

LE JUGE, GARDIEN DU PLURALISME CONFESSIONNEL

Par

Vincente FORTIER
Directeur de recherche au C.N.R.S.
(UMR 5815- IRETIJ, Université de Montpellier1)

*« Il n'y a pas de groupe humain sans religion »
(J.P. Venant, cité par R. Debray, Le feu sacré.
Fonctions du religieux, Fayard, 2003, p. 222)*

Si l'idée de société religieuse a perdu, au moins dans notre pays, tout son sens, si la figure de l'hétéronomie nous est devenue impensable¹, il n'en demeure pas moins vrai que le religieux est inséparable de l'existence individuelle comme collective et que nul ne saurait vivre sans un stock minimal de croyances sacralisées². Sans doute, comme le souligne Ph. Chiappini³, « la disparition du sacré comme support de la vie sociale est un des traits caractéristiques de notre temps. Omniprésent dans l'Antiquité, maintenu vivant dans la tradition chrétienne, le sacré semble n'avoir pas résisté à la sécularisation qui caractérise le monde moderne ». Pourtant, le fait religieux que l'on croyait avoir relégué au rang des survivances plus ou moins archaïques, fait un retour en force et ces dernières années ont été marquées par une effervescence religieuse comme s'il était impossible de sortir tout à fait du religieux. En réalité, la sortie de la religion (si, comme M. Gauchet, on considère que l'expression caractérise le mouvement de la modernité), « ne signifie pas sortie de la croyance religieuse, mais sortie d'un monde où la religion est structurante, où elle commande la forme politique des sociétés et où elle définit l'économie du lien social »⁴. Le sens de la croyance religieuse a changé. La religion ne joue plus sa fonction immémoriale de définition des communautés humaines. La foi ne dit rien en tant que telle dans notre pays de l'organisation sociale et politique. La religion s'est redéfinie lentement mais irrésistiblement comme croyance individuelle, comme opinion religieuse parmi d'autres opinions possibles à l'intérieur de l'espace pluraliste de confrontation proposé par le débat public et le suffrage politique⁵.

Le religieux est alors renvoyé à la sphère privée, au for interne ce qui a permis de régler la question de la diversité religieuse, qui représente le cas le plus difficile de pluralisme des valeurs, puisqu'il touche à la valeur suprême, le salut éternel⁶.

¹ M. Gauchet, La démocratie contre elle-même, coll. Tel Gallimard, 2002, p.101.

² A. Caillé, Qu'est-ce que le religieux ? Revue du MAUSS, 2003, n°22, p.7, note 5.

³ Ph. Chiappini, Le droit et le sacré, Dalloz, Esprit du droit, 2006, p ; 241.

⁴ M. Gauchet, La religion dans la démocratie, parcours de la laïcité, Gallimard, Le débat, 2000, p. 11.

⁵ M. Gauchet, Croyances religieuses, croyances politiques, in Le Pouvoir, l'État, la Politique, Université de tous les savoirs, vol. 9, éd. O. Jacob, 2002, p.268.

⁶ P. Dumouchel, La démocratie et le pluralisme des valeurs, in Le Pouvoir, l'État, la Politique, op. cit. p. 284.

Car il s'agit bien là de pluralisme et non de pluralité des valeurs religieuses. Que les croyances religieuses soient plurielles est une évidence ; c'est là une donnée naturelle qui résulte de l'existence de plusieurs cultures qui parfois se rencontrent. Mais ces valeurs plurielles sont irréconciliables et il est impossible aux uns de participer aux valeurs des autres⁷. En revanche, le pluralisme des valeurs, c'est le fait d'offrir à tous ces valeurs irréconciliables, comme autant d'options au sein d'un même espace politique⁸.

Ce passage de la pluralité au pluralisme des valeurs religieuses (qui permet leur cohabitation au sein de l'État) s'est réalisé au prix d'un double mouvement. D'une part, il a fallu « forcer les dénominations religieuses à renoncer à imposer à tous leur conception de la vérité religieuse sans pour autant leur interdire de l'offrir à tous comme une option ». Et d'autre part, pour justifier la coexistence de pratiques religieuses différentes, il fallait que le rapport de l'individu à sa propre croyance soit purement interne, échappant par là-même au pouvoir de l'État⁹. La laïcité qui n'est certainement pas une valeur¹⁰ est le principe qui assure la coexistence des différentes croyances. Cependant, la laïcité n'a jamais signifié que les questions religieuses devaient être confinées à l'intimité de la conscience, « privatisées » en quelque sorte. Ainsi que le souligne H. Pena-Ruiz, « la laïcité n'a jamais été l'ennemie des religions, tant que celles-ci s'expriment comme démarches spirituelles et ne revendiquent aucune emprise sur l'espace public »¹¹. La liberté de culte, que garantit l'Etat, qui n'impose ni ne contraint, permet à toutes les religions l'extériorisation, l'association et la poursuite de buts spirituels¹². Ni leur dimension sociale, ni leur capacité d'expression ne sont contestées. « Le concept de laïcité peut être décliné sur de nombreux modes : négatif, lorsqu'il signifie séparation et neutralité ; positif, lorsqu'il postule liberté de conscience et garantie des cultes ; politique en tant qu'il est en France historiquement lié au régime républicain et à sa lutte contre les pouvoirs détenus par l'Église, mais encore philosophique lorsqu'il exprime la volonté de placer le droit hors de la sphère d'influence du sacré »¹³.

⁷ P. Dumouchel, art. cit. p. 281, qui donne l'exemple de l'apartheid pour opposer pluralité et pluralisme : « l'apartheid lui-même reconnaît bien cette pluralité et il est tout entier construit sur l'hypothèse qu'elle fonde une différence indépassable ».

⁸ P. Dumouchel, art. cit. p. 281.

⁹ P. Dumouchel, art. cit. p. 284.

¹⁰ L. Jaffro, *Ethique et morale*, in *Notions de philosophie*, T. III, ss la dir. de D. Kambouchner, éd. Gallimard, 2000, p. 296 : « définie comme une de nos valeurs, la laïcité devient un objet de croyance, qui, inévitablement, entre en conflit avec d'autres objets de croyance. Pensée comme un principe extensible de coexistence, indépendamment des mœurs, elle peut convenir à toute croyance qui accepte de renoncer au prosélytisme pour conserver sa liberté d'expression. Il importe de ce point de vue que la laïcité montre clairement sa nature de non-valeur, c'est-à-dire son indépendance à l'égard des mœurs » ; V. A. Garay, *La laïcité*, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme, D. 2006, Chron. P.103.

¹¹ H. Pena-Ruiz, *Laïcité et égalité*, leviers de l'émancipation, le Monde Diplomatique, février 2004.

¹² « La République ne reconnaît aucun culte, mais elle ne méconnaît aucune religion. La laïcité est le cadre de liberté qui permet dans la République, à toutes les croyances de s'exprimer. La laïcité que nous défendons ne saurait être vécue comme un facteur d'exclusion par quelque Français que ce soit. (...) Car la laïcité est la traduction la plus directe de l'exigence de liberté, d'égalité et de fraternité inscrite dans notre devise républicaine. La laïcité, c'est d'abord une totale liberté de religion et d'expression, conçue à la fois comme liberté de croire ou de ne pas croire. C'est l'égalité entre les citoyens, sans distinction de religion. C'est enfin la fraternité, la volonté de réunir les Français dans une seule collectivité, dépassant tous les communautarismes » (Allocution du Président de la République Jacques Chirac à l'occasion de l'installation de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité, 3 juillet 2003).

¹³ Ph. Chiappini, op. cit., p :315.

La métamorphose des pratiques de certains groupes, en valeurs de certains individus et, partant, ce rapport plus individuel aux croyances qui a rendu possible le pluralisme confessionnel semble aujourd'hui remis en question : le religieux envahit l'espace public principalement par le fait de celui qui croit. Car c'est dans l'exercice de la liberté de conscience individuelle que la donne a changé. Nous assistons, en effet, à un mouvement d'externalisation-extériorisation des croyances religieuses à l'initiative du croyant et en dehors de ses lieux traditionnels d'expression. La croyance individuelle s'affiche, se manifeste, se revendique, s'instrumentalise au sein d'instances dont elle était exclue. En outre, même dans l'enceinte familiale, la revendication confessionnelle peut s'exprimer âprement.

Le religieux devient alors pomme de discorde, source de tensions portées sur la place publique alors même que le religieux appartient au for interne de l'individu. Paradoxe, ici, mais qui n'a rien de surprenant : le religieux a une nature ambivalente, expérience intérieure certes, mais aussi, inévitablement, acte social, rapport à l'autre. De la solitude (I) à l'altérité (II), le religieux se décline, devant le juge, en une palette dont il lui faut saisir les multiples nuances pour tenter de préserver le pluralisme confessionnel.

- I -

LA SOLITUDE RELIGIEUSE

Dans un monde fonctionnant entièrement en dehors du religieux comme principe régulateur, la croyance devient, par voie de conséquence, une option privée parmi d'autres¹⁴. La croyance n'organise plus la société (même si celle-ci peut comporter une majorité de croyants) et l'attitude religieuse doit être regardée comme un possible parmi toute une gamme de possibles (et non comme une nécessité constitutive et permanente). Dans cette perspective, la religion est une expérience de solitude, dont le juge peut avoir à connaître accidentellement et qu'il va alors protéger en tant que telle c'est-à-dire comme une affaire privée (A) et individuelle (B).

A- La privatisation du religieux

L'unanimité et la clarté règnent lorsqu'il s'agit pour le juge d'affirmer que le religieux relève du for interne de l'individu. Rappelant qu'« en France, le principe de la liberté de conscience et de culte doit prévaloir »¹⁵, « que les libertés religieuses, de croyance, d'opinion, d'expression sont constitutionnellement garanties »¹⁶, le juge précise à maintes reprises que « la croyance fait partie de la sphère individuelle »¹⁷, qu'« il s'agit d'un domaine privé ressortissant à la liberté de conscience »¹⁸. A ce titre, le juge ne saurait « émettre quelque avis que ce soit quant à l'appartenance d'un parent à un groupe religieux, fût-il habituellement qualifié de secte »¹⁹.

¹⁴ M. Gauchet, op. cit. p. 81.

¹⁵ Pau 1^{er} mars 1999, jurisdata n°040384.

¹⁶ Toulouse, 26 novembre 2001, jurisdata n°184911.

¹⁷ Pau, 28 janvier 2002, jurisdata n°173806.

¹⁸ Bordeaux, 2 mai 2001, jurisdata n°145077

¹⁹ Bordeaux, 2 mai 2001 précit.

L'individu, donc, dans son for interne, peut choisir l'objet de sa croyance en toute liberté. Et la reconnaissance de cette liberté de croyance, illimitée dans l'objet sur laquelle elle s'applique, mais limitée dans son aire (le for interne) va de pair avec un déni d'effets juridiques de la croyance en tant que telle. Les juges s'interdisent de faire produire au religieux de quelconques conséquences juridiques : ainsi, « l'appartenance de la mère à une association spirituelle » (dont le juge précise par ailleurs qu'elle est répertoriée comme mouvement sectaire par la commission d'enquête parlementaire sur les sectes) « ne saurait à elle seule motiver le transfert de la résidence habituelle des enfants chez le père »²⁰ ; le juge ne doit pas « prendre quelle que décision que ce soit qui reviendrait à sanctionner ce parent pour cette appartenance » (à une secte)²¹. Ou encore, il doit « être admis en principe qu'une croyance religieuse quelle qu'elle soit ne peut en elle-même être constitutive d'un comportement fautif »²².

Une telle position de principe adoptée par les juridictions civiles en matière de droit de la famille trouve également à s'exprimer dans le domaine des relations de travail. Le contrat de travail n'emporte pas renoncement du salarié à ses convictions religieuses qui font partie de sa vie privée. Et c'est du reste à ce titre que le salarié est protégé dans sa croyance. La vie privée ne concernant pas l'exécution du contrat de travail, l'employeur ne peut exercer son pouvoir disciplinaire à l'égard d'un collaborateur dont il n'approuve pas certains actes de sa vie privée. L'article L. 122-45 du Code du travail exclut expressément tout licenciement fondé sur les convictions religieuses²³. La nullité du licenciement sanctionne une telle discrimination.

L'article L. 122-35 du Code du travail dispose que le règlement intérieur ne peut comporter de clauses « lésant les salariés dans leur emploi et leur travail en raison ... de leurs opinions ou confessions ». Nous sommes alors bien loin de ce règlement intérieur d'une bonneterie de Chaumont, établi en 1850²⁴ qui prévoyait dans son article 1 : « Piété, propreté et ponctualité font la force d'une bonne affaire » et édictant dans l'article 2 un contrôle de « la présence des ouvrières à la messe dominicale, sous peine de renvoi immédiat de la fabrique ». La liberté religieuse, aujourd'hui imposée à l'employeur une totale neutralité mais corrélativement, les convictions religieuses du salarié, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail²⁵. La jurisprudence a toujours été attentive à la préservation de

²⁰ Besançon, 12 juin 2000, jurisdata n°143345 ; Pau 19 janvier 1999, jurisdata n°040024.

²¹ Bordeaux, 2 mai 2001, précit.

²² Bordeaux 26 novembre 2002, jurisdata n° 198916.

²³ Créé par la loi du 4 août 1982, l'article L.122-45 interdit les discriminations directes ou indirectes en raison de l'origine du salarié, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, en raison de son état de santé ou de son handicap.

²⁴ Cité par J. E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, éditions Liaisons sociales, 2004, p. 275.

²⁵ Cass. Soc. 24 mars 1998, Dr. Soc. 1998 p.614 ; V. Y. Chauvy, « Travail et religion sous le rapport tempéré de la neutralité (autour d'un interdit alimentaire dans l'islam d'outre-mer français), Gaz. Pal. 19 novembre 1998, chron. P. 3 ; solution reprise par les juges du fond et notamment, Pau 18 mars 2002, jurisdata n°189986 : il s'agissait d'une salariée exerçant les fonctions de cuisinière qui refusait de goûter aux plats de viande non égorgée, de toucher les bouteilles de vin, de faire des gâteaux, un tel comportement mettant en cause la bonne marche de l'entreprise. Les juges rappellent qu'en vertu de l'article L. 122-45 du Code du travail, l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié mais que celles-ci n'ayant pas été « contractualisées » l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché. Le motif du licenciement ne

la vie privée du salarié et qu'il s'agisse de ses opinions religieuses, philosophiques ou politiques, celles-ci demeurent, en principe, étrangères au contrat de travail. En principe, cependant, dans la mesure où l'on peut noter un certain infléchissement dans les entreprises de tendance. Celles-ci, caractérisées par un projet qui promeut une doctrine, une idéologie, une morale, ne peuvent sans doute pas exiger de leurs salariés « une communauté de pensée et de foi avec l'employeur », comme le soutenait la jurisprudence Fischer, en 1986²⁶, et dont le fondement résulterait de l'objet même de l'entreprise. L'évolution de la jurisprudence après l'arrêt Fischer²⁷ est caractérisée par la recherche d'un équilibre entre les exigences propres à l'entreprise de tendance et la protection de la vie privée du salarié. Si le comportement du salarié travaillant dans une entreprise de tendance peut fonder un licenciement, c'est à la condition que, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, un tel comportement ait créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. Telle est la solution posée par l'arrêt Painsecq du 17 avril 1991²⁸ qui, marquant l'abandon de la jurisprudence Fischer, privilégie l'analyse objective des faits et l'application du principe de proportionnalité. Statuant sur renvoi après cassation dans cette affaire, la Cour de Paris²⁹ relève que « si, dans certaines entreprises à tendance idéologique, l'employeur est en droit d'exiger de ceux de ses salariés chargés par lui d'une mission spirituelle un mode de vie et de pensée conforme à leurs finalités, tel n'est pas le cas de M. Painsecq qui n'avait pas de contact direct avec les fidèles et ne pouvait exercer sur eux aucune influence réelle ».

En définitive, il faut retenir que si l'entreprise de tendance, de par son projet, comporte des exigences propres, « celles-ci n'entraînent pas, de plein droit, une obligation de respecter une communion de pensée et foi avec l'employeur »³⁰. Cependant, ce serait méconnaître la réalité de l'entreprise de tendance que de croire que le salarié n'est jamais tenu d'adhérer au projet religieux de l'entreprise pour laquelle il travaille. D'une part, ses fonctions peuvent avoir une dimension religieuse et embauché pour remplir une telle tâche, le salarié ne saurait invoquer une clause de conscience pour refuser son exécution. D'autre part, le salarié peut être tenu de professer la foi commune de l'entreprise et sa conversion pourrait justifier son licenciement. Enfin, pèse sur le salarié l'obligation d'adopter une attitude qui ne contredise l'impératif religieux, ce qui déborde parfois le cadre de la vie professionnelle. C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'arrêt Painsecq, l'orientation sexuelle, pouvant en cas de trouble caractérisé causé à l'entreprise,

résulte pas des convictions religieuses de la salariée mais d'un changement brutal de comportement. Cependant, s'il est vrai que l'insertion dans le contrat d'une « clause expresse » concernant les convictions religieuses du salarié, sorte d'objection de conscience peut paraître infléchir la rigueur du principe et répondre aux exigences confessionnelles du salarié, n'est-ce pas là dans une certaine mesure une vue de l'esprit que de croire que celle-ci est toujours possible pour le salarié lors de la conclusion du contrat ?

²⁶ Soc. 20 novembre 1986, JCP G 1987, II, 20798 note T. Revet.

²⁷ Dont la solution était plus sévère que celle posée plusieurs années auparavant par l'Assemblée plénière dans l'affaire bien connue de la dame Roy (19 mai 1978, D. 1978, jurisprudence p. 541, concl. R. Schmelck, note Ph. Ardant): « Lors de la conclusion du contrat par lequel l'association Sainte Marthe s'était liée à Dame Roy, les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et cet élément de l'accord des volontés qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante ».

²⁸ Soc. 17 avril 1991, JCP G 1991, II, 21724, note A. Sériaux.

²⁹ Paris 29 janvier 1992, Dr. Social 1992, p.335.

³⁰ Ph. Wacquet, loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, Gaz. Pal. 1996, doct. P. 1427.

justifier le licenciement. Plus explicite est encore l'arrêt de la Cour de Toulouse concernant ce surveillant rituel dont la vie privée contredisait les préceptes de la religion professée³¹. Au demeurant et comme le soulignent fort justement certains auteurs³², « dans l'entreprise de tendance, l'article L. 122-45 est en quelque sorte appliqué à rebours, à savoir que les choix de l'employeur (d'embaucher, d'affecter à un poste, de licencier) reposent sur l'idée de conformité religieuse, ou de préférence, ce qui est illégal dans l'entreprise ordinaire ». En revanche, il n'est pas possible d'admettre une surexposition de l'élément religieux dans l'entreprise de tendance, qui conduirait à reconnaître implicitement la possibilité de supprimer ou de limiter les libertés du salarié à raison de l'objet de l'entreprise.

De manière générale, la seule appartenance à une religion, sans signe extérieur ni activisme particulier appartient au for interne du salarié et le droit du travail comme la jurisprudence interdisent la prise en compte des convictions religieuses qu'il s'agisse de l'embauche, du déroulement de carrière ou de la rupture du contrat de travail. Ainsi les juges vérifient-ils que « la rupture des relations contractuelles n'était pas imputable à l'appartenance du salarié à l'Église de Scientologie » mais à des actes de prosélytisme³³. Même solution dans l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 8 décembre 1999³⁴, affaire dans laquelle une salariée de la société Air Liquide avait été licenciée après la parution d'un article du Monde dans lequel elle faisait état de sa qualité de directrice scientifique de Clonaid. Cette implication personnelle de la salariée dans le clonage humain et qui donc démontrait chez elle à tout le moins une communauté de pensée avec la secte des Raëliens, était le motif principal du licenciement. La Cour de Paris considère qu'un tel motif, « au-delà de l'appréciation morale d'une telle déclaration et prise de position, relève de la liberté de pensée ; la salariée peut prétendre qu'il lui est reproché de développer l'idéologie d'une église raëlienne dont la forme semble se confondre avec une entreprise commerciale prenant l'aspect d'une secte. Le droit du travail français reconnaît à chaque personne le droit de ne pas être inquiété dans son travail à raison de ses opinions politiques ou de ses convictions religieuses et en l'absence de prosélytisme à l'intérieur de l'entreprise, l'employeur ne peut faire état des convictions de la salariée pour procéder à son licenciement ». Il est bien certain que « l'employeur doit respecter et faire respecter les libertés individuelles des salariés ; il ne saurait apporter aux droits fondamentaux des personnes des restrictions non justifiées »³⁵.

Les exemples pourraient être multipliés à l'envi. Au demeurant, ils appellent plusieurs remarques.

D'une part, la religion est une affaire privée et strictement privée. En tant que telle, elle échappe au juge ; même plus, il n'a pas à pénétrer les secrets de la conscience. Peu importe également la nature de cette foi, toutes les croyances sont recevables car, sans doute, ne faut-il pas oublier que « ce Dieu que l'un croit suivre, l'autre avec autant de raison va le prendre pour le Diable »³⁶. En témoigne ici l'approche du phénomène sectaire par les juges. En rejetant toute distinction entre

³¹ Toulouse 23 juin 1995, Cah. Prud'h., 1995, n°9 p. 159, obs.

³² H. Gleizes, P. Strasser, Religion et travail, in *Traité de droit français des religions*, ss la dir. de F. Messner, P.-H. Prélot et J.-M. Woehrling, Litec, 2003, p. 721.

³³ Paris, 28 septembre 1993, jurisdata n°022979.

³⁴ Jurisdata n°104261.

³⁵ Rouen, 25 mars 1997, jurisdata n°042342.

³⁶ L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, Flammarion, 1986, p. 53 : « car le conflit est insoluble et mortel entre les différentes valeurs qui s'offrent au choix de l'homme ».

secte et religion, le juge participe très nettement au pluralisme confessionnel. Le contentieux de la diffamation est ici exemplaire de cette position très majoritaire³⁷. En premier lieu, l'imputation d'appartenir à une religion ou à une secte, et l'imputation faite à un mouvement d'être une secte ne présentent pas en elles-mêmes un caractère diffamatoire. En second lieu, les juges rejettent systématiquement l'*exceptio veritatis* fondée sur les rapports parlementaires sur les sectes. Cette absence de portée juridique des concepts et l'absence de valeur probante des rapports permettent d'éviter la question épineuse voire insoluble de la définition (religion, secte), qui, en tout état de cause, serait hors de propos, et la stigmatisation de certains mouvements ou leur propre paranoïa. Cependant, on ajoutera que les rapports parlementaires peuvent être utilisés pour faire la preuve de la bonne foi des prévenus³⁸.

D'autre part, la croyance d'un individu en elle-même ne saurait fonder une action en justice. Peu importe alors la vérité ou la fausseté prétendues des croyances en cause, leur caractère étrange ou anormal car « les affaires de croyance sont des affaires de cœur, il n'y a pas de raisons pour ou contre cela »³⁹. Et, du reste, dès 1912, la Cour de Paris⁴⁰ décidait que « toutes les croyances religieuses, scientifiques ou philosophiques sont essentiellement respectables, pourvu qu'elles soient sincères et de bonne foi et il n'appartient pas à des juges civils, quelques soient d'ailleurs leurs opinions ou croyances personnelles de les railler, critiquer, condamner ». *Essentiellement respectables*, c'est-à-dire dans leur essence : toutes les croyances sont recevables sans distinction puisque par hypothèse (en tant qu'elle relève du for interne), l'option religieuse n'a pas à être évaluée, comparée, critiquée.

Pourtant, certaines décisions laissent entrevoir un jugement moral même si le juge considère qu'« il ne lui appartient pas de porter un jugement sur l'institut théologique nîmois qui est officiellement répertorié comme secte, ce à quoi s'en tient la juridiction »⁴¹. Parfois, l'appréciation d'ordre axiologique est plus explicite dans un sens favorable ou défavorable à la croyance en cause et fonction d'elle. Ainsi, le Bouddhisme bénéficie-t-il d'un préjugé positif, dans la majorité des cas et nous trouvons sous la plume de certains magistrats que « la liberté religieuse implique une tolérance que le bouddhisme est d'autant mieux à même de revendiquer qu'il en a fait le socle de son enseignement ; seuls l'ignorance ou l'aveuglement peuvent donc pousser à l'assimiler à une secte »⁴². L'Église adventiste du Septième jour a également la faveur des juridictions dont certaines n'hésitent pas à se livrer à des considérations apologétiques. Ainsi, la Cour de Reims le 27 juin 2002⁴³ qui relève, tout d'abord, que cette église « n'est pas classée parmi les sectes ou religions aux pratiques condamnables, visant à transformer la personne humaine en robot ou zombie, obéissant à leurs desseins criminels sauvages comme il en existe pléthore de

³⁷ L. Razafy, La diffamation religieuse, mémoire de DEA Droit privé fondamental, Montpellier 2004, dir. V. Fortier.

³⁸ Rennes 10 mars 1998, jurisdata n° 047697; Civ. 2, 14 mars 2002, jurisdata n°013499 : « procédant d'une appréciation souveraine des éléments de preuve régulièrement produits en défense, parmi lesquels pouvait figurer un rapport d'enquête parlementaire, la cour d'appel a pu déduire que la prévenue devait bénéficier du fait justificatif de bonne foi ».

³⁹ W. Busch, *So spricht der Weise, Geflügelte Worte und Reime*, Bechtle Esslingen, 1981, p. 85, cité par P. Engel, Les croyances, in *Notions de philosophie*, T. II, ss la dir. De D. Kambouchner, Folio essais, 1999, p.13.

⁴⁰ Paris 4 décembre 1912, D.P. 1914, 2, 213.

⁴¹ Nîmes 7 mai 2003, jurisdata n°224296.

⁴² Lyon 2 février 1999, jurisdata n°045264.

⁴³ Jurisdata n°199657

nos jours » ; puis les juges nous livrent un certain nombre de témoignages sur cette église émanant de personnalités incontestables. Enfin, ils concluent en ces termes : « sans faire de prosélytisme, sans attacher une importance absolue, exagérée à cette distinction entre l'appellation secte à connotation péjorative et celle de religion plus respectable, dès lors que « certaines religions » de notre temps s'avèrent plus sectaires, avec de diaboliques déviations, d'inhumaines aberrations prêchant sans vergogne le terrorisme, les bains de sang pour immoler les infidèles, il y a lieu néanmoins d'affirmer que l'adepte d'une croyance qui vise à susciter le respect de la personne humaine considérée comme « Temple de l'esprit », à encourager les vertus morales, à pratiquer la charité, à éviter les vices et le mal, à faire du bien, ne peut pas être une mauvaise mère ».

Que penser d'un tel dithyrambe ? Nous ne sommes tout d'abord pas certaine qu'il fut nécessaire pour maintenir les enfants auprès de leur mère, au vu des faits de l'espèce. Mais surtout, les juges prennent fait et cause pour une croyance et dans leur défense enflammée de celle-ci, dépassent à notre sens la mesure et surtout se méprennent sur leur rôle.

A l'opposé, nous trouvons des décisions qui se prononcent dans un sens tout à fait négatif sur la croyance en cause, certaines allant jusqu'à considérer que « l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah crée pour elle un handicap certain pour assumer la résidence habituelle de l'enfant dans la mesure où (...) les activités engagées des Témoins de Jéhovah, recensés officiellement comme constituant une secte référencée, fût-ce plus ouverte et libérale que d'autres sectes sont largement antinomiques avec la religion catholique (religion d'origine du couple), avec la pratique d'activités collectives et avec certains principes de sécurité »⁴⁴.

Dans la même perspective, il faut relever une affaire assez particulière traitée par la Cour de Paris le 15 juin 1999⁴⁵ dont le pourvoi fut rejeté par la Chambre sociale, le 18 juillet 2001⁴⁶. Il s'agissait d'un salarié qui avait été licencié pour faute grave, pour avoir dénoncé l'appartenance d'un directeur commercial à une secte. Ce salarié avait constitué un volumineux dossier sur le mouvement litigieux et avait tenté à plusieurs reprises d'alerter ses supérieurs hiérarchiques sur les éventuels dangers que faisait courir à l'entreprise cette appartenance sectaire. Dans les moyens développés à l'appui de son pourvoi, l'employeur considérait que le salarié avait commis une faute en établissant un rapport puis en divulguant un fait, qui, relevant de la vie personnelle de son collègue n'avait commis aucun trouble objectif caractérisé à l'entreprise ; par ailleurs, soutenait encore l'employeur, cette divulgation avait été faite dans le but d'empêcher la promotion du collègue et donc, « sous couvert de défendre les intérêts de l'entreprise, le salarié était guidé par une intention exclusivement malveillante ». Le conseil des prud'hommes et à sa suite la Cour de Paris estiment le licenciement non fondé. Ce qui est intéressant ici et pour le moins surprenant, ce sont les motifs retenus par la cour pour déclarer le licenciement injustifié. D'une part, les magistrats parisiens considèrent que « l'appartenance à une secte laisse présumer l'adhésion à des intérêts susceptibles d'être contraires à ceux de la collectivité nationale (le directeur de la secte étant américain) ce qui est incompatible avec une activité professionnelle au sein d'une entreprise qui travaille pour la défense nationale ». D'autre part, ajoutent les juges, le salarié (ayant dénoncé) « a accompli avec un courage méritoire ce qui était son devoir, malgré la

⁴⁴ Bordeaux 10 février 2000, jurisdata n°107057

⁴⁵ Jurisdata n° 024159.

⁴⁶ Juridisque Lamy

conscience qu'il pouvait avoir des risques qu'il encourait ». La cour a-t-elle voulu absoudre la délation considérant que le secteur d'activité de l'entreprise justifiait la dénonciation ? Le salarié était-il mû par un esprit de civisme ou, à l'inverse par une volonté de nuire à un collègue ? Quoiqu'il en soit, ce qui peut troubler, c'est cette affirmation de principe de la Cour de Paris selon laquelle l'adhésion à un groupement sectaire dirigé par un étranger *laisse présumer* l'adhésion à des intérêts *susceptibles d'être contraires* à ceux de la collectivité nationale. Les activités du groupement incriminé ne sont pas décrites, ni celles exercées par le salarié mis en cause au sein de ce groupement. Le risque potentiel de fuites d'informations protégées justifiait l'attitude du salarié dénonciateur. Il faut ajouter que le salarié dénoncé a également été licencié. La Cour de Paris en a fait du reste un argument supplémentaire y voyant la preuve de la gravité des faits dénoncés. Ce dont l'employeur dans son pourvoi se défendait : la lettre de licenciement de ce salarié précisait qu'aucun crédit n'avait été accordé aux allégations du dénonciateur mais également que seule l'absence de discrétion de celui-ci était à l'origine du licenciement, par la large publicité donnée au rapport et aux faits invoqués, de sorte que la société évoluant dans un secteur extrêmement sensible, il n'était pas possible de prêter le flanc à la moindre critique même si elle s'appuie sur des rumeurs.

Enfin, la croyance peut également être évaluée à l'aune de critères plus objectifs même s'ils ne sont pas à l'abri de la critique, ceux tirés du rapport parlementaire sur les sectes. Faisant application de ces critères permettant de déceler une secte, la Cour de Pau le 19 janvier 1999⁴⁷ en conclut au maintien de l'enfant chez sa mère adepte d'un groupe de yoga dirigé par un gourou : « parmi les influences exercées sur chaque adhérent, Mme L. ne présente nullement des traces de déstabilisation mentale, rupture avec l'environnement originaire, atteinte à l'intégrité physique, discours antisocial ».

Malgré l'extrême diversité des croyances en cause et des faits en débats, il est possible de tirer plusieurs enseignements de cette jurisprudence foisonnante quant à notre premier point d'étude :

- incontestablement, le juge fait de la croyance une affaire privée, affirmant sans ambiguïté qu'elle relève du for interne et que, partant, elle échappe en principe à tout jugement.

- cependant et alors même qu'il s'interdit de juger la croyance dans son essence, le juge se livre dans certains cas à une évaluation de l'option religieuse.

Le pluralisme confessionnel en sort alors affaibli au moins pour deux raisons : d'une part, parce que, pour une partie des décisions, la privatisation du religieux n'est que clause de style, sorte de paravent juridique lorsque la croyance en cause est socialement « dérangeante ». Et d'autre part, parce que les croyances ne bénéficient pas, selon les juridictions, d'une égale indifférence qui devrait être la règle s'agissant de l'essence de la croyance. L'objet de la croyance ou le contenu de celle-ci devrait, dans l'absolu, dans une perspective fondamentale, être ignoré du juge.

Si le rapport au religieux appartient à la sphère intime de l'individu, il est également individuel.

⁴⁷ Jurisdata n°040024.

B - L'individualisation du « croire »

Cela signifie que la religion, dans un système pluraliste de valeurs religieuses, doit être offerte à tous comme une option possible mais ne doit pas être imposée. L'option religieuse relève du choix individuel. Libre de croire ou de ne pas croire, libre de choisir sa croyance ou de ne répondre à aucune sollicitation religieuse, l'individu ne saurait connaître d'entrave et doit pouvoir se déterminer en fonction des seuls impératifs de son besoin de spiritualité. Dans une « société profondément marquée par l'individualisation du rapport au sens, par la désinstitutionnalisation des systèmes de croyances et par la marginalisation sociale des institutions religieuses », on assiste à un bricolage individuel des croyances. Le renouveau de la spiritualité que nous vivons est caractérisé par le déclin des grandes religions. « Les Églises se vident, les vocations se raréfient, mais paradoxalement, si Dieu perd du terrain, le Sacré en gagne »⁴⁸. Pour échapper à un monde qui les angoisse, les individus sont nombreux à être attirés par des spiritualités bricolées à la carte. Cela d'autant plus facilement que l'offre spirituelle est abondante⁴⁹. Le pourcentage des Français (14%) qui déclarent n'avoir aucune croyance religieuse a beaucoup moins vite augmenté que le nombre de ceux qui déclarent croire à une « puissance » ou à une « force sumaturelle » qu'ils ne nomment pas avec précision. La croyance en un Dieu personnel (présentant les attributs du Dieu juif et chrétien) s'érode, à l'inverse régulièrement⁵⁰.

Comme le souligne D. Hervieu-Léger, « le fait majeur n'est pas l'amenuisement du croire, mais sa dissémination individualiste, en dehors des grands codes du croire définis par les institutions religieuses. Dans une société où l'autonomie des individus s'affirme dans tous les domaines, la croyance religieuse ne fait pas exception. Plus qu'à la conformité aux « vérités » portées par des institutions, les individus s'attachent à l'authenticité d'une quête spirituelle personnelle. Ils « bricolent » de plus en plus librement les petits récits croyants qui leur permettent de donner un sens subjectif à leur expérience du monde. Et l'élargissement des ressources culturelles disponibles contribue à la démultiplication de ces compositions croyantes à la carte »⁵¹.

Si une partie du contentieux porte sur les religions traditionnelles, une autre part importante relève de ces croyances nouvelles, de l'adhésion à des spiritualités de la réalisation de soi. Le juge ici observe une totale neutralité considérant dans maints cas qu'il n'est pas question d'empêcher l'individu « d'avoir les croyances qu'il veut »⁵², que « sa vie, ses croyances, ses aspirations, son mode d'existence ne regarde que lui »⁵³. Cette individualisation du croire trouverait à s'épanouir pleinement dans notre société laïque, si l'on en croit certains de ses ardents

⁴⁸ U. Gauthier, M. Lemonnier, F. Lenoir, La nouvelle quête de Dieu, in Le Nouvel Observateur, 16 octobre 2003, p.13.

⁴⁹ Le domaine religieux (au sens large) dispose des moyens contemporains de diffusion qui lui assurent une audience considérable. « On songe ici aux puissants vecteurs de communication contemporains via l'usage de la télématique et des satellites qui véhiculent des messages religieux à caractère prosélyte sur la planète entière (...). Ces nouvelles dimensions assurent une surenchère constante. » (A. Garay, Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise, in Travail et Religion, Colloque Montpellier, 14 juin 2003, Cahiers Sociaux du Barreau de Paris, numéro spécial, juillet 2003).

⁵⁰ Voir. S. Landais, Le port de signes religieux distinctifs, mémoire de DEA droit privé fondamental, 2004, dir. V. Fortier, p. 24.

⁵¹ D. Hervieu-Léger, L'état des religions en France, analyses et réflexions, août 2001.

⁵² Rennes 30 octobre 2000, jurisdata n°139414.

⁵³ Nîmes 15 septembre 1999, jurisdata n°101284.

défenseurs : « c'est dans un état laïc que les religions comme les spiritualités sans dieu sont le plus libres de s'exprimer, sans qu'aucun privilège accordé à l'une d'entre elles ne vienne compromettre leur égalité de principe. Avec la laïcité, on évite la guerre des dieux et on éradique toute discrimination entre les options spirituelles »⁵⁴.

Pourtant, cette individualisation du religieux rendue possible par la « laïcité égalitaire » de la France bute parfois contre certaines limites forgées au fil du temps, par l'histoire, la culture, les valeurs et... la religion dominante de la France. Exemple à cet égard est le problème soulevé par l'absence au travail pour motifs religieux⁵⁵. Le Code du travail prévoit un certain nombre de jours fériés dont certains coïncident avec les fêtes catholiques⁵⁶ : lundi de Pâques, Ascension, lundi de Pentecôte, Assomption, Toussaint et Noël⁵⁷. Le repos hebdomadaire est, sauf dérogation, donné le dimanche⁵⁸, jour de la messe pour les catholiques. S'il est vrai que pour la plupart de nos concitoyens, ces jours de repos n'ont plus de sens religieux, il n'en demeure pas moins que d'autres les vivent conformément à leur foi. « Ce qui provoque la meurtrissure des adeptes d'autres croyances dont les rites ne sont pas aussi bien traités (...), les lois de la République privilégient, malgré leur neutralité, la pratique religieuse des catholiques en ignorant totalement celle des autres religions »⁵⁹.

Dès 1906, le Conseil d'État affirmait le caractère non religieux du repos dominical, un commerçant juif ne pouvant, dès lors, demander l'autorisation de donner le repos hebdomadaire à ses salariés le samedi, en invoquant les prescriptions de sa religion l'obligeant à fermer ce jour-là⁶⁰. Très récemment, le 16 février 2004, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté la demande d'un agent d'entretien d'un office HLM qui sollicitait de son employeur l'autorisation de s'absenter tous les vendredis de 14 h à 16 h pour se rendre à la mosquée. Le Conseil d'État a considéré que si la liberté de culte présente le caractère d'une liberté fondamentale, les nécessités du fonctionnement normal du service public faisaient obstacle à la requête de l'agent⁶¹.

Pour les salariés du service public, il faut noter que l'absence pour motif confessionnel en dehors du calendrier légal des jours fériés est traité individuellement et non pour une communauté. Une réponse favorable à la demande d'un agent est subordonnée à la condition que l'absence ne perturbe pas le service.

⁵⁴ H. Pena Ruiz, la laïcité pour l'égalité, Mille et une nuits, Fondation du 2 mars 2001.

⁵⁵ V. sur ce point, J.L. Bilon, l'absence au travail pour motifs religieux, in Travail et religion, colloque Montpellier, 14 juin 2003, Cahiers Sociaux du Barreau de Paris, n° spécial, juillet 2003, p. 55 et s.

⁵⁶ Article L. 222-1 du Code du travail.

⁵⁷ Sous l'Ancien Régime, ces jours fériés, fêtes d'obligations catholiques et donnant lieu à célébration dans les églises étaient bien plus nombreux et pouvaient permettre au gré des époques et en les combinant avec les dimanches plus de cent jours de repos à ceux qui vivaient de leur labeur. Du XVI^e siècle au XVIII^e siècle, ils ont été l'occasion de violents conflits : ainsi la grève de quatre mois des compagnons imprimeurs en 1539, celle des compagnons papetiers en 1740. Supprimés par la Convention, les jours fériés réapparaissent pour partie avec le Concordat de 1802 : Noël, Assomption, Ascension, Toussaint. Les lundis de Pâques et de Pentecôte sont rétablis sous le second Empire en 1866 (J.L. Bilon, art. cit. p. 56)..

⁵⁸ Article L.221-5 du Code du travail.

⁵⁹ J.L. Bilon, art. cit. p. 55.

⁶⁰ Conseil d'Etat, 30 novembre 1906, Sirey 1907, III^e partie, p.23, 5^eme espèce ; V. aussi Paris 10 novembre 1994 jugeant qu'un employeur fait travailler illicitement ses salariés le dimanche, aucune autorisation administrative n'ayant été obtenue et l'argumentation de l'employeur selon laquelle le repos dominical est contraire à la religion du personnel est inopérante.

⁶¹ Conseil d'Etat, ordonnance du 16 février 2004, jurisdata 066485.

Différentes circulaires rappellent aux chefs de service qu'ils peuvent accorder à leurs agents des autorisations pour participer aux fêtes religieuses sous réserve des nécessités du service. La liste des fêtes pouvant, le cas échéant, justifier une autorisation d'absence rémunérée comprend les fêtes orthodoxes, arméniennes, musulmanes, juives et bouddhistes. Une telle solution semble pouvoir résoudre les difficultés des croyants, agents publics de l'État, pratiquant un culte ni catholique, ni protestant. En réalité, la possibilité ouverte par les circulaires peut provoquer des discriminations au moins à deux égards : d'une part, les croyants non catholiques et non protestants bénéficient des jours de congés des fêtes légales mais également peuvent se voir accorder des jours supplémentaires, avantage dont sont exclus les catholiques et les protestants⁶². Il semble cependant, dans ce cas, que l'exclusion de ces derniers des circulaires ministérielles soit sans portée juridique.

D'autre part, la circulaire, parce qu'elle dresse une liste des cultes dont les fidèles pourront se prévaloir pour obtenir des jours supplémentaires, écarte les adeptes d'autres mouvements⁶³, aussi bien que les athées qui ne peuvent pas alors fêter Giordano Bruno⁶⁴.

Au demeurant, lorsque la juridiction administrative est saisie de tels conflits, elle considère tout d'abord que l'institution de fêtes légales ne fait pas obstacle en elle-même à ce que des autorisations soient accordées à des agents publics pour participer à d'autres fêtes religieuses correspondant à leur confession, sous réserve des nécessités de fonctionnement du service. Ensuite, le juge administratif indique que les autorisations d'absence pour la célébration d'une fête religieuse ne sont pas limitées aux principales religions, le fait qu'un mouvement soit classé comme secte n'ayant pas d'incidence. Seules comptent, dans tous les cas, les nécessités du service.

Quant aux salariés du secteur privé, les juges du travail font prévaloir les stipulations du contrat pour résoudre les litiges : « contractualisation » des convictions religieuses⁶⁵ (qui deviennent alors un élément essentiel du contrat) ou

⁶² Une telle situation n'a pas échappé à une employée du Centre Georges Pompidou qui sollicitait de son directeur des autorisations d'absence pour le Vendredi Saint, pour la fête Dieu et celle de la médaille miraculeuse. Le refus du directeur était motivé par le fait que seules les fêtes légales pouvaient donner lieu à congé. Le Conseil d'Etat annula la décision de refus pour erreur de droit car « l'institution par la loi de fêtes légales ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que, sous réserve des nécessités du fonctionnement du service, des autorisations soient accordées à des agents publics pour participer à d'autres fêtes religieuses correspondant à leur confession » (Conseil d'Etat, n°125893, 12 février 1997).

⁶³ Tel était le cas d'un gardien de la paix parisien, raëlien qui avait revendiqué la possibilité de s'absenter pour les fêtes de son mouvement. Un refus lui avait été opposé par ses supérieurs. La Cour administrative d'appel de Paris annula ce refus considérant que les autorisations d'absence ne sont pas limitées aux principales religions. Elle ajoutait également que le fait que le mouvement des raëliens soit classé comme une secte dans un rapport parlementaire était sans incidence pour la solution du litige. Seules les nécessités du service peuvent justifier un tel refus (CAA Paris, 22 mars 2001)

⁶⁴ Le Conseil d'Etat a rejeté la requête d'un personnel de la Banque de France tendant à obtenir un congé pour célébrer la mort de Giordano Bruno sur le bûcher à Rome le 17 février 1600 (Conseil d'Etat n°67791, 3 juin 1988).

⁶⁵ Pour une application V. Paris 25 mai 1990, D. 1990, jurisprudence, p. 596, note J. Villacèque : un surveillant rituel qui s'était absenté vingt-cinq jours afin d'assister aux funérailles de son fils en Israël fut licencié par son employeur qui lui reprochait un défaut d'autorisation d'une absence dont la durée excédait les prévisions légales ; le salarié invoquait les termes de son contrat de travail qui imposaient le respect des obligations religieuses. Licenciement injustifié selon la Cour, « les relations contractuelles supposaient un attachement égal des parties à la loi juive et le souci réciproque de l'appliquer sans restriction même au-delà du cadre étroit et limité de la mission du surveillant rituel et que, dès lors, l'employeur tenu contractuellement au respect de la loi juive ne pouvait se prévaloir d'un défaut

silence du contrat sur ce point (et la religion est dans ce cas étrangère au contrat de travail). On notera d'ailleurs à cet égard une décision un peu ancienne de la Cour d'appel de Lyon à propos d'une affaire opposant une clinique privée à l'une de ses infirmières qui refusait une modification de ses horaires de travail en mettant notamment en avant sa religion l'empêchant de travailler le samedi. La cour écarte l'argumentation de la salariée au motif suivant : « si essentielles qu'elles puissent être, la prise en considération de telles obligations (religieuses) pourrait d'ailleurs conférer à leurs pratiquants une situation privilégiée par rapport aux salariés se réclamant d'autres religions monothéistes ou aux salariés agnostiques ou athées. En dehors de leur inclusion dans le cadre contractuel exprès, elle constituerait une atteinte évidente au principe fondamental de l'égalité des citoyens devant la loi »⁶⁶. En revanche, il faut noter une décision de la Cour de Nancy du 28 février 2000⁶⁷, appelée à se prononcer sur le licenciement d'un cadre d'une entreprise auquel l'employeur reprochait diverses fautes. L'une d'entre elles concernait une absence du salarié à une réunion, malgré le refus d'autorisation de l'employeur. Ce qui est intéressant ici, est le motif de cette absence : le salarié se rendait à un congrès annuel des Témoins de Jéhovah. La cour considère que ce motif doit être écarté, s'agissant « d'une absence isolée de la part d'un cadre donnant toute satisfaction depuis près de cinq ans, pour un motif respectable, en considération des convictions religieuses » du salarié. Le motif religieux (si l'on considère que la participation à un congrès organisé par une communauté religieuse relève de la pratique religieuse) serait-il alors de nature à justifier et à absoudre l'absence non autorisée, privant par là-même le chef d'entreprise de son pouvoir de direction et de son pouvoir disciplinaire ? On peut en douter si l'on rapproche de cette affaire un arrêt un peu ancien de la Chambre Sociale⁶⁸ rendu à propos d'une salariée qui s'était absentée pour fêter l'Aïd-El-Kébir malgré le refus de son employeur. La Haute juridiction retient la cause réelle et sérieuse de licenciement mais censure la décision d'appel sur le degré de gravité de la faute considérant que « compte tenu des circonstances de l'espèce, l'absence non autorisée de la salariée un seul jour ne constituait pas une faute grave ».

Cette individualisation du religieux s'oppose à une prise en compte des communautés religieuses en tant qu'ensemble de croyants. Ce n'est pas la revendication d'une communauté qui est entendue mais il s'agit de répondre à une demande ponctuelle émanant d'un individu invoquant sa foi religieuse.

- II -

L'ALTERITE RELIGIEUSE

« Si la religion n'appartenait qu'au for intérieur des individus, la laïcité serait un principe parfait et le juge ne serait pas saisi...sauf peut-être pour quelques sonneries de cloches qui continuent de mobiliser le Conseil d'État »⁶⁹.

De fait, le religieux envahit la sphère familiale, celle des relations de travail, les services publics... Et il se manifeste alors par des attitudes, par l'observance de

d'autorisation pour une absence dérogeant pour sa durée aux règles du droit du travail, pour reprocher à Brami un comportement fautif ».

⁶⁶ Lyon, 9 mars 1989, jurisdata n°043643.

⁶⁷ Jurisdata n°113036.

⁶⁸ Soc. 16 décembre 1981, D. 1982, IR, 15, note J. Frossard.

⁶⁹ Y. Madiot, Le juge et la laïcité, in Pouvoirs, n°75, 1995, p.73.

rites, par le port de signes religieux, par le prosélytisme qui sont autant de témoignages de l'adhésion à une foi.

La croyance s'extériorise, protégée en cela par les textes nationaux mais également par ceux internationaux que la France a fait siens.

Cependant ces manifestations de foi peuvent parfois heurter l'autre, le perturber dans sa propre conscience mais aussi plus largement dans sa vie.

Les individus attendent alors de l'État et donc de ses juges qu'ils fassent respecter leur autonomie de conscience jusque dans l'ordre privé. Le juge doit encadrer l'altérité religieuse et dans cette mission délicate, trouver un équilibre entre la nécessaire protection des manifestations religieuses de l'un et la non moins nécessaire protection du libre arbitre de l'autre. Il lui faudra parfois protéger contre celui qui croit (A) et, dans d'autres cas, protéger celui qui croit (B), dans un rapport à l'autre toujours complexe, en ce que la religion peut n'apparaître que comme un prétexte ou, à l'inverse, comme un élément essentiel de la vie de l'individu.

A- Protéger contre celui qui croit

Protéger contre celui qui croit pose tout d'abord la question délicate du prosélytisme. Celui-ci est-il en soi admissible ? Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, connaît-il des limites ? Et ces limites, si elles existent, varient-elles en fonction du lieu où les activités de prosélytisme se déploient ?

Protéger contre celui qui croit emporte, ensuite de se demander si, dans l'exercice de sa religion, le croyant dispose d'une liberté pleine et entière ou si, à l'inverse, il rencontre des bornes : la liberté et la conscience de l'autre.

S'il s'agit dans l'un et l'autre cas pour le croyant de tenter de convaincre autrui du bien-fondé de sa foi, la transmission du message religieux n'emprunte pas, cependant, les mêmes voies.

Le prosélytisme constitue, en quelque sorte, la façon pour les religions « de s'offrir en option ». Défini le plus couramment comme « le zèle ardent pour recruter des adeptes, pour tenter d'imposer ses idées »⁷⁰, le prosélytisme est un concept ambigu. S'il n'était pas péjoratif au début du XIX^{ème} siècle, il a pris très vite une nuance dépréciative et polémique. Il est intéressant à cet égard de remarquer que le Conseil œcuménique des Églises a réaffirmé plusieurs fois son opposition au prosélytisme. C'est que celui-ci est souvent associé à des modalités de transmission du message religieux qui feraient de la religion « un bien de consommation dont on pourrait disposer selon les règles d'une économie de marché sans restrictions »⁷¹. Le prosélytisme renvoie, dans son usage, à tout un vocabulaire stigmatisant tel que colportage, propagande, racolage, démarchage, endoctrinement, colonisation des

⁷⁰ Selon le Littré, le prosélytisme est le zèle de faire des prosélytes (Cet esprit de prosélytisme que les Juifs ont pris des Egyptiens, et qui d'eux est passé comme une maladie épidémique et populaire, aux mahométans et aux chrétiens, MONTES. Lett.pers. 85. C'est cette rage de prosélytisme, cette fureur d'amener les autres à boire de son vin, qui conduisit le jésuite Castel et le jésuite Routh auprès du célèbre Montesquieu, lorsqu'il se mourait, VOLT. Dict. phil. Fanatisme). Il se dit le plus souvent en mauvaise part. Quant au terme prosélyte, Littré le définit dans son sens 2 comme le nouveau converti à une foi religieuse (on en emplissait les prisons [de quakers] ; mais les persécutions ne servent presque jamais qu'à faire des prosélytes, VOLT. Dict. phil. Quakers. Son supplice [d'Anne du Bourg] fit plus de prosélytes [au protestantisme] en un jour que les livres et les prédications en avaient fait en plusieurs années, ID. Hist.parl. XXI. Au sens 3 et par extension, un converti, un homme gagné à une doctrine.

⁷¹ Conseil œcuménique des Églises, 8^{ème} assemblée, Harare, Zimbabwe, 3-14 déc. 1998, déclaration sur les droits de la personne humaine (particulièrement le point 3-21 intitulé liberté religieuse et prosélytisme).

esprits, bourrage de crâne, manipulation. A l'inverse des termes d'évangélisation, de mission, d'apostolat, de sacerdoce qui, eux, restent purs.

Le prosélytisme est consubstantiel à certaines croyances : par exemple, chaque témoin de Jéhovah doit participer à l'œuvre d'évangélisation, être un fervent prosélyte⁷². Le baptême par immersion ou la participation à la cène annuelle ne fait pas le témoin. Ce qui compte, c'est le temps passé aux activités de prosélytisme.

Dès 1993, la Cour européenne, tout en considérant que « la liberté de manifester sa religion comporte, en principe, le droit d'essayer de convaincre son prochain », distinguait « le témoignage chrétien du prosélytisme abusif »⁷³. En d'autres termes, le prosélytisme est en soi légitime ainsi que le souligne la Cour de Montpellier le 13 juin 2000 : « le prosélytisme est propre à chaque religion et ne saurait en soi être considéré comme fautif » ; en revanche, sont condamnables les pressions de conscience pour obtenir la conversion ou l'adhésion d'autrui. Il est cependant très difficile de construire dans l'absolu un standard de « normalité » du prosélytisme à l'aune duquel les agissements seraient mesurés afin de conclure à leur admissibilité (et, partant, à l'absence de pression de conscience) ou à leur rejet (parce qu'abusifs). L'évaluation des situations en cause appelle, comme le souligne A. Garay, « une pesée minutieuse des intérêts en présence, un examen circonstancié des faits et une rigoureuse analyse des principes juridiques en cause ».

Sans doute peut-on voir dans l'attitude d'un salarié consistant, dans un magasin de farces et attrapes à placer en évidence, sur un meuble réservé à l'accueil, un drapeau emblème d'une confession, à distribuer au personnel et à la clientèle des livres religieux en insistant avec véhémence pour qu'ils soient lus sur place, à proposer à la clientèle de se servir gratuitement des marchandises en vente, à interpeller clients et passants sur le thème de la religion, à diffuser dans le magasin des chants religieux, un prosélytisme dépassant la mesure et outrepassant l'exercice normal de son droit d'expression⁷⁴. A l'inverse, ne caractérise pas la pression de conscience le fait pour un agent communal de remettre à un collègue dans une enveloppe à en-tête de la mairie, une publication des Témoins de Jéhovah, cette transmission faisant suite à une conversation des deux collègues au domicile de l'un d'eux et les pièces du dossier ne faisant pas ressortir que l'agent ait subi une pression morale⁷⁵.

⁷² Constitution du culte des Témoins de Jéhovah de France, article 16 : *la propagation des croyances, des vérités bibliques et de la bonne nouvelle du Royaume étant un aspect fondamental du culte des Témoins de Jéhovah, chaque fidèle est invité à y participer.-Evangile selon Matthieu 28 :19,20. Cette proclamation de l'Evangile se manifeste notamment par l'activité de maison en maison pour prêcher les vérités bibliques aux personnes disposées à les écouter et par la diffusion de sermons imprimés et publications bibliques.- Actes des Apôtres 5 :42.*

⁷³ « Le premier correspond à la vraie évangélisation qu'un rapport élaboré en 1956, dans le cadre du Conseil œcuménique des Eglises, qualifie de « mission essentielle » et de « responsabilité de chaque chrétien et de chaque Eglise » ; le second en représente la corruption et la déformation. Il peut revêtir la forme d' « activités offrant des avantages matériels ou sociaux en vue d'obtenir des rattachements à une Eglise ou exerçant une pression abusive sur des personnes en situation de détresse ou de besoin », selon le même rapport, voire impliquer le recours à la violence ou au « lavage de cerveaux » ; plus généralement, il ne s'accorde pas avec le respect dû à la liberté de pensée, de conscience et de religion d'autrui » (CEDH 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, RTDH, 1994, p.13); V. sur l'application de la CEDH, G. Gonzalez, Le juge européen, le pluralisme religieux et les sectes, in *Le juge gardien des valeurs*, ouvrage coll. ss la dir. de V. Fortier, à paraître 2006 ; M. Lévinet, Société démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Actes du colloque Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme, Montpellier 2005, éd. Bruylant, à paraître, 2006.

⁷⁴ Rouen 25 mars 1997, jurisdata n°042342.

⁷⁵ Trib. Adm. Versailles 20 avril 2000, inédit (cité par A. Garay, art. cit. note 30)

Hormis ces cas extrêmes, la frontière entre « la communication légitime des convictions et la tentative abusive d'influence est délicate à tracer objectivement »⁷⁶.

On remarquera que, dans le contentieux à caractère familial (divorce, autorité parentale), le prosélytisme d'un époux ou d'un parent est, le cas échéant, très souvent avancé par l'autre partie comme un critère à considérer en sa défaveur. Les juges ne condamnent pas a priori les agissements de prosélytisme mais évaluent leurs incidences sur la vie conjugale ou l'enfant avant d'en tirer des conséquences. Si des excès sont constatés, en termes de prosélytisme familial immodéré proche du harcèlement⁷⁷, ou de négligences graves du foyer ou des enfants, ils pourront constituer des griefs imputables à faute à l'époux ou au parent. Mais « le seul aveu d'une absence de 3 heures 40 par semaine pour assister à deux réunions, ne saurait être considéré comme un comportement fautif, cause suffisante de la rupture de la vie commune (...). Les conseils et prédications de la mère, adressés aux enfants pour les convaincre d'adhérer à ses nouvelles croyances religieuses, ne sauraient être considérées comme des violations graves et renouvelées des obligations du mariage que s'ils traduisaient un abus d'autorité ou de pouvoir, un mépris de la conscience des enfants »⁷⁸.

Si la famille est le premier cercle d'extériorisation de la croyance, la sphère des relations de travail apparaît également comme un lieu propice aux agissements de prosélytisme. Il est bien certain que l'entreprise n'est « ni un espace de recrutement, ni une terre d'évangélisation ». Il n'est pas moins certain que les salariés disposent de la liberté d'expression et que le pouvoir que l'employeur tire du lien de subordination est limité par l'article L.120-2 du Code du travail⁷⁹. Selon l'article L.122-35 du même code, le règlement intérieur « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Ainsi, l'employeur ne pourra pas dans le règlement intérieur de l'entreprise interdire par exemple les discussions religieuses.

Dans ce domaine précis du prosélytisme au sein de l'entreprise, le contentieux est assez rare (sauf à considérer plus extensivement que le port d'un signe religieux ostentatoire ressortit au prosélytisme). Constitue, par exemple, une faute grave par méconnaissance de l'obligation de neutralité le prosélytisme reproché à un animateur d'une centre de loisir pour enfants laïc, qui avait lu la Bible et avait distribué des prospectus en faveur de sa religion aux enfants⁸⁰. Pas de faute grave en revanche mais une cause réelle et sérieuse de licenciement pour cette salariée d'un hôtel qui déposait dans les chambres des clients des publications

⁷⁶ J.-M. Woehrling, les principes fondamentaux du droit des religions, in *Traité de droit français des religieux*, op. cit. n°112, p. 44.

⁷⁷ Aix-en-Provence, 5 décembre 1986, l'épouse « était fanatisée par ses pratiques et ses convictions, essayant sans cesse et par tous les moyens de convertir l'autre, ses parents, et ses amis », cit. par Ph. Goni, *Les Témoins de Jéhovah : pratique cultuelle et loi du 9 décembre 1905*, L'Harmattan, coll. *Théologie et vie politique de la terre*, 2004, p. 169 ; TGI Toulouse, 20 avril 1993, le mari poursuivait son épouse « en lui lisant des versets de la Bible, en la traitant de Satan et en lui indiquant qu'elle est l'incarnation du mal » (cit. par Ph. Goni, op. cit. p. 169).

⁷⁸ Grenoble 4 juin 1991, JCP G 1991.II.21744, note Hauser ; Bordeaux 20 novembre 2001, inédit (cit. par Ph. Goni, op. cit. p.170.)

⁷⁹ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifier par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁸⁰ Toulouse 9 juin 1997, Cah. Prud'h. n°9/97 p. 156.

éditées par les Témoins de Jéhovah et faisait dans l'hôtel du prosélytisme en faveur de sa religion⁸¹.

Sans que l'on puisse à proprement parler de prosélytisme (mais sans l'exclure toutefois), certains agissements du croyant dans un souci de partage de la foi peuvent être de nature à perturber l'autre dans sa propre conscience, d'abord et dans sa vie ensuite. La famille est là encore une terre privilégiée d'évangélisation au sens où le croyant cherchera légitimement à convaincre au premier chef ses proches du bien-fondé de ses convictions. Une telle attitude ne peut, en soi lui être reprochée⁸² sauf si la religion envahit jusqu'à la perturber gravement la cellule familiale. « Le mysticisme exagéré et un puritanisme étroit et rigide »⁸³, « une observation trop rigoureuse des impératifs de la secte »⁸⁴, « une ferveur mystique »⁸⁵, « des pressions morales et psychologiques sur des petites filles pour exiger d'elles le port du voile »⁸⁶, « des pratiques contraignantes et une série d'interdictions pour les enfants les conduisant à leur mise à l'écart de leurs camarades considérés comme des pécheurs »⁸⁷, tous ces comportements, parce qu'ils dépassent la mesure, sont condamnés par les juges. Il en est de même lorsque le père a fait circonscire son fils en cachette de la mère pendant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement, « cette initiative révèle que le père est résolu de forcer la décision concernant l'éducation des enfants spécialement au plan religieux, elle montre que le père a décidé de faire prévaloir coûte que coûte sa culture sur celle de la mère cherchant à séparer par des signes extérieurs indélébiles les enfants de cette dernière et de sa culture ou de ses options personnelles »⁸⁸.

Cependant, il faut veiller à ne pas faire émerger une sorte de morale religieuse. La mesure de l'intensité de la foi n'est pas du ressort du judiciaire sauf à considérer qu'il y a une bonne et une mauvaise manière de pratiquer sa religion selon un standard de normalité comportementale. Il n'est pas possible de reprocher à un croyant d'être trop fervent, trop pratiquant, trop rigoureux dans l'observance de ses rites. Ainsi que le soulignent les magistrats bordelais, dans une affaire opposant un époux à sa femme à qui il reprochait « la mise en œuvre d'une pratique religieuse débordant de la normale et mettant en péril par des manifestations excessives de ferveur, la cohésion familiale et l'entente conjugale », les témoignages indiquant que l'épouse ne vivait plus que pour la foi catholique ou que sa foi chrétienne était devenue le moteur de sa vie ne font que confirmer la force d'une conviction religieuse dont tout individu a droit de faire choix⁸⁹. En revanche, et l'analyse devient alors objective, il revient au juge d'examiner les répercussions de cette pratique sur la vie familiale. Si l'exercice de la foi engendre notamment un

⁸¹ Aix-en-Provence 15 février 1989, jurisdata n°051714 ; on notera dans cette affaire que le prosélytisme n'était pas la seule faute invoquée, la salariée manifestait de la mauvaise volonté dans l'exécution de son travail et entretenait avec ses collègues de mauvaises relations.

⁸² Paris 5 juillet 2001, jurisdata n°149688 « il est certain que la liberté religieuse est de principe et qu'elle ne peut être remise en cause par la mère ; que la religion des parents est a priori sans importance pour l'exercice de l'autorité parentale lorsque chaque parent est à même de la mettre en œuvre sans fanatisme et d'expliquer sans excès aux enfants les préceptes qui la sous-tendent ».

⁸³ Angers, 18 septembre 1985, jurisdata n°044418 ; Paris 2 décembre 1993, jurisdata n°023373.

⁸⁴ Pau, 29 mai 1984, jurisdata n°043132.

⁸⁵ Montpellier, 5 mai 1986, jurisdata n°000863.

⁸⁶ Cass. Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, jurisdata n°006367.

⁸⁷ Nîmes 1^{er} septembre 1999, jurisdata n°102776

⁸⁸ Poitiers 21 novembre 2000, jurisdata n°146397.

⁸⁹ Bordeaux, 26 novembre 2002, jurisdata n°198916.

déséquilibre⁹⁰ voire des maltraitances des enfants ou une vie de couple intolérable, alors il conviendra d'en tirer les conséquences⁹¹.

Mais, en tout état de cause, les juges ne peuvent pas se fonder sur une appréciation générale et abstraite tirée de l'appartenance religieuse d'un parent, pour apprécier l'éducation donnée aux enfants. Dans l'arrêt Palau-Martinez contre France du 16 décembre 2003⁹², la Cour européenne a réaffirmé ce principe, dix ans après son arrêt du 23 juin 1993. Dans le cadre d'une procédure de divorce, le Tribunal de grande instance de Nîmes avait fixé la résidence des enfants chez la mère, l'autorité parentale étant exercée conjointement. La Cour d'appel de Nîmes, infirmant le jugement, avait fixé la résidence des enfants chez le père motif pris que « les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme ; l'intérêt des enfants est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte ; il n'y a pas lieu de faire procéder à une enquête sociale qui, en l'état, ne pourrait que perturber les enfants ». Sur pourvoi de la mère, la Cour de cassation⁹³ considéra que l'affaire relevait du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et rejeta le pourvoi. La Cour européenne constata la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne : « Il ressort que l'arrêt a accordé une importance déterminante à la religion de la requérante (...). Il ne fait aucun doute aux yeux de la Cour, que la cour d'appel opéra 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. Pareille différence de traitement est discriminatoire en l'absence de « justification objective et raisonnable » c'est-à-dire si elle ne repose pas sur un « but légitime » et s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». La Cour relève (...) que, dans son arrêt, la cour d'appel n'énonça (...) que des généralités relatives aux Témoins de Jéhovah. Elle note l'absence de tout élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants (...) Dans ce cadre, la Cour ne saurait se contenter du constat fait par la cour d'appel lorsqu'elle a relevé que la requérante « ne dénie pas son appartenance aux Témoins de Jéhovah pas plus que le fait que les deux enfants recevaient auprès d'elle une éducation conforme aux pratiques de cette religion (...). La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la cour d'appel s'est prononcée in abstracto et en fonction de considérations de caractère général sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel ».

B- Protéger celui qui croit

La foi implique pour le croyant une mise en harmonie de sa vie et de sa perception par les autres, avec ses convictions religieuses. Dans nombre de cas, cette

⁹⁰ V. par exemple Angers 17 mars 1999, jurisdata n°106031, le père se livrait à des activités mystiques en relation avec des mouvements sectaires, auxquelles il contraignait les enfants à participer « alors que ceux-ci en raison de leur jeune âge et d'un esprit critique encore peu formé sont incapables d'en prendre la mesure ou de s'y soustraire utilement ce qui est dangereux pour leur perception d'eux-mêmes et la construction harmonieuse de leur personnalité ».

⁹¹ V. Fortier, Justice, religions et croyances, éd. CNRS, CNRS Droit, 2000, spécial. P. 157 et s.

⁹² JCP G 28 janvier 2004, p. 185

⁹³ Cass. Civ.2^{ème}, 13 juillet 2000, jurisdata n°002959.

harmonisation ne ressort pas au domaine du juge au sens où elle n'est pas relayée par un besoin de reconnaissance religieuse qui s'inscrirait dans un rapport à l'autre de nature conflictuelle. Dans d'autres hypothèses, en revanche, cette mise en correspondance est source de conflits soit qu'elle requiert de l'autre qui s'y refuse, un acte positif pour sa réalisation (tel est le cas de la délivrance du Gueth), soit qu'elle représente un obstacle à la volonté de l'autre (par exemple dans un divorce pour rupture de la vie commune), soit, enfin, qu'elle entraîne une distinctivité de la croyance (port du voile dans l'entreprise) essentielle pour le croyant mais inadmissible pour l'autre.

Si ces cas de figure recouvrent des réalités bien différentes, il n'en demeure pas moins que ces situations supposent du juge une évaluation de la force et de la sincérité de la croyance et sont le lieu d'une confrontation entre la religion de l'un, les intérêts de l'autre, parfois certes contestables mais bien souvent légitimes et le principe de laïcité.

Certains conflits portés devant les juridictions civiles naissent de l'inexécution par l'une des parties d'un acte à caractère religieux ou, du moins, très fortement lié à une confession. Le contentieux qui illustre ce propos est celui né du refus opposé par un époux de confession juive à la délivrance du Gueth (ou acte de répudiation) à sa femme et sans lequel celle-ci ne peut se remarier religieusement. Si les conjoints de confession hébraïque doivent pour se séparer passer devant les tribunaux civils, en revanche leur mariage religieux, le cas échéant, ne sera dissous qu'après l'accomplissement des formalités religieuses héritées du Deutéronome : « Lorsqu'un homme aura pris et épousé une femme qui viendrait à ne pas trouver grâce à ses yeux, parce qu'il a découvert en elle quelque chose de honteux, il écrira pour elle une lettre de divorce et, après la lui avoir remise en main, il la renverra de sa maison. Elle sortira de chez lui, s'en ira et pourra devenir la femme d'un autre homme. ».

La femme juive ne pouvant se remarier selon son rite confessionnel que si elle obtient le Gueth, on mesure toute l'importance de cette délivrance pour celles qui, remariées, voudraient voir leur union consacrée par leur religion⁹⁴. Le mariage des époux juifs est dissous selon le droit civil par le prononcé du divorce. Seule l'union religieuse ne l'est pas puisqu'elle est subordonnée à l'accomplissement par le mari de la délivrance du Gueth. Face à des maris récalcitrants, les autorités rabbiniques sont impuissantes et le seul recours de la femme est de s'adresser aux juridictions étatiques pour tenter d'obtenir le Gueth.

Le problème, dans son ensemble, se situe aux confins du juridique et du religieux. Notre droit ne reconnaît que l'union civile ; les juridictions civiles peuvent-elles alors prêter main-forte à la femme sans porter atteinte au principe de laïcité ? Car « sanctionner le refus par le mari de délivrer le Gueth, à plus forte raison l'obliger à le délivrer, n'est-ce pas pour un tribunal s'immiscer dans un litige à caractère religieux et la laïcité de l'État ne le lui interdit-elle pas ?⁹⁵ ». Une telle objection est, du reste, très souvent soulevée par l'époux, considérant que sa condamnation éventuelle à payer une indemnité pour compenser le préjudice subi par son ex-femme ferait produire des effets à une loi religieuse, en violation de la loi

⁹⁴ D'autres femmes invoquent également l'impossibilité dans laquelle elles se trouvent de ne pouvoir se remarier civilement, un tel mariage étant subordonné à la dissolution de la précédente union religieuse (Versailles, 1^{er} avril 1992, jurisdata n°041696 ; Versailles 14 novembre 1996, jurisdata n°048648).

⁹⁵ L. de Naurois, note ss T. Civ. Metz 27 avril 1955, T. Civ. Grenoble 7 mai 1958 et Paris 4 février 1959, JCP 1960, II, 11632.

du 9 décembre 1905⁹⁶; a fortiori le prononcé d'une astreinte est-il contesté, qui obligerait le mari à se soumettre à la loi religieuse.

Objection réfutée pour partie par les juridictions civiles et, ce, dès 1955. Se plaçant pour la plupart d'entre elles, sur le terrain de l'abus de droit⁹⁷, les juridictions mettent en jeu la responsabilité civile du mari qui, par son refus obstiné et sans motif légitime de délivrer le Gueth, cause à la femme un préjudice moral. Si l'intention de nuire du mari n'est plus une condition de mise en œuvre de la responsabilité du mari⁹⁸, en revanche le fondement juridique de l'action le plus souvent invoqué est l'abus de droit.

Concernant le prononcé d'une astreinte, et bien que certaines juridictions n'aient pas hésité à en assortir la condamnation à des dommages-intérêts⁹⁹, la Cour de cassation considère que la délivrance du Gueth « constitue une simple faculté relevant de la liberté de conscience et dont l'abus ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts »¹⁰⁰.

Si la mise en jeu de la responsabilité civile du mari ne fait aucun doute, on peut toutefois s'interroger sur le fondement juridique de l'action, à savoir l'application de la théorie de l'abus de droit à cette prérogative religieuse du mari qu'est la délivrance du Gueth. En effet, à suivre la majorité des décisions jurisprudentielles, la faute du mari est constituée par le refus abusif de délivrer l'acte, sans, donc, de motif légitime. De quel motif peut-il s'agir ? De l'examen des décisions, il ressort que seul un motif d'ordre religieux peut justifier la non délivrance du Gueth ce qui exclut, en principe, une appréciation des juridictions civiles¹⁰¹. Subordonner la délivrance du Gueth au règlement des conséquences du divorce civil n'est pas retenu comme un motif valable¹⁰², non plus que les arguments du mari faisant état de sa conversion¹⁰³ ou de sa qualité de « juif laïc » au moment de son mariage religieux¹⁰⁴. En revanche, et curieusement, le fait que les époux aient procédé à un divorce par consentement mutuel démontre leur volonté de dissoudre totalement leur mariage¹⁰⁵. Quant au motif religieux, on remarquera qu'à l'appui des prétentions des époux, sont très souvent rapportées des attestations émanant des autorités religieuses, qui parfois sont divergentes et dont le juge du fond considère

⁹⁶ V. Paris 7 mai 2002, jurisdata n°177358 ; Cass. Civ. 2, 15 juin 1988, juridique Lamy ; T. Civ. Metz 27 avril 1955, T. Civ. Grenoble 7 mai 1958 et Paris 4 février 1959, JCP 1960, II, 11632.

⁹⁷ T. Civ. Grenoble 7 mai 1958, précit. ; Cass. Civ. 2, 5 juin 1985, JCP G. 1987, II, 20728, note E. Agostini ; Paris 17 décembre 1986, jurisdata n°027574 ; Cass. Civ. 2, 15 juin 1988, juridique Lamy ; Paris 19 janvier 1990, jurisdata n°020914 ; Cass. Civ. 2, 21 novembre 1990, D. 1991, jurisprudence, p. 434, note E. Agostini ; Versailles 9 juillet 1992, jurisdata n° 044112 ; Versailles 31 octobre 1994, jurisdata 050535 ; Versailles 14 novembre 1996, jurisdata 048618.

⁹⁸ Faisant état d'une intention de nuire : T. Civ. Metz 27 avril 1955, précit. ; Paris 17 décembre 1986, précit. ; Rejetant l'intention de nuire : Cass. Civ.2, 5 juin 1985, précit. ; 15 juin 1988, précit. ; 12 décembre 1994, juridique Lamy.

⁹⁹ T. Civ. Grenoble 7 mai 1958, précit. ; Paris 16 janvier 1981, jurisdata n°025279 ; Paris 6 juillet 1990, précit.

¹⁰⁰ Cass. Civ.2, 21 novembre 1990, précit. ; Versailles 31 octobre 1994, précit. ; Versailles 14 novembre 1996, précit. ; Cass. Civ. 2, 21 avril 1982, Bull. civ. II n°62 ; Versailles 31 octobre 1994, précit.

¹⁰¹ « Les motivations de la délivrance ou du refus de délivrance du Gueth échappent à l'appréciation des juridictions civiles » (Cass. Civ. 15 juin 1988 approuvant la Cour de Rennes 18 avril 1986).

¹⁰² Par exemple, Versailles 14 novembre 1996, précit. (le mari voulait obtenir de l'épouse qu'elle se soumette à ses souhaits concernant les mesures prises sur les enfants) ; Paris 7 mai 2002, précit.

¹⁰³ Paris 4 février 1959, précit.

¹⁰⁴ Versailles 31 octobre 1994, précit. (Le mari considérait que lui et sa femme s'étaient mariés religieusement dans le seul but de ne pas heurter la belle-famille).

¹⁰⁵ Cass. Civ. 2, 15 juin 1988, précit.

qu'elles ne sont pas inconciliables et qu'il n'a pas à s'immiscer dans les interprétations possibles de la loi mosaïque¹⁰⁶.

La faute du mari est ainsi une faute d'abstention -ne pas délivrer le Gueth- que la Cour de cassation qualifie pourtant de « simple faculté », pour justifier le non-prononcé de l'astreinte. On perçoit ici une certaine contradiction : la nature religieuse du Gueth n'est pas un obstacle au prononcé d'une condamnation à des dommages-intérêts mais elle l'est quant à l'assortir d'une astreinte (qui seule permettrait la satisfaction de l'épouse)¹⁰⁷. Mais surtout, le raisonnement du point de vue juridique, est contestable : la faute d'abstention retenue à l'encontre du mari trouve sa source dans la loi religieuse qui ne lui fait pourtant pas obligation de délivrer le Gueth. Le 13 décembre 1972¹⁰⁸, la Cour de cassation, reprenant la solution adoptée par la Cour de Paris, considérait qu'« en principe, l'abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait pour celui auquel on l'impute obligation d'accomplir le fait commis ». En l'espèce, nulle obligation d'agir ne pèse sur le mari, juridique ou même religieuse. Et du reste, en refusant une condamnation sous astreinte, les juges de cassation reconnaissent effectivement que le mari n'a pas l'obligation d'agir. En revanche, la jurisprudence affirme l'existence d'un droit à ne pas agir, puisqu'elle considère que son exercice est susceptible d'abus.

La délivrance du Gueth, en réalité, ne relève pas d'un droit, stricto sensu, mais de la liberté religieuse du mari qui peut entrer en conflit avec la propre liberté de l'épouse. La faute du mari, exerçant sa liberté religieuse, n'est pas constituée par le refus de délivrer le Gueth. Elle réside dans l'atteinte illégitime qu'il porte à la conscience d'autrui, le refus de délivrer l'acte de répudiation n'étant que le mode opératoire de cette atteinte. Il s'agit alors d'un conflit de libertés de même nature que le juge civil, gardien de la liberté de conscience et de la plénitude de son exercice, doit arbitrer. Dans cette perspective, on ne saurait reprocher aux juridictions de l'État de « devenir le bras séculier des autorités religieuses » : leur intervention se justifie par l'existence d'une entrave illégitime à la liberté religieuse de la femme (interdiction d'un remariage religieux) qu'il convient de faire cesser, au besoin par l'astreinte afin que le secours apporté à la femme ne soit pas illusoire.

Le chemin de l'abus de droit emprunté par les juridictions est « inutile et tortueux »¹⁰⁹ ; il traduit semble-t-il un malaise sans fondement des juges judiciaires, face à un acte dont ils reconnaissent unanimement qu'il procède de la loi religieuse mais dont ils veulent combattre les conséquences préjudiciables pour la femme. La religiosité qui s'attache au Gueth doit être dépassée pour ne considérer que les libertés en cause. La liberté religieuse du mari trouve ses limites dans celle de sa

¹⁰⁶ Cass. Civ. 2, 14 octobre 1987, jurisdisque Lamy, qui est un rare cas de rejet de la demande de la femme pour un motif religieux : les autorités religieuses consultées par le mari et la femme divergeaient sur le point de savoir si le divorce religieux impliquait règlement préalable des différends matériels entre époux ; la Cour de Paris considéra que l'époux ne refusait pas le principe de la délivrance du Gueth, estimant seulement que les conditions prévues par la loi religieuse pour cette délivrance n'étaient pas remplies et que cette conviction s'appuyait sur l'autorité de diverses personnalités religieuses et que l'épouse ne rapportait pas la preuve de la règle religieuse dont elle se prévalait (à savoir l'obligation pour le mari de donner immédiatement le Gueth à son épouse adultère).

¹⁰⁷ On remarquera, toutefois qu'en excluant l'astreinte, les tribunaux ne tirent peut-être pas toutes les conséquences du raisonnement mené sur le refus abusif de délivrance du Gueth qui occulte, au moins pour partie, son caractère religieux. V. sur ce point, E. Agostini, note ss Cass. Civ. 2, 21 novembre 1990, précit.

¹⁰⁸ D. 1973, jurisprudence p.493, note Ch. Larroumet.

¹⁰⁹ Comme le qualifie Ch. Larroumet, note ss Cass. Civ. 13 décembre 1972, précit.

femme. Si l'atteinte portée à la liberté de l'épouse est illégitime, alors, elle doit être sans conteste, sanctionnée.

Resurgit alors le problème du motif invoqué par le mari justifiant selon lui l'atteinte portée aux sentiments religieux de l'épouse. L'appréciation de ce motif ne peut, en principe s'opérer « religieusement » c'est-à-dire en s'interrogeant sur le contenu de la loi mosaïque. Cependant, on précisera immédiatement que très rares sont les cas dans lesquels les autorités religieuses ne soutiennent pas la femme, évitant par là même aux juges judiciaires d'avoir à apprécier un motif purement religieux. Le mari peut, par ailleurs, invoquer le sacrifice de ses propres convictions et soutenir que la démarche attendue de lui viole sa conscience. A cela, certains opposent que la délivrance du Gueth, démarche de l'ordre juridique mosaïque et non démarche de la foi, n'engage pas les convictions de son auteur¹¹⁰. Quant aux circonstances de nature « civiles », elles ne sont pas prises en compte comme faits justificatifs de l'atteinte à la liberté religieuse de la femme. C'est peut-être que, s'apparentant à des pressions exercées sur la femme, elles exacerbent indirectement l'atteinte portée à la liberté religieuse de la femme.

La protection des convictions se mesure également à l'aune de la réceptivité par le juge de l'objection de conscience de nature religieuse, soulevée par l'un contre la demande formulée par l'autre. L'exemple le plus illustrant est sans doute le divorce pour rupture de la vie commune lorsqu'un époux soulève l'exceptionnelle dureté tirée de sa foi comme fin de non recevoir à l'action en divorce. Très souvent alléguée mais très rarement retenue, l'exceptionnelle dureté fondée sur la blessure de conscience impose au juge de prendre la mesure de l'intensité de la foi, de sonder les cœurs, de s'assurer de la profondeur des sentiments religieux. Tâche difficile s'il en est, et ce d'autant plus qu'il ne lui faut pas vider de son sens un texte de loi qui pose pour son application des conditions strictement objectives. Il ne s'agit pas ici de juger des répercussions de l'engagement religieux sur une vie de couple comme dans le divorce pour faute, mais d'admettre ou non la donnée religieuse comme un obstacle majeur à la recevabilité d'une action en divorce. La liberté de se défaire d'une mauvaise union pour l'un se heurte à la conviction religieuse de l'autre. Si parfois l'objection religieuse n'est qu'un prétexte à une opposition obstinée obéissant à des motifs plus ou moins honorables, il est des situations, en revanche, où la dimension religieuse apparaît incontestablement comme le critère cardinal du refus de la dissolution du mariage alors même que la faillite de l'union conjugale est avérée. Il faut tout d'abord souligner que l'exceptionnelle dureté fondée sur les convictions religieuses peut être retenue quand il est démontré « que le divorce aurait en raison d'un enracinement religieux profond et intense, des conséquences incompatibles avec la vie humaine »¹¹¹. Mais cette démonstration se heurte au caractère purement subjectif du sentiment religieux. Il ne suffira pas d'invoquer la croyance, il faudra en prouver l'intensité et la sincérité ; il ne suffira pas d'invoquer l'incompatibilité du divorce avec cette croyance, il faudra prouver que « l'épreuve imposée au conjoint revêt un caractère anormal dépassant la commune mesure des souffrances que le divorce entraîne habituellement »¹¹².

Même s'ils rejettent dans l'immense majorité des cas l'exceptionnelle dureté, les juges prennent soin d'apporter à l'époux croyant dont la foi est bien réelle, un certain réconfort. En effet, la plupart des décisions mettent en avant l'absence

¹¹⁰ L. de Naurois, note précit.

¹¹¹ Reims 6 avril 2000, jurisdata n°123794.

¹¹² Rennes 19 février 2001, jurisdata n°144576 ; 14 juin 2001 jurisdata n°167045.

d'opprobre qui s'attache à la qualité de divorcé aujourd'hui et surtout, se livrant à une subtile distinction entre mariage civil et mariage religieux, tentent de déculpabiliser l'époux victime de la dissolution du mariage contre son gré. En définitive, les convictions religieuses d'un époux invoquées comme moyen de défense à un divorce pour rupture de la vie commune semblent bien malmenées. D'une part, en effet, le sentiment religieux apparaît, dans la grande majorité des décisions, comme un argument d'appoint¹¹³, une donnée de fait qui, à elle seule, ne permet pas d'accueillir la clause de dureté. Il faut y adjoindre d'autres éléments et même dans les décisions favorables à la prise en compte de l'atteinte au sentiment religieux, celui-ci n'est jamais considéré seul¹¹⁴. D'autre part, la distinction entre mariage civil qui est dissous et mariage religieux qui perdure malgré le divorce est, en réalité, une échappatoire qui ne peut régler le problème de conscience qui se pose au croyant. Mais, en sens inverse, soutenir que mariage religieux et mariage civil ne feraient qu'un n'emporte pas plus la conviction : "ce peut être, en effet, l'opinion personnelle et respectable de l'époux qui le déclare, mais dans une stricte analyse juridique, la juridiction devant laquelle elle est émise ne peut la prendre à son compte"¹¹⁵. Au demeurant, demander au juge d'apprécier l'authenticité et la profondeur du sentiment religieux en lui-même et de mesurer le trouble suscité par le divorce en raison de ce sentiment, c'est lui assigner une mission bien difficile. S'il est vrai que "le législateur n'a pas inséré dans les textes une clause de conscience comme il l'a prévue dans d'autres circonstances, que l'État étant seulement astreint à la neutralité en matière religieuse, l'application de la loi portant atteinte aux convictions personnelles de chacun, ne peut, sauf circonstances particulières être assimilée à la clause d'exceptionnelle dureté"¹¹⁶, encore faudrait-il admettre qu'il y a incontestablement une réalité religieuse dans certains divorces¹¹⁷ qui mérite, parce qu'elle est une dimension majeure de l'individu, d'être mieux reconnue en tant que telle.

Bien que le contentieux concernant le port du voile islamique dans l'entreprise soit encore rare, il soulève, toutefois le problème d'un conflit de valeurs entre le travail et la religion, valeurs que la laïcité nous a habitués à penser séparément, isolant les fonctions et les convictions. Or il y a aujourd'hui une

¹¹³ P. Barbier, Le divorce et l'exceptionnelle dureté au sens de l'article 240 du Code civil, Gaz. Pal. 1987, doctr. P.279.

¹¹⁴ Tel est le cas de l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 16 mars 1978 (JCP 1978, II, 18964 note Lindon), qui admet la clause de dureté invoquée par une épouse de 62 ans, ayant secondé l'activité religieuse de son mari qui était rabbin. La Cour motive sa décision en disant que la femme a non seulement été l'épouse aimante et fidèle d'un mari, mais la collaboratrice d'un rabbin au développement d'une communauté religieuse importante, qu'elle partageait la foi de son époux qui était pour elle son directeur de conscience et son autorité spirituelle de référence ; qu'elle supporte ainsi malgré elle avec une particulière acuité, une séparation de fait cruelle ; qu'elle en souffre d'autant plus qu'elle ne peut admettre avoir ainsi perdu celui qui était pour elle plus que son époux, mais à la fois son confident et le serviteur de la loi dans une foi communément partagée; qu'il ne fait aucun doute qu'elle serait, à plus d'un titre, tant en ce qui la concerne elle-même, que vis-à-vis de ses enfants et des membres de la communauté religieuse dont elle fait partie et qui continuent à la respecter, profondément ulcérée si elle devait perdre sa qualité d'épouse du rabbin...". Les circonstances de la cause sont bien particulières. La femme était âgée de 62 ans, était mariée depuis 30 ans et tout tendait à démontrer d'incontestables qualités d'épouse de rabbin. On peut également citer Reims 6 avril 2000 (idéal moral et religieux sur lequel la femme avait fondé son union, profondes convictions religieuses, âge, durée du mariage de 40 ans, santé fragile, graves répercussions sur son équilibre moral et physique).

¹¹⁵ P. Barbier, chron. précit. P. 279.

¹¹⁶ Besançon 24 juin 1986, citée par P. Barbier, chron. précit. p.277.

¹¹⁷ Ch. Atias, doctr. Précit. 3151.

demande d'affirmation religieuse qui se traduit par une exigence forte de visibilité dans l'espace public. La religion semble même parfois être instrumentalisée, véhiculant un certain nombre de revendications et de frustrations. Lorsque la religion s'extériorise dans l'entreprise par le port d'un signe religieux distinctif, elle peut entrer en conflit avec l'intérêt de l'entreprise qui peut s'entendre de son intérêt commercial (dans ses relations avec la clientèle) et de son intérêt à préserver la paix sociale (entre les membres du personnel).

Sur la question délicate du port du voile sur le lieu du travail il est possible de mettre en œuvre deux modes de raisonnement qui, n'obéissant pas à la même prémisse emportent inévitablement un traitement juridique différencié. On soulignera, en préalable, que dans ce cas de figure, la salariée ne refuse pas d'exécuter sa prestation de travail.

On peut tout d'abord considérer que le voile est un « marqueur » religieux destiné à rendre visible sa croyance pour celle qui le porte. Le voile manifeste alors publiquement une appartenance religieuse. Il participe ainsi de la liberté d'exprimer sa foi, liberté fondamentale et s'inscrit dans la pratique confessionnelle de la salariée. Dès lors, tout contentieux suscité par le port du voile doit être analysé sous l'ombre portée de la liberté religieuse. Tel est le cas en Allemagne, la Cour fédérale du travail le 10 octobre 2002 ayant considéré que la salariée qui porte le voile exerce, du point de vue juridique, sa liberté religieuse¹¹⁸. Le refus par l'employeur d'accepter le port du voile sur le lieu de travail conduit alors directement à porter atteinte aux droits fondamentaux de la salariée. Le voile est ici inséparable de la foi dont il est, pour la salariée, le symbole. Il est ainsi directement appréhendé par le droit sous la liberté religieuse : il ne sera possible de l'interdire qu'autant qu'il entre en concurrence avec une autre liberté fondamentale, en l'occurrence, la liberté d'entreprendre. L'employeur devra alors faire la démonstration de l'atteinte qu'il subit, au titre de sa liberté d'entreprendre, ce qui, le cas échéant, justifiera sa mesure de restriction. Les juges allemands ne se satisfont pas d'un risque potentiel mais exigent du chef d'entreprise qu'il fournisse des éléments précis¹¹⁹.

En France, le port du voile, entendu comme mode d'expression d'une religion, ne sera appréhendé comme tel par le droit que dans deux hypothèses bien distinctes : d'une part si les convictions religieuses ont été intégrées dans le contrat de travail; d'autre part si la sanction infligée par l'employeur trouve son fondement dans la religion de la salariée, à travers l'une de ses manifestations, le port du voile. Il s'agira alors d'une sanction discriminatoire et qui, en tant que telle, devra être annulée, aux termes de l'article L. 122-45 du Code du travail. L'affaire de la télé enquêtrice, jugée par la Cour de Paris le 19 juin 2003 se situait sur le terrain des discriminations prohibées. Se référant au libellé de la lettre de rupture, les juges notent que le licenciement de la salariée était bien en relation avec ses convictions religieuses. Le licenciement présentait ainsi toutes les apparences d'une mesure interdite au sens de l'article L.122-45¹²⁰. A charge pour l'employeur de prouver que

¹¹⁸ V. sur ce point, l'analyse de P. Rémy, « Le voile islamique dans l'entreprise : une réponse identique des droits allemand et français ? », Semaine sociale Lamy, 2004, Lamyline.

¹¹⁹ P. Rémy, art. cit.

¹²⁰ Sur cette affaire, le juge prud'homal (CPH Paris 17 décembre 2002) considérait que le port du voile relevait à la fois des convictions religieuses et de l'apparence physique, entendue comme étant « ce qui se présente immédiatement à la vue, « le physique se définit comme l'aspect extérieur général de la personne ». Or les travaux préparatoires à la loi du 16 novembre 2001 introduisant la notion d'apparence physique « démontrent clairement qu'en incluant la notion d'apparence physique non seulement aux articles L.122-45 et L.122-35 du Code du travail, mais également à l'article L.225-1 du Code pénal, le

sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Tant le Conseil de prud'hommes que la Cour de Paris ont considéré que cette preuve n'était pas rapportée : la salariée avait été embauchée alors qu'elle portait déjà la voile ; dans son poste précédent elle avait été en contact avec la clientèle sans que cela n'ait causé de difficulté ; le contrat comportait une clause de mobilité ce qui tendait à démontrer que l'apparence physique de la salariée n'avait pas été considérée comme obstacle par l'entreprise. Il convient de noter que l'employeur avait proposé à la salariée de remplacer sa coiffe, par un foulard porté en bonnet pour laisser apparaître les oreilles et le cou.

On reconnaîtra que ces deux hypothèses (contractualisation des convictions religieuses ; discrimination religieuse) sont fort étroites et l'on peut craindre qu'il suffise à l'employeur, dans la lettre de licenciement, d'éviter toute référence religieuse pour que la porte de la discrimination soit fermée. Tel a été le cas dans l'affaire traitée par le Conseil de Prud'hommes de Lyon le 16 janvier 2004 et dont les faits sont similaires à l'affaire jugée par la Cour de Paris en 2003. On soulignera que les deux espèces intéressaient le même employeur. La juridiction prud'homale relève que « la lettre de licenciement n'évoque nullement d'atteintes à des croyances religieuses »¹²¹.

Le voile peut ensuite être entendu comme étant une « pièce d'habillement », « ni signe religieux, ni marque d'abaissement de la femme, mais choix vestimentaire aux résonances certes particulières »¹²². Coupé (artificiellement ?) de toute considération religieuse, le choix de le porter participe alors de la liberté de se vêtir, liberté certes protégée, mais dont on sait désormais qu'elle n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales. En effet, par sa décision du 28 mai 2003¹²³, la Chambre Sociale introduit une hiérarchie entre les libertés, distinguant celles qui entrent dans la catégorie des libertés fondamentales (dont relève la liberté de religion), de celles qui n'en sont pas, telle « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail »¹²⁴.

La signification religieuse (pour celle qui le porte) du voile étant gommée, son interdiction (qui devra être justifiée comme toute restriction à une liberté individuelle), ne témoigne pas d'une attitude d'hostilité envers une religion déterminée. Le port du voile relève de l'exercice d'une liberté ordinaire (la liberté vestimentaire) et non point de l'exercice d'une liberté fondamentale (la liberté de religion). Une telle analyse opère une dissociation entre conviction religieuse et pratique religieuse (qu'elle soit de nature vestimentaire, alimentaire...).

Cette « laïcisation » du voile au temps et au lieu de travail est confortable : ignorer « ce que tel ou tel vêtement ou signe contesté peut avoir comme signification

législateur n'a entendu viser que les caractéristiques physiques permanentes ou quasi permanentes de la personne (taille, poids, faciès, esthétique) et non ses vêtements changeant au gré des saisons, des lieux, des temps, des modes ou des humeurs, notamment lorsque celles-ci participent d'un sens indiscutable de l'humour ou de la provocation au sein d'une communauté de travail » (P. Sargos, « L'homme n'est pas une île », *Droit Soc.* 2004, n°1, p.88).

¹²¹ CPH Lyon, 16 janvier 2004, *Cah. Prud.* 2004, n°3.

¹²² R. L. « A la croisée des interprétations : le voile et la loi », *RTDCiv.* 2004, p.163.

¹²³ Soc. 28 mai 2003, *D.* 2003, jurisprudence p. 2718, note F. Guiomard ; jurisprudence sociale Lamy, 2003 n°131, p. 11.

¹²⁴ « Cette question de qualification d'une liberté était au centre du débat porté devant la Cour de cassation puisqu'elle était le fondement de l'arrêt attaqué et que la deuxième branche du moyen la visait. Cette question était aussi pertinente puisque le concept de liberté fondamentale est au cœur de notre droit des libertés et cela tant en jurisprudence que dans la loi et en doctrine » (P. Sargos, « L'homme n'est pas une île », art. cit. p. 86.)

pour celui qui le porte et recentrer uniquement l'analyse objective du grief sur l'aspect matériel de la chose et son impact dans le milieu professionnel»¹²⁵ a effectivement pour mérite d'éviter que la religion subordonne le droit et qu'un prosélytisme silencieux mais actif ne soit imposé aux membres d'une collectivité de travail.

Cependant, un tel effacement de la portée religieuse du voile n'est pas à l'abri de toute critique. Outre que cela ne correspond pas au vécu de la salariée qui peut mal ressentir cette dénégation de son sentiment religieux, reléguer le port du voile au rang des libertés ordinaires est choquant. Cet attribut est toujours l'expression des convictions religieuses de celle qui le porte : il relève donc toujours de l'exercice d'une liberté fondamentale. Pour autant, faire entrer le port du voile dans la catégorie des libertés fondamentales n'emporte pas renoncement de l'employeur au pouvoir qu'il tire de l'article L.120-2 du Code du travail. A l'une ou l'autre catégorie de libertés (fondamentale ou ordinaire), il est possible d'apporter des restrictions qui devront être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, comme le prévoit ce texte. En revanche, si l'on considère que le port du voile relève d'une liberté de premier rang, les restrictions apportées devront être justifiées puis appréciées par le juge avec une particulière vigueur.

A cet égard, le motif tiré du « contact avec la clientèle » apparaît comme le critère cardinal de la justification des restrictions apportées. C'est notamment celui retenu par le Conseil de Prud'hommes de Lyon le 16 janvier 2004¹²⁶, validant le licenciement de la salariée, motif pris de son insubordination pour avoir refusé de se rendre à un entretien avec son employeur et refus d'appliquer les consignes relatives à sa tenue vestimentaire. La juridiction prud'homale constate que la salariée était en contact avec la clientèle et avait fait preuve d'insubordination en refusant de se plier aux consignes relatives à sa tenue vestimentaire pouvant provoquer un trouble néfaste à la bonne marche de l'entreprise. Les juges s'en tiennent ici à un trouble éventuel (« pouvant provoquer »), alors que celui-ci doit être caractérisé eu égard notamment à la clientèle ; ils ne recherchent pas si la mesure d'interdiction était justifiée par le travail accompli par la salariée, si elle était nécessaire dans l'intérêt de l'entreprise mais également proportionnée.

Dans la même perspective on peut citer l'arrêt de la Cour de Paris le 16 mars 2001¹²⁷ dont la motivation est plus développée bien que l'on puisse s'interroger sur le terme de neutralité appliqué à l'entreprise privée : ayant écarté le grief de discrimination invoqué à l'encontre de l'employeur, les juges parisiens considèrent que « le refus de l'employeur en raison des conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise du comportement d'une salariée dont la tête, le cou et partie du visage étaient dissimulés contrairement aux autres salariés, est justifié par la nature de la tâche à accomplir par une vendeuse nécessairement au contact des clients au sein du centre commercial La Défense dont la conception est destinée à un large public dont

¹²⁵ D. Boulmier, Licenciement et religion, Colloque Montpellier, 14 juin 2003, in Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris, n° spécial juillet 2003, spécialement p. 75 et s.

¹²⁶ V. également, Saint-Denis-de-La-Réunion, 9 septembre 1997, D. 1998, jurisprudence p. 546, note S. Farnocchia.

¹²⁷ Paris 16 mars 2001, RJS 11/2001, n°1252, dans cette affaire la salariée avait substitué au port d'un foulard noué en bonnet (qu'elle considérait comme répondant aux exigences religieuses et accepté par l'employeur) celui d'un foulard dissimulant totalement le cou et une partie du visage ; V. également Reims 3 mars 2004, jurisdata n°241395, s'agissant d'une salariée devant effectuer une mission d'animation commerciale

les convictions sont variées, impose en conséquence à ceux qui y travaillent la neutralité ou à défaut la discrétion dans l'expression des options personnelles. Ce refus est proportionné au but recherché dès lors que l'employeur avait accepté le port discret d'un bonnet conforme aux exigences rituelles ».

Il faut prendre garde à ce que le motif tiré du « contact avec la clientèle » ne devienne « un critère fourre-tout-« permettant à l'employeur d'évincer le salarié au seul motif du port du voile alors que par ailleurs la prestation de travail est correctement exécutée »¹²⁸.

Au demeurant, que l'on banalise ou non l'élément religieux, il est essentiel que les décisions reposent sur une motivation très circonstanciée et un contrôle de proportionnalité rigoureux afin de ne pas ouvrir la porte à l'exclusion.

La sanction attachée à la méconnaissance des critères énoncés dans l'article L.120-2 est différente selon la catégorie à laquelle la liberté en question est rattachée : nullité de la mesure prise s'il s'agit d'une liberté fondamentale ; absence de cause réelle et sérieuse du licenciement en cas de liberté ordinaire. Si l'on rattache le port du voile à la liberté vestimentaire, c'est cette dernière sanction qui doit être appliquée. L'enjeu de se situer sur l'une ou l'autre des libertés est donc d'importance pour la salariée. Ce qui conduit, du reste, « à sanctionner différemment une même disposition en fonction de la catégorie de libertés à laquelle il est porté atteinte »¹²⁹.

La Haute juridiction n'a pas encore eu l'occasion de donner sa position sur les affaires mettant en jeu le port du voile dans l'entreprise. Certains auteurs considèrent que par sa décision du 28 mai 2003, la Chambre sociale a entendu préparer sa position et poser les termes du débat.¹³⁰ Sans doute, mais on concédera volontiers que les enjeux sont sans commune mesure.

Contrairement aux salariés du secteur privé, les agents de l'État sont soumis à une obligation de neutralité qui trouve sa source dans le principe de laïcité de l'État. Cette obligation leur fait interdiction de porter dans les services publics tout signe d'appartenance religieuse. Si les enseignants sont bien évidemment protégés contre toute discrimination religieuse, en revanche ils doivent respecter de façon absolue l'obligation de neutralité de l'enseignement et la liberté de conscience des élèves. Dans son avis de 1989, le Conseil d'État a rappelé que « ce principe (de laïcité) doit s'imposer à l'école avec une force particulière car rien n'est plus vulnérable que la liberté de conscience d'un enfant. Les scrupules à l'égard de la conscience des enfants doivent amplifier s'agissant de la neutralité du service public, les exigences ordinaires de la neutralité du service public et le devoir de réserve de ses agents ». Dès lors, toute manifestation par l'enseignant dans l'exercice de ses fonctions de ses croyances notamment par le port d'un signe destiné à marquer son appartenance religieuse constitue un manquement à ses obligations¹³¹. D'autres services publics sont également confrontés au problème du port par leurs agents de signes religieux distinctifs : l'hôpital, la justice, les mairies¹³². Et très récemment, une contrôlease du travail a été sanctionnée pour avoir refusé de renoncer au port du voile dans

¹²⁸ P. Boughanmi-Papi, Le port du voile islamique dans l'entreprise, jurisprudence sociale Lamy, n°150-151, 1^{er} septembre 2004, p.11 et s.

¹²⁹ V. Sur ce point, l'analyse pénétrante de P. Lokiec, « Tenue correcte exigée : des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », Droit Soc. 2004, n°2, p.132.

¹³⁰ P. Lokiec, art. cit. p. 141 ; D. Boulmier, art. Cit.

¹³¹ CE, avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, AJDA 2000, p.673.

¹³² V. sur ce thème, S. Landais, Le port de signes religieux distinctifs, Mémoire de DEA, ss la dir. de V. Fortier, Montpellier, 2004, spécial. P.54 et s.

l'exercice de ses fonctions : « le fait pour un fonctionnaire de transgresser délibérément par le port d'un vêtement exprimant de manière ostentatoire dans le service sa dévotion à un culte particulier le principe constitutionnel de laïcité de l'État, constitue une faute d'une particulière gravité »¹³³. Le principe supérieur de laïcité s'oppose donc dans les services publics, à la protection du croyant dans l'expression de ses convictions religieuses.

CONCLUSION

On le mesure, la « désintringation » du social et du religieux¹³⁴ (phénomène que d'aucuns appellent sécularisation) semble faire fi de la réalité. Adhérer à une religion, c'est entrer dans la communauté où est transmise la tradition de son fondateur. Dans les trois moments du religieux – le symbolique, la croyance, la communauté – il ne faut pas s'arrêter au deuxième stade et oublier la dimension communautaire. Croire, c'est croire ensemble¹³⁵. Or toute communauté religieuse a une vie publique, visible avec ses rites, son culte, ses temples, ses ministres, son organisation, son engagement social¹³⁶. Le religieux n'est plus alors et seulement affaire personnelle, elle est aussi manifestation des convictions, propagation de la foi, obéissance aux rites et prescriptions. Et ce faisant, elle déborde l'espace privé dans lequel on voulait la contenir, la reléguer et s'inscrire alors dans l'altérité. La croyance ne s'arrête pas aux portes de l'école, de l'entreprise, des lieux publics ; elle est aussi une norme comportementale qui tend à régir les relations sociales, familiales et ce, parfois contre l'autre ou les autres.

En définitive, si l'on peut regretter, dans certains cas, une position quelque peu timorée des juges, des solutions parfois peu convaincantes, il n'en reste pas moins qu'on ne saurait sans excès reprocher à la jurisprudence dans son ensemble d'être « incohérente, hésitante et partielle »¹³⁷, dans la mise en œuvre du principe de laïcité. Car il ne faut pas méconnaître, d'une part, toute la difficulté qu'il y a à juger lorsque la donnée religieuse est en débat, et, d'autre part, cette recherche constante et pragmatique d'un équilibre entre exigence religieuse et défense des principes, liberté de l'un et liberté de l'autre.

¹³³ Trib. Admin. Lyon, 8 juillet 2003, jurisdata n°224393, concernant une contrôleur du travail à laquelle le tribunal refuse d'accorder le bénéfice de la loi d'amnistie du 6 août 2002 dans un considérant particulièrement sévère : « le fait pour un fonctionnaire appartenant à un corps de contrôle et donc investi de prérogatives de puissance publique étendues de refuser avec opiniâtreté d'obtempérer aux injonctions de sa hiérarchie lui demandant d'adopter une tenue vestimentaire respectueuse du principe de laïcité de l'Etat et de la neutralité de ses services, de persévérer à porter rituellement dans le service une coiffe destinée à manifester ostensiblement son appartenance religieuse et à exprimer sa dévotion à un culte, comportement qui dénote une transgression délibérée du principe de laïcité de l'Etat ayant valeur constitutionnelle en vertu de l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, constitue un manquement à l'honneur professionnel qu'implique nécessairement la déontologie du service public, dans la mesure où une telle attitude, par le trouble qu'elle génère, est de nature à instiller, tant dans le service vis-à-vis de ses collègues qu'auprès des usagers, un doute non seulement quant à la neutralité de l'intéressée mais également sur son loyalisme envers les institutions et sa fidélité à une tradition de la République française destinée à préserver la liberté de conscience y compris religieuse, dans la paix civile ».

¹³⁴ P. Valadier, Sur la religion, in La démocratie contre elle-même, op. cit. p. 68.

¹³⁵ P. Ricoeur, L'Express, 23 juillet 1998.

¹³⁶ R. Minnerath, La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l'esprit, Conscience et Liberté, 1990, n°40, p. 17.

¹³⁷ Ph. Chiappini, op. cit., p.316.