

LE VOILE À L'ÉCOLE : UNE EUROPE DIVISÉE

PAR

Emmanuelle BRIBOSIA

*Docteur en droit,
Maître de conférence
à l'Université de Bruxelles*

Isabelle RORIVE

*Docteur en droit,
Maître de conférence
à l'Université de Bruxelles*

Introduction

1. Le voile islamique ne laisse personne indifférent. Rarement un couvre-chef aura fait couler autant d'encre et généré des controverses aussi passionnées. Il est vrai que le *hidjab* est associé à une forme d'oppression de la femme, présente dans certains régimes théocratiques musulmans ou dans des tendances religieuses qui traversent l'Islam ⁽¹⁾. Depuis les événements du 11 septembre, le *hidjab* est aussi amalgamé, de manière abusive, à l'intégrisme. Il revêt des significations multiples qui dépassent le simple mode d'extériorisation de la foi pour englober une dimension culturelle ou politique. Le foulard est en fin de compte « *un objet surdéterminé* » ⁽²⁾.

La crise du foulard islamique en France qui a monopolisé l'actualité pendant de nombreux mois avant de déboucher sur une loi d'interdiction dans les écoles publiques, a confronté (ou re-confronté) l'ensemble des Etats européens au problème des signes religieux dans l'enseignement. Le débat est cornélien dans la mesure où sont concernées des questions fondamentales comme la liberté de religion ou d'expression, la tolérance, les droits des enfants dont celui à l'instruction, les relations entre les Eglises et l'Etat, la neutralité de l'Etat garante d'une société pluraliste, les droits et l'émancipation

(1) B. BLERO, « Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école. L'interdiction du foulard islamique face à la liberté de religion », *Revue du droit des étrangers*, 1996, n° 87, p. 3.

(2) P. BLAISE et V. DE COOREBYTER, « L'Islam et l'école, anatomie d'une polémique », *Courrier hebdomadaire du C.R.I.S.P.*, 1990, n°s 1270-1271, p. 50.

des femmes, les identités religieuses, les relations inter-religieuses ou interculturelles et l'intégration ⁽³⁾.

Dans ce contexte, la position de la Cour européenne des droits de l'homme était particulièrement attendue. Dans son arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* ⁽⁴⁾, la Cour rejette la requête d'une étudiante turque, empêchée de porter son *hidjab* sur le campus universitaire ⁽⁵⁾. Cette décision, prononcée à l'unanimité, ne fournit pas de solution de principe et n'est pas de taille à servir de guide aux décideurs européens (I). Il était sans doute utopique d'attendre d'un jugement, quelle que soit la légitimité de l'instance qui le prononce, qu'il résolve la controverse. Le paysage européen est en effet particulièrement contrasté quand il s'agit de déterminer quelle place les signes religieux sont en droit d'occuper à l'école (II).

I. — *Leyla Sahin c. Turquie* devant la Cour européenne des droits de l'homme

A. — *Les faits de l'affaire*

2. Ressortissante turque, Leyla Sahin est, en 1998, à l'époque des faits, étudiante en cinquième année à la faculté de médecine de l'Université d'Istanbul. Issue d'une famille pratiquant la religion musulmane, elle porte le foulard islamique. Elle affirme l'avoir porté sans difficulté pendant ses quatre premières années d'études à l'Université de Bursa et jusqu'en février 1998, date à laquelle le recteur de l'Université d'Istanbul adopte une circulaire réglementant l'entrée des étudiants sur le campus universitaire. Ce texte prescrit que « *les étudiantes ayant la 'tête couverte' (portant le foulard islamique) et les étudiants portant la barbe [...] ne doivent pas être acceptés aux cours, stages et travaux pratiques* ». En vertu de cette circulaire, Leyla Sahin se voit refuser l'accès aux épreuves écrites de plusieurs cours et n'est pas admise à d'autres. Par ailleurs, la faculté lui inflige deux sanctions disciplinaires : un avertissement pour infraction au code vestimentaire et une exclusion de six mois pour

(3) A cet égard, Eva BREMS a utilisé l'expression de « prise de tête constitutionnelle » (« De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen & Publiekrecht*, 2004, p. 323).

(4) Req. n° 44774/98, décision de la Cour eur. dr. h. du 29 juin 2004.

(5) La Cour avait été saisie d'une autre requête introduite par une étudiante turque de l'enseignement supérieur non-universitaire qu'elle avait déclarée recevable. L'affaire a toutefois été rayée du rôle à la suite du désistement de la requérante, intervenu le 19 février 2003.

avoir participé à un rassemblement non autorisé visant à protester contre le code vestimentaire imposé par l'Université. Cette dernière sanction est finalement annulée à la suite de l'entrée en vigueur d'une loi d'amnistie. Afin de poursuivre ses études dans un environnement lui permettant d'arborer le *hidjab* qui, à ses yeux, constitue un prescrit religieux essentiel, Leyla Sahin quitte la Turquie pour s'inscrire à l'Université de Vienne en septembre 1999. Elle s'expatrie, non sans avoir été déboutée par le tribunal administratif d'Istanbul, d'un recours en annulation contre la circulaire litigieuse, une décision ultérieurement confirmée par le Conseil d'Etat. N'ayant pas obtenu satisfaction devant les autorités nationales, elle saisit, en juillet 1999, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme au motif principal que l'interdiction du foulard islamique dans les établissements de l'enseignement supérieur viole sa liberté de pensée et de religion ⁽⁶⁾.

B. — *Le contexte jurisprudentiel*

3. L'affaire *Leyla Sahin c. Turquie* est la troisième relative à une interdiction du voile islamique soumise aux instances de Strasbourg.

Dans la première, l'affaire *Karaduman c. Turquie* ⁽⁷⁾, seule la Commission européenne des droits de l'homme se prononce au stade de la recevabilité. En 1993, elle rejette comme manifestement mal fondée la requête d'une étudiante qui s'est vu refuser la délivrance de son diplôme universitaire tant qu'elle ne fournirait pas une photo d'identité la représentant non voilée. Pour la Commission, une réglementation d'une Université laïque turque imposant aux étudiantes de fournir une photo sans foulard en vue de l'obtention de leur diplôme ne constitue nullement une ingérence dans la liberté de religion et de conscience des étudiantes. Dans sa motivation, elle met en exergue le caractère laïque de l'Université où l'étudiante a choisi de faire ses études en adhérant du reste au règlement critiqué. Et de poursuivre qu'afin de préserver cette laïcité, l'Université est en droit de « *soumettre la liberté des étudiants de manifester leur religion à des limitations de lieu et de forme destinées à assurer la mixité des étudiants de croyance diverses* » ⁽⁸⁾. Dans sa décision, la Commission semble particulièrement sensible à la situation spécifique de la

(6) Art. 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

(7) Req. n° 16278/90, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 3 mai 1993, *D.R.*, 74.

(8) *Ibidem*, point 2.

Turquie. Elle souligne que dans un tel pays « où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, la manifestation des rites et des symboles de cette religion, sans restriction de lieu et de forme, peut constituer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas ladite religion ou sur ceux adhérant à une autre religion »⁽⁹⁾.

4. Plus récemment, la Cour de Strasbourg elle-même s'est penchée sur une affaire concernant cette fois une enseignante. Dans l'arrêt *Dahlab c. Suisse*⁽¹⁰⁾ rendu en 2001, elle juge irrecevable la requête d'une institutrice de l'enseignement public fondamental sommée de retirer son *hidjab* afin de préserver la neutralité confessionnelle de l'école publique. En rejetant cette requête comme manifestement mal fondée, la Cour ménage une ample marge d'appréciation aux autorités étatiques. Elle se contente en effet de considérer que le résultat de la mise en balance du droit de l'institutrice de manifester sa religion, d'une part, et de la protection de l'élève à travers la sauvegarde de la paix religieuse, d'autre part, n'est pas déraisonnable dans le contexte de l'affaire⁽¹¹⁾. A nouveau, la décision semble fortement tenir aux faits de l'espèce plutôt qu'à l'expression d'une position de principe. La Cour insiste sur le très jeune âge des enfants (quatre à huit ans) confiés à l'institutrice, un âge auquel les enfants seraient particulièrement influençables.

Ces deux décisions ont rejeté les requêtes comme manifestement mal fondées ce qui peut sembler étonnant vu la complexité et les enjeux des questions soulevées. Dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*, les instances de Strasbourg se donnent enfin l'occasion d'examiner au fond la compatibilité, avec la liberté religieuse, d'une réglementation interdisant le port du voile islamique à l'Université⁽¹²⁾.

C. — *Le raisonnement de la Cour*

1. *La liberté de religion n'est pas absolue*

5. Dans ses développements consacrés à l'existence ou non d'une violation de l'article 9 de la Convention, la Cour commence par rappeler sa jurisprudence relative à la liberté de pensée, de conscience

(9) *Ibidem*.

(10) Req. n° 42393/98, décision de la Cour eur. dr. h. du 15 février 2001. Sur cette décision, voy. notamment le commentaire de J. JACQMAIN, *Journal du droit des jeunes*, 2002, n° 215.

(11) *Ibidem*, § 1^{er}, p. 14.

(12) La décision sur la recevabilité est intervenue le 2 juillet 2002.

et de religion qui « *représente l'une des assises d'une 'société démocratique'* » (13). En tant que condition d'une société pluraliste, cette liberté est essentielle tant pour les croyants que pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Elle vaut pour toutes les croyances qui sont suffisamment identifiables (14). L'étendue de la protection dépend de l'aspect du droit considéré. Pour ce qui relève du for intérieur (adhérer ou non à une religion, en changer ou l'abandonner), la liberté est absolue et inconditionnelle. Par contre, ce qui relève du for extérieur (notamment l'extériorisation publique d'une appartenance religieuse) est susceptible de faire l'objet de restrictions dans le respect des critères fixés par l'article 9, § 2 de la Convention qui dispose que « *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* » (15).

6. Au sujet cette fois du port du foulard, la Cour, s'appuyant sur ses décisions *Karduman c. Turquie* et *Dalhab c. Suisse* (16), rappelle que, dans une société démocratique, l'État peut le limiter si « *celui-ci nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique* » (17). L'on peut regretter ici le manque de rigueur de la Cour qui semble tirer un enseignement général détaché des situations d'espèce de ces deux précédents. Pour l'affaire *Dalhab* en particulier, la Cour se contente de dire, au détour d'une phrase, qu'elle concerne « *une enseignante chargée d'une classe d'enfants en bas âge* » (18) en passant à la trappe les arguments spécifiques applicables à semblable situation.

(13) § 66 de l'arrêt. Voy. aussi l'arrêt de la Cour eur. dr. h. du 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, § 3.

(14) Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 octobre 1977, *X. c. Royaume-Uni*, D.R., 11, p. 55. La Commission n'a pas vu de violation de l'article 9 dans une affaire où l'administration d'une prison a refusé d'inscrire un prisonnier comme appartenant à la religion « Wicca ». Voy. aussi la décision de la Cour eur. dr. h. du 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, § 78.

(15) Sur la notion de for intérieur et de for extérieur en général, voy. notamment L.M. HAMMER, *The international human right to freedom of conscience*, Aldershot-Burlington-Singapore-Sydney, Ashgate & Dartmouth publishing companies, 2001, pp. 72 et s.

(16) Voy. *supra*, §§ 3-4.

(17) § 98 de l'arrêt.

(18) *Ibidem*.

2. *L'existence de l'ingérence in casu*

7. En l'espèce, la Cour tranche d'abord la question de l'existence ou non d'une ingérence dans la liberté religieuse de l'étudiante turque. Cette dernière, pour laquelle arborer le foulard répond à un prescrit coranique, considère que la mesure d'interdiction prise par l'Université équivaut bien à une telle immixtion. Sans entrer dans la controverse liée aux diverses significations du foulard et au point de savoir si, dans tous les cas, il constitue l'accomplissement d'un devoir religieux, la Cour admet l'existence d'une ingérence dès lors qu'il s'agit, pour la requérante, d'un acte motivé ou inspiré par sa foi⁽¹⁹⁾. En réalité, cette position est la seule tenable. Respectueuse de la séparation entre pouvoir temporel et spirituel, elle n'entraîne pas les juges dans des débats insolubles sur la nature religieuse d'une pratique ou son caractère obligatoire pour ses adhérents.

3. *Les conditions de l'ingérence*

8. Une fois l'ingérence constatée, la Cour procède à l'examen, désormais classique, par lequel elle vérifie si la restriction était prévue par la loi, si elle poursuivait un objectif légitime et, enfin, si, dans une société démocratique, elle était nécessaire à la réalisation de cet objectif.

a) *L'ingérence est prescrite par la loi et poursuit un objectif légitime*

9. Les deux premières conditions sont rapidement traitées et la Cour conclut à l'existence d'une base légale en droit turc ainsi qu'à la poursuite de deux buts légitimes parmi ceux énoncés à l'article 9, § 2 de la Convention, que sont la protection des droits et libertés d'autrui ainsi que la préservation de l'ordre. La neutralité ou la laïcité de l'Etat, non visées par cette disposition, ne sont susceptibles de justifier des limitations à la liberté religieuse qu'en étant combinées aux précédents motifs.

b) *L'ingérence est nécessaire dans une société démocratique*

10. C'est sur le caractère « *nécessaire dans une société démocratique* » de la restriction que la Cour de Strasbourg centre l'essentiel de sa motivation. La Cour s'attache à vérifier si l'ingérence portée à la liberté religieuse de Leyla Sahin par la circulaire de l'Université d'Istanbul s'insère bien dans la ligne des objectifs légitimes poursui-

(19) § 71 de l'arrêt.

vis par cette réglementation et n'empiète pas excessivement sur la liberté en cause. En d'autres termes, la Cour procède au traditionnel contrôle de proportionnalité.

11. De manière générale, analyser le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme quand elle procède à pareil contrôle relève presque de la gageure vu le pragmatisme méthodologique dont elle fait traditionnellement preuve⁽²⁰⁾. A cet égard, les travaux de Sébastien Van Drooghenbroeck fournissent des outils méthodologiques précieux⁽²¹⁾. Suivant cet auteur qui s'inspire ici du modèle développé par la Cour constitutionnelle allemande⁽²²⁾, la règle de proportionnalité qui s'impose aux Etats lorsqu'ils limitent une liberté fondamentale comporte trois exigences : (1) le caractère approprié de l'ingérence, à savoir sa capacité à protéger effectivement l'intérêt légitime mis en péril par la liberté ; (2) le choix par l'autorité compétente de la mesure la moins attentatoire à la liberté en cause ; (3) la proportionnalité au sens strict de l'acte ou de l'omission imputable à l'Etat qui s'apprécie en pesant les intérêts en présence⁽²³⁾.

La Cour européenne ne procède cependant pas systématiquement au contrôle de ces trois exigences. Dans les hypothèses où les Etats jouissent d'une marge d'appréciation importante, en raison du caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle de la Convention⁽²⁴⁾, la Cour se contente de vérifier le respect de la troisième exigence et présume irréfragablement les deux premières remplies. Ce cas de figure est bien celui dans lequel la Cour range l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*.

12. L'ampleur de la marge d'appréciation laissée ici aux autorités nationales est tirée de l'absence d'un consensus européen sur les questions relatives aux rapports entre l'Etat et les religions. Selon

(20) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, §§ 793 et s.

(21) Voy. principalement l'ouvrage cité à la note précédente.

(22) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention...*, *op. cit.*, §§ 26 et s.

(23) *Ibidem*, §§ 31 à 33 et 222.

(24) A ce sujet, voy. P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 63 et s. ; « The doctrine of the margin of appreciation under the European Convention of Human Rights : its legitimacy in theory and application in practice », *Human Rights Law Journal*, 1998, vol. 19, n° 1, pp. 1-36.

la Cour, lorsque de telles questions sont en jeu « *sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au décideur national* »⁽²⁵⁾. Cette liberté des Etats se justifie d'autant plus, aux yeux de la Cour, que la réglementation incriminée concerne le port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement. Dans ce domaine, poursuit la Cour, les traditions nationales sont très diverses⁽²⁶⁾. Et de s'appuyer sur des développements de droit comparé dont on ne peut que souligner le caractère fragmentaire et approximatif⁽²⁷⁾.

13. La marge d'appréciation reconnue aux autorités étatiques étant particulièrement importante, la Cour n'exerce, dans la ligne de sa pratique, qu'un contrôle de proportionnalité limité à la balance des intérêts en présence. En réalité, le contrôle de la Cour est ici encore plus étroit : elle se borne à vérifier si la réglementation interdisant le port du voile à l'Université n'est pas *disproportionnée* aux objectifs qu'elle poursuit. Le contrôle positif, en vertu duquel l'Etat doit établir la proportionnalité de la mesure incriminée, se mue en un contrôle négatif, par lequel la requérante ou la Cour se voient chargées de démontrer la non-proportionnalité de cette mesure⁽²⁸⁾.

14. Dans l'exercice de son contrôle, la Cour insiste tout d'abord longuement sur la pertinence et la légitimité des motifs invoqués par la Turquie à l'appui de l'ingérence litigieuse. Il s'agit de la laïcité et de l'égalité, deux principes qui, aux yeux de la Cour, « *se renforcent et se complètent mutuellement* »⁽²⁹⁾.

La laïcité est, suivant la Cour, « *assurément l'un des principes fondateurs de l'Etat turc qui cadrent avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la démocratie* »⁽³⁰⁾. Dans la ligne de son important arrêt *Refah Partisi*⁽³¹⁾ où elle considère que l'inter-

(25) § 101 de l'arrêt.

(26) § 102 de l'arrêt.

(27) Voy. *infra*, § 20.

(28) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention...*, *op. cit.*, § 310; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on human rights*, Deventer-Boston, Kluwer, 1990, 2nd ed., p. 591.

(29) § 104 de l'arrêt.

(30) § 99 de l'arrêt. Voy. aussi les §§ 104 et 105.

(31) *Refah Partisi (parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, req. n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour eur. dr. h. le 13 février 2003.

diction de ce parti musulman, devenu le premier parti politique turc aux élections législatives de 1995, ne viole par le droit à la liberté d'association, la Cour répète que « *dans un pays comme la Turquie, où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, des mesures prises dans les Universités en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion peuvent être justifiées au regard de l'article 9, § 2 de la Convention. Dans ce contexte, des Universités laïques peuvent réglementer la manifestation des rites et des symboles de cette religion, en apportant des restrictions de lieu et de forme, dans le but d'assurer la mixité des étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui* »⁽³²⁾. La mise en œuvre du principe de laïcité en Turquie rejoint donc en partie les exigences d'une société pluraliste au nom de laquelle la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut être assortie de « *limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun* »⁽³³⁾. La Cour se place ainsi du point de vue de la société et de la liberté religieuse dans sa dimension collective, plutôt que de celui du pratiquant isolé qui souhaite arborer les expressions de son culte dans l'espace public.

Quant à l'égalité entre les sexes et la protection des droits des femmes, la Cour souligne qu'à l'instar du système de la Convention, ce principe a été érigé par la Cour constitutionnelle turque au rang de valeur constitutionnelle⁽³⁴⁾. Elle ne développe pas plus avant les liens entre l'interdiction du *hidjab* et l'égalité des sexes. Pour la Cour, la laïcité constitue la considération primordiale sous-jacente à l'interdiction d'insignes religieux dans les Universités turques⁽³⁵⁾.

15. Dans un deuxième temps, il s'agit pour la Cour d'apprécier les liens qu'entretiennent ces principes de laïcité et d'égalité avec les objectifs légitimes expressément énoncés à l'article 9, § 2 de la Convention, en particulier la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre : « *Lorsque l'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arbo-*

(32) § 99 de l'arrêt, repris de l'arrêt précité *Refah Partisi (parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, § 95. Voy. aussi *Karduman c. Turquie* précité, décision de la Commission du 3 mai 1993, *D.R.*, 74, p. 93.

(33) § 97 de l'arrêt.

(34) § 107 de l'arrêt.

(35) § 110 de l'arrêt.

rent pas ». Elle en conclut que « dans un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane » une limitation du droit de porter le foulard « peut donc passer pour répondre à 'un besoin social impérieux' tendant à atteindre ces deux buts légitimes » (36).

Si tant est que l'on puisse qualifier cette partie du raisonnement de la Cour de contrôle de proportionnalité ou de mise en balance des intérêts, les justifications générales invoquées par la Turquie à l'appui de la réglementation en cause pèsent manifestement plus lourd que l'intérêt de la requérante d'exercer sa liberté religieuse en portant le *hidjab* à l'Université. Cet intérêt particulier, pourtant partie intégrante d'une liberté individuelle, est négligé voire ignoré par la Cour. Cette tendance est confirmée par l'énumération des intérêts en jeu, au rang desquels figurent uniquement : « les droits et libertés d'autrui, la paix civile, les impératifs de l'ordre public et le pluralisme » (37). En filigrane, apparaît en réalité la considération qui semble avoir monopolisé l'attention de la Cour, à savoir la sensibilité de la question en raison notamment de « la portée politique » acquise ces dernières années par le *hidjab* en Turquie (38). Les multiples références et extraits repris à l'arrêt rendu en 2003 par la Grande Chambre dans l'affaire *Refah Partisi c. Turquie* témoignent de l'importance centrale de cette dimension politique du problème. La Cour rappelle d'ailleurs qu'elle « ne perd pas de vue qu'il existe en Turquie des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société toute entière leurs symboles religieux et leur conception de la société fondée sur des règles religieuses » (39).

16. Au-delà de l'influence de ce facteur politique, la prééminence accordée aux préoccupations d'intérêt général indique que la Cour a procédé à un contrôle abstrait de la compatibilité de la circulaire de l'Université d'Istanbul avec l'article 9 de la Convention. En effet, à aucun moment n'est opérée une mise en balance, d'une part, du préjudice occasionné à la requérante qui se voit privée de toute possibilité de continuer ses études en Turquie en accord avec ses convictions religieuses avec, d'autre part, le bénéfice qui résulte, pour la société turque, d'interdire à M^{elle} Sahin de porter le voile à l'Université. C'est la norme litigieuse elle-même qui est jaugée à

(36) § 108 de l'arrêt.

(37) § 101 de l'arrêt.

(38) § 108 de l'arrêt.

(39) § 109 de l'arrêt.

l'aune des avantages généraux que son application est supposée engendrer pour la défense de la laïcité en Turquie. Le préjudice, c'est-à-dire l'atteinte à la liberté religieuse des destinataires de la norme, ne semble évalué ni sur un plan abstrait, ni même sur un plan concret à la lumière des circonstances de l'espèce. Dans cette perspective, la ligne argumentative, par laquelle la requérante soutient que, pour sa part, le port du voile n'a « *pas de caractère ostentatoire ou revendicatif et ne constitue pas un acte de pression, de provocation ou de prosélytisme* » et qu'il n'est pas démontré que cela ait « *causé un dérangement, une perturbation ou une menace à l'ordre public* »⁽⁴⁰⁾, est totalement passée à la trappe. De même, est évacué, sans autre forme de procès, l'argument tenant à la tolérance dont font preuve certaines Universités turques à l'égard d'étudiantes voilées sans qu'une telle attitude n'ait, semble-t-il, engendré de trouble pour l'ordre ou de nuisances pour les droits et libertés d'autrui. Pareilles expériences sont cependant de nature à relativiser le caractère nécessaire de l'interdiction du foulard islamique dans l'Université d'Istanbul et, à tout le moins, auraient dû être prises en considération par la Cour.

4. *Les deux facettes du principe de l'égalité entre hommes et femmes*

17. La question du port du *hidjab* est souvent considérée en lien avec celle de l'égalité des sexes. Ce volet du débat est assurément très sensible et, ici encore, le traitement qu'en fait la Cour ne nous paraît pas satisfaisant. Elle se réfère à l'arrêt *Dalhab c. Turquie*⁽⁴¹⁾ où, dit-elle, l'accent a été mis « *sur le 'signe extérieur fort' que représente le port du foulard* » par l'enseignante et où elle « *s'est interrogée sur l'effet prosélytique que peut avoir un tel symbole dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes* »⁽⁴²⁾. Sans prendre la moindre précaution, la Cour entre dans ce délicat débat « *chaussée de gros sabots* ». A tout le moins, dans l'arrêt *Dalhab*, s'abritait-elle derrière l'opinion du Tribunal fédéral suisse qui avait estimé, dans la foulée des considérations précitées, qu'il semble « *difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves* »⁽⁴³⁾. Ici, aucune référence n'est faite à cette juridiction et

(40) §§ 85 et 86 de l'arrêt.

(41) Voy. *supra*, § 4.

(42) § 98 de l'arrêt.

(43) *Ibidem*.

l'on est bien en peine de comprendre l'attitude pour le moins indélégante et paternaliste — 'maternaliste' ? — de la Cour à l'égard des femmes musulmanes. En tout état de cause, quelle que soit l'opinion de chacun sur cette question, personne ne gagne en crédibilité en passant sous silence certains éléments du débat, notamment l'argument selon lequel le *hidjab* peut aussi être un facteur d'émancipation des femmes (44). Assimiler, sans autre justification, le port du foulard à une atteinte aux droits des femmes ou à une discrimination qu'elles subissent du fait que les hommes ne doivent pas le porter est abusif et résulte d'amalgames douteux (45). D'autant plus qu'il est ici question de femmes universitaires et donc majeures. Par ailleurs, si l'argument consistant à critiquer le port du foulard comme attentatoire à l'égalité des sexes doit être pris au sérieux, c'est dans tous les espaces publics et non pas uniquement à l'Université ou à l'école qu'il est impérieux de l'interdire.

18. Le paradoxe réside peut-être dans le fait que la Cour reprend à son compte le caractère potentiellement discriminatoire du foulard islamique, mais qu'elle ne répond nullement à l'argument inverse invoqué par la requérante. Suivant cette dernière, c'est l'interdiction qui est discriminatoire pour les étudiantes musulmanes car elle aboutit à les mettre dans une situation défavorable par rapport à leurs homologues masculins. La question avait déjà été soulevée sous un tel angle à l'occasion de l'affaire *Dahlab*. La Cour, après avoir rappelé que « *la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important du Conseil de l'Europe* », a nié le caractère discriminatoire de la mesure interdisant à l'institutrice de revêtir son foulard dans le cadre de son activité professionnelle. Sa justification était néanmoins peu convaincante : elle se résumait à affirmer que l'interdiction, destinée à préserver la neutralité de l'enseignement public, était indépendante de toute question de genre. Dans d'autres contextes, la Cour ne s'est pas privée d'appliquer un contrôle plus sévère en stigmatisant comme discriminatoires, non seulement des mesures visant directement les femmes, mais aussi certaines qui, apparemment neutres, avaient un impact défavorable sur celles-ci.

(44) Voy. F. KHOSROKHAVAR qui développe la thèse devenue « *classique en anthropologie de l'Islam dans les dernières décennies [suivant laquelle] le voile donne la possibilité aux jeunes femmes iraniennes et turques de légitimer et d'islamiser leur modernisation* » (« Les femmes, le voile et l'islamisme », *Femmes sous le voile face à la loi islamique*, Paris, éd. du Félin, 1995, p. 162).

(45) E. BREMS, « De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *op. cit.*, p. 353.

5. *L'absence de considération des autres droits et libertés*

19. A l'appui de sa requête, Leyla Sahin invoquait également une violation de son droit au respect de la vie privée et familiale ⁽⁴⁶⁾, de sa liberté d'expression ⁽⁴⁷⁾, de son droit à l'instruction ⁽⁴⁸⁾ ainsi que de l'interdiction de toute discrimination ⁽⁴⁹⁾ dans l'exercice de la liberté de religion. La Cour évacue l'ensemble de ces arguments au motif qu'ils ne soulèvent aucune question distincte de celles abordées sous l'angle de la liberté de conscience et de religion ⁽⁵⁰⁾. On peut déplorer le laconisme de la Cour. Il est impossible de déterminer si elle considère qu'il n'y avait purement et simplement pas d'ingérence ou si les éventuelles ingérences étaient justifiées. Dans ce dernier cas, la solution en matière de liberté religieuse ne paraît pas directement transposable aux droits et libertés invoqués, en particulier à la liberté d'expression qui bénéficie habituellement d'un statut plus protecteur. En témoigne notamment l'arrêt récent rendu dans l'affaire *Müslüm Gündüz c. Turquie* ⁽⁵¹⁾. La Cour y a sanctionné la Turquie pour avoir condamné un dirigeant religieux musulman qui avait violemment critiqué le régime démocratique et laïc turc, appelé à l'instauration de la *Charia* et injurié les enfants nés d'unions laïques. Avec Sébastien Van Drooghenbroeck, on peut s'étonner que la manifestation paisible d'une religion par le port d'un couvre-chef puisse être censurée, dans une société donnée, alors que, dans la même société, des propos frôlant l'incitation à la haine religieuse ne le peuvent pas ⁽⁵²⁾.

II. — La place des signes religieux dans l'enseignement : l'absence de consensus européen

20. Afin de justifier la large marge d'appréciation laissée à l'Etat turc pour décider d'une ingérence dans la liberté religieuse des étudiantes universitaires de confession musulmane, la Cour européenne des droits de l'homme insiste sur l'absence de consensus européen en la matière. D'après la Cour, « *une marge d'appréciation s'impose spé-*

(46) Art. 8 de la Convention.

(47) Art. 10 de la Convention.

(48) Art. 2 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention.

(49) Art. 14 de la Convention.

(50) § 117 de l'arrêt.

(51) Req. n° 35071/97, arrêt de la Cour eur. dr. h. du 4 décembre 2003.

(52) S. VAN DROOGHENBROECK, « Strasbourg et le voile », *Journal du Juriste*, à paraître en septembre 2004.

cialement lorsque les Etats contractants réglementent le port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, étant donné que la réglementation en la matière varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales [...] et que les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à la 'protection des droits d'autrui' et à 'l'ordre public' »⁽⁵³⁾. Une telle affirmation est appuyée par une étude de droit comparé particulièrement laconique et lacunaire⁽⁵⁴⁾. De surcroît, l'absence de consensus est constatée en élargissant la problématique des Universités à l'ensemble de l'enseignement primaire, secondaire et supérieur. Or si la Cour s'était concentrée sur l'enseignement supérieur, probablement aurait-elle dû nuancer son propos et relever que la majorité des Etats optent pour la liberté de ces étudiantes, majeures, pour qui le libre choix doit prévaloir. Même si, *in fine*, il est possible de se rallier à l'opinion de la Cour sur la diversité des approches nationales quant au port de signes religieux dans l'enseignement, elle aurait à tout le moins mérité d'être étayée par une motivation plus fouillée. Faut-il rappeler que l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* intervient dans un contexte particulièrement tendu ? Le port de signes religieux qui avait déjà, par le passé, suscité un débat de société est aujourd'hui au centre d'une controverse, parfois très virulente, dans plusieurs Etats européens.

21. Pour prendre toute la mesure des particularismes nationaux dans ce domaine, l'étude des législations et pratiques des quinze Etats membres de l'Union européenne avant l'élargissement du 1^{er} mai 2004 est particulièrement riche en enseignements⁽⁵⁵⁾. De telles différences nationales sont bien évidemment intrinsèquement liées aux relations spécifiques que les Etats de l'Union entretiennent avec les différents cultes. La position des « Eglises » est loin d'y être

(53) § 102 de l'arrêt.

(54) Voy. les paragraphes 53 à 57 de l'arrêt qui tiennent en une seule page.

(55) Les informations utilisées dans les développements ci-dessous ont pu être collectées dans le cadre des échanges au sein d'un réseau d'experts non-gouvernementaux en matière de discriminations fondées sur la religion ou les convictions, mis sur pied en 2002 et coordonné par le *Migration Policy Group*. Les experts nationaux étaient : B. Cohen (Royaume-Uni), D. Ellis et S. Gogan (Irlande), N.-E. Hansen (Danemark), Ch. Johnsson (Suède), C. Kretzschmar, S. Ebermeyer et M. Dehoumon (France), M. Mahlmann (Allemagne), T. Makkonen (Finlande), M. Malheiros (Portugal), F. Moyse (Luxembourg), V. Puente Alcubilla (Espagne), D. Schindlauer (Autriche), A. Simoni (Italie), N. Sitaropoulos (Grèce), M. Zwamborn (Pays-Bas). Nous les remercions très vivement pour leur apport précieux à cet article.

uniforme. Si l'Église est séparée de l'État dans nombre de pays ⁽⁵⁶⁾, ce principe de séparation se décline sous de multiples variantes. La conception française de la laïcité ne correspond, par exemple, pas à la neutralité « bienveillante » ou « tolérante » qui prévaut en Allemagne ou en Belgique. De plus, les pays de l'Union européenne sont de tradition chrétienne, et cette empreinte est encore très visible dans le Sud de l'Europe notamment, avec une prédominance des Églises catholique ou orthodoxe ⁽⁵⁷⁾.

22. Ces vingt-cinq dernières années, la place des symboles religieux dans l'enseignement public a, de manière récurrente, suscité la controverse. A cet égard, une distinction doit être faite entre l'affichage de signes religieux dans les écoles publiques (A) et le port de tels signes par les individus (B). Dans la première hypothèse, l'exhibition d'un symbole religieux résulte en effet de la décision d'une autorité publique, susceptible de mettre à mal la neutralité de l'État, alors que le port d'un tel signe dépend du choix d'une personne privée, même si la situation particulière des enseignants emprunte aux deux problématiques.

A. — *L'affichage de signes religieux*

23. Dans la majeure partie des pays étudiés, l'affichage de signes religieux dans les écoles publiques ne soulève pas de problème, souvent parce que de tels signes ont disparu de ces espaces publics. Par ailleurs, même dans certains pays où la présence de crucifix persiste en raison d'une tradition ou d'une règle historique, leur exhibition ne suscite que très peu de remous. Il en va ainsi au Portugal où de nombreuses croix sont présentes dans les écoles. Elles sont parfois enlevées à la demande de parents d'élèves sans tension particulière. En Autriche, une disposition de la loi sur l'éducation religieuse à l'école ⁽⁵⁸⁾, reprise dans le troisième Concordat conclu avec le Saint-

(56) Remarquez que parmi les quinze 'anciens' pays de l'Union européenne, trois connaissent encore aujourd'hui une Église d'État : le Danemark, la Grèce et le Royaume-Uni.

(57) Sur les rapports entre Églises et États en Europe, voy., par exemple, W. CALEWAERT, L. DE DROOGH, A. FIVÉ, A.-F. KETELAER et P. VANDERNACHT, *Relations entre États, communautés religieuses et philosophiques en Europe*, Bruxelles, Conseil central des Communautés philosophiques non confessionnelles de Belgique, 1996; W. COLE DURHAM, « Perspectives on religious liberty : a comparative framework », *Religious human rights in global perspective*, J.D. VAN DER VYVER & J. WITTE (ed.), The Hague, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff publishers, 1996, pp. 1 et s.; R. TOEFS, « Relationship between the State and religious groups », *International protection of religious freedom*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 131 et s.

(58) *Religionsunterrichtsgesetz*, B.G.B.I., Nr. 190/1949.

Siège, oblige le directeur d'un établissement scolaire à placer un crucifix dans chaque classe où plus de la moitié des élèves sont catholiques. Ce texte n'a suscité jusqu'ici aucune contestation d'importance.

24. En Allemagne, en Italie et en Espagne, par contre, l'affichage de signes religieux dans l'espace public donne lieu à controverses.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a considéré, dans un arrêt du 16 mai 1995⁽⁵⁹⁾, que la présence de crucifix dans les établissements scolaires publics est susceptible de violer la liberté de religion des élèves et que le principe de neutralité de l'Etat peut imposer que ces symboles religieux soient retirés. En conséquence, la Bavière, dont la législation était en cause devant la Cour constitutionnelle, a adopté une réglementation conférant aux parents le droit de s'opposer à la présence de crucifix dans les classes où ils figurent encore, moyennant la démonstration de raisons sérieuses et crédibles. Cette réglementation a été critiquée dans la mesure où elle impose une charge procédurale importante aux parents qui pourrait les dissuader d'agir.

En Italie, c'est plus récemment que « l'affaire du crucifix » a défrayé la chronique, même si ses implications juridiques ont pu être surestimées. Dans cette affaire, un citoyen italien de religion musulmane avait obtenu du juge des référés qu'il ordonne au directeur d'une école publique d'enlever les crucifix des classes maternelles et primaires où ses fils étaient inscrits. Cette décision, rendue au provisoire en octobre 2003⁽⁶⁰⁾, ne fut jamais exécutée : d'abord suspendue par le président de la juridiction, elle fut ensuite réformée par le juge du fond du chef d'incompétence. Au centre du débat figurent deux décrets datant du début du vingtième siècle qui imposent la présence de crucifix dans les écoles⁽⁶¹⁾. Si ces textes n'ont jamais été formellement réformés, leur validité constitutionnelle est aujourd'hui sujette à caution. Dans la pratique, la présence de crucifix dans les classes n'est pas généralisée et les professeurs ne se considèrent pas liés par une obligation légale. Le point de savoir s'il est contraire à la Constitution de garder des crucifix dans les classes reste cependant controversé. Depuis un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2000⁽⁶²⁾, l'exposition de crucifix ne peut plus être présentée comme étant intrinsèquement liée à l'héritage culturel ita-

(59) Bunderverfassungsgericht, 93, 1, *N.J.W.*, 1995, 2477.

(60) Ordonnance rendue par le juge des référés de l'Aquila, 22 octobre 2003.

(61) R.D. 30 avril 1924, n° 965 et R.D. 26 avril 1928, n° 1297.

(62) Cass., Sez. IV penale, sent. 439/2000.

lien. A cette occasion, la Cour a en effet confirmé l'acquittement d'un membre d'une commission électorale qui avait refusé de remplir sa mission d'assesseur dans une pièce où trônait un crucifix. Le problème de la présence des crucifix dans les lieux publics en Italie pourrait être tranché dans un avenir proche. Le tribunal administratif régional de Veneto est saisi, depuis juillet 2002, de la demande d'une femme finnoise, sans relation avec l'Islam, d'enlever les crucifix des classes dans lesquelles ses enfants suivent les cours⁽⁶³⁾.

En Espagne, la question de la présence de crucifix ou autres signes liés à la religion catholique dans les lieux publics et, en particulier, dans les écoles, est également débattue. Alors que le parti populaire, au pouvoir jusqu'aux élections de mars 2004, se déclarait opposé à réglementer l'affichage des signes religieux dans les écoles publiques, les partis de gauche ont déposé des propositions non-législatives devant l'assemblée parlementaire afin que soit garantie la neutralité des écoles publiques. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a statué, dans un arrêt du 6 juin 1991⁽⁶⁴⁾, sur la décision d'une Université publique d'ôter l'image de la Vierge Marie de son blason. A la différence de la juridiction inférieure saisie par un groupement de parents et d'élèves qui avait mis en cause cette décision, la Cour constitutionnelle considère que l'Université publique pouvait légitimement prendre une telle décision justifiée par le principe de neutralité de l'Etat. Elle souligne toutefois, de manière surabondante, que ce principe ne suppose pas l'obligation de retirer un tel symbole religieux dont le maintien peut légitimement reposer sur des motifs historiques. La Cour suprême de justice de Madrid a, quant à elle, rendu une décision, le 15 octobre 2002⁽⁶⁵⁾, dans une affaire où le retrait des crucifix dans les classes d'une école publique avait été demandé sans succès par une association de parents. Elle juge qu'il appartenait aux Conseils d'école de décider du retrait ou du maintien de ces signes religieux dans les écoles publiques mais que ces décisions pouvaient être mises en cause par l'administration de l'enseignement saisie d'un recours. Par ailleurs, plusieurs ombudsmen régionaux (Andalucía, Castilla y León et Aragón) ont été saisis de plaintes de parents relatives à la présence de crucifix et d'images de la Vierge dans les écoles publiques. L'ombudsman d'Andalousie a considéré, dans un rapport d'août 2001, que cette

(63) Les informations concernant cette affaire sont disponibles sur le site d'une association d'athées, à l'adresse suivante : www.uaar.it/cosa/scrociogliamo.

(64) Cour constitutionnelle espagnole, décision n° 130/1991, 6 juin 1991. Voy. le site de la Cour, à l'adresse suivante : <http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm>.

(65) Cour de justice de Madrid, décision n° 1105/2002, 15 octobre 2002.

présence ne méconnaît pas le principe de neutralité de l'Etat, ni celui de la liberté de conscience des élèves non-catholiques à la condition que ces symboles soient placés dans des endroits réservés à l'éducation religieuse ou qui permettent d'identifier clairement leurs adhérents. Toutefois, si ces signes religieux se trouvent dans des classes où se déroule l'instruction obligatoire, ils peuvent porter atteinte à la liberté religieuse des élèves et doivent être retirés si une demande est faite en ce sens.

B. — *Le port de signes religieux*

25. Les controverses engendrées dans certains pays par le port des signes religieux par les élèves et/ou les enseignants ont entraîné certaines interventions législatives, encore minoritaires, afin de réglementer la question. Dans la plupart des pays, on en est encore à un stade infra-législatif de débat politique, voire de réflexions cantonnées à la sphère académique et médiatique (1). Dans ces Etats, les éventuels problèmes qui interviennent sont réglés par la pratique ou la jurisprudence sur la base de textes plus généraux consacrant notamment le principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que la liberté religieuse (2).

1. *L'état des débats*

26. A l'aune d'une analyse des textes et des débats existants dans les quinze anciens Etats de l'Union européenne, cinq groupes de pays peuvent être identifiés :

- a. Les Etats dans lesquels il existe une législation d'interdiction (France, Allemagne pour certains *Länders*);
- b. Les Etats dans lesquels aucune législation spécifique n'a été adoptée à ce jour, mais où une ou plusieurs propositions de réglementation sont en discussion devant les assemblées parlementaires (Allemagne au niveau de certains *Länders*, Belgique);
- c. Les Etats dans lesquels il n'y a pas de texte devant les assemblées parlementaires mais bien un débat politique (Danemark, Espagne, Pays-Bas, Suède);
- d. Les Etats dans lesquels les débats sur cette question sont uniquement l'apanage des médias et des milieux académiques (Autriche, Finlande, Royaume-Uni, Italie, Irlande, Luxembourg, Portugal);
- e. L'Etat dans lequel la question ne suscite aucun débat (Grèce).

a) *Les Etats dans lesquels il existe une législation d'interdiction*

27. Au sein de l'Union européenne, la France a adopté en mars 2004 une législation réglementant, en partie, le port de signes religieux dans l'espace public. Il s'agit de la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics ⁽⁶⁶⁾. Le 10 février 2004, l'Assemblée nationale française votait, à une écrasante majorité (494 voix contre 36 et 31 abstentions), un texte selon lequel « *dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève* ». Le 3 mars 2004, le vote conforme du Sénat, obtenu à la quasi-unanimité (276 voix contre 20), valait adoption définitive de ce texte par le parlement français. Cette législation, limitée au domaine de l'éducation publique non universitaire, doit s'appliquer dès la rentrée scolaire de septembre 2004. Elle ne concerne, comme l'indique son exposé des motifs, que « *les signes et tenues dont le port conduit à se faire reconnaître immédiatement par son appartenance religieuse* ». Sont ainsi expressément visés le voile islamique, la kippa ou la croix « *de dimension manifestement excessive* », à l'exclusion des mains de Fatima, des petits corans, des étoiles de David ou des petites croix. La circulaire du 18 mai 2004 relative à l'application de ce texte dispose qu'il doit « *pouvoir s'appliquer à toutes les religions et [...] répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi [et qu'il] ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets* » ⁽⁶⁷⁾.

28. La loi française a été adoptée dans un climat particulièrement tendu ⁽⁶⁸⁾. Alors qu'à la rentrée scolaire de septembre 2003, la

(66) Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *J.O.*, 17 mars 2004. Cette législation et les documents parlementaires s'y rapportant sont disponibles sur le site de légifrance : http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/2004-228/laicite.htm.

(67) Circulaire 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 ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *J.O.*, n° 118, 22 mai 2004, disponible sur le site de légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MENG0401138C>.

(68) Pour une rétrospective des étapes ayant ponctué l'adoption de la loi du 15 mars 2004 et un aperçu du contexte dans lequel elle est intervenue, voy. V. FABRE-ALIBERT, « La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du

France connaissait une nouvelle « crise du foulard islamique » largement relayée par les médias, le Président de la République, Jacques Chirac, mettait sur pied une *Commission de réflexion pour l'application du principe de laïcité dans la République*. Composée d'une vingtaine de personnalités, cette Commission, mieux connue sous le nom de *Commission Stasi* du nom de son président, a procédé à de nombreuses auditions pour finalement se prononcer, au terme d'un rapport fouillé⁽⁶⁹⁾, en faveur d'une législation prohibant, dans les écoles publiques, les tenues et signes manifestant, de manière ostensible, une appartenance religieuse ou politique. La Commission Stasi s'écartait ainsi de l'avis que le Conseil d'Etat avait rendu en 1989, lors de la première crise du foulard islamique dans le milieu scolaire. A cette occasion, la Haute juridiction administrative avait prôné une conception tolérante, plutôt que militante, de la laïcité, en rejetant les interdictions générales et absolues du voile islamique à l'école. Pour le Conseil d'Etat, « 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, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation des croyances religieuses ». Il ajoutait que le port de tels signes peut toutefois être limité en cas notamment de prosélytisme, de pressions, d'atteinte à l'ordre de l'école ou de danger pour la santé ou la sécurité des élèves⁽⁷⁰⁾.

29. En Allemagne, à la suite de la décision rendue en 2003 par la Cour constitutionnelle fédérale selon laquelle toute interdiction du foulard dans l'espace public doit avoir un fondement législatif⁽⁷¹⁾, certains parlements régionaux, compétents en la matière, examinent aujourd'hui des propositions de loi. A ce sujet, la position des *Länders* (les entités régionales allemandes) n'est pas uniforme. Huit sur seize ont affiché, à l'automne 2003, la volonté

←

principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 575.

(69) Ce rapport peut être téléchargé à partir du site de l'assemblée nationale : <http://www.assemblee-nat.fr/12/dossiers/laicite.asp>.

(70) Avis du Conseil d'Etat n° 3466893, *Rev. fr. dr. adm.*, 1990, p. 1, note J. RIVERO.

(71) Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1436/02, 24.9.03. Cette décision est disponible sur le site de la Cour constitutionnelle allemande, à l'adresse suivante : <http://www.bverfg.de>. Pour un commentaire de cette décision, voy. notamment M. MAHLMANN, « Religious tolerance, pluralist society and the neutrality of the State : the federal constitutional Court's decision in the headscarf case », *German Law Journal*, Vol. 04, n° 11, 2003, pp. 1099 et s.

d'adopter une législation défendant une conception laïque de la neutralité de l'Etat et donc, de ses agents lorsqu'ils sont en service. A ce jour, plusieurs *Länders* ont adopté une législation limitée aux professeurs des écoles publiques. Dans la région de Baden-Württemberg, l'interdiction ne vise pas les symboles chrétiens et 'occidentaux'. En réalité, elle entend prohiber le foulard islamique. Le 24 juin 2004, la Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht*) de Leipzig a rejeté le recours d'une enseignante allemande d'origine afghane et de confession musulmane qui souhaite enseigner en portant le *hidjab*. Selon cette juridiction, la législation régionale ne favorise pas la chrétienté et ne viole donc pas les principes constitutionnels d'égalité entre les cultes et de non-discrimination. Cette opinion est loin de faire l'unanimité et il appartient désormais à la Cour constitutionnelle fédérale de se prononcer sur la question⁽⁷²⁾. La Commission européenne examine actuellement cette législation afin de déterminer si elle n'est pas contraire aux directives européennes relatives à l'égalité de traitement⁽⁷³⁾. Dans la région de Niedersachsen, la proposition législative initiale prévoyait également d'interdire uniquement les symboles non-chrétiens et non-juifs. Elle a néanmoins été reformulée pour viser tout port de symboles incompatibles avec les objectifs éducatifs de l'école publique. Quant à la région de Berlin, elle a proscrit les signes religieux dans l'ensemble de la fonction publique. En Allemagne, contrairement à la situation française, il n'est nullement envisagé d'interdire le port de signes religieux par les élèves.

b) *Les Etats dans lesquels des propositions de réglementation sont en discussion devant les assemblées parlementaires*

30. En Allemagne et en Belgique, des assemblées parlementaires ont été saisies de textes visant à interdire le port de certains signes religieux, au premier chef desquels figure le voile islamique.

En Allemagne, outre les lois régionales ci-dessus mentionnées, plusieurs propositions sont actuellement en discussion. Leur champ d'application varie : soit l'ensemble des fonctionnaires publics sont

(72) W. PRATT, « Scarf-wearing Muslim suffers new job setback », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, juin 2004.

(73) *Ibidem*. Il s'agit de la directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.*, n° L 180, 19 juillet 2000, pp. 22 et s. et de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, n° L 303, 2 décembre 2000, pp. 16 et s.

concernés (région de Hessen), soit seuls sont visés les professeurs des écoles relevant de l'Etat (régions de Bayern et Saarland). Dans les régions de Brandenburg et Bremen, les discussions n'ont pas encore abouti au dépôt d'un projet législatif et le champ d'application envisagé est donc encore sujet à débats.

En Belgique, dans la foulée du rapport de la Commission Stasi et à la suite d'une nouvelle crise du foulard islamique qui a occupé le devant de l'actualité à la rentrée scolaire 2003, deux sénateurs francophones de la majorité gouvernementale, ont déposé, début janvier 2004, une proposition de résolution visant à interdire le port du foulard tant par les élèves à l'école que par les agents de la fonction publique⁽⁷⁴⁾. Cette initiative a suscité un tollé au sein du monde politique belge. La position de ces sénateurs est loin de faire l'unanimité dans la majorité gouvernementale, en ce compris au sein même des partis dont ils sont issus. Les matières de l'éducation et de la fonction publique relevant en grande partie de la compétence des entités fédérées, il faudrait que cette proposition de résolution soit répercutée dans les différents parlements régionaux pour qu'elle ait force de loi sur l'ensemble du territoire national. A cet égard, c'est plutôt la direction inverse qui semble avoir été prise par la Communauté française de Belgique, quoique peut-être inconsciemment. En effet, elle a adopté, en mai 2004, afin de transposer les directives européennes anti-discriminatoires, un décret relatif à la mise en œuvre de l'égalité de traitement⁽⁷⁵⁾. Or, si l'on met en relation la définition large donnée de l'interdiction de discrimination fondée notamment sur la religion et le champ d'application de ce texte qui englobe la matière de l'enseignement, il pourrait en résulter une interdiction d'interdire le port de signes religieux à l'école.

c) *Les Etats dans lesquels le débat politique ne s'est pas cristallisé autour d'un texte législatif*

31. Au Danemark, en Espagne, aux Pays-Bas et en Suède, aucun texte législatif relatif au port de signes religieux n'est à ce jour examiné par les assemblées parlementaires, mais le débat politique n'en est pas moins virulent et concerne surtout le voile islamique. Au Danemark, il n'est d'ailleurs pas exclu que le parti du peuple danois, dont plusieurs membres ont été condamnés pour des propos

(74) Proposition de résolution déposée le 6 janvier 2004 par les sénateurs A.M. Lizin et A. Destexhe, *Doc. parl., Sénat*, n° 3-451/1.

(75) Décret de la Communauté française du 19 mai 2004 relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, *Moniteur belge*, 7 juin 2004.

islamophobes, dépose prochainement une proposition de loi visant à interdire complètement le voile islamique dans l'espace public. Une proposition similaire, mais réduite à l'école, avait été faite par une ancienne ministre social-démocrate dans un livre récemment publié⁽⁷⁶⁾. En Suède, les arguments des partis sont principalement axés sur la conception du foulard comme une expression (ou non) de l'inégalité entre hommes et femmes. En Espagne, l'arrivée de la gauche au pouvoir va très certainement donner du corps au débat sur la neutralité dans les écoles publiques qu'elle avait tenté de lancer, sans succès, quand le parti populaire était au gouvernement. Quant aux Pays-Bas, les discussions sont vives à l'heure actuelle. Il est question de faire évoluer le multiculturalisme traditionnel vers une politique d'intégration plus ferme. A ce jour, seul le parti d'extrême droite de la liste « Pim Fortuyn » (du nom du défunt leader populiste) préconise une interdiction du voile pour l'ensemble de la fonction publique, en ce compris les enseignants.

d) *Les Etats dans lesquels les débats sont uniquement l'apanage des médias et des milieux académiques*

32. Dans de nombreux pays de l'Union européenne, comme en Autriche, en Finlande, au Royaume-Uni, en Italie, en Irlande, au Luxembourg et au Portugal, les débats concernant le port de signes religieux se déroulent hors du champ strictement politique : ils sont principalement alimentés par des journalistes et par des académiques en réponse à l'effervescence que connaissent la France et, dans une moindre mesure, l'Allemagne sur le sujet. Dans ces Etats, la presse écrite, relayée par l'audiovisuel, limite généralement ses commentaires au port du voile islamique par les élèves. Les difficultés que peut susciter le *hidjab* apparaissent parfois moins liées à une question religieuse qu'au climat général d'islamophobie qui s'est développé à la suite des événements du 11 septembre 2001.

33. Tant les partis politiques que les Eglises préfèrent généralement ne pas se prononcer sur la question de l'opportunité d'une réglementation du port du voile et *a fortiori* de tout insigne religieux. Par contre, les associations antiracistes se prononcent souvent contre toute mesure d'interdiction en soulignant les risques de dérives xénophobes. En tout état de cause, le sujet n'engendre, dans ces pays, aucune virulence, ni dans la société civile, ni dans le monde politique. Au contraire, chacun semble plutôt attentif à ne

(76) K. JESPERSEN, *Til støtte for Fatima (In Defence of Fatima)*, People's Press, 2003.

pas monter en épingle une question sensible qui ne constitue pas un problème national.

e) *L'Etat dans lequel la question ne suscite aucun débat*

34. En Grèce, où la minorité musulmane de la Thrace occidentale jouit d'un statut protecteur particulier depuis le traité de Paix de Lausanne signé en 1923 avec la Turquie, le port de signes religieux semble n'engendrer aucun débat. Il faut dire que cette minorité musulmane dispose d'écoles spéciales qui lui sont réservées.

2. *La pratique et la jurisprudence*

35. Dans la grande majorité des pays de l'Union européenne, les décisions de justice relatives au port de signes religieux dans les écoles sont exceptionnelles. Il n'en reste pas moins que les organisations non-gouvernementales témoignent d'un nombre non négligeable de difficultés concernant le port du voile par des jeunes filles à l'école. Ces cas sont rarement portés devant les cours et tribunaux. En toute hypothèse, il convient de distinguer le port de symboles religieux par les élèves (a) et par les enseignants (b). Il importe également d'être attentif aux spécificités de l'enseignement privé (c).

a) *La situation des élèves*

36. Dans de nombreux pays, le port du *hidjab* ou d'autres signes religieux par les élèves est autorisé dans l'enseignement public et ne soulève pas de problème particulier⁽⁷⁷⁾. C'est le cas notamment en Allemagne où il n'y a pas de restriction du port des symboles religieux pour les élèves, ni de projet en ce sens⁽⁷⁸⁾. C'est également le cas de l'Autriche où les filles musulmanes portent le voile qui est considéré comme un « vêtement normal ». La seule limite concerne les risques pour la santé, par exemple dans le cadre des cours d'éducation physique, mais les directeurs d'école accordent généralement des exemptions individuelles. En Espagne, en dehors d'un véritable contentieux, la question s'est toutefois ponctuellement posée et a été résolue, au cas par cas, sans saisine des tribunaux. Une affaire qui a suscité plus de remous concerne une jeune élève musulmane,

(77) Au vu des informations dont nous disposons pour le Danemark, la Grèce, l'Irlande, l'Italie et le Portugal, il semble que le voile à l'école n'ait pas généré de conflit dans ces pays.

(78) E. BREMS, « De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *op. cit.*, pp. 323 et s., spéc. p. 332.

Fatima Eldrissi, qui, en 2002, s'est vu interdire de porter son *hidjab* par le directeur de l'école publique considérant le foulard comme un signe de discrimination à l'encontre des femmes. Cette décision a été réformée par le ministre régional de l'Éducation au nom du droit prioritaire de cette élève à l'éducation et du respect de son identité culturelle. Une telle position n'a pas laissé le gouvernement de l'époque indifférent : les ministres de l'Éducation et de l'Emploi ont manifesté leur opposition au port du voile à l'école au nom du caractère discriminatoire d'un tel signe et du respect des réglementations scolaires — y compris les codes vestimentaires — qui s'impose à tous les élèves sans distinction.

37. Au Royaume-Uni, une attitude tolérante prévaut également à l'égard du port de signes religieux par les élèves. Si, par le passé, des difficultés se sont posées pour le turban arboré par des garçons sikhs à l'école, la controverse a été tranchée par la Chambre des Lords, au début des années quatre-vingts, dans l'arrêt *Mandla v. Lee* (79). Dans cette affaire, une école privée exigeait que tous les garçons portent un béret à l'école ce qui impliquait pour un garçon sikh de se couper les cheveux et d'ôter son turban. La Chambre des Lords a considéré qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte fondée sur la race car cette exigence vestimentaire ne pouvait être remplie que par une très petite minorité de sikhs et n'était pas raisonnablement justifiée. Une telle solution est évidemment transposable au secteur public de l'enseignement. Ces dernières années, des difficultés se sont posées dans des écoles qui avaient interdit le port du voile au nom du code vestimentaire imposé dans l'établissement scolaire. Ces cas ont été résolus, au sein de la *Commission for Racial Equality*, dans le sens de l'autorisation du foulard. Les écoles à caractère religieux jouissent cependant d'un statut spécifique. Elles sont habilitées à conclure un accord avec l'autorité locale de l'enseignement précisant les critères d'admission des élèves. Ainsi, par exemple, les écoles catholiques peuvent, à la suite d'un tel accord, n'accepter que des élèves démontrant qu'eux-mêmes ainsi que leur famille pratiquent la religion catholique. Ceci peut s'avérer problématique dans certaines localités où les écoles non mixtes mettent en œuvre de tels critères et refusent donc d'admettre les jeunes musulmans. Toutefois, bon nombre d'écoles à caractère religieux, en particulier les écoles primaires de l'Église d'Angleterre, ne prévoient pas de conditions rigides d'admission. Une controverse relative au port de la *jilbab* (toge ample couvrant tout le corps) a été tranchée

(79) [1983] AC 548.

par la *High Court of Justice* en juin 2004⁽⁸⁰⁾. Cette juridiction a considéré que l'uniforme imposé par un établissement d'enseignement secondaire poursuit l'objectif légitime de garantir le caractère multiculturel et multiconfessionnel de son institution. L'interdiction qui en résulte de porter la *jilbab* a été jugée, par la Cour, proportionnée à cet objectif de sorte que les droits fondamentaux de l'élève n'ont pas été violés.

38. Au Luxembourg, peu de difficultés sont dénoncées. Aucune étude ne permet de dégager des conclusions générales et les solutions sont trouvées au cas par cas au sein de chaque établissement scolaire. Ainsi, pour deux jeunes musulmanes souhaitant porter le *hidjab* dans un lycée public à Luxembourg-ville, un arrangement a été trouvé au sein de l'école les autorisant à le porter, sauf dans le cadre des cours de gymnastique.

39. En Finlande et en Suède, une distinction est faite entre le *hidjab*, la *burqa* (voile, particulièrement présent en Afghanistan, couvrant tout le corps y compris la bouche, le regard passant à travers un grillage) et le *niqab* (voile recouvrant tout le haut du corps à l'exception des yeux). Alors que le premier est admis à l'école, les deux autres sont susceptibles d'être interdits. En Finlande, la plupart, si pas toutes les écoles, autorisent les jeunes filles musulmanes à porter le *hidjab*, parfois même au cours de gymnastique s'il est noué de manière à éviter tout danger de strangulation. Le seul problème concerne la *burqa* dans le cadre des cours de langues car, de l'avis des professeurs, il est quasiment impossible d'entendre convenablement ce que dit une élève portant la *burqa*. Dans la pratique, la *burqa* n'est cependant pas interdite, mais l'élève est prévenue des répercussions négatives qui, le cas échéant, influenceront la note qui lui sera allouée. Lors des examens, la *burqa* peut également être portée, mais le visage doit être découvert devant une enseignante de sexe féminin afin de permettre l'identification de l'élève. En Suède, des directives contraignantes ont été adoptées en 2003 par le Bureau national de l'éducation valant tant pour les écoles publiques que privées⁽⁸¹⁾. Elles autorisent une école à interdire la *burqa* et le *niqab*, mais à la condition que pareille mesure soit prise dans un esprit de dialogue sur les valeurs communes d'égalité des sexes et de respect du principe démocratique sur lequel se base le système éducatif suédois. L'interdiction peut ainsi être motivée par des raisons

(80) Voy. K. WARD, « Bright student kept from school over clothes issue », *Cnews*, juin 2004 (<http://cnews.canoe.ca/CNEWS/World/2004/06/20/507619-ep.html>).

(81) Décision n° 58-2003 : 2567.

pédagogiques afin de favoriser la communication entre les professeurs et les élèves ou encore pour des raisons de sécurité ou dans le souci d'éviter tout prosélytisme.

40. Aux Pays-Bas et en Belgique, la situation est contrastée. En l'absence de norme législative sur le sujet, les établissements d'enseignement disposent d'une liberté tantôt mise à profit pour interdire le port de signes religieux par les élèves tantôt, au contraire, pour les tolérer. La jurisprudence elle-même ne présente pas de ligne claire dans la mesure où, selon les contours et le libellé de l'interdiction, cette dernière pourra être jugée ou non licite.

Aux Pays-Bas, où la question du foulard est appréhendée non pas sous l'angle de la liberté religieuse mais sous celui de la discrimination, le *hidjab* est généralement toléré, à moins que des raisons fonctionnelles ne s'y opposent⁽⁸²⁾. Un effort de clarification a été entrepris par le ministre de l'Éducation qui, en 2003, a élaboré une directive non-contraignante fondée sur un avis rendu par la Commission pour l'égalité de traitement⁽⁸³⁾. Les écoles peuvent imposer des uniformes aux élèves ou à leur personnel enseignant à condition que les exigences ainsi prévues ne soient pas discriminatoires, qu'elles figurent dans le guide de l'école ou dans le contrat scolaire, qu'elles n'affectent pas la liberté d'expression et que leur méconnaissance ne soit pas sanctionnée de manière disproportionnée. La Commission pour l'égalité de traitement appliquait déjà ces lignes directrices dans sa jurisprudence⁽⁸⁴⁾, ce qui l'avait amenée à considérer, dans la plupart des cas, qu'une interdiction générale du *hidjab* à l'école publique est discriminatoire⁽⁸⁵⁾ mais que, par contre, interdire la *burqa* était justifié pour permettre d'identifier les élèves ou d'assurer la communication avec elles. Elle a également jugé, en 1997, qu'interdire le port du voile durant les cours de gymnastique pour des motifs de sécurité n'était pas discriminatoire, car une telle mesure reposait sur une justification objective et raisonnable⁽⁸⁶⁾.

(82) Voy. à cet égard : E. BREMS, « De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *op. cit.*, pp. 333-338.

(83) Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake « Gezichtssluiers en hoofddoeken op scholen », 16/04/2003, CGB-advies/2003/01. Disponible sur le site Internet de la Commission, à l'adresse suivante : www.cgb.nl.

(84) Toutes ses décisions sont disponibles sur son site Internet, à l'adresse suivante : www.cgb.nl.

(85) Ainsi, en 2000, une interdiction du foulard dans toutes les classes pour des motifs didactiques a été jugée discriminatoire, car elle ne pouvait être considérée comme appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, à savoir favoriser la communication (décision n° 2000-63).

(86) Décision n° 1997-149.

En Belgique, il n'existe pas de norme générale d'interdiction du port des signes religieux dans les écoles et les textes législatifs émanant des entités fédérées définissant la neutralité dans l'enseignement officiel ne contiennent pas de stipulations claires. En pratique, les établissements scolaires sont libres de prévoir ou non, dans leur règlement d'ordre intérieur, une norme d'interdiction du port de signes religieux en général ou du voile en particulier⁽⁸⁷⁾. A Bruxelles notamment, quatre cinquièmes des écoles ont opté pour une telle interdiction sans que la validité de leur règlement n'ait encore été véritablement mise en cause par un juge. Aucune position tranchée ne ressort de la maigre jurisprudence en la matière qui est, de surcroît, exclusivement issue d'un contentieux de référé où le juge statue « au provisoire ». En 1989, la première décision relative au port du voile à l'école s'inscrivait dans la ligne de la neutralité tolérante : le juge a considéré qu'une interdiction générale du port du *hidjab* était contraire au principe de neutralité et à son corollaire, la liberté de manifester sa religion à l'école. Il a cependant admis que cette liberté puisse faire l'objet de certaines restrictions basées sur des motifs tenant à la santé ou la sécurité (par exemple, dans le cadre des cours d'éducation physique) ainsi qu'au maintien de l'ordre (par exemple, dans la cour de récréation où les élèves doivent pouvoir être rapidement identifiés)⁽⁸⁸⁾. Des décisions ultérieures ont, au contraire, avalisé une interdiction généralisée du foulard inscrite dans le règlement d'ordre intérieur d'un établissement scolaire considérant qu'une telle réglementation peut s'avérer nécessaire pour assurer le bon ordre de l'établissement⁽⁸⁹⁾.

b) *Le cas des enseignants*

41. La situation du port des signes religieux par les enseignants doit être distinguée de celle des élèves car elle est susceptible de faire intervenir d'autres facteurs tenant au statut spécifique de l'enseignant, qu'il s'agisse de l'influence potentiellement exercée sur les élèves ou du statut de représentant de l'autorité publique et de sa neutralité confessionnelle. Dans certains États, la question du port

(87) Pour une remarquable étude sur la situation dans l'enseignement en Belgique, voy. E. BREMS, « De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *op. cit.*, pp. 339-343. Voy. également l'excellente, mais plus ancienne, étude de B. BLÉRO, « Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école... », *op. cit.*, pp. 3-26.

(88) Tribunal de première instance de Bruxelles, ordonnance du 1^{er} décembre 1989 (référé), *Journal du droit des jeunes*, 1989, n° 10, p. 28.

(89) Voy., notamment, Tribunal de première instance de Liège, 26 septembre 1994, (*Journal des tribunaux*, 1994, pp. 831 et s.) et cour d'appel de Liège, 23 février 1995, (*Journal des tribunaux*, 1995, p. 720).

de signes religieux par les professeurs ne semble toutefois pas poser problème : soit que, comme en Autriche, aucun professeur n'a manifesté sa volonté de porter le *hidjab* en classe, à part pour le cours de religion islamique où le voile est totalement toléré; soit que les professeurs sont, en principe, autorisés à porter le voile. C'est le cas en Finlande même si, en pratique, très peu de professeurs usent de ce droit, sauf dans le cadre du cours de religion islamique. C'est également le cas au Royaume-Uni où aucun problème n'est relevé dans ce domaine. Cependant, au regard des pouvoirs conférés aux écoles adhérant à une conception religieuse ou philosophique particulière, y compris dans le réseau public d'enseignement, un professeur pourrait très bien être renvoyé au motif qu'il arbore un symbole religieux jugé « inapproprié ».

42. Dans d'autres Etats, la question s'articule autour du principe de la neutralité de l'enseignement public sans pour autant être définitivement tranchée. Ainsi, en Belgique, la Constitution affirme le principe de neutralité de l'enseignement officiel⁽⁹⁰⁾. Ce principe est précisé par plusieurs normes législatives des entités fédérées dont se déduit une obligation de neutralité « active » dans le chef du corps enseignant afin de garantir la liberté de conscience et de religion dans le chef des élèves⁽⁹¹⁾. Il en résulte *a priori* une interdiction pour les enseignants de porter le voile bien qu'en l'absence de jurisprudence, un juge pourrait considérer, dans un cas d'espèce particulier, qu'une enseignante voilée ne méconnaît pas le principe de neutralité.

43. En Espagne, la Cour constitutionnelle a consacré le principe de neutralité de l'enseignement public en 1981⁽⁹²⁾. Les professeurs doivent donc se garder de toute forme d'endoctrinement idéologique. Aucun cas de licenciement d'un professeur motivé par l'exhibition d'un signe religieux n'a toutefois été relevé à ce jour. Aux Pays-Bas, la directive précitée élaborée par le ministre de l'Éducation en 2003 est également applicable aux enseignants. L'interdiction du port de signes religieux est admissible à la condition qu'elle respecte certains critères⁽⁹³⁾. Un cas tranché en 1999 par la Com-

(90) Article 24 de la Constitution.

(91) Voy. notamment le décret définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté française du 31 mars 1994, (*Moniteur belge*, 28 juin 1994) et le décret de la Communauté française du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement (*Moniteur belge*, 21 janvier 2004).

(92) Cour constitutionnelle espagnole, décision n° 5/1985, 13 février 1981.

(93) Voy. *supra*, § 40.

mission pour l'égalité de traitement montre cependant que le port du voile par un professeur, dans une école publique, n'est pas incompatible avec le principe de neutralité de cet enseignement et qu'exiger le retrait du foulard peut constituer une discrimination directe fondée sur la religion ⁽⁹⁴⁾. En Allemagne, la situation est en pleine évolution puisque la Cour constitutionnelle fédérale a jugé, en 2003, que toute interdiction du voile islamique pour les professeurs dans les écoles devait avoir un fondement législatif ⁽⁹⁵⁾. Dans cet arrêt fondamental, la Cour allemande considère que le voile ne peut en aucun cas être réduit à un signe d'oppression vis-à-vis des femmes et qu'il n'empêche pas l'enseignement des valeurs contenues dans la Loi fondamentale allemande. Dans la foulée de cet arrêt, de nombreux *Länders* ont entamé une procédure législative afin de prévoir une telle interdiction selon des modalités variables ⁽⁹⁶⁾.

c) *Les spécificités de l'enseignement privé*

44. Dans certains cas, la situation pourra être différente dans l'enseignement privé, notamment en raison d'une plus grande marge de manœuvre dont disposent les pouvoirs organisateurs de se prévaloir de leur liberté d'enseigner et de leur projet pédagogique pour exclure le port, par les élèves ou les professeurs, de signes religieux qui n'y seraient pas conformes. C'est le cas notamment en Allemagne où les écoles privées sont libres d'édicter d'autres règles que celles prévalant dans l'enseignement public pour le port de symboles religieux. Aux Pays-Bas, la législation sur l'égalité de traitement de 1994 ⁽⁹⁷⁾ permet d'imposer des exigences vestimentaires considérées comme nécessaires à la poursuite de l'objectif de l'école. Des écoles privées de confession catholique ou juive s'opposent parfois au port de signes religieux qui ne correspondent pas aux principes fondateurs de leur établissement. En 2003, la Commission pour l'égalité de traitement a d'ailleurs jugé qu'une école catholique était en droit de refuser le port du voile par des élèves en vertu d'une règle du contrat scolaire excluant toute tenue associée à une conviction autre que catholique. Cette exigence vestimentaire, quoiqu'elle constitue une différence de traitement directement fondée sur la religion, n'est, de l'avis de la Commission, pas contraire à la légis-

(94) Décision n° 1999-18, disponible sur le site de la Commission, à l'adresse suivante : www.cgb.nl.

(95) *Voy. supra*, § 29.

(96) *Ibidem*.

(97) *Algemene wet gelijke behandeling van 2 maart 1994*. Le texte de la loi est disponible sur le site de la Commission, à l'adresse suivante : www.cgb.nl.

lation sur l'égalité de traitement⁽⁹⁸⁾. En Belgique, les écoles du réseau libre subventionné par les autorités publiques, majoritairement des écoles catholiques, peuvent aussi se prévaloir d'une plus grande liberté tant dans l'organisation de leur enseignement que dans la détermination de leur projet pédagogique en fonction des convictions religieuses ou philosophiques qu'elles entendent promouvoir. Elles sont ainsi en position de justifier plus aisément l'interdiction de signes religieux non catholiques. Dans cette perspective, la Cour constitutionnelle de Belgique (dénommée « Cour d'arbitrage ») a reconnu, en 1998, l'existence d'une marge d'appréciation plus importante de ces écoles par rapport à celles du réseau officiel quant à leur politique d'admission des élèves⁽⁹⁹⁾. De l'avis de la Cour, chaque école libre peut lier cette politique à la spécificité du projet pédagogique qu'elle propose en se fondant sur une conception religieuse ou philosophique particulière, à la condition qu'un refus d'inscription n'intervienne en aucun cas « *sur la base de critères incorrects qui compromettent la dignité humaine* ». Cette décision ne permet toutefois pas de trancher avec certitude le point de savoir si le refus d'inscription d'une jeune musulmane au motif qu'elle porte le voile est admissible au regard du projet pédagogique ou, à l'inverse, contraire à la dignité humaine. La jurisprudence des cours et tribunaux est maigre puisque seule une décision publiée concerne une école catholique du réseau libre. En 1994, un juge d'un tribunal de première instance de Gand, statuant en référé, a considéré qu'une interdiction générale du port de tout signe distinctif ne viole pas la liberté religieuse qui peut faire l'objet de restrictions nécessaires dans une société démocratique à la défense des droits d'autrui, en l'occurrence du droit de l'école, « *d'organiser l'enseignement, d'où découle son droit fondamental de défendre un modèle pédagogique déterminé* »⁽¹⁰⁰⁾.

Cette plus grande liberté n'est pas pour autant systématiquement utilisée par les écoles privées pour prohiber le port de signes religieux. Ainsi, en Autriche notamment, même dans certaines écoles de l'enseignement privé catholique, les filles musulmanes sont autorisées à porter le voile.



(98) Décision n° 2003-112, disponible sur le site de la Commission, à l'adresse suivante : www.cgb.nl.

(99) Cour d'arbitrage, arrêt du 4 novembre 1998, n° 10/98, disponible sur le site Internet de la Cour d'arbitrage, à l'adresse suivante : www.arbitrage.be.

(100) Tribunal de première instance de Gand, 25 mars 1994, *Journal du droit des jeunes*, 1994, n° 139, p. 18.

45. Quelques grandes tendances se dégagent de l'examen comparatif des législations et pratiques des quinze anciens Etats membres de l'Union européenne. Les débats relatifs aux signes religieux se focalisent aujourd'hui sur le foulard islamique, ce qui n'est pas sans lien avec le climat d'islamophobie prévalant depuis les attentats du 11 septembre 2001. Le *hidjab* est, par ailleurs, perçu par certains comme un symbole de soumission de la femme à l'homme et est donc, de ce point de vue, susceptible de heurter le principe d'égalité des sexes. Cet angle d'approche est, en réalité, rarement retenu par les autorités nationales pour régler la question du foulard islamique. Sur le plan normatif, les Etats ayant adopté à ce jour une législation prohibitive sont extrêmement minoritaires. Seule la France interdit désormais le port de tout signe ostensible d'appartenance religieuse aux élèves relevant de l'enseignement public non-universitaire. En Allemagne, certains *Länders* ont légiféré en vue de défendre aux enseignants, mais pas aux élèves, d'afficher leur appartenance religieuse. Ces interventions ont engendré de nombreux débats dans la plupart des autres pays européens. En l'absence de législation spécifique, les pratiques et la jurisprudence nationales révèlent une grande tolérance : la majorité des établissements scolaires publics acceptent le port de signes religieux dans les limites des exigences imposées par la sécurité, l'hygiène et la protection des droits d'autrui. La priorité semble ici accordée au droit à l'éducation de l'élève et à sa liberté religieuse.

46. Le paysage qui résulte de cet aperçu de droit comparé est contrasté et témoigne, au-delà de principes partagés, de l'influence des contextes politique, sociologique et culturel propres à chaque Etat. L'Europe ne reste toutefois pas étrangère à cette problématique. Preuve en est les avancées du droit communautaire en la matière. Avec le traité d'Amsterdam, l'Union européenne a été chargée de lutter contre certaines discriminations au-delà de celles fondées sur le sexe. Depuis l'an 2000, elle dispose de deux directives⁽¹⁰¹⁾ susceptibles de s'appliquer à des discriminations fondées sur le port de symboles religieux. Dans le domaine de l'emploi, la directive 2000/78 prohibe expressément les discriminations fondées sur la religion ou les convictions et partant, celles liées aux signes religieux. Quant au domaine de l'enseignement, la directive 2000/43 pourrait trouver à s'appliquer lorsque les discriminations liées aux signes religieux sont assimilées à des discriminations fondées sur l'origine ethnique. Leur processus de transposition en droit national

(101) Voy. *supra*, la note de bas de page 73.

ayant pris fin récemment, il est encore difficile d'en mesurer l'incidence concrète.

47. Au sein du Conseil de l'Europe, aucune solution générale ou abstraite ne se dégage de la maigre jurisprudence de Strasbourg. L'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, comme ses prédécesseurs, accorde une importance prépondérante au contexte dans lequel intervient l'interdiction ainsi qu'aux faits particuliers de l'espèce. Cette contextualisation extrême ne permet d'inférer aucun principe directeur en la matière. Même si l'on peut comprendre la solution donnée par la Cour dans le contexte turc et au regard de la subsidiarité du mécanisme de la Convention, son raisonnement n'est pas sans failles ni sans omissions. Un renvoi devant la Grande Chambre encouragerait peut-être la Cour à peaufiner sa « copie ». En toute hypothèse, la Cour n'a jamais conféré de blanc-seing à toute mesure d'interdiction du voile à l'école. Contrairement à l'affirmation du vice-président de la Cour, J.-P. Costa, devant la Commission Stasi, reste, à nos yeux, toujours ouverte la question de la conformité à la Convention d'une interdiction générale de tout signe religieux dans l'école publique.

48. Le foulard continue de questionner l'Europe. Strasbourg, avec l'arrêt *Sahin*, n'apporte nullement de solution « miracle ». Peut-être est-ce mieux ainsi. Plutôt que d'implorer la survenance d'un « miracle » venu des hautes instances européennes, n'est-il pas préférable d'accorder la priorité au dialogue dans le respect des spécificités nationales ?

