

LAÏCITÉ 2005 : zones d'ombres et droits individuels

L'exclusion rampante des Juifs pratiquants

Jacques Amar

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris-Dauphine, diplômé de l'I.E.P. Paris ; membre de l'Institut Droit-Dauphine ; participe au Campus Ouvert Droit Ethique et Société ; différents travaux publiés en droit de la consommation, droit pénal et droit fiscal.

« L'antijudaïsme moderne est devenu la forme naturelle de l'indifférence ; la persécution, la forme naturelle du désœuvrement ; le déni de l'antijudaïsme et de la persécution, la forme naturelle de l'opinion raisonnable. »

J.-C. Milner, *Les penchants criminels de l'Europe démocratique*, éd. Verdier 2003, p. 130

Les Juifs de France peuvent-ils se retrouver aujourd'hui dans une situation telle que la pratique de la religion puisse les vouer à l'exclusion et au non-droit ?

La question peut paraître paradoxale pour trois raisons. Premièrement, le droit français est régi par les principes d'égalité et de non-discrimination qui prohibent les décisions prises à l'encontre d'une personne en fonction de sa religion. Deuxièmement, l'accès à la citoyenneté des Juifs après la Révolution française s'est fait précisément sur une base juridique à travers les réponses que le grand Sanhédrin institué par Napoléon a donné aux questions que celui-ci lui avait posées. Entre autres aspects, les Juifs ont affirmé qu'ils respectaient les règles du Code civil¹ comme un devoir religieux. Troisièmement, l'Etat français dispose d'un arsenal de textes impressionnants pour réprimer les actes et propos antisémites. Vue sous cet angle, la situation des Juifs se confond logiquement avec celle de l'ensemble des citoyens français.

Cette identité a installé une dialectique complexe entre l'assimilation et la continuité. C. Kintzler montre ainsi que « dans une cité laïque, la proposition « je ne suis pas comme le reste des hommes » non seulement est possible, mais qu'il faut la placer au fondement de l'association ». Et l'auteur de poursuivre : « en entrant dans l'association, je vous demande de m'assurer que je pourrai être comme ne sont pas les autres, pourvu que je respecte les lois, lesquelles ne peuvent avoir d'autre fin ultime que de m'assurer ce droit ² ».

Pour le dire autrement, s'il est fondamental que la réglementation facilite le droit de vivre de tout homme, il est également tout aussi important qu'elle lui permette d'exister en tant qu'individu. Dans cette perspective, la lutte contre l'antisémitisme ne représente qu'une facette de la prise en compte de la situation des Juifs en France ; elle vise à permettre à tous les Juifs, pratiquants ou non, de vivre en toute tranquillité ; elle nécessite en parallèle la reconnaissance pour ceux-ci de pratiquer leur religion.

A notre époque, la possibilité de pratiquer sa religion est supposée consacrée par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en vertu duquel « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Dès lors, si on s'en tient aux grands principes, la situation des Juifs pratiquants ne pose pas de problème : leur identité est protégée et leur pratique respectée dans les limites de ce qui est compatible dans le cadre d'une société démocratique. Encore faut-il néanmoins cerner les limites qui s'imposent actuellement aux Juifs pratiquants.

Le présent article vise à montrer que la fixation contemporaine de ces limites rompt l'équilibre laïc originel ; elle privilégie l'indifférenciation sur le respect des droits des individus. Ce qui est en jeu ce ne sont pas les Juifs de façon générale et abstraite (« la communauté ») mais les difficultés que peut rencontrer un Juif pratiquant. Minorité au sein des personnes se réclamant du judaïsme, sa situation ne diverge pas de celle des personnes musulmanes ou chré-

tiennes qui peuvent également rencontrer des difficultés dans leur vie quotidienne.

Pour autant, mettre sur le même plan cette minorité de Juifs et la minorité musulmane revient à ignorer les différences existant entre ces populations. En effet, l'insertion des Juifs dans la société française a découlé d'une adhésion au pacte républicain, procédure non reproduite lorsque l'Etat français a institué les institutions représentatives du culte musulman. En outre, la présence multi-séculaire des Juifs sur le territoire français fait que les Juifs ne prétextent pas d'un préjudice imaginaire pour exposer leurs situations. Si problème il y a, ce n'est pas parce que le droit positif crée, comme le prétendent les musulmans de France, une inégalité entre les communautés, mais plutôt parce qu'il secrète des inégalités entre citoyens contraires à l'idéal républicain³.

Il est bien évident que la question de la compatibilité de la pratique religieuse avec les institutions démocratiques n'est pas nouvelle. Aujourd'hui comme hier, des Juifs rencontrent des difficultés lorsque, par exemple, ils demandent à s'absenter en raison de fêtes religieuses. La différence que nous voudrions toutefois souligner, c'est que le compromis informel qui pouvait auparavant prévaloir a laissé place à l'énoncé de règles strictes et d'une doctrine en matière de laïcité radicalement nouvelle et cependant non reconnue comme telle. Or, ce nouveau cadre ne permet plus forcément les arrangements d'antan et heurte frontalement le droit à la vie privée, droit dont l'exercice est indissociable de celui de pratiquer sa religion.

L'exposé de ce nouveau cadre précèdera l'étude des différents conflits qui peuvent surgir lorsqu'un Juif pratiquant souhaite exercer sa liberté de manifester sa religion dans l'espace public, dans l'entreprise et dans l'espace privé.

Une nouvelle conception de la laïcité

La liberté de manifester sa religion est au cœur des débats sur la laïcité. Pour les Juifs, revenir sur la question de la compatibilité entre laïcité et judaïsme peut, ici encore, paraître inutile. Il suffit de se reporter aux débats qui se sont déroulés devant la Commission Stasi chargée précisément de réfléchir sur la signification du principe de laïcité à l'époque contemporaine pour constater que la position des instances représentatives de la communauté juive, selon la dénomination officielle, ne soulevait aucune difficulté pratique. C'est cependant faire abstraction des ambiguïtés du rapport rendu à cette occasion et de la loi votée dans son prolongement.

Les ambiguïtés du discours

Le rapport de la Commission Stasi avait pour objectif de réfléchir sur « les exigences concrètes » du principe de laïcité. Pour reprendre ses conclusions, la conception de la laïcité ne peut plus se réduire à la neutralité de l'Etat ; « par rapport au contexte de 1905, la société française a changé : l'emprise de l'église catholique n'est plus perçue comme une menace. La laïcité se retrouve au cœur du pacte républicain en des termes nouveaux ⁴ ». Tenir compte de ce changement de contexte serait donc indispensable pour « vivre ensemble, construire un destin commun ⁵ ». Par delà cette déclaration d'intention, que ce soit dans sa présentation ou dans les propositions formulées dans le cadre d'une approche renouvelée de la laïcité, le discours en la matière méconnaît intrinsèquement la réalité religieuse. Contrairement aux discours tenus, en effet, la religion ne fait pas l'objet d'une conception uniforme sur le territoire français. D'une part, une partie du territoire français, les Comores pour ne pas les nommer, est déjà régie par la loi islamique pour tout ce qui concerne les questions de statut personnel et ce, en parfaite contradiction avec l'article 1^{er} de la Constitution qui énonce que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Même l'article 72-3 qui reconnaît la possibilité de dérogations à la norme commune pour les populations d'outre-mer précise que celle-ci s'effectue dans un « idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité », idéal que ne respecte pas l'existence d'un statut religieux. D'autre part, l'indivisibilité de la République s'accommode parfaitement du statut dérogatoire de l'Alsace-Lorraine en matière de financement de lieux de cultes. La laïcité n'est donc pas le pendant de l'indivisibilité.

Une conception réductrice de la réalité religieuse sous-tend également les rapports rendus en matière de laïcité. Selon la Commission Stasi, le corpus juridique de la laïcité découle, pour reprendre le terme consacré, de « la grande loi » du 9 décembre 1905 complétée par celle du 2 janvier 1907 sur l'exercice public des cultes ⁶. Elle ignore cependant que ces deux textes ont pour point d'ancrage la loi du 13 juillet 1906 relatif au repos hebdomadaire fixé en l'occurrence le dimanche. Cette loi marque une rupture capitale dans l'évolution du droit du travail pour les raisons suivantes : le jour du repos est indistinctement accordé à toutes les catégories de travailleurs, hommes, femmes ou enfants ; il échappe à la détermination de l'employeur, ce qui permet au salarié de constituer une sphère privée distincte de sa vie professionnelle. S'il souhaite utiliser son temps de repos pour aller à l'Eglise, il est libre de le faire et, effectivement, l'Etat ne lui impose

aucune obligation en la matière. C'est uniquement par ce biais qu'il assure le respect des droits individuels des personnes dans l'association laïque, pour reprendre les termes précités de C. Kintzler. Où l'on constate que, pour que la liberté de conscience puisse s'exercer, il faut que l'Etat garantisse les conditions de possibilité d'une sphère privée qui échappe non seulement à son autorité mais également à celle d'autres pouvoirs. Aussi, faute de consacrer une telle approche alors qu'en parallèle le débat est constant sur la possibilité de multiplier les ouvertures des magasins le dimanche, le rapport Stasi disjoint la vie privée du temps de repos et favorise l'éclatement du contentieux concernant la pratique religieuse. Il est bien évident que les Juifs pratiquants ne sont pas concernés par le repos dominical. Ils n'en sont pas moins les victimes collatérales de ce mouvement de disjonction entre vie privée et repos qui rend incompréhensible la sacralité du jour du shabbat à une époque où les nouvelles technologies permettent de travailler n'importe où et surtout n'importe quand. Cette conception réductrice de l'intervention de l'Etat en matière religieuse se double d'une conception caricaturale de la pratique des religions minoritaires. C'est ce dont témoigne la proposition faite à la commission de rendre fériés le jour de Kippour ainsi que la fête de l'Aïd pour les musulmans. De prime abord, la commission cherchait à consacrer la pluralité des identités religieuses qui vivent en France et qui ne se reconnaissent pas dans le calendrier républicain rythmé par les fêtes catholiques. Cette proposition n'a pas été retenue ; elle heurtait de front le discours productiviste du gouvernement qui ne pouvait d'un côté dénoncer les 35 heures et de l'autre introduire deux nouveaux jours fériés dans le calendrier. C'était cependant son seul aspect positif que de vouloir augmenter le nombre de jours de repos. Car, hormis cette perspective, cette proposition privilégiait de facto une forme de pratique religieuse sur une autre. Pour s'en tenir aux Juifs, elle limitait la pratique du judaïsme au seul respect d'un jour de fête dans l'année et érigeait la figure du Juif de Kippour en idéal-type républicain. Cette catégorie de Juif ne marque effectivement de véritable rupture que ce jour dans l'année et ignore les autres fêtes juives du calendrier ainsi que le repos sabbatique hebdomadaire. Elle incarne finalement l'aboutissement d'une conception de la laïcité négatrice des droits de l'individu pratiquant. On comprend mieux pourquoi les instances religieuses ne se sont nullement réjouies de cette « avancée », d'autant plus qu'elles n'avaient rien demandé.

Plus encore, par cette proposition, la Commission a montré son ignorance de la pratique religieuse. Les obligations religieuses qui

incombent au croyant commencent l'après-midi qui précède le jour de jeûne. De sorte que, par définition, le caractère férié de ce jour n'est nullement suffisant pour permettre à une personne qui souhaiterait effectivement marquer la sacralité de ce jour de respecter sa religion.

Sauf à dire que, dans la conception de la laïcité version rapport Stasi, le respect des droits des individus n'est pas une priorité, point qui ressort pleinement de la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Les ambiguïtés de la loi du 15 mars 2004

Si la loi du 15 mars 2004 relative au ports de signes religieux est ambiguë, ce n'est pas uniquement en raison des difficultés d'interprétation que peut susciter la réduction de la pratique religieuse à une question vestimentaire ; c'est surtout parce qu'elle valide une interprétation de la laïcité qui se résume à un retrait de l'Etat.

En vertu de l'article L. 141-5-1 du Code de l'Education, « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ». La loi veut éviter, et c'est un objectif louable, que la religion ne pénètre dans les écoles. Pour autant, elle ne manquera pas de se heurter à la question de l'interdiction de certaines tenues dont on oublie bien souvent qu'elles ne prennent sens que dans une perspective religieuse. A titre d'illustration, les adolescents qui se font pousser des dreadlocks font vœu comme les *nazirs* ou ascètes dans la Bible de ne pas se couper les cheveux, renforçant ainsi l'injonction concernant l'interdiction de raser les coins de la barbe⁷. Ces mêmes personnes se promènent avec des Tee-Shirts sur lesquels on peut lire Jah, abréviation de Yahvé, ou version cool du Dieu des hébreux. D'ailleurs, les rastas ont également pour capitale la ville de Jérusalem ; ils respectent, comme les Juifs, des règles en matière d'alimentation ainsi qu'un calendrier précis, bref, ils suivent une religion. Dès lors, dans le silence du rapport et des travaux parlementaires qui ont accompagné le vote de la loi, on peut déduire que cette religion est compatible avec le système scolaire. Même si le phénomène est marginal, il n'en est pas moins révélateur de la tendance du débat sur la laïcité à accorder une prime aux pratiques religieuses qui se fondent dans la masse des habitudes communes : un rasta provoque moins d'étonnement qu'un juif religieux avec des papillotes.

Ce cas mis à part, la loi du 15 mars 2004 est symptomatique d'une conception libérale de l'Etat qui heurte de front la pratique religieuse. Certes, on peut estimer que l'Etat est dans son rôle lorsqu'il interdit certains comportements, quitte, par une approche globalisante, à créer des distinctions entre les différentes formes de pratiques religieuses. Il réduit toutefois son action à l'expression d'une norme répressive, en l'occurrence l'exclusion des personnes qui n'adhèrent pas aux mœurs communes.

Cette approche suscite une double réflexion. D'une part, on peut se demander si elle ne consacre pas une discrimination indirecte. On rappellera que celle-ci apparaît précisément lorsque l'application d'une norme neutre, qui apparemment traite de la même manière l'ensemble des individus, aboutit finalement à exclure les personnes sur le fondement d'un critère qui, s'il avait été énoncé, aurait été considéré illégitime. D'autre part, elle réduit considérablement la portée de l'obligation positive que la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales met à la charge des Etats pour assurer les droits de chacun au point que l'on peut s'interroger sur le contour de cette obligation à une époque où la célébration de la laïcité se veut le vecteur de la vie en collectivité.

Faute d'aborder ce point, le centenaire de la loi de 1905 n'a abouti qu'à entériner ce que précisément, cette loi cherchait à éviter : le pouvoir des petits chefs pour apprécier la recevabilité de la demande de la personne qui souhaite manifester sa pratique religieuse.

Difficultés d'exercice de la liberté de manifester sa religion

De prime abord, le texte consacrant la liberté fondamentale de toute personne de manifester sa religion érige comme seules restrictions celles prévues par la loi à condition qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique à des objectifs expressément définis. La Cour européenne a d'ailleurs déjà estimé à propos d'une loi adoptée en Turquie qui interdit le port du foulard islamique dans les universités que celle-ci ne porte pas atteinte aux libertés des individus⁸. L'avantage d'une loi, c'est qu'elle place tous les individus sur un pied d'égalité et doit clairement énoncer ses objectifs. Il est ainsi possible d'apprécier la légitimité de l'atteinte à la liberté en s'interrogeant sur sa compatibilité avec les exigences d'une société démocratique.

En l'absence d'un cadre cohérent de la laïcité qui dépasse le domaine de l'école, le législateur a laissé les individus face aux institutions, incitant celles-ci, comme le préconise le rapport du Conseil d'Etat au pragmatisme⁹. Ce terme, à la différence de la pragmatique, ne relève pas du vocabulaire juridique ; il renvoie à une méthode de conciliation

entre des intérêts contradictoires dont seul le juge connaît les tenants et les aboutissants et qui s'effectue généralement en fonction des critères de l'opinion dominante. Par certains côtés, le pragmatisme est une forme d'anti-juridisme qui privilégie le cas par cas sur l'énoncé de normes générales.

Au regard des relations de droit privé, le contrat est érigé en instrument de conciliation et le respect de la loi contractuelle en vecteur de neutralité. Ainsi à propos de la religion dans l'entreprise, le rapport du Conseil d'Etat estime que « cette question est liée à celle, plus générale, de la conciliation entre la force obligatoire d'un contrat et la liberté de culte. La Cour de cassation, sauf disposition législative particulière fait en principe prévaloir la première, principe fondamental du droit des obligations, en transposant dans l'ordre contractuel le principe de laïcité sous forme de neutralité du contrat ¹⁰ ».

Cette approche est contestable d'un double point de vue : d'une part, elle ignore la question de la possibilité d'un droit privé laïc, c'est-à-dire d'un corps de règles qui, compte tenu de sa position dans la hiérarchie des normes, doit être compatible avec l'article 1^{er} de la Constitution qui énonce le caractère laïc de la République. Il est piquant de constater à ce stade que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui fait partie du bloc de constitutionnalité s'effectue sous les auspices de l'Être suprême, comme si, là encore, la laïcité pouvait se satisfaire de certains dieux mais pas de tous. D'autre part, le caractère épineux et tendu des questions religieuses rend pour le moins illusoire la possibilité pour des individus de s'accorder sur ces questions. L'invocation de la laïcité se double, en somme, d'une approche pragmatique pour délégitimer toute prétention en matière de manifestation de sa religion.

Pratiquement, les difficultés que rencontrent les Juifs tant dans l'espace public, dans l'entreprise que dans l'espace privé, sont symptomatiques du renoncement de la République à ses valeurs.

La liberté de manifester sa religion dans l'espace public

La situation des écoles primaires et secondaires mises à part, la liberté de manifester sa religion en public continue de se poser dans des domaines aussi variés que les cimetières et les universités.

Parce que les cimetières sont des lieux publics, ils relèvent également des domaines où doit pouvoir s'exercer la liberté de manifester sa religion. Ce point est cependant loin d'être évident. En l'occurrence, le principe de neutralité des cimetières a été affirmé par la loi du 14 novembre 1881 ainsi que par celle du 5 avril 1884 par l'abrogation de l'obligation faite aux communes d'affecter une partie du

cimetière à chaque culte existant dans la commune ou de créer un cimetière spécialement affecté à chaque culte existant dans la commune. Par voie de conséquence, les cimetières sont des lieux interconfessionnels et l'existence des carrés confessionnels n'est pas compatible avec le principe de laïcité.

L'absence de texte législatif a conduit le gouvernement à agir par circulaires. En vertu de celle prise par le Ministre de l'Intérieur le 28 novembre 1975, les maires sont invités à « user des pouvoirs qu'ils détiennent pour réserver aux Français de confession islamique, si la demande leur en est présentée et à chaque fois que le nombre d'inhumations le justifiera, des carrés spéciaux dans les cimetières existants ». Comme le note un auteur à ce sujet, « l'aménagement des carrés confessionnels témoignerait ainsi du pragmatisme qui caractérise la mise en oeuvre dans le temps du concept de laïcité. En l'espèce, néanmoins, le pragmatisme qui caractérise ces circulaires aboutit en réalité à contourner le principe de neutralité du cimetière ¹¹ ». Le pragmatisme dépend ainsi de la libre appréciation d'une personne étant entendu que la pratique qu'elle adopte en ce domaine est illégale.

On ne peut reprocher au législateur de ne pas être omniscient et de ne pas avoir prévu toutes les situations mises en cause par le principe de laïcité. On peut en revanche s'étonner de l'invocation permanente d'un principe qu'il n'est clairement pas possible de faire respecter sans créer des discriminations au détriment des religions minoritaires. Cela rend d'autant plus suspecte la rigueur mise en oeuvre en matière de laïcité dans les universités.

Il est clairement admis que la loi ne concerne pas les universités. Les étudiants qui intègrent une université sont supposés disposer de leur libre-arbitre et n'ont donc finalement pas besoin d'être soustraits aux influences extérieures à la sphère scolaire. Le libre-arbitre est ici disjoint de la capacité civile puisqu'un mineur peut parfaitement rentrer à l'université tandis qu'un étudiant peut atteindre l'âge de la majorité et être encore au lycée. Qui plus est, cette distinction entre les niveaux d'enseignement ne tient pas compte du fait qu'une partie de l'enseignement supérieur continue d'être dispensée dans l'enceinte de lycées, comme en témoigne le système des classes préparatoires aux grandes écoles. En visant indistinctement les lycées publics, le nouvel article. L. 141-5-1 du Code de l'Education précité érige donc les universités en seul domaine où la liberté de manifester sa religion d'une façon vestimentaire peut s'exercer.

C'est cependant oublier que cette liberté ne se limite pas au choix de sa tenue. Elle implique en outre des contraintes de calendriers qui,

en toute logique, devraient se concilier avec les contraintes du service public. De toute évidence, ce n'est pas ce qui ressort du guide sur les questions de laïcité rédigé par la Conférence des présidents d'université en septembre 2004¹². Il a été demandé à cette occasion aux instances dirigeantes des établissements de faire preuve de considération lorsqu'ils sont confrontés à une demande fondée sur des motifs religieux comme, par exemple, une incompatibilité entre une date d'examen et une date de fête religieuse. La personne qui veut pratiquer sa religion doit donc demander l'autorisation avec le risque de se voir opposer un refus. Par ce biais, ce n'est plus un droit qui est reconnu mais une simple tolérance, c'est-à-dire une situation qui peut être remise en cause à tout moment par la personne qui l'a accordée.

Les conséquences sont pour le moins fâcheuses. Premièrement, les instances universitaires dénoncent un éventuel détournement de l'épreuve de rattrapage qui doit rester réservée aux candidats empêchés généralement pour des motifs médicaux. Moralité : il vaut mieux se faire passer pour malade que d'assumer clairement sa religion dans le système universitaire. Deuxièmement, ce document précise que le changement de dates pour des motifs religieux dépend de l'enseignant responsable étant entendu qu'« une telle attitude ne peut en aucune manière être imposée par le président ou le directeur de l'établissement : ce dernier ne dispose que d'un pouvoir d'invitation, la décision appartenant, au nom du principe d'indépendance des enseignements du supérieur, au seul examinateur ». On aurait pu penser que l'indépendance était davantage attachée à la façon dont l'enseignant effectue ses cours plutôt qu'à l'organisation d'examens. Troisièmement, la conférence des présidents d'université justifie au nom des problèmes de disponibilité que la laïcité aboutisse à organiser des examens le samedi. Pour reprendre l'expression utilisée dans le rapport, « il n'y a pas d'autre possibilité ». Concrètement, si le règlement intérieur de l'université prévoit un système de contrôle continu pour déterminer la note finale avec organisation des examens uniquement le samedi matin sans possibilité de bénéficier d'une notation globale lors de l'examen terminal, alors l'étudiant juif n'a quasiment aucune chance de réussir son année. On notera à ce propos que l'instauration de la semestrialisation et du système Licence-Master-Doctorat a accru la part du contrôle continu dans la notation terminale, certains règlements intérieurs d'université énonçant clairement, aussi stupide que cela puisse paraître, qu'aucune raison ne pourra justifier une absence à un examen de mi-parcours. Autrement dit, la liberté religieuse d'un étu-

diant dépend du bon vouloir d'un individu, bon vouloir qui s'exerce sans aucun contrôle ; s'il refuse la demande formulée par l'étudiant, l'enseignant pourra toujours invoquer les contraintes de gestion de l'université.

La justification avancée pour asseoir de telles pratiques en la matière est surprenante. La conférence des présidents d'université invoque la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux concours administratifs en vertu de laquelle les étudiants ne peuvent obtenir de dérogations pour des faits et fêtes religieuses. Or, cette jurisprudence se doit d'être relativisée. D'une part, sous l'influence du droit communautaire, le principe posé par la haute juridiction administrative connaît des tempéraments : il n'y a effectivement aucune obligation pour le service public de changer des dates en raison de l'incompatibilité du déroulement d'un concours avec une fête religieuse, si ce n'est que l'organisateur doit s'efforcer de tenir compte des contraintes de chacun. D'autre part, on ne voit pas au nom de quel principe les examens universitaires s'apparentent à des concours. Ne pas se présenter à un concours n'entraîne pas les mêmes conséquences pour un individu que l'impossibilité de passer un examen. Bref, la reconnaissance de la liberté de manifester sa religion dans l'université s'apparente à une véritable machine à exclusion des Juifs pratiquants du système scolaire¹³.

La jurisprudence relative aux classes préparatoires ne leur permet pas de trouver refuge au sein des lycées. Un étudiant de classes préparatoires avait demandé à être dispensé de cours le samedi et plus particulièrement d'examens pour pouvoir respecter le jour du Shabbat. Le commissaire du gouvernement, instance chargée d'instruire de façon impartiale dans le procès administratif les requêtes des différentes parties en présence a dénoncé à cette occasion le risque de l'instauration « d'une école à la carte où chacun selon ses convictions, choisirait ses disciplines et ses horaires de présence ». A une demande circonscrite, il a été opposé un risque systémique ; à une situation particulière, la préparation de concours, il a été opposé les contraintes du service alors que le fait d'assister aux cours ne préjuge en rien du succès d'un élève aux concours qu'il passe à la fin de sa formation en classe préparatoire. Et l'arrêt du Conseil d'Etat dans sa plus haute formation de surenchérir que « les contraintes inhérentes au travail des élèves en classe mathématiques supérieures font obstacle à ce qu'une scolarité normale s'accompagne d'une dérogation systématique à l'obligation de présence le samedi dès lors que l'emploi du temps comporte un nombre important de cours et de contrôles de connaissances organisés le

samedi matin ¹⁴ ». Le juge évite ainsi le débat sur l'organisation du service public. Comment se fait-il, dans le cas présent, que les examens se déroulent systématiquement le samedi ? Qui plus est, abstraction faite de la situation des Juifs pratiquants, le juge ignore le pourcentage important d'étudiants qui doivent travailler le week-end pour pouvoir assumer le coût de leurs études. Serait-ce à dire que ces personnes-là non plus n'ont pas le droit de suivre une scolarité en classes préparatoires ?

Il est sûr que plutôt que de s'attaquer à ces questions, l'invocation du principe de laïcité permet d'enrober l'exclusion d'une justification morale. Ces pratiques d'exclusion sont d'autant plus dramatiques pour les Juifs que les choix de poursuivre un cursus dans des structures scolaires juives sont dans le domaine de l'enseignement supérieur plus limités que dans le secondaire. Or, le problème peut être tourné dans tous les sens : la fixation des dates d'examen n'a rien à voir avec la laïcité ; c'est tout simplement un problème d'organisation du service public qui se pose en raison de l'émergence d'un nouveau public. Soutenir le contraire revient uniquement à défendre les mœurs dominantes à l'encontre des droits des individus.

La liberté de manifester sa religion dans l'entreprise

La reconnaissance des droits fondamentaux des salariés dans l'entreprise est un phénomène récent consacré notamment par la possibilité pour le salarié d'opposer son droit à la vie privée face aux tentatives d'immixtion de l'employeur. Il devrait théoriquement en être de même pour la liberté de manifester sa religion qui dispose de la même valeur dans la hiérarchie des normes que le droit à la vie privée. L'étude de la jurisprudence permet de dresser un tableau pour le moins contrasté.

Le législateur ne peut poser en principe le caractère laïc d'une entreprise en vertu duquel seraient prohibées les tenues ostensibles manifestant une appartenance religieuse. Il se heurterait au droit de propriété du chef d'entreprise et créerait ainsi le risque d'une atteinte disproportionnée à l'exercice de ce droit. Si un employeur veut tapisser son entreprise d'icônes religieuses, il paraît difficile de le lui interdire. Le droit du travail n'impose donc, a priori, nullement une référence au principe de laïcité.

Malgré cela, la référence au principe de laïcité est une constante jurisprudentielle. Pour reprendre l'interprétation qu'en donne le Conseil d'Etat, la Cour de cassation transpose dans l'ordre contractuel le principe de laïcité sous forme de neutralité du contrat, c'est-à-dire sa force obligatoire. Conformément à l'article 1134 du Code civil,

« les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Aussi, « s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public ¹⁵ ».

Encore une fois, l'invocation des grands principes permet d'atténuer singulièrement la portée de la liberté d'exercer sa religion. Tout d'abord, mettre l'accent sur le contrat présuppose que les parties sont en mesure de négocier sur un pied d'égalité, chose qui est tellement loin d'être évidente en matière de relations de travail que le législateur a consacré dans cette branche du droit un véritable droit de mentir au bénéfice du salarié lorsque l'employeur lui pose des questions sur sa vie privée lors de l'entretien d'embauche. Ensuite, la difficulté pour le législateur de faire respecter les règles par l'employeur l'a conduit à multiplier les textes répressifs. Ainsi, alors qu'il existe une réglementation très détaillée des toilettes et des lavabos dans le Code du travail qui témoigne de l'incapacité de se fier à la bonne foi des individus pour assurer la satisfaction des besoins les plus basiques, il faudrait néanmoins croire en la mystique salvatrice du contrat pour assurer le respect des droits fondamentaux des salariés. Enfin, mettre l'accent sur le contrat évite de s'interroger sur la légitimité du pouvoir de l'employeur lorsqu'il décide des périodes de congés de ses salariés : le salarié a des droits dont la réalisation dépend du bon vouloir de l'employeur. Placer le débat sur le terrain de la laïcité a pour seul avantage de ne pas remettre en cause ce pouvoir.

Ce pouvoir est tel qu'il peut influencer aussi bien sur la tenue que sur ce qui est stipulé dans le contrat. L'employeur peut exiger le respect de certaines contraintes vestimentaires à condition que celles-ci soient proportionnées au regard des tâches qu'accomplit le salarié puisque « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ¹⁶ ». Seule sera sanctionnée une décision fondée sur un motif discriminatoire. Pour apprécier ce motif, on rappellera ce qu'a déclaré le Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation : « une décision qui heurte trop le sens commun raisonnable n'est pas une décision réellement intelligible ¹⁷ ». La Haute juridiction chargée de contrôler l'application des règles de droit en vue d'une application uniforme sur le territoire de la République succombe elle aussi au pragmatisme au mépris de la mission qui lui est impartie.

Plus encore, même dans une situation où le contrat d'un salarié stipulait clairement qu'il quitterait son travail le vendredi midi, le refus par celui-ci d'une modification de ses horaires le contraignant à travailler le vendredi après-midi a été constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁸. Cet arrêt s'inscrit dans un courant jurisprudentiel qui contredit de façon flagrante le principe selon lequel les modifications du contrat par l'employeur ne peuvent intervenir que si elles ont été acceptées par le salarié et que faute pour le salarié de les avoir acceptées, le refus du salarié ne peut être qualifié de faute justifiant le licenciement. Dans ce cadre, la force obligatoire du contrat n'intervient que pour repousser les prétentions des individus. Elle se conjugue donc avec le principe de laïcité pour légitimer les atteintes à la liberté de manifester sa religion en dépit du texte qui n'admet comme restrictions que celles émanant du législateur¹⁹.

Cette assimilation fallacieuse de la restriction contractuelle à une restriction légitime trouve son prolongement dans les limites à la liberté de manifester sa religion au sein même de la sphère privée.

La liberté de manifester sa religion dans l'espace privé

La laïcité s'exprime souvent par l'idée que la neutralité des comportements dans l'espace public a pour corollaire le droit de chacun d'adopter la pratique religieuse qu'il souhaite dans sa vie privée à partir du moment où cela ne contrevient pas aux règles d'ordre public. Or, cette conception qui peut sembler évidente ne délimite nullement la sphère publique par opposition à la sphère privée. La question mérite d'être posée à partir du moment où les règles de copropriété que l'on a naturellement tendance à identifier comme régissant un espace privé en arrive à porter atteinte à la liberté de manifester sa religion.

Le problème est incompréhensible pour un Juif non-pratiquant et a fortiori pour un non-juif. C'est d'ailleurs pour cela que les professionnels de la dénonciation de l'antisémitisme l'ignorent complètement. Il repose sur le fait que le respect du chabbat implique, entre autres règles, l'interdiction d'enclencher une source d'énergie afin de laisser la nature se reposer. L'électricité peut être utilisée à condition d'avoir fait l'objet d'une programmation avant le début du chabbat. Dans ce cadre, l'installation de portes électriques sans serrure mécanique pour assurer la sécurité des immeubles aboutit au résultat suivant : le Juif pratiquant ne peut pas sortir de chez lui puisque l'ouverture de la porte nécessite qu'il appuie sur un interrupteur ; il ne peut bien évidemment programmer les horaires d'ou-

verture de la porte. Il est donc tributaire des allers et venues de ses voisins lorsqu'il souhaite se rendre à la synagogue.

Mais, rétorque l'individu lambda, il ne s'agit que d'appuyer sur un bouton. Là, surgit l'incompréhension. Appuyer sur ledit bouton revient à profaner le chabbat. Il y a ici consensus des autorités rabbiniques pour dénoncer le caractère transgressif de l'acte que le Juif pratiquant commettrait s'il cédait et appuyait sur le bouton. Les mêmes autorités ont estimé que certains systèmes de sécurité peuvent concilier les exigences de sécurité et la possibilité pour les Juifs pratiquants de respecter leur religion. Si l'on s'en tient à ces données, une approche pragmatique du problème devrait éviter que des individus voient leur liberté entravée.

Confrontés à une demande fondée sur la liberté de tout individu de pratiquer sa religion visant à obtenir la condamnation d'une société bailleresse à faire installer une serrure mécanique en marge du système électrique, les juges se sont encore une fois réfugiés derrière la célèbre neutralité contractuelle déjà évoquée en matière de relations de travail. Ainsi, « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique ²⁰ ». Et la Cour de cassation marque bien sa désapprobation à l'égard de ce type de contentieux en condamnant, chose exceptionnelle sur une question de droit aussi importante, les personnes qui avaient soulevé le problème à 1900 euros au titre des frais de procédure pour la partie adverse, frais qui s'ajoutent bien évidemment à ceux déjà engagés pour mener le procès jusque devant elle. Pour un litige qui, par définition, ne rapporte aucune contrepartie pécuniaire pour ceux qui l'engagent, la condamnation peut paraître extrêmement dissuasive.

Cette solution est critiquable d'un triple point de vue. De façon générale, il est fréquent pour les juges de pondérer la force obligatoire d'un contrat afin de tenir compte des droits fondamentaux de l'une des parties à l'acte. Déjà dans un contentieux relatif à l'exécution d'un contrat de bail, la Cour de cassation avait estimé que la clause d'un tel contrat restreignant le droit du preneur d'héberger, dans les lieux loués, des proches, autres que ses enfants – clause d'« habitation personnelle » – était contraire au respect du droit, reconnu par la Convention européenne, de mener une vie familiale ²¹. En invoquant un droit fondamental, un individu tente en effet de faire prévaloir son intérêt individuel qu'il dissimule sous le terme de protection de son droit sur la coopération des deux parties que requiert l'exécution de bonne foi. Autrement dit, le droit

fondamental représente une limite à la bonne foi. En toute logique, le contrat ne peut donc être l'instrument de la conciliation des droits fondamentaux.

De façon particulière, si on s'en tient à la solution rendue, les juges conseillent aux individus d'exposer clairement leurs convictions religieuses afin de les faire rentrer dans le champ contractuel. Cela ne manque pas d'étonner dans un pays où la crise du logement est telle que les locataires ne sont pas en mesure de négocier. Parler de contrat revient à faire abstraction des réalités afin d'invoquer un grand principe pour rejeter les demandes dissonantes.

Bien plus, même si l'individu a contractualisé sa pratique religieuse avec son bailleur ou mieux encore, est propriétaire de son appartement, il n'est nullement à l'abri d'une décision de copropriété qui voterait l'installation d'un tel système. La réforme du droit de la copropriété par la loi Solidarité, Renouvellement Urbain a, afin de favoriser la participation dans les assemblées de copropriétaires, modifié considérablement les règles de majorité lors du vote des travaux. Il est à présent parfaitement possible qu'une décision de travaux adoptée uniquement par une minorité de personnes présentes fasse office de loi pour tous les copropriétaires. Le Juif qui sera la plupart du temps en minorité ne peut même plus compter sur les règles de la démocratie pour le protéger. Une partie de la doctrine voit dans la jurisprudence actuelle concernant les portes fermées le chabbat pour les Juifs l'émergence d'une « laïcité contractuelle » que l'on pourrait définir comme la neutralisation des revendications religieuses par le biais du contrat. Cette formule, pour sympathique qu'elle soit, donne l'impression que les gens de bonne volonté peuvent toujours s'arranger. Cela est doublement paradoxal : la laïcité est un principe constitutionnel supérieur à la norme contractuelle et n'a fondamentalement pas grand-chose à voir avec la logique contractuelle ; la langue française utilise le verbe contracter pour désigner le fait d'attraper une maladie et non pour désigner systématiquement une chose voulue et acceptée.

A trop mettre l'accent sur la liberté et la négociation contractuelle, on oublie pour paraphraser Lacordaire dont la sentence illustre tous les manuels de droit, qu'entre la loi et le contrat, c'est la loi qui libère et le contrat qui asservit.

Conclusion

Parti du constat d'égalité apparente entre les citoyens indépendamment de leurs convictions religieuses, l'étude de la situation des Juifs en France a néanmoins révélé de sérieuses atteintes à la liberté de pratiquer sa religion.

On ne peut qu'être surpris et inquiet de constater que les plus hautes instances juridictionnelles, Cour de cassation et Conseil d'Etat, ont pour principes directeurs le pragmatisme et la volonté de ne pas choquer l'opinion commune. Il en découle une invocation de grands principes, laïcité et respect de la loi contractuelle, qui sert à délégitimer les revendications fondées sur l'exercice des droits et libertés fondamentaux.

Aucun statut n'est pour l'instant formalisé pour rendre compte de cette situation des Juifs pratiquants que nous avons esquissée mais une situation se crée et s'installe. On a beau déployer des trésors de rhétorique, il n'empêche que l'invocation des grands principes ne résiste pas à une condition pragmatiquement discriminatoire qui plonge cette population dans une zone d'arbitraire dans laquelle les droits de l'individu, pourtant énoncés, deviennent des privilèges dont la jouissance est l'effet de la seule tolérance. n

POST SCRIPTUM

La fin de la « laïcité ouverte »

Shmuel Trigano

L'article de Jacques Amar éclaire de façon très informée et structurée une situation pratique qui relève presque de l'ordre de l'indicible, tant elle se développe dans les interstices de la réalité, voire de la malséance, tant elle met à mal le consensus dominant. La lecture rapide d'un lecteur non renseigné pourrait tout aussi bien induire une mécompréhension radicale car l'idéologie dominante ne retiendrait de ce discours qu'une revendication irrecevable. L'évolution des mœurs et l'investissement idéologique du thème de la laïcité, depuis quinze ans, obscurcies par le langage indirect du politiquement correct, a complètement brouillé les données réelles de la situation.

Le lecteur informé de l'histoire des 50 dernières années resituerait au contraire dans la longue perspective de l'histoire de l'après-guerre