

La liberté d'interdire

A propos de l'arrêt n° 81/2020 du 4 juin 2020 de la Cour constitutionnelle¹

Xavier Delgrange*

1. Le conflit oppose des étudiantes majeures à la Haute École Francisco Ferrer, dont le pouvoir organisateur est la Ville de Bruxelles. La Ville de Bruxelles est un bastion de la laïcité de combat depuis les origines de la Belgique. Elle contribua ainsi, avec les loges maçonniques, à la création de l'Université Libre de Bruxelles². Comptant plus de 80 établissements, c'est le plus gros pouvoir organisateur de la Communauté française, à part la Communauté elle-même. Dès 1996, elle interdit le port de signes convictionnels dans tous ses établissements, y compris dans l'enseignement supérieur.

Les étudiantes saisissent le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles afin de faire condamner la Ville de Bruxelles, estimant que l'interdiction du port de signes convictionnel est constitutive d'une discrimination au détriment des femmes musulmanes³. Elles sont soutenues par UNIA. Le Tribunal, se fondant sur l'arrêt Achbita, écarte la discrimination directe mais retient la distinction indirecte, dont il faut donc apprécier la proportionnalité. Le Tribunal interroge la Cour constitutionnelle qui doit répondre à deux questions : au vu du principe de légalité qui domine le droit de l'enseignement, un règlement d'ordre intérieur d'une école officielle peut-il interdire le port de signes convictionnels (I) ? ; cette interdiction est-elle compatible avec la liberté religieuse des étudiantes (II) ?

I. Les écoles officielles libres de légalité

2. La Cour constitutionnelle a déjà été confrontée à un règlement scolaire interdisant le port de signes convictionnels aux élèves. Il s'agissait de la décision de GO prise le 11 septembre (sic) 2009 que la Cour a validé en son principe par son arrêt 40/2011 du 15 mars 2011⁴. L'arrêt 81/2020 du 4 juin 2020 reproduit le raisonnement de l'époque⁵.

1 Cet article est une synthèse actualisée de : « Interdiction du voile dans l'enseignement supérieur : la Cour constitutionnelle, substitut d'un législateur paralysé », *Journal des tribunaux*, 2021, pp. 2-15.
* Xavier DELGRANGE est premier auditeur chef de section au Conseil d'État et maître de conférences à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et à l'Université Libre de Bruxelles.
2 Voy. le verbe « Ville de Bruxelles » dans P. DELFOSSE (dir.), *Dictionnaire historique de la laïcité en Belgique*, Bruxelles, Luc Pire, 2005.
3 Trib. Bruxelles, 9 mai 2018, consultable sur le site d'UNIA (www.unia.be/nl/rechtspraak-alternatieven/rechtspraak/rechtbank-eerste-aanleg-brussel-9-mei-2018).

4 A propos de cet arrêt, voy. X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », dans J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit belge face à la diversité culturelle. Quel modèle de gestion de la pluralité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 503-567, sp. pp. 562-563 ; dans le même ouvrage, M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », pp. 569-620, sp. pp. 611-616 ; G. GOEDERTIER, « De neutraliteit van het officieel onderwijs – Grondwettelijke contouren », in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN et W. VERRIJDT (dir.), *Liberæ Cogitationes, Liber amicorum Marc Bossuyt*, Intersentia, 2013, pp. 283-297 ; J. SAUTOIS et M. UYTENDAELE, « Les récents apports du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle en matière de neutralité à l'école », in M.-C. FOLETS et J.-Ph SCHREIBER (dir.) *Regards croisés sur les assises de l'interculturalité / De Rondetafels van de Interculturaliteit / The Round Tables on Interculturalism*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 247-269, sp. pp. 256-265 ; H. JACQMIN, « Le transfert des compétences de pouvoir organisateur de la communauté à un organe autonome », dans X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 677-691, sp. pp. 683 et 688-690 (disponible en ligne sur Academia, www.academia.edu/30701224/Les_grands_arrêts_du_droit_de_lenseignement) ; dans le même ouvrage, G. NINANE, et J. RINGELHEIM, « La neutralité de l'enseignement officiel », pp. 193-241, sp. pp. 236-239 ; J. DE GROOF et K. WILLEMS, « Onderwijsvrijheid en het artikel 24 § 1 Belgische Grondwet - 30 jaar interpretatie door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State. », *T.O.R.B.*, 2017-2018/1, pp. 5-52, sp. pp. 45-47 ; S. DEVRIENDT, « Godsdienstvrijheid en onderwijsvrijheid binnen het Vlaams officieel onderwijs: de verhouding tussen de internationale/Europese en grondwettelijke bepalingen en de schoolreglementen », *T.O.R.B.*, 2018-2019/4, pp. 323-340, sp. pp. 330-336.
5 A propos de cet arrêt, voy. J. VERNIMMEN, « Het "hoofddoekenverbod" op scholen gelegitimeerd : een Catch-22 voor hijabi's », *T.J.K.*, 2020/3, pp. 176-185 ; S. SMET et M. VRANCKEN,

La Cour commence par rappeler sa jurisprudence relative à l'article 24, § 5, de la Constitution, selon laquelle le décret peut habiliter le Gouvernement ou d'autres autorités scolaires à régler certains aspects de l'enseignement pour autant que les principes soient énoncés par le législateur (40/2011, B.6.3. et 4. ; 81/2020, B.12.2. et 3.).

Elle se départit toutefois de cette jurisprudence en faisant appel au bon sens : le Constituant n'a pas pu vouloir « interdire aux pouvoirs organisateurs d'adopter, en vue de garantir le bon fonctionnement de l'enseignement ou d'assurer la réalisation du projet pédagogique, des règlements d'ordre intérieur portant sur le comportement des élèves » (40/2011, B.17.2. ; 81/2020, B.12.4.).

Dès lors, « l'article 24, § 5, de la Constitution ne peut être interprété en ce sens qu'une ingérence dans un droit fondamental, dans un contexte d'enseignement, en vue de garantir le bon fonctionnement de l'enseignement et la réalisation du projet pédagogique d'une école, n'est possible que si cette ingérence fait l'objet d'une règle prévue par une norme législative » (40/2011, B.17.2. ; 81/2020, B.12.4.). Il suffit donc d'être dans un contexte d'enseignement pour être privé du principe cardinal de notre droit constitutionnel voulant qu'une ingérence dans un droit fondamental soit autorisée par une norme législative, principe pourtant renforcé en matière d'enseignement⁶.

3. La Cour aborde alors la question du point de vue de la liberté d'organiser un enseignement et de l'égalité entre les réseaux d'enseignement. Elle considère que, tout comme l'enseignement libre, l'enseignement organisé par la Communauté jouit de la liberté d'enseignement. L'article 24, § 1^{er}, alinéa 3, première phrase, de la Constitution dispose : « La Communauté organise un enseignement qui est neutre ». Derrière l'ordre se cache donc la consécration d'une liberté. La Cour concède que celle-ci est moindre que celle reconnue à l'école libre, qui n'est pas tenue à la neutralité (40/2011, B.8. ; 81/2020, B.14.1.).

Cette prémisse, sur laquelle repose tout le raisonnement de la Cour, est éminemment contestable. Si l'on peut reconnaître l'autonomie de l'enseignement communal et provincial, si l'on peut reconnaître certaines libertés à des

autorités subordonnées, cela ne se conçoit pas pour les autorités constituées. Paul Lemmens et Nathalie Van Leuven l'explicitent : « l'État – ce qui signifie, dans le contexte belge, l'autorité fédérale, les communautés et les régions – ne saurait se prévaloir de droits fondamentaux. L'État est en effet à la source de tous les pouvoirs, et il dispose de tous les moyens pour assurer la défense de ses intérêts. En plus, c'est à lui que la Constitution donne l'ordre de respecter et de protéger les droits fondamentaux, et c'est lui qui s'est engagé devant la communauté internationale d'agir de la sorte, en ratifiant des traités relatifs aux droits de l'homme »⁷. La Cour elle-même l'avait explicitement énoncé dans un de ses tout premiers arrêts : « les communautés, qui en tant que personnes de droit public disposent d'une compétence attribuée, ne peuvent se prévaloir de libertés qui sont garanties aux citoyens »⁸. En effet, « reconnaître aux personnes morales de droit public la faculté d'invoquer un droit fondamental en vue de restreindre les droits fondamentaux des particuliers aboutit à détourner les droits fondamentaux de leur champ d'action privilégié. C'est un tel détournement que l'on trouve dans l'arrêt 40/2011 »⁹ et dans l'arrêt 81/2020.

4. Confrontée, dans son arrêt n° 81/2020, au principe de légalité attaché à la liberté de religion, la Cour rappelle que, sous son contrôle, « il relève de la marge d'appréciation du législateur compétent de déterminer les restrictions à la liberté de religion qui peuvent être réputées nécessaires dans la société démocratique dans laquelle il exerce ses compétences » (B.25.5.). Sans craindre la contradiction, elle s'appuie toutefois sur la définition matérielle de la loi que retient la Cour européenne des droits de l'homme (B.23.1.) Elle estime que le règlement d'ordre intérieur satisfait à cette définition, notamment en ce qu'il énonce une règle « accessible et prévisible pour les élèves ou les étudiants de l'école et pour les personnes qui souhaitent s'y inscrire » (B.23.3.)¹⁰. Ici encore, elle écarte sa jurisprudence traditionnelle qui, lorsqu'il n'y a pas de foulard en vue,

« Religieuze kentekens, neutraliteit en sociale druk in het hoger onderwijs – Noot bij Grondwettelijk Hof 4 juni 2020, arrest nr. 81/2020 », *T.O.R.B.*, 2020-2021/3, pp. 268-275. Depuis la rédaction de cet article, P. LOOBUYCK, « Het verbod op levensbeschouwelijke symbolen in het Gemeenschapsonderwijs na het arrest nr. 81/2020 van het Grondwettelijk Hof – Formeel-juridische reflecties én enkele meer inhoudelijke overwegingen », *T.O.R.B.*, 2020-2021/4, pp. 320-331; S. WATTIER, et L. VANBELLINGEN, « L'arrêt n° 81/2020 de la Cour constitutionnelle : de la neutralité pluraliste à la pluralité des formes de neutralité ? », *T.O.R.B.*, 2020-2021/4, pp. 332-339.

6 Voy. B. STEEN et L. VANCRAVEBECK, « L'exigence de légalité », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, op. cit., pp. 651-676, sp. pp. 672-673.

7 P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, op. cit., Vol I, pp. 111-146, sp. pp. 124 et 125.

8 C.C., arrêt n° 8 du 22 janvier 1986, B.3. Toujours en matière d'enseignement, la Cour constitutionnelle a plus récemment considéré que la liberté d'association, consacrée par l'article 27 de la Constitution, ne concerne que les associations de droit privé et non les associations de droit public (arrêt n° 53/2016 du 21 avril 2016, B. 50).

9 F. BELLEFLAMME, P.-O. DE BROUX et M. EL BERHOUMI, « les personnes morales de droit privé et de droit public », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, pp. 58-72, sp. p. 64.

10 La Ville de Bruxelles insistait sur le fait qu'à la différence d'autres affaires dont ont eu à connaître les juridictions judiciaires, l'interdiction des signes convictionnels fut introduite dans son règlement d'ordre intérieur dès 1996, si bien qu'elle était bien connue des candidats étudiants.

requiert qu'une restriction à la liberté religieuse soit l'œuvre du législateur¹¹.

5. Aussi peu étayé en droit soit-il, l'arrêt n° 81/2020 a des conséquences politiques considérables. Ce doit même être une première, la Cour a assisté devant ses murs à une manifestation d'une certaine ampleur, menée par des jeunes femmes revendiquant le droit de porter le foulard¹². Ni en Communauté flamande, ni en Communauté française, le législateur ne s'est prononcé sur une possible restriction aux libertés des élèves ou des étudiants imposée au nom de la neutralité de l'enseignement. Aucun législateur belge ne s'est même jamais exprimé explicitement en faveur d'une prohibition du port du foulard ou d'autres signes convictionnels par les enseignants, ni même par des fonctionnaires, en ce compris au sein de la police ou de l'armée¹³. Pareilles prohibitions résultent donc d'initiatives administratives validées de manière prétorienne¹⁴.

Si l'on prend en compte le fait que les cénacles où débat la société, tels que les Assises de l'Interculturalité, UNIA, la Ligue des Droits Humains, se sont prononcés contre l'interdiction du foulard dans l'enseignement supérieur, l'arrêt surprend par son audace¹⁵. Pourtant, il est généralement admis qu'une juridiction suprême ne s'aventure à se substituer au législateur, en d'autres termes à pratiquer le « gouvernement des juges », que lorsqu'elle estime avoir suffisamment de garanties que la direction qu'elle prend va bien dans le sens du vent, qu'elle exprime la volonté de la majorité des citoyens¹⁶.

Toujours est-il qu'en dispensant le législateur de se prononcer sur la question de l'interdiction du port du foulard et en permettant que la réponse soit donnée dans l'ombre des règlements d'études, la Cour constitutionnelle enlève une fameuse épine du pied de partis politiques tels que le Parti Socialiste et Ecolo. Ces partis ne peuvent cacher leurs divisions internes. A la position de la Ville de Bruxelles s'oppose la Déclaration-programme du « Gouvernement » de la Commission communautaire française pour la législature 2019-24, qui prévoit que « l'interdiction du port de signes convictionnels dans l'enseignement obligatoire sera maintenue. En matière d'enseignement supérieur et de promotion sociale, le Gouvernement lèvera l'interdiction du port de ces signes par les étudiants »¹⁷. L'arrêt de la Cour constitutionnelle ne remet pas en cause cet engagement politique¹⁸. Il est intéressant de noter que ce sont les mêmes partis, PS-Ecolo-DéFI, qui gouvernent à la Cocof et à la Ville de Bruxelles. Le PS particulièrement, mais également ECOLO, éprouve beaucoup de difficultés à concilier son « vieux fond anticlérical avec la nouvelle donne sociologique contemporaine », analyse Caroline Sägesser¹⁹. Cette auteure précise que la laïcité de combat relayée par la gauche est confrontée à « cette grande difficulté que, autrefois, elle se battait contre une institution alors qu'aujourd'hui il s'agit de citoyens individuels qui apportent ce 'marqueur religieux' dans l'espace public. Et pour quelqu'un de gauche, c'est évidemment beaucoup plus compliqué de se positionner contre des citoyens que contre une institution »²⁰.

Wallonie-Bruxelles Enseignement (WBE), l'organisme public autonome qui chapeaute le réseau de la Communauté française²¹, a décidé de ne pas s'engager dans la voie ouverte par la Cour constitutionnelle mais d'autoriser au contraire le port de signes convictionnels dans l'enseignement supérieur. L'administrateur général de WBE, Julien Nicaise, indique s'inscrire ainsi dans une « démarche progressiste » : « l'intérêt général doit primer. Nous ne pouvons plus refuser ces jeunes femmes sous prétexte qu'elles portent un voile, les empêcher de faire des études. Un diplôme, c'est leur passeport pour une inclusion par l'emploi »²². Cette décision est dénoncée par le Centre

11 Voy. not. C.C., arrêt n° 195/2009, 3 décembre 2009, B.34 ; arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.14-15.

12 Voy. V. DE COOREBYTER, « Port du voile à l'école: une solution typiquement belge », *Le Soir*, 8 juillet 2020 ; J. VERNIMMEN, « Het "hoofddoekenverbod" op scholen gelegitimeerd : een Catch-22 voor hijabi's », *op. cit.*, pp. 176-177.

13 MATHIEU, P. DE HERT, et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », in M.-C. FOLETS et J.-Ph. SCHREIBER (dir.) *Regards croisés sur les assises de l'interculturalité / De Rondetafels van de Interculturaliteit / The Round Tables on Interculturalism*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 345-391, sp. pp. 361-365. Voy. D. KOUSSENS, X. DELGRANGE et B. LAVOIE, « La neutralité religieuse des fonctionnaires au Québec et en Belgique, enjeux constitutionnels », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2020/4, pp. 393-426.

14 Voy. X. DELGRANGE et D. KOUSSENS, « La fabrique de la laïcité par le juge. Éléments de comparaison Belgique-France-Québec », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2020.85, pp. 93-127, sp. pp. 103-107.

15 Voy. X. DELGRANGE, « La laïcité à cheval sur le public et le privé », *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques*, 2021.86, pp. 217-233, sp. p. 229.

16 « si le juge se laisse guider par les valeurs communément admises par la société, c'est-à-dire le code des valeurs dominant, on estimera qu'il reste dans son rôle qui est de dire le droit. Si, en revanche, il lui arrive de faire valoir ses propres idéaux, voire ses intérêts corporatistes, s'il agit en quelque sorte comme un électron libre ou un justicier qui se sent investi de la mission de faire changer ou de devoir devancer l'opinion publique, on dira alors que le juge commet une 'transgression' et qu'il y a 'gouvernement des juges' » (S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING, « Introduction. D'un non-sujet vers un concept scientifique ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 18.

17 *Compte rendu*, Assemblée de la Cocof, 2019, n° 2, séance du 18 juillet 2019, p. 9.

18 Voy. la déclaration de Rudi Vervoort, en sa qualité de membre du Collège de la Cocof chargé de la Politique de l'Enseignement, *Compte rendu*, Assemblée de la Cocof, 2019-20, n° 18, séance du 26 juin 2020, p. 16.

19 A. DIVE, « Pourquoi la gauche est écartelée sur la laïcité et le port du voile », *La Libre Belgique*, 7 septembre 2020, p. 6.

20 W. BOURTON, « Une question extrêmement épineuse pour le PS et Ecolo », *Le Soir*, 9 septembre 2020, p. 6.

21 Voy. le décret spécial du 7 février 2019 portant création de l'organisme public chargé de la fonction de Pouvoir organisateur de l'Enseignement organisé par la Communauté française.

22 M. BAUS, « Le voile sera massivement autorisé en septembre dans l'enseignement supérieur », *La Libre Belgique*, 16-17 janvier 2021, p. 8.

d'Action Laïque, qui y voit « la disparition d'un espace de neutralité »²³.

II. La possibilité d'une interdiction du foulard frappant les étudiantes majeures

6. Une interdiction générale et de principe du port de signes convictionnels n'apporte-t-elle pas une restriction disproportionnée à la liberté de religion et au droit à l'enseignement ?

Pour la Ville de Bruxelles, cette interdiction est nécessaire afin « de créer un espace éducatif intégralement neutre et notamment de préserver tous les élèves et étudiants de la pression sociale qui serait exercée sur eux par leurs condisciples - voire par leur milieu familial - afin qu'ils se conforment aux exigences vestimentaires ou aux manifestations d'appartenance à un culte adoptées par une partie des membres de leur communauté et à laquelle ils n'entendent pas souscrire »²⁴. Pour la Haute École, le port du foulard peut avoir un caractère « ostentatoire ou revendicatif » et être ressenti comme un acte prosélyte²⁵.

Cette position évoque la conception française de la laïcité scolaire, qui veut que l'école est conçue comme un « sanctuaire laïque »²⁶, une « enceinte », à savoir un « espace protégé et matriciel (les deux qualificatifs sont d'égale importance) où la personnalité intellectuelle de l'élève est mise comme en gestation, en formation, et pour cela soustraite aux influences extérieures qui voudraient la conditionner a priori, c'est-à-dire aux doctrines (visions du monde, croyances, idéologies, courants d'opinion, etc.) ayant libre cours dans le reste de la société. L'élève est littéralement mis à l'abri des pouvoirs et des déterminismes du dehors dans cet espace public idéologiquement neutralisé par le principe et les règles d'impartialité auxquels se sont engagés ses personnels »²⁷. Cette conception est très difficilement transposable à la Belgique où la Constitution, perpétuant une tradition datant de la loi de 1842 sur l'instruction primaire, impose

aux écoles officielles d'offrir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle²⁸.

La poursuite de pareil objectif ne sera admissible en Belgique que si la Constitution, et plus particulièrement son article 24, admet la mise en place d'une neutralité exclusive à la française – encore appelée neutralité des apparences – alors que notre droit public était davantage attaché à une neutralité inclusive à l'anglo-saxonne – également appelée neutralité des actes puisque seul le comportement de l'agent est apprécié, à l'exclusion de son apparence²⁹. La tradition belge, qui institue le pluralisme, incline à privilégier le modèle inclusif³⁰. Comme le note Vincent de Coorebyter, « la neutralité inclusive se rapproche de l'idée de pluralisme : elle milite pour que l'État puisse protéger ou financer des courants convictionnels, et elle plaide pour le droit des citoyens, mais aussi des agents de la puissance publique, d'afficher leurs convictions, y compris à l'école et sur leur lieu de travail, pour autant que cela ne nuise pas à l'ordre public ou à l'impartialité de l'administration »³¹.

La Cour constitutionnelle relève que le Constituant a opté pour une vision évolutive de la neutralité (40/2011, B.9.2. et 3. ; 81/2020, B.17.2. et 3.). Elle constate qu'il « n'a pas conçu la neutralité de l'enseignement communautaire comme un principe rigide, indépendant des évolutions de la société. En outre, dans certaines circonstances, la neutralité peut obliger l'autorité compétente à prendre des mesures visant à garantir la 'reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes' dans l'enseignement communautaire ». Elle en déduit que « l'interdiction générale et de principe, pour les élèves, de porter des signes religieux et philosophiques visibles dans les établissements de l'Enseignement communautaire donne à la notion de neutralité, telle qu'elle est contenue dans l'article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution, une orientation nouvelle, qui n'est cependant pas contraire par définition à cette notion » (40/2011, B.15 ; 81/2020, B.18.1.).

Si le Constituant voulait effectivement permettre aux communautés de faire évoluer la notion de neutralité, c'est grandement solliciter les travaux de la Constituante

23 Communiqué de presse du 23 janvier 2021, www.laicite.be. Caroline Sägesser relève qu'en une quinzaine d'année, le CAL est passé de la défense de la liberté de choix des établissements d'enseignement à la volonté d'une interdiction s'étendant désormais non seulement à l'enseignement obligatoire mais également à l'enseignement supérieur composé d'étudiantes majeures. Cette évolution divise le monde laïque (M. COLINET, « Un monde laïque divisé autour du voile ? », *Le Soir*, 2 février 2021, p. 14).

24 Trib. Bruxelles, 9 mai 2018, *op. cit.*, § 45.

25 Projet pédagogique, social et culturel de la Haute École Francisco Ferrer, p. 8, www.he-ferrer.eu/sites/default/files/pdf/PPSC.pdf

26 Voy. Th. BOMPARD, *Le droit à l'éducation. L'émergence d'un discours dans le contexte des laïcités françaises*, Thèse, Université Grenoble Alpes, 2017, pp. 493-515, <https://hal.archives-ouvertes.fr/tele-02092250>.

27 A. BIDAR, *Pour une pédagogie de la laïcité à l'école*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 26.

28 Voy. X. DELGRANGE et A. OVERBEEKE, « Le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI, *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, *op. cit.*, pp. 242-280.

29 Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Les transformations du concept de neutralité de l'État. Quelques réflexions provocatrices », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, *op. cit.*, pp. 75-120, sp. pp. 76 à 79.

30 En ce sens, déjà, 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, pp. 3-26, sp. pp. 18-19.

31 V. DE COOREBYTER, « Comment conclure le débat constitutionnel sur la laïcité ? », *Le Soir*, 17 octobre 2018. Ce texte est reproduit sur le site du Centre de droit public de l'ULB, <https://droit-public.ulb.ac.be/comment-conclure-le-debat-constitutionnel-sur-la-laicite/>.

de 1988 que d'affirmer que la consécration d'une neutralité exclusive, emportant l'interdiction du port de signes convictionnels par les élèves ou les étudiants, était envisagée. C'est tout d'abord pratiquer allègrement l'anachronisme puisque la question du port du voile à l'école n'a surgi qu'en 1989, importée de France³². C'est ensuite se méprendre de destinataire puisque les débats autour de la neutralité portaient sur l'organisation de l'école et le contenu de l'enseignement ainsi que sur la liberté concédée aux enseignants, sans que celle reconnue aux élèves et étudiants ne soit discutée. Ce sera encore le cas lors de l'adoption du décret spécial de 1989 en Flandre, des décrets « neutralité » de 1994 et 2003 en Communauté française. Il suffit de consulter les travaux préparatoires de ces décrets et la doctrine qui leur est consacrée³³ pour s'en convaincre. Au moment de la Constituante de 1988, la neutralité était encore définie par la Résolution adoptée par la Commission du Pacte scolaire le 8 mai 1963. C'est ce texte que le Constituant invitait à faire évoluer, essentiellement s'agissant de l'ampleur de la liberté d'expression que l'on pouvait accorder aux enseignants tout en respectant les convictions des parents³⁴.

L'on aperçoit d'ailleurs difficilement comment ces interdictions absolues contribueraient à l'objectif assigné par la Constituante de fonder l'école neutre « sur une reconnaissance et une appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes »³⁵.

7. La question adressée à la Cour portait sur l'article 3 du décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté. Celui-ci consacre la liberté d'expression et la liberté religieuse des élèves, qui doivent cependant respecter le règlement d'ordre intérieur. Dans l'interprétation retenue par le Tribunal, cette disposition permet à l'établissement « de décider, à la lumière du concept d'enseignement préconisé ou des circonstances concrètes, si une telle interdiction est ou non indiquée ou nécessaire pour garantir la 'reconnaissance

et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes' et 'l'accent sur les valeurs communes' » (B.18.2.). La Cour juge que cette interprétation « n'est pas manifestement erronée » (B.6.2.).

La Cour estime que, doté de cette portée, l'article 3 du décret n'emporte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de conscience et de religion au motif que « le Constituant a ainsi voulu réaliser une offre d'enseignement variée, qui donne aux parents, aux élèves et aux étudiants la possibilité de choisir l'enseignement qui correspond le mieux à leurs conceptions philosophiques » (B.25.9.). Autrement dit, les étudiantes qui entendent porter le voile n'ont qu'à fréquenter un autre établissement. Elle ne s'assure toutefois pas que la législation communautaire garantit effectivement une offre diversifiée, notamment que les étudiantes trouveront un établissement qui organise la filière d'étude qu'elles ont choisi et qui accepte le foulard. Elle s'en remet à l'initiative individuelle des différents établissements, soulignant qu'ils ne sont pas obligés de prononcer pareille interdiction (B.25.9.). La Cour ne mesure donc nullement la proportionnalité de l'atteinte au droit à l'enseignement résultant de l'interdiction³⁶.

8. Pour le reste, le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté de conscience et de religion se limite à l'affirmation que la disposition poursuit un objectif légitime, répondant « à un besoin social impérieux, à savoir la mise en œuvre d'un projet pédagogique trouvant son fondement dans une conception déterminée de la neutralité de l'enseignement officiel qui n'est pas incompatible avec la notion constitutionnelle de neutralité » (B.25.8.), l'interdiction visant « la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre dans l'établissement d'enseignement » (B.25.9.). La Cour ne s'interroge pas sur le caractère souhaitable – est-ce le rôle de l'école d'éviter de confronter ses étudiants à l'altérité ? – d'un tel objectif ni sur sa praticabilité – comment prévenir l'expression de convictions par les élèves, alors que ce droit est consacré par les décrets « neutralité »³⁷ ? Aucun contrôle de la nécessité de la mesure n'est pratiqué. En dernier ressort, il appartiendra aux établissements d'enseignement eux-mêmes d'apprécier la proportionnalité de la mesure d'interdiction qu'ils adoptent, sous le contrôle des juridictions administratives et judiciaires, la Cour n'étant pas compétente pour apprécier la validité d'un acte administratif. En l'espèce, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles doit désormais trancher, sans que l'arrêt de la Cour ne lui soit d'un grand secours. Deux éléments devraient peser dans la balance.

32 Voy. P. BLAISE et V. DE COOREBYTER, « L'islam et l'école. Anatomie d'une polémique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1990/5, n° 1270-1271 ; B. BLERO, « Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école... », *op. cit.*, p. 3 ; E. BREMS, « Geen doekjes winden om integratie : over de houding van recht en beleid tot de islamitische hoofddoek », *T.V.R.*, 1997/4, pp. 351-373, sp. pp. 356-360.

33 Voy. par exemple D. DÉOM, « La neutralité de l'enseignement des communautés et le choix entre le cours de religion et le cours de morale non confessionnelle », in B. SCHEPENS (coord.), *Quels droits dans l'enseignement ? Enseignants, Parents, Elèves*, Brugge, la Charte, 1994, pp. 103-119.

34 Voy. X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement et communauté française », *op. cit.*, pp. 135-136 ; M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », *op. cit.*, pp. 602-603.

35 En ce sens, M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », *op. cit.*, pp. 603-604 ; G. NINANE, et J. RINGELHEIM, « La neutralité de l'enseignement officiel », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, *op. cit.*, pp. 139-241, sp. p. 238 ; J. VERNIMMEN, « Het "hoofddoekenverbod" op scholen gelegitimeerd : een Catch-22 voor hijabi's », *op. cit.*, p. 178.

36 Voy. J. VERNIMMEN, « Het "hoofddoekenverbod" op scholen gelegitimeerd : een Catch-22 voor hijabi's », *op. cit.*, p. 184.

37 Voy. J. VERNIMMEN, « Het "hoofddoekenverbod" op scholen gelegitimeerd : een Catch-22 voor hijabi's », *op. cit.*, pp. 182-183.

D'une part, est-il exact que le simple port du foulard est un acte prosélyte qui exerce une pression sociale sur les autres étudiants (voy. ci-avant, n° 6) ? Dans ses arrêts de 2014, le Conseil d'État ne s'est pas contenté de l'affirmation d'un lien automatique entre port du foulard et prosélytisme, exigeant au contraire que l'école démontre concrètement que l'attitude des élèves renvoyées menace la neutralité : « dit zou enkel het geval zijn, indien de bewuste kentekens ostentatief worden gedragen als een daad van agressie of om druk uit te oefenen, om een reactie te provoceren, uit indoctrinatie, proselitisme of voor propagandadoeleinden en ze aldus van aard zijn om de overtuigingen van de andere te ondermijnen »³⁸. Les travaux préparatoires du décret de 1994 précisent d'ailleurs : « il y a lieu de bien faire la différence entre le prosélytisme religieux ou philosophique ou le militantisme politique, d'une part, et la libre expression individuelle des élèves, d'autre part. Ce n'est pas le rôle de l'école neutre de permettre un prosélytisme actif, mais elle doit permettre aux élèves d'exprimer librement des opinions personnelles [...]. Il est souhaité que le personnel enseignant assume cette obligation avec circonspection, afin qu'elle ne devienne trop réductrice de la liberté d'expression des élèves et n'entrave l'apprentissage d'un engagement personnel. Il ne sert à rien d'informer les élèves sur la pluralité des valeurs s'ils ne peuvent choisir et s'exprimer »³⁹.

Quant à l'argument que des étudiants pourraient subir une pression par le seul fait qu'ils seraient confrontés à un signe convictionnel, il ne paraît pas recevable pour plusieurs raisons. La confrontation se déroule dans un établissement d'enseignement qui met au fondement de sa démarche le libre examen et qui « s'engage à développer chez les étudiants (...) des attitudes indispensables telles que la curiosité, la maîtrise de soi, l'esprit critique et la rigueur scientifique »⁴⁰. Est-ce en interdisant l'exposition de l'altérité que ces qualités se développeront ? En outre, si une étudiante risque de ressentir une pression à la seule vue d'un foulard dans l'enceinte protectrice d'une école, comment pourra-t-elle y résister en dehors de celle-ci, par exemple dans la rue ? De toute façon, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « l'on ne saurait tirer de la Convention un droit comme tel à ne pas être exposé à des convictions ou opinions contraires aux siens »⁴¹.

D'autre part, en 2020 et contrairement à 2011, la Cour était confrontée à une interdiction frappant des adultes. Encore que les requérantes et UNIA insistaient sur la différence essentielle existant entre une interdiction adressée à des élèves mineurs et des étudiants majeurs (A.10.1. ; A.11.4. ; A.12.2.), la Cour n'a nullement pris cet élément en compte⁴². Pourtant, même la République laïque française ne conçoit pas d'étendre l'interdiction à l'enseignement supérieur, où les étudiants majeurs ont une maturité qui leur permet d'être moins influençables. En outre, surtout à l'université, l'enseignement supérieur suppose une ouverture sur le monde incompatible avec une limitation de l'expression de ses convictions⁴³.

III. Pour conclure, un arrêt eurocentré ?

9. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui se fonde sur la formulation de l'article 9 de la Convention, la Cour constitutionnelle distingue dans la notion de religion « le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions », et « le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse ». Elle précise : « alors que le droit d'avoir des convictions religieuses (*forum internum*) est absolu, le droit de manifester sa foi religieuse (*forum externum*) peut être soumis à des restrictions, dans les limites fixées par l'article 9, paragraphe 2, de la Convention » (arrêt de 2020, B.22.2.).

La notion de « manifestation » est polysémique. Manifester, peut tout simplement vouloir dire : laisser apparaître, sans volonté de communiquer et encore moins de convaincre. Mais le verbe peut également viser l'expression d'une conviction en vue de la partager, éventuellement dans une optique prosélyte. Il est toutefois permis de se demander si, pour toutes les religions, certains prescrits vestimentaires relèvent bien exclusivement du *forum externum* ou s'ils ne participent pas du *forum internum* en ce que la pratique concernée est vécue comme imposée par la religion. Cette conception extensive du *forum externum* pourrait résulter d'une vision eurocentriste qui a généré la « Catho-laïcité »⁴⁴. Le Conseil d'État de France constate ainsi que « la laïcité française est une laïcité sur fond de christianisme »⁴⁵.

38 C.E., arrêts du 14 octobre 2014, n° 228.748, § 58 et n° 228.752, § 36. Voy. déjà C.E., arrêt n° 175.886 du 18 octobre 2007, *Revue Régionale de Droit*, 2007, pp. 363-384, et la note de X. DELGRANGE, « La démocratie voilée ».

39 Commentaire de l'article 4 de la proposition devenue le décret du 31 mars 1994, *Doc. parl.*, P.C.F., n° 143/1 (1993-1994), pp. 6-7.

40 Projet pédagogique, social et culturel de la Haute École Francisco Ferrer, p. 2, www.he-ferrer.eu/sites/default/files/pdf/PPSC.pdf

41 Cour eur. D.H., décision Appel-Irrgang c. Allemagne du 6 octobre 2009, n° 45216/07. Cette décision d'irrecevabilité fut renouvelée le 13 septembre 2011 dans l'affaire Dojan et autres c. Allemagne, n° 319/08.

42 En ce sens, S. SMET et M. VRANCKEN, « Religieuze kentekens, neutraliteit en sociale druk in het hoger onderwijs... », *op. cit.*, p. 271.

43 Voy. not. P.-H. PRÉLOT, « L'université publique et la laïcité », *A.J.D.A.*, 2017, p. 1375.

44 Voy. not. C. LABORDE, *Français, encore un effort pour être républicains !*, Paris, Seuil, 2010, p. 76.

45 C.E. de France, « Un siècle de laïcité », *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 54, Paris, La Documentation française, 2004, p. 392, www.conseil-État.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/un-siecle-de-laicite-rapport-public-2004

Pour Joseph Weiler, « l'on parle souvent de la 'tradition judéo-chrétienne' comme si les deux religions étaient sœurs. En réalité, pour les questions qui nous intéressent, les religions sœurs sont l'islam et le judaïsme, dans la mesure où, dans les deux cas, la présence de Dieu est avant tout matérialisée par une constellation dense de normes de comportement issues du commandement divin – Nomos – qui accompagne le croyant du réveil jusqu'au coucher, à travers des codes vestimentaires, alimentaires, concernant le travail ou bien encore les relations amoureuses. Dans l'ensemble, la chrétienté a renoncé à la multitude de pratiques rituelles caractérisant les Nomos juif et islamique. C'est avant tout une religion du cœur. Dans ces conditions, votre chrétienté ne se manifeste pas par ce que vous portez, mangez, etc., mais par la manière dont vous vous comportez »⁴⁶.

Cet eurocentrisme conditionne l'appréciation de la proportionnalité. Pour un laïque français ou belge, ce n'est pas demander un gros effort que de laisser son voile au vestiaire. Pour certains musulmans, c'est un sacrifice, un déchirement si violent qu'ils préfèrent renoncer à étudier ou se faire licencier.

10. Peut-être est-ce parce que sa composition universelle le protège de cet eurocentrisme que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies veille avec davantage de vigilance à la protection des pratiques religieuses. Il a condamné la France notamment pour le renvoi d'un élève sikh au seul motif qu'il portait un turban, « sans démontrer une menace pour les droits et libertés des autres élèves ou pour l'ordre au sein de l'établissement scolaire ». Or, pour les hommes sikhs, ce turban « n'est pas simplement un signe religieux mais une composante essentielle de leur identité et un précepte religieux obligatoire »⁴⁷. Dans ses Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Belgique, rendues fin 2019, le Comité se dit « préoccupé par l'interdiction du port de symboles religieux au travail, dans certains organismes publics, et par des enseignants ou étudiants dans des établissements scolaires publics, ce qui pourrait entraîner un effet de discrimination et de marginalisation de certaines personnes appartenant à des minorités religieuses »⁴⁸.

Il est symptomatique que la Cour constitutionnelle n'a pas rangé parmi ses normes de référence les Pactes ONU de 1966 et a totalement ignoré les observations du Comité

des droits de l'homme. Elle y était pourtant lourdement invitée par les parties requérantes⁴⁹. Or la Belgique, ayant adhéré au protocole facultatif, s'est engagée à respecter ces observations. Cette ignorance délibérée était-elle nécessaire pour débouter les étudiantes ?

46 J.H.H. WEILER, « Je suis Achbita ! À propos d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur le hijab musulman - Cour de justice de l'Union européenne, 14 mars 2017, n° C-157/15 », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, p. 85.

47 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Communication n° 1852/2008 du 1^{er} novembre 2012, Bikramjit Singh c. France, CCPR/C/106/D/1852/2008.

48 Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Belgique (CCPR/C/BEL/CO/6), 6 décembre 2019, n° 17-18, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/BEL/CO/6&Lang=Fr.

49 Voy. les extraits des mémoires cités dans X. DELGRANGE, « Interdiction du voile dans l'enseignement supérieur : la Cour constitutionnelle, substitut d'un législateur paralysé », *op. cit.*, p. 13.