

Convictions religieuses et ajustements de la norme commune : raideur théorique et souplesse jurisprudentielle

Frédéric Dieu



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/295>

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 1 mai 2019

Pagination : 81-108

ISBN : 979-10-344-0045-4

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Frédéric Dieu, « Convictions religieuses et ajustements de la norme commune : raideur théorique et souplesse jurisprudentielle », *Revue du droit des religions* [En ligne], 7 | 2019, mis en ligne le 25 novembre 2019, consulté le 26 novembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/295>



La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

CONVICTIONS RELIGIEUSES ET AJUSTEMENTS DE LA NORME COMMUNE : RAIDEUR THÉORIQUE ET SOUPLESSE JURISPRUDENTIELLE

Frédéric DIEU

Maître des requêtes au Conseil d'État

RÉSUMÉ

Si les principes constitutionnels de laïcité et d'égalité semblent s'opposer à la notion d'accommodement telle que la connaît le droit canadien, un examen plus minutieux du droit français en vigueur fait apparaître d'assez nombreuses situations dans lesquelles il est dérogé à la norme commune en vue de satisfaire des demandes religieuses. La norme peut en effet prévoir elle-même des adaptations destinées à répondre à des exigences de ce type et de véritables dérogations ont par ailleurs progressivement été admises par la jurisprudence administrative.

ABSTRACT

While the constitutional principles of *laïcité* and equality seem to be opposed to the notion of accommodation as known in Canadian law, a closer examination of French law reveals quite a number of situations in which exceptions to the general rule are made in order to satisfy religious demands. The general rule may itself provide for adaptations to meet such requirements and real derogations have also gradually been accepted by administrative case law.

INTRODUCTION

Dans quelle mesure la norme commune peut-elle et doit-elle être ajustée ou adaptée dans le but de satisfaire des demandes religieuses individuelles? Plus précisément, dans quelle mesure peut-on et doit-on paralyser l'application de cette norme au motif qu'elle est incompatible avec une pratique religieuse individuelle?

Le droit français demeure jusqu'à présent imperméable à la notion canadienne d'accommodement raisonnable, en vertu de laquelle il doit être dérogé à la règle générale lorsque celle-ci est incompatible avec une pratique religieuse individuelle (du moins minoritaire) ou il doit être procédé à un aménagement de cette règle « en accordant un traitement différentiel à la personne pénalisée par son application¹ ». C'est que de solides principes constitutionnels semblent faire obstacle à son acclimatation dans notre droit.

Toutefois, un examen à la fois plus minutieux et plus large du droit en vigueur fait apparaître d'assez nombreuses situations dans lesquelles il est dérogé à la norme commune, norme commune que nous entendons par norme² générale et impersonnelle applicable au plus grand nombre et dans la plus grande partie du territoire national : ces dérogations peuvent consister en une absence d'application de la norme commune ou en une application partielle ou encore en une application spécifique, *ad hoc*. Ces dérogations ne sont certes pas les conséquences nécessaires d'un principe général d'accommodement raisonnable qui serait, dans notre ordre juridique, transversal. Cette notion demeure absente du droit français. Il n'en demeure pas moins qu'elles semblent en voie de développement et conduisent à nuancer et fragiliser les solides principes constitutionnels dont nous venons de faire état.

Le risque ultime est celui d'un effritement de la norme commune, d'une paralysie de son application consentie au bénéfice des plus puissants ou des mieux organisés et défendus, enfin de l'émiettement d'un système juridique occupé davantage à ne pas troubler des pratiques individuelles qu'à construire et garantir les règles du bien commun.

1. Cour suprême du Canada, 29 janv. 1985, n° 17328, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*; 12 avr. 2006, n° 30322, *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*.

2. Au sens générique de ce terme, à l'instar de l'acception donnée par la Cour européenne des droits de l'homme à la notion de loi lorsqu'il s'agit d'examiner si une ingérence dans une liberté reconnue par la Convention est reconnue par la loi.

1. LES AJUSTEMENTS DE LA NORME COMMUNE AUX CONVICTIONS RELIGIEUSES : UN REFUS DE PRINCIPE À PEINE TEMPÉRÉ PAR DES POSSIBILITÉS DE PRINCIPE

Un premier examen du droit français en vigueur et de la jurisprudence constitutionnelle et administrative (la jurisprudence judiciaire n'ayant que très rarement l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de la norme commune et des dérogations pouvant éventuellement y être apportées) fait apparaître un refus de principe d'autoriser des ajustements, des accommodements ou encore des adaptations à la norme commune en vue de satisfaire des demandes religieuses individuelles.

Deux principes essentiels, constitutifs de l'identité constitutionnelle de la France, semblent en effet s'y opposer : le principe constitutionnel de laïcité et le principe constitutionnel d'égalité. Cette opposition n'empêche certes pas la norme de prévoir elle-même la possibilité de satisfaire de telles demandes, mais alors il ne s'agit pas pour le juge d'autoriser des ajustements à cette norme, mais tout simplement de l'appliquer. Pour le reste, si, dans certains domaines, la jurisprudence a pu reconnaître la possibilité de déroger à la norme commune pour des motifs religieux, la mise en œuvre de cette possibilité est si parcimonieuse que cette possibilité reste largement théorique.

1.1. UN REFUS DE PRINCIPE QUI N'EXCLUT PAS L'EXISTENCE DE NORMES FAVORABLES À LA SATISFACTION DE CONVICTIONS RELIGIEUSES INDIVIDUELLES

1.1.1. LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU REFUS

Deux principes constitutionnels, qui sont d'ailleurs liés, semblent s'opposer à des ajustements, des accommodements ou encore des adaptations à la norme commune en vue de satisfaire des demandes religieuses individuelles.

Le premier principe est le principe constitutionnel de laïcité. On sait que, dans sa décision QPC du 21 février 2013 (pt 5), le Conseil constitutionnel l'a pour la première fois défini et en a énoncé les différentes composantes. Fondant ce principe sur l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 1^{er} de la Constitution, il juge « que le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose

notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte ».

Parmi ces composantes figure donc la neutralité de l'État, c'est-à-dire (car la terminologie est générique et est à la fois organique, normative et matérielle) la neutralité de la loi de l'État, donc la neutralité de l'ensemble des normes générales et impersonnelles (qu'elles soient législatives ou réglementaires) et la neutralité de l'ensemble des personnes publiques et des services publics. Car, en France, l'État et donc l'ensemble des personnes publiques agissent très largement par leurs services publics, qu'ils les assurent eux-mêmes ou en délèguent la gestion, qui en sont autant de démembrements, d'incarnations et de visages.

Le caractère laïque du service public signifie simplement qu'il est dépourvu de toute marque, influence ou préférence religieuse ainsi que de toute discrimination et de tout jugement religieux. Autrement dit, le service public ne doit ni manifester, ni avantager ni désavantager une quelconque religion. Il se tient en principe dans une ignorance religieuse volontaire. Il œuvre dans un silence religieux qui doit être gardé par celui qui délivre le service, quand bien même celui qui en bénéficie ne le garderait pas.

C'est pourquoi la neutralité, en particulier religieuse, de l'État résultant de l'article 1^{er} de la Constitution s'étend aux agents des services publics et, en vertu de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905, aux bâtiments publics qui sont le siège de ces services. La neutralité religieuse de l'État signifie donc que celui-ci n'a pas de religion (ce que traduit cet article 28), qu'il traite de manière égale toutes les religions et ne prend le parti d'aucune et qu'il n'adapte pas ses prestations en fonction des exigences et revendications religieuses de certaines catégories de la population.

Ce dernier point est, à l'égard du sujet qui nous occupe, essentiel : affirmant ce principe de non-adaptation des prestations publiques en fonction des exigences et revendications religieuses de certaines catégories de la population, le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe que l'article 1^{er} de la Constitution affirmant que la France est une République laïque interdit à « quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers » (pt 18).

Il y a là un premier obstacle, solennel, marmoréen, à tout ajustement de la norme commune en vue de satisfaire des demandes religieuses particulières,

que ces demandes soient purement individuelles ou émanent d'une ou plusieurs communautés religieuses.

Le second obstacle réside dans le principe constitutionnel d'égalité qui implique également, comme le principe constitutionnel de laïcité, la neutralité du service public. Le principe de neutralité du service public est en effet le corollaire du principe constitutionnel d'égalité devant le service public qui régit le fonctionnement des services publics et implique l'égal accès des usagers au service³ ainsi que leur égal traitement. Bien qu'il rejoigne le principe constitutionnel de laïcité dans certaines de ses conséquences et manifestations, le principe jurisprudentiel de neutralité du service public a ainsi été consacré de façon autonome par le Conseil constitutionnel et n'est d'ailleurs pas circonscrit au champ religieux puisqu'il s'applique aussi aux champs philosophique et politique⁴.

En vertu d'une jurisprudence constitutionnelle constante, le principe constitutionnel d'égalité à ceci de particulier, par rapport aux principes européens analogues, que s'il « impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes⁵ ». La jurisprudence administrative est sur ce point tout aussi constante⁶.

Le principe constitutionnel d'égalité ne voit donc aucun inconvénient dans le fait de soumettre à une même norme, à la même norme commune, des personnes se trouvant dans des situations différentes et exprimant des revendications, notamment religieuses, différentes. Cela constitue un obstacle de principe à la transposition en droit français de la notion canadienne d'accommodement raisonnable en vertu de laquelle l'État doit (et non seulement peut, comme dans notre droit) traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes: en effet « les traiter à l'identique créerait un désavantage au détriment de l'une d'elles en raison des caractéristiques

3. CE, ass., 1^{er} avr. 1938, *Société L'Alcool dénaturé de Coubert et Legrand: Lebon*, p. 337.

4. Cons. const., 18 oct. 2012, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres: célébration du mariage – absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil*.

5. Cons. const., 29 déc. 2003, n° 2003-489 DC, pt 37; 28 sept. 2006, n° 2006-541 DC, pt 9; 6 août 2006, n° 2010-24 QPC, pt 5.

6. CE, ass., 28 mars 1997, n° 179049, *Société Baxter et autres*; 20 avr. 2005, n° 264348 et n° 266572, *Syndicat national des entreprises artistiques et autres et Union des familles en Europe*; 12 mai 2010, n° 328162, *Union des jeunes chirurgiens-dentistes - Union dentaire et autres*.

personnelles qui lui sont propres⁷ », le même auteur voyant là une « égalité concrète » et non plus formelle (comme l'est celle du principe constitutionnel français) en vertu de laquelle « un traitement différentiel est nécessaire pour garantir les droits de toutes les personnes quels que soient leurs religions, leurs nationalités, leurs handicaps ou encore leurs orientations sexuelles ».

Mais c'est précisément à une telle obligation de traitement différentiel ou différencié que s'oppose le principe constitutionnel d'égalité, avant tout soucieux de faire prévaloir la norme commune sur les revendications particulières. Il y a là, probablement, un legs de l'Histoire : en France, l'État a construit la nation et il a dû, pour ce faire, imposer « d'en haut » la norme centrale et exiger son application uniforme dans les différents territoires qu'il s'agissait de rassembler et d'unifier sous son autorité.

L'obstacle ainsi mis au développement d'ajustements à la norme commune en vue de satisfaire des demandes religieuses individuelles est d'autant plus haut et principal que les principes constitutionnels de laïcité et d'égalité font très probablement partie de cette identité constitutionnelle de la France qui n'est pas soluble dans le droit européen.

Dans le cadre du contrôle auquel il se livre sur la loi de transposition d'une directive communautaire, le Conseil constitutionnel, allant à l'encontre de la jurisprudence classique de la Cour de justice des Communautés européennes sur ce point, s'est en effet autorisé à instaurer des limites à l'obligation faite à l'État membre français de transposer une directive. Dans un premier temps, en 2004, il les a trouvées dans la contrariété de la loi de transposition avec « une disposition expresse contraire de la Constitution » (n° 2004-496 DC, pt 7), même quand la mesure en cause était la conséquence nécessaire d'une disposition inconditionnelle et précise de la directive. Aménageant cette jurisprudence en 2006, il a réduit le terme de la contradiction aux « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » (n° 2006-540 DC, pt 20). Se posant la question de la substance de cette identité, la doctrine a estimé que pourrait y figurer au moins le principe de laïcité⁸. Il en irait probablement de même du principe constitutionnel d'égalité, eu égard à sa spécificité par rapport aux principes européens analogues.

7. B. BOSSU, « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *JCP S* 2018, n° 1192.

8. A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *Cah. Cons. const.*, hors-série, 2009, p. 63.

1.1.2. DES FONDEMENTS COMPATIBLES AVEC L'EXISTENCE DE NORMES FAVORABLES À LA SATISFACTION DE CONVICTIONS RELIGIEUSES INDIVIDUELLES

Bien entendu, ces principes solennels n'interdisent pas à la norme nationale de prévoir elle-même la possibilité de satisfaire des demandes religieuses individuelles, mais alors il ne s'agit pas pour le juge d'autoriser des ajustements à cette norme, mais tout simplement d'appliquer la norme qui les autorise elle-même. Autrement dit, il s'agit alors pour le juge, comme il le fait généralement, d'appliquer une norme commune qui contraint l'Administration à satisfaire des demandes religieuses individuelles ou du moins lui donne la possibilité de le faire.

Une telle obligation existe en particulier au sein des services publics dits « fermés », c'est-à-dire des services publics qui exigent de l'utilisateur un séjour plus ou moins contraint. L'obligation de faciliter l'exercice du culte dans les services publics fermés se manifeste notamment dans l'obligation de fournir à leurs usagers des menus compatibles avec les prescriptions religieuses de leurs cultes.

Ainsi, l'administration pénitentiaire n'est certes pas tenue de garantir aux personnes détenues, en toutes circonstances, une alimentation respectant leurs convictions religieuses. Toutefois, elle doit permettre, dans toute la mesure du possible eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion des établissements pénitentiaires et dans le respect de l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre de ces établissements, l'observance des prescriptions alimentaires résultant des croyances et pratiques religieuses des personnes détenues⁹.

Dans cette décision, le Conseil d'État a confirmé l'arrêt d'une cour administrative d'appel qui, appréciant l'ensemble des conditions dans lesquelles l'offre journalière de menus est organisée dans un établissement pénitentiaire, avait relevé, d'une part, que l'Administration avait fourni à l'ensemble des personnes détenues des menus sans porc ainsi que des menus végétariens, d'autre part, que les personnes détenues pouvaient demander à bénéficier, à l'occasion des principales fêtes religieuses, de menus conformes aux prescriptions de leur religion et, enfin, que le système de la cantine permettait d'acquérir, en complément des menus disponibles, des aliments ou préparations contenant des viandes « halal ».

9. CE, 10 févr. 2016, n° 385929, *M. Khadar*.

Selon le Conseil d'État, le juge du fond a ainsi pris en compte, avec raison, non seulement la circonstance que les personnes détenues de confession musulmane ne sont pas exposées au risque de devoir consommer des aliments prohibés par leur religion, mais aussi le fait que l'Administration fait en sorte qu'elles puissent, dans une certaine mesure, consommer une alimentation conforme aux prescriptions de leur religion.

C'est bien une obligation de moyens renforcée qui pèse ainsi sur l'administration pénitentiaire. Toutefois, cette obligation d'adaptation de ses « prestations alimentaires » résulte de la norme commune elle-même : le Conseil d'État la fonde en effet sur les dispositions de l'article 26 de la loi du 24 novembre 2009 pénitentiaire¹⁰ et du premier alinéa de l'article 9 du règlement-type des établissements pénitentiaires annexé à l'article R. 57-6-18 du Code de procédure pénale, relatif à l'alimentation des personnes détenues¹¹.

L'on peut penser qu'une obligation similaire pèse sur l'administration hospitalière. Le Code de la santé publique impose en effet à l'Administration de mettre les patients hospitalisés en mesure de participer à l'exercice de leur culte en leur permettant notamment de recevoir la visite du ministre du culte de leur choix (CSP, art. R. 1112-46).

En l'absence de texte ou de jurisprudence établie relative à l'alimentation des personnes hospitalisées, on peut soutenir, par analogie avec ce qui a été jugé pour les personnes détenues, que les établissements de santé ne sont pas tenus de garantir aux personnes hospitalisées, en toutes circonstances, une alimentation respectant leurs convictions religieuses. En revanche, il leur incombe de permettre l'observance des prescriptions alimentaires résultant des croyances et pratiques religieuses, dans toute la mesure du possible, eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements et au respect des règles d'hygiène.

En pratique, cela signifie que les hôpitaux devraient en principe proposer des « menus de substitution » ne contenant pas de porc, voire des menus végétariens. En revanche, les hôpitaux ne sont pas tenus de délivrer des

10. « Les personnes détenues ont droit à la liberté d'opinion, de conscience et de religion. Elles peuvent exercer le culte de leur choix, selon les conditions adaptées à l'organisation des lieux, sans autres limites que celles imposées par la sécurité et le bon ordre de l'établissement. »

11. « Chaque personne détenue reçoit une alimentation variée, bien préparée et présentée, répondant tant en ce qui concerne la qualité que la quantité aux règles de la diététique et de l'hygiène, compte tenu de son âge, de son état de santé, de la nature de son travail et, dans toute la mesure du possible, de ses convictions philosophiques ou religieuses. »

aliments certifiés casher ou halal, même si rien n'interdit qu'ils le fassent lorsque leurs moyens financiers, matériels et organisationnels le permettent.

Quoi qu'il en soit, là encore, il ne s'agit pas de soustraire une personne, au nom de ses convictions religieuses, à l'application de la norme commune, mais de donner une interprétation large et « généreuse » à cette norme elle-même.

1.2. UN REFUS À PEINE TEMPÉRÉ PAR DES POSSIBILITÉS DE PRINCIPE

1.2.1. LES REFUS PURS ET SIMPLES D'ACCOMMODEMENTS

Les refus purs et simples d'accommodements ou d'ajustements de la norme commune sont nombreux. L'on peut, suivant un ordre chronologique jurisprudentiel, en mentionner trois.

Le premier concerne l'établissement de documents d'identité. En matière d'établissement des cartes nationales d'identité, le Conseil d'État a ainsi fait prévaloir le bon fonctionnement du service de l'état civil sur les exigences religieuses des usagers. Il a d'abord retenu que les dispositions de la circulaire du ministre chargé des transports en date du 6 décembre 2005 prescrivant que les photographies d'identité requises pour la délivrance d'un permis de conduire représentent le demandeur tête nue, qui visaient à limiter les risques de fraude ou de falsification, n'étaient ni inadaptées ni disproportionnées par rapport à cet objectif. Et, compte tenu du caractère ponctuel de l'obligation de se découvrir pour prendre ces photographies, il a jugé que l'atteinte que pouvaient porter ces dispositions aux exigences et aux rites de la religion sikhe imposant le port continuuel d'un turban n'était pas non plus disproportionnée au regard du même objectif et n'impliquait pas un traitement des personnes de confession sikhe différent de celui des autres demandeurs¹².

Le deuxième exemple concerne la prohibition du port, par les élèves des établissements publics de l'enseignement primaire ou secondaire, « de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse » (C. éducat., art. L. 141-5-1 issu de la loi du 15 mars 2004). Le Conseil d'État a jugé qu'il résultait de ces dispositions que, si les élèves des écoles, collèges et lycées publics peuvent porter des signes religieux discrets, sont en revanche interdits non seulement les signes ou tenues, tels notamment un voile ou un foulard islamique, une kippa ou une grande croix, dont le port, par lui-même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse, mais aussi les signes ou tenues dont le port ne manifeste ostensiblement

12. CE, 15 déc. 2006, n° 289946, *Association United Sikhs*.

une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de l'élève¹³. Le Conseil d'État, donnant une interprétation particulièrement large de l'interdiction posée par la loi, a ainsi refusé d'autoriser le port de signes religieux « de substitution » (en l'espèce, le bandana à la place du foulard pour une élève de religion musulmane) ou encore, pourrait-on dire, le port de signes religieux « par destination » (comme il y a des armes par destination), alors qu'il aurait pu s'agir là d'un possible accommodement à la norme commune posée par la loi du 15 mars 2004.

La rigueur de la jurisprudence nationale contraste à cet égard avec la souplesse de certaines jurisprudences européennes. Le port du « burkini » a ainsi été présenté, voire encouragé, par certaines juridictions européennes en tant qu'il constitue une alternative (un accommodement raisonnable) au refus pur et simple de l'Administration de tenir compte des demandes d'autorisation d'absence à motif religieux présentées par des élèves de l'enseignement public. C'est d'abord la Cour administrative fédérale d'Allemagne qui a rejeté le recours d'une élève de confession musulmane demandant à être dispensée de cours de natation pour des raisons religieuses en relevant que le port d'une tenue de bain appelée « maillot de bain islamique » ou burkini permettrait à cette élève de concilier ses obligations scolaires et ses croyances religieuses et de participer aux cours mixtes¹⁴. Ainsi, le burkini permet, d'après le juge administratif allemand, de concilier pratiques sportive et religieuse. Il n'est donc pas nécessaire d'exempter les élèves musulmans de leur obligation d'assiduité au cours de natation au motif que la tenue de bain n'est pas compatible avec les exigences de leur foi.

C'est ensuite la Cour européenne des droits de l'homme qui a confirmé le refus d'une demande identique présentée par des personnes résidant en Suisse en relevant que les autorités de ce pays avaient proposé que la jeune fille concernée porte un burkini pendant le cours de natation mixte¹⁵. Là encore, le port de cette tenue à connotation religieuse constituait visiblement un accommodement raisonnable dont le refus par l'élève justifiait la sanction qui lui a été infligée.

La question pourrait donc se poser de savoir si une telle tenue pourrait être tolérée, à titre de compromis ou d'accommodement raisonnable (ce qui d'ailleurs pourrait conduire le juge administratif français, qui s'y est jusqu'à

13. CE, 5 déc. 2007, n° 295671, *M. et M^{me} Ghazal*.

14. 11 sept. 2013, BVerwG 6 C 25.12.

15. 10 janv. 2017, n° 29086/12, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*.

présent refusé, à faire application de cette notion), pour les élèves de confession musulmane des écoles publiques dans le cadre des cours obligatoires de natation, ce malgré l'interdiction posée par l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation. Cependant, la rigueur de la jurisprudence *M. et M^{me} Ghazal*¹⁶ rend peu probable la consécration d'une telle tolérance.

Le troisième exemple concerne les soins hospitaliers.

Dans le cadre du service public hospitalier, le juge administratif s'est en effet attaché à limiter l'application des principes de libre choix du praticien (CSP, art. L. 1110-8) et de consentement aux soins (CSP, art. L. 1111-4) lorsque ces principes sont invoqués pour un motif religieux.

La cour administrative d'appel de Paris a ainsi jugé que le principe de libre choix du praticien ne donne à l'usager qu'est le patient ni le droit de s'opposer à ce qu'un membre de l'équipe de soins procède à un acte pour des motifs liés à son sexe ou à sa religion supposée, ni le droit d'exiger d'être pris en charge par un médecin déterminé¹⁷.

Confronté par ailleurs à une invocation du principe de consentement aux soins motivée par des raisons religieuses, le Conseil d'État a jugé légale la réalisation par un praticien hospitalier d'actes médicaux nécessaires à la préservation de la vie du patient, alors même que ce dernier s'y opposait. Le Conseil d'État a jugé à cet égard que si l'obligation pour le médecin de sauver la vie ne prévaut pas de manière générale sur celle de respecter la volonté du malade, ne commet pas de faute de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier le médecin qui, quelle que soit son obligation de respecter la volonté de son patient fondée sur ses convictions religieuses, a choisi, compte tenu de la situation extrême dans laquelle celui-ci se trouvait, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état¹⁸.

Le juge des référés du Conseil d'État a jugé de même que les médecins n'ont pas porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale du patient de consentir à un traitement médical, lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils ont accompli, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état¹⁹.

16. CE, 5 déc. 2007, précit.

17. CAA Paris, 27 mai 2013, n° 12PA01842, *Goyon*.

18. CE, ass., 26 oct. 2000, n° 198546, *M^{me} Senanayake*.

19. CE, ord. réf., 16 août 2002, n° 249552, *Consorts Feuillatey*.

Enfin, comment ne pas mentionner ici la rigueur de la jurisprudence administrative relative aux refus d'acquisition de la nationalité française qui, par le jeu de la condition d'assimilation, pose comme condition d'accession à la nationalité française le respect des valeurs essentielles de la société française et estime non remplie cette condition lorsqu'elle est confrontée à des comportements motivés par des convictions religieuses individuelles qui lui semblent contraires à ces valeurs et donc à la norme nationale commune²⁰ ?

Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'était légal le retrait de la nationalité française prononcé à l'encontre d'une conjointe de ressortissant français qui avait refusé, lors de la cérémonie d'accueil dans la nationalité française organisée à la préfecture de l'Isère, « de serrer la main du secrétaire général de la préfecture ainsi que celle d'un élu d'une commune du département venus l'accueillir », justifiant par la suite ce refus par des raisons religieuses en faisant valoir que l'islam interdit aux femmes de serrer la main aux hommes²¹. Le Conseil d'État a en particulier jugé que le décret attaqué, qui décidait ce retrait, n'avait « ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la liberté religieuse de l'intéressée ».

Là encore, confronté à un comportement « pacifique » motivé par des convictions religieuses personnelles, c'est bien la norme commune, et même la substance de cette norme commune que constituent les valeurs essentielles de la société française, qu'a fait prévaloir le juge administratif.

1.2.2. DES POSSIBILITÉS DE PRINCIPE RAREMENT MISES EN ŒUVRE

Les autorisations d'absence qui peuvent, pour des motifs religieux, être consenties à des agents publics ou à des usagers du service public constituent probablement l'un des meilleurs exemples des dérogations à la norme commune qui peuvent en principe être autorisées. Toutefois, si la possibilité de principe de ces dérogations est clairement affirmée par la jurisprudence, la même jurisprudence s'attache également, et prioritairement, à faire prévaloir le nécessaire respect du bon fonctionnement du service, lequel est finalement la manifestation concrète de la norme commune.

20. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre étude : « Pratiques religieuses et acquisition de la nationalité française : la sanction par le juge administratif du refus de prendre part à la cohésion nationale », in F. FABERON (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 443-454.

21. CE, 11 avr. 2018, n° 412462, M^{me} Bekadi.

En principe, il est toujours possible à un agent public de solliciter une autorisation d'absence afin de participer à une cérémonie religieuse ou plus généralement de satisfaire à un devoir religieux. Le juge administratif a, à plusieurs reprises, annulé les textes et décisions qui restreignaient cette possibilité en la confinant à certaines fêtes. Il a ainsi annulé une circulaire précisant que les autorisations d'absence en cause ne pouvaient concerner que « les seules religions pour lesquelles la fonction publique assure une publication annuelle », retenant qu'il appartient toujours au chef de service « d'apprécier au cas par cas si l'octroi d'une autorisation d'absence sollicitée par un agent pour participer à une fête autre que l'une des fêtes religieuses légales est compatible avec les nécessités du fonctionnement normal du service²² ».

Il a également, et bien entendu, annulé la décision par laquelle l'Administration avait répondu à un fonctionnaire de police qui sollicitait chaque année l'autorisation de s'absenter pour les fêtes du mouvement raëlien auquel il appartenait que les autorisations d'absence ne pouvaient être accordées que pour la pratique des cultes arménien, musulman et juif²³.

Malgré cela, en matière de demandes d'autorisations d'absence pour motif religieux, la jurisprudence administrative est stricte. Dans une décision du 16 décembre 1992²⁴, le Conseil d'État a ainsi jugé légale la révocation d'une standardiste d'un hôpital qui refusait de travailler le samedi en invoquant son appartenance à l'Église adventiste du septième jour. De même, le juge des référés du Conseil d'État a estimé que ne portait pas d'atteinte manifestement illégale à la liberté de religion le refus opposé à un agent, gardien d'immeuble, de s'absenter pour lui permettre de fréquenter un lieu de culte à des horaires (tous les vendredis après-midi) auxquels sa présence était nécessaire au fonctionnement normal du service²⁵. La Commission européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs adopté la même solution à propos d'un instituteur musulman demandant une autorisation d'absence pour aller prier à la mosquée le vendredi à l'heure des classes²⁶.

S'agissant des usagers du service public, le Conseil d'État a jugé que les dispositions réglementaires relatives à l'obligation d'assiduité des élèves des établissements publics primaires et secondaires d'enseignement n'avaient pas

22. CE, 26 oct. 2012, n° 346648, *M. Lliboutry*. V. aussi, retenant une solution identique, 12 févr. 1997, n° 125893, *M^{lle} Henny*.

23. CAA Paris, 22 mars 2001, n° 99PA02621, *M. Crouzat*.

24. CE, 16 déc. 1992, n° 96459, *M^{me} Gilot*.

25. CE, ord. réf., 16 févr. 2004, n° 264314, *M. Benaïssa*.

26. Comm. EDH, déc. 12 mars 1981, n° 8160/78, *X c. Royaume-Uni*.

pour objet et ne pouvaient avoir légalement 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 ou à la célébration d'une fête religieuse dans le cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement²⁷ ». En l'espèce, le Conseil d'État a toutefois jugé légal le refus d'inscription d'un élève qui demandait une dérogation systématique à l'obligation de présence le samedi alors que l'emploi du temps comportait un nombre important de cours et de contrôles le samedi matin. Le Conseil d'État a également été confronté à des demandes de report d'audience présentées par des médecins devant comparaître devant la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins²⁸. Les solutions retenues dans ces deux affaires confirment le souci du juge administratif de ne pas fragiliser le bon fonctionnement du service en donnant trop facilement satisfaction aux exigences religieuses des usagers.

Dans la première affaire, c'est le caractère tardif et dilatoire de la demande, dont il a été relevé qu'elle « avait pour seul but de différer l'examen de l'affaire et l'exécution de la sanction disciplinaire éventuellement encourue », qui a justifié le refus de l'autorisation d'absence.

Dans la seconde affaire, le Conseil d'État a plus explicitement et strictement imposé la continuité du service public de la justice comme limite à l'octroi d'une autorisation d'absence, en jugeant que :

« compte tenu des obligations professionnelles des médecins composant la juridiction ordinale, qui rendent très difficile la tenue de ses audiences un autre jour que le dimanche et faute pour le requérant d'avoir justifié de circonstances particulières démontrant qu'une telle pratique aurait conduit à le priver du droit de manifester sa religion, le conseil de l'ordre en siégeant un dimanche, n'a pas rendu sa décision en méconnaissance des stipulations de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

On le voit, le droit à l'autorisation d'absence pour motif religieux des usagers du service public de la justice reste assez théorique. Mais sur ce point, la jurisprudence européenne rejoint la jurisprudence française²⁹.

27. CE, ass., 14 avr. 1995, n° 157653, *Koen*.

28. CE, 24 janv. 2001, n° 192129, *M. Bensabat* ; 23 févr. 2000, n° 198931, *M. Exposito*.

29. CEDH, 3 avr. 2012, n° 28790/08, *Francesco Sessa c. Italie* : refus de la demande de report d'audience présentée par un avocat de confession juive jugé conforme à l'article 9 de la Convention.

La même possibilité de principe, suivie d'une interdiction d'espèce, a été affirmée à l'égard des occupants du domaine public que sont les concessionnaires d'emplacements de vente sur des marchés.

Le Conseil d'État a en effet jugé en principe

« qu'un texte réglementaire fixant les jours et heures d'ouverture d'un marché ne saurait, même s'il ne prévoit aucune possibilité expresse de dérogation, avoir pour objet ni avoir légalement pour effet d'interdire à des titulaires d'emplacements de vente qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations de fermeture nécessaires au respect d'une pratique religieuse ou à l'exercice d'un culte, dans la mesure où ces dérogations sont compatibles avec le bon fonctionnement du marché, notamment au regard de l'objectif de continuité de ce fonctionnement ».

Toutefois, dans l'espèce qui lui était soumise, il a jugé fondé le refus de l'autorisation d'absence au motif « qu'une réponse favorable aux demandes de dérogation [...] aurait entraîné la fermeture, pour tous les samedis de l'année et pour toute la journée, de plus d'un tiers des emplacements de vente alors en activité au sein du marché Riquet et aurait, ainsi, porté une atteinte excessive au bon fonctionnement de ce marché³⁰ ».

2. UNE RÉALITÉ PLUS NUANCÉE (ET PLUS RÉTIVE À LA CONCEPTUALISATION)

Ayant souligné la solennité et la rigueur des principes et des décisions s'opposant à tout ajustement de la norme commune en vue de satisfaire des revendications religieuses individuelles, nous devons, dans un second temps, tempérer assez considérablement cette opposition, car la réalité et l'évolution de notre droit sont plus nuancées.

C'est d'abord, en effet, l'obligation de neutralité religieuse de l'État issue du principe constitutionnel de laïcité et de la loi du 9 décembre 1905 qui doit être nuancée en ce que son affirmation s'accommode de dérogations ou d'exceptions historiques et géographiques qui sont sinon importantes, du moins de nature à brouiller et affaiblir l'idée d'un droit uniforme faisant

30. CE, 23 déc. 2011, n° 323309, *M. Halfon et autres*. Nous renvoyons sur ce point à notre note sous cette décision : « Quand le centre absorbe la périphérie : l'assimilation des occupants du domaine public aux agents publics en matière d'autorisation d'absence pour motif religieux », *JCP A* 2012, n° 2281.

toujours prévaloir sur les revendications individuelles ses normes générales et impersonnelles.

Force est ensuite de constater que, de plus en plus, des jurisprudences et des pratiques administratives tendent à autoriser des dérogations à l'application de la norme commune en vue de satisfaire des demandes particulières à motif, parfois, religieux.

Il est probable que cette tendance, avec le temps, s'accusera davantage : l'un des moteurs les plus puissants de cette évolution est probablement la diversification et la différenciation croissantes des régimes territoriaux au sein de l'ensemble de la République. De plus en plus de collectivités territoriales, plus seulement en outre-mer (songeons à la Corse et, bientôt, à l'Alsace), bénéficient en effet d'un statut dérogatoire au statut de droit commun. Cette différenciation est elle-même porteuse d'une différenciation des normes applicables aux personnes selon leur territoire de résidence. Et, d'une certaine manière, ce qu'on accorde ainsi à des territoires particuliers, il sera de plus en plus difficile de le refuser à des individus particuliers.

2.1. DES ACCOMMODEMENTS AU PRINCIPE DE LAÏCITÉ À CARACTÈRE HISTORIQUE ET GÉOGRAPHIQUE

2.1.1. UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LAÏCITÉ QUI CONNAÎT DES ÉCLIPSES GÉOGRAPHIQUES

Selon le Conseil constitutionnel :

« [...] il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1^{er} que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, qu'en proclamant que la France est une "République... laïque", la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte³¹ ».

Par ce recours à la volonté du pouvoir constituant, plus exactement par ce recours à la Constitution (recours d'ailleurs étrange, car, *a priori*, la Constitution, qui est le texte et non son rédacteur, ne peut elle-même avoir de volonté), le Conseil constitutionnel a conforté l'existence, en Alsace-Moselle et en Guyane

31. Décision précitée n° 2012-297 QPC du 21 février 2013 (à propos de l'Alsace et de la Moselle) et décision n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017 (à propos de la Guyane).

et plus largement dans les territoires de la République non soumis à l'application de la loi du 9 décembre 1905³², d'exceptions au principe constitutionnel de laïcité, du moins d'exceptions à certaines de ses composantes, à savoir *essentiellement* la non-reconnaissance (puisqu'il existe parfois un service public des cultes) et le non-salariat des cultes (puisque les ministres du culte sont parfois rémunérés par l'État ou le département), lesquels font partie du bloc de laïcité constitutionnelle. Essentiellement, car l'on peut également considérer que les régimes des cultes de ces territoires dérogent à une troisième composante du principe constitutionnel de laïcité qui est le principe d'égalité devant la loi sans distinction de religion : en effet, l'État y opère une distinction entre les cultes reconnus et les autres cultes.

En intégrant la non-reconnaissance et le non-salariat dans le principe constitutionnel de laïcité, le Conseil constitutionnel affirme que ce principe pourtant constitutionnel ne s'applique pas, pas entièrement du moins, dans certains territoires de la République et reconnaît l'existence d'exceptions territoriales à ce principe, d'« îlots de non-laïcité ».

Il y a là, indéniablement, la reconnaissance de dérogations à la norme commune que constitue le principe constitutionnel de laïcité, reconnaissance dont l'extension géographique a des motifs historiques : les décisions du Conseil constitutionnel de 2013 et 2017 sont presque tout entières fondées sur la réception d'un legs de l'Histoire et sur la prise en compte d'une volonté politique de maintenir un régime des cultes dérogatoire au régime de droit commun issu de la loi de 1905.

2.1.2. LES LIBERTÉS PRISES PAR LE JUGE VIS-À-VIS DE LA LAÏCITÉ LÉGISLATIVE

Les subtiles décisions du Conseil d'État relatives aux crèches de Noël offrent par ailleurs l'exemple d'une jurisprudence qui a pris quelques libertés avec la loi du 9 décembre 1905 et confère indéniablement à la religion catholique un sort dérogatoire, et avantageux, par rapport à celui des autres religions, là encore au nom du legs de l'Histoire. Il n'y a là rien de choquant, mais il s'agit tout de même d'une certaine adaptation, d'un certain tempérament apportés à la norme commune³³ qu'est la loi de 1905 afin de tenir compte de la place particulière de la religion catholique dans notre pays.

32. Dans ces territoires (Guyane, Mayotte, Polynésie française, Wallis-et-Futuna, Nouvelle-Calédonie, Saint-Pierre-et-Miquelon, Terres australes et antarctiques françaises) s'applique un régime issu des décrets dits « Mandel » des 16 janvier et 6 décembre 1939 qui confèrent un poids prépondérant au culte catholique.

33. Du moins commune dans les territoires où elle s'applique !

Longtemps écartées de tout contentieux, les dispositions de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 ont en effet été tirées de l'oubli par les libres penseurs qui y ont vu le terrain le plus solide pour s'opposer à la manifestation, par les collectivités publiques, si ce n'est d'une appartenance du moins d'une empreinte religieuse. Selon ces dispositions, dont il résulte des termes mêmes qu'elles ne valent que pour l'avenir : « Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires ainsi que des musées ou expositions. » L'apposition d'un emblème religieux sur un bâtiment public (que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur du bâtiment) n'est donc plus possible en France depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 1905, ainsi que l'avait déjà jugé une cour administrative d'appel³⁴.

Dans ses décisions d'Assemblée relatives aux crèches de Noël installées dans leurs locaux par une commune et un département, le Conseil d'État, s'appuyant sur les dispositions de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905, a distingué les bâtiments publics qui sont le siège des collectivités publiques et des services publics des autres emplacements publics³⁵.

Pour les premiers existe une présomption de non-conformité à ces dispositions : « Dans l'enceinte des bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public, le fait pour une personne publique de procéder à l'installation d'une crèche de Noël ne peut, en l'absence de circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif, être regardé comme conforme aux exigences qui découlent du principe de neutralité des personnes publiques. » Pour les seconds, c'est en revanche une présomption de conformité à ces mêmes dispositions qui est affirmée : « À l'inverse, dans les autres emplacements publics, eu égard au caractère festif des installations liées aux fêtes de fin d'année notamment sur la voie publique, l'installation à cette occasion et durant cette période d'une crèche de Noël par une personne publique est possible, dès lors qu'elle ne constitue pas un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse. »

34. CAA Nantes, 4 févr. 1999, n° 98NT00207, *Association civique de Joué-Languiers et autres* : apposition d'un crucifix dans la salle du conseil municipal et de célébration des mariages jugée illégale, car datant de 1945 et donc postérieure à 1905.

35. CE, ass., 9 nov. 2016, n° 395122, *Commune de Melun c. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne* et n° 395223, *Fédération de la libre pensée de Vendée*.

Les solutions contrastées retenues par le juge montrent qu'il n'existe pas, s'agissant des bâtiments et emplacements publics, d'obligation absolue de neutralité religieuse. En effet, outre que les bâtiments (généralement dédiés au culte catholique) édifiés avant la loi de 1905 peuvent, en vertu des dispositions mêmes de l'article 28 de cette loi, conserver leurs signes et emblèmes religieux, un sort différent a été réservé à la crèche de Noël de la commune de Melun, jugée par le Conseil d'État contraire à cet article « en l'absence de circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif » et à la crèche de Noël du conseil général de Vendée, jugée par la cour administrative d'appel de Nantes conforme à ce même article en raison de la récurrence de son installation (depuis 1990), de l'absence de tout prosélytisme religieux et de son caractère d'usage culturel local et de tradition festive³⁶.

Malgré l'annulation de plusieurs décisions d'installation de crèches de Noël³⁷, la possibilité ainsi accordée au culte catholique et plus largement chrétien de bénéficier d'exemptions à l'application de la norme commune de l'article 28 de la loi de 1905 n'est pas seulement théorique, comme en témoigne l'arrêt précité de la cour administrative d'appel de Nantes relatif à la crèche du conseil départemental de Vendée et le jugement du tribunal administratif de Lyon relatif à la crèche « santonnière » du conseil régional d'Auvergne-Rhône-Alpes³⁸. Est ainsi reconnue la place particulière du culte catholique en France, place particulière dont il résulte que la norme commune lui est appliquée de façon particulière et, pourrait-on dire, plus généreuse par rapport à la façon dont elle est appliquée aux autres cultes. Car, soulignons-le, dans les décisions du 9 novembre 2016, le caractère religieux de la crèche de Noël n'est pas nié, le Conseil d'État affirmant qu'il s'agit là d'une « scène qui fait partie de l'iconographie chrétienne et qui, par là, présente un caractère religieux ».

Mais cette « générosité » ne date pas de 2016, puisque la jurisprudence du Conseil d'État relative aux dispositions de l'article 27 de la loi de 1905, selon lesquelles « les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte, sont réglées en conformité de l'article 97 du Code de l'administration communale », a consisté très tôt à annuler les arrêtés municipaux

36. CAA Nantes, 6 oct. 2017, n° 16NT03735, *Département de la Vendée*.

37. Annulation des décisions des maires des communes de Béziers (CAA Marseille, 3 avr. 2017, n° 15MA03863), Beaucaire (CAA Marseille, 3 déc. 2018, n° 18MA02150) et Hénin-Beaumont (CAA Douai, 16 nov. 2017, n° 17DA00054).

38. TA Lyon, 22 nov. 2018, n° 1709278, *Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*.

interdisant les processions traditionnelles et les convois funèbres catholiques, qui sont présumés ne pas porter atteinte à l'ordre public³⁹ et ne sont ainsi soumis à aucune autorisation ni déclaration préalables⁴⁰. Bien plus, le Conseil d'État a retenu une conception large et extensive du caractère traditionnel des processions, qui résulte normalement de son ancienneté et de son déroulement régulier et paisible qui attestent qu'elles sont connues et admises de tous, en jugeant qu'un usage de quelques dizaines d'années suffisait à le caractériser⁴¹ et que l'absence d'usage pendant un même délai n'était pas son caractère traditionnel aux processions, dès lors que la tradition avait été interrompue contre la volonté de l'Église par des décisions administratives interdisant la procession⁴².

2.2. L'ADAPTATION DE LA NORME COMMUNE

2.2.1. DES ADAPTATIONS RÉELLES DES NORMES COMMUNES DESTINÉES À SATISFAIRE DES EXIGENCES RELIGIEUSES INDIVIDUELLES

De véritables adaptations de la norme commune, et même des dérogations à celle-ci, ont progressivement été admises par la jurisprudence administrative.

En premier lieu, le juge administratif affirme désormais que « les principes de laïcité et de neutralité auxquels est soumis le service public ne font, par eux-mêmes, pas obstacle à ce que, en l'absence de nécessité se rapportant à son organisation ou son fonctionnement, les usagers du service public facultatif de la restauration scolaire se voient offrir un choix leur permettant de bénéficier d'un menu équilibré sans avoir à consommer des aliments proscrits par leurs convictions religieuses ou philosophiques⁴³ ».

39. Pour des cortèges et processions : CE, 26 mars 1920, *Boutheux : Lebon*, p. 331 ; 3 déc. 1954, *Rastouil : Lebon*, p. 639 ; *AJDA* 1955, II bis, p. 6, chron. M. LONG ; pour un convoi funèbre : CE, 19 févr. 1909, *Abbé Olivier : Lebon*, p. 181.

40. CE, 4 févr. 1938, *Abbé Nicolet : Lebon*, p. 128 : illégalité de l'exigence d'une autorisation ; 2 mars 1934, *Abbé Prothée : Lebon*, p. 1235 : illégalité de l'exigence d'une déclaration préalable.

41. CE, 11 févr. 1927, *Abbé Veyras : Lebon*, p. 176 : procession ayant lieu depuis 77 ans.

42. CE, 25 janv. 1928, *M^{gr} Le Fer de la Motte : Lebon*, p. 107 : 18 ans d'interruption ; 23 nov. 1928, *M^{gr} Chassagnon : Lebon*, p. 124 : 46 ans ; 10 févr. 1933, *Abbé Picaud : Lebon*, p. 124 : 51 ans ; 25 févr. 1949, *Gissot : Lebon*, p. 124 : 48 ans.

43. CAA Lyon, 23 oct. 2018, n° 17LY03323, *Commune de Chalon-sur-Saône*. V., sur cet arrêt, la note de B. BONNET, « Repas de substitution et principe de laïcité : de l'intérêt d'un accommodement raisonnable », *AJDA* 2019, p. 117.

Dans cet arrêt, la cour administrative d'appel de Lyon a ainsi constaté que les restaurants scolaires de la commune de Chalon-sur-Saône proposaient des menus alternatifs depuis 1984, sans qu'il fût démontré que cette pratique provoquait des troubles à l'ordre public ni des difficultés particulières d'organisation et de gestion du service. Elle en a conclu qu'en « se fondant exclusivement sur les principes de laïcité et de neutralité du service public pour décider de mettre un terme à une telle pratique, le maire de Chalon-sur-Saône et le conseil municipal de Chalon-sur-Saône ont entaché leur décision et délibération attaquées d'erreur de droit ».

Est ainsi reconnue aux collectivités territoriales une faculté de tenir compte, dans l'application des dispositions régissant leur service public, des exigences alimentaires individuelles à motif religieux. À l'inverse, celles-ci ne peuvent, pour refuser de satisfaire ces exigences, s'abriter derrière la norme commune que constituent les principes de laïcité et de neutralité du service public. Là encore, le caractère historique ou traditionnel de la pratique en cause est déterminant : d'une certaine manière, il peut être dérogé à la norme commune par l'usage (en l'espèce, un usage vieux de trente-quatre ans) ou la coutume.

En second lieu, la jurisprudence relative aux circoncisions rituelles (à motif religieux) offre l'exemple peut-être le plus pur d'une dérogation à l'application de la norme commune justifiée par la volonté de satisfaire des exigences religieuses particulières.

La circoncision, qui consiste en l'ablation totale ou partielle du prépuce, peut être pratiquée soit pour des raisons thérapeutiques, soit pour des raisons religieuses : elle est alors pratiquée par et pour les personnes de confession juive et musulmane. Elle n'est pas un acte bénin : des complications graves sont susceptibles d'en résulter lors ou au décours de l'intervention⁴⁴. En France, la circoncision est très largement médicalisée, c'est-à-dire effectuée par des médecins, le plus souvent en milieu hospitalier⁴⁵. La question de la légalité de la circoncision rituelle fait l'objet de débats. Le contraste entre la généralité de sa pratique et l'existence de normes qui paraissent l'interdire ne laisse pas d'étonner.

44. Hémorragies, infections, plaies et mutilations du gland...

45. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris LexisNexis, 2^e éd. 2013, p. 770.

Pour une partie de la doctrine au moins, la circoncision rituelle est constitutive d'« atteintes illicites au corps humain⁴⁶ », dès lors qu'il s'agit d'une violation de l'intégrité corporelle qui n'est pas motivée par une nécessité médicale et qui en outre est généralement pratiquée sur des enfants qui ne sont pas en mesure d'y consentir. Or, l'article 16-1 du Code civil consacre le droit de chacun au respect de son corps et l'inviolabilité du corps humain tandis que son article 16-3 dispose qu'« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui » et ajoute que « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». En outre, l'article R. 4127-41 du Code de la santé publique, relatif aux obligations déontologiques des médecins, dispose qu'« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ». Enfin, l'article 222-9 du Code pénal réprime de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende les violences ayant entraîné une mutilation, ces peines étant aggravées lorsque l'infraction est commise sur un mineur de quinze ans. L'infraction est alors punie de quinze ans de réclusion criminelle.

Malgré ces dispositions très claires et d'ordre public, dont l'application devrait logiquement conclure au caractère *contra legem*, c'est-à-dire illicite, de la circoncision rituelle, cette dernière est, en France, librement pratiquée. Elle ne fait l'objet d'aucun texte spécifique, sauf en Alsace-Moselle où s'applique l'article 10 du décret impérial du 29 août 1862 en vertu duquel « le mohel [personne chargée d'opérer la circoncision des enfants dans le culte israélite] doit être pourvu d'un certificat délivré par un docteur en médecine ou chirurgie, désigné par le préfet, et constatant que l'impétrant offre au point de vue de la santé publique toutes les garanties nécessaires ». Surtout, la circoncision rituelle n'est jamais poursuivie devant les juridictions pénales et est admise tant par les juridictions judiciaires que par les juridictions administratives qui n'en remettent pas en cause la légalité dans des litiges familiaux ou indemnitaires, mais au contraire semblent en admettre

46. V. par ex. E. MARTINEZ, « Prolégomènes » et V. FORTIER, « Circoncision/Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in V. FORTIER et F. VIALLA (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2013, p. 17 et p. 235 ; V. FORTIER (dir.), *La circoncision rituelle, enjeux de droit, enjeux de vérité*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016.

la légalité en encadrant les conditions de sa pratique et en reconnaissant que les préjudices résultant de cette intervention peuvent être indemnisés.

Ainsi, dans les litiges familiaux⁴⁷, la circoncision rituelle, qualifiée d'acte non usuel de l'autorité parentale, ne peut être pratiquée qu'avec le commun accord des titulaires de l'autorité parentale⁴⁸. Lorsque l'enfant est placé auprès des services de l'aide sociale à l'enfance, il est fréquent que les juridictions subordonnent la réalisation d'une circoncision rituelle, demandée par les parents, au consentement de l'enfant et à sa capacité de discernement⁴⁹.

Dans le contentieux de la responsabilité, la jurisprudence administrative a admis que le principe de la responsabilité sans faute du service public hospitalier s'étendait à une circoncision rituelle, alors même que l'acte médical avait été pratiqué sans finalité thérapeutique⁵⁰. De même, la responsabilité du médecin ou du rabbin qui pratique une circoncision rituelle peut être engagée devant le juge civil pour réparer les conséquences dommageables de cet acte⁵¹.

La pratique rituelle de la circoncision bénéficie ainsi d'une application accommodante, voire dérogatoire, des dispositions nationales relatives à l'intégrité du corps humain.

2.2.2. UN DÉVELOPPEMENT DES ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES EN DROIT DU TRAVAIL ?

Mais c'est peut-être en droit du travail que l'on peut trouver la reconnaissance la plus nette de la notion d'accommodement raisonnable.

On la trouve d'abord dans les normes nationales relatives aux travailleurs handicapés issues de directives européennes. L'article L. 5213-6 du Code du travail prévoit ainsi que

« afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs [...] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces

47. V. Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1994 : D. 1995, jurispr. p. 226, note C. CHOAIN.

48. V. par ex. Nancy, 5 oct. 2009 : JurisData n° 2009-023366.

49. T. enfants Laval, 16 avr. 2002 : *AJ fam.* 2002, p. 222.

50. CE, 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles : Lebon*, p. 412.

51. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994 : D. 1995, IR, p. 38 : pour un médecin ; 18 mai 1989 : pour un rabbin agissant en tant que mohel diplômé.

mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées [...] ».

On la trouve ensuite, et surtout, dans la jurisprudence à la suite des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans deux affaires concernant une salariée d'une entreprise belge et une salariée d'une entreprise française toutes deux licenciées pour avoir refusé d'ôter leur foulard islamique (14 mars 2017, *Achbita c. Belgique*, aff. C-157/15 et *Bougnaoui c. France*, aff. C-188/15).

Dans la première affaire, la Cour a estimé que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une *discrimination directe* fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de la directive du 27 novembre 2000. La Cour ajoute toutefois qu'une telle interdiction est susceptible de constituer une *discrimination indirecte* s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. Une telle discrimination indirecte peut être cependant objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse, pourvu que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. Dans cette affaire, la Cour a enfin demandé à la juridiction de renvoi de « vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à [l'employeur], face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement ».

Dans la seconde affaire, la Cour a précisé que la volonté d'un employeur de tenir compte du souhait d'un client de ne plus voir ses services fournis par une travailleuse qui porte un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de la directive et donc comme un motif légitime de limitation de la liberté de religion de la salariée. La Cour a relevé en effet l'absence de règle interne à l'entreprise sur ce point.

Saisie de nouveau de l'affaire à la suite de la réponse donnée par la CJUE à la question préjudicielle qu'elle lui avait posée, la chambre sociale de la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris en retenant qu'aucune clause de neutralité religieuse ne figurait dans le règlement

intérieur de l'entreprise, que l'ordre donné à la salariée d'ôter son voile était seulement oral et que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services assurés par une salariée voilée ne pouvait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4 de la directive du 27 novembre 2000⁵².

Surtout, la chambre sociale a repris à son compte la motivation de l'arrêt *Achbita c. Belgique* et jugé que dès lors qu'une salariée refuse de se conformer à une clause de neutralité « dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'entreprise, il appartient à l'employeur de rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement ». Dans la note explicative figurant sur son site Internet, la Cour de cassation précise à cet égard que « cette dernière obligation, qui s'apparente à une obligation de recherche de reclassement ou d'accommodements raisonnables, notion plus familière aux pays de Common Law, n'est qu'une application du principe de proportionnalité ». Ce principe exige en effet du juge qu'il vérifie que la mesure contestée devant lui est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁵³.

Il y a là, certes, la reconnaissance d'une certaine acclimatation de la notion d'accommodement raisonnable en droit français, du moins en droit du travail. Toutefois, il semble bien, comme le relève la Cour, que l'obligation (et non seulement la faculté) d'accommodement raisonnable ainsi reconnue, en tant qu'elle est confinée au droit du travail, ne soit finalement que le nouveau nom d'une obligation traditionnelle, donc plus ancienne, qui est l'obligation de reclassement.

2.2.3. LA PORTE OUVERTE PAR LA JURISPRUDENCE *M^{me} GONZALEZ-GOMEZ*

Dans cette décision d'Assemblée du 31 mai 2016, le Conseil d'État a jugé que les dispositions législatives françaises interdisant l'insémination de gamètes *post mortem* (CSP, art. L. 2141-2) ainsi que l'exportation de gamètes aux fins de contourner cette interdiction (CSP, art. L. 2141-11-1), que ces dispositions donc ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

52. Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855, *B. / Société Micropole*: RJS 2018, n° 5.

53. CE, 17 déc. 2010, n° 330666, *M^{me} Throude*: Lebon.

libertés fondamentales relatives au droit au respect de la vie privée et familiale, mais que l'application de ces dispositions au cas d'espèce conduisait à un résultat incompatible avec ces stipulations.

Il s'agit donc d'une décision qui retient, en quelque sorte, le « principe de l'espèce », c'est-à-dire le principe de l'appréciation *in concreto* de la compatibilité avec la Convention européenne d'une interdiction législative théoriquement ou principiellement compatible avec elle. Les circonstances particulières tenaient en l'espèce à l'absence d'intention frauduleuse : en effet, le retour de l'intéressée en Espagne n'était pas motivé par le souci de bénéficier d'une loi plus favorable que la loi française, mais par le retour d'une veuve de nationalité espagnole auprès de sa famille ; en outre, le « projet d'enfant » était ancien.

En posant le principe de l'appréciation au cas par cas, la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* autorise des dérogations individuelles, d'espèce, à l'application de la norme nationale commune, au motif que l'application qui en est faite à telle ou telle personne méconnaît les droits qui lui sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il y a là une solution et un raisonnement qui, s'ils étaient transposés à d'autres contentieux, pourraient élargir assez considérablement les possibilités d'ajustements à la norme commune afin de tenir compte des situations individuelles particulières et, notamment, des exigences religieuses.

Mais il y a là aussi le risque que les juges du fond retiennent des solutions si ce n'est contradictoires, du moins divergentes ou contrastées. Ce risque montre les limites de la notion d'accommodement raisonnable : celle-ci porte en elle-même la possibilité de solutions excessivement et injustement différenciées. L'application par les juges du fond de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* illustre bien ce risque.

Le tribunal administratif de Rennes, saisi par la voie du référé-liberté (ord., 11 oct. 2016, *M^{me} Monnerais veuve Gourmelon*, n° 1604451), a ainsi fait application de cette jurisprudence au cas d'une Française et enjoint au centre hospitalier universitaire de Rennes de prendre toutes mesures utiles afin de permettre l'exportation des gamètes du défunt vers un établissement de santé situé dans l'Union européenne qui accepterait de pratiquer une telle procréation médicalement assistée, ce dans un délai de huit jours suivant la notification de l'ordonnance. Le tribunal a donc, comme le Conseil d'État, autorisé le contournement de l'interdit législatif.

En revanche, le tribunal administratif de Toulouse a rejeté une demande identique⁵⁴ au motif que l'épouse du défunt, « qui invoque son droit à “pouvoir procéder à une insémination légale dans un pays européen” sans établir ni même alléguer qu'elle aurait des liens avec l'un quelconque des pays proposant des inséminations *post mortem* ou qu'elle formerait le projet de s'y installer, ne conteste pas que son projet d'insémination à l'étranger résulte de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet d'insémination que la loi française ».

Est ainsi posée la question de l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* aux ressortissantes françaises : celles-ci peuvent-elles toujours bénéficier du contournement de l'interdit législatif, peuvent-elles seulement en bénéficier lorsqu'elles ont des liens effectifs avec le pays du contournement ou ne peuvent-elles jamais en bénéficier ?

Se pose également la question de l'existence d'une discrimination selon la nationalité s'il s'agit seulement d'autoriser le contournement de la loi française par les étrangers sollicitant l'exportation de gamètes auprès d'une administration française : en interdisant à une ressortissante française ce qui serait permis à une ressortissante étrangère, n'est-on pas conduit à traiter moins favorablement la première à raison de sa nationalité ?

Se pose en outre la question de l'extension de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* à d'autres principes posés par le législateur français en matière de bioéthique. Le Conseil d'État a récemment refusé de faire usage de cette jurisprudence pour paralyser l'un des principes essentiels du droit français de la bioéthique qui est la règle de l'anonymat des donneurs de gamètes. Il a en effet estimé que plusieurs considérations d'intérêt général ont conduit le législateur à interdire la divulgation de toute information sur les données personnelles d'un donneur de gamètes, puis à écarter toute modification de cette règle de l'anonymat, notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps.

Au regard de cette dernière finalité, il a jugé qu'aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne pouvait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés

54. 13 oct. 2016, n° 1405903, M^{me} Fecil veuve Delot.

par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁵. Il n'est pas évident que cette solution puisse être maintenue : la Cour européenne des droits de l'homme, qui semble de plus en plus encline à faire prévaloir le droit des enfants issus d'une procréation médicalement assistée de pouvoir accéder à leurs origines, est en effet saisie d'une requête similaire et a demandé à l'État français de clarifier l'état de sa législation en la matière.

On voit enfin, plus généralement, la difficulté qu'il y a à raisonner et bâtir une jurisprudence uniquement sur des cas d'espèce. C'est, là encore, le travers de la notion d'ajustements à la norme commune.

CONCLUSION

Au terme de cette rapide étude, c'est finalement l'incertitude qui prévaut : incertitude quant à la pérennité de l'application ferme et « aveugle » aux revendications religieuses individuelles des principes constitutionnels d'égalité et de laïcité ; incertitude également quant à l'unité juridique du territoire national ; incertitude enfin quant à l'acclimatation en droit français de la notion d'accommodement raisonnable.

Il apparaît en tout cas que le droit français, notamment la jurisprudence, se montre aujourd'hui davantage enclin à paralyser ou adapter la norme commune en vue d'autoriser des pratiques religieuses particulières. Deux forces paraissent l'y pousser : la première tire son origine de l'Histoire et de la géographie, elle conduit à traiter plus favorablement les cultes présents de longue date sur notre territoire ou certaines parties de celui-ci ; la seconde tire son origine de la primauté du droit européen sur le droit national, elle conduit à acclimater progressivement le concept d'accommodement raisonnable, au risque de cette fragmentation de notre système juridique, et peut-être de notre société⁵⁶, dont nous avons mentionné la crainte en introduction de cette contribution.

55. CE, 28 déc. 2017, n° 396571, *M. Molenat*.

56. La question lancinante étant à cet égard de savoir si la dérogation à la norme commune en vue de satisfaire des demandes individuelles est la cause ou la conséquence de l'atomisation de la société.