



**Assemblée générale
de la Conférence des bâtonniers**

**PARIS
18 NOVEMBRE 2016**

**PORT DE SIGNES DISTINCTIFS
D'APPARTENANCE RELIGIEUSE À
L'AUDIENCE :
RÉPONSE ORDINALE À LA PRATIQUE
DE L'AVOCAT**

Rapport de Monsieur le Bâtonnier Emmanuel LE MIERE,
Membre du Bureau de la Conférence des bâtonniers

Dans une période marquée par les récents attentats perpétrés sur notre territoire national par des terroristes se réclamant de l'Islam et en pleine polémique estivale sur la question du vêtement religieux sur les plages, Monsieur le Bâtonnier du Barreau de SEINE-SAINT-DENIS sollicite l'avis du Bureau de la Conférence sur l'attitude à adopter face à la revendication d'une avocate de son barreau qui prétend se présenter à l'audience portant, un voile islamique au-dessus de sa robe d'avocat et qui, après que son bâtonnier lui ait demandé de ne pas porter ce vêtement avec la robe, l'a remplacé par le port de la toque.

Les écoles d'avocats sont également confrontées à ce type de situation dans les promotions d'élèves.

Les tensions actuelles sur la question des signes apparents d'appartenance religieuse doivent conduire les instances ordinales à réagir avec la plus grande prudence afin d'éviter que soient prises des décisions qui pourraient apparaître déplacées lorsque l'émotion médiatique sera retombée.

Le présent rapport exclut l'hypothèse dans laquelle les intéressées prétendraient dissimuler totalement leurs visages (cas du niqab), ce qui tomberait sous le coup de l'interdiction édictée par la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, pour n'envisager que le cas du hijab, voile traditionnel couvrant les cheveux et le cou.

Après avoir passé en revue le droit positif applicable, il convient d'apporter une réponse qui devra rester contenue dans le strict champ des pouvoirs ordinaux envisagés à la lumière de leur finalité.

I/ POSITION DU PROBLEME ET DROIT POSITIF :

Le système français de laïcité conduit les pouvoirs publics à s'imposer une absolue neutralité religieuse dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique tout en assurant la liberté de croyance des individus.

A/ Les sources :

1/ En droit interne :

La neutralité religieuse du pouvoir est fondée sur l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 qui dispose : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». Le Conseil d'Etat a qualifié la laïcité de principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE, 6 avril 2001, Syndicat national des enseignants du second degré, n°219379).

La liberté de croyance et de culte est reconnue à l'article 10 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui dispose : « *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». Le Conseil constitutionnel a également érigé la liberté de conscience en principe fondamental reconnu par les lois de la République (CC, 23 novembre 1977, Liberté d'enseignement, n°77-87 DC). Le Conseil d'Etat évoque, pour sa part, « *un principe constitutionnel de liberté d'expression religieuse* » (CE, 27 juin 2008, Mme M., n° 286798).

2/ En droit international :

La liberté religieuse est consacrée par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (convention EDH) qui stipule que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique le droit de changer de religion ou de conviction, ainsi que le droit 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* ».

Ce texte est repris à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 est rédigé dans les mêmes termes.

Spécificité française, le principe de laïcité n'est pas consacré par les textes internationaux mais les juridictions internationales contrôlent le respect de l'égalité entre les citoyens dans leurs rapports avec les pouvoirs publics par le biais de l'interdiction de la discrimination à raison des convictions religieuses.

B/ La mise en œuvre des principes de laïcité et de liberté de croyance et de culte :

Les principes de neutralité de la puissance publique et de liberté de croyance et de culte se déclinent en pratique selon deux axes en ce qui concerne les relations du pouvoir et des citoyens : la neutralité des agents du service public et la liberté des usagers.

1/ La neutralité des agents du service public :

Le principe de laïcité s'oppose à ce que les agents disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs convictions religieuses.

En matière disciplinaire, la jurisprudence est venue illustrer ce principe par de nombreuses décisions (CE, 15 octobre 2003, M. O., n°244428 : fonctionnaire faisant apparaître son adresse internet professionnelle sur le site d'une association à caractère religieux – CE, 19 février 2009, M. B., n° 311633 : fonctionnaire ayant distribué des tracts à caractère religieux dans le cadre de son activité professionnelle).

Cette exigence s'applique non seulement aux fonctionnaires, mais aussi à toute personne assurant une mission de service public, notamment aux salariés de droit privé (CE, Sect, 31 janvier 1964, CAF de l'arrondissement de Lyon, Rec. p.76 et Cass. Soc., 19 mars 2013, n°12-11.690).

Il est par ailleurs notable que l'Etat protège la liberté de conviction et de croyance des agents publics en sanctionnant les discriminations dont ils pourraient être victimes de ce chef. La pratique d'une religion ne peut constituer un critère discriminant à l'encontre d'un candidat (CE, 25 juillet 1939, Demoiselle Beis, rec. p. 524) ou d'un agent contractuel prétendant à la titularisation (CE, 3 mai 1950, Demoiselle Jamet). Un concours d'officiers de police a été annulé en raison des questions que le jury avait posées à un candidat sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles (CE, 10 avril 2009, M. E.H., n°311888).

2/ La liberté d'expression religieuse des citoyens encadrée par l'intérêt général et l'ordre public :

Si la puissance publique se doit de rester neutre à l'égard du phénomène religieux, aucune restriction d'expression religieuse ne s'applique en principe aux citoyens. Ce principe s'applique même lorsque le citoyen est usager du service public.

Dans les relations de travail de droit privé, l'article L. 1121-1 du code du travail dispose : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Il s'agit de la transcription en droit interne de la directive européenne 2000/78.

Une salariée, ingénieure dont les compétences ne sont pas en cause ayant choisi de porter le hijab malgré la demande de son employeur de l'ôter lors de ses missions chez les clients, il a été procédé à son licenciement au motif de l'exigence exprimée par la clientèle de voir cesser cette pratique sous la menace de changer de prestataire de service. Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt confirmatif d'une cour d'appel ayant validé le licenciement, la Cour de cassation a posé à la CJUE la question préjudicielle suivante : « *Les dispositions de l'article 4, [paragraphe 1], de la [directive 2000/78] doivent-elles être interprétées en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique ?* ». Si la CJUE n'a pas encore statué, il est toutefois remarquable que les conclusions de l'Avocat Général Mme Eleanor SHARPSTON déposées le 16 juillet 2016 tendent à répondre par la négative au motif, notamment, que « *l'intérêt de l'entreprise à produire un profit maximal devrait alors, selon moi, s'effacer devant le droit du travailleur à manifester ses convictions religieuses* » (§ 133), (Affaire Asma Bougnaoui c. Micropole SA).

En droit public, de nombreux tempéraments sont apportés à ce principe libéral pour des raisons tirées de l'intérêt général ou de l'ordre public.

Dans l'exercice des cultes proprement dit, le titulaire du pouvoir de police administrative a la possibilité de contrôler les conditions d'organisation des manifestations cultuelles sur la voie publique ou de réglementer les pratiques d'abattage rituel (CE 25 novembre 1994, association cultuelle israélite Cha'are Shalom Ve-Tsedek, n°110002). Il est toutefois exigé que les limitations imposées soient strictement nécessaires au maintien de l'ordre public (CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, n°27355).

Si la qualité d'usager du service public n'implique aucune limitation dans l'expression des convictions religieuses, la loi a pu apporter des limitations spéciales au libre port du costume religieux.

- S'agissant du port de signes religieux dans les établissements scolaires, la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics interdit aux élèves de ces établissements, usagers du service, le port de signes ou tenues qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse (ex : voile, kippa, grande croix) ou ceux dont le port manifeste ostensiblement une appartenance religieuse en raison du comportement de l'élève.

Cette limitation a été jugée conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH 30 juin 2009 Aktas c. France, Bayrak c. France, Gamaleddyn c. France, Ghazal c. France, Ranjit Singh c. France et Jasvir Singh c. France). Ici la limitation est justifiée par l'âge des usagers et leur vulnérabilité au prosélytisme.

- La loi du 10 octobre 2010 a posé l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public. Il s'agit ici d'assurer la possibilité de contrôler l'identité des individus et les conditions du vivre ensemble.

Par un arrêt de la Grande Chambre du 1^{er} juillet 2014 (S.A.S c. France, N° 43835/11), la CEDH a jugé que cette exigence ne violait pas les dispositions de l'article 9 de la Convention en raison de la justification objective et raisonnable de la mesure.

Il convient toutefois de noter que la Cour a exclu que l'interdiction puisse être fondée sur l'égalité des sexes et la dignité des personnes par deux considérants ici reproduits :

« 119. [...] La Cour estime en revanche **qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes** pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent [l'article 8, paragraphe 2, et l'article 9, paragraphe 2, de la CEDH], **sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux [...].**

« 120. [...] aussi essentiel soit-il, le **respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public**. La Cour est consciente de ce que le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent. Elle souligne toutefois que, dans sa différence, il est **l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit. [...]** »

II/ PROPOSITIONS DE REPONSE DE L'AUTORITE ORDINALE A LA PRATIQUE DE L'AVOCAT ET DE L'ELEVE AVOCAT :

A/ Les solutions existantes d'interdiction :

Certaines institutions professionnelles ont déjà pris position en créant des normes réglementant le port des signes d'appartenance religieuse en leur sein.

Ainsi, par délibération du 7 juillet 2015, le Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris a inséré à l'article P 33 du règlement intérieur le second alinéa suivant : « *L'avocat ne peut porter avec la robe de signe manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, communautaire ou politique* ».

De la même manière, le règlement intérieur de l'Ecole des Avocats Centre Sud (Montpellier) dispose, en son article 24 : « *L'élève doit, dans les locaux de l'école, adopter une tenue vestimentaire correcte et respectueuse d'autrui et observer les règles de la courtoisie. Cela implique notamment de s'abstenir de tout signe ostensible d'appartenance politique, philosophique ou religieuse* ».

L'adoption de cette disposition aurait entraîné une demande de retrait de la part du Président du Conseil National des Barreaux, lequel n'aurait toutefois pas exercé contre la création de ce texte le recours dont il dispose.

Ces solutions présentent probablement l'inconvénient de leur fragilité juridique, ceci au regard du droit positif exposé plus haut. Si elles n'ont pas fait l'objet de contestations juridictionnelles par voie d'action, elles peuvent encore être attaquées par voie d'exception à la faveur d'un contentieux disciplinaire.

Sur le fond, il est notable que ces interdictions ne comportent pas explicitement de motivation.

Il apparaît impossible de considérer que l'élève-avocat est un agent du service public qui, en cette qualité, doit respecter la neutralité de la loi de 1905.

L'avocat ne peut probablement pas être qualifié d'agent du service public, qualité qui ne se confond pas avec celle d'auxiliaire de justice faute d'exercice de la prérogative de puissance publique. La notion d'agent du service public est par ailleurs difficilement compatible avec la nécessaire indépendance de l'avocat.

Enfin, faute d'un risque avéré d'atteinte à l'ordre public, une telle restriction de la liberté d'expression religieuse serait probablement illégale (CE, Ord. 26 août 2016).

B/ La solution libérale :

A l'inverse, il pourrait être imaginé de ne pas intervenir et de laisser faire. Plusieurs arguments peuvent militer en faveur d'une telle attitude de la part des Ordres.

En ce sens, on ne manquera pas de rappeler que le Barreau est le défenseur historique de la liberté et que, fidèle à son histoire et à sa mission, il doit s'abstenir d'introduire, dans ses règles internes, des limitations à la liberté d'expression des convictions de ses membres.

Cette attitude aurait le mérite de nager à contre-courant d'une doxa politico-médiatique qui se nourrit actuellement de l'émotion et de la peur de l'autre.

Elle présente aussi l'avantage d'éviter une confrontation que certains provocateurs appellent de leurs vœux et qui ne peut que diviser la profession et l'opinion publique.

Elle tiendrait également compte du caractère particulièrement isolé de la France dans les débats sur la laïcité qui suscitent la perplexité, voire l'amusement de nos voisins étrangers.

Elle ne semble toutefois pas satisfaisante car elle laisse la place à la montée en puissance, au sein de la profession, d'un communautarisme interne dont l'importance et la visibilité seraient sans précédent dans notre histoire commune.

Les divergences politiques, philosophiques et religieuses n'ont jamais entamé l'unité de la profession ni la conscience d'une appartenance égalitaire de ses membres.

Il apparait dangereux de laisser se développer en notre sein une communauté identifiée qui ne manquera pas, tôt ou tard, de revendiquer l'application de règles qui lui seront propres.

C/ La solution de la réglementation du port du costume d'audience :

Il est loisible au Conseil de l'Ordre de préciser les conditions dans lesquelles doit être porté le costume.

Pour mémoire, voici l'état des textes applicables :

- Arrêté des Consuls de la République du 2 nivôse an II, article 6 : « *Aux audiences de tous les tribunaux, les gens de loi et les avoués porteront la toge de laine, fermée sur le devant, à manches larges ; toque noire, cravate pareille à celle des juges ; cheveux longs ou ronds* »

- Décret impérial du 14 décembre 1810 (le texte de la renaissance du barreau), article 35 : « *Les avocats porteront la chausse de leur grade de licencié ou de docteur ; ceux inscrits au tableau seront placés dans l'intérieur du parquet. Ils plaideront debout et couverts; mais ils se découvriront lorsqu'ils prendront des conclusions, ou en lisant des pièces du procès* ».

- Décret impérial du 2 juillet 1812, article 12 : « *Les avocats seuls porteront la chausse et parleront couverts, conformément à l'article 35 du décret du 14 décembre 1810* »

- Loi du 31 décembre 1971 article 3 : « *Ils revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession* ».

En charge du respect de la dignité de la profession, le Conseil de l'Ordre peut intervenir pour éviter que se développent des fantaisies vestimentaires transformant la robe en accessoire de mode ou en panneau d'affichage de revendications politiques, philosophiques ou religieuses.

Le principal argument de motivation d'une telle réglementation est le suivant : lorsque l'avocat plaide pour son client, le port de la robe est le signe de l'effacement de ce qui lui est personnel au profit de la seule cause du client. Dès lors, lorsqu'on plaide, la règle pourrait être : « la robe, toute la robe, rien que la robe ».

Une distinction peut être faite lorsque l'avocat porte son costume en dehors de la défense d'un justiciable : cérémonies, audiences solennelles, intervention en qualité de bâtonnier ou par délégation. Ici, le port de la robe est le signe de l'appartenance au barreau dans sa glorieuse dimension historique. Dans ce cas le port des décorations pourrait être autorisé, dans la mesure où elles contribuent au rayonnement du barreau.

En tout état de cause, il pourrait être constaté que le port de la toque est tombé en désuétude et serait aujourd'hui, non pas signe de dignité et d'indépendance, mais cause de ridicule pour la profession. Ainsi, il pourrait être disposé que les avocats plaident désormais tête nue, restant sauve la possibilité de se présenter aux audiences solennelles la toque à la main, conformément à l'usage en vigueur dans la magistrature.