

Une nouvelle source du droit : le *Dress Code*

Xavier DELGRANGE*

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État
Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles

1. Les promoteurs de ce livre d'hommage à François Ost ont invité les auteurs à accrocher leur contribution à l'une de ses œuvres. *Antigone voilée* s'est imposée à moi avec la force de l'évidence.

Au risque de l'infatuation, ce choix est en partie dû à la fierté d'être incidemment évoqué dans cette pièce. L'on sait que la pièce colle d'aussi près que possible à l'*Antigone* de Sophocle. Dans l'avant-propos à sa pièce, François Ost explique qu'il a remplacé les chants du cœur par des séquences télévisées¹. L'une d'elle voit interviewer un professeur de droit constitutionnel, Didier Destal². François Ost m'a confié que mes recherches avaient inspiré ce personnage.

Mais beaucoup plus fondamentalement, comme le relève Paul Martens, avec cet exercice de style, François Ost développait « une idée pédagogiquement féconde de permettre à des jeunes de

* Ce texte a bénéficié d'une lecture roborative mais saine de mes collègues du CIRC, le Centre interdisciplinaire de recherches constitutionnelles de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Jogchum VRIELINK et Mathias EL BERHOUMI.

¹ OST (F.), *Antigone voilée*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 7 ; Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 7.

² Ce nom est-il emprunté à son homonyme parfait, psychiatre français qui eut son heure de gloire trouble pour sa participation à l'émission de télé-réalité *Loft Story* ?

faire connaissance, en même temps, avec Sophocle, avec l'éternel conflit entre les lois de la cité et les lois de la conscience, entre la jeunesse et la raison, tout en partant d'un conflit actuel que les jeunes vivent au quotidien, dans leurs quartiers, dans leurs écoles. C'était un merveilleux exercice d'émotion, de culture et de tolérance »³.

De plus, *Antigone voilée* illustre à merveille en quoi l'échappée de François Ost vers la littérature est fructueuse pour le juriste académique. Il s'en explique : « c'était l'occasion d'aborder le problème du voile à partir de cas individuels. Une Aïcha voilée, qui n'est pas une autre jeune fille, c'est celle-là qui m'intéressait. L'avantage de partir des cas individuels était de résister aux concepts *a priori*, avec tout ce qu'ils véhiculent sans doute de stéréotypes et de préjugés. On se fait une certaine idée du rapport entre l'islam et la femme, l'islam qui serait nécessairement misogyne, une certaine idée du voile qui serait nécessairement le symbole de la soumission de la jeune fille à son père ou à l'imam du quartier. Je n'ignorais évidemment pas ces interprétations mais je préférerais partir de cas individuels. Ici, une jeune fille sur le modèle de l'Antigone de Sophocle, qui prend le voile pour protester contre un interdit comminé par le directeur de l'école, alias Créon, et en signe de solidarité avec le deuil de son frère injustement ostracisé à ses yeux. C'est un contexte très particulier. Et le choix d'Aïcha dans la pièce n'est pas celui de sa sœur Yasmina qui ne prendra pas le voile. Je fais une expérience tout à fait particulière, partant de l'idée que la littérature, comme le disait Paul Ricœur, est un laboratoire expérimental de l'humain »⁴.

Voiler Antigone est particulièrement judicieux, tant notre société contemporaine est soumise aux questions qui taraudaient déjà la « démocratie » athénienne⁵ : les titulaires du pouvoir, plus âgés, pensent promouvoir la modernité mais le font d'une manière

³ MARTENS (P.), « François Ost dramaturge », *Journal des tribunaux*, n° 6321 (2008/29), p. 534.

⁴ DE GALEMBERT (C.), « La tragédie du voile. Entretien avec François Ost », *Droit et Société*, 68 (2008), p. 251-264, sp. p. 252.

⁵ OST (F.), « L'Antigone de Sophocle : résistance, apories juridiques et paradoxes politiques », in OST (F.), *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 161-203.

autoritaire alors que la jeunesse les conteste en s'appuyant notamment sur les traditions et en revendiquant une certaine autonomie ; quelle place accorder à la femme dans le débat public et même dans la sphère publique ? ; quelles sont les conditions de l'établissement d'un véritable débat où les uns prennent dûment en compte les convictions des autres ?

Il a toutefois été reproché à François Ost de biaiser le recours à la loi divine. Si l'Antigone de Sophocle enfreint une loi qu'elle estime injuste et en accepte les conséquences fatales pour elle, Aïcha – l'Antigone voilée –, pour se révolter contre une décision injuste de la direction de l'école – l'interdiction d'assister aux funérailles de son frère – viole une autre loi, celle qui interdit le port du voile à l'école. En définitive, Aïcha serait plus politique qu'éthique⁶. François Ost a toutefois pris cette liberté pour susciter le débat, sans donner raison ni à Aïcha/Antigone ni au Directeur d'école/Créon⁷. Sa thèse est portée par Eric/Hémon, pour qui « la cité n'est pas l'affaire d'un seul et que la seule véritable faute politique est de mettre un terme au débat de façon autoritaire »⁸.

D'autres considèrent qu'à la différence de celui d'Antigone, le combat d'Aïcha est illégitime puisque le voile symbolise l'inféodation de la femme⁹. En quelque sorte, au nom d'une certaine conception de l'égalité des sexes, il convient d'interdire le débat. Selon François Ost, ses amis laïques considéraient « qu'il n'était plus l'heure de discuter et que la liberté était dans un état de légitime défense »¹⁰. Est-ce pour cela que la pièce n'a jamais été jouée, à sa grande déception¹¹ ?

⁶ Voy. GEERTS (N.), « Antigone voilée ? », en ligne, <http://nadiageerts.over-blog.com/article-antigone-voilee-47631382.html>, consulté le 27 avril 2018 ; LEMMENS (K.), « Antigone(s) in Straatsburg : mensenrechten tussen recht en gerechtigheid », *Rechtskundig Weekblad*, vol. 76, n° 20 (2013), p. 768-769.

⁷ En ce sens déjà, OST (F.), *Raconter la loi [...]*, *op. cit.*, p. 167 et s. ; DE GALEMBERT (C.), *op. cit.*, p. 255.

⁸ DE GALEMBERT (C.), *op. cit.*, p. 256.

⁹ GLANSDORFF (F.), « Antigone voilée », *Journal des tribunaux*, n° 61780 (2005/10), p. 170-171.

¹⁰ DE GALEMBERT (C.), *op. cit.*, p. 260.

¹¹ « La pièce n'a jamais été jouée dans un théâtre – cela tient peut-être à la pièce elle-même, mais je crois aussi que c'est un tabou qui en dit long » (PANET (S.), LEFÈVRE (C.), « Antigone toujours pas dévoilée », *Filiatio*, n° 6 (avril-mai 2012),

2. Dans les quelques pages qui suivent, je voudrais prolonger l'approche casuistique adoptée par François Ost en confrontant la manière dont certaines hautes juridictions ont tranché les débats relatifs au port du voile en milieu scolaire, au sein des établissements officiels.

C'est également l'occasion de saluer une autre facette de la personnalité de François Ost, celle de découvreur et promoteur de talents, en l'occurrence de génie. Je m'appuierai en effet sur la thèse du doyen de la Faculté de droit de l'Université Saint-Louis, Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*¹², dont le promoteur n'était autre que le dédicataire de ces lignes. Je m'attacherai, dans les pas de cet auteur, à décomposer systématiquement les étapes du contrôle de proportionnalité, ce qui présente l'inconvénient de tronçonner les décisions analysées, pouvant ainsi donner l'impression de pratiquer un « cherry picking » peu compatible avec le souci de l'honnêteté et de la rigueur intellectuelles. C'est toutefois le prix à payer pour tenter de mettre de la systématité là où les juges optent souvent pour l'impressionnisme qui réduit les cerises en marmelade. En outre, au bout du raisonnement, tous les fruits devraient avoir regagné leur bocal et recouvré leur palette de saveurs.

Il est bien connu qu'une restriction à l'exercice d'une liberté, par exemple religieuse, n'est admissible aux yeux de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Constitution, qu'à la condition qu'elle soit prévue par la loi (1.) et qu'elle soit proportionnée (2.).

1. La loi, expression de la volonté populaire

3. L'article 9.2. de la Convention européenne des droits de l'homme n'autorise de restrictions à la liberté religieuse que si celles-ci sont « prévues par la loi » et sont nécessaires « dans une société démocratique ». Composant avec le pluralisme juridique

en ligne, <http://www.filiatio.be/antigone-toujours-pas-devoilee/>, consulté le 30 avril 2018.

¹² Bruxelles, Bruylant/Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

qui caractérise le Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme adopte une définition souple de la loi, qui peut être matérielle – par exemple un règlement scolaire – pour autant qu'elle soit une

« norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique. »¹³

L'on pourrait voir poindre dans cet extrait l'opposition entre la loi divine, immuable et oppressante, et la loi humaine, adaptable et accommodante.

Mais c'est justement pour faire droit aux exigences de la démocratie moderne que la Constitution belge impose une définition formelle de la loi, lorsqu'il s'agit de réglementer l'exercice des libertés. Ainsi, la Cour constitutionnelle précise-t-elle généralement qu'en réservant au législateur le pouvoir de restreindre un droit, la Constitution « garantit à tout citoyen qu'aucune immixtion (ou ingérence) dans ce droit ne pourra avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue »¹⁴. En outre, la lourdeur caractéristique de

¹³ Jurisprudence constante depuis l'arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume Uni*, § 46-53.

¹⁴ Voy., en matière de vie privée, les arrêts n° 6/2013 du 14 février 2013, B.5.7 ; n° 108/2016 du 14 juillet 2016, B.11.1. Pour être complet, il faudrait évoquer ici l'exception admise par la Cour, dans son arrêt n° 40/2011 du 15 mars 2011, justement à propos du port de signes convictionnels dans les écoles de la Communauté flamande. Cela requerrait toutefois de longs développements relatifs aux spécificités du droit de l'enseignement en Communauté flamande, alors que cet arrêt est pour le moins circonstanciel. Il est dès lors renvoyé, notamment à DELGRANGE (X.), « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », et EL BERHOUMI (M.), « Les juridictions suprêmes contre le

la procédure parlementaire ne présente pas que des inconvénients. Elle contraint à prendre le temps de la réflexion, prévenant en principe les réactions précipitées et disproportionnées, dictées par l'émotion. L'exécutif, en l'espèce le directeur d'école dans la pièce, n'est pas prémuni d'une décision solitaire, non mûrie.

Dans le droit de l'enseignement, l'exigence de légalité, déjà présente dans la Constitution de 1831 afin de se protéger d'une trop grande intervention de l'exécutif dont Guillaume 1^{er} était coutumier sous le régime hollandais, a été renforcée à l'occasion de la communautarisation de l'enseignement, intervenue en 1988, dont on craignait qu'elle ne permette une réactivation des guerres scolaires, vu le déséquilibre des forces catholiques et laïques en présence au sein de la Communauté française. Le Constituant a ainsi voulu que la Cour constitutionnelle soit la garante des principes du Pacte scolaire¹⁵. L'article 24, §5, de la Constitution réserve dès lors au législateur « l'organisation, la reconnaissance et le subventionnement de l'enseignement ». Comme le relève la Cour constitutionnelle, adoptant cette disposition, le Constituant a voulu que « seules des personnes démocratiquement élues » puissent régler les aspects essentiels de l'organisation de l'enseignement¹⁶. Relèvent assurément du régime de l'article 24, §5, le statut – notamment disciplinaire – de l'élève et de l'enseignant¹⁷.

L'exigence constitutionnelle d'une loi formelle pour restreindre une liberté prime sur la tolérance conventionnelle à l'égard d'une loi matérielle. Selon la Cour constitutionnelle, elle « s'impose au législateur belge, en vertu de l'article 53 de la

voile : commentaire de deux arrêts engagés » in *Le droit et la diversité culturelle*, sous la direction de RINGELHEIM (J.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 503-567, sp. p. 562-564 ; p. 569-620, sp. p. 599-616 ; STEEN (B.), VANCRAVEBECK (L.), « L'exigence de légalité », in *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, sous la direction de DELGRANGE (X.), DETROUX (L.), EL BERHOUMI (M.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 651-676, sp. p. 665-666.

¹⁵ Voy. DELGRANGE (X.), NIKIS (C.), « L'exigence de légalité en matière d'enseignement. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État relative à l'article 24, § 5, de la Constitution », *Administration publique – trimestriel*, 3 (2000), p. 203-235, sp. p. 203-209.

¹⁶ Not. C. C., arrêt n° 40/2011 du 15 mars 2011, B.6.2. Voy. STEEN (B.), VANCRAVEBECK (L.), *op. cit.*, p. 661.

¹⁷ DELGRANGE (X.), NIKIS (C.), *op. cit.*, p. 215.

Convention européenne, selon lequel les dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnues notamment par le droit interne »¹⁸.

4. En Communauté française, l'interdiction du voile et plus généralement du port de signes convictionnels n'apparaît que dans le règlement d'ordre intérieur de la plupart des écoles qui, s'il est adopté au terme d'une procédure incluant la communauté éducative, ne peut être qualifié de loi au sens formel. Convaincus qu'un décret portant une interdiction générale ne passerait pas le cap de la Cour européenne des droits de l'homme, les ministres de l'enseignement suggéraient ces prohibitions adoptées à l'abri des débats parlementaires¹⁹.

Comment dès lors concilier cette attitude avec l'exigence de légalité ? La neutralité de l'enseignement officiel est définie par les décrets du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté et du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné (ci-après décrets « neutralité »)²⁰. Ces décrets s'inscrivent dans la définition traditionnelle de la neutralité des services publics qui veut que celle-ci impose certaines restrictions au service public et à ses agents – en l'espèce l'école et ses enseignants – au bénéfice de la liberté et de l'égalité des usagers – en l'espèce les élèves et leurs parents²¹. Pour le Conseil d'État, « en adoptant les [décrets

¹⁸ C. C., arrêts n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B.5.4. ; n° 131/2005 du 19 juillet 2005, B.5.2. ; n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.5.6. Cette jurisprudence a été développée en matière de vie privée mais elle est sans conteste transposable à la liberté de religion et au droit à l'enseignement. Voy. déjà DELGRANGE (X.), « La démocratie voilée », note sous C.E., arrêt n° 175.886 du 18 octobre 2007, *Revue régionale de droit*, 2007, p. 363-384, sp. p. 372-374.

¹⁹ Voy. DUMONT (H.), DELGRANGE (X.), « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit et Société*, n° 68 (2008), p. 75-108, sp. p. 95-106. L'ironie veut que la Cour européenne des droits de l'homme a validé la loi française 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 » (voy. ci-après, n° 20 et 23).

²⁰ Voy. DELGRANGE (X.), « La neutralité de l'enseignement en Communauté française », *Administration publique – trimestriel*, 2 (2007-2008), p. 119-160.

²¹ Sur la définition de la neutralité par le Conseil d'État, voy. ci-après, n° 11 et DELGRANGE (X.), « La gestion de la diversité à l'école : le "modèle" belge », in *L'expression du religieux dans la sphère publique. Comparaisons internationales*.

« neutralité »], le législateur de la Communauté française a entendu ainsi défendre un modèle d'enseignement qui fait prévaloir la fonction de l'enseignant sur les attaches philosophiques, culturelles et religieuses de celui-ci en tant qu'individu, en vue de promouvoir un apprentissage qui soit respectueux des convictions des élèves et de leurs parents »²². Le Conseil d'État rappelle toutefois que « la neutralité est une règle de fonctionnement du service public qui s'impose aux enseignants en tant que fonctionnaires et dispensateurs de l'enseignement. La situation est différente pour les élèves »²³. En effet, « les élèves ne sont pas des fonctionnaires, ils ne sont pas des dispensateurs de l'enseignement, mais des utilisateurs de l'enseignement communautaire en tant que service public »²⁴.

Il convient dès lors de distinguer les éléments essentiels établis par les décrets « neutralité » selon qu'ils s'appliquent aux élèves ou aux enseignants.

5. Les décrets « neutralité » proclament avec force et de manière particulièrement large la liberté d'expression, notamment religieuse, des élèves, précisant que « ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées par tout moyen du choix de l'élève et de l'étudiant, à la seule condition que soient sauvegardés les droits de l'homme, la réputation d'autrui, la sécurité nationale, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, et que soit respecté le règlement intérieur de l'établissement »²⁵. En ce qu'ils prohibent le port de signes

Actes du colloque des 2-3 juin 2015 organisé à Paris par les Ministères de l'Intérieur et des Affaires étrangères, s.l., La Documentation française, 2016, p. 141-158, sp. p. 143-145.

²² C.E., arrêt n° 223.042, VI.2.6.

²³ C.E., arrêts du 14 octobre 2014, n° 228.748, 60.5 ; n° 228.752, 36, 38.5 (traduction libre).

²⁴ C.E., arrêts du 14 octobre 2014, n° 228.748, 60.3 ; n° 228.752, 36, 38.3 (traduction libre).

²⁵ Article 3, alinéa 3, du décret de 1994 ; article 4, alinéa 2, du décret de 2003. Certains ont soutenu que cette disposition, en ce qu'elle conditionne l'exercice des libertés au respect du règlement d'ordre intérieur, permet à celui-ci de restreindre le contenu même de la liberté. Ce serait y voir une habilitation donnée à l'établissement à déroger à la norme législative, ce qui ne se conçoit pas. Les travaux préparatoires du décret de 1994 le confirment, justifiant ainsi le renvoi à ces règlements : « eu égard à la nécessaire organisation des établissements

convictionnels dans le chef des élèves, les règlements d'ordre intérieur sont dès lors illégaux.

Le Conseil d'État en est à ce point conscient qu'il avance les prétextes les plus variés pour refuser d'examiner au fond les recours intentés, côté francophone, contre ces règlements ou les sanctions prises sur leur base²⁶. Il a été jusqu'à dénier au Mra l'intérêt de contester l'interdiction du port du voile puisque celle-ci, loin de porter atteinte à l'objet social de l'association – la lutte contre la xénophobie – « a pour effet de le rencontrer et de le conforter »...²⁷ Selon Paul Martens, ces arrêts démontrent « l'inépuisable imagination » dont a fait preuve le Conseil d'État pour éviter de se prononcer sur le sujet²⁸.

6. S'agissant des enseignants, selon le Conseil d'État, en vertu des décrets « neutralité », « tous les pouvoirs organisateurs de l'enseignement officiel et de l'enseignement libre subventionné non confessionnel sont habilités à mettre en œuvre le principe décréteil de neutralité ». Or il ressort de ces décrets que les enseignants « doivent adopter, devant leurs élèves, une attitude réservée de manière générale et s'abstenir de révéler, de quelque manière que ce soit, leurs convictions personnelles ou de témoigner de celles-ci. L'autorité peut, au vu de ces dispositions décrétales, en déduire que le port de signes convictionnels par des professeurs de cours généraux n'est pas conciliable avec cette obligation

scolaires, au respect du programme et de ses plages horaires, par exemple, il y a lieu de viser également le règlement intérieur de l'établissement, qui s'inspirera nécessairement du présent décret » (Développements de la proposition, *Doc. C.C.F.*, n° 143-1 (1993-1994), p. 5-6. Souligné par nous). Dans le même sens, déjà, BLERO (B.), « Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école. L'interdiction du foulard islamique face à la liberté religieuse », *Revue du droit des étrangers*, 87 (1996), p. 20.

²⁶ Voy. VAN DE WEYER (A.), *Le port du voile islamique dans l'enseignement*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 55-65 ; DELGRANGE (X.), « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », *op. cit.*, p. 547-549.

²⁷ C.E., arrêt n° 191.533 du 17 mars 2009, *Journal des tribunaux*, n° 6348 (2009/14), p. 252-254, et les observations de VAN DROOGHENBROECK (S.).

²⁸ MARTENS (P.), « Le communautarisme, le multiculturalisme, le nationalisme et l'universalisme en Belgique à la lumière de la jurisprudence de sa Cour constitutionnelle », in *Le droit et la diversité culturelle*, *op. cit.*, p. 209. Dans le même sens, André VAN DE WEYER dénonce « l'attitude ambiguë du Conseil d'État » qui « donne la désagréable impression de "botter en touche" en utilisant toute une série de moyens afin d'éviter de prendre position » (*op. cit.*, p. 64).

d'abstention »²⁹. Ces considérations ne permettent toutefois pas de conclure que les décrets « neutralité » établiraient les éléments essentiels de l'interdiction et satisferaient ainsi aux exigences du principe de légalité. N'hésitant pas à contredire la doctrine la plus établie et la Cour constitutionnelle³⁰, le Conseil d'État estime dès lors que celui-ci ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de restreindre la liberté de religion, puisque le terme « loi » ne figure pas à l'article 19 de la Constitution qui consacre cette liberté, si bien qu'une loi matérielle n'est pas requise³¹.

Des députés ont déposé une proposition visant à introduire dans les décrets « neutralité » l'interdiction du port de signes convictionnels par les enseignants, estimant que « le politique doit poser un choix clair quant au modèle de société » qu'il entend promouvoir³². Examinant ce texte, le Conseil d'État, section de législation, estime que « la conception que se fait la Communauté de son devoir de neutralité n'est pas figée et [que] le législateur est libre, dans le respect de la Constitution, d'examiner l'opportunité de la faire évoluer »³³. Il confirme ainsi qu'à ces jours, ces décrets ne contiennent pas pareille interdiction. Si non, la proposition aurait été déclarée inutile³⁴. Quoi qu'il en soit, le texte a été largement rejeté par le Parlement de la Communauté française. Il n'est toutefois pas aisé de discerner les motivations des députés, qui sont manifestement multiples : si certains estimaient que les actuels décrets « neutralité » offraient un fondement légal suffisant aux règlements d'ordre intérieur, d'autres considéraient que la

²⁹ C.E. (Ass. Gén.), arrêt 223.242 du 27 mars 2013, considérants V.2.7.

³⁰ Pour la Cour, « l'article 19 de la Constitution a pour objet de réserver au législateur la compétence de régir l'usage de la liberté d'opinion [...] » (arrêt n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.34.). Voy. EL BERHOUMI (M.), « Foulard à l'école : Le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne », *Administration publique – trimestriel*, 4 (2013), p. 383-409, sp. p. 399-403.

³¹ C.E. (assemblée générale), arrêt n° 223.042 du 27 mars 2013.

³² Doc. parl., *P.C.F.*, n° 84/1 (2009-2010), p. 3.

³³ Avis 48.022/AG du 20 avril 2010, Doc. Parl., *P.C.F.*, n° 84/2 (2009-2010), p. 34-37.

³⁴ Voy. DELGRANGE (X.), « Mixité sociale, mixité religieuse [...] », *op. cit.*, p. 532-533.

proposition ne contribuait pas à l'intégration, voire qu'elle était stigmatisante³⁵.

7. Toujours est-il que l'interdiction du port de signes religieux au sein des établissements scolaires n'est pas l'œuvre d'une assemblée délibérante élue.

Si, comme il l'a fait du côté néerlandophone, le Conseil d'État, faisant une application usuelle de l'exigence de légalité, avait annulé les règlements d'ordre intérieur ou les sanctions prises à l'égard des élèves ou des enseignantes, il n'aurait pas définitivement empêché l'interdiction³⁶. Il aurait simplement assuré que le Parlement se prononce, au terme d'un débat démocratique. Pour Patricia Popelier, l'accent que met la Cour constitutionnelle sur « "l'assemblée délibérante", fait supposer que le "législateur formel" occupe une position particulière, précisément parce qu'il agit comme organe délibérant, en d'autres termes comme un organe qui, depuis différents points de vue et en connaissance de cause, prend une décision au terme d'une mise en balance minutieuse des intérêts en présence. De la sorte, le Parlement demeure important dans le concept de démocratie délibérative, qui met l'accent sur la participation, la transparence et la justification au moyen d'arguments, comme fondement de la légitimité »³⁷.

Ce n'est qu'en intégrant cette qualité que la loi est effectivement l'expression de la volonté générale, comme le proclame l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans la foulée de Jean-Jacques Rousseau. Tel est l'objet du contrôle de proportionnalité.

³⁵ Rapport de la Commission de l'Éducation, Doc. Parl., *P.C.F.*, n° 84/4 (2009-2010), p. 5-6.

³⁶ Confronté à pareille affirmation émanant d'une autorité scolaire, le Conseil d'État la qualifie d'énigme, « *raadse* » (arrêt n° 228.752 du 14 octobre 2014, 29.1.)

³⁷ POPELIER (P.), « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in *Les sources du droit revisitées*, sous la direction de HACHEZ (I.) *et al.*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 2 (Normes internes infraconstitutionnelles), p. 17-54, sp. p. 46.

2. Des raisons au raisonnable

8. Se fondant sur les notions de « nécessité dans une société démocratique », de « stricte mesure » ou « d'absolue nécessité » semées dans les différentes dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacrent des droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme a développé la méthode du contrôle de proportionnalité. Il s'agit, selon la définition de Sébastien Van Drooghenbroeck, d'une « technique d'arbitrage entre intérêts conflictuels juridiquement protégés »³⁸. La Cour précise que toute ingérence, en l'espèce dans l'exercice du droit à la liberté de religion, « doit être "nécessaire dans une société démocratique" ». Cela signifie qu'elle doit répondre à un "besoin social impérieux" ; en effet, le vocable "nécessaire" n'a pas la souplesse de termes tels qu'"utile" ou "opportun" »³⁹.

La Cour constitutionnelle belge synthétise ainsi la méthode adoptée par la Cour de Strasbourg, dans le domaine de la liberté religieuse : « pour que l'ingérence soit compatible avec la liberté de religion et avec la liberté de culte, il est requis que la mesure fasse l'objet d'une réglementation suffisamment accessible et précise, qu'elle poursuive un objectif légitime et qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique, ce qui implique que l'ingérence doit répondre à "un besoin social impérieux" et qu'il doit exister un lien raisonnable de proportionnalité entre le but légitime poursuivi, d'une part, et la limitation de ces libertés, d'autre part »⁴⁰.

Classiquement, le contrôle de proportionnalité se compose de trois éléments. Les deux premiers supposent un contrôle interne de la relation entre la mesure adoptée et le but poursuivi. Il s'agit de l'adéquation et de la nécessité. S'assurant de la première, l'on vérifie simplement que la mesure est susceptible d'atteindre le but

³⁸ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité [...], op. cit.*, p. 74.

³⁹ COUR EUR. D.H., *Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des Droits de l'Homme, 2013, p. 19, n° 37. Voy. dans le même sens, plus récemment, par exemple, l'arrêt de Grande chambre du 20 octobre 2015, *Pentikäinen c. Finlande*, § 87 ; l'arrêt du 21 février 2017, *Rubio Dosamantes c. Espagne*, §. 31.

⁴⁰ Voir notamment C.C., arrêt n° 93/2010 du 29 juillet 2010, B.8. ; arrêt n° 135/2015 du 1^{er} octobre 2015, B.18 ; arrêt n° 45/2017 du 27 avril 2017, B.7.1.

poursuivi. Le second contrôle est plus ambitieux puisqu'il requiert de l'auteur qu'il recherche la voie la moins dommageable. Comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, « lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause »⁴¹. Le troisième élément impose une prise de distance, un contrôle externe qui permet de mesurer toutes les conséquences de l'ingérence. Il s'agit de la balance des intérêts. La mesure est adéquate et nécessaire pour atteindre le but, mais il faut encore effectuer un calcul coût-bénéfice, pour apprécier si le jeu en vaut la chandelle, si atteindre le but est d'un intérêt général suffisant pour justifier la restriction des libertés. Il n'est pas vrai que la fin justifie les moyens. Autant les exigences d'adéquation et de nécessité ont une coloration instrumentale, autant la mise en balance des intérêts en présence se situe dans un registre axiologique et suppose un jugement de valeur. Ce jugement est lui-même posé à l'aune de l'échelle de valeurs caractéristique de la « société démocratique », concept central dans la Convention.

Ces trois éléments s'apprécient à l'aune du but poursuivi par la mesure contestée, qui limite un droit garanti. Il faut donc au préalable identifier ce but légitime, qui est la raison de la norme⁴². La Cour fut confrontée à la difficulté que l'article 2 du Premier Protocole, relatif au droit à l'instruction, ne contient pas de second paragraphe énonçant les buts légitimes aptes à justifier une restriction. Adoptant une interprétation globale de la Convention, la Cour a considéré que l'autorité peut se revendiquer de l'un des buts énoncés à l'article 9.2., relatif à la liberté religieuse, pour justifier une restriction au droit à l'instruction⁴³.

⁴¹ Cour eur. D.H., arrêt *Mouvement Raëlien c. Suisse* du 13 juillet 2012, §75.

⁴² Selon le Robert électronique, en un certain sens, la raison est la « cause ou le motif légitime qui justifie quelque chose en l'expliquant ».

⁴³ Voy. COUR EUR. D.H., *Guide sur l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à l'instruction*, 2015, n° 15 et 16, p. 7, en ligne, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_FRA.pdf, consulté le 30 avril 2018. Dans ses arrêts annulant des règlements scolaires d'écoles flamandes interdisant le port de signes convictionnels, le Conseil d'État a rappelé cette exigence (C.E., arrêt n° 228.748 du 14 octobre 2014, *Singh c. Gemeenschaponderwijs*, n° 57 ; arrêt n° 228.752 du 14 octobre 2014, *XXX c. Gemeenschaponderwijs*). Voy. LIEVENS (J.), VRIELINK (J.), « De Raad van State over het "hoofdoekenverbod" in het Gemeenschapsonderwijs : een kentering

En définitive, le contrôle de proportionnalité se décline donc en quatre étapes, qui amènent le juge à pénétrer toujours plus avant dans le cœur du travail du législateur⁴⁴.

9. Il est à noter que, s'agissant des interdictions frappant le personnel enseignant⁴⁵, la Cour de justice de l'Union européenne aurait pu se dispenser de parcourir toutes les étapes du contrôle de proportionnalité si elle avait qualifié l'interdiction du port du voile de distinction directe au sens de la directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette directive repose sur une distinction cardinale entre... les distinctions directes et indirectes. En vertu de son article 2, §2, a), est directe la distinction qui « se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} », à savoir la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Selon l'article 2, §2, b), est indirecte la distinction qui « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes ». La distinction indirecte sera qualifiée de discriminatoire, et donc prohibée, à moins qu'elle « ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires », c'est-à-

inzake kentekens », *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 1 (2015), p. 84-93 ; des mêmes auteurs, « "Symbolenstrijd". De Raad van State en religieuze kentekens in het (Gemeenschaps)onderwijs », *Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid*, 3 (2014), p. 4-14.

⁴⁴ VAN DROOGHENBROECK (S.), *op. cit.*, p. 224-423.

⁴⁵ Conformément à l'article 165 du TFUE, le droit de l'Union n'a pas vocation à régir « l'organisation du système éducatif » en général et le statut des élèves ou étudiants en particulier (voy. DELGRANGE (X.), DETROUX (L.), « Article 14 – Droit à l'éducation », in *Commentaire article par article de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, sous la direction de PICOD (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 305-326, sp. p. 322-326). Toutefois, comme on va le voir, les droits de l'Union et du Conseil de l'Europe sont particulièrement poreux, si bien qu'une avancée de la Cour de justice finira toujours par percoler dans la jurisprudence de la Cour européenne et *vice versa*.

dire proportionnée. En revanche, la distinction directe est d'office discriminatoire, à moins qu'elle ne soit justifiée par une « exigence professionnelle essentielle ou déterminante » ou par la qualité d'entreprise de tendance, à savoir une entreprise « dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » (article 4).

La Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'application de cette directive aux enseignants⁴⁶. Elle vient toutefois de le faire à l'égard de l'interdiction du port du voile en entreprise. Dans un arrêt *Achbita* du 14 mars 2017, la Cour estime que, si le règlement interdisant « le port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses » vise « indifféremment toute manifestation de telles convictions », il ne peut générer de distinction directement fondée sur la religion, puisqu'il « traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tes signes »⁴⁷. Si elle apporte une certaine clarté propice à la sécurité juridique⁴⁸, pareille qualification est critiquée en ce qu'elle résulte d'une analyse purement formelle – la norme se présente-t-elle sous la forme d'une règle générale et abstraite ? – alors que la directive requiert une approche concrète et individualisée. D'une part, une norme d'interdiction, même si elle est formulée de manière générale et indifférenciée, peut générer une discrimination directe dans le chef de son destinataire⁴⁹. Sans

⁴⁶ Le Conseil d'État fut pourtant invité à poser cette question (arrêt n° 223.042 du 27 mars 2013). Voy. EL BERHOUMI (M), « Foulard à l'école : Le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne », *op. cit.*, p. 406-409.

⁴⁷ C.J.U.E. (grande chambre), arrêt du 14 mars 2017, *Samira Achbita et Centre pour l'égalité des chances c. G4S Secure Solution S.A.*, aff. C-157/15, cons. 30-32.

⁴⁸ GAUTHIER (C.), « L'interdiction du port du voile en entreprise : le "oui, mais" de la Cour de justice de l'Union européenne », *Journal de droit européen*, 7 (2017), p. 263-266, sp. p. 265 ; KÉFER (F.), « L'expression des convictions religieuses dans les relations de travail », *Revue de droit social-Tijdschrift voor sociaal recht*, 3 (2017), p. 527-583, sp. p. 575.

⁴⁹ Tel était le raisonnement tenu par l'avocate générale Sharpston dans ses conclusions (points 83-89) précédant l'arrêt du 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c. Micropole S.A.*, aff. C-188/15. Voy. BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Affaires Achbita et Bougnaoui : entre neutralité et préjugés », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 112 (2017), p. 1017-1037, sp. p. 1027-1030.

compter que si jamais une intention discriminatoire anime son auteur, il n'y a plus place pour une distinction indirecte⁵⁰. L'on sait ainsi qu'une interdiction des signes convictionnels, même formulée de manière générale et abstraite, cible en réalité particulièrement l'un de ces signes, à savoir le foulard⁵¹. D'autre part, ce n'est pas parce qu'elle discrimine plusieurs convictions qu'elle perd son caractère de distinction directe à l'égard de la personne à qui elle s'applique⁵².

En l'espèce, la Cour adopte une interprétation bien plus restrictive de la notion de discrimination directe que ce qu'elle avait développé dans une jurisprudence relative à d'autres critères que la religion comme l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle ou l'origine ethnique⁵³.

⁵⁰ Comme le relève Jogchum VRIELINK, « *Although discriminatory intent is not required for there to be direct discrimination, the presence of such intent nonetheless conceptually leads to the qualification of (a presumption of) direct discrimination, despite other formal reasons being provided by the alleged perpetrator for his contested practice or provision. After all, in such cases there actually turns out to be a direct causal link to the protected characteristic—with people as such being treated "less favourably on the grounds" involved (direct discrimination) – rather than being "an apparently neutral provision, criterion or practice" with a disparate impact (indirect discrimination)* » (« Silence is Golden. Charting the Intersections of Speech and Direct Discrimination Under EU Discrimination Law with a Special Focus on Racial and Religious Discrimination in Recruitment », in *A Test of Faith ? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, edited by ALIDADI (K.), FOLETS (M.-C.), VRIELINK (J.), Aldershot, Ashgate, 2012, p. 121-150, sp. p. 144-145).

⁵¹ Voy. ci-après, n° 16. C'est justement pour prévenir toute accusation de discrimination que le législateur n'a pas seulement interdit la burqa mais la dissimulation du visage (voy. DELGRANGE (X.), « Quand la burqa passe à l'Ouest, la Belgique perd-elle le nord ? », in *Quand la burqa passe à l'Ouest. Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, sous la direction de KOUSSENS (D.), ROY (O.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, p. 197-236). Sur la différence entre la laïcité juridique affichée et la laïcité « narrative » dans la loi française 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 », voy. KOUSSENS (D.), *op. cit.*, p. 166-170.

⁵² Voy. VRIELINK (J.), « Hoe het Europees Hof discriminatie "neutraliseert" », *De Morgen*, 18 mars 2017.

⁵³ Peut-être est-elle influencée par l'avocate générale KOKOTT qui persiste à penser qu'à la différence de ces critères indissociables de la personne, l'expression de convictions religieuses relève « de comportements reposant sur une décision ou une conviction subjective » que le travailleur peut « laisser au vestiaire » (conclusions avant l'arrêt *Achbita*, § 46 et 110). Voy. BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), *op. cit.*, p. 1028-1030 ; BUSSCHAERT (G.), DE SOMER (S.), « Port de

Quoiqu'il en soit, aux yeux de la Cour, la généralité de la règle fait qu'il n'y a pas de distinction – et encore moins de discrimination – directe mais qu'il n'est pas exclu que l'interdiction génère une distinction indirecte si « l'obligation en apparence neutre qu'elle contient aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données »⁵⁴. Pareille distinction ne sera pas taxée de discrimination « si elle [est] objectivement justifiée par un objectif légitime et si les moyens de réaliser cet objectif [sont] appropriés et nécessaires »⁵⁵. Sauf à être confronté à un règlement scolaire qui interdit seulement certains signes convictionnels, en route donc pour le contrôle de proportionnalité.

A. Quelles sont les raisons d'interdire le voile en milieu scolaire ?

10. L'exigence de légalité ne permet pas seulement de s'assurer que la restriction à un droit sera l'œuvre du Parlement, réputé grand défenseur des libertés, au terme d'un débat au sein d'une assemblée délibérante qui garantit le caractère démocratique de l'atteinte aux droits fondamentaux (voy. ci-avant, n° 7). Elle facilite également le travail du juge amené à contrôler la validité de la norme entreprise, en lui permettant d'identifier aisément le but poursuivi par celle-ci⁵⁶. En effet, le but, comme l'adéquation et la nécessité de la mesure, ont fait l'objet de débats lors des travaux parlementaires, lorsque ceux-ci sont de qualité⁵⁷.

signes convictionnels au travail : la Cour de justice lève le voile ? », *Journal des tribunaux du travail*, 1282 (2017), p. 277-283, sp. p. 279.

⁵⁴ Considérant 34.

⁵⁵ Considérant 35, qui s'appuie sur l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive 2000/78

⁵⁶ Sur l'intérêt qu'il y aurait, pour le contrôle de proportionnalité, à entamer un texte législatif d'un article exposant l'objectif poursuivi par le législateur, voy. DELGRANGE (X.), DETROUX (L.), « La soft law intra-législative : les lois dépourvues de contenu normatif ou mollis lex sed lex ? », in *Les sources du droit revisitées*, op. cit., p. 17-54, sp. p. 179-181 et 194-197 ; DUMONT (H.), EL BERHOUMI (M.), « Prendre plus au sérieux la fonction législative des parlementaires », *Revue belge de droit constitutionnel*, 3-4 (2014), p. 331-347, sp. p. 341-342.

⁵⁷ Il arrive malheureusement que les débats soient à ce point médiocres, se limitant à des pétitions de principe et à un dialogue de sourds entre majorité et opposition, qu'ils ne permettent même pas d'identifier de manière précise le ou les objectifs poursuivis et encore moins d'apprécier la proportionnalité de la mesure envisagée.

L'interdiction du voile à l'école gît seulement dans des règlements d'ordre intérieur des écoles, qui ne font pas l'objet de travaux préparatoires accessibles (voy. ci-avant, n° 5-7). Le juge en est donc réduit à s'en remettre aux justifications avancées par l'autorité lors des débats juridictionnels qui la confrontent au requérant.

11. Dans un arrêt validant le règlement d'ordre intérieur d'une école carolorégienne interdisant notamment aux enseignants le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique, le Conseil d'État constate que le premier but poursuivi par cette norme est « d'assurer la neutralité de l'enseignement en faveur des élèves et de leurs parents »⁵⁸.

Il s'agit évidemment d'un but légitime puisqu'il est assigné par la Constitution (article 24) et par le droit international des droits de l'homme (notamment l'article 2 du Premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, via le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents⁵⁹). Dans cet arrêt, le Conseil d'État établit un lien entre la neutralité de l'enseignement et le souci de préserver les droits et liberté d'autrui, l'un des motifs de restriction admis par l'article 9.2. de la Convention⁶⁰.

C'est ce qui advint lors de l'adoption de la loi du 1^{er} juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage (voy. DELGRANGE (X.), « Quand la burqa [...] », *op. cit.*, p. 197-236). Cette loi était une réponse à la « panique morale » ressentie dans la société, face laquelle la Cour constitutionnelle n'a pas osé confronter un contrôle de proportionnalité digne de ce nom (voy. DELGRANGE (X.), EL BERHOUMI (M.), « Pour vivre ensemble, vivons dévisagés. Le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belge et français », observations sous Cons. const. (fr.), 7 octobre 2010 et C. const. (b.), n° 145/2012, 6 décembre 2012, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 99 (2014), p. 635-661).

⁵⁸ C.E. (assemblée générale), arrêt au fond n° 223.042 du 27 mars 2013, *X. c. la ville de Charleroi*, VI.2.6.

⁵⁹ Voy. DELGRANGE (X.), OVERBEEKE (A.), « Le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle », in *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, *op. cit.*, p. 255-280.

⁶⁰ C.E., arrêt n° 223.042, VI.2.7. Dans le même ordre d'idée, la Cour européenne considère que peut être rangé dans l'objectif de protection des droits et libertés d'autrui, le souci de « faire respecter les principes laïcs et démocratiques » (voir dernièrement l'arrêt *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017, § 34-35).

L'on ne pourrait en revanche avancer que l'interdiction faite aux élèves d'exprimer leurs convictions de quelque manière que ce soit vise à garantir la neutralité de l'enseignement, qui vise justement à garantir leur liberté (voy. ci-avant, n° 4). Il est dès lors permis de penser que, malgré son intitulé, la loi française 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 », n'est pas une loi de laïcité mais une loi de police⁶¹. Telle n'est cependant pas l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme. À ses yeux, cette loi a « pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité dans l'espace public scolaire »⁶². Ce serait même son unique motivation⁶³.

12. Un deuxième objectif avancé est de garantir l'égalité des hommes et des femmes. Ainsi, dans la même affaire, le Conseil d'État relève que, « la question du port du "voile islamique" [...] divise aujourd'hui de manière sensible l'opinion publique. L'actualité de cette question, au niveau international même, ne fait pas de doute d'autant qu'elle concerne aussi une autre valeur démocratique fondamentale, celle de l'égalité des hommes et des femmes »⁶⁴. Ce but est tout autant légitime puisqu'il est assigné aux différents législateurs belges par les articles 11 et 11bis de la Constitution. Relativement à l'article 9.2. de la Convention, le

⁶¹ En ce sens, notamment, LORCERIE (F.), « La "loi sur le voile" : une entreprise politique », *Droit et Société*, 68 (2008), p. 67-70 ; GAUDEMET (Y.), « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *Revue de droit public*, 2 (2015), p. 336-338. Ou alors, l'on fait évoluer la laïcité vers une conception contraignante d'interdiction. En ce sens, PORTIER (P.), « La politique du voile en France : droits et valeurs dans la fabrique de la laïcité », *Revue du droit des religions*, 2 (2016), p. 79-81 ; BAKIR (L.), « Laïcité et institution scolaire : variations dans l'application d'un principe juridique », *Revue du droit des religions*, 2 (2016), p. 124-132.

⁶² Cour eur. D.H. (5^e section), arrêt *Kervanci c. France* (requête n° 31645/04) et arrêt *Dogru c. France* (requête n° 27058/05) du 4 décembre 2008, § 68-82. Voy. DECAUX (E.), « Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 82 (2010), p. 251-268.

⁶³ Dans sa décision d'irrecevabilité du 30 juin 2009 dans l'affaire *Aktas c. France*, requête n° 43563/08 (5^e section), la Cour considère en effet que « l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité ».

⁶⁴ C.E. (assemblée générale), arrêt en suspension n° 210.000 du 21 décembre 2010, *X. c. la ville de Charleroi*, 6.7.2.

Conseil d'État le rattache également à l'objectif de « la protection des droits et libertés d'autrui »⁶⁵.

13. Plus généralement, l'interdiction d'arborer des signes convictionnels peut poursuivre d'autres buts légitimes admis par la Convention. L'on songe principalement à la défense de l'ordre public ou à la protection des droits d'autrui. C'est dans cette perspective que les décrets « neutralité » chargent les enseignants de veiller à ce que, sous leur autorité, ne se développe aucun prosélytisme, notamment de la part des élèves⁶⁶. De même, dans ses arrêts annulant les règlements scolaires flamands, le Conseil d'État a reconnu que l'école peut veiller à ce que les élèves s'abstiennent de compromettre, par leur comportement, la neutralité de l'enseignement officiel⁶⁷.

14. Dans son arrêt carolorégien, l'assemblée générale du Conseil d'État identifie encore une autre raison d'interdire les signes convictionnels : « faire bénéficier les élèves de la connaissance de la pluralité des valeurs qui constituent l'humanisme contemporain »⁶⁸.

B. L'interdiction du voile en milieu scolaire, une mesure adéquate ?

15. L'interdiction d'arborer des signes convictionnels permet-elle d'assurer la neutralité de l'enseignement et donc des

⁶⁵ C.E., arrêts précités du 14 octobre 2014, n° 228.748, 58 ; n° 228.752, 36, 37.2.

⁶⁶ Article 3, alinéa 4, du décret du 31 mars 1994 ; article 5, 3°, du décret du 17 décembre 2003. Les travaux préparatoires précisent : « 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 » (Commentaire de l'article 4 de la proposition devenue le décret du 31 mars 1994, *Doc. C.C.F.*, n° 143/1 (1993-1994), p. 6-7).

⁶⁷ C.E., arrêts précités du 14 octobre 2014, n° 228.748, 60.5 ; n° 228.752, 38.5. Voy. NINANE (G.), RINGELHEIM (J.), « La neutralité de l'enseignement officiel », in *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, *op. cit.*, p. 239.

⁶⁸ C.E. (assemblée générale), arrêt au fond n° 223.042 du 27 mars 2013, X. c. la ville de Charleroi, VI.2.6.

enseignants ? Assurément, aux yeux du Conseil d'État. Dans son arrêt carolorégien, il observe que « le fait de porter un de ces signes en permanence constitue une manifestation ostensible d'une appartenance religieuse. Il expose constamment les élèves à cette conviction religieuse. Il ressort cependant des dispositions des décrets (« neutralité »), que les enseignants, le cas des professeurs de religion et de morale mis à part, doivent adopter, devant leurs élèves, une attitude réservée de manière générale et s'abstenir de révéler, de quelque manière que ce soit, leurs convictions personnelles ou de témoigner de celles-ci. L'autorité peut, au vu de ces dispositions décrétales, en déduire que le port de signes convictionnels par des professeurs de cours généraux n'est pas conciliable avec cette obligation d'abstention »⁶⁹.

16. S'agissant de la poursuite du deuxième objectif, l'égalité entre la femme et l'homme, si de nombreux signes religieux, n'étant portés que par l'homme ou que par la femme, peuvent être interrogés du point de vue de l'égalité des sexes, d'autres signes convictionnels sont totalement asexués, si bien que l'on n'aperçoit pas en quoi ils pourraient compromettre l'égalité des hommes et des femmes⁷⁰. Par rapport à de tels signes, l'interdiction en vue de garantir l'égalité des sexes n'est manifestement pas adéquate.

Il a fallu longtemps pour que le juge prenne la pleine mesure des contraintes que l'exigence de neutralité du service public fait peser sur lui lorsqu'il aborde le phénomène religieux⁷¹.

Le juge a d'abord dû s'abstenir de décider du contenu du dogme et du caractère obligatoire ou non des rites du point de vue de la religion. Comme le relevait déjà la Cour d'appel de Liège

⁶⁹ C.E., arrêt n° 223.042, VI.2.7. À propos de la validité de cette interprétation des décrets « neutralité », voy. ci-après, n° 16.

⁷⁰ Voy. DELGRANGE (X.), « Mixité sociale, mixité religieuse [...] », *op. cit.*, p. 554.

⁷¹ Voy. à cet égard l'article décisif de Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « La neutralité des services publics : outil d'égalité ou loi à part entière ? Réflexions inabouties en marge d'une récente proposition de loi », in *Le service public*, sous la direction de DUMONT (H.) *et al.*, Bruges, La Charte, 2009, tome 2 (*les « lois » du service public*), p. 231-298, sp. p. 250-256 ; du même auteur, « Les transformations du concept de neutralité de l'État. Quelques réflexions provocatrices », in *Le droit et la diversité culturelle*, *op. cit.*, p. 75-120, sp. 112-116.

dans un arrêt du 23 février 1995, « il est certain qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire ou aux autorités étatiques de définir le contenu d'une religion ou d'interpréter les commandements ou recommandations qu'elle impose à ses adeptes »⁷².

Le juge a ensuite dû renoncer à la prétention d'imposer une signification au rite ou à la pratique religieuse. Ce n'est que récemment que la Cour européenne a abandonné sa jurisprudence *Dahlab* condamnant le foulard au motif qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui « est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes », ajoutant qu'il paraît « 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 »⁷³. Pareille vision paternaliste contredit l'objectif d'égalité des sexes qu'elle prétend promouvoir⁷⁴. Dans son arrêt *S.A.S* du 1^{er} juillet 2014, qui a renoncé à condamner la France pour sa loi « anti-burqa » mais sur l'air de « c'est bon pour une fois »⁷⁵, la Cour européenne répond désormais⁷⁶ à ceux qui

⁷² Voy. DELGRANGE (X.), « La démocratie voilée », *op. cit.*, p. 370-372. Plus récemment, voy. l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 11 décembre 2015, *Commune scolaire de Sankt-Margrethen c. A et B.D. et Département de la formation du canton de Saint-Gall*, *Journal des Tribunaux* (Suisse), I (2016), p. 67-90, sp. points 5 et 7.

⁷³ Cour eur. D.H., *Dahlab c. Suisse* (déc.), 15 février 2001. Ce raisonnement était encore rappelé dans l'arrêt de Grande chambre 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, § 111. Il était critiqué par la juge Françoise Tulkens dans ses opinions dissidentes à ces deux arrêts. Voy. également BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 60 (2004), p. 961-962. La Cour constitutionnelle adoptait encore ce raisonnement dans son arrêt relatif à la loi « anti-burqa » (arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.23). Voy. DELGRANGE (X.), EL BERHOUMI (M.), « Pour vivre ensemble [...] », *op. cit.*, p. 650-651.

⁷⁴ En ce sens, LIEVENS (J.), VRIELINK (J.), « "Symbolenstrijd" [...] », *op. cit.*, p. 8.

⁷⁵ En ce sens, GONZALES (G.), « Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique ? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 101 (2015), p. 228.

⁷⁶ Sur ce revirement de jurisprudence, voy. GONZALES (G.), *ibidem*, p. 224 ; BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), DAMAMME (J.), « Droit de l'égalité et de la non-discrimination / Equality and Non-Discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2 (2015), p. 223-243, sp. p. 241 ; PASTRE-BELDA (B.), « La femme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 110 (2017), p. 265-294, sp. p. 287-289.

entendent faire « valoir que le port du voile intégral par certaines femmes choque la majorité de la population française parce qu'il heurte le principe d'égalité des sexes tel qu'il est généralement admis en France » que « le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour est consciente de ce que le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent. Elle souligne toutefois que, dans sa différence, il est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit »⁷⁷.

Bien évidemment, ce raisonnement ne peut être appliqué à une femme qui serait contrainte ou à une élève qui serait trop jeune pour faire valoir son discernement. Mais dans ce cas, l'on quitte l'objectif de l'égalité des sexes pour embrasser celui de la protection des droits d'autrui.

La vision du voile comme symbole de soumission de la femme à l'homme est donc très contestable⁷⁸ et contestée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, par une décision du 27 janvier 2015, a jugé inconstitutionnelles les lois de *länder* interdisant le port du voile, notamment pour la raison que, visant les femmes en tant que telles, elle méconnaît non seulement leur liberté professionnelle mais également l'égalité des sexes : « dans l'esprit de la décision, loin d'émanciper la femme, l'interdiction du port du voile contribue à l'exclure de l'espace public. Selon les termes de la décision, le fait que, de cette façon, ce soient avant tout des femmes musulmanes qui, concrètement, se trouvent exclues d'activités professionnelles, qualifiées, de pédagogues, apparaît en contradiction avec l'égal traitement des femmes. L'interdiction du voile tend en effet de facto, en l'espèce, à

⁷⁷ Cour eur. D.H. (Grande chambre), arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014, § 119 et 120. Voy. ROLLAND (P.), « L'arrêt *S.A.S. c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit des religions*, 2 (2016), p. 47-60.

⁷⁸ Voy. à cet égard VRIELINK (J.), « Symptomatic symbolism : banning the face veil "as a symbol" », in *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, edited by BREMS (E.), Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 184-193.

cantonner les femmes musulmanes aux fonctions subalternes, voire à les exclure du monde du travail »⁷⁹.

L'interdiction du port de signes convictionnels n'est donc pas une mesure adéquate à la poursuite de l'objectif de garantir l'égalité des sexes.

17. Dans certaines circonstances, il n'est pas exclu que l'interdiction des signes convictionnels puisse contribuer à prévenir le prosélytisme dont seraient victimes des élèves de la part des enseignants ou de condisciples⁸⁰. Certains considèrent même, dans la logique de l'arrêt *Dahlab*, que la lutte contre le prosélytisme doit être d'autant plus grande que l'âge des élèves est bas. Ainsi, se fondant notamment sur le droit pénal en matière de majorité sexuelle, les Assises de l'Interculturalité situent l'âge de la maturité vers 15 ans et suggèrent donc d'interdire aux élèves le port du voile jusqu'à la fin des trois premières années de l'enseignement secondaire pour préconiser une liberté généralisée jusqu'à la fin de l'obligation scolaire⁸¹. Il faudrait toutefois justifier l'interdiction pour les élèves de moins de quinze ans au regard du respect des convictions des parents, au cas où ces derniers imposeraient le port du voile à leur progéniture. Le droit international des droits de l'homme postule en effet que l'État organise un enseignement en veillant au respect des convictions des parents (voy. ci-après, n° 31).

⁷⁹ H. RABAULT, « Le droit des enseignantes à arborer le foulard (décision de la première chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 27 janvier 2015) », *Revue française de droit constitutionnel*, n°103/3 (2015), p. 735-744, sp. p. 739. Voy. également GAILLET (A.), « Port du voile par les enseignantes des écoles publiques : retour à Karlsruhe. Étude sur la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 27 janvier 2015 », en ligne, <http://publications.ut-capitole.fr/19059/>, consulté le 30 avril 2018. Dans le même sens, Tribunal fédéral suisse, arrêt du 11 décembre 2015, *op. cit.*, points 8.2.3. et 9.6.

⁸⁰ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Communication n° 1852/2008 du 1^{er} novembre 2012, *Bikramjit Singh c. France*, en ligne, <http://ccprcentre.org/wp-content/uploads/2013/02/1852-2008-Singh-v.-France-fr.pdf>, consulté le 30 avril 2018. Voy. BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga Singh », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 98 (2014), p. 495-513.; C.E., arrêts précités du 14 octobre 2014, n° 228.748, 59.2 ; n° 228.752, 37.2.

⁸¹ *Rapport final des Assises de l'Interculturalité*, 2010, p. 46-47, en ligne, www.cba.be/resourceldocsstock/services_aux_asbl/Assise_de_linterculturalite.pdf, consulté le 30 avril 2018.

18. Quant à l'objectif d'éduquer à la pluralité des valeurs, identifié dans l'arrêt carolorégien du Conseil d'État, il n'est plus mentionné dans la suite de l'arrêt, lorsqu'est interrogée la proportionnalité de la mesure. Il est vrai qu'il est malaisé d'exposer en quoi prévenir la vision de signes convictionnels aiderait les élèves à découvrir le pluralisme. Le *Rapport final des Assises de l'Interculturalité* relève ainsi que l'interdiction du port du foulard contrarie l'objectif de diversifier le personnel enseignant puisqu'il participe « dans les faits, à écarter de nombreuses jeunes musulmanes de la carrière de professeur »⁸².

C'est justement parce qu'elle méconnaît le pluralisme que l'interdiction du port du voile préoccupe le Comité des droits de l'enfant, l'organe onusien chargé de la surveillance du respect de la Convention relative aux droits de l'enfant : « cela n'aide pas l'enfant à comprendre le droit à la liberté de religion et à adopter une attitude de tolérance, conformément aux buts de l'éducation énoncés à l'article 29 de la Convention »⁸³.

Dans la ligne de ces observations onusiennes, la Cour constitutionnelle allemande a estimé que le pluralisme requiert la libre expression des croyances par les enseignantes. Hugues Rabault synthétise ainsi la position de la Cour dans son arrêt du 27 janvier 2015 : « le port d'un vêtement connoté religieusement ne porte pas atteinte à la liberté négative de croyance et de confession des élèves, tant que le personnel enseignant ne se prononce pas verbalement en faveur de positions ou de croyances et ne manifeste pas, en somme, de prosélytisme. Le juge relève que les manifestations religieuses à l'école sont contrebalancées par le pluralisme parmi les enseignants. Dans cette mesure, conclut la Cour, l'école publique ouverte au plan confessionnel reflète la société pluraliste au plan religieux. En effet, si les musulmans font partie à part entière de la société, n'est-il pas normal que les élèves

⁸² *Ibidem*, p. 33.

⁸³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, « Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales : Allemagne », 26 février 2004, en ligne, www2.ohchr.org, consulté le 30 avril 2018.

se trouvent face à des enseignants exprimant extérieurement leur appartenance à ce culte ? »⁸⁴.

C. L'interdiction du voile en milieu scolaire, une nécessité ?

19. Dans son arrêt *Achbita*, la Cour de justice, ayant admis le caractère légitime du but poursuivi⁸⁵ et, sous réserve, son caractère approprié (voy. ci-avant, n° 15), doit encore s'assurer que « cette interdiction se limite au strict nécessaire »⁸⁶. En l'espèce, il convient « de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire », il aurait été possible de proposer « un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »⁸⁷. Et de conclure qu'il incombe au juge « de tenir compte des intérêts en présence et de limiter les restrictions aux libertés en cause au strict nécessaire »⁸⁸.

On le voit, la Cour de justice exige, en principe du moins, que la recherche de la voie la moins dommageable soit effective et se fasse concrètement⁸⁹.

20. Les juridictions rechignent toutefois encore trop souvent à exercer un véritable contrôle de la nécessité.

Ainsi, dans l'affaire carolorégienne, le Conseil d'État s'est-il contenté d'affirmer que « la neutralité dans l'enseignement telle que consacrée par l'article 24 de la Constitution peut ainsi conduire une communauté à privilégier l'absence de toute manifestation

⁸⁴ RABAULT (H.), *op. cit.*, p. 740.

⁸⁵ À savoir en l'espèce, « la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse » (considérant 37). Il participe en effet de la liberté d'entreprise reconnue à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux. Ce but est légitime « notamment lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur » (considérant 38).

⁸⁶ Considérant 42.

⁸⁷ Considérant 43.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ L'arrêt paraît faire une application stricte de l'exigence de nécessité, si on le compare à la jurisprudence du Conseil d'État. Il se place toutefois dans la fourchette basse de la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière (en ce sens, BUSSCHAERT (G.), DE SOMER (S.), *op. cit.*, p. 281-282).

extérieure de signes religieux, politiques ou philosophiques dans le chef de ses professeurs en tant que fonctionnaires afin d'éviter toute suspicion de pression ou d'influence quelconque sur les élèves vis-à-vis desquels ils exercent leur autorité. Dans cette mesure, l'ingérence dans la liberté de religion des professeurs répond à la nécessité d'assurer aux élèves un enseignement le plus objectif qui soit en laissant à chacun le soin de se forger sa propre opinion. À l'inverse de ce que soutient la requérante, la partie adverse a pu légalement juger que la mesure litigieuse est nécessaire dans une société démocratique »⁹⁰.

De même, pour valider la loi française de 2004, la Cour européenne a dû renoncer à effectuer un contrôle de proportionnalité, se retranchant derrière la marge d'appréciation dont jouit l'État français : « Lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement ». Elle se contente alors de valider la légitimité du but poursuivi, sans s'interroger sur la nécessité de la mesure : « La Cour rappelle aussi que l'État peut limiter la liberté de manifester une religion, par exemple le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique [...]. Elle constate en effet que l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention »⁹¹.

21. Lorsque le juge suit rigoureusement les différentes étapes du contrôle de proportionnalité et notamment lorsqu'il recherche effectivement si l'autorité s'est bien engagée dans la voie la moins

⁹⁰ C.E., arrêt n° 223.042, VI.2.7.

⁹¹ Cour eur. D.H., décisions du 30 juin 2009, affaires *Bayrak c. France*, *Gamaleddyn c. France*, *Ghazal c. France*, *Aktas c. France*, *Jasvir Singh c. France* et *Ranjit Singh c. France*.

dommageable, il devient particulièrement malaisé de justifier une interdiction générale de porter des signes convictionnels.

Les prohiber en vue de garantir l'égalité des sexes conduit à une impasse. Si l'on n'interdit le voile qu'au motif qu'il déprécie la femme, l'on établit une discrimination directe incompatible avec le droit de l'Union et avec la Convention européenne des droits de l'homme (voy. ci-avant, n° 9). Si l'on étend l'interdiction à l'ensemble des signes convictionnels, la mesure n'est pas nécessaire puisqu'elle frappe des porteurs de signes qui ne compromettent en rien l'égalité entre la femme et l'homme (voy. ci-avant, n° 16). Les juridictions confrontées à la burqa ont ainsi renoncé à mettre cet objectif en avant pour lui préférer le plus évanescent « vivre-ensemble »⁹².

Seules l'interdiction faite aux enseignants de porter des signes convictionnels en vue de garantir la neutralité de l'enseignement officiel et la même interdiction faite aux enseignants comme aux élèves en vue de préserver les droits et libertés d'autrui, notamment en prévenant le prosélytisme, ont résisté au test de l'adéquation.

Ces deux restrictions à la liberté religieuse doivent encore subir l'épreuve de la nécessité.

22. Afin de déterminer si l'interdiction est nécessaire à la préservation de la neutralité, il faut identifier ce que requiert cette neutralité dans le chef des enseignants.

La Commission du dialogue interculturel rappelait déjà en 2005 qu'il convient de distinguer deux conceptions de la neutralité, inclusive et exclusive⁹³. En vertu de la première, aussi appelée

⁹² Voy. not. DELGRANGE (X.), EL BERHOUMI (M.), « Pour vivre ensemble [...] », *op. cit.*, p. 638-645 ; GONZALES (G.), *op. cit.*, p. 224-225 ; BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), DAMAMME (J.), *op. cit.*, p. 242-243 ; KOUSSENS (D.), *op. cit.*, p. 194-204.

⁹³ *Rapport final de la Commission du dialogue interculturel*, 2005, p. 54-56 et 115-119, en ligne, www.unia.be, consulté le 30 avril 2018. Voy. Delgrange (X.), « Mixité sociale, mixité religieuse [...] », *op. cit.*, p. 533-534 ; VAN DROOGHENBROECK (S.), « Les transformations du concept de neutralité de l'État [...] », *op. cit.*, p. 76-79 ; DE COOREBYTER (V.), « La neutralité n'est pas neutre », in *Neutralité et faits religieux. Quelles interactions dans les services publics ?*, sous la coordination de CABIAUX (D.) *et al.*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2014, p. 19-43.

neutralité d'action, il est simplement imposé au prestataire du service public de traiter de façon égale et non discriminatoire les usagers du service public. En vertu de la seconde, encore appelée neutralité d'apparence, l'agent ne doit pas seulement être neutre mais en avoir l'apparence, notamment en s'abstenant de toute expression convictionnelle.

Le Conseil d'État a été confronté à ces deux versions de la neutralité lors de l'examen d'une proposition de décret interdisant le port de signes convictionnels par le personnel dans l'enseignement officiel (voir ci-avant, n° 6). Ceux-ci entendaient promouvoir un modèle de société fondé sur l'interculturalisme qu'ils opposent au multiculturalisme. Sans s'en expliquer davantage, ils considèrent que c'est « en raison de ce choix » qu'il convient de prononcer cette interdiction⁹⁴.

Le Conseil d'État a considéré que la conception de la société et de la neutralité défendue par la proposition était admissible mais que « d'autres approches, mettant par exemple davantage l'accent sur la diversité des conceptions en présence, pouvait également se concevoir ». Puisque plusieurs chemins mènent à l'objectif assigné, il y a place pour la recherche de la voie la moins dommageable. Or, les développements de la proposition restent en défaut de procéder à cette démarche. Aussi le Conseil d'État considère-t-il que les travaux parlementaires « gagneront à faire apparaître la nécessité » de renforcer les décrets « neutralité »⁹⁵.

À cet égard, dans l'organisation du cours de philosophie et de citoyenneté, le législateur décretal de 2015 a manifestement consacré la neutralité inclusive. En effet, désormais, un professeur de religion ou de morale laïque, qui dispense à cette occasion un enseignement engagé affichant ses convictions, peut également être titulaire du nouveau cours qui est neutre, pour autant que ce ne soit pas devant les mêmes élèves⁹⁶.

⁹⁴ Doc. parl., *P.C.F.*, n° 84/1 (2009-2010), p. 3.

⁹⁵ Avis 48.022/AG du 20 avril 2010, *Doc. P.C.F.*, n° 84/2 (2009-2010), p. 34-37.

⁹⁶ Voy. DELGRANGE (X.), « La Belgique francophone accouche douloureusement d'un cours de philosophie et de citoyenneté non désiré par tous », à paraître dans la *Revue du droit des religions*.

Dans l'affaire carolorégienne de 2013, le Conseil d'État, section du contentieux, a considéré que les décrets « neutralité » avaient opté pour la neutralité exclusive : ils interdiraient aux enseignants de révéler « de quelque manière que ce soit, leurs convictions personnelles ou de témoigner de celles-ci »⁹⁷. L'arrêt s'inscrit ainsi dans cette « tendance lourde »⁹⁸ en faveur d'une neutralité « visible » ou « apparente »⁹⁹. Adoptant cette position, il ferme la porte à toute appréciation de la nécessité de l'interdiction¹⁰⁰.

Une autre vision de la neutralité, faite de pluralisme, est défendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans son arrêt du 27 janvier 2015 qui estime inconstitutionnelle l'interdiction faite aux enseignantes des écoles officielles de porter le voile : « la simple visibilité d'une appartenance religieuse, ou d'une appartenance en termes de vision du monde, de personnels singuliers, n'est pas exclue par la neutralité de l'État. Il convient donc de distinguer entre l'État et ses agents »¹⁰¹.

À défaut de démontrer que la neutralité exclusive est nécessaire, l'autorité n'emprunte pas la voie la moins

⁹⁷ C.E., arrêt n° 223.042 du 27 mars 2013, VI.2.7. Sur les contradictions que contient cet arrêt relativement la portée des décrets, voy. EL BERHOUMI (M.), « Foulard à l'école : Le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne », *op. cit.*, p. 403-404.

⁹⁸ VAN DROOGHENBROECK (S.), « Les transformations du concept de neutralité de l'État [...] », *op. cit.*, p. 84.

⁹⁹ KOUSSENS (D.), L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours, *op. cit.*, p. 135-146.

¹⁰⁰ À propos de l'arrêt de suspension n° 210.000, voy. RINGELHEIM (J.), « Le Conseil d'État et l'interdiction du port du voile par les enseignants : paradoxale neutralité », *Administration publique – trimestriel*, 2 (2012), p. 375-378. À propos de l'arrêt au fond n° 223.042, voy. EL BERHOUMI (M.), *op. cit.*, p. 403-404. À l'inverse, le tribunal du travail de Bruxelles a censuré le règlement de travail d'une entreprise publique prohibant le port de signes convictionnels en constatant que cette entreprise ne démontrait pas qu'il lui était nécessaire d'adopter la neutralité exclusive alors que l'ordonnance de la Région bruxelloise du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, n'a pas explicitement imposé cette mesure (ordonnance du 16 novembre 2015, n° 98, en ligne, <http://unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence/tribunal-du-travail-bruxelles-16-novembre-2015>, consulté le 30 avril 2018).

¹⁰¹ RABAULT (H.), *op. cit.*, p. 740 ; TOSCHER-ANGOT (S.), « Berlin à l'épreuve de la sécularisation et de l'islam », *Allemagne d'aujourd'hui*, n° 221/3 (2017), p. 107-117 ; VALENTIN (V.), « Laïcité et neutralité », *Actualité juridique. Droit administratif*, 24 (2017), p. 1388-1394, sp. p. 1391-1392.

dommageable vers la garantie de la neutralité lorsqu'elle interdit aux enseignants d'arborer des signes convictionnels. Comme le rappelle Sébastien Van Drooghenbroeck, afin de s'assurer que l'interdiction repose bien sur un « besoin social impérieux », cette démonstration doit être contextualisée et concrète et ne peut se contenter d'un satisfecit purement abstrait comme celui formulé par le Conseil d'État ou la Cour européenne dans les affaires citées plus haut¹⁰².

23. Le second objectif ayant permis de passer avec succès le test de l'adéquation est la lutte contre le prosélytisme. Celle-ci requiert-elle une interdiction généralisée de porter des signes convictionnels ?

Ni le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ni le Conseil d'État lorsqu'il pratique le contrôle de proportionnalité¹⁰³, ni les cours constitutionnelles allemande et suisse, n'admettent que, ce faisant, l'autorité emprunte la voie la moins dommageable. Pour arriver à cette conclusion, ces instances ont pris en considération les conséquences concrètes de la loi et la réalité du risque que les requérants faisaient courir à l'ordre public ou aux droits d'autrui.

Le Comité des droits de l'homme a dénoncé la disproportion de la loi française de 2004 : « l'État partie a appliqué cette sanction préjudiciable à l'auteur, non parce que sa conduite personnelle créait un risque concret, mais simplement parce qu'il a été considéré comme appartenant à une large catégorie de personnes définies par leur conduite motivée par des raisons religieuses [...]. À cet égard, le Comité estime qu'il n'a pas été démontré que le sacrifice des droits de ces personnes était nécessaire ou proportionné aux buts visés »¹⁰⁴.

¹⁰² VAN DROOGHENBROECK (S.), « La neutralité des services publics [...] », *op. cit.*, p. 280-286. Très récemment, la Cour européenne a considéré que sanctionner un témoin pour la seule raison qu'il refusait d'ôter sa kippa devant un tribunal, même si cela méconnaissait le « *dress code* » qui interdit le port de signes religieux, alors que par ailleurs il n'adoptait pas une attitude irrespectueuse et qu'il se soumettait aux lois de l'État, n'était pas nécessaire dans une société démocratique et portait donc une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse (arrêt *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017, § 42).

¹⁰³ Voy. LIEVENS (J.), VRIELINK (J.), « De Raad van State [...] », *op. cit.*, p. 87-90.

¹⁰⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, Communication n° 1852/2008 du 1^{er} novembre 2012, *Bikramjit Singh c. France*, en ligne,

Saisi par un élève de confession sikh qui s'était vu interdire le port du turban (*patka*), le Conseil d'État a de même constaté que le règlement de l'école qu'il fréquente ne répondait pas au critère de nécessité requis : « l'école du requérant n'a pas connu d'interdiction auparavant et qu'il n'est pas non plus soutenu que cette école se trouvait ou risquait effectivement de se trouver dans une situation problématique qui suffirait en soi à justifier une restriction à la liberté de religion »¹⁰⁵.

Le Tribunal fédéral suisse a suivi un raisonnement identique, dans sa décision du 11 décembre 2015 :

« Le devoir de neutralité des autorités est inapte à justifier une interdiction générale des couvre-chefs imposée aux élèves [...]. Il n'apparaît ni souhaitable ni nécessaire, tant sous l'angle de l'égalité des sexes que de l'intégration, de subordonner la scolarisation ultérieure de l'élève à la renonciation au port d'un signe religieux. Il importe davantage de donner accès à l'enseignement scolaire aussi à une élève pratiquante, afin que celle-ci bénéficie de l'égalité des chances et de l'intégration dont la commune recourante souligne elle-même la nécessité [...]. Les mesures qui empêchent ou compromettent l'accomplissement d'un acte religieux ne peuvent être imposées que si des intérêts publics ou les droit de tiers apparaissent directement lésés ou menacés, ce qui doit être évalué au regard du contexte social actuel. »¹⁰⁶

www.ccprcentre.org, consulté le 2 mi 2018. Voy. BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), *op. cit.*, p. 495-513.

¹⁰⁵ C.E., arrêt n° 228.748 du 14 octobre 2014, *Sharanjit Singh c. Het Gemeenschapsonderwijs*. L'arrêt a été publié en néerlandais. L'extrait reproduit est tiré de la synthèse figurant sur le site du Conseil d'État, <http://www.raadvst-consetat.be/?page=news&lang=fr&newsitem=237>, consulté le 22 mai 2018. À propos de cette jurisprudence, voy. LIEVENS (J.), VRIELINK (J.), « "Symbolenstrijd" [...] », *op. cit.*, p. 4-14 ; GANTY (S.), VANDERSTRAETEN (M.), « Actualités de la lutte contre la discrimination dans les biens et les services, en ce compris l'enseignement » in *Droit de la Non-discrimination. Avancées et enjeux*, sous la coordination de BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), VAN DROOGHENBROECK (S.), Bruxelles, Bruylant 2016, p. 226-238, sp. p. 228 ; NINANE (G.), RINGELHEIM (J.), « La neutralité de l'enseignement officiel », in *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, *op. cit.*, p. 239-240. Par un raisonnement similaire, le Conseil d'État a également autorisé des élèves à porter le voile (C.E., arrêt n° 228.752 du 14 octobre 2014).

¹⁰⁶ Tribunal fédéral suisse, *op. cit.*, points 9.2., 9.6.2. et 10.1.

Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, après avoir estimé inconstitutionnelle une interdiction visant « à prévenir un danger simplement abstrait pour la paix de l'école ou la neutralité étatique » (voy. ci-avant, n° 16, 18 et 19), énonce ainsi les conditions que doit remplir la réglementation pour être validée :

« lorsque dans des écoles ou des circonscriptions scolaires déterminées, sur la base de situations conflictuelles substantielles concernant le bon comportement religieux, dans un nombre significatif de cas, le seuil est atteint, dans un ressort spécifique, d'une mise en danger concrète ou d'un trouble suffisants à la paix de l'école ou à la neutralité étatique, une obligation à valeur constitutionnelle peut exister d'empêcher l'expression religieuse par l'apparence extérieure, non seulement dans un cas isolé mais, par exemple, pour des écoles ou des circonscriptions scolaires déterminées, de façon générale pour un temps déterminé. »¹⁰⁷

24. Au bout de la logique de la recherche de la voie la moins dommageable pointe l'accommodement raisonnable¹⁰⁸, ainsi que le suggérait Françoise Tulkens dans son opinion dissidente à l'arrêt *Sessa c. Italie* : « le caractère proportionné d'une mesure suppose que, parmi plusieurs moyens permettant d'atteindre le but légitime poursuivi, les autorités choisissent celui qui est le moins attentatoire aux droits et libertés. Dans cette perspective, la recherche d'un aménagement raisonnable de la situation litigieuse peut, dans certaines circonstances, constituer un moyen moins restrictif d'atteindre l'objet poursuivi »¹⁰⁹.

Selon la Cour suprême du Canada, qui a conceptualisé et développé cette notion, l'accommodement raisonnable découle du principe d'égalité et de l'interdiction de la discrimination : « l'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance [qui] consiste à

¹⁰⁷ Rabault (H.), *op. cit.*, p. 741.

¹⁰⁸ Voy. DELGRANGE (X.), LEROUXEL (H.), « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice », in *L'accommodement raisonnable de la religion en Belgique et au Canada. Comparaison des contextes juridiques, sociaux et politiques*, sous la direction de BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 203-286, sp. p. 254-263.

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., *Francesco Sessa c. Italie* du 3 avril 2012, point 9 de l'opinion dissidente.

prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive »¹¹⁰. Cette cour est allée jusqu'à s'accommoder de ce qu'un élève sikh porte son kirpan dans l'école publique qu'il fréquentait – qui aurait pu être prohibé en tant qu'arme potentielle¹¹¹ – en rappelant que le principe de l'accommodement raisonnable s'impose à l'institution scolaire¹¹². Ce principe requiert que les intérêts en cause soient examinés *in concreto* et dûment mis en balance, l'autorisation étant individuelle et circonstanciée. Comme le rappelle David Koussens, « la Cour suprême ne généralise pas pour autant le port du kirpan et sa décision en fait jurisprudence qu'en ce que la procédure de l'accommodement devient celle que les écoles canadiennes doivent respecter pour décider si des élèves peuvent être individuellement autorisés à porter un signe religieux dans l'enceinte de l'établissement scolaire »¹¹³.

Dans son arrêt validant la loi française de 2004 (voir ci-avant, n° 20), la Cour européenne se montrait hermétique à cette démarche :

« quant aux propositions de la requérante d'enlever son foulard à l'entrée des salles de cours ou d'y substituer un bonnet ou un bandana qui n'auraient, selon elle, aucune connotation religieuse

¹¹⁰ Cour suprême du Canada, arrêt du 17 décembre 1985, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Ltd.* Voy. not. SARIS (A.), « La burqa au Québec : Entre droit et valeurs, qui élabore le droit commun ? », in *Quand la burqa passe à l'Ouest*, op. cit., p. 177-195, sp. p. 180 ; DELGRANGE (X.), LEROUXEL (H.), op. cit., p. 205-207 ; VANBELLINGEN (L.), « L'accommodement raisonnable de la religion dans le secteur public : analyse du cadre juridique belge au regard de l'expérience canadienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2 (2015), p. 221-248.

¹¹¹ La Cour d'appel d'Anvers estime toutefois qu'il s'agit d'un instrument symbolique qui ne peut être qualifié d'arme (arrêt du 14 janvier 2007, I. 1204 P 2007).

¹¹² Cour suprême du Canada, arrêt du 2 mars 2006, *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*. Voy. DELGRANGE (X.), LEROUXEL (H.), op. cit., p. 257-258. Adde LINGUELET (R.), « L'obligation d'aménagement raisonnable pour motif religieux en droit du travail et les ressources du droit du bien-être », *Journal des tribunaux du travail*, n° 1249/15 (2016), p. 231-244.

¹¹³ KOUSSENS (D.), « Le port de signes religieux dans les écoles québécoises et française. Accommodements (dé)raisonnables ou interdiction (dé)raisonnée ? », *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, volumes 10/2 et 11/1 (2007-2008), p. 115-131, sp. p. 129.

ou tout le moins ne seraient pas des signes ostensibles ayant pour effet d'exercer une pression, la Cour réitère qu'une telle appréciation relève pleinement de la marge d'appréciation de l'État. En effet, les autorités internes ont pu estimer, dans les circonstances de l'espèce, que le fait de porter un tel accessoire vestimentaire à l'intérieur de l'enceinte du lycée constituait également la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse, et que la requérante avait ainsi contrevenu à la réglementation. La Cour souscrit à cette analyse et relève qu'eu égard aux termes de la législation en vigueur, qui prévoit que la loi doit permettre de répondre à l'apparition de nouveaux signes voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi, le raisonnement adopté par les autorités internes n'est pas déraisonnable. »¹¹⁴

Ce passage de l'arrêt trouve un écho glaçant dans *Antigone voilée*, lorsque le Directeur refuse tout compromis, que ce soit face à son propre fils (troisième épisode, scène 1) ou à l'aumônier (cinquième épisode, scène 1). Comme le dénonce Gérard Gonzalez, la proposition d'accommodement de la norme demeure sans effet « eu égard à la crainte de contournement de la loi qui frôle la paranoïa : la seule issue au dialogue, qui devient en fait un monologue impératif, est de marcher tête nue et cheveux au vent ! »¹¹⁵. Cette paranoïa a conduit des directions d'écoles à sanctionner des élèves vêtues de jupes jugées trop longues pour être honnêtement françaises, pointées comme « un signe ostentatoire d'appartenance religieuse »¹¹⁶. Jean Baubérot se plaint à

¹¹⁴ Cour eur. D.H., décisions du 30 juin 2009 précitées. Voy. BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), *op. cit.*, p. 501.

¹¹⁵ GONZALEZ (G.), « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme au dialogue entre les civilisations » in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1529-1544, sp. p. 1537.

¹¹⁶ BAUBÉROT (J.), « Laïcité de la jupe : louange à toi Dame bêtise », *Mediapart*, 29 avril 2015 ; GAUDIN (P.), « L'école entre respect de la liberté des élèves et projet émancipateur », in *L'expression du religieux dans la sphère publique, comparaisons internationales. Comparaisons internationales, op. cit.*, p. 165-174, sp. p. 169 ; HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53/4 (2016), p. 9-19, sp. p. 18. Le Rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité 2015-16 a dû préciser qu'une « jupe longue ne constitue pas en soi un signe religieux » (en ligne, <http://www.ladocumentationfra>

rappeler qu'Aristide Briand s'était opposé, lors de l'adoption de la loi de 1905, à l'interdiction de la soutane dans l'espace public, notamment au motif qu'à « supposer que la loi de séparation intègre cette interdiction, on peut compter sur "l'ingéniosité combinée des prêtres et des tailleurs" pour trouver d'autres coupes ou accessoires vestimentaires propres à distinguer le clergé du reste de la population. On ne ferait que s'engager sans fin dans un jeu du chat et de la souris »¹¹⁷.

Il est toutefois permis de percevoir un frémissement dans des arrêts plus récents, tel l'arrêt *Eweida*, où la Cour semble délaisser la « logique principielle » des décisions de 2009 pour « une logique pragmatique et accommodante », pour reprendre la formule d'Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive¹¹⁸. L'évolution est particulièrement marquée dans un arrêt de 2017 où la Cour était confrontée à la demande de parents de voir leur petite fille dispensée de suivre un cours de natation mixte. Pour valider le refus des autorités scolaires, la Cour prend notamment en compte le fait que « les autorités ont offert des aménagements significatifs aux requérants, dont les filles avaient notamment la possibilité de couvrir leurs corps pendant les cours de natation en revêtant un burkini [...]. Elle note que, par ailleurs, les filles des requérants

nceise.fr/var/storage/rapports-publics/174000265.pdf, consulté le 22 mai 2018, p. 46). Voy. également VRIELINK (J.), *Ongevraagd juridisch advies voor vrijheidsstrijders en andere fanatici*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2016, p. 151.

¹¹⁷ BAUBÉROT (J.), « Les sept laïcités françaises », *Administration & Éducation*, n° 151/3 (2016), p. 13-21, sp. p. 20. Adde PRÉLOT (P.-H.), « Les signes religieux et la loi de 1905. Essai d'interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public à la lumière du droit français des activités religieuses », *Société, droit et religion*, 1 (2012), p. 25-46, sp. p. 26-28 ; BIANCO (J.-L.), « Les enjeux de la laïcité aujourd'hui », in *L'expression du religieux dans la sphère publique. Comparaisons internationales*, op. cit., p. 25-37, sp. p. 30.

¹¹⁸ BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Les droits fondamentaux, gardiens et garde-fous de la diversité religieuse en Europe », in *L'accommodement raisonnable [...]*, op. cit., p. 171-202, sp. p. 202. Dans l'arrêt *Eweida*, la Cour européenne se réfère aux pratiques d'accommodements raisonnables développées au États-Unis et au Canada (§ 48 et 49). Voy. aussi LINGUELET (R.), « L'obligation d'aménagement raisonnable pour motif religieux en droit du travail et les ressources du droit du bien-être », *Journal des tribunaux du travail*, 15 (2016), p. 231-244, sp. p. 239 ; LETTERON (R.), « Droit européen et laïcité : la diversité des modèles », *Actualité juridique. Droit administratif*, 24 (2017), p. 1368-1374, sp. p. 1371.

pouvaient se dévêtir et se doucher hors de la présence des garçons. Elle admet que ces mesures d'accompagnement étaient à même de réduire l'impact litigieux de la participation des enfants aux cours de natation mixtes sur les convictions religieuses de leurs parents »¹¹⁹.

La Cour de justice ouvre également la porte à l'accommodement raisonnable dans son arrêt *Achbita*, lorsqu'elle invite à rechercher une solution autre que le licenciement « tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire » (voir ci-avant, n° 19). Pour adopter pleinement la démarche canadienne, il faudrait encore passer de l'inexistence de « charge supplémentaire » à l'absence de « contrainte excessive », ce qui n'est pas une mince affaire¹²⁰.

D. De quel côté penche la balance des intérêts ?

25. L'interdiction générale du port de signes convictionnels, que ce soit par les enseignants ou par les élèves, n'a pas franchi l'épreuve de la nécessité. C'est donc de manière surabondante, pour la beauté d'une démarche intellectuelle menée à son terme davantage que pour convaincre ceux qui demeureraient sceptiques à ce stade du raisonnement – hypothèse improbable que l'on ne peut toutefois pas scientifiquement écarter – que l'interdiction générale sera soumise au dernier test, celui de la balance des intérêts.

Dans son arrêt carolorégien, le Conseil d'État considérait que le règlement d'ordre intérieur, frappant les enseignants, « assure la balance des droits et intérêts en présence : respect du choix des parents quant à l'enseignement et l'éducation de leurs enfants, garantie qu'aucune vérité ne soit imposée aux élèves lorsqu'ils sont sous l'autorité de professeurs de cours généraux obligatoires pour tous les élèves, accès des élèves à la pluralité des valeurs démocratiques grâce au choix d'un cours de religion (parmi

¹¹⁹ Cour eur. D.H., *Osmanoğlu et Kocaba c. Suisse* du 10 janvier 2017, § 101.

¹²⁰ Voy. à cet égard BRIBOSIA (E.), RORIVE (I.), « Affaires Achbita et Bougnaoui : entre neutralité et préjugés », *op. cit.*, p. 1035 ; BUSSCHAERT (G.), DE SOMER (S.), *op. cit.*, p. 282 ; KÉFER (F.), *op. cit.*, p. 577.

les religions reconnues) ou de morale, reconnaissance de la liberté d'expression et de religion lorsque ces cours sont dispensés »¹²¹.

La fonction première de l'école est d'assurer l'éducation et l'instruction des élèves. Analysant les textes consacrant le droit de l'enfant à l'enseignement, la Cour constitutionnelle conclut que ce droit « peut par conséquent limiter la liberté de choix des parents et la liberté des enseignants quant à l'enseignement qu'ils souhaitent dispenser à l'enfant soumis à l'obligation scolaire. La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que, lorsqu'au lieu de le conforter, les droits des parents entrent en conflit avec le droit de l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment »¹²². C'est donc à l'aune de ce droit à l'éducation que doit essentiellement s'apprécier, en définitive, la validité de l'interdiction du port de signes convictionnels par les enseignants et les élèves. Cette validité peut être interrogée au regard tant de l'accès à l'enseignement que du contenu de celui-ci. Plus généralement encore, il faudra s'interroger sur la place que le système scolaire réserve aux élèves de confession musulmane. Eric/Hémon interpelle de la sorte son Directeur/Créon de père : « qu'aurez-vous gagné quand les jeunes filles musulmanes seront à la rue ? L'école est obligatoire que je sache ? Ou alors vous allez les envoyer dans des écoles exclusivement musulmanes... » (troisième épisode, scène 1).

26. L'élève qui refuse d'ôter son voile sera exclue de l'établissement scolaire. La règle d'interdiction a également un effet en amont, celui de décourager les parents soucieux de faire observer le prescrit religieux par leur progéniture de les inscrire dans l'école officielle.

Dans ses arrêts validant la loi française de 2004, la Cour européenne ne prend toutefois nullement en compte les conséquences de l'exclusion ou de la ségrégation pour apprécier la proportionnalité de la règle d'interdiction. À ses yeux, « la sanction

¹²¹ C.E., arrêt n° 223.042, VI.2.7.

¹²² C.C., not. arrêts 107/2009 du 9 juillet 2009, B.17.2., 60/2015 du 21 mai 2015, B.14.2. Voy. DELGRANGE (X.), EL BERHOUMI (M.), VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'obligation scolaire », in *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, op. cit., p. 303-330, sp. p. 327-328.

de l'exclusion définitive d'un établissement scolaire public n'apparaît pas disproportionnée. Elle constate par ailleurs que l'intéressée avait la possibilité de poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance, dans un établissement privé ou dans sa famille [...]. Il en ressort que les convictions religieuses de la requérante ont été pleinement prises en compte face aux impératifs de la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public »¹²³.

Faut-il voir une évolution jurisprudentielle dans cet arrêt de 2017 où elle était confrontée à des parents qui, pour éviter que leur fille ne fréquente un cours de natation mixte, proposaient qu'elle apprenne à nager dans des cours privés ? La Cour objecte cette fois que « l'école occupe une place particulière dans le processus d'intégration sociale, place d'autant plus décisive s'agissant d'enfants d'origine étrangère. Elle accepte que, eu égard à l'importance de l'enseignement obligatoire pour le développement des enfants, l'octroi de dispenses pour certains cours ne se justifie que de manière très exceptionnelle ». Elle conclut : « l'intérêt des enfants à une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie selon les mœurs et les coutumes locales prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées des cours de natation mixtes »¹²⁴.

La loi d'interdiction assortie de la sanction de l'exclusion scolaire ne pousse-t-elle pas trop de parents à inscrire leurs filles dans des écoles privées où elles ne pourront plus bénéficier d'une éducation aux droits de l'homme et au « vivre-ensemble » et où elles seront entravées dans leur intégration¹²⁵ ? Telle est en tout cas l'analyse du Tribunal fédéral suisse, pour qui l'interdiction va à l'encontre des buts d'intégration de l'école et a pour effet de

¹²³ Cour eur. D.H., décisions du 30 juin 2009, précitées.

¹²⁴ Cour eur. D.H., arrêt du 10 janvier 2017, *Osmanoğlu et Kocaba c. Suisse*, § 96-97.

¹²⁵ En ce sens JACQUEMAIN (M.), « Dix arguments laïques contre l'interdiction législative du voile », in *Du bon usage de la laïcité*, sous la direction de JACQUEMAIN (M.), ROSA-ROSSO (N.), Bruxelles, Aden, 2008, p. 75-97, p. 89-90 ; MABILON-BONFILS (B.), ZOÏA (G.), *La laïcité au risque de l'autre*, Paris, éditions De l'Aube, 2014 ; MERLE (P.), « Faut-il refonder la laïcité scolaire ? », *La Vie des idées*, 17 février 2015, en ligne, <http://www.laviedesidees.fr/Faut-il-refonder-la-laicite-scolaire.html>, consulté le 2 mai 2018.

soustraire la jeune fille à l'école obligatoire¹²⁶. En outre, la constitution d'un réseau d'écoles de confession musulmane est découragée par les autorités et n'est même pas souhaitée par la communauté musulmane qui craint le repli sur soi¹²⁷. Comment alors expliquer aux jeunes musulmanes qu'elles sont les seules à ne pas pouvoir vivre leur foi dans une école organisée ou subventionnée par la Communauté française ?

27. Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme jusqu'à la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, le droit international des droits de l'homme exige que l'enseignement vise à faire des élèves des citoyens et les éduque aux droits de l'homme et à la tolérance.

De ce point de vue également, la balance des intérêts devrait conduire à la censure d'une interdiction générale et permanente du port du voile à l'école. Comment en effet éduquer les élèves à la démocratie, indissociable du débat, et aux droits de l'homme, si on ne leur permet pas de s'y exercer ? Bien évidemment, cet apprentissage doit se faire dans le respect des droits d'autrui. Il est dès lors nécessaire que des interdictions ponctuelles puissent être prononcées, en cas d'abus de droit, par exemple de pressions exercées sur des jeunes filles qui refuseraient de se voiler¹²⁸.

C'est en ce sens que François Ost voit dans la loi française de 2004 « une loi un peu désespérée comme cela se reflète dans de nombreux passages du rapport Stasi, où il serait question d'une République assiégée, où nécessité serait devoir faire loi, comme s'il était trop tard pour dialoguer. C'est ce sentiment du *trop tard* qui me choque particulièrement en matière d'éducation. Je pense qu'il n'est jamais trop tard, notamment en milieu scolaire. Il y a comme une sorte d'aveu d'impuissance, ou d'échec, de l'institution scolaire de ne pouvoir, par ses méthodes propres, qui sont des méthodes de dialogue et de persuasion, aboutir à faire respecter la liberté, ou les libertés. C'est une phrase terrible du rapport Stasi :

¹²⁶ Tribunal fédéral suisse, *op. cit.*, points 4.3. et 9.6.2.

¹²⁷ Voy. VRIELINK (J.), « Hoe ruikt segregatie eigenlijk ? », *De Standaard*, 1^{er} juin 2015.

¹²⁸ Voy. DELGRANGE (X.), « La gestion de la diversité à l'école : le "modèle" belge », *op. cit.*, p. 154.

"les jeunes sont encore fragiles. L'expression des convictions à l'école, notamment religieuses, ne va pas de soi". Je pense au contraire que, bien sûr, les jeunes sont fragiles, mais que c'est aussi le moment où se construisent les convictions. Si on ne peut pas échanger et expérimenter les libertés en milieu scolaire, où peut-on le faire ? »¹²⁹.

De même, Philippe Portier constate que « l'ordre libéral, dominant hier, était porté par la confiance dans la liberté du sujet. Le réaménagement en cours du régime de laïcité (par des lois d'interdiction) illustre l'entrée de la société contemporaine dans un néo-libéralisme qui, inversant la hiérarchie établie depuis Locke entre sécurité et autonomie, instaure le contrôle en principe même de sa rationalité politique »¹³⁰.

28. C'est l'ensemble des élèves qui pâtiraient des réglementations d'interdiction si celles-ci étaient effectivement appliquées à l'expression de toutes les convictions philosophiques, religieuses et politiques. Heureusement pour les têtes blondes et tant pis pour la stigmatisation des autres, il n'y a finalement que certains signes religieux qui sont traqués tandis que l'apprentissage du débat politique ou philosophique ainsi que l'expression des autres convictions est encouragé. A-t-on jamais entendu que les petits-déjeuners Oxfam, les campagnes Amnesty international, le respect des mots d'ordre syndicaux par les enseignants affiliés... étaient interdits ou même découragés au nom de la laïcité ou de la neutralité ?

Pourtant, comme le rappelle la Cour de justice de l'Union européenne, dans la ligne de l'arrêt *Eweida* de la Cour européenne¹³¹, encore faut-il que la politique de neutralité « soit véritablement poursuivie de manière cohérente et

¹²⁹ DE GALEMBERT (C.), « La tragédie du voile. Entretien avec François Ost », *op. cit.*, p. 255. C'est, dans *Antigone voilée*, ce que tentent de faire comprendre au Directeur son fils Eric et l'aumônier.

¹³⁰ PORTIER (P.), « La politique du voile en France : droits et valeurs dans la fabrique de la laïcité », *Revue du droit des religions*, 2 (2016), p. 61-81, sp. p. 81.

¹³¹ Cour eur. D.H., arrêt du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*. La Cour européenne constate que le code vestimentaire de la société British Airways autorise le port de vêtements qui sont « impératifs dans certaines religions » tels le turban sikh ou le voile musulman (§ 11). En interdisant le port de la croix catholique, la société a eu une attitude manquant de cohérence (§ 94-95).

systématique »¹³². En effet, si le règlement est appliqué de manière différente à l'égard de certaines personnes, par exemple plus sévèrement contre certaines pratiques religieuses, l'on retombe alors dans une discrimination directe. Il convient dès lors de s'assurer que l'institution a mené « une politique générale et indifférenciée d'interdiction du port visible des signes de convictions politiques, philosophiques ou religieuses à l'égard des membres de son personnel »¹³³. Or une telle systématisation aurait des effets délétères et inhibiteurs sur la qualité de l'enseignement, les professeurs en étant réduit à s'autocensurer dès que l'on aborde des questions politiques, philosophiques ou sociétales. C'est justement ce que voulaient éviter les décrets « neutralité » (voy. ci-avant, n° 22).

E. Conclusion du test de proportionnalité

29. Une législation d'interdiction générale et permanente ne résiste pas au test de proportionnalité, quelle que soit la raison de son adoption. Ces raisons sont essentiellement au nombre de trois : la défense de la neutralité/laïcité ; la protection de l'une des composante essentielle de ce couple que sont les droits et libertés d'autrui ; la garantie de l'égalité des sexes. Ce dernier objectif ne résiste pas longtemps à l'analyse. Le premier ne peut fonder l'atteinte à la liberté des élèves et ne peut justifier celle faite aux enseignants qu'au prix d'une définition de la neutralité/laïcité qui paralyse l'enseignement. Reste donc le souci de préserver les droits et libertés d'autrui. Il faut en effet permettre à l'école de se prémunir contre le comportement de certains qui, par leur attitude prosélyte, influenceraient de manière excessive d'autres élèves, voire porteraient atteinte à leurs droits et libertés.

L'arsenal juridique est suffisant pour sanctionner les enseignants adoptant un tel comportement, qui serait dénoncé par l'inspection scolaire et déboucherait sur une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à la révocation¹³⁴.

¹³² C.J.U.E., arrêt *Achbita*, *op. cit.*, cons. 40.

¹³³ Considérant 41.

¹³⁴ Voy. DELGRANGE (X.), « La neutralité de l'enseignement en Communauté française », *op. cit.*, p. 152.

La solution ne réside-t-elle pas en définitive dans une intervention du législateur qui, au terme d'un débat démocratique, adopterait un décret confirmant la libre expression des élèves, notamment par le port de signes convictionnels, mais qui permettrait aux établissements scolaires d'interdire temporairement ces signes, en cas de troubles avérés dans l'école considérée. Les élèves seraient ainsi éduqués à jouir de leur liberté sans toutefois en abuser. Ils découvriraient leur responsabilité dans le fonctionnement d'une société démocratique. Certes, pareil système ferait peser une lourde responsabilité sur les directions d'école, mais l'éducation n'en est-elle pas une ? En outre, croire que la loi française de 2004 décharge l'école de toute responsabilité est un leurre. Encore faut-il en effet l'interpréter – à moins de ressusciter la désuète doctrine du sens clair – et l'appliquer. Le désarroi agressif de ces directeurs confrontés à des adolescentes aux jupes trop longue l'illustre à suffisance (voy. ci-avant, n° 24).

L'on en reviendrait ainsi à la conception classique des restrictions susceptibles d'être apportées aux libertés par des mesures de police administrative, qui répugne aux interdictions générales et permanentes¹³⁵. L'on en reviendrait ainsi à l'avis du Conseil d'État de France de 1989, selon lequel la liberté des élèves est première et qu'elle ne peut être entravée que si elle perturbe les activités d'enseignement ou trouble l'ordre dans l'établissement¹³⁶. C'est ce qu'a fait le Conseil d'État belge dans ses arrêts de 2014 relatifs aux règlements scolaires d'écoles flamandes (ci-avant, n° 4, 10, 11, 12, 13). Et dans cette hypothèse, pourraient n'être interdits que les signes à l'origine des troubles¹³⁷.

¹³⁵ Voy. déjà DELGRANGE (X.), « Mixité sociale, mixité [...] », *op. cit.*, p. 558-560.

¹³⁶ Voy. notamment KOUSSENS (D.), *L'épreuve de la neutralité [...]*, *op. cit.*, p. 154-158 ; PORTIER (P.), *op. cit.*, p. 70-71.

¹³⁷ Voy. en ce sens, LIEVENS (J.), VRIELINK (J.), « De Raad van State [...] », *op. cit.*, p. 88 ; des mêmes auteurs, « "Symbolenstrijd" [...] », *op. cit.*, p. 8-9. Ces arrêts démontrent que l'intervention du législateur n'est pas indispensable, le recours aux principes généraux suffisant. Elle est néanmoins souhaitable pour permettre le débat démocratique.

Retour auprès d'Antigone-Aïcha, l'orpheline

30. Antigone symbolise l'émergence de l'affirmation individuelle, surtout féminine, dans une société holiste¹³⁸. Se drapant du voile, Aïcha assène : « pour la première fois, j'existe comme une personne » (deuxième épisode, scène 2). À l'estime de l'avocate générale Sharpston, une règle d'entreprise interdisant le port de signes convictionnels n'échapperait à la qualification de distinction directe que si elle impose « à tous ses travailleurs un code vestimentaire parfaitement neutre. Tout élément de tenue vestimentaire reflétant de quelque manière l'individualité de son porteur est ainsi absolument interdit. En vertu d'un tel code vestimentaire, tous les symboles et éléments de tenue vestimentaire religieux sont (évidemment) bannis – mais il en va de même d'un maillot de partisan du FC Barcelone ou d'une cravate indiquant que son porteur a fréquenté tel ou tel collège à Cambridge ou à Oxford »¹³⁹. L'irruption du *Dress Code* parmi les sources du droit n'est dès lors pas une bonne nouvelle pour la liberté individuelle et le pluralisme de la société. Il imposerait en effet un conformisme confinant à la dépersonnalisation, une intégration dérivant vers l'assimilation. Aïcha se révolte : « votre dignité ne m'intéressera que quand elle s'appliquera à moi aussi, malgré nos différences – au-delà de nos particularités. Pourquoi devrais-je me dépouiller de tout ce qui fait ma personnalité pour bénéficier des faveurs de votre égale dignité ? ».

31. À la réflexion, voiler l'antique Antigone pour la travestir en une Aïcha moderne est une opération encore bien plus féconde que je ne le soupçonnais à l'entame de cet article.

Aïcha est libre, en tout cas elle n'est soumise à personne de ce bas monde. Sont dès lors immédiatement écartées toutes ces hypothèses qui viennent polluer la réflexion sur l'opportunité d'interdire les signes convictionnels à l'école : il ne s'agit pas de protéger la faible jeune fille contre son entourage ; il ne s'agit pas d'envisager le voile comme le signe de la soumission à l'homme.

¹³⁸ Voy. à cet égard OST (F.), *Raconter la loi, op. cit.*, not. p. 171 et 194.

¹³⁹ Conclusions, *op. cit.*, § 110. Voy. BUSSCHAERT (G.), DE SOMER (S.), *op. cit.*, p. 279.

Plus encore, Aïcha est orpheline. On l'apprend dès le prologue de la pièce, ses parents sont décédés en exil. Ils ne peuvent donc assurer la médiation entre l'élève et le directeur de l'école. Aïcha est directement confrontée à l'autorité scolaire, sans personne pour la protéger de l'injustice ni la prémunir de ses propres excès¹⁴⁰.

32. En règle, le droit international des droits de l'homme confie l'éducation des enfants à leurs parents. C'est pourquoi lorsqu'il assume des fonctions dans le domaine de l'enseignement, l'État doit strictement respecter « le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques »¹⁴¹, ce qui fait de l'établissement scolaire un cas particulier¹⁴². Cette exigence est totalement ignorée par le juge lorsqu'il apprécie la validité de l'interdiction du port de signes convictionnels par les élèves mineurs. C'est à peine si l'on tolère que les parents introduisent des recours contre les règlements scolaires ou contre le renvoi de leur progéniture (voy. ci-avant, n° 5). Amenée à connaître d'un recours introduit par des parents d'élèves contre l'exclusion de leur enfant, la Cour européenne des droits de l'homme n'examine l'affaire qu'au regard des libertés de religion et d'expression consacrées par les articles 9 et 10 de la Convention et estime pour le surplus « qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 2 du Protocole n° 1 »¹⁴³, disposition qui requiert pourtant le respect des convictions des parents. Cependant, dans son arrêt *Lautsi* relatif à la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles italiennes, la Cour « rappelle qu'en matière d'éducation et d'enseignement, l'article 2 du Protocole n° 1 est en principe *lex specialis* par rapport à l'article 9 de la Convention. Il en va du

¹⁴⁰ Voy. BOURGAUX (C.), « Immortelle Antigone – perspective littéraire », dans le dossier joint à l'édition de poche d'*Antigone voilée*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 116-130, sp. p. 128-129.

¹⁴¹ Article 2 du Premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴² MONOT-FOULETIER (M.), « De la régulation du port de signes religieux dans les établissements et l'espace publics – L'exemple français ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 105 (2016), p. 97-118, sp. p. 104-105.

¹⁴³ Décisions du 30 juin 2009 précitée. La Cour motive d'ailleurs identiquement cette décision relative à un recours introduit par des parents et celles de la même date introduites directement par des élèves.

moins ainsi lorsque, comme en l'espèce, est en jeu l'obligation des États contractants – que pose la seconde phrase dudit article 2 – de respecter, dans le cadre des fonctions qu'ils assument dans ce domaine, le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques »¹⁴⁴.

Il faut nécessairement déduire de ces différents arrêts que, alors qu'elles sont au cœur du raisonnement quand il est question du contenu de l'enseignement ou du droit des parents de choisir l'école de leur enfant et d'en changer¹⁴⁵, les convictions parentales ne sont pas « en jeu » lorsqu'il s'agit d'apprécier l'interdiction du port du voile par une élève mineure.

33. François Ost le rappelle, « le droit ne se ramène pas à la loi ; il se manifeste tout aussi bien sous la forme de la décision d'espèce – ce qui, du même coup, soulève la question de l'articulation entre la loi, générale et abstraite, et le jugement nécessairement individuel et concret. C'est au juge, tiers impartial socialement institué, qu'est confiée la tâche de prendre en considération la singularité du *casus* sans pour autant perdre de vue le principe abstrait inscrit dans la règle »¹⁴⁶. Dans la démocratie athénienne balbutiante, la séparation des pouvoirs n'est pas encore envisagée et Créon doit assumer à la fois le rôle du législateur et celui du juge¹⁴⁷. Le directeur de l'école d'Aïcha se retrouve dans la même situation de devoir édicter la règle scolaire puis l'appliquer. Ces deux modes d'expression du droit recourent en principe à des ingrédients communs, faits de débat et d'argumentation. Mais ni le dictateur ni le directeur ne sont capables d'écoute et encore moins de dialogue. Antigone/Aïcha se montre tout autant inapte à débattre et même à se défendre. La médiation de ses parents ou d'une autre institution reconnue par le pouvoir – n'est-ce pas le rôle d'Unia ? – se fait tragiquement ressentir.

¹⁴⁴ Cour eur. D.H. (grande chambre), arrêt *Lautsi c. Italie* du 18 mars 2011, § 59.

¹⁴⁵ Voy. not. C.C., arrêt n° 119/2008 du 31 juillet 2008 ; arrêt n° 4/2011 du 13 janvier 2011. Voy. DELGRANGE (X.), EL BERHOUMI (M.), « Les droits en matière d'enseignement », *op. cit.*, p. 1211-1219 ; BELLEFLAMME (F.), VANCRAVEBECK (L.), « Le libre choix de l'école », in *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, *op. cit.*, p. 121-141.

¹⁴⁶ OST (F.), *Raconter la loi [...]*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁴⁷ OST (F.), *op. cit.*, p. 186.

Théoriquement, nos démocraties modernes, fondées sur la séparation des pouvoirs, ont dépassé cette impasse et encadré la toute puissance du directeur. La transposition du drame antique dans une école moderne souffrirait donc d'anachronisme. Il n'en est toutefois rien car dans ce procès, le juge renonce à jouer son rôle, plaçant ainsi le directeur dans la position de Créon.

34. Mais les autorités de contrôle semblent évoluer vers davantage d'exigence dans le contrôle de proportionnalité. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies n'accepte toujours pas l'interdiction générale et permanente contenue dans les lois françaises de 2004 et de 2010 qui « portent atteinte à la liberté de manifester sa religion ou sa conviction et affectent particulièrement les personnes appartenant à certaines religions et les filles ». Il estime « que les effets de ces lois sur le sentiment d'exclusion et de marginalisation de certains groupes pourraient aller à l'encontre des buts recherchés ». Il recommande dès lors à la France de réexaminer ces lois « à la lumière de ses obligations au titre du Pacte, en particulier de l'article 18 relatif à la liberté de conscience et de religion, et du principe d'égalité consacré à l'article 26 »¹⁴⁸.

Cela fait un peu désordre pour un État autoproclamé « Patrie des droits de l'homme », qui doit ainsi assumer, en faisant la sourde oreille, une méconnaissance de ses obligations internationales en se retranchant derrière le blanc seing que lui a décerné la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁹.

Celle-ci n'est-elle cependant pas justement en train d'évoluer ? Certes, dans son arrêt *Dakir c. Belgique* du 11 juillet 2017, la Cour de Strasbourg, dans la ligne de son arrêt *S.A.S. c. France*, a validé l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public, en l'occurrence un règlement communal intervenu avant la loi du 1er juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage. Elle condamne néanmoins l'État belge, estimant que la décision du

¹⁴⁸ Observations finales du 17 août 2015 concernant la France, CCPR/C/FRA/CO/5, § 22.

¹⁴⁹ GONZALES (G.), « Bonne foi et engagements internationaux de la France en matière de liberté de religion », *Revue du droit des religions*, 2 (2016), p. 171-175.

Conseil d'État déclarant irrecevable le recours introduit par une femme portant la burqa contre ce règlement, « souffre d'un formalisme excessif »¹⁵⁰. La Cour estime que « la requérante s'est vu limiter son accès au Conseil d'État à un point tel que le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions pour saisir les juridictions et d'autre part le droit d'accès au juge, a été rompu ».

Mais comment éviter un formalisme excessif, si ce n'est en abandonnant cette jurisprudence validant les interdictions générales et permanentes pour en revenir à une approche plus casuistique. N'est-ce pas en définitive l'invite adressée par Strasbourg qui pourrait ainsi se rapprocher de Genève¹⁵¹, l'autre cité de François Ost ?

¹⁵⁰ En effet, le Conseil d'État déclare d'office le recours irrecevable parce qu'il n'est dirigé que contre une disposition spécifique du règlement et non contre la disposition générale qui la précède.

¹⁵¹ L'on a en effet vu (ci-avant, n° 23) que la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies avaient développé une approche diamétralement opposée à l'égard de la loi française de 2004 (voy. à cet égard BRIBOSIA (E.), CACERES (G.), RORIVE (I.), *op. cit.*).