.....	141
	TITRE III- LES ETUDES DE DROIT COMPARE.....	142
	CHAPITRE I- LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE. POINTS DE COMPARAISON NORD-AMERICAINS (STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ)	143
	Section I- Les bâtiments judiciaires	146
	Section II- Les professions judiciaires.....	148
	§1- Les Juges.....	149
	§2- Administrative Rules of the Unified Court System and Uniform Rules of the Trial Courts	151
	§3- Les Avocats.....	153
	§4- Les Jurés.....	156
	Section III- Les justiciables.....	158
	CHAPITRE II- LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE ITALIENNE (CHRISTINE PAUTI)	163
	<i>Introduction : la particularité de la laïcité italienne</i>	<i>163</i>
	Section I- La problématique de la neutralité des locaux et des professionnels du service public de la justice	166
	§1- La « neutralité » des locaux du service public de la justice.....	166
	A-La « neutralité » des tribunaux : une problématique commune aux autres services publics.....	166
1-	L'affaire <i>Lautsi</i> et ses suites sur les crucifix dans les salles de classe devant la Cour européenne des droits de l'homme	168
2-	L'affaire <i>Montagnana</i> devant la Cour de cassation : la décision de référence à contre-courant sur la présence du crucifix dans les bureaux de vote.....	171
	B- La persistance de la présence des crucifix dans les tribunaux.....	172
	<i>Introduction : laïcité, pluralisme et crucifix.....</i>	<i>172</i>
1-	Les justifications fragiles à la présence actuelle du crucifix dans les tribunaux	173
2-	Les débats autour de la présence du crucifix dans les salles d'audience	175
3-	La jurisprudence relative à la présence du crucifix dans les salles d'audience	176
a-	La demande de retrait du crucifix par un magistrat : l'affaire <i>Tosti</i>	176
b-	La demande de retrait du crucifix par un requérant : l'affaire <i>Adel Smith</i>	180
4-	Les questions en suspens relatives aux symboles religieux dans les tribunaux	181
	§2- La « neutralité » des professionnels du service public de la justice.....	182
A-	La neutralité des juges.....	182
1-	Les règles fondant la neutralité des juges.....	182
2-	L'absence d'objection de conscience religieuse du juge : la question de son intervention dans la procédure d'avortement des mineures.....	183
B-	La prise en compte des convictions religieuses des avocats	184
1-	L'affaire de la Cour européenne des droits de l'homme de 2000, <i>Sessa c. Italie</i> : la demande de report d'audience par un avocat pour une fête religieuse	184
2-	Le port de signes d'appartenance religieuse par les avocats.....	187
C-	Les autres auxiliaires de justice.....	188
	Section II- La liberté religieuse des usagers du service public de la justice	189
	§1- L'évolution de la question du serment du témoin.....	189
	§2- L'évolution de la jurisprudence sur le délit de blasphème	192
	§3- Le port de signes d'appartenance religieuse, en particulier par les usagers du service public de la justice	195
A-	Une réglementation pluraliste, globalement ouverte au port de signes d'appartenance religieuse.....	195
1-	Les dispositions générales	195
2-	Les dispositions relatives aux photographies sur les documents d'identité	196
3-	De récentes mesures plus restrictives dictées par des raisons de sécurité publique.....	199
a-	Une jurisprudence fluctuante sur le port du kirpan par les sikhs	199
b-	La délibération de la Région Lombardie de décembre 2015	199
B-	Le port de signes d'appartenance religieuse dans les salles d'audience	200

1-	Le port de signes d'appartenance religieuse dans le public.....	200
2-	Le port de signes d'appartenance religieuse par les requérants	201
	CHAPITRE III- LA LAÏCITE DANS LA JUSTICE : PRESENTATION GENERALE DU DROIT ALLEMAND (CELINE FERCOT)	203
	<i>Introduction : une forme particulière de séparation des Eglises et de l'Etat et une architecture constitutionnelle originale</i>	<i>203</i>
	Section I- Principe de neutralité et lieux de justice	210
	§ 1- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 17 juillet 1973, « Crucifix dans une salle d'audience »	210
	§2- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 mai 1995 relative au crucifix	212
	Section II- Principe de neutralité et femmes et hommes de justice	215
	§1. Le principe de neutralité et les acteurs de l'institution judiciaire	215
	A- Les juges	215
	1- Propos généraux relatifs aux fonctionnaires.....	216
a-	Le statut ambigu des fonctionnaires au regard de la liberté religieuse	216
b-	Le cas particulier du port, par les enseignant.e.s, de symboles vestimentaires à connotation religieuse : les décisions de 2003 et 2015	218
c-	Une jurisprudence de moins en moins libérale, et de plus en plus incohérente.....	223
	2- Les juges et le principe de neutralité	225
a-	Les juges professionnels	225
b-	Le cas des juges non professionnels	229
c-	La prestation de serment	230
d-	D'éventuelles sanctions ?.....	230
3-	Le cas des « juristes stagiaires » (Rechtsreferendar.inn.en).....	231
B-	Les avocats	232
	§2- Principe de neutralité et justiciables.....	234
A-	Propos généraux	234
B-	Le cas des témoins, interprètes et experts.....	234
	DEUXIEME PARTIE - LA LAÏCITE ET LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE EN TANT QUE JURIDICTION.....	237
	TITRE I- LA DIVERSITE DE LA LAÏCITE DANS LES JURIDICTIONS DE DIFFERENTS TERRITOIRES FRANÇAIS	240
	CHAPITRE I- MISE EN CONTEXTE HISTORIQUE : LA LAÏCITE COLONIALE (STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ).....	241
	<i>Introduction : les différents régimes du culte en France métropolitaine et outre-mer</i>	<i>242</i>
	Section I - La mise à l'écart de la logique de séparation et de laïcité aux colonies	243
	§1- Entreprise coloniale, droit colonial et juridicisation de catégories religieuses.....	243
	§2- L'application de la loi de 1905 aux colonies.....	245
	Section II- Connotations et Alliances religieuses au cœur du projet colonial	248
	§1- Religion, Republicanisme et Colonies	248
	§2- Le cas de l'Algérie : l'exception impériale à la laïcité dans une logique de contrôle	250
	§3- Ce que l'étude de la laïcité coloniale enseigne sur le droit et les acteurs juridiques à l'époque de la consolidation du projet républicain	254
A-	Le rôle du droit dans l'entreprise coloniale	254
B-	L'égalité universalité de la loi : un mythe déconstruit par le prisme colonial.....	256
	CHAPITRE II- LAÏCITE ET JUSTICE A MAYOTTE (CHRISTINE PAUTI).....	258
	<i>Introduction : l'évolution historique et institutionnelle de Mayotte : l'attachement à la France</i>	<i>258</i>
	Section I- Les spécificités mahoraises au regard de la laïcité dans la justice	262
	§1- Les spécificités religieuses du département mahorais	262
A-	Le régime des cultes mahorais, reflet de la diversité culturelle française	262
B-	La conciliation du principe de laïcité et de la spécificité culturelle et culturelle mahoraise	263
C-	L'épineuse question de l'état civil, l'article 75 de la Constitution et le statut personnel à Mayotte.....	266
	§2- Les spécificités judiciaires du département mahorais	270
A-	Les spécificités sociales du département mahorais, indissociables de la question de la justice	270
B-	La lente évolution de l'organisation judiciaire de Mayotte	272
	Section II- Les cadis et la justice cadiale à Mayotte.....	275
	§1- La persistance d'une justice religieuse à Mayotte jusqu'en 2010 : une singularité territoriale indispensable ou une entorse à la laïcité de la justice française ?	275
	§2- L'existence d'une justice cadiale : atteinte à l'indépendance des juges et au principe d'égalité entre justiciables ?	277
A-	L'organisation de la justice cadiale	277
B-	Le recrutement, le statut et la formation des cadis : le manque d'indépendance des juges	278
C-	Une justice aléatoire	279

§3- La suppression douloureuse et chaotique de la juridiction cadiale en 2010	280
A- Une suppression mal vécue par les cadis et une partie de la population.....	280
B- Une suppression chaotique au détriment du service public de la justice	282
1- Les raisons du malaise	282
2- Le contentieux sur la rémunération des anciens juges-cadis devant le juge administratif.....	283
C- L'avenir des cadis en question depuis 2011	285
1- Une formation renforcée	285
2- Des acteurs essentiels pour la cohésion du territoire.....	289
Section III- L'application du principe de laïcité par les juridictions mahoraises.....	291
<i>Introduction : une jurisprudence encore rare en dépit de la spécificité de la question de la laïcité dans le service public de la justice à Mayotte.....</i>	<i>291</i>
§1- La jurisprudence judiciaire.....	292
A- Jusqu'en 2010 : les recours en cassation contre les jugements des juridictions cadiales	293
B- Depuis 2010 : la nouvelle compétence du Tribunal de grande instance, de la Cour d'appel et de la Cour de cassation	295
C- La question du serment coranique des témoins	296
§2- La jurisprudence administrative.....	296
A- La jurisprudence sur le financement des maîtres coraniques	296
B- La question des congés le jour de fêtes religieuses	297
1- La jurisprudence liée aux demandes d'autorisations d'absence pour des fêtes catholiques	297
2- L'adaptation de la réglementation pour la célébration de fêtes musulmanes à Mayotte	298
3- Les pratiques dans les services publics	300
C- L'absence a priori étonnante de jurisprudence relative à l'application de la loi du 15 mars 2004 et de la loi sur la dissimulation du visage.....	300
D- La question de la compatibilité de certaines subventions avec le principe de laïcité	302
CHAPITRE III- L'APPLICATION DE LA LOI DU 9 DECEMBRE 1905 DANS LES DEPARTEMENTS DU GRAND OUEST DE LA FRANCE (XAVIER DUPRE DE BOULOIS).....	304
<i>Introduction : définition et consistance du matériau</i>	<i>304</i>
Section I- Un droit spécifique pour le grand Ouest ?	306
§1- « A l'avenir »	306
§2- L'usage local. Textes	306
§3- L'usage local. Jurisprudence.....	307
A- L'usage local au secours de la crèche du département de Vendée.....	308
B- L'usage local au secours de la crèche du Vicomte	308
C- Portée.....	309
Section II- Une application du droit spécifique pour la Bretagne ?.....	309
§1- Des contentieux emblématiques.....	309
A- La crèche de l'hôtel de département de Vendée.....	310
B- La statue de Jean-Paul 2 de Ploërmel.....	311
C- L'orgue de l'église de Trélazé	312
D- La visite papale à Saint-Anne d'Aurey	313
E- Les aides de l'ADEME à des structures ayant une activité culturelle	313
§2- Une cour administrative d'appel sensible à son environnement ?.....	314
Conclusion.....	314
TITRE II- LES « CONTENTIEUX-CIBLES » NOVATEURS, PROBLEMATIQUES OU RENOUVELES DE LA LAÏCITE	315
CHAPITRE I- LE CONTENTIEUX DE LA LAÏCITE DANS LA FONCTION PUBLIQUE (CHARLES FROGER)	316
Section I- Le contenu certain du principe de laïcité dans la fonction publique	318
§1- La protection mesurée de la liberté religieuse de l'agent	318
A- La protection de la liberté religieuse en dehors du service : égalité et non-discrimination.....	319
1- L'extension maximale du champ d'application du principe d'égalité	319
a- L'accès à la fonction publique	319
b- L'exercice de la fonction publique.....	321
2- La difficile caractérisation de la discrimination religieuse.....	321
B- La protection de la liberté religieuse pendant le service : l'autorisation d'absence.....	324
1- La contestation aisée du refus d'autorisation d'absence.....	325
2- Le contrôle limité du refus d'autorisation d'absence	325
§2- L'application rigoureuse d'une obligation de neutralité à l'agent.....	329
A- La qualification large de la faute.....	330
1-Le port de signes religieux.....	330
a- Les signes exclusivement religieux	331
b- Les signes religieux par destination	332
2-Le comportement prosélyte.....	333

B-L'appréciation souple de la proportionnalité de la sanction.....	334
1-La gravité de la faute.....	334
a- Le caractère ostentatoire du signe	335
b- La nature des fonctions de l'agent	335
2-Le contrôle normal des motifs de la sanction	336
Section II- Les contours incertains du principe de laïcité dans la fonction publique	337
<i>§1-L'intégration de l'agent au sein du service</i>	<i>338</i>
A- La situation ambiguë des personnes participant occasionnellement au service public.....	338
B- La situation duale des élèves-stagiaires au sein des services publics	339
<i>§2- La participation de l'agent à une mission de service public.....</i>	<i>340</i>
A- L'extension logique de la laïcité aux agents de droit privé participant au service public.....	340
B- L'extension déstabilisatrice de la neutralité religieuse à tous les employés de droit privé en dehors du service public	342
CHAPITRE II- LE CONTENTIEUX DE LA LOI DE 2004 SUR LE PORT DES SIGNES RELIGIEUX DANS LES LIEUX D'ENSEIGNEMENT (VINCENT VALENTIN)	345
Section I- L'encadrement législatif du port des signes religieux à l'école.....	347
Section II- Les données du contentieux	350
<i>§1- Combien d'affaires, devant quelles juridictions ?</i>	<i>351</i>
<i>§2- Les données sociales et géographiques</i>	<i>352</i>
<i>§3- Les signes et tenues concernés</i>	<i>352</i>
Section III- La portée normative de la loi de 2004.....	354
<i>§1- L'interprétation de la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse</i>	<i>354</i>
<i>§2- Les contentieux périphériques de la loi de 2004</i>	<i>357</i>
A- Les élèves en formation professionnelle	357
B- L'extension de la neutralité aux parents d'élèves.....	358
<i>Conclusion</i>	<i>359</i>
CHAPITRE III- LAÏCITE ET DROIT DE LA FAMILLE DANS LA JUSTICE (CHRISTINE PAUTI)	361
<i>Introduction : l'obligation de neutralité du juge face aux convictions religieuses au sein de famille.....</i>	<i>362</i>
Section I- Neutralité du juge et religion dans le couple.....	363
<i>§1- La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors de la formation du couple.....</i>	<i>363</i>
A- L'absence d'objection de conscience des officiers d'état civil validée par le juge constitutionnel.....	363
B- Un cas de nullité du mariage : l'appréciation par le juge de l'erreur sur les convictions religieuses en tant que qualités essentielles de la personne	364
<i>§2- La neutralité du juge confronté aux problématiques religieuses lors du divorce</i>	<i>366</i>
A-Le divorce pour faute en raison des convictions religieuses d'un conjoint non tolérées par l'autre ou d'une pratique religieuse excessive	366
1- Le manquement manifeste au devoir de neutralité du juge dans de rares contentieux.....	367
2- La neutralité du juge protectrice de la liberté religieuse des époux	368
3- La neutralité du juge compatible avec la sanction d'une pratique religieuse excessive de l'un des époux.....	370
B-L'opposition au divorce de la part d'un époux en raison de ses convictions religieuses.....	371
Section II- Neutralité du juge et religion de l'enfant	372
<i>§1- La neutralité du juge face au droit d'éducation religieuse, composante de l'autorité parentale sur l'enfant, même placé</i>	<i>374</i>
A-L'éducation religieuse : une composante <i>a priori</i> traditionnelle de l'autorité parentale	374
1- Une composante classique de l'autorité parentale	375
2- Une attention particulière à l'éducation religieuse dans certains textes	375
3- L'intervention du juge en cas d'éducation religieuse jugée contraire à l'intérêt de l'enfant : l'exemple du changement de prénom de l'enfant en lien avec des considérations religieuses.....	376
B-La neutralité du juge et le respect de l'éducation religieuse des parents de l'enfant placé.....	377
1- La persistance du droit d'éducation religieuse des parents de l'enfant placé.....	377
2- Le placement de l'enfant dans une famille ou une institution ne correspondant pas à l'orientation religieuse de la famille de l'enfant	378
3- Une neutralité moindre du juge face à l'enfant placé ?.....	379
C- La protection de l'enfant contre les abus des parents justifiés par des raisons religieuses	382
1- La protection par le juge de la santé physique de l'enfant en danger du fait des convictions religieuses de ses parents	382
a- Les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants	382
b- Les mesures d'assistance éducative au service de la vie ou de la santé de l'enfant.....	383
2- La protection par le juge de la santé psychique de l'enfant en danger du fait des convictions religieuses de ses parents	385
3- La protection par le juge de l'enfant contre la radicalisation d'un parent.....	388
4- La neutralité du juge et l'équilibre entre la liberté d'éducation religieuse des parents et les droits fondamentaux de l'enfant.....	393

§2- La neutralité du juge dans les procédures d'adoption	394
§3- La neutralité du juge dans le choix des modalités de garde de l'enfant de parents séparés.....	396
A- La neutralité du juge à l'épreuve des parents membres de « nouveaux mouvements religieux»	396
1- Les risques de discriminations en fonction de la religion des parents et de leur éducation religieuse.....	396
2- La neutralité du juge au-delà de l'appartenance à un nouveau mouvement religieux	401
B- La résidence de l'enfant dont l'un des parents part vivre dans un pays étranger en raison de ses convictions religieuses	403
C- Les accords conclus entre parents concernant la répartition de la garde des enfants en fonction des fêtes religieuses	404
§4- La neutralité du juge lors de conflits entre parents sur l'éducation religieuse de l'enfant	405
A- L'éducation religieuse de l'enfant, catalyseur de conflits lors de la séparation	405
B- La prise en compte d'éléments objectifs dans la décision des modalités d'exercice de l'éducation par des parents séparés : en particulier la poursuite de l'éducation religieuse antérieure au service de la neutralité du juge face à des parents divisés	407
C- L'interdiction d'éducation religieuse de l'enfant faite aux parents séparés de religion différente	411
D- La prise en compte de l'avis de l'adolescent sur son éducation religieuse dans les conflits parentaux	412
CHAPITRE IV- LA CIRCONCISION RITUELLE: UN TABOU EN QUETE DE STABILITE JURIDIQUE (CELINE FERCOT)	415
Section I- Le choix du droit français : « une louable tolérance »	422
§1- Une tolérance symptomatique du droit positif français	422
A- Une tolérance du législateur	422
B- Une tolérance du juge	424
1- L'entrée (tolérée) de la circoncision dans le champ du droit par l'effet de sa judiciarisation	424
2- Un juge qui prend parfois ses distances	432
§2- Une tolérance multifactorielle	433
Section II- Le traitement juridique de la circoncision : une question aux réponses multiples	435
§1- Les apports du droit comparé	435
A- La voie du « oui » : autoriser la circoncision	435
B- La voie du « oui mais » : encadrer la circoncision	435
1- Des voies différentes	436
a- Les audaces du droit allemand	436
b- Les droits d'Europe du Nord	439
c- Les incertitudes du droit suisse	440
2- Un encadrement <i>a minima</i> ou <i>a maxima</i>	441
C- La voie du « non » : interdire la circoncision	442
§2- Les évolutions à entrevoir en France	445
BIBLIOGRAPHIE	447
SIGLES ET ACRONYMES.....	463
LISTE DES ANNEXES.....	466
TABLES DES MATIERES	467
ANNEXES.....	474

ANNEXES

Annexe n°1- GRILLE ENTRETIEN AVOCATS (actualisée en novembre 2017)

L'entretien est anonyme. Toute réponse permettant d'identifier un avocat ne sera pas divulguée. Les questions sont ouvertes et des questions peuvent rester sans réponse.

Identité et parcours

- Age et sexe
- Depuis quand exercez-vous la profession d'avocat?
- Etes vous actuellement avocat libéral ou salarié ?
- Quel est votre domaine de spécialité ?
- A quel barreau êtes-vous inscrit? Dans quelle(s) ville(s) principalement exercez-vous ?
- Avez-vous une religion ? Laquelle ? Pratiquez-vous cette religion ?

I- LA LAÏCITÉ AU SEIN DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

PRINCIPES

- Quelle définition donneriez-vous du principe de laïcité en tant qu'avocat?
- Existe t-il, selon vous, une spécificité du service public de la justice au regard du principe de laïcité en comparaison des autres services publics (école, hôpital, prison notamment) ?
- Avez-vous reçu au cours de votre formation initiale ou continue (Université, IEJ, EFB...) un enseignement sur la laïcité ?
- Lors de votre formation à l'EFB, les élèves avocats pouvaient-ils porter des signes d'appartenance religieuse?
- Lors de votre formation à l'EFB, des demandes de modifications du planning de cours ou de dates d'examens ont-elles été demandées par des élèves pour des raisons religieuses ? Ont-elles été accordées?
- Considérez-vous la profession d'avocat comme participant du service public de la justice ? Et dans ce cas, vous considérez-vous soumis à une obligation de neutralité?
- Pensez-vous que le principe de laïcité a une signification ou une portée particulières pour les avocats par rapport aux autres auxiliaires de justice ?

CONDITIONS D'EXERCICE

- Savez-vous si, dans le barreau dont vous relevez, il existe des règles relatives à la laïcité ? Quelles sont-elles ? S'appliquent-elles dans les formations - initiales ou continues -s suivies par les avocats ?
- Les locaux où vous exercez et ceux dans lesquels vous avez exercé par le passé (tribunaux, cabinets, maisons de justice, maisons du barreau etc.), vous semblent-ils répondre aux exigences de laïcité ou traduisent-ils, pour certains, une orientation religieuse?
- Avez-vous des audiences le samedi ?
- Avez-vous travaillé dans des cabinets fermés certains jours de la semaine pour des raisons religieuses et/ou pour certaines fêtes religieuses?

EXPERIENCE PERSONNELLE

- Avez-vous déjà eu l'occasion d'exercer une objection de conscience ? Le cas échéant, était-elle en lien avec le facteur religieux ? Avez-vous fait l'objet, pour ces mêmes motifs, d'une demande de récusation de la part d'un requérant ? Avez-vous été témoin d'affaires où un magistrat a été récusé pour des raisons en lien avec la religion ? Avez-vous vous même déjà fait une demande en ce sens ?
- Avez-vous déjà personnellement porté des signes d'appartenance religieuse lors d'une audience ?
- Avez-vous déjà été confronté au cas de magistrats, d'avocats ou d'autres auxiliaires de justice portant un signe d'appartenance religieuse lors d'une audience ?
- Avez-vous déjà été confronté à des requérants ou des personnes dans le public portant un signe d'appartenance religieuse lors d'une audience ?
- Avec le recul, constatez-vous une évolution des pratiques et des comportements quant au port de signes d'appartenance religieuse ?
- Existe t-il des règles ou des pratiques dans les juridictions où vous plaidez liées à la laïcité ?
- Le calendrier de travail de votre profession/ de votre pratique personnelle est-il adapté à un ou des « calendriers religieux » (fêtes et repos hebdomadaire par ex.) ?
- Avez-vous déjà demandé, pour vous ou votre client, un report d'audience pour respecter une fête religieuse ou le shabbat ?
- Avez-vous déjà été confronté à un refus d'assistance de la part de requérants en raison de votre patronyme ou de votre sexe ?
- Avez-vous déjà été confronté à des requérants contestant la présence d'un magistrat ou d'un auxiliaire de justice (ex. interprète) en raison de son patronyme ou de son sexe ?

II- LA LAÏCITÉ ET L'AVOCAT EN TANT QUE DEFENSEUR

- Que signifie selon vous une « justice laïque » ? Est-ce un objectif réalisable quand le jugement porte sur une question en lien avec la religion ?
- Avez-vous plaidé sur des contentieux ayant une dimension religieuse au cours de votre carrière ?
- Avez-vous, en tant que défenseur, choisi de prendre appui sur la dimension religieuse de certaines affaires ou au contraire de l'écartier ?
- Avez-vous été confronté à des difficultés dans ce type de contentieux ? Quelles étaient les religions concernées ? Certaines de ces affaires impliquaient-elles un mineur ?
- La religion est-elle un fait traité comme un autre ?

Annexe n°2- GRILLE ENTRETIEN MAGISTRATS (actualisée en novembre 2017)

L'entretien est anonyme. Toute réponse permettant d'identifier un magistrat ne sera pas divulguée. Les questions sont ouvertes et des questions peuvent rester sans réponse.

Identité et parcours

- Age et sexe
- Depuis quand exercez-vous la profession de magistrat?
- Anciens postes dans la magistrature et en dehors
- Poste actuel, début d'exercice, et localisation
- Domaine de spécialisation actuel
- Avez-vous une religion ? Laquelle ? Pratiquez vous cette religion ?

I- LA LAÏCITÉ AU SEIN DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

PRINCIPES

- Quelle définition donneriez-vous du principe de laïcité en tant que magistrat?
- Existe t-il, selon vous, une spécificité du service public de la justice au regard du principe de laïcité en comparaison des autres services publics (école, hôpital, prison notamment) ? Le principe de neutralité est-il justifié pour les fonctionnaires ? Quelle est, selon vous, sa finalité ?
- Avez-vous reçu au cours de votre formation universitaire ou professionnelle (ENM, ENA, Université...) un enseignement sur la laïcité ?
- Lors de votre formation était-il possible pour les élèves de porter des signes d'appartenance religieuse?
- La prestation de serment des magistrats jusqu'en 2016 incluait la formule de s'engager à « garder religieusement le secret des délibérations ». Qu'avez-vous pensé de cette formule et que pensez-vous de son abrogation ?
- L'interdiction pour les magistrats de porter des signes d'appartenance religieuse vous semble t-elle justifiée et respectée? Est-elle, selon vous, justifiée pour tous les fonctionnaires ?

CONDITIONS D'EXERCICE

- Les locaux dans lesquels vous exercez et ceux dans lesquels vous avez exercé par le passé, vous semblent-ils répondre aux exigences de laïcité ?
- Existe t-il des règles ou des pratiques dans les juridictions où vous avez exercé liées à la laïcité ? Notamment, les « calendriers religieux » (fêtes et repos hebdomadaire par ex.) sont-ils pris en compte pour fixer les calendriers d'audience ?

EXPERIENCE PERSONNELLE

- Avez-vous déjà eu l'occasion d'exercer une objection de conscience ? Le cas échéant, était-elle en lien avec le facteur religieux ? Avez-vous fait l'objet, pour ces mêmes motifs, d'une demande de récusation de la part d'un requérant ?
- Avez-vous déjà rencontré des problèmes avec des requérants du fait de votre patronyme ou de votre sexe ? Avez-vous été confronté à des requérants contestant la présence d'un auxiliaire de justice (ex. interprète) pour cette raison ?

- Dans la juridiction où vous travaillez, existe-il des règles sur la question du port de signes religieux ? Ces règles s'étendent-elles au personnel non-auxiliaire de justice travaillant dans les locaux ?
- Avez-vous déjà été confronté au cas de magistrats, d'avocats, d'autres auxiliaires de justice portant un signe d'appartenance religieuse lors d'une audience ?
- Avez-vous déjà été confronté à des requérants ou des personnes dans le public portant un signe d'appartenance religieuse lors d'une audience ?
- Avec le recul, constatez-vous une évolution des pratiques et des comportements quant au port de signes d'appartenance religieuse ?

II- LA LAÏCITÉ DANS LES DECISIONS DE JUSTICE

- Que signifie, selon vous, « rendre une justice laïque » ? Est-ce un objectif réalisable quand le jugement porte sur une question en lien avec la religion ?
- Avez-vous statué sur des contentieux ayant une dimension religieuse au cours de votre carrière ?
- Avez-vous été confronté à des difficultés dans ce type de contentieux ? Quelles étaient les religions concernées ? Certaines de ces affaires impliquaient-elles un mineur ?
- La religion est-elle un fait traité comme un autre ?

Annexe n°3

EXTRAITS DES ENTRETIENS

QUESTION TRANSVERSALE : LA JUSTICE, UN SERVICE PUBLIC COMME UN AUTRE ?

La question précise posée aux avocats interviewés était la suivante : « **Existe t-il, selon vous, une spécificité du service public de la justice au regard du principe de laïcité en comparaison des autres services publics (école, hôpital, prison notamment) ?** »

La question précise posée aux juges interviewés était la suivante : « **Existe t-il, selon vous, une spécificité du service public de la justice au regard du principe de laïcité en comparaison des autres services publics (école, hôpital, prison notamment) ? Le principe de neutralité est-il justifié pour les fonctionnaires ? Quelle est, selon vous, sa finalité ?** »

Tous les magistrats ou avocats n'ont pas répondu à cette question, la question n'ayant manifestement pas été posée systématiquement ou ces derniers n'y ayant pas apporté de réponse.

- I. *Réponses des avocats*
- II. *Réponses des magistrats*

I. Réponses des avocats

Oui elle doit se poser dans le cadre du contentieux, on ne peut pas faire comme si elle n'existait pas

Oui, dans la mesure où la justice a pour rôle , précisément, de mettre en œuvre les règles régissant la vie sociale. La laïcité en étant une, un surplus de rigueur est souhaitable pour apprécier la place de la religion dans l'œuvre judiciaire.

On peut l'espérer.... Ses usagers peuvent faire état de leurs convictions religieuses pour faire état de leurs droits, et arborer des signes religieux publiquement lors des audiences par exemple. Mais cette affirmation ne repose sur aucune donnée scientifique. Juste un témoignage de choses vécues, mais dans les audiences particulières d'éloignement des étrangers.

Aucune différence.

Non

Plaider devant un magistrat non neutre (par ex le JAF qui serait voilé) peut poser problème

Non

Bah je dirais que non, mais peut-être que dans certaines expériences personnelles mais que je n'ai pas vécues pour le coup, peut-être qu'il peut y avoir certaines spécificités, je

pense notamment aux enfants dans le service public, enfin qui seraient confrontés à une audience en tant que partie civile, en tant que prévenu, où il pourrait leur être cette fois-ci pas refusé ou dénié le droit de porter leur signe religieux de manière ostensible. Mais sinon je n'en vois pas, à part celle là il n'y en a pas vraiment qui me vienne à l'esprit. Mais peut-être aussi au regard de la définition large que je peux avoir ...

Cette question est intéressante. Je dirais : certainement, car dans l'école on a le principe de l'école privée, que je préfère appeler « école libre » ; car je suis contre l'école privée, mais pour l'école libre. C'est paradoxal ; pour moi, l'école privée, c'est une boîte à fric ; l'école libre, au contraire, c'est pour moi une école qui est effectivement dans le régime privé pourvu qu'elle soit sous contrat. C'est-à-dire que l'enseignement est le même pour tout le monde, les profs sont payés par l'Education nationale, mais il y a des choses en plus, notamment les locaux, qui appartiennent à un OGE (Organisme de gestion de l'enseignement catholique) qui gère ça, vous voyez. Donc c'est un peu différent, et il y a des cours d'éthique, ou d'enseignement religieux, etc. Quand c'est pas sous contrat, ça me gêne beaucoup, par contre, car on se met en dehors (« nul n'est une île », je ne sais plus quel philosophe disait ça) ; on fait partie de la société, au même titre voilà (...). Donc, l'école, c'est particulier.

L'hôpital et la prison, là vous avez des aumôniers, mais l'armée aussi, d'ailleurs, hein, il y a des aumôniers militaires. Il y a des aumôniers à l'hôpital, des aumôniers dans les prisons, qui sont reconnus comme tels, avec un statut particulier.

Dans la justice, cette notion ne doit en aucun cas apparaître. On ne doit pas prendre en considération le critère religieux ; ça c'est le principe général. Néanmoins, dans certains cas, le juge, notamment dans les affaires familiales, doit prendre en considération certains principes religieux dès lors que l'on est dans des dérives sectaires. Moi j'ai pas mal travaillé avec l'association de défense..., l'ADFI là, il y a longtemps que j'ai pas eu de contacts avec eux, mais on en a eu pas mal, avec le problème des Témoins de Jéhovah en particulier, parce que je me souviens d'une affaire où le papa demandait un très large droit de visite alors qu'il était Témoin de Jéhovah ; alors on m'a dit « ça c'est embêtant », pas tellement pour les problèmes de transfusion sanguine, quoique c'était un souci, mais surtout pour les problèmes d'inculquer des notions etc. Et alors là j'étais intervenu, monté un peu au créneau auprès des magistrats, qui avaient entendu ça, hein, qui avaient dit : bah il faut qu'il y ait des garde-fous pour éviter ça, pour éviter que des enfants petits ne soient influencés d'une manière excessive. Néanmoins, en matière de droit, on a quelques fois de grandes difficultés, lorsque les parents, dans le cadre d'un divorce (il faut être clair, dans le cas d'une séparation d'un couple même non marié, les enfants sont souvent l'enjeu du conflit, et notamment il y en a un qui va essayer d'appuyer là où ça fait mal, ie par exemple si un enfant qui doit faire sa première communion ou sa confirmation etc., l'autre va dire « je ne veux pas », et là la position de l'Eglise est très claire, puisque j'ai été interrogé à plusieurs reprises par des prêtres du Diocèse, la position est très claire : bah il faut l'accord des deux, puisque c'est l'un des critères de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, sauf à l'un des parents à saisir ou le juge aux affaires familiales ou le tribunal pour enfants s'il y avait vraiment danger, je pense notamment aux transfusions sanguines, pour demander l'autorisation de passer outre. Et en dehors de ce critère, évidemment, on va dire : bah voilà, on va attendre qu'il soit majeur. Effectivement le critère c'est d'éviter qu'il y ait des influences néfastes ; en effet, l'actualité a donné ... dans des dérives sectaires, il peut y avoir des choses extrêmement gênantes, puisque la frontière entre dérives sectaires et religion classique est quelques fois un peu ténue, selon les pays ; par exemple, les Témoins de Jéhovah ne

sont pas en France considérés complètement comme une secte, tandis qu'en Belgique ça l'est. L'Opus Dei, même chose, c'est très très contrôlé en Belgique, et beaucoup moins en France. Vous voyez, je prends deux exemples extrêmement différents, mais c'est vrai qu'il faut être assez vigilant là-dessus. De la même manière, le juge ne peut en aucun cas prendre en compte, en dehors d'un danger pour les enfants (le critère, c'est l'intérêt de l'enfant en matière de droit de la famille), il ne peut en aucun cas prendre en compte le critère religieux quoi... en disant « ben moi je suis protestant ou catholique, donc je vais plutôt donner raison à celui qui est protestant ou catholique, quoi ». Voilà. Donc je considère qu'il y a une spécificité de très grande prudence et de très grande neutralité. Sachant qu'en droit de la famille, le critère c'est l'intérêt de l'enfant.

Je pense que l'exigence de laïcité est particulièrement importante devant la justice, précisément parce que c'est la seule manière de pouvoir rendre une justice qui ait vocation à être universelle, et qui ait vocation à ... comment dire... à s'exciper de l'arbitraire, ou du subjectif, ou du personnel, c'est-à-dire on tend de l'individuel vers l'universel, et donc, encore une fois, c'est une garantie, et je ne vois pas comment la justice pourrait être autrement que laïque. Si, je vois comment elle pourrait être, mais à ce moment là, elle ne porterait plus le nom de justice au sens où on l'entend dans notre démocratie contemporaine.

Dans le registre de la laïcité ? Non, moi je vois pas, non.

Je trouve qu'il ne devrait pas y en avoir, c'est théorique hein, mais il ne devrait pas y en avoir. C'est-à-dire qu'à un moment tu t'exprimes sur des choses de ta vie privée, mais à l'école aussi, à l'hôpital aussi. A partir de quel moment, tu vois, c'est un peu pour la frontière, mais à partir de quel moment... non, je pense qu'il ne devrait pas y en avoir.

Il y a des agents publics, au sein du service public de la justice, donc les magistrats, les greffiers, etc. qui sont astreints à la même neutralité que peuvent l'être les professeurs ou les agents administratifs, les médecins, les infirmiers du service public hospitalier, etc...: donc on peut dire qu'en termes de statut, il n'y a pas de particularité. En terme de symbole, ça peut peut-être se discuter mais je pense que l'indépendance et la neutralité est encore plus importante quand un juge rend une décision que quand un médecin soigne un patient. Moi, je suis très attaché au principe de neutralité. C'est effectivement important qu'un médecin ne manifeste pas ses convictions religieuses mais, en théorie, cela n'a pas ou du moins cela ne devrait pas avoir d'incidence sur l'acte médical lui-même. Mais un juge, lorsque cela touche à certains sujets peut-être, on suspecterait sa décision de partialité s'il manifestait une appartenance ou des convictions religieuses ne serait-ce qu'en montrant par dessus sa robe une croix par exemple. On pourrait penser, même s'il a tout à fait le droit d'avoir des convictions religieuses par ailleurs, que le fait de les manifester en cours d'audience peut donner à penser que ses convictions priment sur sa fonction ou sont mêlées à sa fonction et donc qu'il va rendre une décision qui peut-être peut être va être influencée par la religion. Sans doute dans 90% des cas le procès est totalement déconnecté de ce questions là mais quand on touche à des questions familiales par ex. , dans certaines affaires pénales, certaines affaires en droit du travail – même si en l'occurrence en première instance ce ne sont pas des magistrats professionnels- c'est vrai qu'il peut y avoir une suspicion. C'est l'un des pires torts qu'on pourrait faire à la justice que de ne pas être impartiale. En termes de symbole c'est donc particulièrement important que la laïcité soit respectée. Donc là on parle des agents

publics, les greffiers, les magistrats... on va aborder la question des avocats à un autre moment je pense.

Plutôt non pour les quatre même si l'exigence de neutralité leur paraît essentiel dans le cadre de la justice. Deux d'entre eux opèrent un lien avec l'impartialité du juge

L'acte de juger exige une impartialité totale, donc une neutralité totale, donc le principe de laïcité d'autant plus fondamental ; car c'est un acte grave l'acte de juger. Est-ce qu'il y a une gradation par rapport à l'école ? Cela doit être plus important que ca soit appliqué avec plus de rigueur dans le monde judiciaire. A l'école, ce qui importe c'est la transmission de la non discrimination et de l'ouverture d'esprit pour les élèves. Peut-être que le principe de laïcité a besoin de s'exprimer de façon moins rigoureuse.

Non

Je ne pense pas qu'il existe une application spécifique à la justice, mais on a, entre guillemet, un devoir de neutralité pour les magistrats qui ne s'applique pas aux avocats. Mais, (il hésite).. Cette spécificité, si elle existe, je n'y ai pas été confronté. Si on pense au système hospitalier, il y a effectivement des applications concrètes, des cas, notamment pour les praticiens.

Non, ils sont tous neutres, le médecin soigne tout le monde. Il soigne même les assassins, quand il voit quelqu'un arriver avec un ou deux pistolets dans la main, il sait que ce n'est pas formidable. L'école en principe ne fait pas d'endoctrinement. Non, non, je ne vois pas de spécificité violente. Les religieuses dans les hôpitaux portent un foulard sur la tête, un voile. Je ne vois pas de différences, on doit défendre tout le monde, on doit soigner tout le monde.

Non, ils sont tous neutres, le médecin soigne tout le monde. Il soigne même les assassins, quand il voit quelqu'un arriver avec un ou deux pistolets dans la main, il sait que ce n'est pas formidable. L'école en principe ne fait pas d'endoctrinement. Non, non, je ne vois pas de spécificité violente. Les religieuses dans les hôpitaux portent un foulard sur la tête, un voile. Je ne vois pas de différences, on doit défendre tout le monde, on doit soigner tout le monde.

A l'école et dans les hôpitaux, la situation est différente. Selon moi, pour la justice, il n'est pas nécessaire de plus légiférer. Parce que... après.... dans les hôpitaux.. (Elle hésite).. Enfin... je ne sais pas de quel fait religieux on parle ici.

Dans mon exercice, à titre personnel, je n'ai jamais vu un problème dans les tribunaux. En même temps, je ne conseillerais jamais à ma cliente de venir voilée au tribunal ou à la préfecture.

Je pense que c'est un sujet sensible. Nous avons tous une idée haute, une attente d'impartialité de la part de la justice. Il faut alors faire d'autant plus attention. En ce sens, je comprends qu'on puisse chercher des accommodements à l'hôpital afin de s'adapter aux personnes. Il faut sauver la personne et il faut respecter ses choix, ne pas la laisser « crever » si elle refuse de se faire soigner par un homme. Dans la justice, le sujet est différent, si une personne ne reconnaît pas la justice de son pays ou cherche à l'adapter alors il n'a pas sa place.

Moi je pense qu'il y a effectivement une spécificité. Si on commence à agir comme ce que l'on a fait dans les universités, les hôpitaux, dans le milieu carcéral ce n'est pas possible, ça ne va pas aller. Le Tribunal est quand même la bouche de la loi si on reprend Montesquieu. Si on veut incarner la loi on est là pour vraiment la faire respecter. Il y a autant d'école que de juge.

Quoiqu'il en soit les juges devraient faire l'effort, car ce n'est pas des profanes. Ils savent lire un texte de loi, ils comprennent ce qu'est la laïcité, et devraient donc être le symbole de la loi de 1905 dans son intégralité et avec ses articulations futures. En tout cas, ils devraient représenter, dans leur déontologie, dans l'application de leur neutralité, cette laïcité.

Et plus qu'un instituteur, qu'un urgentiste ?

Pourquoi plus : car le droit, eux, ils le connaissent. Les instituteurs on peut toujours les excuser. Une personne qui représente un service public ce n'est pas nécessairement une personne qui sait tout sur tout. Un instituteur il peut avoir sa conviction, sa vision de l'histoire. On peut donc être plus sympathique avec un instituteur qui connaît moins le principe de laïcité dans ses déclinaisons juridiques qu'un juge qui incarne le droit et fait respecter le droit.

Je pense qu'il faut être plus intransigeant vis-à-vis des magistrats.

Cela passerait par quoi d'être plus intransigeant ? Le mot est fort.

Cela passerait par, d'abord étudier s'il y a vraiment des problèmes devant les magistrats et si tel est le cas que les magistrats ne s'en tiennent qu'à l'application du droit, qu'ils n'aillent pas chercher dans leur idées personnelles, leurs conceptions politiques de la laïcité et en rester à une conception juridique.

A mon sens, il y a une spécificité de ce service public puisque (hésitation) c'est quand même au-delà d'être un service public un pouvoir constitutionnel, même si la constitution parle d'autorité.

Ce n'est pas l'hôpital, même si évidemment dans les hôpitaux on fait des choses absolument remarquables : là les magistrats jugent au nom du peuple français. C'est une justice indépendante et neutre, c'est quand même le fondement même de la démocratie et à mon sens ça le sera de plus en plus. On le voit bien, que ce soit aux Etats-Unis ou ça a toujours un peu existé, ou en France ou ça commence, les juges ont une importance de plus en plus grande, parce que maintenant, grâce à la QPC on peut remettre en cause la loi. Avant il n'y avait que les parlementaires qui pouvaient remettre en cause la loi, maintenant les juges en transmettant les QPC au conseil constitutionnel peuvent aussi remettre en cause une loi vieille de deux cent cinquante ans. Donc non, ce n'est pas un service public comme les autres.

Après, en termes de laïcité, justement parce que ce n'est pas un service public de neutralité, parce que ce n'est pas un service public comme les autres, il doit être d'autant plus exigeant. Encore une fois je serais beaucoup moins choqué de voir une infirmière ou un médecin avec un signe ostentatoire que de voir un magistrat avec un signe ostentatoire. Et d'ailleurs j'imagine que dans des cliniques privées il peut y avoir des signes ostentatoires, en revanche il n'y a pas encore, j'espère qu'il n'y en aura jamais, de tribunaux privés.

Il y a l'arbitrage... mais bon..

La justice est singulière car elle est empreinte de la personnalité du justiciable. À l'école, on apprend un programme, on est dans un autre sens. C'est en ce sens que pour moi, il

se distingue. Sur le sujet religieux, il a un côté, je pense, plus solennel, de penser la chose, plus distant que par exemple dans un hôpital où la question de la transfusion de sang va se poser, mais sur un autre registre.

Le caractère propre du service public de la justice au regard du principe de laïcité c'est que c'est là que l'on va plaider les dossiers sur la laïcité et trancher les questions. Ce qui peut être le cas dans un hôpital mais on ne le vit pas du tout de la même manière. Enfin si, justement, on le vit au quotidien, il peut y avoir des décisions prises mais elles seront contestées in fine devant le juge.

La spécificité de la justice c'est que c'est le dernier ressort, et c'est de là que vont partir les règles, in fine de ce que l'on aura le droit de faire, le droit de mettre en œuvre ou de ne pas mettre en œuvre.

Concernant cette mise en œuvre du principe de laïcité, pensez-vous qu'il faudrait avoir une application différente de ce principe selon le service public concerné ? Pensez-vous que l'obligation de neutralité des fonctionnaires d'une école, d'un hôpital, doit-être autant contrôlée que celle d'un tribunal ?

Oui, bien sûr, elle doit être autant contrôlée et de la même manière qu'on ne pourrait pas mettre un crucifix dans une salle de classe ou dans une chambre d'hôpital, on ne peut pas en mettre dans un palais de justice.

Il y en a forcément une, maintenant... je n'ai pas forcément d'exemple en tête par rapport à ça.

Oui, d'une certaine manière parce qu'on n'est pas sur les mêmes publics et donc pour moi, la neutralité doit être peut-être plus importante que celle du service pénitentiaire. Alors, après, ça dépend de l'aspect qui nous intéresse, les gardiens ou la façon d'organiser le service public.

Qu'en prison on organise le service public pour respecter les cultes ça me paraît nécessaire, d'une certaine manière. Que la justice s'organise autour du respect des cultes, ça me poserait plus de souci.

Pour moi, nous sommes différents, ici il y a quelqu'un qui juge, qui prend des décisions. La décision peut avoir des incidences importantes et la décision pourrait être biaisée si la laïcité n'était pas respectée. Après, j'ai peut-être une vieille représentation de la justice qui doit être pour moi une incarnation. Et ici, la laïcité doit être protégée.

Non je ne crois pas qu'il y ait de spécificités de la justice. En soi, la justice doit être laïque comme tous les autres services publics. La circonstance qu'elle ait parfois à trancher des litiges mettant en cause les autres services publics, l'oblige simplement à être encore plus rigoureuse que les autres services publics dans l'application du principe de laïcité. Un accommodement, comme on dit aujourd'hui et comme on disait autrefois, avec les principes, peut être tolérable de la part de certains services public, peu exposés au public en quelque sorte. Il serait inacceptable de la part du service public qui doit trancher les litiges et notamment les litiges de laïcité.

Moi je n'ai rien à dire à la justice du point de vue du respect du principe de laïcité. Je ne vois pas d'exemples de comportements ou de pratiques qui y seraient contraire. Alors que j'en vois du côté des services public communaux. Ou dans la représentation. L'État par exemple, est loin d'être toujours neutre dans ses comportements avec les religions. On voit à certaines cérémonies officielles, où l'on invite toujours les représentants du

culte catholique et que l'on oublie parfois les autres. J'en connais d'autres aussi que l'on m'a raconté. Mon épouse était conseillère départementale et parlementaire et elle a eu pas mal de taches de représentation à un moment ou à un autre. Elle m'a dit que ça arrivait assez fréquemment que les religions ne soient pas sur un pied d'égalité dans la représentation officielle, et que les athées, agnostiques et autres, incroyants en soi, ne soient encore moins sur un pied d'égalité. Un autre service à mon avis, ou le Conseil d'État doit d'ailleurs être requérant, typiquement en violation du principe de neutralité, c'est la télévision, qui diffuse volontiers la messe mais qui n'a jamais accepté de diffuser des émissions de la libre pensée ou autre.

Avez-vous d'autres exemples comme ceux-là ?

Il y a la télévision, il y a les cérémonies. Dans les décisions du Conseil d'État, ce sont des décisions qui ont fait beaucoup couler d'encre l'an dernier, à propos de solutions complètement boiteuses par lesquelles le Conseil d'État a dit que certaines crèches de Noël pouvaient ne pas être religieuses. Il me semble que le Conseil d'État a rendu un arrêt, d'abord extrêmement difficile à appliquer sur le plan très sinusoïdal en l'avis contraire à la loi de séparation. Si, il y a d'autres arrêts du Conseil d'État qui posent problème aussi, que l'on peut citer.

Je ne pensais pas que l'on était sur ce genre de questions, je ne m'en souviens plus exactement. Le Conseil d'État a validé au nom de la supériorité des traités sur le droit interne, des accords particuliers entre la France et le Vatican qui me semble être contraires à la neutralité religieuse. Il y avait des fondements juridiques solides qui étaient effectivement la suprématie du droit international. Car si la laïcité est un principe de valeur constitutionnelle, la séparation de l'Église et de l'État, c'est un principe de valeur législative.

II. Réponses des magistrats

Alors, moi, franchement, comme ça, au point de vue de la neutralité du SP, non, moi je ne trouve pas, en tout cas comme ça, je vous dirais non, spontanément.

Est-ce que c'est nécessaire ? Oui, pour moi, c'est même fondamental ; pour que les justiciables, et donc les usagers du SP de la justice puissent bénéficier de la laïcité, enfin pour moi c'est quand même permettre à chacun de se sentir libre s'ils voient, s'ils ont le sentiment que le SP (il y a un principe d'égalité des usagers devant le SP) a une accointance particulière avec une religion, ou au contraire prône un athéisme violent, pour moi c'est problématique ; pour moi, on a une exigence en tant que fonctionnaire, en tant que magistrat, évidemment forcément plus forte qu'un usager lambda, puisqu'on représente une institution, on représente un SP, et donc c'est important que les justiciables, quelle que soit leur religion, ou leur non religion, puisque c'est aussi, enfin les athées, tout le monde doit se sentir bien pour vivre ensemble.

Pour moi, c'est justifié, et la finalité, c'est que la neutralité ne soit pas un vain mot. Oui, donc pour moi par exemple, les crèches, je pensais à ça ... je trouve ça logique de les interdire, quoi ; je suis en phase avec la jurisprudence de ma juridiction, quoi. Bon, parce que après, bon, dire que c'est culturel, oui, tout est culturel quoi, mais bon. Après, je l'entends aussi, je peux l'entendre aussi, mais bon, moi je trouve que c'est pas culturel, je trouve que les mots ont un sens, que les choses elles ont un sens, et qu'une crèche elle n'a pas nécessairement sa place dans un tribunal, ou dans une mairie, mais tout comme

un autre signe religieux, enfin évidemment, bon après c'est l'histoire de France... on ne peut pas aussi... enfin, pour moi, oui, c'est nécessaire.

Enfin, moi j'ai quand même peut-être un peu la déformation professionnelle du juriste, c'est-à-dire que je vois des spécificités à l'école, dans les hôpitaux et dans les prisons ... mais tu vois, je réponds peut-être à l'envers, c'est-à-dire qu'à l'école, je vois des spécificités comme des interdictions, notamment concernant le port du voile ; à l'hôpital, des impératifs de sécurité, mais c'est presque des spécificités de ces endroits et de ces services publics, par rapport au principe général. Mais alors une spécificité du service public de la justice, précisément ... non, je n'en vois pas.

Donc ça serait l'inverse ? Oui, j'ai l'impression qu'il y a presque plus de spécificités, enfin voilà, tu mets école / hôpital / prison notamment, mais il se trouve que dans ces trois services publics, j'en vois ; j'en vois par rapport au service public de la justice, par rapport même au principe général, mais alors service public de la justice, euh ... non, j'en vois pas.

Le principe de neutralité ... alors, après, il faudra peut-être que j'y réfléchisse, parce que j'imagine qu'il y en a.

Le principe de neutralité est-il justifié pour les fonctionnaires ? oui. Quelle est selon vous sa finalité ? Et bien c'est un peu la conséquence de la définition que j'ai donnée au principe de laïcité : ça permet d'assurer le principe de neutralité de l'Etat vis-à-vis des usagers du service public. Donc sa finalité elle est simple : c'est en réalité de permettre le respect du principe de laïcité dans l'un de ses aspects. Est-ce qu'il y en a d'autres ? Oui, il y en a d'autres, qui sont un petit peu liés quand même, mais ... sa finalité, c'est aussi de faire en sorte que soit assuré le principe d'égalité, notamment pour que les usagers n'aient pas l'impression que certaines croyances, certaines couleurs, religieuses, politiques, ... ne donnent pas l'impression aux usagers qu'on les favorise ou qu'on les désavantage en fonction des convictions personnelles de ... alors, pour celui qui rend la justice, c'est-à-dire le magistrat, c'est très clair, mais même pour le fonctionnaire en charge du service, quoi : le professeur, le médecin, et autre. Tu veux que je développe beaucoup ou pas ? Parce que comme je n'y ai pas réfléchi...

Je ne vois pas en quoi il y aurait une spécificité, c'est l'inverse. Elle est surtout moins grande que par rapport à l'école ; on est beaucoup moins confronté à cet aspect que ne l'est l'école ou que ne l'est la prison. On y est peu confrontés parmi les agents, ça peut arriver mais c'est marginal ; par rapport aux collègues, ça peut arriver mais ça reste marginal, par rapport au public, aux dossiers, on a les affaires que renvoient la société (affaires d'éducation en cas d'exclusion du collège ; quelques affaires en matière électorale en matière de collectivités locales à cause de ça car ici par de séparation ; ici sauf par le biais de disciplinaire, on ne voit pas trop apparaître de problèmes de relations entre usagers/hôpital si ce n'est par le biais des sanctions)

Le principe de laïcité n'a pas plus ou pas moins de résonance que pour les autres agents publics.

C'est un peu différent par rapport au judiciaire qui a accès à la prison, la relation au pénal où la religion est plus présente.

Nous, en tant que service public, pour les agents qui sont dans les tribunaux, ça reste parfaitement marginal. On n'a pas de problème par rapport à ça dans le quotidien de nos juridictions. Moi, dans toute ma carrière, j'ai vu une seule magistrate qui aurait pu poser problème.

Le problème est plutôt de savoir si les convictions peuvent être biaisées par les

croyances. La croyance religieuse ou la croyance laïque rejoint des croyances politiques. C'est peut-être plus sournois mais tout aussi dangereux que les croyances politiques. Quand vous avez quelqu'un qui est à l'Opus Dei, il va voir les dossiers avec les Yeux de l'opus dei. Risque similaire pour quelqu'un proche de la droite très très droite. Le risque est similaire.

On est beaucoup moins sollicités directement par la question. Encore que, si je me souviens bien, dans les dernières années, on a eu des stagiaires et la question a été évoquée mais je ne me souviens plus exactement, c'est un vague souvenir. Il me semble que c'était par rapport à une stagiaire qui s'est présentée avec un foulard (interroger Pierre François Racine qui était le président de la Cour à l'époque). On a eu parfois la visite de magistrats algériens à la Cour mais je n'ai pas vu du tout de signes religieux, c'était d'anciens cadres du parti recasés au Conseil d'Etat algérien. Dans les greffes, on peut imaginer ce genre de questions, dans ces dernières années c'est possible.

Dans le fonctionnement, je ne pense pas qu'il y ait de spécificité. Mais oui, on a affaire à la religion quand elle est prise comme un critère de discrimination ou comme circonstance aggravante d'une infraction.

Le principe de neutralité est justifié pour les magistrats en général. La neutralité est un principe absolu pour les magistrats. Nos décisions doivent être dissociées de toute connotation religieuse mais ce n'est pas toujours le cas : j'imagine qu'il y a eu dans des périodes pas si anciennes que cela des magistrats qui n'avaient pas la même vision du divorce selon qu'ils étaient catholiques ou autre. La religion du justiciable ne doit pas être un critère dans la prise de décision.

Ce sont trois services publics qui doivent, comme la justice, prendre en compte les opinions religieuses des personnes dont ils ont la responsabilité. Pour soigner, pour détenir, pour éduquer et pour juger, à un moment donné, on doit intégrer cette donnée dans notre décision par respect de la personne dont on a la charge et pour la qualité des réponses que l'on donne. Alors qu'il y a d'autres services publics, par ex. dans le domaine de l'emploi, qui, de façon beaucoup plus générale, peuvent avoir une conception de la laïcité consistant à ne pas s'occuper de la dimension religieuse.

A mon sens, le principe de laïcité s'applique de la même manière au service public de la justice, tout en trouvant un écho particulier dans le principe d'impartialité des magistrats. Le principe de neutralité vise au respect (indifférent) des convictions religieuses, sans hégémonie d'une religion.

L'acte de juger exige une impartialité totale, donc une neutralité totale, donc le principe de laïcité d'autant plus fondamental ; car c'est un acte grave l'acte de juger. Est-ce qu'il y a une gradation par rapport à l'école ? Cela doit être plus important que ça soit appliqué avec plus de rigueur dans le monde judiciaire. A l'école, ce qui importe c'est la transmission de la non discrimination et de l'ouverture d'esprit pour les élèves. Peut-être que le principe de laïcité a besoin de s'exprimer de façon moins rigoureuse.

Oui pour les deux en raison d'une exigence d'impartialité renforcée qui pèse sur les magistrats

Je ne vois pas de spécificité, ni ce qui pourrait la justifier ; bien au contraire, le service public de la justice est aussi un lieu où trouvent à s'appliquer pleinement ces principes, par exemple dans les services prenant en charge les mineurs délinquants (services et foyers de la Protection Judiciaire de la Jeunesse) ou les condamnés (Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation).

Le principe de neutralité est la garantie pour le citoyen qu'il s'adresse, à travers le fonctionnaire, à tout un appareil d'Etat, toute une organisation sociale qui va lui permettre d'être ce qu'il est, de croire ce qu'il veut et qu'il ne sera pas traité différemment de son voisin. En ce sens, il est parfaitement justifié.

Vous concourez au service public de la justice, considérez-vous ce service public comme un autre ou pensez-vous qu'il lui existe une spécificité, notamment au regard du principe de laïcité ?

Je pense que ça dépend des missions du service public. Pour moi le juge ou l'avocat général qui représente l'État, c'est d'ailleurs pour ça qu'il porte une robe, doit vraiment représenter l'État donc il ne doit pas avoir de marqueurs sociaux, culturel ou religieux.

Vous pensez que la justice est un service public comme les autres ?

Non, ce n'est pas un service public comme les autres. Nous sommes dans la constitution et nous sommes le seul. Ce n'est pas rien, c'est le troisième pilier de la démocratie.

Moi je ne crois pas à la neutralité, je crois à l'impartialité mais pas à la neutralité. Car je trouve que l'on est pas sur une tour d'ivoire, on est construit aussi avec une histoire, un parcours personnel avec des convictions religieuses, politiques, syndicales, philosophiques et non, nous ne sommes pas neutres, nous sommes différents les uns des autres. Nous ne sommes pas non plus la bouche de la loi, dans le sens que ce serait univoque comme manière de lire la loi, non. La loi elle se lit et peut se lire avec des éléments qui sont extérieurs au texte lui-même. Un texte doit s'appliquer dans une situation concrète et la façon dont cette situation concrète réagit par rapport aux signes, à ce qu'on est, à ce qu'on pense, à ce qu'on croit, etc.

Je pense que cela a un impact dans le sens de « quel va être le ressort de ce qui va conduire à prendre la décision ? quels sont les ressorts qu'on met en œuvre pour mettre en œuvre ses décisions ? Et il ne s'agit pas juste d'interpréter un texte en fonction de la loi, de la jurisprudence et en fonction, en dernier ressort, de ce que chacun est, de ce qu'il pense, de la vision qu'il a. Le personnel hospitalier est dans une situation différente car il y a des soins à apporter, sauf pour les questions de fin de vie.

Oui, je pense qu'on est moins confronté à des problématiques liées à la religion que dans les hôpitaux notamment ; moi, je n'ai jamais vu ni entendu parler d'un justiciable qui refusait d'être jugé par une femme.

Au niveau de la justice, l'exigence d'impartialité est très forte et de plus en plus forte, beaucoup plus que quand j'ai débuté. C'est dû à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et c'est une exigence de la part du justiciable. Dans l'acte de juger, la conscience que l'on doit avoir que nos expériences, de nos convictions joue un rôle vraiment important dans les problématiques qui nous sont soumises et de l'ardente obligation que nous avons d'essayer de les mettre de côté, de lutter contre ces influences pour être le plus impartial et objectif possible. C'est de l'éthique : avoir conscience que quand on juge, on met beaucoup de nous mêmes naturellement ; sous la formule « de l'appréciation souveraine des juges du fond, les pères ne sont pas tous des salauds. Il y a

une acuité particulière dans l'institution judiciaire et dans l'acte de juger qui l'est peut être davantage que dans d'autres services publics.

Dans les hôpitaux, ils sont là pour accueillir, pour soigner ; mais nous, notre obligation de neutralité est très importante puisqu'on va rendre un jugement. C'est dans un jugement que doit s'appliquer en premier la neutralité. Normalement, il ne faut pas tenir compte de l'effet que te fait la personne quand tu juges. Cela ressemble en fait à l'hôpital (v. rapport Rémi Swartz). En tant que médecin, tu ne dois pas tenir compte du fait que tu es contre les femmes voilées ; le jugement par essence doit être impartial, un juge qui n'est pas impartial n'est pas un juge. C'est peut-être encore plus compliqué à l'hôpital qu'au tribunal car à l'hôpital on est obligé de tenir compte encore plus de l'humain ; tandis qu'au tribunal la seule obligation c'est de juger en toute impartialité. Le médecin doit soigner les gens de la même façon quelle que soit leur religion. S'agissant du médecin on demande uniquement que sa partialité, car il en a forcément, ne gêne pas son diagnostic.

La notion d'impartialité est vraiment inhérente à la justice, et l'impartialité englobe la neutralité, qui englobe la laïcité.

Annexe n°4

EXTRAITS DES ENTRETIENS

QUESTION TRANSVERSALE : QU'EST-CE QU'UNE JUSTICE LAÏQUE ?

La question précise posée était la suivante : « **Que signifie selon vous une « justice laïque » ? Est-ce un objectif réalisable quand le jugement porte sur une question en lien avec la religion ?** »

Pour les entretiens avec les avocats, la question a été réduite, des entretiens 23 à 40 et pour les magistrats des entretiens M à P, à la formulation suivante : « **Que signifie selon vous une « justice laïque » ?** »

Il s'agissait de la dernière question du questionnaire.

Tous les magistrats ou avocats n'ont pas répondu à cette question, la question n'ayant manifestement pas été posée systématiquement ou ces derniers n'y ayant pas apporté de réponse.

- I. *Réponses des avocats*
- II. *Réponses des magistrats*

I. Réponses des avocats

Oui réalisable. Je ne fais pas de différence.

Pour simplifier, disons que le lien avec la religion, devrait être écarté ou pris en compte qu'à titre subsidiaire. J'ai conscience que cette phrase est très réductrice. Je veux simplement dire que le religieux peut être un élément culturel comme un autre, par exemple dans l'appréciation de la personnalité d'un prévenu, d'un accusé et que c'est un élément à prendre en compte, parmi d'autres.

Une justice se disant laïque n'est elle pas nécessairement suspecte ? car elle se pose elle même la question de son rapport avec les religions. La Justice n'est ni laïque ni religieuse, la Justice est un service public où on applique et fait respecter les lois de la République.

Il n'est pas possible d'être véritablement neutre ; le juge notamment est nécessairement conditionné par ses convictions.

J'ai le sentiment que le juge est neutre, ce qui signifie que la justice est laïque. Dans mon domaine de spécialité (droit du travail), le juge peut demander à un justiciable de retirer un signe religieux pour des raisons de sécurité par exemple (il s'agit d'une obligation contractuelle).

Le magistrat est humain, il n'est pas un robot même si l'on veut croire à un idéal de justice où la neutralité est le corollaire de l'impartialité.

Une justice laïque signifie pour moi que la justice sera rendue de la même manière quelque soit la religion du justiciable. En l'état des pratiques que j'ai pu constater à

regrets, cet objectif ne me semble pas réalisable lorsque le jugement porte sur une question en lien avec la religion.

Alors, en droit public, c'est un peu plus cadré, parce que c'est quand même un principe qui est posé, interprété de manière assez consciente. Après devant le juge judiciaire, alors j'ai pas été confronté encore... Je pense que c'est un objectif réalisable, parce que les magistrats ont quand même une mission particulière, de ne pas marquer et de ne pas faire en sorte que leur jugement soit marqué par leurs opinions religieuses, ou politiques. (Il réfléchit). Oui, je pense que c'est un objectif réalisable, mais ça dépend, encore une fois, des magistrats qui sont amenés à trancher une affaire. Est-ce que le magistrat, je ne sais pas moi, qui tient le Tribunal d'instance de La Roche-sur-Yon a le même ressenti en matière de laïcité que celui qui tient le Tribunal d'instance aux Sables d'Olonne, enfin...

Et sinon, « une justice laïque », ... non, ce n'est pas simple. Parce que moi, en termes de justice, je vois à la fois la manière dont l'audience peut se passer, où justement ça reviendrait à cette question de neutralité, qui est impérative et qui s'impose à mon sens aux huissiers, aux greffiers, aux magistrats, et je dirais même aux jurés, dans leur mission particulière : ils doivent effacer leurs opinions religieuses et effacer ça de leurs jugements. Mais les jugements rédigés en tant que tels, le magistrat a à traiter une affaire qui lui est posée, et encore une fois, il doit appliquer des principes et rechercher l'objectivité de ces principes. S'il y avait une question de laïcité qui se posait sur un salarié d'une crèche privée qui serait licencié en raison de ses opinions religieuses, à mon sens le magistrat, enfin c'est comme ça que je le ferais en tout cas, doit chercher des raisons objectives sur la question de laïcité, comment ce principe là est interprété, à la fois par d'autres juges, en étudiant la jurisprudence, en se consacrant à l'application des textes, enfin, je pense que c'est un objectif réalisable si le juge se donne aussi les moyens. Après, c'est l'avocat qui oriente le débat : c'est lui qui va introduire l'action, c'est lui qui va dire que le licenciement a été fait pour une cause religieuse (si je reviens sur l'exemple de tout à l'heure), donc oui c'est aussi lui qui va orienter le débat, donc ça dépendra de ça aussi. Mais, dans tous les cas, je pense que ce sont les magistrats qui vont ensuite rendre le jugement, donc c'est aussi à eux de faire la part des choses, entre quelque chose qui serait affirmé par l'avocat et qui serait orienté religieusement, et après c'est au magistrat de remettre tout le monde sur le bon chemin et de dire « non mais, attendez, moi j'ai une question de droit à trancher, il y a de la religion là-dedans, mais voilà comment la question religieuse doit être interprétée dans cette affaire là ».

Alors, on en a un petit peu parlé au début. Il y a des cas où la frontière n'est pas étanche, parce que je considère que ce n'est pas que du domaine purement personnel, c'est-à-dire que certains sujets religieux vont avoir une influence sur ce qu'on va demander au magistrat, ou sur ce qu'on va proposer aux gens : faire baptiser un enfant ou ne pas le faire baptiser, faire la communion ou aller au cathé, etc. Par exemple, à propos de la circoncision, c'est une question intéressante. En tout cas, au niveau de l'Eglise catholique, la position est très claire : s'il n'y a pas l'accord des deux parents, s'il y a une opposition, alors il faudra attendre les 18 ans. Voilà. Sauf à demander l'autorisation du juge. Parce qu'il peut y avoir aussi le père ou la mère qui pour emmerder l'autre... il y a alors abus de droit, on peut alors saisir le juge, si on veut faire baptiser le petit dernier, par exemple. Mais on est alors dans le cas d'un conflit. C'est au cas par cas, hein.

(Elle réfléchit longuement). Que signifie une justice laïque ? (elle réfléchit à nouveau). Et

bien ce serait une justice qui, voilà, ferait fi de toutes les questions relatives à la religion, et qui trouve à s'appliquer indépendamment de l'appartenance religieuse, et de ceux qui la rendent, et de ceux qui la reçoivent. Euh... c'est ça, la justice laïque.

Maintenant, est-ce qu'on est dégagés de toute contingence spirituelle quand on rend la justice ? Encore une fois, je trouve que la construction judiciaire, elle participe du sacré, du divin. Sans pour autant, encore une fois, que ne soit évoquée ni la Bible, ni le Coran, ou le Talmud, ou ... que sais-je ; le fait, d'avoir, comme ça, comme référent, la loi, avec quelque chose qui transcende, quelque chose qui dépasse, quelque chose qui s'impose, quelque chose qui s'applique avec rigueur, quelque chose qui est incontournable, quelque chose qui fait peur, on est sur des mécanismes sociaux-psy qui, pour moi, procèdent de la même dynamique : attention, tremblez, la loi dit que ... et, euh, c'est pas une miséricorde dont il est question... ou alors il peut même s'agir de miséricorde, mais encore une fois, cette verticalité (je me répète, hein, mais pour moi c'est très important), cette verticalité du mouvement, elle est ... elle procède de la même intention.

Après, ce qui serait intéressant, ce serait non pas une justice laïque, mais une justice démocratique, euh... ou on réorganise, et ça existe hein, ce qu'a fait l'Afrique du Sud avec les tribunaux « Paix et réconciliation », en tout cas c'est critiquable, hein, mais ça participait de cette intention là, c'est-à-dire on remet les choses à plat, et puis la justice est... et les tribunaux, les cours d'assise, dans une certaine mesure, sont sans doute les plus démocratiques des instances judiciaires, parce qu'il y a cette idée des jurys populaires, et là c'est le peuple qui juge le peuple, et danger, si danger il y a, c'est justement de supprimer les cours d'assise et de supprimer des tribunaux criminels : alors là, pour moi la réforme est extrêmement potentiellement liberticide et potentiellement dangereuse parce que le signal qui est envoyé, d'abord, est un signal de privatisation de la justice, très exactement de possession de ce qui est juste par une certaine élite, qui est la magistrature, et qui se referme, et qui, elle, détient le pouvoir, au détriment de cette idée, qui est pour moi, absolument incontournable, des jurys populaires. Je pense qu'il faudrait ... par exemple, la justice pour les mineurs, est très illustratrice à cet égard, parce que les tribunaux pour enfants, ils sont composés d'un magistrat professionnel, et puis de deux professionnels de l'enfance, qui sont bénévoles, qui sont volontaires pour remplir cette fonction là. Quand la justice se distancie par rapport aux justiciables, elle peut succomber à cette tentation de l'abus, et donc de l'abus de position dominante, voilà, pour employer une expression commerciale. (...)

FP : Bah moi je pense que la justice en France doit être laïque. On en revient à ce que l'on disait, c'est un service public, il n'y a rien de supérieur à ce principe là.

LB : Ce qui ne veut pas dire intolérante à la religion, non, pour moi, c'est cette neutralité...

FP : Mais du coup elle ne l'est pas quand il y a des événements comme ceux que j'ai relatés à la Cour, quoi. Parce qu'en plus, quelle subjectivité va être derrière la décision qui va être prise après ce jugement porté...

EN : Bien-sûr que c'est réalisable, enfin ça devrait l'être ... sinon l'objectif de laïcité n'est pas réalisable, dans aucun des services publics, s'il n'est pas réalisable dans la justice...

LB : Mais il faut être vigilant, quoi, ce n'est pas une donnée garantie.

EN : Bah oui, parce que la justice est humaine, les autres services publics aussi, enfin ce sont des êtres humains en fait, donc c'est en cela. Et il faut peut-être être alors plus orienté vers la diffusion du principe de laïcité, et plus communiquer, plus éduquer les citoyens français.

LB : Il y a peut-être une forme de distance que doit avoir la Justice par rapport aux

événements, aux personnes.

FP : Pas dans l'émotion, hein, parce que ça on le ressent quand même.

LB : Tu vois, notamment, euh... mais ça vaut partout, ça vaut aussi pour les casseurs dans une manif, où il y a de la réaction violente. Ce n'est pas uniquement lié à des questions religieuses, c'est lié à une capacité à ne pas être embarqué dans l'émotion.

EN : On s'en doute que l'objectif est réalisable, si tant est qu'il soit porté par des citoyens éclairés, sur le principe de laïcité. Parce que ce n'est pas naturel, la laïcité, c'est un principe qu'il faut comprendre, qu'il faut porter, qu'il faut expliquer. On n'est pas laïc « par nature », l'être humain il porte des convictions, il porte des préférences. Donc c'est réalisable si, je pense, on est dans un cadre qui est bien explicité. (Elle réfléchit). On est d'accord, l'être humain il n'est pas naturellement laïc ? Tu ne nais pas laïc, tu le deviens ?

LB : Oui, c'est un cheminement.

EN : Oui, donc voilà, ce principe là il est très exceptionnel en France. Si tant est qu'on souhaite le défendre, il faut continuer à le porter et à l'explicitier, sinon, en effet, l'objectif n'est pas réalisable. Parce qu'il est porté par des êtres humains et pas par des machines qui appliqueraient le principe de laïcité.

FP : Oui, c'est un peu une digression, mais le TA de Nantes qui a rendu une décision annulant une subvention LGBT, c'est un peu dans cette optique là aussi.

C'est une justice qui ne prend pas en considération les convictions ni du justiciable ni du juge. Ça c'est la première chose. Et la seconde, qui est vraiment liée à la règle de séparation des Eglises et de l'Etat, est que la justice laïque ne fait pas application et n'est pas influencée par la loi religieuse. Il y a des tribunaux religieux, plus ou moins officiels. En France, il y a des tribunaux rabbiniques je crois pour régler des affaires familiales essentiellement, c'est une justice parallèle, ce sont des croyants qui soumettent leur cas à un religieux car c'est leur conviction ; j'espère que c'est leur conviction, qu'ils n'y sont pas contraints (tribunaux appliquant la sharia existe en Grande-Bretagne officiellement : *sharia court* qui ont pignon sur rue; c'est assez effrayant, mais c'est le communautarisme anglo-saxon ; eux la laïcité ils ne savent pas ce que c'est, ce n'est pas une critique, ce n'est pas leur tradition). En France cela n'existe pas officiellement, je ne sais pas si ça existe de manière clandestine.

Question qui a été peu comprise.

Une justice laïque, c'est une justice neutre, impartiale, pour moi c'est vraiment lié à l'impartialité. La décision du juge ne doit pas être fondée sur la religion. Ou alors elle est fondée sur la religion mais en poursuivant un but de neutralité.

A l'occasion de mon stage, j'ai eu la copie d'une décision de justice super intéressante. Dans des cas extrêmes, le parquet peut refuser le prénom d'un enfant. En l'espèce, le parquet avait fait un recours pour dire que ce n'était pas possible d'appeler son enfant Djihad. La motivation du juge était vraiment super. L'intérêt de l'enfant prime dans la République française qui est une République laïque. J'adhérais à 12000 %. Finalement, ils l'ont appelé Djiahd à l'envers.

Une justice neutre et respectueuse des croyances, dans la limite de l'ordre public et de l'instrumentalisation de celles-ci par les parties pour les besoins de la cause.

La foi c'est quelque chose de très personnel. Elle peut avoir des incidences pratiques. Pour moi une justice laïque c'est une justice qui doit respecter la pratique, la foi de chacun.

La justice laïque ne doit pas faire de différence entre les justiciables quel que soit sa religion et sa pratique religieuse, mais elle doit accepter et comprendre comment cette pratique peut influencer sur sa décision, car la justice est au service du justiciable.

Si elle n'est pas anticléricale, si elle est neutre, c'est la « superbe » justice. Le problème c'est que, bien que l'histoire soit écrite par les vainqueurs, la justice est quand même extrêmement variée selon les pays, lorsque des juges appliquent la *charria*, lorsque des juges appliquent la loi française ce n'est pas la même chose. Et les juges français sont très intéressés par cela. Il faudrait également que vous interrogiez un intervenant sur le droit international et son immersion dans le droit français.

Cela veut dire, rendre une justice de manière objective et sans se laisser influencer par la conviction religieuse de la personne. Cela implique aussi de rendre une justice sans être influencé par ses propres croyances ou valeurs morales. Rendre une justice sans prendre en compte ce type de considération, c'est rendre une justice laïque. Mais, l'objectivité n'est pas simple.

Rendre une justice laïque ? (Il hésite).. C'est rendre une justice au nom de la République française et non au nom de Dieu. C'est rendre une justice qui considère les hommes égaux en droit et qui refuse la discrimination. C'est rendre une justice qui a l'apparence, parce que c'est important, de ne pas prendre partie pour une religion ou une autre.

Pour moi c'est une justice qui respecte les convictions religieuses de tout un chacun. Donc, qu'elle n'impose pas ses propres convictions et que le justiciable n'impose pas les siennes non plus. Une vraie justice laïque c'est une justice collaborative entre le justiciable et celui qui rend la justice.

C'est le cas aujourd'hui ?

Ca dépend des juridictions il n'y a aucune norme générale. Pour moi il s'agit vraiment d'une justice collaborative entre le justiciable et le magistrat qui passe par une prise de position modérée.

C'est aussi une justice au cas par cas.

Parfois le justiciable fait une erreur flagrante, il voit que le magistrat est agacé et alors il se met à en rajouter dans l'aspect religieux. Si on prend le cas du procès Merah, ce serait Abdelkader qui débarque avec un chapeau et qui se met à faire ses prières pendant qu'il y a des débats.

Là, le magistrat serait en droit de lui demander ce qu'il fait et de jouer de la police de son tribunal. Le cas inverse, c'est cet avocat qui se met nu à l'école en disant qu'il est laïc, ce qui est ubuesque.

Je n'ai pas vu de problème majeur dans la résolution de problématique liée au fait religieux. Souvent une discussion, même parfois très brève, suffit.

Par exemple, au Tribunal d'Instance d'Aubervilliers, on peut déceler quelque chose qui va énerver le magistrat mais celui-ci va revenir au dossier, il va passer outre.

Les magistrats font donc le travail ?

Moi je trouve que oui.

C'est une justice neutre, neutre physiquement, neutre dans la manière dont les magistrats se comportent, neutre dans la façon dont les magistrats rendent la justice.

Nous, nous sommes auxiliaires de justice donc à la limite, moi j'aspire à être neutre, mais encore une fois comme je vous le disais j'ai des confrères qui, au contraire, aspirent à ne pas l'être. Chacun fait comme il veut. En revanche, ce qui est sûr, c'est que les magistrats eux, doivent l'être de manière profonde et totale, exercer leur magistrature de manière neutre.

En prenant en compte le fait religieux, par exemple lorsqu'il faut répartir la garde des enfants à Noël, à Pessah ou Hanoukka, il faut le faire bien entendu, mais il ne faut jamais donner raison à l'un ou l'autre parce qu'il est religieux, ne pas condamner quelqu'un parce qu'il appartient à telle ou telle religion.

Il faut être neutre, je n'ai pas d'autres termes qui me viennent à l'esprit qu'être totalement neutre et de voir ce fait religieux comme la fête des pères ou la fête des mères.

C'est très simple : la justice avec son bandeau sur les yeux, une justice qui ne regarde pas la religion, l'apparence physique de la personne en face d'elle. La justice laïque est une justice aveugle, elle ne se pose pas la question de la religion de l'autre.

Une justice laïque doit tenir compte des religions car elles existent et qu'on le veuille ou non, nous vivons dans un pays chrétien. La justice ne peut pas tenir compte des exigences des religions, notamment de la majoritaire. Par contre, une justice laïque, c'est une justice qui doit tenir compte de l'ensemble des croyances des habitants de ce pays, aussi minoritaires soient-ils. La justice doit être rendue, non pas en fonction des religions, mais bien des règles républicaines qui doivent toujours l'emporter.

Une justice laïque c'est une justice qui respecte des principes fondamentaux qui ne sont pas liés à une obligation politique ou religieuse.

(Rire) Vous avez une approche, que je comprends, qui est très intéressante et ça m'intéresserait beaucoup de lire vos travaux, mais c'est très réfléchi, c'est très doctrinal moi j'ai vraiment une approche de praticien.

Alors qu'est-ce que le praticien attend d'une justice laïque ?

Qu'elle ne favorise aucune religion, qu'elle ne marque pas une préférence ou une défiance, ce qui je crois n'est vraiment le cas, encore une fois je n'ai jamais vu de préférence ou de défiance.

Le fait religieux est étranger à la manière de rendre la justice, dans une justice laïque pour n'importe quelle décision de justice. Et ensuite sur les questions qui portent sur la laïcité, elle ne pourra pas préférer. Elle doit faire une application de la loi qui soit la plus neutre possible.

Le terme qui vient le plus rapidement c'est la neutralité. Une neutralité qui va peut-être un peu plus loin qu'une neutralité qui dirait : chacun fait ce qu'il veut. C'est-à-dire une neutralité qui fait que chacun doit être neutre. À savoir les magistrats, les auxiliaires de justice et dans une certaine mesure peut-être aussi, dans l'expression de leurs convictions religieuses, ceux qui viendront au tribunal.

Pourquoi ?

d'une certaine manière, il y a une sacralisation républicaine, un peu comme à l'école. Pas du palais, mais de la salle d'audience. Il y a une certaine sacralisation de la salle d'audience, une théâtralisation, un caractère sacré, pas forcément religieux.

En même temps c'est un peu antinomique parce qu'il y a cette problématique du serment mais on reste quand même dans un lieu où la neutralité doit être portée un peu plus haut que dans le palais, ou dans un cabinet d'avocat par exemple. Enfin, c'est ma conviction. Après, oui, je serais choqué par quelqu'un qui viendrait totalement voilée sauf le visage, ça me mettrait mal à l'aise.

Pour autant c'est légal.

Je ne sais pas. Je ne sais pas à quel point c'est légal, en tout cas ce n'est pas interdit. Un prévenu, je ne suis pas sûr qu'on l'autoriserait, pour des raisons de sécurité à ce moment-là. En tout cas, c'est ce qui est officiellement dit. Après, si ça se fait, je ne m'y opposerais pas, mais c'est plus ma conviction à moi qui fait que ça me gênerait un peu.

Si je devais défendre un client qui voudrait venir comme ça, il fera aussi ce qu'il veut, si c'est autorisé et si le magistrat l'autorise, je n'ai pas de souci.

(Rires) une justice laïque, c'est une justice qui à la fois respecte les convictions religieuses des gens qui passent devant elle mais qui juge la personne sans tenir compte de ses convictions, c'est-à-dire qu'il met sur un pied d'égalité l'agnostique, le juif, le catholique, le musulman.

Je ne suis pas spécialiste de ça mais ça peut quelques fois être aussi un sujet, notamment en droit de la famille, être un sujet lourd, le rapport des enfants à la religion, l'inquiétude du choix, c'est souvent un sujet de contentieux dont on m'a parlé, je ne l'ai jamais vécu mais c'est un sujet qui est délicat. Je ne sais pas comment les juges se positionnent par rapport à ça. Ce n'est pas forcément évident, quand on a deux personnes de religions différentes ou lorsqu'il y en a un qui est religieux et que l'autre ne l'est pas, de déterminer les choix qui peuvent être fait de confier l'enfant à tel ou tel parent. Est-ce que l'intérêt de l'enfant est d'être élevé religieusement ?

Parce que l'intérêt de l'enfant ça appelle déjà une problématique de conviction du juge finalement, de savoir si avoir une éducation non-religieuse ou religieuse pour l'enfant est importante pour lui.

Il faudrait poser la question de savoir si le juge lui-même a choisi une éducation religieuse ou pas pour ses propres enfants.

Donc au fond, en tout état de cause, pour moi, une justice laïque c'est une justice qui ne va pas nier, faire comme si le fait religieux n'existait pas, c'est un fait, il existe dans notre société mais une justice qui soit attentive à ce que les critères sur lesquels vont être pris la décision ne soient pas issus de ce fait religieux, sauf évidemment quand des juges j'en sais rien, par exemple quand la personne qui ne croit plus en Dieu et est licenciée par son église, forcément là il est obligé de tenir compte du fait religieux.

C'est une justice qui ne va pas tenir compte des (elle hésite) enfin qui tiendra compte plutôt des religions, qui les respectera sans a priori. C'est compliqué comme question (rire).

Aujourd'hui, la justice évolue, elle se diversifie dans son recrutement. Et le public se transforme aussi. Donc la justice s'adapte et je pense que la justice fait bien son travail, à la bonne distance à ce propos.

C'est une question de grand oral ça.. Normalement on a trente minutes (rire).

(Elle hésite longuement) qu'est ce qu'une justice laïque ? C'est donc soit une justice dont le fonctionnement rejette les religions soit à l'inverse une justice qui prend en compte les demandes de chacun. Je ne pense pas que les deux approches soient incompatibles. Pour moi, la justice doit être au dessus de cela. Je n'oppose pas. Pour moi, la justice ne tient pas compte du fait religieux mais s'adapte à la réalité si celle-ci est religieuse. Par exemple, pour demande de report, si chacun est d'accord, alors il faut que cela soit possible. Le rôle de la justice est de s'assurer d'un certain équilibre.

C'est une justice (elle hésite) qui doit se faire sans être impactée par les convictions religieuses ou non de ceux qui la délivre. Le juge doit avoir cette impartialité, il ne doit pas être gouverné par ses convictions religieuses. Et cette exigence doit aussi prendre en compte son entourage.

Pour moi une justice laïque, c'est une justice qui garde à l'esprit que chacun doit pouvoir exercer librement son culte mais qui ne doit pas favoriser une religion par rapport aux autres.

Avez-vous le sentiment que ce soit le cas ?

Je pense que les juges sont des humains comme tout le monde et que nous sommes dans une période où je trouve qu'il y a des choses qui sont très axées, lourdement, contre une religion plus qu'une autre, et je suis persuadée que ça joue sur l'esprit des juges et que ça peut se ressentir.

Avez-vous des exemples précis par rapport à ça ?

(Elle hésite) il m'est plus arrivé parfois, mais pas forcément à la Cour de droit d'asile mais en correctionnel, ça aurait été plus à mon sens des dérapages racistes que des dérapages vraiment de faits religieux. Mais en même temps ça se mélange un peu, c'est toute l'horreur du truc, ce mélange entre islamiste, arabe, violent avec les femmes etc. et le terrorisme.

C'est vrai qu'il m'est arrivé lors d'audiences d'avoir des confrères juifs qui demandaient à ce que telle audience de renvoi ne soit pas fixée tel jour parce qu'il y avait le Grand pardon ou une fête religieuse. Il m'est arrivé aussi d'entendre des confrères plaider, et dans leurs plaidoiries il y avait des phrases en hébreu et je me suis toute seule posé la question, je n'ai pas eu de réponse, de savoir si un confrère musulman le ferait.

Et je ne pense pas, je n'imagine pas un confrère musulman aller citer une phrase en arabe dans une plaidoirie et puis aller demander un report parce que ce serait l'Aïd par exemple. Après, je ne reproche pas du tout que des confrères aient pu faire ce genre de demandes, mais c'est juste que je me suis fait la réflexion de savoir : est-ce que ça aurait pu être apprécié de la même façon (pour une autre religion). Et je n'en suis pas sûre en fait, et je ne pense pas d'ailleurs que des confrères de religion musulmane oseraient tellement le faire.

Je n'aime pas ce terme, moi je parle plutôt d'une justice républicaine, où chacun est à égalité. Ce qui pose problème d'ailleurs sur le port des décorations. Le problème est qu'il ne faut pas arriver dans une situation où les gens puissent se voir selon leurs religions. Alors je n'aime pas ce mot car il voudrait dire qu'il existe une autre justice. Or il n'existe pas de justice musulmane en France.

C'est une justice qui va rendre des jugements dont le sens ne sera pas influencé par l'appartenance religieuse ou la non-appartenance religieuse des parties.

II. Réponses des magistrats

« Rendre une justice laïque » est pour moi un pléonasme. Oui à la seconde question.
« Rendre une justice laïque » ? Bah ça ne signifie pas grand chose pour moi, en fait. Euh, non, pour moi, c'est encore une fois : notre office de juge, c'est de, bah voilà, de concilier le bon fonctionnement des SP, le maintien de l'OP avec la liberté religieuse et l'expression ... enfin, la libre expression du culte, et de la liberté de conscience de chacun. Qui, elle, n'a pour limite que le maintien de l'ordre public, le bon fonctionnement des services publics qu'elle ne doit pas heurter. Je ne sais pas, oui, par exemple, le truc qui me vient à l'esprit, c'est : oui, ça me choque de savoir qu'une nana qui vient pour se faire soigner, elle peut pas se faire soigner par un médecin homme et qu'elle demande à être vue par un médecin femme, oui, ça, ça me ... des choses comme ça, ou, pour moi, ça dépasse un peu ... ça pour moi, quoi, enfin voilà, ça c'est des choses qui sont supérieures, comme s'il y avait... enfin, voilà, la santé, c'est quelque chose de supérieur... autant, ça va moins me heurter s'il y a, dans les piscines municipales ... qu'on puisse créer des créneaux spécialement pour les femmes, bon bah ça, pourquoi pas, euh non, quelqu'un qui va se faire soigner, c'est pas une femme ou un homme, c'est un médecin, point barre quoi, je trouve que de genrifier la fonction, non, je trouve qu'on n'est plus ... bah voilà, quoi, un gynéco, c'est un gynéco, c'est pas quelqu'un, c'est un peu la même chose, quoi, voilà, il s'agit de soigner quelqu'un, la vie c'est la chose la plus importante, donc, il n'y a même pas de débat, quoi ; après, évidemment, si c'est une consultation privée, les gens ils font ce qu'ils veulent, ils vont consulter, mais je trouve ça, ouais, je trouve qu'on n'a pas à perturber le service public hospitalier, qui a ses propres contraintes.
Donc, je sais pas, « rendre une justice laïque », non c'est plutôt faire respecter le principe de laïcité, qui appelle une conciliation de principes qui sont parfois contradictoires, quand on rend une décision de justice, mais ça veut pas dire « une justice laïque ». Pour moi, c'est plutôt une neutralité du service public de la justice, ça pour moi il n'y a pas de débat, on en a déjà parlé ; euh, non, c'est plutôt : il y a un principe de laïcité, qui doit se concilier avec la liberté de culte et la l'expression de la liberté de conscience, de religion, etc., et que on doit faire vivre au mieux la conciliation de ces principes, et puis, voilà, c'est ça l'office du magistrat, quoi.

Ecoute, je ne vais pas te mentir : « rendre une justice laïque », pour moi, ça ne veut rien dire. (Il rit). (...) Alors, sans doute, si, par opposition avec rendre une justice telle que ... enfin, en application de préceptes religieux, donc une justice religieuse, quoi, mais par définition, en tout cas dans l'exercice de mon métier qui est rendre la justice républicaine, pour moi, ça ne veut rien dire, ou alors c'est une tautologie, ou alors c'est un contresens, j'en sais rien, mais disons que ça veut rien dire. Mais, enfin si, ça peut vouloir dire ... disons que je le mettrais en opposition avec la justice religieuse. Mais rendre une justice républicaine ou une justice laïque, pour moi, c'est la même chose. Est-ce un objectif réalisable ? Ben oui, et heureusement. Je pense que c'est même pas un objectif, je pense que c'est une obligation de résultat. (Il réfléchit). Oui, c'est tout.

J'ai eu « La veuve du curé », qui avait fait le buzz (femme qui avait eu deux enfants avec un curé et il était décédé ; tout le problème était de savoir si elle avait le droit à la pension de réversion). C'est le droit local des personnels religieux qui s'applique.
Dans la période électorale, on rigole un peu : le pasteur atteste que le candidat X n'a pas fait de déclaration sur son parvis par ex. C'est très cocasse. C'est une preuve comme une autre. La religion n'a pas d'incidence, cela fait juste sourire. Les élections c'est très

mathématique, si l'écart de voix est très important on annule pas ; si l'écart est très faible et il y a des trucs bizarres, on annule.

En éducation, c'est beaucoup plus sérieux ; je ne crois pas que les collègues qui jugent ces affaires même si forcément la religion intervient (droit de signes religieux, application du règlement intérieur) mais religion n'est pas un motif de jugement c'est juste ça qui a fait venir l'affaire, on ne va pas dire c'est croyant comme ça ou pas (la question est : est ce que c'est permis ou non d'exclure un ado ?). C'est devenu très très marginal. Même chose pour les cantines qui a été d'actualité (aujourd'hui c'est diversifié car les cantines proposent désormais plusieurs repas donc ça s'est pacifié) : l'idée est plutôt de savoir si les enfants vont manger car sinon ne vont pas manger : plus basique qu'un problème religieux. Le problème s'est résolu sans que la religion interfère vraiment : elle a interféré pour poser le problème mais pas pour le solutionner. On a cherché le bon sens : on a cherché à ce que les enfants mangent et ne coutera pas plus cher de manger sans ceci ou sans cela.

Sur les agents publics qui poseraient des problèmes (licenciement ou sanction) par rapport à ça, cela reste marginal. Dans l'hôpital public, je n'ai jamais rencontré d'agents ayant des signes religieux apparents; on a des tas de licenciement pour inaptitude ; sanction pour intervention intempestive par rapport à des médecins mais jamais de dossiers de ce type ou alors c'est qu'ils ne contestent pas. Nous on ne voit qu'un prisme très réduit.

C'est une non-question. C'est pour ça quand on m'a appelé je me suis demandée : est-ce qu'ils ont de quoi écrire ?

La laïcité est un point de vue officiel, de notre culture politique ; ce sont les questions religieuses qui se posent à partir de ce prisme

Les critères sur lesquels on est censés se décider sont extérieurs à la religion mais on peut être influencé par sa morale comme dans toute décision où tu as affaire à quelqu'un d'humain en face de toi. Moi je pense que j'aurais une tendance naturelle à ne pas être tellement d'accord à ce que des enfants soient élevés dans un contexte ultra religieux et sclérosant, que ce soit des juifs orthodoxes, des musulmans extrémistes ou des catho intégristes (comme ça, j'ai tout le monde). Mais ça peut rentrer dans un critère de l'intérêt de l'enfant.

Il s'agit d'une justice qui ne doit pas être influencée par les propres convictions des magistrats

Est-ce un objectif réalisable quand le jugement porte sur une question en lien avec la religion ? Oui

Cela signifie que la juridiction demeure totalement neutre, ne privilégie aucune religion et ne porte pas de jugement de valeur sur les croyances des justiciables. C'est un objectif raisonnable sous réserve d'adopter un raisonnement juridique rigoureux.

Une justice laïque, c'est une justice neutre, impartiale, pour moi c'est vraiment lié à l'impartialité. La décision du juge ne doit pas être fondée sur la religion. Ou alors elle est fondée sur la religion mais en poursuivant un but de neutralité.

A l'occasion de mon stage, j'ai eu la copie d'une décision de justice super intéressante. Dans des cas extrêmes, le parquet peut refuser le prénom d'un enfant. En l'espèce, le parquet avait fait un recours pour dire que ce n'était pas possible d'appeler son

enfant Djihad. La motivation du juge était vraiment super. L'intérêt de l'enfant prime dans la République française qui est une République laïque. J'adhérais à 12000 %. Finalement, ils l'ont appelé Djiahd à l'envers.

Pour les deux, cela ne signifie rien d'autre qu'une justice indépendante

Formule pour moi à double signification : elle contient l'exigence de neutralité du juge vis-à-vis de toute expression de croyance de la part d'une partie au procès, et l'exigence complémentaire qui pèse sur lui de faire respecter la libre expression des convictions de chacun, dans le cadre tracé par la loi et la jurisprudence, c'est à dire, pour faire court, dans la limite du trouble à l'ordre public.

Soit veiller à l'équilibre entre les intérêts privés du croyant et ceux de la société toute entière.

Plus délicat lorsque la question posée est en lien avec la religion, cette exigence de "justice laïque" reste la base même des solutions à élaborer par le juge face aux questions qui lui sont posées.

Celle que j'ai pratiquée. C'est-à-dire appliquer la règle de droit du pays dont j'étais magistrat, à un musulman, à un juif, à un catholique, qu'il s'agisse d'un catholique sectaire d'extrême droite ou d'un catholique d'extrême gauche lecteur de Golias.

Pour moi il y a deux choses.

C'est une justice qui s'exprime au nom des français donc qui n'est pas en lien avec une autorité religieuse, elle est affranchie de l'autorité religieuse, mais elle garantit la liberté de conscience et la liberté de culte. Et le juge est garant du respect et de l'effectivité des libertés fondamentales, donc à ce titre-là, ça s'applique à la liberté de culte et à la liberté religieuse et à la liberté de conscience.

Jusqu'où va, pour vous, cette garantie ? Que pensez-vous qu'un juge doit ou puisse devoir faire afin de garantir cette liberté fondamentale qu'est la liberté de religion ?

Ça dépend de ce qui lui est soumis. Moi, pour le coup je pense que la cour de la CEDH et sa jurisprudence n'ont pas ce rapport névrosé à la laïcité comme il y a en France. Je trouve que cette jurisprudence est assez satisfaisante et pour moi la justice française doit, mais pour d'autres sujets également, s'inspirer des décisions de la CEDH. Pour moi c'est ça la justice laïque, elle ne doit pas occulter le fait religieux pour comprendre la personnalité des individus pour lesquels elle est amenée à prendre une décision.

Une justice laïque c'est une justice qui prend en compte la diversité, qui fait avec et qui ne donne de préférence à personne et qui assure la neutralité des professionnels et la liberté des usagers et des prévenus.

Avez-vous le sentiment que la situation actuelle soit satisfaisante ?

Non, j'ai le sentiment que l'on se pose des questions et que c'est toujours bien de s'en poser.

Le pire c'est de ne pas s'en poser. Voila, je n'ai pas la prétention de savoir ce qu'il se passe sur tout le territoire, de savoir si c'est satisfaisant ou si ça ne l'est pas. Donc ici ce qui est bien c'est que l'on puisse se poser la question et essayer d'y apporter des réponses.

La réponse est dans la loi de 1905, c'est à dire une justice qui est laïque dans son exercice et qui fait respecter la laïcité dans ses décisions. Et cela, jusque dans sa pratique la plus fine à l'audience.

C'est compliqué comme question mais je pense que cela dépend de la sensibilité des magistrats, de l'organisation du tribunal. Ici, nous sommes dans une toute petite juridiction, avec une organisation très légère donc la sensibilité des magistrats des greffiers et des magistrats va beaucoup fluctuer, ce qui ne va pas être le cas dans une grande structure où les pratiques vont être normalisées, lissées. Je parle ici de l'aspect pratique.

Sur le respect de la laïcité en matière civile, les choses sont surtout amenées par les parties avant qu'elles ne soient tranchées par le juge. On est dans une logique en matière pénale, qui est beaucoup plus jupitérien pour employer un mot à la mode.

On a de la chance ici de ne pas avoir de souci alors qu'on est au cœur d'un quartier sensible, à proximité de la mosquée etc. Alors malgré l'importance du fait religieux, on garde un respect assez fort pour l'institution.

Je pense que c'est assez symptomatique d'une bonne assimilation à des normes qui sont pourtant éloignées. La tutelle est par exemple très éloignée du droit Magrébin et pourtant, ici, ils demandent à bénéficier d'un tel dispositif.

Avez-vous d'autres exemples de ce genre ?

Oui, le crédit. La religion musulmane interdit le taux d'intérêt et pourtant on traite de beaucoup d'affaires en ce sens. La pratique religieuse est alors très lointaine. On peut faire le ramadan et faire un crédit le lendemain, ce n'est pas un souci. J'y vois un paradoxe mais a priori cela ne les dérange pas.

Annexe n°5



FICHE PEDAGOGIQUE HISTOIRE ET ENJEUX ACTUELS DE LA LAÏCITE 7 décembre 2018 de 9 heures à 12 heures 15

Cette séquence de formation est co-organisée par les pôles Environnement judiciaire et Humanités judiciaires, qui constituent deux des huit pôles de formation à l'ENM et font partie des 6 pôles de formation transversaux, aux côtés des pôles civil et pénal.

Présentation des pôles Environnement Judiciaire et Humanités Judiciaires :

Les enseignements du pôle Environnement judiciaire sont construits autour de 5 thématiques :

- La délinquance et le délinquant,
- La dangerosité et la sanction,
- La victime et son préjudice,
- La famille et ses mutations,
- L'expertise judiciaire.

Ces thèmes sont abordés sous l'angle de disciplines telles que la sociologie, la criminologie, la psychologie, la psychiatrie et la médecine légale dont l'appréhension permettra aux futurs magistrats de rendre des décisions éclairées et adaptées à leur contexte.

Les enseignements du pôle Humanités judiciaires sont destinés à ouvrir l'esprit des auditeurs de justice sur le monde judiciaire d'une part et sur le positionnement du magistrat d'autre part ; ses enseignements sont structurés autour de trois grands thèmes :

- La culture judiciaire au sens historique et institutionnel
- La carrière du magistrat et son statut
- L'éthique et la déontologie des magistrats

Public :

La promotion 2018 est composée de 349 auditeurs de justice, dont 271 recrutés à la suite des 3 concours d'accès, et 70 auditeurs recrutés sur titre (art 18-1 de l'ordonnance de 1958).

Cette promotion est présente à l'ENM Bordeaux pour la période de scolarité du 11 juin 2018 au 1^{er} mars 2019, après avoir réalisé 2 semaines d'accueil à l'ENM (février 2018), une semaine de stage d'immersion au sein d'un TGI, un stage auprès de services d'enquête (février 2018) et un stage au sein d'un cabinet d'avocat (du 05 mars 2018 au 2 juin 2018).

A l'issue de la période de scolarité, la promotion partira en stage juridictionnel jusqu'en décembre 2019. Suivront les examens d'aptitude et de classement, le stage extérieur, puis la période de préparation aux premières fonctions.

Contexte :

La société française est traversée depuis longtemps de vifs débats sur la place du religieux et plus largement sur les limites qui peuvent être imposées à chaque citoyen au nom du « vivre ensemble » : comment articuler laïcité et liberté d'expression, de religion, ou de conscience ? Comment veiller au respect de ces libertés tout en luttant contre les discriminations ? Quelles atteintes accepter au nom de la protection de la sécurité publique ? Comment apprécier l'intérêt de l'enfant dans des situations où les choix religieux ou philosophiques sont en cause ? Comment protéger les individus contre une emprise les privant de leur libre arbitre sans les priver de leurs autres libertés fondamentales ? Ces questions ont pris une ampleur particulière au cours des derniers mois face aux défis que représente le phénomène de la radicalisation violente. L'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, se trouve au cœur de ces débats et les magistrats, quelles que soient leurs attributions, sont tous susceptibles d'être confrontés dans le quotidien de leurs fonctions à des situations problématiques qui nécessitent de disposer de repères clairs et d'outils pour les appréhender sereinement. En outre, les magistrats doivent, dans l'exercice de leurs fonctions et dans leurs relations avec les justiciables, donner corps à ces principes de laïcité et de neutralité, gage d'impartialité.

La journée de conférences et de débats sur les thèmes de la laïcité et de la lutte contre les discriminations ont été construites de façon complémentaire, avec pour objectif d'apporter aux auditeurs tant des apports théoriques fondamentaux qu'une réflexion concrète sur les pratiques et les dispositifs à mettre en œuvre dans leur futur exercice professionnel.

Nous pensons en effet pertinent de faire le lien entre ces deux séquences afin de permettre aux futurs magistrats d'appréhender qu'il rentre pleinement dans leurs missions, quel que soit le contentieux traité, de veiller à l'égalité des justiciables, de lutter contre les discriminations et, ce faisant, de contribuer au respect du principe de laïcité.

Par ailleurs, nous avons choisi d'associer un petit groupe de futurs magistrats à chacune des demi-journées, en leur demandant de réfléchir en amont aux questions que soulèvent chez eux les thématiques abordées et aux situations auxquelles ils seront susceptibles d'être confrontés en juridiction autour de ces questions. Ils livreront ensuite le fruit de leurs réflexions à leurs collègues auditeurs de justice en amont des séquences et se chargeront de présenter les intervenants conviés pour aborder la laïcité et la lutte contre les discriminations.

Objectifs pédagogiques :

- Savoir définir la laïcité, comprendre les spécificités de la « laïcité à la française » dans sa construction historique et ses enjeux actuels ;
- Réfléchir aux implications de la laïcité pour le magistrat tant dans la tenue de l'audience que dans la gestion des dossiers qui peuvent lui être soumis particulièrement dans le domaine de la famille.

Format :

-9h-10h : conférence « Qu'est-ce que la laïcité aujourd'hui en France ? », animée par **Madame Rita HERMON-BELOT**, historienne, directrice d'études à l'EHESS.

-10h15 - 12h15 : table ronde permettant d'appréhender plus concrètement les implications de la laïcité au sein d'une juridiction de l'ordre judiciaire (pour les magistrats, pour les justiciables, pour les auxiliaires de justice...) animée **par Madame Rita HERMON-BELOT**, historienne, **Madame Valérie DERVIEUX**, Procureur Adjoint au tribunal de Grande instance de Versailles et **Monsieur François-Xavier BRECHOT**, Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Nantes.

- **Support / documentation :** à déterminer avec les intervenants

Annexe n°6



FICHE PEDAGOGIQUE HISTOIRE DU JIHAD LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE 16 juillet 2018

Cette journée est co-organisée par les pôles Environnement judiciaire et Humanités judiciaires, qui constituent deux des huit pôles de formation à l'ENM et font partie des 6 pôles de formation transversaux, aux côtés des pôles civil et pénal.

Les enseignements du pôle Environnement judiciaire sont construits autour de 5 thématiques :

- La délinquance et le délinquant,
- La dangerosité et la sanction,
- La victime et son préjudice,
- La famille et ses mutations,
- L'expertise judiciaire.

Ces thèmes sont abordés sous l'angle de disciplines telles que la sociologie, la criminologie, la psychologie, la psychiatrie et la médecine légale dont l'appréhension permettra aux futurs magistrats de rendre des décisions éclairées et adaptées à leur contexte.

Destiné à ouvrir l'esprit des auditeurs de justice sur le monde judiciaire d'une part et sur le positionnement du magistrat d'autre part, le pôle Humanités judiciaires organise quant à lui ses enseignements autour de trois grands thèmes :

- La culture judiciaire au sens historique et institutionnel
- La réflexion sur l'acte de juger
- L'éthique et la déontologie des magistrats

Public

Cette journée est à destination de la promotion 2018 des auditeurs de justice qui est composée de 349 auditeurs de justice, dont 271 recrutés à la suite des 3 concours d'accès, et 70 auditeurs recrutés sur titre (art 18-1 de l'ordonnance de 1958).

Cette promotion est présente à l'ENM Bordeaux pour la période de scolarité du 11 juin 2018 au 1^{er} mars 2019, après avoir réalisé 2 semaines d'accueil (février 2018), une semaine de stage d'immersion au sein d'un TGI, un stage auprès de services d'enquête (février 2018) et un stage au sein d'un cabinet d'avocat (du 05 mars 2018 au 2 juin 2018).

Suite à cette période de scolarité, la promotion partira en stage juridictionnel jusqu'en décembre 2019. Suivront les examens d'aptitude et de classement, le stage extérieur puis la période de préparation aux premières fonctions.

Les auditeurs de justice de la promotion 2018 prendront donc en principe leur premier poste en septembre 2020.

Dès le début de la période d'étude en juin 2018, les auditeurs bénéficient d'enseignements techniques pour l'ensemble des fonctions de la magistrature, à l'exception du juge d'application des peines dont les enseignements commencent en octobre 2018.

Contexte

Confrontée au terrorisme de manière répétée ces dernières années, la France a dû adapter non seulement l'arsenal législatif et réglementaire mais également renforcer la détection et la prévention de la radicalisation violente.

L'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, se trouve au cœur de la lutte contre le terrorisme et les magistrats, quelles que soient leurs attributions, sont tous susceptibles de rencontrer dans le quotidien de leurs fonctions des situations problématiques liées au phénomène de radicalisation, qui nécessitent de disposer de repères clairs et d'outils pour les appréhender sereinement.

La journée de conférence consacrée à l'Histoire du Jihad et à la lutte contre la radicalisation violente a pour objectif de fournir aux auditeurs à la fois des apports théoriques fondamentaux sur cette thématique mais également une réflexion concrète sur les dispositifs dont ils pourront disposer dans leur futur exercice professionnel.

Cette journée est une première approche du phénomène qui sera complétée lors de la période de préparation aux premières fonctions par une approche fonctionnelle du traitement judiciaire de la radicalisation violente et du terrorisme (ex : parquet anti-terroriste, infractions en matière de terrorisme, traitement judiciaire du renseignement, rôle du JAPAT, prise en charge des détenus radicalisés, des mineurs radicalisés,...).

Nous avons choisi d'associer un petit groupe de futurs magistrats à la préparation de cette journée en leur demandant de réfléchir en amont aux questions que soulèvent chez eux les thématiques abordées et aux situations auxquelles ils seront susceptibles d'être confrontés en juridiction autour de ces questions. Ils livreront ensuite le fruit de leurs réflexions à leurs collègues auditeurs de justice en amont des séquences et se chargeront de présenter les intervenants de la journée.

Lieu :

Les interventions se tiennent dans le grand amphithéâtre de l'ENM et en visioconférence en salle 10.

Objectifs pédagogiques :

- appréhender les notions clés de l'islam et les différents courants qui irriguent cette religion,
- distinguer les notions de radicalisation et d'islam, et de radicalisation islamique violente et de fondamentalisme religieux,
- comprendre le processus de radicalisation violente,
- comprendre les outils d'évaluation utilisés pour détecter les personnes radicalisées ou en voie de radicalisation,
- connaître les réponses des pouvoirs publics, les modalités d'intervention auprès des personnes radicalisées, les personnes ressources et services compétents.

Déroulé de la journée :

9h - 9h15 : Introduction de la journée par les auditeurs de justice

9h15-12h00 : conférence sur les notions clés de l'islam, le salafisme, certains islamismes radicaux et sur l'histoire du djihad, animée **Monsieur Asiem EL DIFRAOUI**, docteur en sciences politiques.

-14h - 16h00 : conférence sur l'évaluation de la radicalisation violente, animée par **Madame Anne FAIVRE LECADRE**, Directeur Hors Classe des Services Pénitentiaires, et **Madame Eliane THEILLAUMAS**, Psychologue clinicienne, anciennement chargées de mission auprès du chef de l'Unité de Coordination de la Lutte Anti-Terroriste.

- 16h15 - 18h15 : présentation du dispositif de lutte contre la radicalisation violente :

- intervention de **Mme Catherine CHAMPRENAULT**, procureur général près la Cour d'appel de Paris

- illustration du dispositif sur le ressort du tribunal de grande instance de Bordeaux (la vigilance, la détection, la gestion et la sortie d'emprise mentale des personnes en cours de radicalisation ou radicalisées): intervention de Mme le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, **Mme ALLIOT**, et de **M. Samuel BOUJU**, sous-préfet (ex directeur de cabinet du Préfet de la région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, Préfet de la Gironde)

Annexe n°7

Domande per magistrati sulla laicità/neutralità nel servizio pubblico della giustizia

L'intervista è anonima. Qualsiasi risposta che potrebbe identificarla non sarà rivelata. Le domande sono aperte e le domande possono rimanere senza risposta.

Identità e contesto

- Età e sesso
- Da quanto tempo è magistrato?
- Posizione attuale e localizzazione
- Ha una religione? Quale? Pratica questa religione?

I- La laicità nel servizio pubblico della giustizia

PRINCIPI

- In quanto giudice, come definirebbe il principio della laicità o neutralità rispetto alle religioni?
- A suo avviso, esiste una specificità del servizio pubblico della giustizia per quanto riguarda il principio di neutralità rispetto ad altri servizi pubblici (scuola, ospedale, prigione in particolare)? Il principio di neutralità è giustificato per i dipendenti pubblici?
- Hai ricevuto qualche insegnamento sulle religioni, la laicità/ neutralità durante la sua formazione universitaria o professionale ?
- Durante la sua formazione era possibile per gli studenti indossare segni di appartenenza religiosa? Si ricorda di esempi ?
- I giudici possono indossare segni di appartenenza religiosa? Se non è possibile, le sembra giustificato?

CONDIZIONI OPERATIVE

- che pensa del mantenimento della circolare del 29 maggio 1926 sulla presenza dei crocefissi nei tribunali ?
- I locali in cui lavora e quelli in cui ha lavorato in passato le sembrano soddisfare alle esigenze della neutralità? Ci sono crocefissi nelle aule di udienza? opere d'arte che rappresentano scene religiose? Sono contestati? Esempi? si ricorda di polemiche a questo proposito ?
- Sa se ci sono crocefissi nei tribunali costruiti recentemente? sa se dipende dalle regioni ?
- Non pensa che imputati/ricchiedenti di un'altra confessione religiosa temono che la giustizia non sia neutra vedendo esposto segni della confessione cattolica accanto al giudice ?
- Ci sono capelle nei tribunali in cui pratica o è andato per udienze ?
- Ci sono regole o pratiche nelle giurisdizioni in cui ha praticato per rispettare i giorni di festa o riposo di certe religioni ? per esempio per fissare giorni di udienza ?

ESPERIENZA PERSONALE

- Ha mai avuto l'opportunità di sollevare un'obiezione di coscienza? In caso affermativo, era collegato al fattore religioso? Per gli stessi motivi, è stato contestato da un richiedente?
- Ha mai avuto problemi con richiedenti/imputati a causa del suo cognome o sesso? Per questo motivo, si è trovato di fronte a richiedenti che contestano la presenza di un ausiliario di giustizia (ad esempio, un'interprete)?
- Nella giurisdizione in cui lavora, ci sono regole sulla questione dell'uso di simboli religiosi?
- Ha mai avuto a che fare con magistrati, avvocati, altri ufficiali giudiziari che portano un segno di appartenenza religiosa durante un'udienza?
- Ha mai avuto a che fare con richiedenti/imputati o membri del pubblico con un segno di appartenenza religiosa ?
- Ha notato negli ultimi anni maggiore presenza del velo in tribunale? ha creato problemi particolari?

Annexe n°8

Domande per avvocati sulla laicità/neutralità nel servizio pubblico della giustizia

L'intervista è anonima. Qualsiasi risposta che potrebbe identificarla non sarà rivelata. Le domande sono aperte e le domande possono rimanere senza risposta.

Identità e contesto

- Età e sesso
- Da quanto tempo esercita in quanto avvocato?
- E' attualmente un avvocato freelance o dipendente? Al quale foro è registrato? In quale(i) città esercita principalmente?
- Ha una religione? Quale? Pratica questa religione?

PRINCIPI

- In quanto avvocato, come definirebbe il principio della neutralità/laicità?
- Secondo lei, esiste una specificità del servizio pubblico della giustizia per quanto riguarda il principio di neutralità/laicità rispetto ad altri servizi pubblici (scuola, ospedale, prigione in particolare)?
- Ha ricevuto qualche insegnamento sulle religioni, sulla neutralità/laicità durante la sua formazione iniziale o continua (Università o scuola di avvocati) ?
- Durante il suo corso di formazione, gli studenti avvocati potevano indossare segni di appartenenza religiosa? Si ricorda di esempi ?
- Ritieni di essere sottomesso ad un obbligo di neutralità a causa della sua partecipazione al servizio pubblico della giustizia ?
- Ritieni che il principio di neutralità/laicità abbia un particolare significato o portata per gli avvocati rispetto ad altri ausiliari giudiziari?

CONDIZIONI OPERATIVE

- Sa se, nel foro a cui appartiene, ci sono regole relative alla neutralità/laicità?
- I locali in cui lavora e quelli in cui ha lavorato in passato (tribunali, studi legali, ordini degli avvocati, ecc.) le sembrano soddisfare ai requisiti della neutralità/laicità?
- che pensa del mantenimento della circolare del 29 maggio 1926 sulla presenza dei crocefissi nei tribunali ?
- Ci sono crocefissi nelle aule di udienza in cui esercita ? Opere d'arte che rappresentano scene religiose ? Sono contestati ? Esempi ? si ricorda di polemiche a questo proposito ?
- Sa se ci sono crocefissi nei tribunali costruiti recentemente ? Sa se dipende dalle regioni ?
- Non pensa che imputati/ricipienti di un'altra confessione religiosa temono che la giustizia non sia neutra vedendo esposto segni della confessione cattolica accanto al giudice ?
- Ci sono capelle nei tribunali in cui pratica o è andato per udienze ?

ESPERIENZA PERSONALE

- Ha mai avuto l'opportunità di sollevare un'obiezione di coscienza? In caso affermativo, era collegato al fattore religioso? Per gli stessi motivi, è stato contestato da un cliente?

- Ha assistito a casi in cui un giudice è stato recusato per motivi religiosi? Ha mai fatto lei stesso una richiesta in tal senso?
- Ha mai indossato personalmente segni di appartenenza religiosa in un'udienza?
- Che pensa del caso dell'avocatessa di Bologna che ha avuto problemi perché indossava il velo l'anno scorso ?
- Ha mai avuto a che fare con magistrati, avvocati o altri ufficiali giudiziari con un segno di appartenenza religiosa in un'udienza?
- Ha mai avuto a che fare con clienti o membri del pubblico con un segno di appartenenza religiosa durante un'udienza?
- Ha notato negli ultimi anni maggiore presenza del velo in tribunale? ha creato problemi particolari?
- Ci sono regole o pratiche nelle giurisdizioni in cui lei esercita legate alla neutralità ?
- I tempi di lavoro della sua professione o del suo esercizio personale sono adatti a uno o più "calendari religiosi" (ad es. vacanze e periodi di riposo settimanale)?
- Ha mai richiesto, per sé o per il suo cliente, un rinvio dell'udienza per rispettare una festa religiosa?
- Ha mai incontrato un rifiuto di assistenza da parte dei clienti a causa del suo cognome o sesso?
- Ha mai avuto a che fare con clienti che contestano la presenza di un magistrato o di un ausiliario di giustizia (ad es. un interprete) a causa del suo cognome o sesso?

Annexe n°9

Concours pour le recrutement direct des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Dossier de contentieux administratif de la première épreuve commune d'admissibilité (durée 4h ; coefficient 3) lors de la session des 10 et 11 septembre 2014 concernait un refus d'agrément à l'adoption pour des raisons religieuses (femme membre de la confession « Adeptes du soleil »)

Résumé

Dans un contexte de tensions sur le thème de la laïcité dans la société, où le principe de neutralité prend une place sans cesse croissante, l'objectif de la recherche est de déterminer si et comment le service public de la justice maintient l'équilibre entre les exigences de respect de la liberté religieuse et de neutralité du service public.

Afin d'aborder dans leur globalité les problématiques liées à « La laïcité dans la justice », la recherche explore les deux facettes de cette thématique, prises isolément mais également dans leurs interactions réciproques : la justice comme institution (à travers l'ensemble des espaces et personnes concernés par son fonctionnement) et la justice comme juridiction (à travers ses jugements).

Le premier aspect de la recherche s'appuie sur la réglementation, la jurisprudence et les travaux de doctrine mais également sur une mise en perspective comparative (étude des cas américain, italien et allemand) de même que sur une centaine d'entretiens menés auprès d'acteurs de justice, essentiellement juges et avocats.

À partir d'une histoire de la laïcité dans la législation coloniale et l'analyse du contentieux à Mayotte et en Bretagne, le second aspect de la recherche souligne la variabilité des régimes de laïcité et un pluralisme parfois trop méconnu en France. Il repose par ailleurs sur l'analyse de quatre contentieux : la fonction publique, le contentieux scolaire, le droit de la famille et la circoncision.

La recherche révèle, notamment grâce aux entretiens, combien l'image que l'on peut avoir du fonctionnement juridictionnel et du contentieux lié à la laïcité et au fait religieux peut être relativement déformée. De fait, très marginal, ce dernier est souvent abordé avec une vision plus pragmatique et apaisée qu'un regard externe pourrait laisser croire. Mais cette application souple du principe de laïcité est également liée au fait que, faute de règles suffisamment claires, une certaine territorialisation de ce principe en fonction des tribunaux et des juges existe, non seulement dans les jugements mais aussi dans la tenue de l'audience, situation qui peut créer une inégalité de traitement entre usagers. Or, au sein de la justice comme dans tout service public, la neutralité doit être pensée avant tout pour protéger la liberté de conscience et de religion des usagers.