



HAL
open science

**Note sous Conseil d'État, 8 octobre 2004, numéros 269
077 et 269 704, Union française pour la cohésion
nationale**

Taha Bangui

► **To cite this version:**

Taha Bangui. Note sous Conseil d'État, 8 octobre 2004, numéros 269 077 et 269 704, Union française pour la cohésion nationale. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2006, 06, pp.225-240. hal-02587255

HAL Id: hal-02587255

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02587255v1>

Submitted on 15 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Commentaire d'arrêts : CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, n° 269 077 et 269 704

Par Taha BANGUI

Docteur en Droit de l'Université de La Réunion

Depuis l'Edit de tolérance de Galère en 311, l'Edit de Nantes en 1558, la loi du 9 décembre 1905 instituant la séparation des cultes et de l'Etat¹, la question de l'établissement de la liberté religieuse est le fruit d'une construction fragile et souvent controversée en France. A ce sujet, l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant l'application de la liberté religieuse depuis le début du vingtième siècle constitue un apport indispensable, pour comprendre les conditions dans lesquelles la Haute Assemblée a freiné ou a, au contraire, favorisé l'évolution de la notion de liberté religieuse et encadré sa réception par les institutions françaises². Le Conseil d'Etat a été constamment associé aux débats politiques, administratifs et sociaux que les questions religieuses furent naître, année après année. Le juge administratif a donc participé activement à chacun des choix de politique religieuse effectués par le gouvernement dans le domaine scolaire³. Il a joué un rôle important dans la définition d'un nouvel équilibre entre l'Etat républicain et les communautés religieuses. Ainsi, il veille à l'application des textes, non seulement dans ses formations administratives, mais également au contentieux. En témoigne aujourd'hui l'affaire présentée par l'Union française pour la cohésion nationale et tendant à l'annulation de la circulaire du ministre de l'Education nationale⁴, de l'Enseignement supérieur et de la recherche en date du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n°2004-228 du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes et de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics⁵.

Sur le fond, les moyens qui ont été invoqués par l'association requérante au nom du respect des croyances n'ont pas emporté la conviction du juge administratif. Celui-ci a jugé que les dispositions de la circulaire, qui précisent que « *les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement*

¹ J. M. Mayeur, « La crise de la séparation », in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat*, PUF, 2001, pp. 281-286 ; N. Sarkozy, *La République, les religions, l'espérance*, éd. CERF, 2004, pp. 121-134.

² J. P. Durand, « L'établissement de la liberté religieuse : le Conseil d'Etat et le Concordat », in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat*, P.U.F, 2001, pp. 258- 265.

³ M. Combarnous, « L'enfant, l'école et la religion », in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat*, P.U.F, 2001, pp. 316-327.

⁴ *JORF*, n°118 du 22 mai 2004, p. 9033.

⁵ *JORF*, n°65 du 17 mars 2004, p. 5190.

reconnaitre par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive », avaient pour unique objectif d'indiquer aux chefs d'établissements l'interprétation qu'ils doivent retenir de la loi du 15 mars 2004. Dès lors, le ministre n'avait ni excédé ses compétences ni méconnu le sens ou la portée des dispositions de la loi du 15 mars 2004 ou celles de l'article 16 du code civil qui prohibe toute atteinte à la dignité de la personne. Par ailleurs, le juge a déclaré inopérant le moyen tiré de la violation du bloc de constitutionnalité par cette circulaire. Enfin, le Conseil d'Etat a relevé que « *les dispositions de la circulaire attaquée ne méconnaissent ni les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni celles de l'article 18 du pacte international des droits civils et politiques, relatives à la liberté de pensée, de conscience et de religion, dès lors que l'interdiction édictée par la loi et rappelée par la circulaire attaquée ne porte pas à cette liberté une atteinte excessive, au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi visant à assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics* ». Cet arrêt du Conseil d'Etat s'inscrit ainsi dans la continuité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît aux Etats une marge d'appréciation pour définir, compte tenu des spécificités nationales, les mesures adéquates pour concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité¹.

L'examen par le Conseil d'Etat de la circulaire sur la laïcité conduit à s'interroger sur la place de la religion à l'école publique, et plus précisément dans les établissements du second degré où le problème de la manifestation des convictions religieuses sous la forme du port de signes extérieurs, c'est-à-dire du « foulard islamique », a nécessité l'intervention du législateur puis du ministre de l'Education nationale. La circulaire constituait-elle l'instrument approprié pour parvenir au but poursuivi ? Mais surtout à quels écueils s'exposait la rédaction d'un texte visant à répondre aux attentes qu'il avait fait naître ?² Quelle est la nature de cette circulaire ? Est-elle conforme aux dispositions du bloc de constitutionnalité et à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? Sur ces interrogations nous apporterons un éclairage juridique en examinant le caractère d'une circulaire purement interprétative de la loi dans un contexte marqué notamment par l'adoption de la loi du 15 mars 2004 (I) ensuite les difficultés soulevées par l'empathie manifestée par le Conseil d'Etat à l'égard du droit européen (II).

I/ UNE CIRCULAIRE PUREMENT INTERPRETATIVE DE LA LOI

Le caractère laïc de l'Etat républicain a été affirmé pour la première fois par l'article 1^{er} de la Constitution de 1946. Puis le 4 octobre 1958, la loi fondamentale a

¹ CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, n°44774/98, AJDA 2004, p. 1325.

² F. Bussy, « Le débat sur la laïcité et la loi », Dalloz, 2004, n°37, chr., p. 2666.

consacré expressément cette qualité substantielle de la République. Pour la seconde fois dans l'histoire constitutionnelle de la France, l'article 1^{er} de la Constitution a énoncé que « *La France est une République (...) laïque...* ». La proclamation solennelle de ce principe par le pouvoir constituant sent toujours « *la poudre* » pour reprendre la métaphore utilisée par le Professeur Rivero¹. Appelée à examiner la légalité de la circulaire d'application de la loi sur la laïcité du 15 mars 2004, la Haute Assemblée a confirmé la règle de l'interdiction du port de signes religieux et ostensibles telle qu'elle ressort de ladite loi. Toutefois force est de constater qu'elle n'est pas allée jusqu'au bout de son raisonnement. Le Conseil d'Etat a été encore une fois le régulateur de la laïcité² malgré lui (A). La nouvelle solution adoptée par le Conseil est loin d'être libérale. Il s'agit d'une conception restrictive de la laïcité même si le Conseil d'Etat reste le serviteur de la loi restrictive (B).

A/ Le Conseil d'Etat : le régulateur de la laïcité malgré lui

Il est loin le temps où Maurice Hauriou faisait remarquer que « *peu à peu, les questions posées par la séparation des Eglises et de l'Etat sont réglées par le Conseil d'Etat dans l'esprit le plus libéral* »³. En effet, dans le passé la jurisprudence du Conseil a assoupli les ruptures juridiques nées de la laïcité de la République en recentrant le débat sur la laïcité autour de la protection de la liberté de conscience⁴. La paix religieuse qui a régné de 1920 à 1960 s'expliquait par le fait que le Conseil n'était pas consulté sur les projets de loi jusqu'en 1945⁵. Depuis quelques années, le débat est à nouveau renouvelé avec la question de la liberté de l'enseignement⁶ mais aussi et surtout en raison du problème de la place de la religion à l'école. Depuis 1984, alors que la querelle sur l'école libre semble être résolue, surgit une nouvelle difficulté, celle de la manifestation des convictions religieuses à l'école publique sous la forme du port de signes extérieurs, c'est-à-dire du « foulard islamique ».

L'affaire dite du « foulard islamique » est apparue pour la première fois en 1989 dans un collège de Creil, où des jeunes filles musulmanes ont assisté aux cours en se couvrant la tête d'un voile. Ayant refusé de l'enlever, elles ont été exclues du collège. Très vite la presse s'empara de l'affaire qui donna lieu à un débat national dont on se souvient. Ce dernier opposa les partisans de la stricte neutralité de l'école

¹ J. Rivero, « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, chr. 147.

² On doit cette expression à M. le président M. Long dans *Le juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle*, P.U.F, 1995, p. 88.

³ M. Hauriou, note sous CE, 10 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard*, in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey 1929, t. II, p. 94, *cit.* p. 695.

⁴ J. Barthélemy, « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de la laïcité », in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat*, P.U.F, 2001, pp. 287- 297 ; C. Durand-Prinborgne, « La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre de débats de société », *AJDA* 2004, n° 13, pp. 704-709.

⁵ M. Bernard, « La paix religieuse (1920-1960) », in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat*, P.U.F, 2001, pp. 298-305.

⁶ M. E. Aubin, « La question de la liberté de l'enseignement », in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat*, PUF, 2001, pp. 306-315.

qui craignaient de voir disparaître l’outil d’intégration qu’est l’école républicaine et ceux plus tolérants qui admettaient plus volontiers la manifestation des signes religieux à l’école. Compte tenu des difficultés réelles à définir le droit applicable à ces situations nouvelles et dans le but de canaliser les situations contentieuses, le ministre de l’Education nationale a saisi le Conseil d’Etat d’une demande d’avis portant sur la question de savoir « *si le port de signes d’appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité* »¹. L’intervention du Conseil d’Etat a été d’autant plus importante, qu’il a été la seule institution à intervenir en la matière puisqu’en 1989 le législateur a été totalement absent du débat relatif au « foulard islamique »². Le gouvernement s’est bien gardé d’intervenir par la voie réglementaire. Il incombait alors au ministre de l’Education nationale de rechercher le moyen le plus adéquat pour concilier la liberté religieuse avec le principe de laïcité. Par ailleurs, il faut rappeler qu’à l’époque la question posée au Conseil a été formulée dans des termes les plus généraux. Ainsi, les termes de foulard, de voile islamique ou de kippa ne sont écrits nulle part. Pour autant, le Conseil ne s’est pas dérobé et l’avis qu’il a rendu le 27 novembre 1989 a été immédiatement publié³. Le juge administratif a précisé que le principe de laïcité prohibe toute discrimination dans l’accès à l’enseignement basé sur les convictions ou les croyances religieuses. A cela s’ajoute le fait que les « *élèves ont le droit de manifester leurs croyances religieuses à l’intérieur des établissements scolaires dans le respect du pluralisme et de la liberté d’autrui et sans qu’il soit porté atteinte aux activités d’enseignement au contenu des programmes et à l’obligation d’assiduité* ». La Haute Assemblée relève également que le port de signes religieux n’est pas contraire au principe de laïcité même s’il a fixé les limites de cette liberté. Son exercice ne saurait troubler l’ordre public dans les établissements, ni porter atteinte aux activités d’enseignement, ni autoriser les pressions ou le prosélytisme. Suite à cet avis, la circulaire du ministre qui a traduit les orientations que devaient suivre les chefs d’établissement a été très critiquée en raison de l’ambiguïté de son contenu. En effet, il revenait à chaque chef d’établissement d’apprécier au cas par cas le comportement constitutif d’un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande. Or, en raison des nombreux incidents liés au port du voile⁴, les chefs d’établissement ont estimé qu’ils n’étaient pas suffisamment armés pour apprécier les conditions du port des signes religieux. Aussi ont ils réclamé que la norme réglementant ce domaine devienne « plus claire » et plus rigoureuse. Toutefois, ni la circulaire n° 93 316 du 26 octobre 1993⁵, ni la circulaire n°1469 du

¹ CE avis, 27 novembre 1989, req. n°346893, Les grands Avis du Conseil d’Etat, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 225.

² Pour plus de détails, voir le Rapport public du Conseil d’Etat, 2004, *Un siècle de laïcité* (EDCE n°55), La doc. française, 479 p.

³ JO 15 décembre 1989, p. 15 577.

⁴ CE, 2 novembre 1992, *M. Kherouaa, M. Balo et Mme Kizic*, AJDA 1992, p. 833, chr. Maugué et Schwartz, p. 788.

⁵ Circulaire n° 93 316 du 26 octobre 1993, *BOEN* 18 novembre 1993, n°39.

20 septembre 1994¹ du ministre François Bayrou n'ont pu contribuer à clarifier le débat et la situation n'a cessé alors de se dégrader². Pendant cette période de « trouble » où l'un des fondements traditionnels de la République, à savoir la règle de la laïcité fut constamment remise en question, il est apparu un autre problème lié à la confrontation entre « *les exigences de la pratique religieuse et les principes d'organisation de l'Ecole publique : celui du respect du repos du shabat par les élèves de confession juive fréquentant les écoles publiques* »³.

D'une manière générale, jusqu'à la conférence des présidents de l'Assemblée nationale qui a créé la mission d'information sur le port des signes religieux à l'école le 27 mai 2003, la question était régie par la jurisprudence du Conseil d'Etat. La jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière a été très libérale. La Haute Assemblée faisait « *triompher les exigences de la liberté religieuse sur les règles du service public* »⁴ allant même jusqu'à permettre à certains élèves d'être dispensés d'une partie des obligations scolaires. Mais, dès le mois de décembre 2003, le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale puis les travaux de la commission de réflexion présidée par Bernard Stasi ont proposé au gouvernement d'adopter des règles beaucoup plus coercitives afin de mettre définitivement fin à la polémique née de l'affaire du voile islamique. Ils ont alors émis le souhait que soit utilisée, non plus une circulaire, mais la loi⁵ pour prohiber tous les signes religieux ostensibles dans les établissements scolaires et non plus une circulaire. C'est dans ce contexte que le législateur a adopté la loi du 15 mars 2004.

L'utilisation récente de la loi pour « *refonder le pacte laïque* »⁶ a été un acte éminemment politique⁷. Pour ne pas se heurter aux dispositions constitutionnelles, le législateur a pris soin d'adopter une loi ayant vocation à encadrer le port « des signes religieux » à l'école sans viser aucune religion en particulier. La loi nouvelle codifiée à l'article L 141-5-1 du code de l'éducation précise en effet que « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes religieux ou tenues par

¹ Circulaire n°1469 du 20 septembre 1994, *BOEN* 29 septembre 1994, n°35.

² Pour une illustration du contentieux relatif à l'affaire du foulard islamique voir notamment les arrêts suivants : CE 14 mars 1994, *Melle Yilmaz*, *AJDA* 1994, p. 415 ; CE, 10 mars 1995, *M. et Mme Aoukili*, *AJDA* 1995, concl. Y. Aguilla, p. 332 ; CE, 10 juillet 1995, *Association « Un sisyphé »*, *AJDA* 1995, p. 644, concl. R. Schwartz.

³ M. Combarrous, *loc. cit.*, cf. note n°3, p.1. Voir également l'arrêt du CE, 14 avril 1995, *Conservatoire central des israélites de France et M. Kaen, Lebon*, pp. 168-171.

⁴ M. Combarrous, *ibid.*, p. 325.

⁵ L. Favoreu, « Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige », *Le Monde*, 6 décembre 2003. L'auteur rappelle qu'en l'espèce, une loi est nécessaire. Il souligne qu'il « *doit être pris en considération le fait que sont en jeu plusieurs libertés constitutionnelles (la liberté de religion, la liberté de conscience et la liberté d'expression) dont les conditions d'exercice ne peuvent être définies que par la loi, comme il ressort de l'article 34* ».

⁶ Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République (dit rapport Stasi, 2004), www.ladocumentationfrancaise.fr.

⁷ D. Soulez-Larivière, « Voile, liberté et ordre public », in *La laïcité dévoilée ; quinze années de débat en quarante rebonds*, éd. de l'Aube, 2004.

lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit... ». Dès lors, il incombait en principe au ministre de l'Éducation nationale de donner des directives claires aux chefs d'établissements scolaires pour l'élaboration de leur règlement intérieur. Mais, le ministre de l'Éducation nationale de l'époque, Luc Ferry, avait fait savoir qu'il ne prendrait aucune circulaire d'application de la loi sur la laïcité. Son successeur, François Fillon, dans le souci d'apaiser les tensions qui se développaient au sein de l'éducation nationale avait proposé aux syndicats d'examiner le projet de la circulaire d'application de la loi. Les discussions ont porté essentiellement sur le champ d'application de la loi, sur la notion de dialogue et sur les obligations d'adaptation des règlements intérieurs¹. Finalement, la circulaire sur la laïcité a reçu un avis favorable du Conseil supérieur de l'éducation et a été publiée le 18 mai 2004. En outre, comme le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi, la loi est entrée en vigueur à la rentrée scolaire 2004. Toutefois, la légalité de cette circulaire a été contestée devant le Conseil d'État par l'association française pour la cohésion nationale.

Au préalable, il faut préciser à ce stade du développement qu'il n'existait aucun doute sur le caractère impératif de l'acte ministériel² puisqu'il avait pour seul objectif d'indiquer aux chefs d'établissement la conduite à suivre à l'encontre des élèves qui porteront des signes religieux. En conséquence, la requête de l'association a été jugée recevable. La requérante faisait alors remarquer que l'interprétation de la loi par le ministre n'était pas conforme aux règles de droit. Elle soutenait tout d'abord que seul le législateur avait compétence pour fixer la liste des signes religieux interdits dans les écoles. Or, le ministre chargé de l'éducation dispose au titre de ses pouvoirs hiérarchiques de la possibilité d'adresser par voie d'instruction des orientations aux autorités qui lui sont subordonnées. Aussi, le juge administratif a affirmé qu'en donnant comme exemple de signes interdits le voile islamique, la kippa ou la grande croix, le ministre n'a fait que reprendre les dispositions inscrites dans les travaux parlementaires pour préciser le sens de la loi. En aucune manière, il n'a outrepassé les limites de sa compétence, il n'a méconnu ni l'intention du législateur, ni le sens et la portée de la loi, il n'a pas non plus fixé de nouvelles règles. Par ailleurs, le moyen tiré de la violation de la dignité de la personne humaine n'est pas fondé de même que le détournement de pouvoir n'est pas établi.

Il est donc intéressant de s'interroger ici sur la façon dont le juge administratif a abordé les nouvelles difficultés suscitées par cette circulaire traitant de la place de la religion à l'école.

B/ Le Conseil d'État : le serviteur d'une loi restrictive

¹ S. Brondel, « Une circulaire d'application de la loi sur la laïcité est en cours d'élaboration », *AJDA*, n°17/2004, p. 902.

² Il faut rappeler que la nouvelle distinction entre les circulaires impératives ou indicatives est issue des arrêts *Villemain* (CE Ass. 28 juin 2002) et *Duvignères* (CE Sect. 18 décembre 2002).

Si cet arrêt du 8 octobre 2004 est fidèle aux principes de la laïcité de l'Etat et de l'enseignement, s'il affirme une conception traditionnelle de l'école publique, en revanche la nouvelle position adoptée par le juge a modifié profondément l'état de droit antérieur. Il s'agit d'une solution très innovante puisque pour la première fois le Conseil d'Etat est revenu sur ses avis antérieurs où il avait été amené à énoncer qu'il existe un « droit à l'expression des convictions religieuses à l'intérieur des établissements d'enseignements publics »¹. Certes, la nouvelle jurisprudence est en harmonie avec la pratique exigeant qu'on laisse à la porte de l'école publique toutes les différences religieuses, mais elle risque d'écarter de l'enseignement public une partie des élèves issus de l'immigration et qui souhaitent pouvoir exprimer leur différence tout en bénéficiant d'un enseignement public. Il semblerait que le choix du juge administratif s'explique par le fait que le libéralisme des solutions adoptées dans le passé ne permet plus de concilier les manifestations des croyances religieuses avec certains principes fondamentaux. Le Conseil a pris en considération le fait que le port du voile en France n'a pas la même signification que dans les pays musulmans. Le port du foulard est ressenti comme un symbole de l'inégalité des sexes et de l'abaissement de la femme dans les pays européens. Par le biais de cette décision, le Conseil d'Etat limite ainsi l'effectivité des règles de droit interne des religions non insérées dans l'ordre juridique étatique. La couverture des normes de droit interne des religions par les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle se trouve désormais bien encadrée².

Au travers de cette affaire, le Conseil ne fait que rappeler le principe de la soumission des religions au droit de l'Etat souverain. La subordination des collectivités religieuses signifie que ces dernières ne peuvent modifier les règles de droit étatique, ni s'en exonérer et qu'elles sont totalement incompétentes pour connaître des questions temporelles³. Cela dit, force est de constater qu'en France bien que la République soit déclarée une et indivisible, l'application du principe de laïcité sur l'ensemble du territoire est loin d'être homogène. La laïcité « *dans le contexte français n'est nullement un concept univoque, mais complexe, varié, à la fois dans l'espace et dans le temps [...] En définitive, dans un pays aussi centralisé que la France, il n'est pas indifférent qu'en outre mer il y ait six régimes religieux, ce qui, avec le statut d'Alsace-Moselle, et le droit commun de la séparation, donne huit visages à la laïcité, pour la plupart, héritage du passé* »⁴. Par ailleurs, si le problème du port des signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires n'est pas une spécificité française, le cadre juridique encadrant les droits fondamentaux en France contraste avec ceux des pays européens, notamment avec celui du Royaume Uni par exemple.

¹ M. Combarous, *op. cit.*, p.326.

² E. Tawil, « Le droit interne des religions dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *in* Rapport public du Conseil d'Etat, 2004, *Un siècle de laïcité, op. cit.*, p. 455.

³ E. Tawil, *op. cit.*, p. 456.

⁴ G. Bedouelle et J. P. Costa, *Les laïcités à la française*, PUF, Paris 1998, p. 70.

Le gouvernement anglais a été également dans l'obligation de prendre diverses mesures afin de prévenir des conflits sur le port de signes d'appartenance religieuse. Les autorités anglaises ont été saisies de problèmes similaires à celui du foulard islamique. Mais, contrairement à ce qui s'est passé en France, la polémique sur le port du voile a été résolue lors d'un différend non contentieux¹. En 1988, le Comité de direction d'une école située à Manchester avait refusé à deux jeunes écolières le port du voile en invoquant des raisons d'hygiène. La Commission for Racial Equality², qui a été saisie, a estimé que cette interdiction constituait une discrimination raciale indirecte car elle touchait de façon disproportionnée une partie de la population originaire du sous-continent indien. Le litige a alors été résolu entre les parties par un compromis. La direction de l'établissement a accepté que ces jeunes filles puissent se couvrir d'un voile de la couleur de l'uniforme de l'école, à la seule condition que le foulard soit serré au niveau du cou pour éviter les problèmes durant les cours d'éducation physique et de chimie³.

Dans le même ordre d'idée, les juridictions anglaises ont été saisies d'une affaire relative au port d'un turban par un élève sikh. En l'espèce, il s'agissait d'un enfant sikh qui avait refusé de porter la casquette de l'uniforme de son école puisqu'il portait déjà un turban conformément à sa culture religieuse. Le directeur a alors interdit l'accès de son établissement à l'enfant. La famille de ce dernier avec l'aide de la Commission for racial Equality ont contesté la mesure coercitive prise par le responsable de l'école. La Chambre des Lords en s'appuyant sur la loi de 1976 traitant des relations entre les races (*Race Relations Act*) qui prohibe toute discrimination fondée sur la race a donné raison aux demandeurs dans sa décision *Mandla v Dowell*⁴. La Chambre des Lords a retenu le fait que le refus d'accès à l'établissement scolaire constituait une discrimination contraire aux dispositions de la loi de 1976 et que les obligations concernant le port de l'uniforme étaient telles que les élèves sikhs ne pouvaient s'y conformer qu'avec beaucoup de difficultés.

A la suite de ces divers conflits, le gouvernement britannique a établi une série de « guidelines » très libérale en matière d'uniforme et de sécurité. Le ministère de l'Education a rappelé que les directions des établissements d'enseignement primaire et secondaire disposent d'une grande autonomie en ce qui concerne les normes de comportement et d'habillement. Toutefois le comité de direction de chaque école se doit d'être « sensible aux besoins des cultures, des races et des religions différentes. Le ministère attend des établissements scolaires qu'ils

¹ S. Poulter, « Muslim Headscarves in School : Contrasting Legal Approaches in England and France », 1997, 17 OJLS 43, p.67-68.

² La Commission for Racial Equality (commission pour l'égalité raciale) est une instance qui a été créée par la loi en 1976, elle a pour but de lutter contre toutes les formes de discrimination raciale. Elle a la possibilité de mener des enquêtes et d'assister les particuliers devant les juridictions anglaises.

³ Voir notamment le rapport des Services des affaires européennes du Sénat, *Le port de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires*, La documentation française, 1997.

⁴ Cette affaire a été traitée par Ducan Fairgrieve dans son article « L'Etat et l'Eglise au Royaume Uni » et publiée dans le Rapport public du Conseil d'Etat, 2004, *Un siècle de laïcité, op. cit.*, p. 437.

définissent ces besoins dans le cadre d'un règlement général portant sur les uniformes autorisés dans les écoles. Ainsi, par exemple, de permettre aux jeunes filles musulmanes de revêtir leurs robes habituelles et aux garçons de religion sikh le port du turban traditionnel. Le ministère ne considère pas qu'il soit acceptable de sanctionner disciplinairement un élève qui n'aurait pas respecté un règlement relatif aux uniformes à cause de son appartenance à un code vestimentaire particulier de caractère culturel, racial ou religieux »¹. Enfin, il faut remarquer que la législation anglaise est très consensuelle même en dehors du domaine scolaire. Par exemple, il existe des textes législatifs qui dispensent les sikhs de l'obligation du port d'un casque de chantier (*Employment Act 1989*) ou du port d'un casque de motocycliste (*Road Traffic Act 1989*). Force est de constater qu'au Royaume-Uni, le « réalisme et ses compromis l'ont emporté sur l'idéalisme et ses ambitions »². Cette solution s'explique peut-être par le fait qu'au Royaume-Uni les litiges ont toujours été réglés grâce à l'intervention du pouvoir discrétionnaire des autorités locales. Les médiations entre les parties ont joué un rôle majeur car la question du port des signes d'appartenance religieuse fut abordée sur le plan de la lutte contre les discriminations. Cette méthode influencée par la tradition de pluralisme culturel est celle retenue dans d'autres Etats Européens comme par exemple aux Pays Bas³.

Quant à la France, elle a choisi une option totalement différente puisque le débat a été résolu par la voie législative. Le projet de loi a été soumis à l'examen du Conseil d'Etat. Le 22 janvier 2004, celui-ci a émis un avis favorable estimant que le contenu de la loi était conforme aux exigences de la Constitution et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La loi nouvelle a mis fin à la jurisprudence pragmatique du Conseil qui avait l'habitude de concilier dans les circonstances propres à chaque affaire, l'expression de la liberté de conscience en matière religieuse avec les autres libertés fondamentales. Saisie au sujet de la compatibilité de la circulaire d'application de la loi par rapport aux normes supérieures, la Haute Assemblée a confirmé sa nouvelle doctrine.

II/ L'EMPATHIE MANIFESTEE PAR LE CONSEIL D'ETAT A L'EGARD DU DROIT EUROPEEN

Le principe de légalité signifie que l'ensemble des normes édictées par l'administration est soumis au droit. L'effectivité du respect du principe de légalité est encadrée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Le premier assure le contrôle de la conformité des lois par rapport à la Constitution. Le second veille au contrôle de la conformité des actes administratifs par rapport à la loi. Il sanctionne également la violation d'un traité par l'acte administratif. Il existe une véritable

¹ Département for Education and Skills and Home Office, School Security, *Dealing with Troublemakers*, 1997.

² E. Poulat, « Pour une véritable culture laïque », Rapport public du Conseil d'Etat, 2004, *op. cit.*, p. 445.

³ Voir notamment le Rapport du Service des Etudes juridiques du Sénat, *Le port du voile islamique dans les établissements publics en droit comparé*, novembre 2003.

spécialisation des contrôles. Toutefois, un problème particulier se trouve posé lorsqu'il est demandé au juge administratif de contrôler la constitutionnalité d'un acte administratif comme dans l'arrêt qui fait aujourd'hui l'objet de cette étude. Dès lors que l'acte dont il lui a été demandé d'examiner la légalité a été pris en application d'une loi d'où il tire son vice d'inconstitutionnalité¹, le juge se déclare en principe incompétent. Ce refus se justifie par l'application du principe qualifié de la « loi écran » (A). En revanche, le juge administratif est compétent pour effectuer un contrôle de conventionalité de la loi et de la circulaire (B).

A/ L'application de la théorie de la loi écran

L'association requérante soutenait que le contenu de la circulaire attaquée méconnaissait plusieurs normes de valeur constitutionnelle. Il s'agissait notamment des dispositions de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, relatif à la liberté d'opinion, mais aussi des articles 5 et 13 du préambule de la Constitution de 1946, traitant du droit au travail et de l'enseignement, et enfin de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 qui dispose que la République respecte toutes les croyances.

Puisqu'il ne fait aucun doute que le ministre de l'Education dispose du pouvoir de réglementer les conditions du port des signes religieux à l'intérieur des établissements scolaires² et que les dispositions contestées sont conformes à la loi³, la question était alors de savoir si le moyen fondé sur l'inconstitutionnalité de la circulaire pouvait être utilement invoqué ? Avant de répondre à cette interrogation, il faut se rappeler que dans l'arrêt de Section *Duvignères*, le Conseil d'Etat a précisé qu'une circulaire qui ne fait que reprendre une norme déterminée par la loi ou conforme à l'intention du législateur, ne peut être censurée, si et seulement si la règle qu'elle réitère est en opposition avec une norme juridique supérieure. Cependant, le juge administratif a jugé que cette pratique ne peut faire échec à la théorie de la loi-écran⁴. Selon cette théorie, un acte administratif conforme à la loi, même inconstitutionnelle, ne peut être annulé, car examiner le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de l'acte consisterait pour le juge administratif à contrôler l'inconstitutionnalité de la loi. En l'espèce, le juge a donc affirmé qu'il n'était pas compétent pour se prononcer sur la conformité à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou à la Constitution de dispositions d'un acte administratif se bornant à réitérer des règles posées par le législateur⁵. La Haute Assemblée a donc logiquement suivi la solution qui lui a été inspirée par son commissaire du gouvernement puisque la règle que la circulaire reprend est elle-

¹ J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2003, p. 237.

² Voir l'article traitant du « Pouvoir réglementaire des ministres », *GAJA*, 14^{ème} éd., 2003, n°52.

³ Pour plus de détails lire également l'article relatif aux « Actes administratifs – Circulaires », *GAJA*, n°76.

⁴ CE, Sect. 15 octobre 1965, *Union fédérale des magistrats et Reliquet*, *AJDA* 1965, p. 603.

⁵ Communiqué de presse du 8 octobre 2004 du Conseil d'Etat au sujet de l'arrêt : *Union française pour la cohésion nationale*, Site internet du Conseil d'Etat.

même inscrite dans la loi, par ailleurs la norme supérieure invoquée est de niveau constitutionnel, aussi vérifier la contrariété de la première avec la seconde reviendrait à examiner la conformité de la loi à la Constitution. Dès lors le moyen invoqué par le requérant demeure inopérant¹ dans la mesure où le juge administratif ne peut effectuer un contrôle de constitutionnalité, il ne peut faire qu'un contrôle de conventionalité.

B/ La conventionalité de la loi et de la circulaire

Depuis 1958, la loi doit s'incliner devant les normes supérieures que sont la Constitution et les conventions internationales. Les arrêts *Nicolo*, *Boisdet*, *SA Rothmans International France* marquent une étape décisive de la « *jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la place respective de la loi et du traité dans l'ordre juridique interne* »². Aussi à l'occasion d'un recours exercé contre une circulaire, le juge accepte-t-il de contrôler la compatibilité à un engagement international de la loi sur le fondement de laquelle cette circulaire a été édictée. Désormais, il censure la violation d'un traité par un acte administratif. Précisément dans le cadre de cette affaire, il a été amené à contrôler si la circulaire contestée était conforme aux dispositions des articles 9, 10 et 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³, ainsi qu'à l'article 18 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le moyen invoqué par le requérant a été jugé recevable. Par ailleurs le Conseil avait déjà accepté de contrôler la conformité d'un acte administratif à des normes internationales, et ce alors même que cet acte ne faisait que reprendre une règle contenue dans une loi⁴.

En des termes à peu près similaires, l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 18 du pacte international relatif aux droits civils et politiques garantissent aux citoyens le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il est indiqué que ce « *droit implique la liberté [...] de manifester sa religion [...] individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ».

Lors de l'élaboration de la loi du 15 mars 2004, plusieurs juristes se sont interrogés pour savoir si une interdiction absolue du port de certains signes religieux serait contraire au droit reconnu aux élèves de manifester individuellement leur religion en public. Cette partie de la doctrine s'appuyait sur le fait que pour la Cour européenne, la liberté religieuse est un élément de l'identité des croyants et qu'elle

¹ CE, 23 avril 1998, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, *Lebon*, p. 142.

² Voir en ce sens le commentaire de l'arrêt *Nicolo*, *GAJA*, 14^{ème} éd., 2003, n°98.

³ L. E. Pettiti, E. Decaux et P. H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, 1999, p. 353 et s. ; L. E. Pettiti, « Liberté de religion, textes internationaux et Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à J. Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 1833-1854.

⁴ CE, 5 mai 1995, *Ministre de l'équipement c/ SARL Der*, *Lebon*, p. 192.

est à ce titre un bien précieux pour tous les êtres humains¹. La commission Stasi soucieuse d'éviter une déclaration d'inconventionnalité de la loi du 15 mars 2004 a recueilli l'avis du vice-président de la Cour européenne. Jean Paul Costa a déclaré à ce sujet que si la Cour européenne était saisie d'une telle loi, « elle serait jugée conforme aux modèles français de laïcité, et donc non contraire à la Convention européenne des droits de l'homme »². A cela s'ajoute le fait que l'article 9 § 2 de la CEDH prévoit des limites à la liberté qu'il garantit dans la mesure où « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». La Cour rappelle également que le principe de laïcité compte parmi les principes fondateurs des Etats³.

Par ailleurs, la Cour a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur les limites apportées à la liberté religieuse. Dans chaque affaire, elle a vérifié au cas par cas si les limitations envisagées poursuivaient un but légitime, si les atteintes sont proportionnées au but poursuivi et si enfin ces limites étaient prévues par la loi. Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il n'existe pas au niveau européen une conception uniforme de la liberté de religion car les Etats disposent d'une marge d'appréciation importante en la matière. Récemment, la Cour européenne a eu à se prononcer sur deux affaires proches de notre espèce. Dans sa décision *Refah Partisi c/ Turquie* du 13 février 2003, elle a jugé que l'interdiction du voile islamique par le règlement d'une Université turque n'est pas en opposition avec les normes énoncées par la Convention européenne. Ensuite, le 29 juin 2004 dans son arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie*⁴, la Cour européenne a corroboré l'opinion exprimée par son vice-président Jean Paul Costa. Elle a ainsi rejeté la requête d'une étudiante turque qui contestait la circulaire prise par le responsable de l'Université d'Istanbul ; laquelle circulaire prévoyait que les étudiants couverts d'un voile ne pouvaient accéder aux cours dispensés dans l'enceinte de l'Université⁵. La Cour européenne a jugé que « la mesure incriminée peut passer pour compatible avec les buts légitimes énumérés à l'article 9, alinéa 2, de la Convention, compte tenu de l'importance de la sauvegarde du principe de laïcité et de la neutralité des universités en Turquie ». On remarquera que l'arrêt du Conseil d'Etat qui fait l'objet de ce commentaire reprend

¹ CEDH, 13 février 2003, n° 41340/98, n°42342/98, n°41343/98, n°41344/98, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c/ Turquie, R.A.*, octobre 2004, p.35.

² Voir notamment l'article du *Monde* du 28 octobre 2003 intitulé « le vice président de la Cour européenne des droits de l'homme se déclare favorable à une loi ».

³ Voir le commentaire de l'article 9 § 2 de la CEDH par V. Coussirat-Coustere, in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, op. cit.*, pp. 361- 363.

⁴ CEDH, 29 juin 2004, n°44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie, R.A.*, octobre 2004, pp. 33-36.

⁵ Au sujet de la place de la religion à l'Université, voir notamment les propos recueillis par Mme Marie Christine de Montecler auprès M. Christian Mestre auteur du guide intitulé : *Laïcité et enseignement supérieur* (en ligne sur www.cpu.fr), entretien publié à l'*AJDA* du 20 septembre 2004, pp. 1676-1677.

la structure logique de la décision rendue par la Cour européenne. La seule différence qui existe entre les deux décisions tient au fait que dans l'affaire *Leyla Sahin*, la Cour a pris en considération le contexte particulier qui existe en Turquie. Elle s'est livrée à une analyse très circonstanciée de la situation juridique et politique turque¹. Elle a rappelé que le port du voile avait suscité un long débat en Turquie et que les autorités compétentes avaient constamment recherché « le dialogue avec les étudiants tout en veillant au maintien de l'ordre public dans l'enceinte de l'établissement ». La Cour a même précisé « qu'une marge d'appréciation s'impose spécialement lorsque les Etats contractants réglementent le port des symboles religieux dans les établissements d'enseignement, étant donné que la réglementation varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales ». Il est évident que si la jurisprudence de la Cour n'est pas transposable en l'état à la situation française, il n'en reste pas moins que le Conseil d'Etat s'est fortement inspiré de cette solution européenne. Le juge administratif a adopté une « motivation purement abstraite [...], se saisissant de l'affirmation de la Cour selon laquelle il existe une marge de manœuvre nationale, il la met en œuvre en des termes généraux et reproductibles en tout Etat et toute circonstance : l'objectif d'intérêt général qui s'attache au respect du principe de laïcité dans les établissements publics scolaires justifie l'interdiction des signes religieux »². La nouvelle solution du Conseil revient à annihiler le contenu de l'avis de 1989. Elle reste en ce sens assez contestable. Désormais, le juge administratif estime que l'interdiction du port du voile, de la kippa ou d'une croix de dimension manifestement excessive peut être justifiée par les difficultés de plus en plus nombreuses que le port de tels signes engendre dans les établissements scolaires. Si cette prohibition vise à garantir l'ordre public et l'accomplissement de la mission d'enseignement, le Conseil n'explique pas vraiment les raisons de cette solution ni les motifs qui l'ont conduit à revenir sur sa jurisprudence antérieure. On ne peut que regretter que le juge français se refuse à entrer dans une appréciation concrète du statut des droits fondamentaux et de la possible évolution de leur perception³. Au final, le Conseil adhère à l'adage *Religio tua nequit ostendere* mais sans donner d'explication très précise.

Le Conseil constitutionnel a également eu l'occasion de se prononcer sur le principe de laïcité. Dans sa décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, il a jugé que l'autorisation de ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe « ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution »⁴. Cette décision s'inscrit dans

¹ F. Rolin, note sous CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, AJDA, n°1, 2005, pp. 43-45.

² F. Rolin, *ibid.*, p. 44.

³ F. Rolin, *ibid.*, p. 45.

⁴ Décision publiée au JO 24 novembre 2004, p. 19885 ; Voir notamment les commentaires de : O. Dord, « Le Conseil constitutionnel face à la « Constitution européenne » : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », AJDA du 31 janvier 2005, n° 4, pp. 211- 219 ; D. Chamussy (Administrateur de l'Assemblée nationale), « Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire », AJDA du 31 janvier 2005, n° 4, pp. 219-222.

la continuité de celles rendues à propos de la loi pour la confiance dans l'économie numérique¹ (Cons. const. 10 juin 2004, n°2004-497 DC), de la loi relative à la bioéthique (Cons. const. 1^{er} juillet 2004, n°2004-498 DC) et de la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (Cons. const. 29 juillet 2004, 2004-499 DC). De cette décision du 19 novembre 2004, il convient de retenir la place spécifique accordée au droit communautaire dans l'ordonnement juridique. Toutefois, on peut s'interroger sur les limitations de ce contrôle et notamment sur la place qui a été faite à la Charte des droits fondamentaux. A ce sujet, force est de constater que sa compatibilité avec la Constitution reste tributaire de l'évolution de la jurisprudence des cours européennes. L'affirmation que contiennent les considérants n°17 et 18 de la décision n°2004-505 DC réserve une place particulière au principe de laïcité. D'ailleurs, un certain nombre de députés et de sénateurs ont soutenu que les dispositions de l'article II-70 du traité qui consacre le droit individuel de manifester ses convictions religieuses en public méconnaissent les termes de l'article 1^{er} de la Constitution française de 1958. Selon le professeur Olivier Dord le principe de laïcité de la République interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers ». Le contrôle habile auquel se livre le juge constitutionnel pour examiner la compatibilité avec la Constitution de l'article II-70 mérite toute notre attention. Le juge commence par reconnaître que les droits fondamentaux énoncés par la Constitution européenne doivent être étudiés à la lumière des explications présentées par le praesidium de la Convention européenne qui a élaboré la Charte en 2000. Ensuite, il affirme « qu'aux termes des explications du praesidium le droit garanti par l'article II-70 bénéficie du même sens et de la même portée que celui qui est garantie par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »². Le juge constitutionnel s'inspire de l'affaire *Leyla Sahin c/ Turquie* pour conclure que la jurisprudence européenne des droits de l'homme laisse aux Etats parties une marge d'appréciation suffisante pour concilier, compte tenu de leur propre tradition juridique, la liberté de culte avec le principe de laïcité. Par conséquent, les dispositions de l'article II-70 de la Charte des droits fondamentaux ne sont pas contraires à l'article 1^{er} de la Constitution. Ce qui est particulièrement intéressant de relever en l'espèce, c'est que le Conseil constitutionnel se réfère pour la première fois à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour fonder l'absence de contrariété entre la Constitution de 1958 et un traité communautaire. Par la même occasion le Conseil constitutionnel donne son interprétation du principe

¹ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* 22 juin 2004, p. 11182. Voir également la note de J. Arrighi de Casanova, *AJDA* 2004, n°28, pp.1534-1537 ; M. Gautier et F. Melleray, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA* 2004, n°28, pp. 1537-1541 ; D. Chamussy, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la sécurité juridique », *AJDA* 2004, n°35, pp. 1937-1941.

² O. Dord, *ibid*, p. 218.

de laïcité. Cependant, cette constitutionnalité par renvoi reste soumise à la réalisation de deux hypothèses : soit la Cour européenne des droits de l'homme statuant en Grande Chambre confirme la solution retenue dans l'affaire *Leyla Sahin c/ Turquie* ; soit la Cour de justice de l'Union, dans le cas où elle aurait à connaître de ce problème, partage le raisonnement suivi par la Cour européenne de Strasbourg. Dans ce dernier cas de figure et pour citer les propos du commentateur de la décision n°2004-505 DC aux Cahiers du Conseil constitutionnel, « *il est clair que toute interprétation jurisprudentielle future des Cours de Luxembourg ou de Strasbourg allant au-delà des dispositions de la Charte ou restreignant la portée de ses clauses de limitation [...] conduirait à altérer les données au vu desquelles s'est prononcé le Conseil constitutionnel pour arriver à la conclusion que la deuxième partie du traité n'appelait pas de révision* »¹. Cette réserve pourrait conduire le Conseil d'Etat le cas échéant à infléchir sa jurisprudence.

¹ *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2004, n°18.

