

LE JUGE ET LA LAÏCITÉ

NOTRE RÉPUBLIQUE est fière de sa laïcité : elle en a fait un principe constitutionnel. Elle reconnaît aussi la liberté de religion, la liberté de conscience et le droit à la vie privée. Mais la laïcité n'est qu'une modalité d'organisation des relations entre l'État et les religions : ce n'est pas une clé universelle permettant de résoudre toutes les difficultés suscitées par les manifestations de la vie religieuse. Il ne suffit pas de dire que la laïcité signifie la tolérance, le respect des différences et qu'elle est la traduction philosophique et juridique de la séparation des Églises et de l'État. Si la religion n'appartenait qu'au for interne des individus, la laïcité serait un principe parfait et le juge ne serait pas saisi... sauf, peut-être, pour quelques affaires de sonneries de cloches qui continuent de mobiliser le Conseil d'État (11 mai 1994, Larcena). Mais la religion traverse « en zébrure » tout le champ social : elle se traduit par des manifestations culturelles et des actions de prosélytisme, par la recherche de subventions, par des rites qui interfèrent avec le système éducatif, avec le travail en entreprises ou dans les administrations. La rencontre entre les religions, les collectivités publiques, les entreprises et l'ordre public est inévitable.

73

Cette rencontre n'est pas toujours la source d'un contentieux. Nombre de litiges trouvent une solution qui, issue de la pratique et de la négociation, est plus ou moins conforme à la légalité. Et c'est très bien ainsi. Mais l'incompréhension, la méfiance, les différences culturelles et les intransigeances idéologiques peuvent conduire au procès. Cette démarche est normale dans un État de droit : au-delà du juge, s'ouvre un inconnu qui peut aller de l'arbitraire au carnage.

Le contentieux relatif à la laïcité, quantitativement, est loin d'être négligeable. Et il bénéficie, depuis quelques années, d'une bonne cou-

verture « médiatique ». Il est aussi révélateur de quelques tendances. En premier lieu, les catholiques, en tant que parties ou requérants, ont cédé la place aux « sectes », aux musulmans et aux juifs. En second lieu, ce contentieux prolonge (fort logiquement d'ailleurs) des problèmes nouveaux auxquels est confrontée la société française, problèmes liés à un raidissement des intégrismes religieux ou à un besoin de « reconnaissance » de la part de certains mouvements religieux (par exemple, les Témoins de Jéhovah). En troisième lieu, enfin, nous sommes en présence d'un contentieux très diversifié qui concerne l'État (l'enseignement, bien sûr, mais aussi l'armée par l'intermédiaire des aumôniers militaires, les prisons ou les hôpitaux), les collectivités locales (subventions à des établissements privés d'enseignement), les entreprises et les particuliers.

74 Le principe de laïcité, par ses origines, est un principe de droit public « qui caractérise un État dans lequel toutes les compétences politiques et administratives sont exercées par des autorités laïques sans participation ni intervention des autorités ecclésiastiques et sans immixtion dans les affaires religieuses » (Gérard Cornu). Il s'oppose ainsi aux régimes européens (Belgique, Allemagne, Suisse, Italie ou Espagne) des cultes reconnus. Il ne s'applique pas en Alsace-Moselle : ces trois départements restent attachés au régime concordataire (ce qui explique, malgré la disparition du service public des cultes, l'existence d'un « bureau des cultes » au ministère de l'Intérieur). Le principe de laïcité n'est donc pas d'application générale en France et il est ignoré chez nos voisins.

Le juge français donne, de la laïcité, une interprétation souple. Pour les jurisprudences judiciaire et administrative, elle n'est pas une séparation qui maintiendrait les religions dans l'isolement : elle délimite une frontière sinueuse qui comporte de multiples passerelles et contacts entre les religions et la vie publique ou privée. De ce point de vue, le rôle du juge sera de cantonner les religions dans leur domaine en neutralisant les incidences religieuses qui prendraient la forme d'ingérences ou qui seraient contraires à l'ordre public. En second lieu, le juge, dans une jurisprudence complexe et souvent nuancée, s'efforce de garantir la liberté religieuse, d'en faire une liberté « concrète ». Il consacre ainsi une laïcité respectueuse des libertés de conscience et de religion.

La laïcité constitutionnelle n'est pas définie. La laïcité légale ne comporte que des interdictions ou la définition de régimes spécifiques nettement délimités (par exemple, dans les domaines de l'aide aux écoles confessionnelles ou de la Sécurité sociale). La laïcité jurisprudentielle, plus ouverte et plus difficile à saisir, délimite le champ d'intervention des religions tout en garantissant l'exercice de la liberté religieuse.

1.

L'application la plus évidente de la laïcité concerne la place des lois religieuses dans l'ordre juridique : elles sont sans valeur juridique et ne peuvent jamais avoir une force supérieure à la loi (Cass. civ., 15 octobre 1991). Cette affirmation est pourtant faussement évidente : les lois religieuses imposent à ceux qui les acceptent des rites et des comportements qui ont nécessairement des incidences sur les rapports publics et privés. Lorsqu'il est saisi, le juge va devoir entrer dans un domaine où la règle de droit ne constitue pas toujours un guide « fiable ».

Quelle position adopter, tout d'abord, quand il doit définir une religion ? Dans la plupart des États, une religion est définie comme une relation intime entre une personne et un dieu ou une divinité. C'est la définition retenue par le juge belge et c'est aussi celle qui est admise par le juge français. Mais elle révèle rapidement ses limites lorsqu'elle est appliquée au bouddhisme, à l'hindouisme ou (encore que, à ma connaissance, le problème ne se soit pas posé) à l'animisme, c'est-à-dire des religions qui n'établissent pas et ne revendiquent pas une relation privilégiée avec un dieu. Dans ces conditions, il est sans doute préférable de définir une religion (Jean Carbonnier, D. 1969, p. 368) comme une communauté humaine unie par un système de croyance. Seront donc considérées comme des religions l'Association internationale pour la conscience de Krishna et les Témoins de Jéhovah. Mais le juge refuse de reconnaître, au profit de l'Union des athées, l'existence d'un culte athée.

75

Les pratiques cultuelles, ensuite, ne relèvent pas du contrôle du juge. Cette réserve est parfaitement fondée : il n'appartient pas au juge, par exemple, de se prononcer sur la signification et la portée religieuse du voile coranique. Mais cette réserve s'applique uniquement à la signification d'un rite ou d'une pratique. Le juge retrouve l'intégralité de ses pouvoirs lorsqu'une croyance est de nature à causer un grave dommage à autrui : le juge rejette ainsi un recours dirigé contre une décision de refus d'agrément de l'adoption d'un pupille de l'État par un couple de Témoins de Jéhovah qui avait fait connaître son opposition à toute transfusion sanguine (CE, 24 avril 1992, département du Doubs c. Frisetti). Et cet argument a pesé lourdement dans la décision d'assemblée du Conseil d'État refusant, à l'association chrétienne Les Témoins de Jéhovah, le statut d'association cultuelle (CE, 1^{er} février 1985, Association chrétienne Les Témoins de Jéhovah). Le juge, avec une extrême prudence il est vrai, entre ainsi sur un terrain « miné » : il est

amené à apprécier une pratique cultuelle par rapport à notre ordre public, à notre culture et à se substituer à l'autorité administrative, fondée à interdire un tel culte (loi du 9 décembre 1905). Le même problème se pose chez nos voisins : les Témoins de Jéhovah ne sont pas reconnus en Belgique, mais ils le sont en Italie.

Il n'est pas rare que le juge soit amené, non pas à contrôler, mais à prendre en compte les rites et pratiques cultuelles. Il doit alors le faire avec « tact et mesure » en respectant les cultes lorsqu'ils ne sont pas contraires à notre conception de l'ordre public. Ce travail n'est pas simple et suppose, de la part du juge, une grande « écoute » afin de ne pas sanctionner ce qui lui semble bizarre ou étrange. Ainsi décide-t-il que le licenciement d'un surveillant rituel dans un restaurant proposant une nourriture « cacher » est dépourvu de cause réelle et sérieuse quand ce surveillant s'est absenté sans autorisation pendant 23 jours pour se rendre aux obsèques de son fils en Israël : l'employeur, qui exploitait son restaurant en observant strictement la loi juive, ne pouvait ignorer les obligations de cette loi pour les obsèques d'un parent très proche (CA Paris, 25 mai 1990). Dans le même sens, un sacristain (qui est un laïque) homosexuel ne peut se plaindre d'être licencié par une association cultuelle fermement attachée au respect de la foi catholique (CA Paris, 25 mai 1990) et une enseignante, divorcée et remariée, peut être licenciée par l'établissement catholique qui l'emploie (Cass., 19 mai 1978).

Le juge ne va donc pas hésiter, pour déterminer le champ d'intervention des religions, à prendre en considération les rites, les croyances, l'organisation des cultes et leurs modes de « gouvernement ». La loi religieuse « rejaillit » sur le droit et permet au juge de dire qu'un rabbin n'est pas un ministre du culte (CA Paris, 7 mai 1986), qu'un ministère pastoral (Église réformée de France) exclut la conclusion d'un contrat de travail avec une association cultuelle (Cass., 20 novembre 1986), qu'une église ne peut être affectée à l'usage de catholiques traditionalistes si la hiérarchie ecclésiastique s'y oppose (TA Nantes, 2 juin 1977, Association Saint-Pie V de l'Ouest), qu'un directeur d'hôpital doit mettre fin aux fonctions d'un pasteur privé d'habilitation par sa hiérarchie (CE, 17 octobre 1980, Pont) et que l'autorité militaire a compétence liée pour satisfaire une demande de mutation présentée par le supérieur religieux d'un pasteur (CE, 27 mai 1994, Bourges : dans une telle situation, un moyen tiré du non-respect des droits de la défense est même considéré comme inopérant). Toujours dans le même sens, le juge reconnaît au desservant d'une Église un pouvoir de police qui échappe, hors le cas de circonstances exceptionnelles, au maire : une commune ne

peut, en conséquence, instituer un droit de visite d'objets exposés dans un édifice cultuel sans l'accord de l'abbé desservant (CE, 4 mars 1994, Chalumey).

La détermination du champ d'intervention des religions a posé et continue de poser des problèmes délicats au regard des subventions qu'elles peuvent légalement percevoir. Les collectivités publiques peuvent, aux conditions fixées par le législateur, attribuer des aides aux différents cultes. Mais, en dehors du cadre légal, les religions ne peuvent bénéficier d'aucune subvention, et le juge, lorsqu'il est saisi, ne manque pas de sanctionner les collectivités qui distribuent, sous une forme ou sous une autre, des subventions déguisées. Cette interdiction s'applique à toutes les associations cultuelles ainsi qu'aux associations « mixtes », c'est-à-dire celles dont l'un des objets est de nature cultuelle (CE, 9 octobre 1992, commune de Saint-Louis c. Association Siva Soupramanien de Saint-Louis).

77

Les difficultés sont encore plus grandes lorsque le juge est sollicité pour trancher un litige privé, « noyé » dans des considérations religieuses. Le problème se pose avec une acuité particulière dans les affaires de divorce, d'exercice de l'autorité parentale ou de baptême d'un mineur refusé par l'un des parents. Les juridictions vont, à juste titre, faire preuve d'une extrême prudence. En principe, la conversion d'un époux ne constitue pas une cause de divorce. Pour la cour d'appel de Montpellier (29 juin 1992), « il n'appartient pas au juge de peser et comparer les mérites ou les dangers, les bienfaits ou les inconvénients respectifs d'une religion dominante par rapport à une secte minoritaire ; que, dans le cas d'une procédure de divorce ou... d'une procédure relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge doit, non procéder par voie d'affirmations générales, mais rechercher si, dans le cas d'espèce, les activités des père et mère au sein d'une Église, d'une secte, d'un parti politique ou de tout autre groupement ou association à finalité religieuse, cultuelle, politique, philosophique, culturelle ou autre, présentent des avantages ou des inconvénients au regard de l'intérêt des enfants ». Il en résulte qu'une « déclaration d'intention » signée par des époux, lors du mariage à l'Église catholique et excluant un futur divorce, est sans valeur juridique (CA Montpellier, précité), qu'une cour d'appel est fondée à ordonner d'attendre qu'une adolescente soit majeure pour qu'elle soit baptisée dans la religion des Témoins de Jéhovah (Cass., 11 juin 1991), mais qu'elle ne peut enjoindre la production de pièces d'une procédure ecclésiastique (Cass., 29 mars 1989), ni ordonner la délivrance sous astreinte d'un « geth » (c'est-à-dire d'une

lettre de répudiation) permettant à une femme de se remarier sous la loi mosaïque (Cass., 21 novembre 1990), sauf si le refus du mari est constitutif d'un abus de droit (Cass., 15 juin 1988). Dans un autre registre, mais selon le même raisonnement, Mourad, qui avait obtenu de s'appeler Marcel-Paul, peut légitimement retrouver son prénom afin de pouvoir effectuer le pèlerinage de La Mecque (Cass., 6 mars 1990).

78 De cette jurisprudence, en fin de compte très « pointilliste », une tendance se dégage assez clairement. La délimitation du champ d'intervention des religions n'obéit pas à un ou des critères. Pour une raison simple : de tels critères sont introuvables. En revanche, le juge « prend en compte » la religion, soit en tant qu'institution, soit en tant qu'opinion, pour préciser jusqu'où elle ne doit pas aller trop loin dans les rapports entre personnes publiques ou entre personnes privées. Dans ce travail complexe, le juge ne réussit pas trop mal. Il reconnaît le lien religieux et l'autorité des Églises à l'égard de leurs membres (abbés, pasteurs...) et il en tire des conséquences juridiques. De ce point de vue, la laïcité jurisprudentielle n'est pas, en totalité, une séparation. Cette situation apparaît clairement dans les litiges relatifs aux entreprises « de tendance ». Le juge reconnaît le sentiment religieux mais, le plus souvent, pour en « gommer » les aspects qui lui semblent contraires à l'ordre public ou à la liberté de conscience d'autrui. D'une certaine façon, il fait application du principe fondamental selon lequel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (art. 4 de la Déclaration de 1789). Le juge administratif, dans l'interprétation « publicisée » de la laïcité, y ajoute un élément supplémentaire : le contrôle des relations entre les cultes et les collectivités publiques.

Pour les problèmes qui lui sont soumis, le juge manque de repères juridiques stables qui lui seraient fournis par la Constitution ou par la législation et il ne doit pas compter sur une réforme (constitutionnelle ou législative) qui pourrait lui en fournir. Dans l'immense majorité des cas, le juge applique un raisonnement finaliste qui lui permet, dans les affaires civiles, de « stopper » les incidences religieuses préjudiciables à autrui et, dans les affaires administratives, de « contenir » les religions dans le domaine qui doit rester le leur. Mais, dans les premières comme dans les secondes, le juge prend soin de garantir la liberté religieuse.

2.

La laïcité jurisprudentielle n'est, en aucune façon, animée par un sentiment antireligieux. Bien au contraire, le juge, lorsqu'il détermine le champ d'intervention des religions, apparaît comme un garant de la liberté religieuse. Cette liberté, inscrite dans le bloc de constitutionnalité, est protégée par le juge constitutionnel sous l'angle, il est vrai, de la liberté de conscience (Cons. const., 23 novembre 1977) et par de nombreuses décisions des juges administratifs et judiciaires.

Le problème a été posé au Conseil d'État, dans toute son ampleur, à l'occasion des affaires dites des « foulards coraniques ». Saisi pour avis par le ministre de l'Éducation nationale, le Conseil se prononça le 27 novembre 1989 (*AJDA*, 1990, p. 39). Dans cet avis, fortement argumenté, le Conseil d'État reconnaît que la liberté de conscience des élèves « comporte le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires » sans que cette liberté puisse faire « obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation ». Il en résulte que le « port, par les élèves, de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas, par lui-même, incompatible avec le principe de laïcité ». Et le Conseil d'État prend soin, ensuite, de préciser que cette liberté, par la façon dont elle est exercée, ne doit pas troubler le fonctionnement des établissements.

79

Le principe de laïcité peut faire l'objet de plusieurs « lectures ». Celle du Conseil d'État est juridiquement fondée. Elle est aussi « socialement apaisante ». L'avis de 1989 fit également l'objet de lectures différentes en fonction du résultat recherché.

Au contentieux, le Conseil d'État confirma les termes de son avis. Il prohibe ainsi les dispositions, insérées dans les règlements intérieurs des établissements d'enseignement, qui interdisent, de manière générale et absolue, le port de tout signe distinctif d'ordre religieux (CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*). Une disposition précisant, par exemple, que « le foulard islamique, signe ostentatoire, étant de nature à perturber le déroulement des activités d'enseignement, est dorénavant interdit », serait à coup sûr déclarée illégale. Les juges doivent donc se prononcer cas par cas et procéder à une analyse concrète des faits, à partir des circonstances locales. Le refus d'ôter le foulard pendant les cours d'éducation physique est un motif valable d'exclusion des élèves (CE, 10 mars 1995, *Aoukili* ; et TA Poitiers, 28 juin 1995, *Mohamed*

Mechali), de même que des « désordres sérieux » provoqués par des élèves portant le foulard au sein d'un établissement ou le comportement d'une lycéenne qui se voyait interdire, par son père, d'ôter son voile en cours, d'aller à la piscine, de participer à des voyages de plus d'un jour en dehors des heures scolaires, de danser et de chanter (TA Nantes, 13 février 1992 ; et CE, 14 mars 1994, Yilmaz). C'est dire qu'un jugement (TA Clermont-Ferrand, 6 avril 1995) affirmant que le foulard islamique est un signe ostentatoire par lui-même parce qu'il constitue « un signe d'identification marquant l'appartenance à une obéissance religieuse extrémiste d'origine étrangère » serait sans doute annulé par le Conseil d'État s'il était frappé d'appel.

80 La circulaire « Bayrou » (septembre 1994) a marqué un durcissement de la position administrative. Elle admet les « signes discrets traduisant l'attachement à une conviction personnelle », mais propose l'interdiction des « signes si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école ». Cette circulaire, qui ne contient que des propositions destinées aux conseils d'administration des établissements d'enseignement, n'a pas de caractère réglementaire (CE, 10 juillet 1995, Association « Un Sysiphe ») et ne peut donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il en aurait été différemment si la circulaire avait affirmé que le foulard était « en soi » un signe ostentatoire : cet « a priori eût été contraire à la jurisprudence et donc normatif » (conclusions Schwartz sous l'arrêt précité).

Dans le prolongement des affaires relatives aux foulards, le Conseil d'État a dû se prononcer, dans deux arrêts, sur la conciliation, selon la jolie formule de Yann Aguila, entre le temps de l'école et le temps de Dieu (CE, 14 avril 1995, Consistoire central des israélites de France ; et, du même jour, Koen). Le temps de Dieu n'est, en effet, pas le même pour les catholiques (le dimanche), les musulmans (le vendredi) et les juifs (le samedi : le shabbat). Convient-il de donner, aux élèves de confession musulmane ou juive, des autorisations d'absence leur permettant d'obéir aux commandements de leur religion ? Le problème n'est pas simple, et une réponse positive à cette question risque d'entraîner une désorganisation du service public de l'enseignement. Ici encore, le Conseil d'État fait preuve de libéralisme et de réalisme. En premier lieu, le Consistoire central des israélites de France n'obtient pas l'annulation de l'article 8 du décret de 1991, qui prévoit l'obligation d'assiduité des élèves sans dérogation pour des raisons religieuses, car cette disposition n'a pas eu pour objet et ne saurait avoir pour effet « d'interdire aux élèves

qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte... dans le cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études... ». Pour la Haute Assemblée, en second lieu, une absence systématique le samedi n'est pas compatible avec les obligations imposées aux élèves d'une classe de mathématiques supérieures.

La solution retenue par le Conseil d'État mérite d'être approuvée. D'abord, au prix d'une interprétation de texte dont il est coutumier, le juge laisse pleinement ouvert le champ des négociations à l'échelon local, dans les établissements : en cas de litiges, les tribunaux administratifs disposent d'un « argumentaire » juridique leur permettant de régler les difficultés qui leur sont soumises. Ensuite, le juge montre que la laïcité, dans son interprétation jurisprudentielle, ne correspond pas à un éclatement de la nation en communautés qui seraient autant de « bastions » religieux et culturels, fabriquant leur propre droit. En d'autres termes, pour le juge, la liberté religieuse doit être effectivement respectée, sauf lorsque cette liberté, par ses incidences, risque de bouleverser le fonctionnement d'un service public.

81

Il est vrai que la laïcité jurisprudentielle est susceptible de connaître d'autres interprétations. Si la laïcité est bien, selon Maurice Hauriou, une « fiction d'ignorance légale », l'État peut ignorer les religions et laisser aux pratiquants la responsabilité des conséquences de leurs rites. Si un élève veut « sécher » les cours du vendredi ou du samedi pour des raisons religieuses, il le fait « à ses risques et périls ». Cette solution, outre qu'elle ne manque pas d'hypocrisie, aboutit aussi à une rupture d'égalité avec les élèves de confession catholique. Mais elle est aussi mise en œuvre par les juridictions : un fonctionnaire (adventiste) ne peut pas s'absenter le samedi matin sans autorisation (TA Fort-de-France, 19 juin 1976, Coralie : ses absences sont décomptées sur ses congés et justifient un prélèvement sur son traitement) et le licenciement d'un salarié qui quitte son travail le vendredi avant l'heure (CA Paris, 10 janvier 1989) ou qui refuse de travailler le jour de l'Aid-El-Kebir (Cass., 16 décembre 1981) est légal.

Une autre solution, plus libérale, est concevable. Elle consiste à admettre, à partir des réalités d'aujourd'hui, c'est-à-dire du développement des pratiques religieuses, une extension de la liberté religieuse. N'est-ce pas dans cette voie que s'est orienté le tribunal administratif de Strasbourg (3 mai 1995, Saglamer) lorsqu'il a annulé une décision d'exclusion d'une jeune musulmane au motif que le port du foulard ne s'accompagnait pas d'actes « notoirement » prosélytes ou discrimina-

toires ? Le ministère de l'Éducation nationale reconnaît déjà un certain nombre de fêtes religieuses non catholiques et les élèves musulmans peuvent être, par exemple, dispensés de cours le jour de l'Aid-El-Kebir : le licenciement d'un salarié qui refuse de travailler ce jour-là est-il vraiment fondé sur une cause réelle et sérieuse ?

82 Cette orientation nous met sur la voie d'un autre type de relations entre les Églises et l'État. Insensiblement, me semble-t-il, nous nous éloignerions d'une certaine conception de la laïcité pour nous rapprocher d'un système de cultes reconnus. La « reconnaissance » des cultes est, en effet, susceptible de plusieurs variantes. Entre la reconnaissance officielle soumise à un régime juridique particulier (et qui pose, d'ailleurs, des problèmes redoutables liés principalement aux critères de reconnaissance) et une séparation totale parfaitement irréaliste, il y a place pour des régimes divers dont la France est en train de faire l'expérience. Ses juges, nous le savons, reconnaissent les religions et les soumettent à un régime juridique dont on a brièvement tracé les contours. Globalement, c'est un régime d'équilibre que recherche le juge, un équilibre entre la garantie de la liberté religieuse et les impératifs de fonctionnement des services publics ou privés. Selon qu'il mettra l'accent sur le premier ou le second terme de l'équation, la laïcité s'effacera ou gardera les caractères qui sont traditionnellement les siens.

Une évolution en faveur d'une meilleure garantie de la liberté religieuse n'est pas à exclure. Pour deux raisons : l'une propre à la France et l'autre qui lui est externe. La première raison est liée à la pression exercée par les religions pour obtenir « toujours plus » et cette pression ne devrait pas se relâcher dans les années à venir. Certains tribunaux peuvent également renforcer cette évolution du fait de leur environnement culturel et religieux : le tribunal administratif de Strasbourg, par exemple, semble développer une jurisprudence qui n'est pas tout à fait celle de la « vieille France ».

La seconde raison est internationale. Les commissaires du gouvernement et les juridictions ne manquent pas de se référer aux conventions internationales ratifiées par la France, au premier rang desquelles figure la Convention européenne des droits de l'homme. Son article 9 reconnaît à toute personne le droit à la liberté de religion, un droit qui implique la liberté de changer de religion, de la manifester individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Cette disposition ne manque pas de clarté. Elle a donné lieu à une jurisprudence qui, contrairement à ce qui a été parfois soutenu, n'est pas vraiment

contraire à notre jurisprudence nationale. Mais la Cour européenne des droits de l'homme donne, à la liberté de religion, une valeur et une portée qu'elles ne possèdent pas en France. Dans l'affaire « Kokkinanis c. Grèce » (25 mai 1993), elle affirme : « La liberté de [...] religion représente l'une des assises d'une société démocratique [...]. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme consubstantiel à pareille société [...]. La liberté de manifester sa religion comporte, en principe, le droit d'essayer de convaincre son prochain... » La liberté de religion est donc une liberté « de premier rang » : voilà une place d'honneur qui n'est pas sans conséquences dans l'hypothèse d'antinomies entre libertés comme pour le règlement des difficultés juridiques relatives aux incidences des religions dans le secteur public et dans les rapports privés. La neutralisation de ces incidences, à laquelle se livre parfois le juge, risque de devenir de plus en plus délicate et expose la France à des condamnations devant la Cour européenne. Pour ne prendre que deux exemples, il ne paraît pas possible, aujourd'hui, de dire, sans autre précision, que le prosélytisme est interdit ou de juger qu'un salarié, qui s'absente sans autorisation pendant une journée pour participer à une fête religieuse essentielle dans sa religion, peut être légalement licencié.

83

Le principe de laïcité devient un principe mou. Sa capacité de résistance était liée à un contexte historique qui a évidemment complètement changé en cette fin de siècle. Et si l'abbé Bouteyre se présentait au concours d'agrégation de philosophie en 1995 ? Le Conseil d'État rejeterait-il son recours contre la décision ministérielle refusant de l'admettre à concourir au motif que « l'état ecclésiastique auquel il s'était consacré s'oppose à ce qu'il soit admis dans le personnel de l'enseignement public dont le caractère est la laïcité » ? Dans un avis du 21 septembre 1972, l'assemblée générale administrative du Palais-Royal avait observé que « si les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'État et celle de l'enseignement imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et en particulier la neutralité du service de l'enseignement à l'égard de toutes les religions, elles ne mettent pas obstacle par elles-mêmes à ce que des fonctions de ce service soient confiées à des membres du clergé ». Dans le contexte actuel, cet avis est « explosif ». La section du contentieux n'est certes pas tenue par les avis

des formations administratives. Mais si le problème se pose, et si le Conseil d'État, au contentieux, s'aligne sur cet avis, nous constaterons rapidement que les affaires de voiles islamiques ne constituaient que d'aimables divertissements. Et le principe de laïcité aura vécu.

R É S U M É

Le juge n'est guère à l'aise dans les affaires relatives à la laïcité. Les textes constitutionnels et législatifs ne lui sont pas d'un grand secours et il doit, appliquant un raisonnement finaliste qui lui est familier, délimiter le champ d'intervention des religions. En fixant des frontières, le juge participe, et de manière décisive, à la détermination de la liberté religieuse. L'étude de la jurisprudence démontre qu'il protège cette liberté et que le principe de laïcité est devenu un principe « mou ».