

L'affaire du foulard islamique à l'école

L'école laïque en crise ?

Vasiliki Chalkiadaki

I. INTRODUCTION

L'affaire du voile islamique à l'école fut évoquée pour la première fois en 1989. Vingt ans après, elle continue à être une question abordée ardemment parmi les médias. La société française se trouve écartelée, entre d'une part les principes fondamentaux de la République, d'autre part les principes de nouveaux groupes culturels qui essaient de s'y intégrer. Dans ce cadre, l'affaire du voile islamique n'est que le sommet de l'iceberg.

L'exposé suivant présente le droit positif français consacrant le principe de la laïcité à l'école et une sélection de jurisprudence. Les points de départ sont les affaires suivantes :

1. l'affaire ***Kervanci c. France*** (Requête n° 31645/04), dont l'arrêt fut rendu par la CEDH le 4 décembre 2008, traitant du sujet du voile islamique chez l'élève, et
2. l'affaire ***Mlle Marteaux***, dont l'arrêt fut rendu par le CE le 3 mai 2000, traitant du sujet du voile chez l'enseignante.

II. DEVELOPPEMENT

1. La laïcité française : Le cadre général

Dans l'affaire *Kervanci c. France (Requête n° 31645/04)*¹, l'arrêt est fondé par la requérante sur la base de la violation de l'Art. 9 de la

¹ La requérante, Mlle Esma-Nur Kervanci, a saisi la Cour le 22 juillet 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Pour l'année scolaire 1998-1999, elle était scolarisée dans une classe de sixième à un collège public de la ville de Fliers. Étant de confession musulmane, elle fréquentait l'école la tête couverte. A plusieurs reprises la requérante s'est rendue en cours d'éducation physique sans enlever son foulard, bien que son professeur le lui ait demandé en lui expliquant l'incompatibilité du port du foulard avec l'éducation physique. Le 11 février 1999, le conseil scolaire de discipline décida l'exclusion définitive de la requérante, car elle avait failli à son obligation d'assiduité à cause de son absence aux séances de l'éducation physique. Ses parents ont fait appel de cette décision devant la commission académique d'appel, qui a été rejeté par l'arrêté du 17 mars 1999 ; celui-ci était fondé sur quatre motifs :

- l' *obligation d'assiduité* (« ...définie à l'article 10 de la loi d'orientation sur l'éducation n° 89-486 du 10 juillet 1989, à l'article 3-5 du décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux, d'enseignement et par le règlement intérieur du collège »)
- le *règlement intérieur du collège*, qui prévoyait que la tenue des élèves devrait respecter les règles d'hygiène et de sécurité. Spécialement, dans le cadre du cours d'éducation physique, les élèves doivent porter une tenue de sport
- *une note de service n° 94-116 du 9 mars 1994 sur la sécurité des élèves pendant les activités scolaires*, précisant que « l'observation scrupuleuse de la réglementation régissant la responsabilité des membres de l'enseignement n'occulte pas la très large part d'appréciation personnelle qui est laissée à l'enseignant dans la gestion des situations concrètes » et que « dans le cadre de la conduite de son cours l'enseignant doit être en mesure de repérer et de faire cesser tout comportement d'élèves pouvant devenir dangereux et qui ne présenterait pas un caractère de soudaineté et d'imprévisibilité »
- *une décision du CE du 10 mars 1995*, indiquant que le foulard comme signe d'appartenance religieuse était incompatible avec le bon déroulement des cours d'éducation physique.

Ensuite la requérante a suivi les cours par correspondance afin de poursuivre sa scolarité. Entre temps ses parents, en qualité de représentants légaux de leur fille mineure, ont saisi le TA de Caen, demandant l'annulation de l'arrêté du recteur d'académie. Leur demande fut rejetée le 5 octobre 1999 sur la base d'inconséquence à l'obligation d'assiduité. De plus, le tribunal a considéré que l'attitude de la requérante avait entraîné un climat de tension au sein du collège, et en tenant compte de l'ensemble des circonstances, son exclusion du collège était légalement justifiée, en dépit de la proposition de la requérante de remplacer son foulard par un bonnet. Les parents ont interjeté appel du jugement, rejeté le 19 décembre 2002 par la Cour Administrative d'Appel de Nantes, qui a soutenu les termes du jugement précédent. Par la suite, un pourvoi de cassation fut emmené devant le CE, invoquant principalement le droit de la

Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales² et de l'Art.2 du Protocole n° 1. À l'égard de la violation alléguée de l'Article 9 de la Convention, la Cour a commencé par l'analyse du droit positif français au sujet de la liberté de religion. En France, l'exercice de la liberté religieuse dans l'espace public est étroitement lié au principe de la laïcité, un des principes fondamentaux de l'édifice de la République française tout au long de son histoire³.

Dans le droit positif actuel, la laïcité de l'État est affirmée par la Constitution du 4 octobre 1958. L'article 1 dispose : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

En plus de sa place constitutionnelle, la laïcité est par ailleurs consacrée par des lois et des règlements. Conformément à l'Art.34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; par conséquent, les lois jouent un rôle principal en matière de laïcité, tandis que les règlements et les décrets ne jouent qu'un rôle subsidiaire. La loi qui est définitivement liée à la laïcité est la loi du décembre 1905, dite *la loi de séparation des Églises et de l'État*, complétée par ses textes d'application et interprétée par la jurisprudence, particulièrement celle du CE. Effectivement, l'Art.1 de la Constitution de 1958 ne constitue que la

requérante à la liberté de conscience et d'expression. Le CE a déclaré le pourvoi non admis.

² Ensuite on utilise le terme « la Convention » quand on fait référence à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

³ Le concept de laïcité en France fait partie d'une longue tradition d'expérimentation entre tous les modes de relations Églises-État. Pour une analyse approfondie, (cf.): M.-D. CHARLIER-DAGRAS, *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne: Pluralisme et convergences*, Paris : L'Harmattan, 2002, p.17-20. Pour l'impacte sur la pensée philosophique, (cf.) : J.-J.ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique (Édition originale commentée par VOLTAIRE)*, Paris: Le Serpent à Plumes, 1998.

constitutionnalisation de la loi du 1905. Cette loi est une loi de rupture, qui signale la fin définitive du régime concordataire, sans que le Concordat⁴, en tant que traité international, ait été formellement dénoncé. La loi de 1905, ainsi que la loi de 1907 est toujours en vigueur, et consacre l'édifice de la « laïcité à la française »⁵.

De prime abord, la loi affirme le principe : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Mais l'objet principal de la loi se trouve au niveau de l'Art. 2 : « *La République ne reconnaît, ne salarie ni subventionne aucun culte* ». Désormais, les dépenses du culte et de son exercice n'appartiennent plus aux dépenses publiques, celles-ci sont « supprimées du budget de l'État, des départements et des communes ». Par la conjugaison de deux articles l'État met tous les cultes sur une base d'égalité, en facilitant la liberté de culte pour tous les croyants de toutes les religions. Cette base d'égalité ne s'étend cependant pas au domaine financier. La République n'est pas antireligieuse, mais neutre. L'activité religieuse devient strictement privée⁶. On évoque la citation d'Aristide Briand au moment du vote de la loi de

⁴ Le Concordat fut signé en 1801 entre Pie VII et Bonaparte, et a marqué le début de l'ère moderne, où l'État et l'Église (catholique) forment deux sociétés distinctes, juridiquement parfaites. Avec la [Constitution Civile du Clergé](#) de 1790, les ecclésiastiques français avaient acquis un statut des quasi-fonctionnaires, puisque ils avaient dû prêter un serment de fidélité à la Constitution, et leur traditionnelle nomination par le pape avait été supprimé. Depuis la [Révolution française](#), il y avait alors d'une part un clergé d'Ancien Régime, dont souvent les évêques étaient en exil à l'étranger, et d'autre part un [clergé constitutionnel](#) ; cette situation a provoqué à plusieurs reprises la réaction de la coté du Pape. Par conséquent, le Concordat fut le compromis nécessaire contre la crise. Dans l'Art.1 celui-ci dispose : « la religion catholique, apostolique et romaine sera librement exercée en France ». Cependant plusieurs dispositions témoignent de la subordination de l'Église vis-à-vis de l'État. Malgré tout, le concordat a réussi à surmonter toutes les crises politiques et les différents régimes jusqu'à la séparation définitive des Églises et de l'État par la loi de 1905. M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.20.

⁵ J.FIALAIRE, E.MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris : Ellipses, 2005, p. 464-465, G. BEDOUELLE, J.-P. COSTA, *Les laïcités à la française*, Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p.85-87.

⁶ J.FIALAIRE, E.MONDIELLI, p. 464-466.

1905 : « L'État ne sera ni religieux, ni antireligieux. Il sera a-religieux ». Les charges de contribuables culturels sont transférées aux fideles. De plus, les édifices du culte sont restitués aux collectivités publiques (l'État, les départements et les communes) et sont mis à la disposition des associations culturelles prévues par la loi (Titre IV, Des associations pour l'exercice des cultes)⁷. Par conséquent, la loi de séparation n'est pas une loi de séparation absolue, mais plutôt de compromis.

Généralement, les deux cotés (l'État et l'Église) ont montré une volonté d'apaisement, après de vives tensions. Cette volonté d'apaisement a été mise en évidence par une série de lois et de règlements concernant le statut des édifices et les ministres de tous les cultes. Ce processus d'apaisement trouve son aboutissement dans la jurisprudence du CE. Celle-ci a ouvert non seulement la voie à la réglementation de différents aspects concernant la pratique des cultes⁸, mais a aussi souvent permis la réglementation de problèmes internes à la sphère religieuse. Il en résulte donc un paradoxe: le juge profane règle des affaires du religieux.

⁷ L'acceptation de la séparation de l'Église et de l'État était la condition pour la création de ces associations, ce qui a provoqué un catégorique refus des catholiques (seulement!). Dans le but d'apaiser ces réactions, la loi du 2 janvier 1907 dispose qu'à cause du manque d'associations culturelles, les édifices pour l'exercice du culte et leur propriété se trouvent désormais à la disposition des fidèles et des ministres de culte pour la pratique de leur religion. Ce règlement aboutira à la création des associations diocésaines, et pas seulement culturelles. De plus, ce règlement a permis le rétablissement des relations avec le Vatican, ainsi que l'acceptation de ses associations. De ce fait, la loi de séparation fut acceptée par l'Église. G. BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p.88-90.

⁸ Par exemple, les querelles entre les maires et les curés, concernant une variété d'affaires : les sonneries de cloches, le port du viatique, les convois funèbres religieux. Le CE a facilité l'exercice du culte et de ses manifestations intérieures et extérieures, en laissant, en même temps, aux communes leurs responsabilités en matière d'ordre public ou d'entretien d'édifices. De plus, le CE a réglé que les unions culturelles (et toutes les réunions, loi du 28 mars 1907), se tiennent librement, sans même une déclaration préalable ; les ministres du culte en assurent eux-mêmes la police, bien que les maires puissent user de leurs propres pouvoirs au cas où l'ordre public serait menacé. Enfin, la liberté du culte s'applique aussi aux membres des sectes (CE, 14 mai 1982, arrêt de l'Association internationale pour la conscience de Krishna).

2. La laïcité scolaire

2.1. Évolution historique

L'école n'a pas cessé d'être le terrain le plus conflictuel en matière de laïcité de l'État. Sous la Révolution déjà, des litiges opposaient les partisans de l'école privée et les défenseurs des écoles de l'État. La première ingérence de l'État sur l'enseignement a été concrétisée par Napoléon, qui a effectué le paradoxe, d'établir à la fois des relations de collaboration entre l'Église et l'État et de laïciser l'enseignement. L'instruction devient alors un quasi-monopole étatique, puisque Napoléon a créé plusieurs écoles, collèges, lycées, même Université (l'Université impériale, en 1806). Cette situation survit la Restauration, jusqu'à 1830, où se situe le tournant : la Charte de 1830 dans son article 69 annonce le principe de la liberté d'enseignement⁹. La première école privée est fondée¹⁰. Un processus de délaïcisation et de libération de l'enseignement commence, exprimé par les lois Guizot en 1833, Falloux en 1850 et Dupanloup/de Laboulaye en 1875, qui introduisent respectivement la liberté de création des établissements primaires, secondaires et supérieurs. Ainsi débute un litige de prépondérance dans le domaine de l'école : d'une part, l'Église catholique, qui désire une place prédominante au cadre de l'enseignement privé; d'autre part, la gauche, qui défend l'idée de l'école laïque, au nom de l'anticlérisme. Le combat devient de plus en plus intense, jusqu'aux années 1880, quand Jules Ferry a introduit trois lois (*les lois Ferry*) :

1. *la loi du 16 juin 1881*, qui concerne les titres exigés pour enseigner dans les écoles primaires ;
2. *la loi du 28 mars 1882*, sur l'enseignement primaire obligatoire, laïque et gratuit ;

⁹ G. BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p.91-92.

¹⁰ Fondée par Lamennais, Montalembert, Lacondaire (catholiques libéraux), l'école a violé le monopole de l'État: c'est pourquoi ses fondateurs ont été punis d'une amende symbolique.

3. *la loi du 30 octobre 1886*, sur la liberté de l'enseignement, qui donne à l'État le monopole de l'allocation des grades et confie exclusivement aux laïques l'enseignement dans les écoles publiques (primaires) de tout ordre. L'important est que, il y a non seulement la séparation (entre le scolaire et le spirituel), mais de plus la tolérance de la religion. Il s'agit même ici, bien plus qu'une tolérance, d'une volonté de faciliter l'accès à la religion à ceux qui le souhaitent¹¹. La caractéristique commune de ces lois est la volonté de ne pas mettre obstacles à la liberté de culte. Ainsi l'Art.2 de la loi de 1882 dispose: « Les écoles primaires publiques vaqueront un jour par semaine, en outre le dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants l'instruction religieuse en dehors des édifices scolaires ».

Par ailleurs, la question financière demeure. L'Art.2 de la loi du 30 octobre 1886 proclame que «(...) les financements publics peuvent être reçus exclusivement par les établissements publics d'enseignement ». La loi Falloux, loin d'être une loi laïque, l'a déjà déclaré en l'Art.69 pour l'enseignement secondaire¹². Ainsi prend forme la situation suivante au sein du système scolaire : la coexistence d'une part d'une école publique, financée par les collectivités publiques, et gratuite, et d'autre part d'une école primaire privée, financée pour l'essentiel par des fonds privés, or payante. L'école privée est notamment catholique, tandis que les écoles privées laïques, protestantes ou juives sont très limitées.

Pendant la IVème République et les débuts de la Vème les parents d'élèves scolarisés dans les écoles privées demandent de plus en plus d'avantages financiers. Par conséquent, des brèches ont été ouvertes dans le principe d'interdiction des subventions publiques aux écoles primaires privées, et de telles brèches ont suivi pour l'école secondaire

¹¹ G. BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p. 93.

¹² « Les établissements libres peuvent obtenir des communes, des départements ou de l'État un local ou une subvention, sans que cette subvention puisse excéder le dixième des dépenses annuelles de l'établissement ».

privée. Les lois Marie et Barange (de 21 et 28 septembre 1951 respectivement), ont autorisé les écoles secondaires privées à recevoir des boursiers de l'État, et ont créé le versement d'allocations trimestrielles aux pères de famille, afin que leurs enfants fréquentent une école publique ou privée. Ces mouvements, considérés anti-laïques, ont pour conséquence une réponse active des laïques. Cette « prise de conscience » des laïques se concrétise par une loi capitale, qui demeure jusqu'aujourd'hui le pilier du droit positif de la laïcité scolaire: *la loi du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'État et les écoles privées*, ladite loi *Debré*. La loi assure aux enfants et adolescents qui fréquentent les établissements de tous les rangs de l'école publique un enseignement « conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances » (Art.1) et prévoit les relations de l'enseignement privé avec l'État dans un cadre de réciprocité: l'État offre son aide financière aux établissements privés d'enseignement en contrepartie d'un contrat (soit *contrat simple*¹³, soit *contrat d'association*¹⁴), et l'établissement se soumet au contrôle de l'État. Cela ne signifie pas que les établissements privés qui souhaitent rester hors contrat restent ainsi hors contrôle de l'État; par contre, ceux-ci subissent un contrôle minimal dans les domaines d'hygiène, de sécurité, de moralité et de titres exigés des directeurs et des maîtres¹⁵.

Sauf l'aide à l'enseignement privé, la loi Debré clarifie la question du contenu de l'enseignement, et c'est la raison pour laquelle elle intéresse

¹³ En contrepartie du contrat simple, les établissements bénéficient de la prise en charge de leurs dépenses de personnel (pour ceux de leurs maîtres qui sont agréés par l'État). De leur côté, ils sont contraints de préparer les élèves aux examens officiels, d'utiliser des manuels non interdits par l'Éducation nationale et d'organiser l'enseignement de base par référence aux programmes et horaires de l'enseignement public; or ils jouissent d'une autonomie pédagogique assez grande. G. BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p.96.

¹⁴ Grâce aux contrats d'association, les dépenses de personnel (même les charges sociales incluses) et les dépenses de matériel sont financées par l'État, sur la base du forfait d'externat (coût moyen d'un externe du public); ainsi est-il ce type de contrat plus avantageux et plus contraignant que le type précédent. G.BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p. 96.

¹⁵ G.BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p. 95-97.

proprement la laïcité: l'enseignement public est *neutre*, donc laïque, même si ce mot n'existe pas dans le texte de la loi. Cela devient clair dès le premier article : « Suivant les *principes* définis par la Constitution, l'État assure aux enfants et adolescents dans les établissements d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances... (L'État) prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse ». Les principes mentionnés ne peuvent qu'être la gratuité et la laïcité. Mais ce caractère d'enseignement ne doit pas être absent même au sein des établissements privés sous contrat : « L'établissement, tout en conservant son *caractère propre*, doit donner cet enseignement dans le respect total de la liberté de conscience. Tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinions ou de croyances y ont accès »(Art.1). Bien que le terme *caractère propre* demeure imprécis et ne semble pas toujours conciliable avec le respect total de la liberté de conscience¹⁶, le but de l'enseignement envisagé par Debré est clair si l'on considère la citation dans son ensemble.

Malgré la vive opposition, avec laquelle la loi a été accueillie, la loi fut appliquée. Elle a été modifiée pour la première fois sur des points relativement techniques par la loi du 1^{er} juin 1971, mais elle le fut surtout par la loi Guerneur du 25 novembre 1977, qui a augmenté l'aide financière aux établissements privés, principalement quant aux rémunérations des maîtres, et renforcé le pouvoir des directeurs et la notion du caractère propre de l'établissement. Bien que la loi Guerneur ait été jugée conforme à la Constitution par la décision du 23 novembre 1977 du CC, l'opposition des défenseurs de la laïcité fut ardente. Mais au travers de cette décision, le CC a ouvert une nouvelle voie à la perception de la laïcité : outre l'affirmation indiscutable de la valeur constitutionnelle du principe de la liberté d'enseignement, le CC a affirmé celle de la liberté

¹⁶ Par exemple, il est difficile d'imaginer une école catholique, qui enseigne la religion d'une forme de catéchèse et qui en même temps assure la liberté de conscience d'un élève musulman.

de conscience. Ainsi le CC a interprété la disposition la plus critiquée de la loi -celle du caractère propre de l'établissement- de manière « neutralisante »: les maîtres d'établissements sous contrat doivent offrir l'enseignement en respectant la liberté de conscience de leurs élèves (devoir de réserve), sans permettre en même temps une atteinte à leur propre liberté de conscience¹⁷. La loi Guerneur fut amendée par la loi du 25 janvier 1985, qui a abrogé les Art. 1 et 4. Le CC l'a jugée conforme à la Constitution¹⁸. Jusqu'aujourd'hui, le droit positif est donc la loi Debré, corrigée par les lois du 22 juillet 1985 pour prendre en compte la décentralisation.

Certes, les litiges autour de la laïcité et de l'enseignement ne cessent pas d'exister. Ces litiges sont même de plus en plus complexes, puisque nourris par les nouvelles données sociales. La France est en effet une société multiculturelle, dans laquelle un grand nombre d'immigrants de première et de deuxième génération surtout de confession musulmane essaient de s'intégrer. Ce pluralisme culturel se déplore notamment au sein de l'école. Dans un contexte d'accroissement du pluralisme culturel, le phénomène religieux peut-il encore longtemps être ignoré par l'enseignement public laïque ? On a déjà signalé que l'État n'a pas ignoré l'enseignement privé en tant qu'élément de la société civile. Parallèlement, l'enseignement public ne pourrait pas ignorer l'enseignement religieux, puisque la religion constitue une partie inhérente de celle-ci. L'enseignement religieux peut être *confessionnel* ou *laïque*. Dans le premier cas on l'appellerait *catéchèse*. La loi du 28 mars 1882 l'interdit explicitement, prévoyant pourtant un jour par semaine ou celui-ci peut être suivi, toujours en dehors de toute obligation scolaire¹⁹ et de tous

¹⁷ G.BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p. 98-99.

¹⁸ Sauf une disposition, selon laquelle la signature des contrats avec les établissements privés est soumise à l'accord des communes. G.BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p. 100-101.

¹⁹ Suite à l'arrêté ministériel du 12 mai 1972, ce jour est le mercredi, tandis qu'il y a eu des demandes régulières de parents afin que celui-ci soit transféré au samedi. Cette demande fut satisfaite dès la rentrée 2008, après la décision du Haut Conseil de l'Éducation. M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.170-171.

établissements scolaires publics²⁰. Dans le second cas, il serait appelé *enseignement d'histoire des religions*, qui se consacre aux religions en tant que mouvements de pensée, à leur développement au cours des siècles, à leurs pratiques de pèlerinage et à la variété des architectures religieuses²¹; or celui-ci n'est pas du tout incompatible avec l'école laïque. Ainsi, l'Éducation nationale a inscrit au programme des classes de sixième, cinquième et quatrième un cours d'histoire de religions. Hors de ces classes, aucun cours concernant ce sujet n'est administré²².

2.2. L'affaire du foulard islamique à l'école : Les élèves devant le tribunal

²⁰ Ici on doit rappeler une exception: la présence du régime alsacien-mosellan, qui déroge généralement la laïcité. La première phrase de l'art. 1 de la Constitution française reconnaît une exception à l'égard de la laïcité dans les trois départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Les racines sont historiques. On pourrait dire que le droit concordataire survit au détriment de la laïcité. Spécialement l'enseignement public est hors d'être laïque, à cause du maintien de certaines dispositions de la loi Falloux du 15 mars 1850 (abrogées dans les restes départements français par les lois Ferry). Ainsi, dans les établissements publics d'enseignement primaire et secondaire, même supérieur (puisque l'Université de Strasbourg dispose de deux facultés théologiques, l'une catholique et l'autre protestante, dont les enseignants et le personnel sont pourtant des fonctionnaires publics, et l'Université de Metz d'un centre de théologie pratique), un enseignement religieux est rassuré pendant les horaires et dans les locaux scolaires. Il est obligatoire pour les élèves pourvu que les parents ne demandent pas de dispense. Par conséquent, outre le 1^{er} article de la Constitution, l'enseignement religieux pose des questions par rapport au Préambule de la Constitution 1946, treizième alinéa. De surcroît, le droit local alsacien-mosellan semble enfreindre le principe de la liberté d'enseignement, en ce qu'il exige au cas de création d'établissements d'enseignement l'autorisation administrative (loi locale du 12 février 1873). G.BEDOUELLE, J.-P. COSTA, p.148-150. Ce système au sein d'un pays strictement laïque est un vrai paradoxe, qui au niveau de pratique généralement fonctionne. Certes, celui-ci ne manque pas de problèmes: les données statistiques démontrent que les dispenses du cours religieux touchent le tiers du nombre d'élèves à l'école primaire et les quatre cinquièmes dans l'enseignement secondaire. Cela devrait faire repenser au sujet du contenu du cours religieux, qui est ici identique à la religion et son expression institutionnelle. R. DEBRE, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Paris: Odile Jacob, 2002-(en grec), P. NTEΜΠPE, *Η διδασκαλία της θρησκείας στο ουδετερόθρησκο σχολείο*, Αθήνα, Εστία, 2004, p. 81.

²¹ R. DEBRE, p.21-30, 50-51.

²² M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.172-173.

La laïcité en tant qu'enjeu juridique, politique et social est réapparue à la fin des années 80, non plus comme une réaction contre l'enseignement privé ni comme conflit quant au contenu de l'enseignement religieux, mais lors de *l'affaire du foulard islamique*.

Le regain d'intérêt pour la question de la laïcité a été la décision du proviseur du collège Gabriel Havez de Creil d'exclure en octobre 1989 trois élèves musulmanes du collège, car elles avaient fréquenté l'école la tête couverte. Lionel Jospin, ministre de l'Éducation Nationale à l'époque, a sollicité l'avis du CE, rendu le 27 novembre 1989. Dans celui-ci, le juge administratif rappelle « le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui » en parlant « des signes d'appartenance religieuse ». Le CE a une conception ouverte et pluraliste de la laïcité, qui est compatible avec le port du foulard. En condamnant l'exclusion d'élèves voilées à cause des dispositions des règlements intérieurs, le CE considère le port du foulard comme représentatif de l'exercice de la liberté d'expression, pourvu que cela ne trouble pas l'ordre public et ne constitue pas un acte de prosélytisme²³. Le port du signe religieux n'est pas en soi incompatible avec la laïcité de l'État²⁴. On remarque, en premier lieu, que le CE se réfère aux *signes d'appartenance* au lieu de « voile (ou foulard) islamique ». En second lieu, le CE évoque clairement la Convention, sans référence directe à ses articles concrets. Effectivement, le CE tend de hiérarchiser la liberté de conscience et la laïcité, déclarant le primat de la

²³ M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.175-177.

²⁴ Le CE déclare: «(...) le port par les élèves de signes par lesquels il entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public». Extrait de l'avis de l'Assemblée générale du CE, 27 novembre 1989 (n° 346.893), sur le site Internet www.conseil-etat.fr.

première sur la seconde. De surcroît, le CE prévoit que les autorités disciplinaires d'écoles doivent apprécier *ad hoc* (*au cas par cas*) la violation éventuelle de deux principes, pourtant sans définir précisément l'acte du prosélytisme²⁵. Depuis cet avis du CE, la jurisprudence concernant le voile islamique met en avant une politique de reconnaissance à l'égard du voile. La première affaire au sujet du voile islamique jugée par le CE est l'arrêt *Kherouaa*. Le TA de Paris a insisté sur le « caractère ostentatoire et revendicatif *de nature* » que présente le port du voile, et a rejeté le 2 juillet 1991 la requête pour annulation de l'exclusion de Mlle Kherouaa sur la base du « principe de laïcité (...) et (de) l'interdiction du port de tout signe distinctif d'ordre religieux, politique ou philosophique (...) »²⁶. Le CE a annulé ce jugement le 2 novembre 1992, en énonçant que l'interdiction du règlement intérieur du collège est « (...) générale et absolue en méconnaissance des principes rappelés et notamment de la liberté d'expression reconnue aux élèves »²⁷. Ainsi le CE a insisté sur une interprétation souple de la laïcité, qui ne permet pas l'interdiction générale de tout signe distinctif.

En dépit de cette jurisprudence, le 20 septembre 1994 le ministre de l'Éducation nationale François Bayrou a encouragé « (...) l'interdiction de ces signes ostentatoires, sachant que la présence de signes plus discrets, traduisant l'attachement à une conviction personnelle, ne peut faire l'objet des mêmes réserves (...) »²⁸. Toutefois, le CE rejeta une requête²⁹ d'annulation de cette instruction.

Le CE a insisté à sa jurisprudence, comme l'indique l'arrêt *Yilmaz* du 14 mars 1994. En annulant le jugement du TA de Nantes du 13 février

²⁵ L'avis du CE a été incorporé par Lionel Jospin à la circulaire du 12 décembre 1989. M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.177.

²⁶ TA Paris, 2 juillet 1991, *Kherouaa*.

²⁷ CE, novembre 1992, *Kherouaa*.

²⁸ Circulaire du 20 septembre 1994, Bulletin officiel de l'éducation nationale (BOEN) n° 35, sur le site internet www.assemblee-nationale.fr.

²⁹ La requête fut déposée par l'association « Un Sisyphe ». Le CE a jugé que la circulaire ministérielle ne constitue pas d'excès de pouvoir, car elle ne contient pas par elle-même aucune disposition directement opposable aux administrés.

1992³⁰, le CE a répété que « (...) le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas, par lui-même, incompatible avec le principe de laïcité »³¹ et a souligné à nouveau que les interdictions générales et permanentes ne peuvent pas être acceptées; la mesure doit toujours être adaptée aux faits.

Il est évident que les années 1990-1995 ont ouvert la voie à une jurisprudence indicative d'une politique de conciliation de la part du juge, tendant à la protection renforcée des croyances religieuses dans les établissements d'enseignement³². Ainsi le juge semble prêt à encourager la tendance de la société de valoriser de plus en plus les différences et d'affirmer les particularismes au sein de la collectivité, en soulignant qu'il s'agit d'un besoin de reconnaissance de ces derniers au sein de la sphère publique.

Dès 1995, au sujet du port du voile islamique, la jurisprudence commence à suivre une nouvelle typologie, en visant des résultats plus spécifiques ; or elle partage les affaires dans trois catégories, chacune correspondant aux grades de l'enseignement. Ainsi, en ce qui concerne le port du voile à l'école *primaire*, le contentieux original en matière du port du voile est l'affaire *Naderan*³³. Bien que le TA aboutisse à la réintégration de la fille dans son établissement scolaire, celui-ci considère effectivement que le voile est *en lui-même* un signe ostentatoire, indiquant un acte de prosélytisme.

³⁰ TA de Nantes, 13 février 1992, Yilmaz.

³¹ CE, 14 mars 1994, Yilmaz.

³² M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.181.

³³ Après l'interdiction de l'accès à l'école d'une jeune élève, Mlle Naderan, à la ville de Clermont-Ferrand, sur la base du port du voile, ses parents ont saisi en tant que ses représentants légaux le TA de Clermont-Ferrand, qui a annulé la décision d'interdiction, cependant à un motif plus restrictif et partiellement opposant à celui du CE. Le TA a présenté une argumentation très hostile au port du voile, où pour la première fois fut employé le terme *hidjab* au lieu du *voile*. Malgré tout, le TA aboutit à la réintégration de la fille dans son établissement scolaire en vertu d'un vice de forme: le directeur de l'établissement n'avait pas soumis la situation de l'élève à l'examen de l'équipe éducative. *TA Clermont-Ferrand, 6 avril 1995, époux Naderan.*

Les décisions d'exclusion des établissements d'*enseignement secondaire* qui ont été annulées par le CE étaient la plupart des fois fondées sur l'application systématique d'une règle et ne reposaient pas sur une appréciation des circonstances de l'affaire. Par contre, celles qui ont été confirmées s'appuyaient sur le refus de la part d'élèves d'enlever le voile³⁴, ou sur les troubles à l'ordre public³⁵. Dans tous ces cas, on peut souligner que le CE maintient sa conduite libérale en insistant que le port du voile islamique n'a pas en soi un caractère ostentatoire ou revendicatif³⁶. De plus, dans l'affaire *Ait Ahmad*³⁷, tout en confirmant la jurisprudence précédente, le CE a offert pour la première fois la possibilité de dédommagement financier à la famille de l'élève exclue, afin que cette dernière suive une formation du CNED, en vue d'assurer la continuité et la gratuité du service public. Ainsi le CE semble d'opérer un contrôle de proportionnalité entre la mesure d'exclusion d'élèves et l'atteinte à l'ordre public, ce qui rend la décision *Ait Ahmad* fondamentale³⁸.

La jurisprudence concernant le port du voile dans les établissements de l'*enseignement supérieur* démontre la spécificité de la laïcité au sein de l'enseignement supérieur, où le principe de liberté prévaut aussi bien pour

³⁴ Dans l'arrêt *Aoukili*, le CE a confirmé effectivement l'exclusion définitive de deux filles maghrébines du collège Xavier Bichat à Nantua, fondée sur le refus des filles d'enlever leur voile aux cours d'éducation physique, car il était incompatible avec le bon déroulement du cours, qui a entraîné des troubles aggravés au sein de l'établissement par les protestations des parents des élèves. *CE, 10 mars 1995, époux Aoukili, sur le site Internet <http://site.voila.fr>*.

³⁵ Dans un arrêt du 27 novembre 1996, le CE validait le règlement intérieur du lycée Faidherbe de Lille interdisant le port de signes ostentatoires constitutifs d'éléments de prosélytisme ou de discrimination et validait l'exclusion de 17 élèves du lycée qui, avec le soutien d'éléments extérieurs à l'établissement, avaient participé à des mouvements de protestation de nature à troubler le fonctionnement du service public. *Ligue Islamique du Nord, Monsieur et Madame CHABOUE et autres, Petites affiches 1997, n° 30, p. 10*.

³⁶ M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.185-187.

³⁷ Le CE a confirmé la décision d'exclusion du collège de Mlle Ahmad à cause de son refus de « porter une tenue compatible avec le bon déroulement du cours d'éducation physique et de technologie », et a accepté l'éventualité d'un dédommagement financier à sa famille, afin que l'élève puisse suivre parallèlement des cours par le CNED. *CE, 20 octobre 1999, Affaire ministre de l'Education nationale de la recherche et de la technologie c. / époux Ait Ahmad, req. no 181486*.

³⁸ M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p. 186-187.

les étudiants que pour les enseignants³⁹. La plupart des affaires traitent du refus d'admission des filles voilées⁴⁰, ou de la liberté des professeurs, considérée traditionnellement par le CE comme exigence de nature constitutionnelle⁴¹.

Au travers des affaires caractéristiques sur la laïcité et l'enseignement, on pourrait tirer les inductions suivantes :

1. le CE tend d'analyser le principe de la laïcité à la lumière du principe de neutralité et de la liberté de conscience et d'accorder le primat à la liberté de conscience (voire même à la liberté de religion);
2. la limite à cette liberté est l'ordre public;
3. les rares exceptions à la ligne jurisprudentielle ouverte par le CE sont toujours fondées par les troubles éventuels à l'ordre public entraînés par le port du foulard⁴²;
4. la question du port du voile est principalement politique, portant sur la reconnaissance des différences et l'acceptation d'une dimension communautaire dans la société. Néanmoins, au travers de la jurisprudence mentionnée, on pourrait induire que le juge a introduit une nouvelle dimension de la laïcité, où l'individu étend son identité privée sur la sphère publique⁴³;
5. aux arrêts déjà étudiés, le juge s'appuie à la fois sur le droit interne (Art. 10, DDHC, Art. 2 de la Constitution de 1958, Art. 10 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989⁴⁴, circulaires ministérielles du 12 décembre 1989 et du 20 septembre 1994) et sur les engagements internationaux de la France (Art.9 de la Convention), et s'efforce

³⁹ M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.182-183.

⁴⁰ CE, 26 juillet 1996, Mlle Achouch et Mlle El Massi Kannouh, sur le site Internet www.droitdesreligions.net/juris/ce/.

⁴¹ CE, 29 mai 1992, Association amicale des professeurs titulaires du Muséum national d'Histoire naturelle, sur le site Internet www.scribd.com.

⁴² (cf.) TA Clermont-Ferrand, 6 avril 1995, époux Naderan.

⁴³ M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.193-195.

⁴⁴ Loi d'orientation sur l'éducation (*Loi Jospin*).

d'adapter la singularité française de la notion de laïcité au droit européen.

Les interprétations de la jurisprudence précédente ont été prises en considération par le législateur, ce qui a conduit à adopter la loi n° 2004-228, ladite *loi sur la laïcité*.

2.3. Le voile d'élève : le combat de la doctrine

L'évolution de la laïcité au niveau de la jurisprudence n'est pas appréciée de manière similaire par la doctrine, au sein de laquelle le conflit du voile s'étale ardemment entre deux écoles de pensée: la doctrine laïciste⁴⁵ et la doctrine libérale⁴⁶.

⁴⁵ Selon les partisans de cette école de pensée, dont notamment Henri Pena-Ruiz, la laïcité doit être envisagée dans son acceptation stricte et originelle, c'est-à-dire conformément à l'idée fondamentale de séparation absolue de la sphère religieuse et de la sphère étatique. Toute influence des Églises sur l'État est exclue, et inversement : l'État n'ingère jamais dans l'espace religieux, il est non-confessionnel. Entre l'État et l'Église existe une ignorance mutuelle. Autrement dit, il s'agit d'une *laïcité-abstention*, une *laïcité de combat*, qui repose sur le courant idéologique et ambigu de particularisme post-révolutionnaire. M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.155. Une des questions les plus souvent évoquées par ses défenseurs est l'enseignement privé; ils s'opposent avec vigueur au financement public de ce dernier; le financement public doit être adressé exclusivement aux établissements publics.

⁴⁶ À l'opposé de la conception laïciste, la conception libérale montre une tendance clairement moins séparatiste, prônant une liberté religieuse de vertu directement fonctionnelle, permettant à une diversité de citoyens de pouvoir manifester leurs convictions et leurs croyances. Cette doctrine est soutenue par André Vivien, qui propose une laïcité ouverte, en pleine évolution, présente aux réflexions menées sur la transformation profonde de grands domaines, tels que l'école. La laïcité ouverte permet « en respectant les règles de prudence et de courtoisie nécessaire à la clarté des débats, de confronter diverses idéologies religieuses ou philosophiques ». A. VIVIEN, *Les sectes en France. Expression de la liberté morale ou facteur de manipulation, Documentation française (Les rapports officiels)*, Paris: 1983, p. 112. Tandis que la doctrine laïciste insiste sur la nécessité d'une totale réserve entre les deux acteurs, étatique et religieux, la doctrine libérale souligne la nécessité d'un dialogue accru et d'une acceptation des différences. Il s'agit d'une « laïcité moderne ou modernisée, qui vise à une façon de vivre ensemble ». M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.157. Effectivement, la doctrine de la laïcité libérale est étroitement liée au concept du pluralisme, qui démontre qu'il peut exister un partenariat entre l'Église et l'État : l'État peut toujours connaître les Églises comme associations, sans être contraint de juger leur valeur spirituelle. Le concept libéral s'oppose donc au concept laïciste, où l'approchement de deux sphères est définitivement exclu.

Les défenseurs de la doctrine laïciste s'opposent au port du voile en dénonçant le risque du développement d'un droit à la différence et ils remarquent en même temps que la logique juridique française est affectée par la position du CE, et que la logique juridique française oublie que « le droit français refuse la différence⁴⁷ ». Pour ceux-ci, le voile est un signe distinctif d'une conviction religieuse, et spécifiquement la religion musulmane, où le lien entre le politique et le religieux est plus intensif qu'au sein d'autres religions, et c'est exactement ce mélange de religion et de politique à l'école que la laïcité tente de combattre. Dans cette perspective, la circulaire de Lionel Jospin et l'avis du CE de 1989 sont *stricto sensu* anti-laïques et par conséquent anticonstitutionnels, transformant même l'essence de la neutralité laïque. La neutralité laïque ne signifie alors plus le refus de toute intrusion religieuse (et politique) dans le public, mais autorise au contraire toutes ces intrusions⁴⁸; il s'agit donc d'une rupture avec la tradition républicaine.

Par contre, la doctrine libérale défend le port du voile à l'école et souligne la nécessité de céder une place aux particularismes culturels, en maintenant en même temps les exigences de l'universalisme et du « vivre ensemble ». Il s'agit d'un juste milieu: d'une part, la nécessité d'intégration des particularismes culturels, d'autre part, le risque d'immiscions de l'État dans les consciences, et la difficulté d'assurer à tous les mêmes droits, tout en respectant les identités plurielles⁴⁹. L'évolution de la laïcité est inexorablement liée avec l'évolution de la République: l'évolution démocratique de la société introduit nécessairement une laïcité plus tolérante, l'une ne peut pas se produire sans la production de l'autre⁵⁰. La jurisprudence du CE contribue à l'enrichissement de la société française

⁴⁷ G. KOUBI, *Le droit à la différence, un droit à l'indifférence?*, RRJ, 1993-2, p.451-463.

⁴⁸ E. CHENIERE, *La France au XXème siècle sera laïque ou ne sera pas*, Revue Politique et Parlementaire, 1994, no 974, p.5.

⁴⁹ D. LOCHAK, sous la direction de C. HAROCHE, « For intérieur et liberté de conscience », *Le for intérieur*, Paris: PUF-CURAPP, 1995, p.203.

⁵⁰ A. VIOLA, *La notion de la République dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris: L.G.D.J., 2002, p.303.

par l'échange multiculturel et multi-religieux au sein de l'école, « au moment où chaque jeune doit précisément apprendre à affirmer sa différence tout autant que sa tolérance⁵¹ ». L'attitude du CE à l'égard du voile ne porte pas atteinte au principe de la laïcité de l'État; le voile exprime, à l'inverse, la richesse de celle-ci et la nécessité de sa constante adaptation aux multiples données sociales⁵². L'attitude du CE démontre que la liberté religieuse et la laïcité de l'État sont deux notions à concilier; l'une peut redéfinir l'autre.

2.4. L'affaire du foulard islamique à l'école : Les enseignantes devant le tribunal

Un aspect particulier de la question de la laïcité au sein de l'enseignement public constitue la laïcité des enseignants, en tant qu'agents publics. À cause de leur qualité, la laïcité acquiert un sens plus strict, présenté succinctement par l'arrêt Mlle Marteaux du CE, du 3 mai 2000⁵³.

⁵¹ Ainsi A.de LAJARTRE, cité dans M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p. 199.

⁵² M.-D. CHARLIER-DAGRAS, p.200-201.

⁵³ Mlle Julie Marteaux était surveillante d'externat, intérimaire au collège Jules-Ferry de Bogny-sur Meuse, qui portait son foulard islamique à l'école. Par conséquent, le recteur de l'académie de Reims a décidé de mettre fin à ses fonctions. L'intéressée a saisi le TA de Chalons-en-Champagne d'une demande d'annulation de cette décision. Ce dernier a saisi par la suite la CE d'une demande d'avis, en application de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 («Les arrêts rendus par les cours administratives d'appel peuvent être déférés au Conseil d'Etat par voie du recours en cassation.») composé par les questions suivantes : 1. Les exigences tenant aux principes de la laïcité de l'État et de la neutralité des services publics qui fondent l'obligation de réserve incombant à un agent public, doivent-elles être appréciées en fonction de la nature des services publics concernés? 2. Convient-il, dans le cas du service public de l'enseignement [...], de distinguer suivant que l'agent assure ou non des fonctions éducatives et, dans cette hypothèse, suivant qu'il exerce ou non des fonctions d'enseignement? 3. Convient-il, dans certains cas, d'opérer une distinction entre les signes religieux selon leur nature ou le degré de leur caractère ostentatoire? Les réponses du CE dans son avis du 3 mai 2000 ont contribué à mieux fixer les contours des principes de la laïcité et de la neutralité quant aux agents du service de l'enseignement public. *CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, requête n° 217017, AJDA, 2000, p.603-608.*

En sa qualité de citoyen, chaque agent public jouit de la liberté de conscience. Dans le cadre du service public pourtant, celle-ci doit être combinée avec les exigences qui découlent de la qualité d'agent public, c'est-à-dire le respect de la laïcité et de la neutralité, qui s'appliquent à l'ensemble des services publics⁵⁴. La croyance personnelle de l'agent public comme membre de la collectivité sociale est indissolublement liée avec l'impartialité de l'État à l'égard des croyances de tous les membres de celle-ci.

Ensuite, le CE distingue clairement les agents du service de l'enseignement public de l'ensemble des agents publics quant aux obligations qui découlent du principe de laïcité⁵⁵. Cette distinction n'est pas due au juge. C'est la loi du 28 mars 1882 qui consacre implicitement la neutralité religieuse de l'enseignement primaire: l'objectif, clairement déclaré dans le premier article, est « l'instruction morale et civique » et non plus « l'instruction morale et religieuse ». De plus, l'art.17 de la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire dispose explicitement que : « Dans les écoles publiques de toute ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque ». L'école s'affirme comme le lieu privilégié de l'expression de la laïcité en l'art.1 de

⁵⁴« Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ». *CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p.603*. Ici il faut remarquer que la liberté de conscience et la laïcité ont des origines constitutionnelles, tandis que la neutralité est un principe d'origine jurisprudentielle; il n'y aucune disposition légale explicite, bien au contraire, il y a de nombreuses décisions, p.ex. TA de Paris, 13 février 1990, Rudent et CNGA c/MENCE ; CE, 28 avril 1938, Dlle Weiss ; TA Grenoble, 22 mai 1998, Tribu et TA Grenoble, 28 décembre 1998, Tribu; CE 1912, Abbé Bouteyre ; TA de Fort-de-France, 19 juin 1976, Dlle Coralie; CE, 16 décembre 1992, Gilot; TA de Versailles, 14 mai 1992, Mlle Brazza; CEDH, 15 février 2001, Mme Lucia Dahlab c. Suisse; CEDH, 19 avril 1993, 23 août 1994, Otto Preminger c. Suisse. (À trouver sur le site Internet <http://cpe.paris.iufm.fr/>).

⁵⁵ CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p. 604.

la loi Debré⁵⁶. De ce principe de laïcité découle l'interdiction de manifester leurs croyances religieuses dans le cadre de service. Tandis que l'égalité de traitement de tous les usagers du service public oblige chaque agent à neutraliser ses propres convictions, ce qui renforce l'impératif de la neutralité de l'enseignement public est la nature même des usagers: ceux-ci sont élèves, c'est-à-dire auditeurs qui n'ont pas encore la capacité de juger ce qui leur est présenté. Or l'État prend toute responsabilité de l'objectif de l'enseignement en son nom; c'est pourquoi ce dernier doit être absolument neutre. Pourtant, la neutralité de l'État, or d'agents publics, se réfère à l'impossibilité de *manifester* ses croyances religieuses dans le cadre du service⁵⁷. Ainsi, cela va de soi que la liberté de conscience en tant qu'*événement intérieur* reste absolument intacte, et uniquement la manifestation de cette conscience, donc un *événement extérieur*, doit s'accorder à la neutralité du service. Hormis la neutralité, la laïcité impose aussi l'égalité: l'enseignement doit affirmer le respect des convictions de tous; autrement dit, il n'y aurait plus d'égalité au cas où certaines croyances plutôt que d'autres seraient affichées par les agents du service public.

Par ailleurs, le CE insiste sur le fait que la nature des fonctions exercées ne joue aucun rôle quant aux caractéristiques particulières de l'obligation de la neutralité à l'école⁵⁸. Cette remarque rend l'avis du CE totalement conforme à sa jurisprudence traditionnelle de refus de moduler la portée du principe de laïcité. L'absence de distinction qui caractérise le devoir de neutralité quant aux agents de l'enseignement public est due à l'application de ce principe au service dans son ensemble⁵⁹. Selon le CE,

⁵⁶ « (...) L'État assure aux enfants et adolescents dans les établissements d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances(...) ».

⁵⁷ CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p. 605.

⁵⁸ « Il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents de ce service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement ». CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p. 606.

⁵⁹ CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p. 606.

la seule différence du domaine de l'enseignement public n'est pas la nature en soi des usagers du service public (la qualité d'élève), mais le besoin de l'application d'une manière plus stricte et plus scrupuleuse de la neutralité⁶⁰. Le CE finit par souligner que la manifestation dans l'exercice de fonctions des croyances religieuses d'un agent du service de l'enseignement public constitue un manquement à ses obligations, dont la limite est pourtant temporelle : c'est seulement le cas du port du signe « dans l'exercice de ses fonctions »⁶¹. En dehors du service il ne s'agit pas de manquement à ses obligations, bien que l'agent doive respecter son obligation de réserve : sa liberté d'expression ne doit pas porter atteinte au service auquel il appartient⁶². De plus, pour la constatation du manquement aux obligations, le caractère du signe comme ostentatoire ou non ne joue aucun rôle: tous les signes sont suspects. Le caractère ostentatoire est important exclusivement au stade du prononcé des sanctions: l'autorité administrative doit prendre en considération le caractère distinctif ou ostentatoire du signe, afin de prononcer une sanction proportionnelle. Or l'administration possède une marge d'appréciation quant à la nature du signe (ostentatoire ou non) et au contexte (p.ex. port du signe ostentatoire suivi par le refus de l'agent de le retirer)⁶³.

Au travers de la jurisprudence du CE quant à la laïcité des agents de l'enseignement public⁶⁴, on aboutit aux remarques suivantes :

- le CE reconnaît que la laïcité au sein de l'enseignement public acquiert sa forme la plus scrupuleuse ;

⁶⁰ Ainsi l'affirmait Jules Ferry, dans une réponse ministérielle au Sénat le 12 mars 1882 : « (...) assurer de la manière la plus scrupuleuse et la plus sévère la neutralité de l'école ».

⁶¹ CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p. 606.

⁶² CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p. 606.

⁶³ CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, p. 607.

⁶⁴ CE, 28 avril 1938, Dlle Weiss; CE, 8 décembre 1948, Dlle Pasteau; CE, 3 mai 1950, Dlle Jamet; CE, 3 mai 2000, Mlle Marteaux.

- le CE distingue les conséquences du principe de laïcité d'une part pour les enseignants et d'autre part pour les élèves: la laïcité se révèle plus stricte envers les premiers ;
- à l'égard des enseignants, le port des signes religieux est considéré comme manquement à leurs obligations; la gravité de la sanction imposée par l'administration dépend de la nature du signe et du contexte, dans lequel celui-ci fut porté; l'administration dispose d'une marge d'appréciation assez grande.

3. Affaire Kervanci c. France: L'appréciation de la CEDH

Bien que l'objectif de cet exposé soit la présentation du cadre législatif et jurisprudentiel de la laïcité française, son intégrité exige une succincte analyse de l'appréciation de la question par la CEDH dans l'affaire Kervanci c. France au niveau européen. De prime abord, la Cour présente le droit positif et la jurisprudence française afin de tracer la conception de la laïcité en France⁶⁵. La Cour continue avec la violation alléguée de l'Art.

⁶⁵ S'ayant référé brièvement au cadre historique, la Cour cite l'art. 10 de la loi du 10 juillet 1989 (nouvel article L. 511-1 et 2 du code de l'éducation: « Les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études ; elles incluent l'assiduité et le respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements. Dans les collèges et lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression. L'exercice de ces libertés ne peut porter atteinte aux activités d'enseignement. »), l'art. 3-5 du décret du 30 août 1985, relatif aux établissements publics locaux d'enseignement (« L'obligation d'assiduité mentionnée à l'article L. 511-1 du code de l'éducation consiste, pour les élèves, à se soumettre aux horaires d'enseignement définis par l'emploi du temps de l'établissement ; elle s'impose pour les enseignements obligatoires et pour les enseignements facultatifs dès lors que les élèves se sont inscrits à ces derniers. Les élèves doivent accomplir les travaux écrits et oraux qui leur sont demandés par les enseignants, respecter le contenu des programmes et se soumettre aux modalités de contrôle des connaissances qui leur sont imposées. Les élèves ne peuvent se soustraire aux contrôles et aux examens de santé organisés à leur intention. Le règlement intérieur de l'établissement détermine les modalités d'application du présent article. »), le règlement intérieur du collège Jean Monnet en vigueur à l'époque des faits [« (...) I c) Fréquentation. (...) Toute absence irrégulière à un cours ou à une permanence, toute sortie non autorisée sont des fautes graves qui seront sanctionnées ; (...) II b) Tenue des élèves. (...) Une tenue discrète, décente, respectant les règles de l'hygiène et de la sécurité est exigée de tous les élèves. (...) Le

9 de la Convention⁶⁶ et de l'Art. 2 du Protocole No 1. Quant à l'Art. 9, on se borne ici à mentionner que la Cour accepte que l'interdiction du port du voile durant les cours d'éducation physique et l'exclusion définitive de la requérante de son établissement scolaire en raison du refus de le retirer constituent une « restriction » de son droit à la liberté de religion. Une telle ingérence enfreint les droits de la Convention, si les exigences du paragraphe 2 de l'Art.9 ne sont pas remplies. En ce point, la Cour détermine que l'ingérence litigieuse a une base légale suffisante en droit interne⁶⁷ et poursuit la protection des droits et libertés d'autrui et d'ordre public, or des buts légitimes. En examinant la dernière exigence, qui est *la nécessité de la restriction dans une société démocratique*, la Cour cite sa jurisprudence précédente⁶⁸ et déclare que dans une société démocratique, dont la caractéristique est le pluralisme, même quant aux religions, il se révèle nécessaire d'assortir la liberté de la religion des

port, par les élèves, de signes discrets manifestant leur attachement personnel à des convictions notamment religieuses, est admis dans l'établissement, mais les signes ostentatoires qui constituent en eux-mêmes des éléments de prosélytisme ou de discrimination sont interdits ; (...) IV d) Tout élève doit se présenter au cours d'E.P.S avec sa tenue de sport. »], l'avis du CE du 27 novembre 1989 et les circulaires ministérielles du 12 décembre 1989 et du 20 septembre 1994. Par la suite, la Cour évoque la jurisprudence du CE des l'avis de 1989 jusqu'à la loi sur la laïcité de 2004 : CE, 2 novembre 1992, Kherouaa (n° 130394); CE, 14 mars 1994, Milles Yilmaz (n° 145656); CE, 27 novembre 1996, Mlle Saglamer (n° 169522); CE, 2 avril 1997, époux Mehila (n° 173130); CE, 10 mars 1995, époux Aoukili (n° 159981); CE, 20 octobre 1999, Ait Ahmad (n° 181486); CE, 27 novembre 1996, Chedouane et Wissaadane (n° 170210); CE, 15 janvier 1997, Ait Maskour et autres (n° 172937).

⁶⁶ Pour une analyse intégrale de l'article 9 de la Convention (cf.) P.van DIJK, G.J.H. van HOOFF [et al.], *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2006, p.752-770 et E. ROUKOUNAS, *La protection internationale des droits de l'homme*, Athènes : Sakkoulas, 1996, p.179-183 (en grec)-E. POYKOYNAS, *Διεθνής προστασία ανθρωπίνων δικαιωμάτων*, Αθήνα, Σάκκουλας 1996, σελ. 179-183.

⁶⁷ Les règles étaient accessibles et la requérante pouvait prévoir à un degré raisonnable, qu'au moment des faits, le refus d'enlever son foulard pouvait donner lieu à son exclusion pour défaut d'assiduité. Ainsi l'exigence de l'existence d'une *loi* dans l'acceptation matérielle du terme est remplie.

⁶⁸ Principalement Leyla Sahin c. Turquie (10 novembre 2005), mais aussi Köse et autres c. Turquie (déc. du 2 mai 2006), Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie (13 février 2003), Karaduman c. Turquie (décision de la Commission du 3 mai 1993), Dahlab c. Suisse (15 février 2001) et Valsamis c. Grece (18 décembre 1996).

limitations propres à concilier les intérêts de divers groupes. Par conséquent, l'État peut limiter la manifestation d'une religion (p.ex. le port du voile islamique), si celle-ci nuit effectivement à *l'ordre et à la sécurité publique*, ainsi que les *droits et les libertés d'autrui*.⁶⁹. Or le fait de réglementer la tenue vestimentaire (et éventuellement interdire le voile des étudiants) ne constitue pas d'ingérence disproportionnée. S'alignant sur sa jurisprudence précédente, la Cour considère que les autorités internes ont justifié suffisamment la mesure d'interdiction du port du voile aux cours de l'éducation physique; l'interdiction est conforme aux règles internes, comme les règles de sécurité, d'hygiène et d'assiduité, qui s'appliquent à tous les élèves sans distinctions. Quant à l'argument de la requérante, qu'elle a proposé de remplacer son voile par un bonnet comme volonté de compromis, la Cour répond qu'il y a une grande marge d'appréciation du collège (et, par conséquent, de l'État). En outre, la Cour ne considère pas la sanction de l'exclusion définitive comme disproportionnée; la requérante avait en tout cas la possibilité de poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance. Ainsi, eu égard aux circonstances et ayant pris en considération la marge d'appréciation des États, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse était justifiée et proportionnée à l'objectif visé et, par conséquent, *il n'y a pas eu violation de l'Art.9 de la Convention*. À la même conclusion arrive la Cour pour la violation alléguée de l'Art.2 du Protocole No. 1⁷⁰.

⁶⁹ La Cour mentionne ici des arrêts parmi sa jurisprudence, ou l'obligation de retirer un turban ou un voile afin de se soumettre aux contrôles de sécurité aux aéroports ou consulats ne constituent pas d'atteintes disproportionnées à la liberté religieuse : X. c. Royaume Uni (décision de la Commission du 12 juillet 1978), Phull c. France (décision, 11 janvier 2005), El Morsli c. France (décision, 4 mars 2008).

⁷⁰ La Cour analyse l'Art. 2 et continue d'estimer que nulle question distincte ne se pose sous l'angle de cette disposition invoquée par la requérante. Les circonstances sont les mêmes que pour l'Art.9 ; par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner cette disposition.

4. Remarques finales

L'arrêt *Kervanci c. France* s'aligne parfaitement sur la jurisprudence antérieure de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui paraît toujours méfiante⁷¹ envers le voile islamique. Quant à la France, la consécration de la laïcité en tant que principe constitutionnel signale la sévérité avec laquelle les affaires du voile sont traitées.

Le plus fort bastion de la laïcité en France est l'enseignement public. La conception de celui-ci fut principalement définie il y a plus qu'un siècle, et la réponse à la question « Quelle école voudrait-on avoir ? », donnée par Jules Ferry dans la *Lettre aux Instituteurs*⁷² le 17 novembre 1883, n'a pas du tout changé : « La loi du 28 mars se caractérise par deux dispositions qui se complètent sans se contredire : d'une part, elle met en dehors du programme obligatoire l'enseignement de tout dogme particulier, d'autre part elle y place au premier rang l'enseignement moral et civique. L'instruction religieuse appartient aux familles et à l'église, l'instruction morale à l'école. Le législateur (...) a eu pour premier objet de séparer l'école de l'église, d'assurer la liberté de conscience et des maîtres et des élèves, de distinguer enfin deux domaines trop longtemps confondus, celui des croyances qui sont personnelles, libres et variables, et celui des connaissances qui sont communes et indispensables à tous. Mais (...) la loi du 28 mars ... affirme la volonté de fonder chez nous une éducation nationale et de la fonder sur des notions du devoir et du droit que le législateur n'hésite pas à inscrire au nombre des premières vérités que nul ne peut ignorer. »⁷³.

Cette conception de l'école publique reste intangible jusqu'aujourd'hui. L'école publique est ouverte à tous, tandis que leur parcours dans celle-ci est déjà défini. L'école est caractérisée par un mélange de générosité et

⁷¹ La méfiance ne concerne pas seulement les cas où la partie concernée est la France.

⁷² Toute la lettre peut être trouvée sur le site Internet <http://s.huet.free/>.

⁷³ Dans la lettre, Jules Ferry s'adresse directement aux enseignants, et leur attire l'attention sur le fait que, pour cet objectif national, il faudra un « sacrifice » de leur part : « Pour cette partie capitale de l'éducation, c'est sur vous, Monsieur, que les pouvoirs publics ont compté. En vous dispensant de l'enseignement religieux, on n'a pas songé à vous décharger de l'enseignement moral : c'eût été vous enlever ce qui fait la dignité de votre profession ».

d'autorité, qui peut être considérée comme un paternalisme républicain⁷⁴. La vérification la plus récente est la loi du 15 mars 2004, dite « loi sur la laïcité », qui règle le port des signes religieux aux établissements de l'enseignement public⁷⁵. Le port du voile constitue pour le législateur un signe à la fois religieux et politique, capable d'introduire une forme de communautarisme à l'école et enfreignant ainsi le principe de Fraternité⁷⁶. Pourtant, l'école est conçue *pour* les élèves ; ainsi, la loi du 15 mars 2004 est conçue *pour* les filles et pas *contre* celles-ci. Cela devient clair par le processus du dialogue qui est suivi dans le cas des filles voilées avant une exclusion définitive. Le dialogue s'oriente à faire comprendre aux filles que « (...) le respect de la loi n'est pas un renoncement à leurs convictions. Il doit également être l'occasion d'une réflexion commune sur l'avenir de l'élève pour le mettre en garde contre les conséquences de son attitude et pour l'aider à construire un projet personnel »⁷⁷. De plus, les défenseurs de la loi présentent un autre argument: celles qui bénéficient de l'interdiction du port du voile islamique à l'école sont les élèves qui ne portent ou qui ne veulent pas porter le

⁷⁴ Cf. DELMAS, *Das Kopftuchverbot in Frankreich: ein Streit um die Definition von Laizität, Republik und Frauenemanzipation*, Frankfurt am Main: Lang, 2006, p76-77.

⁷⁵ Selon Jean-Pierre Raffarin, « Que signifient ces signes [d'appartenance] ? Ils disent aux autres, et d'abord à l'éducateur : 'trop tard, mon opinion est faite. Vous pourrez toujours essayer de m'en faire changer, voire simplement de me faire connaître d'autres points de vue ou de me montrer une façon de poser le problème, vous perdrez votre temps.' (...) ils sont synonymes de préjugement, pour ne pas dire de préjugé, et annoncent, discrètement ou tapageusement, un renoncement préalable à la liberté de conscience. Or l'école veut des êtres libres». Pour la citation (cf.) NOGUEZ D., *Les fondements de la laïcité*, dans: HELVIG (J.-M.), POUILLON (F.), KHOSROKHAHA (F.), *La laïcité dévoilée: Quinze années de débat en quarante Rebonds (Les dossiers de Libération)*, Paris: L'Aube, 2004, p.19.

⁷⁶ Ce reproche aux élèves voilées est loin d'être vrai. La majorité des filles, selon d'études empiriques, se considèrent comme françaises et musulmanes, qui souhaitent un pluralisme au sein d'une société unifiée. Sur la différence de *communautarisme* du *fait communautaire* par rapport à la laïcité, (cf.) Ph. FORAY, *La laïcité scolaire: Autonomie individuelle et apprentissage du monde commun*, Bern ; Berlin ; Frankfurt am Main ; Wien [u.a.] : Lang, 2008, p.103-107.

⁷⁷ Le processus de dialogue est ainsi décrit: « Pendant le dialogue, l'institution doit veiller avec un soin particulier à ne pas heurter les convictions religieuses de l'élève ou de ses parents. Le principe de laïcité s'oppose évidemment à ce que l'État ou ses agents prennent parti sur l'interprétation de pratiques ou de commandements religieux». *Bulletin officiel national n° 21 du 27 mai 2004, sur le site Internet www.education.gouv.fr* .

voile. Ici la loi acquiert une dimension symbolique en tant que lutte pour l'émancipation de ces filles. Certainement le législateur reconnaît que le phénomène du voile à l'école n'est pas encore à grande échelle ; cependant il choisit au niveau symbolique de lutter contre les signes religieux à l'école, avant que le phénomène ne s'établisse⁷⁸.

L'interdiction du port du voile trace encore plus clairement les frontières entre la vie privée et la vie publique. Ceux qui ne veulent pas accepter ces frontières constituent une menace pour les autres, qui doit être éliminée. Pourtant, la plupart des fois les filles voilées veulent rester à l'école publique, et l'interdiction les en empêche en limitant ainsi l'accès à l'enseignement public. Cela s'oppose au but poursuivi par les lois Ferry d'une école laïque et gratuite, accessible à tous. Le fait qu'en ces temps là, l'existence d'écoles privées confessionnelles constituait une défaite de l'école publique, signifie que l'école publique a aujourd'hui réussi à éliminer les éléments qui tentent de le déstabiliser⁷⁹.

La loi du 15 mars 2004 est le résultat des tentatives législatives de consacrer le plus clairement possible la laïcité au sein d'enseignement public. Cela exige des élèves et des enseignants (et, généralement, des agents de ce service public) de s'éloigner de toutes les manifestations possibles de leur appartenance religieuse, dont la plus importante est la tenue. La tenue doit être privée de tous les signes de croyance religieuse. Ici on peut remarquer une évolution législative : le circulaire du 12 décembre 1989, en vue de s'aligner sur l'avis du CE du 27 novembre 1989 constate qu' « il ne peut y avoir une interdiction générale et absolue du port du foulard ou de tout autre signe religieux mais ce port peut être prohibé en fonction des principes qu'il énumère dans son avis et au regard

⁷⁸ Cf. DELMAS, p.78-79.

⁷⁹ Dès l'interdiction du port du voile aux établissements d'enseignement public et l'exclusion de filles voilées, le nombre de filles qui fréquentent les établissements privés a constamment augmenté.

des circonstances locales». Le critère afin de prohiber un signe religieux qui ne doit pas être porté est son caractère **ostentatoire**⁸⁰.

Le circulaire du 20 septembre 1994 (le circulaire Bayrou)⁸¹, en vue de promouvoir une société pluraliste et en même temps unifiée, ainsi que l'idée de la citoyenneté, reconnaît que le lieu où cet idéal se construit est par excellence l'école, « le lieu d'éducation et d'intégration où tous les enfants et tous les jeunes se retrouvent, apprennent à vivre ensemble et à se respecter. La présence, dans cette école, de signes et de comportements qui montreraient qu'ils ne pourraient pas se conformer aux mêmes obligations, ni recevoir les mêmes cours et suivre les mêmes programmes, serait une négation de cette mission. À la porte de l'école doivent s'arrêter toutes les discriminations, qu'elles soient de sexe, de culture ou de religion. » Ce propre caractère de l'école signifie qu' « (...) il n'est pas possible d'accepter à l'école la présence et la multiplication de signes si **ostentatoires** que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie communes de l'école. Ces signes sont, en eux mêmes, des éléments de prosélytisme, à plus forte raison lorsqu'ils s'accompagnent de remise en cause de certains cours ou de certaines disciplines, qu'ils mettent en jeu la sécurité des élèves ou qu'ils entraînent des perturbations dans la vie en commun de l'établissement».

La loi actuelle cesse d'utiliser l'adjectif « ostentatoire » et le remplace par le terme « ostensiblement », dans un effort de le rendre plus objectif et plus efficace. En dépit de cet échange, la question demeure : quel signe pourrait être caractérisé ostentatoire, ou (ensuite) ostensible ? Dans le premier cas, l'État disposerait d'une énorme marge d'appréciation⁸².

⁸⁰ « Ainsi, les élèves doivent se garder de toute marque *ostentatoire*, vestimentaire ou autre, tendant à promouvoir une croyance religieuse ». *Circulaire du 12 décembre 1989*, sur le site Internet www.senat.fr .

⁸¹ Circulaire du 20 septembre 2004, sur le site Internet www.senat.fr .

⁸² Le rapport de la Commission Stasi a tracé ce problème : « (...) C'est pourquoi la commission propose d'insérer dans un texte de loi portant sur la laïcité la disposition suivante : "Dans le respect de la liberté de conscience et du caractère propre des établissements privés sous contrat, sont interdits dans les écoles, collèges et lycées les tenues et signes manifestant une appartenance religieuse ou politique. Toute sanction est proportionnée et prise après que l'élève a été invité à se conformer à ses obligations". Cette disposition serait inséparable de l'exposé des motifs suivant : " Les tenues et signes religieux interdits sont les signes ostensibles, tels que grande croix, voile ou kippa. Ne sont pas regardés comme des signes manifestant une appartenance religieuse les signes discrets que sont par exemple médailles, petites croix, étoiles de David, mains de Fatimah, ou petits Coran." . COMMISSION DE REFLEXION

Comment pourrait-on expliquer une telle condition, afin de ne pas aboutir à une interdiction générale ? Les limites semblent fluides. Un signe considéré comme ostentatoire dans un certain moment, dans une certaine société pourrait perdre cette qualité dans la même société à un autre moment, ou, il pourrait en différer au même point dans une autre société⁸³. Tout dépend du juge; mais ce dernier ne reste pas sourd aux croyances de la société dont il est membre. Il est devenu donc clair, que ce critère devrait changer. Le législateur a essayé d'élire un critère plus objectif : la manifestation ostensible du signe. Mais ce critère aussi semble ambiguë: le terme ostensible signifie visible, ou s'agit-il d'une variation aggravée du terme ostentatoire ? Dans le premier cas, le terme approche à une certaine objectivité ; pourtant, la visibilité supposée est une mesure si ample que l'emmène à l'interdiction générale et absolue dont il doit s'abstenir. Dans le deuxième cas, le problème demeure le même que celui du jadis. La grande marge d'appréciation ouvre la voie aux interprétations plutôt politiques et sociales que juridiques.

La loi du 15 mars 2004 dispose exactement que le port des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le voile islamique, un symbole polysémique⁸⁴, appartient à la tenue. La loi déclare explicitement que

SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITE DANS LA REPUBLIQUE, *Rapport au Président de la République*, remis le 11 décembre 2003(à trouver sur le site Internet <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>). L'effort de précision est évident ; cependant, encore une fois les termes *tels que* et *par exemple* ne parviennent pas à une règle précise et d'application générale.

⁸³ S.KALOGIROU, *L'usage des signes religieux aux écoles françaises: L'affaire du foulard islamique en France*, DtA, 2006, n° 29, (en grec)- Σπ. Καλογήρου, *Η χρήση θρησκευτικών συμβόλων στα γαλλικά σχολεία : η υπόθεση της «ισλαμικής μαντίλας» στη Γαλλία*, ΔτΑ, 2006, n°29, p.77-157.

⁸⁴ On peut distinguer entre les catégories suivantes du voile comme symbole éventuel :

1. *Le voile comme symbole religieux* : Le voile constitue une de principaux symboles religieux, puisque le Coran s'y réfère explicitement dans les sourates. Contrairement aux impressions autour le voile en Islam, celui-ci n'est pas une marque de soumission et d'infériorité de femmes par rapport aux hommes ; en portant le voile, la femme musulmane fait acte de soumission et d'obéissance envers Allah, mais agit à la fois pour sa protection morale en préservant sa

seulement les tenues qui évoquent une appartenance religieuse sont interdites, afin que la laïcité de l'État soit respectée. De cette façon, la laïcité emmène à la restriction de la liberté religieuse, une liberté propre à l'identité de l'individu, puisque le développement de la personnalité de chacun est définitivement lié avec ses convictions politiques et religieuses. Une partie importante de la liberté de religion constitue la manifestation des croyances religieuses. C'est en ce point que l'État intervient, avec le but de protéger la société démocratique et les droits d'autrui, et exige l'interdiction du port du voile islamique à l'école, l'endroit constituant « *marketplace of ideas* »⁸⁵. La question qui s'élève est la suivante :

Le voile islamique constitue-t-il à l'école une vraie transgression, voire menace, comme il est souvent caractérisé, à la laïcité de l'État, ce qui justifierait la restriction d'une liberté fondamentale?

pudeur et sa chasteté. Pour une analyse de la sémantique du voile et du corps en Islam (cf.) M. CHEBEL, *Le corps en Islam*, Paris: PUF, 2004, p.153-171, et www.islamfrance.com.

2. *Le voile comme symbole du sexe* : Aujourd'hui, bien qu'il y ait encore une grande partie des femmes qui portent le voile par force, conformément aux souhaits de leur entourage, de plus en plus de femmes portent le voile comme symbole de leur émancipation de la famille, et spécialement du père et des frères. Or un nouveau « mouvement » des femmes s'en découle, qui sont cultivées, travaillent, sont rémunérées (or indépendantes), et qui portent le voile librement, et pas après la force de leur entourage ; elles souhaitent le succès et l'égalité dans la famille et l'occupation et la participation à la vie publique. E.KÜNZLER, *Zum westlichen Frauenbild von Musliminnen*, Würzburg: Ergon Verlag, 1993, p. 70-72, K. WIESE, *Lehrinnen mit Kopftuch*, Berlin :Duncker&Humblot, 2008, p.89-99, Ph. FORAY, p. 98-103.

3. *Le voile comme symbole politique* : Le voile est souvent conçu comme symbole politique, auquel deux sens sont notamment attribués: d' une part, celui du synonyme du manque de volonté d'intégration ou d'échec de s'intégrer; d' autre part, celui de l'expression des idéaux fondamentalistes. Ph. FORAY, p. 93-98. À la dimension politique du voile a contribué l'image historique de la femme voilée qui proteste contre les conditions politiques dans son pays, dont plusieurs exemples, auparavant (étudiantes voilées pendant la Révolution iranienne aux protestations contre le Chah, femmes à la guerre d'Algérie protestant contre la politique coloniale française) et à présent (les femmes du Palestine). K. WIESE, p.99-104.

⁸⁵ Phrase significative de la liberté d'expression, attribuée à Justice Oliver Wendell Holmes Jr. [Abrams v. US, 250 U.S. 616 (1919)]

Pour répondre à cette question, il faudrait distinguer entre le port du voile islamique par les élèves et par les enseignantes. En ce qui concerne les élèves, depuis le premier incident des élèves fréquentant l'école voilées⁸⁶, les incidents semblables ont constamment augmenté. La réaction des académies est la même: les filles sont exclues. Ainsi commence une série de contradictions. De prime abord, l'État vise une école publique ouverte à tous ; en même temps, l'exclusion des filles voilées les oblige à fréquenter l'école privée. En second lieu, la raison pour laquelle l'État exclut les filles est le respect aux principes de la laïcité et de la neutralité sur lesquelles la République est fondée ; pour autant, le but des Constituteurs qui ont introduit l'État laïc était sa libération de l'Église (à l'époque, du Catholicisme). Aujourd'hui la plupart des écoles privées que les filles exclues fréquentent sont religieuses, voire catholiques. En troisième lieu, l'État voit le voile comme une forme de subordination de la femme à l'homme, et c'est pourquoi il ne désire pas voir de développer au sein de l'école publique une telle idéologie. Cependant l'État ne prend pas en considération que le voile n'a pas toujours ce sens, et que, bien au contraire, dans de nombreux cas le voile devient le signe d'émancipation et de choix libre de jeunes filles, qui non seulement ne subissent aucune oppression familiale, mais se différencient de leur entourage. Par ailleurs, au cas où le voile serait pour certaines filles une subordination, l'exclusion de l'école -la chance de mûrir et de revendiquer leur place dans la société- les prive de cette possibilité d'émancipation, puisqu'elles fréquentent désormais une école religieuse ou restent à la maison (dans le cas de manque de moyens financiers pour l'instruction privée). Et les effets de cette situation s'aggravent dans le cas où les jeunes filles sont exclues de l'école primaire.

Dans le cas des enseignantes, la laïcité paraît plus stricte, en raison de leur qualité d'agents du service public. Les agents du service public sont contraints de respecter les principes de laïcité et de neutralité, et cela pas

⁸⁶ Il s'agit des filles Levy.

seulement pendant leur service ; ils doivent éviter que la liberté religieuse dont ils jouissent ne puisse porter atteinte au service auquel il appartient, même hors service: Autrement dit, ils ont le devoir de réserve, en tant que «visage» de l'État vers les usagers du service public. Un argument qui renforce le besoin d'une laïcité (et neutralité) plus stricte chez les enseignantes (et, spécialement, celles de l'enseignement primaire) est le fait qu'elles sont en contact avec des personnalités très jeunes et encore très malléables. Indubitablement, l'influence d'un symbole dépend des reflexes et des capacités du receveur ; or l'influence se réduit effectivement avec la maturité des élèves. Le besoin de la laïcité stricte s'atténue graduellement quant aux élèves des collèges et des lycées, et encore plus quant aux étudiants. Dans l'école primaire une enseignante voilée est considérée capable de provoquer inconsciemment un conflit entre sa religion, la religion des parents et les croyances religieuses de l'enfant. Mais cet argument paraît simpliste ; une telle influence sur l'enfant n'est pas validée par la psychologie. Dans son rapport d'expertise concernant l'arrêt Ludin, rendu par la Cour Constitutionnelle de l'Allemagne⁸⁷, le Professeur de Psychologie à l'Université de Kiel Bliesener conclut que seul le contacte quotidien avec l'enseignante voilée ne pourrait pas influencer la psychologie des élèves entre 6 et 14 ans⁸⁸. En outre, les Professeurs de Psychologie à l'Université de Hambourg Riedesser et Leinenbach supportent qu'il n'existe aucun danger de

⁸⁷ BVerfGE, 24 septembre 2003, Ludin. La Cour Constitutionnelle de l'Allemagne constata que l'État a enfreint le droit prévu de la requérante dans l'Art. 33§2 en combinaison avec les Art. 4§1,2 et 33§3 de la Constitution allemande. La Cour décida que l'interdiction du voile islamique de l'enseignante ne peut pas être suffisamment fondée sur les lois actuelles du département Bade-Wurtemberg, et que l'intervention du législateur compétent du département est nécessaire au sujet. La décision a été renvoyée à la Cour Administrative Fédérale.

⁸⁸ Dans le rapport d'expertise de l'arrêt à la Cour Constitutionnelle de l'Allemagne, il devient claire que le voile en soi, voire sa confrontation quotidienne, ne peut pas emmener à une influence de la psychologie des élèves entre 6 et 14 ans. Le voile est un « vêtement inhabituel » (« ungewöhnliches Kleidungsstück ») pour les enfants, « semblable à celui que porte la grand-mère au théâtre Kasperle » (« so etwas trägt die Großmutter im Kasperletheater »): Remarques du Professeur de Psychologie Bliesener dans le Rapport d' Expertise sur l' arrêt Ludin. K.WIESE, p.124-126.

catéchèse et que, en revanche, cela puisse constituer la stimulation à un discours sur les traditions religieuses. Le port du voile en soi ne peut pas provoquer de problèmes⁸⁹. Ceux-ci font leur apparition au moment où les parents entrent en conflit avec l'enseignante au sujet du port du voile⁹⁰. Par contre, quand l'enseignante insiste à faire connaître l'Islam aux élèves en louant les principes de celui-ci avec l'objectif de catéchèse, il y a une ingérence à la personnalité des élèves et spécialement à leur liberté religieuse, qui constitue une atteinte à la laïcité.

À ce point on peut remarquer que, contrairement à l'État, qui considère le voile comme un symbole⁹¹ lourd de sens, pour les élèves et les enseignantes le voile n'est qu'une partie de leur tenue, qui manifeste leur croyance religieuse mais *pour elles-mêmes*; il est porté *par elles, pour elles*. Comme la portée d'un vêtement rouge manifesterait une préférence à cette couleur, ainsi le voile manifeste une préférence (à une religion) intime, sans prétendre que les autres devraient l'accepter. L'État arbitrairement attribue au voile la volonté ou l'intention de montrer aux autres l'appartenance à une croyance religieuse, même la volonté de catéchèse; le voile islamique est ainsi proclamé « voile islamiste »⁹². Cependant, une telle conclusion serait justifiée seulement par l'ensemble du comportement de l'élève ou de l'enseignante voilée. La combinaison du voile avec un comportement de catéchèse résulte en ce que le voile

⁸⁹ K. WIESE, p.124-125.

⁹⁰ L'avis de la théorie et de la jurisprudence administrative en Allemagne soutient, au contraire, que les enseignantes musulmanes influencent, ou, au moins, ont la possibilité d'influencer, les élèves par *le simple fait* du port du voile.

⁹¹ Selon la Sémiotique, au cadre de la communication est-il possible que l'image de l'envoyeur (le signifié) demeure en celui-ci et le receveur doit donc inventer un nouveau signifié, afin de l'attribuer au signifiant de la communication. Ce processus résulte en ce que le signifié de l'envoyeur se différencie de celui du receveur. F. de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris: Payot, 1915/1967, p. 97-113. La pratique au cas du voile affirme la théorie de la Sémiotique: une élève ou une enseignante peut porter son voile simplement comme partie de sa tenue, sans aucun but de communiquer l'idée de l'appartenance à une croyance religieuse. K. WIESE, p.80.

⁹² G. KARAVOKYRIS, *La laïcité en crise: L'affaire du foulard islamique (1989-2004)*, DtA n° 29, 2006 (en grec)-Γ. ΚΑΡΑΒΟΚΥΡΗΣ, *Η laïcité σε κρίση: υπόθεση foulard islamique (1989-2004)*, ΔΤΑ, n° 29, 2006, σελ.177-180.

acquiert une autre dimension; c'est seulement dans ce cas que le voile constitue une menace contre la laïcité. Faute d'un tel comportement, le voile en soi ne constitue pas une atteinte à la laïcité, car il n'est pas un signifiant pour les autres, qui transporte le signifié de l'appartenance à l'Islam; ainsi, on ne pourrait pas dire qu'il « manifeste » -sous le sens stricte du terme- une croyance religieuse, car on « manifeste » une idée à *quelqu'un*, on ne « manifeste » rien en soi-même, comme le font les élèves et enseignantes voilées. Son interdiction constitue une restriction à la liberté de la religion, et au cas des jeunes élèves, cela constitue encore une restriction de leur droit à l'instruction.

III. CONCLUSION

La laïcité du droit positif actuel semble être restée intacte depuis sa naissance en 1791. Influencé par les principes des Lumières et les visions de la Révolution, l'État voyait en premier lieu les *citoyens* et en second lieu les *individus*. Cette idéologie est encore présente au niveau du principe de la laïcité sous sa forme actuelle. Pourtant les données de la société française sont totalement différentes. La France est une société multiculturelle. Sa difficulté est l'intégration effective des cultures différentes, sans décomposer son propre caractère.

Comme le nombre d'immigrants de première et de deuxième génération de croyance islamique en France s'augmente, de plus en plus des arrêts concernant le voile seront saisis par les cours. La laïcité comme on la connaît (*laïcité stricte*), produira plus de problèmes qu'elle ne pourra résoudre. Être laïque ne peut plus avoir le même sens qu'il avait il y a deux siècles. Cette qualification de la *laïcité moderne* est employée par Jean Baubérot, lorsqu'il écrit que les défenseurs de la laïcité «perçoivent la laïcité comme une réalité évolutive qui, à plusieurs occasions, s'est montrée capable de dégager des solutions modernes (pour l'époque) et a rassemblé diverses sensibilités mais qui s'est parfois, aussi, enlisée dans

des querelles particulières »⁹³. Cette laïcité modernisée est qualifiée d'une « réalité beaucoup plus globale: c'est une façon de 'vivre ensemble' ». Cette laïcité paraît la seule capable d'affronter le défi d'une société à la fois française et multiculturelle.

⁹³ J. BAUBEROT, « *Les chantiers de la laïcité* », Rev. Adm. No 280, 1994, p.383.