

Interdiction du voile dans l'enseignement supérieur : la Cour constitutionnelle, substitut d'un législateur paralysé¹

Pour la première fois, une haute juridiction belge devait se prononcer sur l'admissibilité de l'interdiction du port du voile dans l'enseignement supérieur, fréquenté par des femmes majeures. Il y avait un large consensus pour considérer que les étudiants adultes ne devaient pas faire l'objet d'une telle restriction à leur liberté d'expression religieuse. L'avis était également partagé que cette question devait être tranchée par une norme législative. Pourtant, la Cour constitutionnelle dispense le législateur communautaire d'intervenir et autorise les pouvoirs organisateurs des établissements d'enseignement officiels à prohiber les signes convictionnels dans leur règlement d'ordre intérieur.

1. Oscar Orban l'écrivait déjà en 1911 : « en matière d'enseignement public, la Constitution ne consacre les droits que de deux autorités : la liberté, la loi »². Cette option a été réaffirmée lors de la révision constitutionnelle de 1988 qui a communautarisé l'enseignement.

Alors que la Constitution de 1831 mettait l'accent sur la liberté d'organiser un enseignement, celle de 1988 renforce les droits des élèves et étudiants en énonçant que « chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et des droits fondamentaux »³. La Cour constitutionnelle combine généralement cette disposition constitutionnelle avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, pour tracer les contours du « droit à l'instruction » : « non absolu, ce droit peut être soumis à certaines limitations pour autant que celles-ci soient prévisibles et raisonnablement proportionnées au but légitime poursuivi. L'État dispose à cet égard d'une marge d'appréciation d'autant plus grande qu'est élevé le niveau d'enseignement considéré »⁴.

Le principe de légalité constitue la clef de voute de la communautarisation de l'enseignement intervenue en 1988, puisque c'est la consécration de ce principe et l'extension des compétences de la Cour constitutionnelle à l'enseignement qui a permis de vaincre les réticences de l'enseignement catholique francophone, lequel craignait la domination de la tendance laïque au sud du pays⁵.

2. Dans son arrêt 81/2020 du 4 juin 2020, pour autoriser la prohibition du port de signes convictionnels dans l'enseignement supérieur, la Cour constitutionnelle met à mal les deux principes fondamentaux du droit de l'enseignement que sont la légalité et la liberté des étudiants.

La Cour était saisie d'une question préjudicielle adressée par le tribunal de première instance de Bruxelles, dans le cadre d'un litige opposant des étudiantes à la Haute École Francisco Ferrer, dont le pouvoir organisateur est la ville de Bruxelles⁶. Depuis 1996, le règlement de la Haute École interdit « de se présenter en portant des insignes, des bi-

joux ou des vêtements qui expriment une opinion ou une appartenance politique, philosophique ou religieuse »⁷. Selon son projet pédagogique, le caractère neutre de la Haute École « rend possible le respect des convictions personnelles de chacun ». Si elle est « ouverte à tous » et désire s'enrichir de l'échange et de la confrontation des idées et de convictions différentes, elle est convaincue que cet objectif ne doit pas pour autant impliquer la liberté de porter des signes ou vêtements, en ce compris des couvre-chefs, qui expriment une opinion ou une appartenance politique, philosophique ou religieuse, dans la mesure où de tels signes convictionnels ostensibles, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, peuvent constituer ou être ressentis comme un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, peuvent porter ainsi une atteinte à la dignité ou à la liberté des étudiants ou d'autres membres de la communauté éducative, peuvent compromettre leur santé ou leur sécurité, peuvent perturber le déroulement des activités d'enseignement et le rôle des enseignants »⁸.

En 2017, des étudiantes souhaitent toutefois suivre son enseignement voilées. Elles sont soutenues par la Ligue des droits de l'homme, le Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ainsi que le Collectif contre l'islamophobie en Belgique qui interpellent la Haute École afin d'organiser une rencontre destinée à trouver une solution constructive. Faute d'accord, la voie judiciaire est empruntée. L'action est fondée sur le décret du 12 décembre 2008 de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Ce décret désigne UNIA, le Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, comme organisme autonome chargé de la lutte contre la discrimination⁹. UNIA, sur la base de sa recommandation de 2016 sur le port de signes religieux au sein de l'enseignement supérieur, où elle « plaide pour qu'aucune restriction ne soit faite à la liberté des étudiants de l'enseignement supérieur ou de promotion sociale d'exprimer leurs convictions »¹⁰, se porte partie intervenante en faveur des étudiantes.

(1) Je remercie infiniment les parties au litige devant la Cour constitutionnelle de m'avoir permis, par l'entremise de leurs avocats, M^e Alexis Deswaef pour les étudiantes requérantes, M^e Marc Uyttendaele pour la ville de Bruxelles, partie défenderesse, et M^e Véronique van der Plancke pour UNIA, partie intervenante, de prendre connaissance de leurs conclusions et d'en faire état dans ce commentaire. Mes chaleureux remerciements vont également à Sébastien Van Drooghenbroeck, professeur à l'Université Saint-Louis - Bruxelles, pour ses judicieux commentaires et suggestions.

(2) O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, *Libertés constitutionnelles et principes de législation*, Liège-Paris, Dessain-Giard

& Brière, 1911, p. 520.

(3) Article 24, § 3, alinéa 1^{er}, première phrase, de la Constitution. Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. II, pp. 1175-1294, spécialement pp. 1192-1195 ; X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Article 14. Droit à l'éducation », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 345-368, spécialement

pp. 350-353.

(4) C. const., 6 juillet 2017, n° 85/2017, B.6.1. à B.6.3. ; 30 novembre 2017, n° 142/2017, B.8.2. à B.8.4.

(5) Voy. notamment X. DELGRANGE et C. NIKIS, « 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 », A.P.T., 2000/3, pp. 203-235, spécialement pp. 207-209 ; J. LIEVENS, *De vrijheid van onderwijs*, Intersentia, 2019, pp. 129-132.

(6) Trib. Bruxelles, 9 mai 2018, consultable sur le site d'UNIA (www.UNIA.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence/tribunal-de-premiere-instance-de-bruxelles-9-mai-2018).

(7) Dans ses mémoires, la Haute École

Francisco Ferrer insiste sur le fait que ce règlement « se fonde sur une conception propre et originale de la neutralité qui a traversé le temps et qui s'est appliquée quelle que soit la composition et l'évolution sociologique de son corps étudiant. Autrement dit, on trouve là la preuve que ce projet a une vocation universelle et n'est en rien dirigé (...) contre les adeptes d'une religion en particulier ».

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

(9) Article 37, § 2, du décret.

(10) www.UNIA.be/files/Documents/Aanbevelingen-advies/2016_-_Recommandation_-_port_de_signes_religieux.pdf.

À la demande de la ville de Bruxelles, le tribunal invite la Cour constitutionnelle à se prononcer sur la validité du décret de la Communauté française du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté, interprété comme permettant aux pouvoirs organisateurs des établissements d'enseignement soumis à ce décret — à savoir essentiellement les établissements officiels — « de prévoir dans le règlement intérieur d'un établissement scolaire une interdiction totale faite aux élèves, fussent-ils majeurs, de porter des insignes, des bijoux ou des vêtements qui reflètent une opinion ou une appartenance politique, philosophique ou religieuse ainsi que tout couvre-chef, notamment ceux reflétant une telle opinion ou une telle appartenance, et ce afin de créer un environnement éducatif totalement neutre ».

Cette validité devait essentiellement s'apprécier au regard du principe de légalité en matière d'enseignement contenu dans l'article 24, § 5, de la Constitution (1) et du principe de la neutralité de l'enseignement officiel, consacré par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution, confronté aux droits de l'élève et de l'étudiant à l'enseignement, à l'égalité et à la liberté de religion, consacrés par les articles 19 et 24, §§ 3 et 4, de la Constitution (2).

1 Du principe de légalité à la liberté des pouvoirs publics et à l'égalité des réseaux dans la concurrence

3. La Cour constitutionnelle a déjà été confrontée à un règlement scolaire interdisant le port de signes convictionnels aux élèves¹¹. Il s'agissait de la décision du Conseil de l'enseignement de la Communauté flamande («GO !», pour *Gemeenschappelijk Onderwijs*), l'organe autonome qui chapeaute les établissements d'enseignement de la Communauté flamande, prise le 11 septembre 2009, d'interdire aux élèves et au personnel enseignant de porter des signes philosophiques. Le décret spécial du 14 juillet 1998 relatif à l'enseignement communautaire, charge «GO !» de rédiger la déclaration de neutralité de l'enseignement communautaire et de définir le projet pédagogique propre à cet enseignement. Peut-on l'interpréter comme permettant à «GO !» de prononcer également une interdiction générale et de principe de port de signes religieux et philosophiques adressée aux élèves, sans méconnaître le principe de légalité consacré par l'article 24, § 5, de la Constitution ? Telle était la question adressée à la Cour constitutionnelle par le Conseil d'État.

Dans son arrêt 40/2011 du 15 mars 2011, la Cour constitutionnelle répond à la question relative au principe de légalité en rappelant la volonté du Constituant de 1988 « de réserver au législateur compétent le soin d'adopter une réglementation pour les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement, mais il n'interdit pas que des missions soient confiées à d'autres autorités à certaines conditions. Cette disposition constitutionnelle exige que les délégations conférées par le législateur décréteil ne portent que sur la mise en œuvre des principes qu'il a fixés. Le Gouvernement de communauté ou une autre autorité publique ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ni affiner des choix politiques insuffisamment détaillés » (B.6.3.). L'on pouvait en déduire que, puisque le législateur ne s'est pas prononcé, «Go !», autorité publique, ne pouvait se substituer à lui.

4. La Cour n'aboutit toutefois pas à cette conclusion. Elle procède au contraire à un virage à 180°, abandonnant le principe de légalité pour investiguer la liberté d'enseignement, consacrée par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution. Celui-ci assure évidemment « le droit d'organiser des écoles fondées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée » (B.7.2.). En outre, afin de garantir le libre choix des parents, « la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves » et « subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée » (B.7.3.).

Sans transition ni justification, la Cour range alors la communauté parmi les bénéficiaires de la liberté d'enseignement, tout en concédant que celle-ci « ne dispose pas de la même liberté que les autres pouvoirs organisateurs », puisqu'elle est tenue d'organiser un enseignement, que celui-ci doit être neutre et doit offrir le choix entre « l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle » (B.8.). Implicitement, la Cour convoque le principe d'égalité entre les réseaux d'enseignement qui, conformément au §4 de l'article 24, prend en compte « les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur ».

5. Pour asseoir le pouvoir de «GO !» de prononcer l'interdiction générale du port de signes convictionnels sans encadrement législatif, la Cour mobilise alors la notion de neutralité, à la fois contrainte et adjuvant de la liberté d'enseignement reconnue à la Communauté.

La Cour constate, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle, que la neutralité « entraîne, pour l'autorité compétente, non seulement une obligation d'abstention — dans le sens d'une interdiction de discriminer, de favoriser ou d'imposer des convictions philosophiques, idéologiques ou religieuses — mais aussi, dans certaines circonstances, une obligation positive, découlant de la liberté de choix des parents garantie par la Constitution, d'organiser l'enseignement communautaire de telle manière que "[la] reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes" ne soient pas compromises » (B.9.6.).

Reste à déterminer l'autorité compétente et notamment décider si l'organe autonome institué par décret spécial en vertu de l'article 24, § 2, de la Constitution¹², peut être celle-là. Après avoir rappelé que le décret spécial peut conférer « une large autonomie » (B.10.3.), la Cour revient à l'égalité entre les réseaux : «Le Constituant a, par les "compétences en tant que pouvoir organisateur", essentiellement visé les compétences dont disposent également les autres pouvoirs organisateurs de l'enseignement » (B.11.1). Or, « la liberté d'enseignement implique la possibilité pour les pouvoirs organisateurs de créer des écoles qui trouvent leur spécificité dans certaines conceptions pédagogiques ou éducatives. L'établissement du projet pédagogique d'une école relève donc en principe de la compétence du pouvoir organisateur de cette école » (B.11.2.). La compétence d'établir le projet pédagogique peut donc être attribuée à l'organe autonome. Or, « le Constituant a considéré que la concrétisation de la portée évolutive du principe de neutralité était une compétence étroitement liée à l'établissement du projet pédagogique de l'enseignement communautaire » (B.13.1.)¹³. «Go !» peut donc adopter un règlement interdisant de manière générale le port de signes convictionnels.

6. Le raisonnement de la Cour repose sur une prémisse viciée : contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, l'État et les communautés ne jouissent pas des libertés reconnues aux citoyens¹⁴. La Cour l'avait elle-même

(11) Voy. notamment M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit belge face à la diversité culturelle. Quel modèle de gestion de la pluralité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 569-620, spécialement pp. 599-616 ; J. SAUTOIS et M. UYTENDAELE, « Les récents apports du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle en matière de neutralité à l'école », in M.-C. FOBLETS et J.-P. SCHREIBER (dir.), *Regards croisés sur les assises de l'interculturalité/De Rondetafels van de Interculturaliteit/The Round Tables on Interculturalism*, Bruxelles, Lar-

cier, 2013, p. 247-269, spécialement pp. 256-265.

(12) L'article 24, § 2, de la Constitution, dispose : « Si une communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par un décret adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés ».

(13) La Cour devait encore franchir un obstacle que l'on ne retrouve pas dans le dossier francophone : « les organes autonomes à créer par application de l'article 24, § 2, de la Constitution n'ont pas de "pouvoir normatif" » (B.17.1.). Elle le surmonte

par un argument ubuesque : l'interdiction générale et de principe de porter des signes religieux et philosophiques visibles, applicable aux élèves, n'a pas de caractère réglementaire puisqu'elle ne s'applique pas à l'ensemble des citoyens mais seulement à ceux qui relèvent de «GO !» (B.17.2.). Voy. à cet égard X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit belge face à la diversité culturelle. Quel modèle de gestion de la pluralité ?*, op. cit., pp. 503-567, spécialement pp. 562-563 ; dans le même ouvrage,

M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », op. cit., pp. 611-616 ; H. JACQMIN, « Le transfert des compétences de pouvoir organisateur de la communauté à un organe autonome », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, Bruxelles, Lar-
cier, 2017, pp. 677-691, spécialement pp. 683 et 688-690 ; dans le même ouvrage, G. NINANE, et J. RINGELHEIM, « La neutralité de l'enseignement officiel », pp. 193-241, spécialement p. 113.

(14) Lors de la révision constitution-

affirmé avec force dans son arrêt n° 8 du 22 janvier 1986 : « les communautés, qui en tant que personnes de droit public disposent d'une compétence attribuée, ne peuvent se prévaloir de libertés qui sont garanties aux citoyens »¹⁵. Paul Lemmens et Nathalie Van Leuven l'explicitent : « l'État — ce qui signifie, dans le contexte belge, l'autorité fédérale, les communautés et les régions — ne saurait se prévaloir de droits fondamentaux. L'État est en effet à la source de tous les pouvoirs, et il dispose de tous les moyens pour assurer la défense de ses intérêts. En plus, c'est à lui que la Constitution donne l'ordre de respecter et de protéger les droits fondamentaux, et c'est lui qui s'est engagé devant la communauté internationale d'agir de la sorte, en ratifiant des traités relatifs aux droits de l'homme »¹⁶. Comme le dénoncent François Belleflamme, Pierre-Olivier de Broux et Mathias El Berhoumi, commentant l'arrêt 40/2011 qui se situe « aux antipodes » de l'arrêt n° 8, « reconnaître aux personnes morales de droit public la faculté d'invoquer un droit fondamental en vue de restreindre les droits fondamentaux des particuliers aboutit à détourner les droits fondamentaux de leur champ d'action privilégié. C'est un tel détournement que l'on trouve dans l'arrêt 40/2011 »¹⁷. Si l'article 24 figure bien dans le titre II que la Constitution réserve aux droits des belges, il faut beaucoup d'imagination pour lire dans son § 1^{er}, alinéa 3, qui assigne à la Communauté l'obligation d'organiser un enseignement, une liberté conférée à cette autorité publique¹⁸.

Dans l'arrêt de 2020, la Cour va jusqu'à apprécier la proportionnalité des décrets « neutralité » au regard de la liberté d'enseignement qu'elle reconnaît aux communes : « les dispositions (du décret de 1994) peuvent être considérées comme des conditions de subventionnement de l'enseignement concerné, qui, dès lors que les pouvoirs publics sont tenus de respecter le principe constitutionnel de la neutralité de l'autorité publique, ne portent en principe pas une atteinte essentielle à la liberté d'enseignement » (B.15.3). Elle estime que, puisque les communes peuvent décider d'interdire ou non le port de signes convictionnels, il n'est pas porté atteinte à leur liberté (B.16.1). Faut-il en déduire *a contrario* qu'une législation interdisant cette interdiction ou, à l'inverse, la consacrant, porterait une atteinte excessive à la liberté d'enseignement des communes ?

7. L'arrêt de 2020 prolonge et amplifie celui de 2011. Pourtant, quatre grandes différences doivent être relevées, qui rendent la transplantation périlleuse, sinon impossible.

Tout d'abord, le contexte législatif et réglementaire en Communauté française diverge du tout au tout de celui qui prévaut en Communauté flamande. Au moment des faits, en 2018, la Communauté française n'avait pas mobilisé l'article 24, § 2, de la Constitution pour instituer un organe autonome chargé d'organiser les établissements d'enseignement relevant directement de la Communauté. C'est désormais chose faite avec l'avènement de « Wallonie Bruxelles Enseignement » (WBE), qui se voit attribuer les compétences de pouvoir organisateur à l'égard des établissements d'enseignement de la Communauté, sans toutefois

être chargé de rédiger une déclaration de neutralité ou un projet pédagogique¹⁹. Examinant l'avant-projet qui deviendra le décret spécial du 7 février 2019 portant création de l'organisme public chargé de la fonction de pouvoir organisateur de l'enseignement organisé par la Communauté française, la section de législation du Conseil d'État, bien que citant l'arrêt n° 40/2011 de la Constitution, rappelle la lecture orthodoxe de la combinaison des §§ 2 et 5 de l'article 24 de la Constitution : « pas davantage que le gouvernement de communauté, une autre autorité publique à laquelle des compétences sont déléguées ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ni affiner des choix politiques insuffisamment détaillés²⁰. Il ressort en effet des travaux préparatoires de l'article 24, § 2, ainsi que l'a relevé la Cour constitutionnelle, que cette disposition permet que "l'organe autonome reçoit toutes les compétences d'organisation comparables à celles des autres pouvoirs organisateurs et remplace ainsi les exécutifs pour organiser l'enseignement de l'État" (italiques ajoutées). Par conséquent, il ne peut être admis que WBE se voie accorder, sans autre précision, le droit de modifier des règles régissant l'organisation de l'enseignement organisé par la Communauté française qui serait actuellement fixées par décret. Il appartient au législateur (spécial) de déterminer lui-même lesquelles des dispositions décretales actuellement en vigueur qui, ne constituant pas des éléments essentiels de l'organisation de l'enseignement de la Communauté française, pourraient être modifiées par WBE, ces modifications ne constituant que la mise en œuvre de principes établis par le législateur lui-même »²¹.

Deuxièmement, alors que le décret spécial flamand abandonne entièrement la définition de la neutralité à « Go ! », cette notion a été définie par deux décrets, celui du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté et celui du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné. Ceux-ci sont intégrés dans la coordination établie par le décret du 3 mai 2019 portant les livres 1^{er} et 2 du Code de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire, et mettant en place le tronc commun.

Troisièmement, alors que le litige flamand de 2011 avait pour théâtre l'enseignement secondaire où les élèves sont encore soumises à l'autorité de leurs parents — « Go ! » ne règne pas sur l'enseignement supérieur²² — le débat francophone de 2020 se déroule en Haute École et concerne donc des étudiantes majeures.

Enfin, alors que l'arrêt de 2011 concerne l'enseignement communautaire, celui de 2020 a pour cadre une Haute École de la ville de Bruxelles et donc l'enseignement officiel subventionné.

8. S'agissant de cette dernière différence, la Cour reproduit logiquement (voy. ci-avant, n° 4) le raisonnement relatif à la liberté d'enseignement reconnue à la Communauté et aux autres pouvoirs publics, spécialement aux communes et aux provinces, en l'assortissant, comme dans l'arrêt 40/2011, de restrictions. La première est inscrite dans le texte constitutionnel, il s'agit, dans l'enseignement obligatoire,

nelle de 1988, il fut rappelé qu'était maintenue « la liberté des pouvoirs publics, autres que l'État et les Communautés, et des personnes privées d'organiser un enseignement et d'en définir librement notamment le caractère et les méthodes pédagogiques » (note explicative de la proposition du gouvernement de révision de l'article 17 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1988, n° 100-1/1^o, p. 2). Voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'État sur l'avant-projet devenu le décret « neutralité » de 2003, *Doc. parl.*, P.C.F., 2002-03, n° 456/1, p. 18. Voy. encore X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement et communauté française », *A.P.T.*, 2007-2008/2, pp. 119-160, spécialement pp. 142-143.

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

droit public (arrêt n° 53/2016 du 21 avril 2016, B. 50). Dans le même sens, F. BELLEFLAMME et H. DASNOY, « Une autorité publique prend-elle une décision administrative lorsqu'elle décide de licencier un membre de son personnel contractuel ? », in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, T. LÉONARD et B. LOMBAERT (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Bruxelles, Anthemis, 2019, pp. 163-225, sp. n° 31.

(16) P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnelles », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, op. cit., vol. I, pp. 111-146, spécialement pp. 124-125 (Deux notes de bas de page de l'article ne sont pas citées car elles sont étrangères à notre propos). Ainsi que le relèvent ces auteurs, certains droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité, peuvent être revendiqués par un pouvoir subordonné à l'égard d'une autorité supérieure. Il en va de même pour les personnes

morales de droit public.

(17) Voy. F. BELLEFLAMME, P.-O. DE BROUX et M. EL BERHOUMI, « Les personnes morales de droit privé et de droit public », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 58-72, spécialement p. 64. Dans le même sens déjà, M. EL BERHOUMI, « Les juridictions supérieures contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », op. cit., pp. 605-611 ; du même auteur, *Le régime juridique de la liberté d'enseignement à l'épreuve des politiques scolaires*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 171-174.

(18) En ce sens, concernant déjà la Haute École Francisco Ferrer, l'arrêt du Conseil d'État n° 82.213 du 10 septembre 1999, *Ville de Bruxelles c. Communauté française* : « le principe constitutionnel de la liberté d'enseignement ne concerne nullement la Communauté française en sa qualité de pouvoir organisateur ; qu'aux termes de l'article 24 de la Constitution, celle-ci n'est en effet

pas autorisée, mais au contraire tenue d'organiser un enseignement, étant toutefois entendu que cette obligation n'est pas illimitée, mais bien régie par la loi ou le décret ».

(19) Décret spécial du 7 février 2019 portant création de l'organisme public chargé de la fonction de pouvoir organisateur de l'enseignement organisé par la Communauté française.

(20) Note 6 de l'avis : « C. const., 15 mars 2011, n° 40/2011, B.6.3. ».

(21) Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 64.709/2 du 19 décembre 2018 sur une proposition de décret spécial de la Communauté française portant création de l'organisme public chargé de la fonction de pouvoir organisateur de l'enseignement organisé par la Communauté française (*Doc. parl.*, P.C.F., 2018-2019, n° 704/2, consultable sur le site du Conseil d'État, onglet « chercher » puis « avis », www.raadvst-consetat.be).

(22) Voy. l'article 2 du décret spécial précité du 14 juillet 1998.

de l'obligation d'offrir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle. Elle ne concerne pas la Haute École concernée dans l'affaire, qui n'appartient pas à l'enseignement obligatoire (B.15.1.). La seconde n'est « pas explicitement » contenue dans l'article 24, à savoir que « l'enseignement organisé par les pouvoirs publics doit être neutre, ces autorités sont tenues de respecter le principe constitutionnel de la neutralité de l'autorité publique, lequel est étroitement lié à l'interdiction de discrimination en général et au principe de l'égalité des usagers du service public en particulier » (B.14.2., rappelé dans B.23.2.). Aux yeux de la Cour, « dans le contexte de l'enseignement », le « principe de la neutralité de l'autorité publique, applicable à l'enseignement organisé par les administrations décentralisées », a « une portée analogue à celle de la notion de neutralité » que l'article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution impose aux communautés » (B.18.3).

Cette affirmation met fin à une incohérence de la révision constitutionnelle de 1988 qui n'avait pas voulu s'affranchir du compromis du Pacte scolaire de 1958 permettant aux pouvoirs locaux de créer des établissements confessionnels. Elle condamne toutefois « le compromis baroque »²³ consacré par le Constituant de 1988 qui reconnaissait aux communes et aux provinces, au côté des personnes privées, « la liberté des pouvoirs publics, autres que l'État et les Communautés, et des personnes privées d'organiser un enseignement et d'en définir librement notamment le caractère et les méthodes pédagogiques »²⁴. Si bien que, contrairement à ce qu'écrit la Cour, c'est explicitement que l'article 24 de la Constitution n'impose pas la neutralité à l'enseignement officiel subventionné. Adoptant le décret « neutralité » de 2003, conscient du contexte constitutionnel, le législateur décentralisé avait estimé qu'il ne pouvait imposer aux provinces et aux communes la même neutralité que celle que fait peser la Constitution sur l'enseignement communautaire, mais une « neutralité moins contraignante »²⁵.

9. Une comparaison systématique des arrêts de 2011 et 2020 révèle une évolution de la définition de la neutralité, de moins en moins contrainte pesant sur l'autorité publique et de plus en plus liberté pour l'autorité de contraindre le citoyen. Dans l'arrêt de 2011, la Cour considérait que le principe constitutionnel de la neutralité de l'autorité publique, « est étroitement lié à l'interdiction de discriminations en général et au principe de l'égalité des usagers du service public en particulier » (B.9.5.). Dans le passage correspondant de l'arrêt de 2020, cette précision disparaît (B.17.5.), signe que le souci de ne pas discriminer et de traiter également les usagers du service public s'efface devant la liberté reconnue à l'autorité publique.

La Cour conjugue même la liberté des pouvoirs organisateurs et le libre choix des parents, consacré par l'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution. Puisque l'affaire se situe dans l'enseignement supérieur composé majoritairement d'étudiants majeurs (élément que la Cour ne prend nullement en compte, voy. ci-après, n° 19), elle doit étendre ce libre choix des parents aux étudiants, ce qui est heureux puisque le principe du libre choix, issu d'un Pacte scolaire s'appliquant essentiellement à l'enseignement obligatoire, figure désormais à l'article 24 de la Constitution qui régit également l'enseignement supérieur²⁶. Elle y procède par un glissement sémantique effectué par un jeu de références. Elle commence par rappeler que la « liberté de choix implique que les parents puissent choisir pour leurs enfants l'enseignement qui

est le plus proche de leurs conceptions philosophiques », ce qui implique que la Communauté organise son propre enseignement neutre et subventionne un enseignement qui peut être fondé sur une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée (B.13.3., rappelé au B.14.1 et au B.17.4.). Cette liberté accordée aux parents est alors étendue aux étudiants : « Comme il a été dit en B.13.3, la communauté doit organiser un enseignement neutre et subventionner des établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée. Le Constituant a ainsi voulu réaliser une offre d'enseignement variée, qui donne aux parents, aux élèves et aux étudiants la possibilité de choisir l'enseignement qui correspond le mieux à leurs conceptions philosophiques » (B.25.9.).

Vincent de Coorebyter constate que, loin de faire triompher « la laïcité à la manière française », la décision de la Cour « repose essentiellement sur la nécessaire pluralité de l'offre scolaire en Belgique (...). L'objectif du système est de garantir la liberté de choix des parents et des élèves en offrant des projets pédagogiques différents d'un réseau à l'autre, voire d'une école à l'autre. Dans ce contexte, la neutralité doit se traduire dans des règles pédagogiques et d'organisation afin d'offrir aux élèves et aux parents des écoles dénuées de coloration idéologique à côté d'établissements non neutres, ce qui permet de garantir la liberté de choix en diversifiant l'offre scolaire »²⁷. En effet, ce passage de l'arrêt fait écho à un argument développé par la ville de Bruxelles : « l'organisation d'un enseignement neutre, au sens de l'article 24 de la Constitution et des décrets sur la neutralité de la Communauté française, vise précisément à prévoir des établissements d'enseignement dont les projets pédagogiques diffèrent, afin de garantir ainsi le libre choix des parents et des élèves. Dès lors que les parents et les élèves ont le droit de s'inscrire dans d'autres établissements d'enseignement dont le projet pédagogique correspond davantage à leurs convictions philosophiques, il n'est pas porté atteinte au droit à l'enseignement » (A.7.). La palette de choix serait donc étendue à différentes couleurs de neutralité, allant de l'inclusive à l'exclusive. Dans son mémoire, la ville de Bruxelles insiste sur le fait qu'elle est pratiquement la seule à offrir ce projet éducatif, développant « une conception neutre non seulement de l'enseignement, mais également de l'environnement scolaire ».

Cette logique pourrait conduire à des revendications communautaristes : où les étudiants musulmans pourraient-ils en effet trouver, pour reprendre l'expression de la Cour constitutionnelle, des établissements d'enseignement dont le projet pédagogique « correspond le mieux à leurs conceptions philosophiques » ? Pas dans l'enseignement officiel et neutre ni dans l'enseignement libre d'une autre confession. À cet égard, l'avocat de la ville, Marc Uyttendaele, en compagnie de Joëlle Sautois, soutient que « la liberté d'enseignement des pouvoirs organisateurs du réseau libre pourrait également être restreinte dans le but de respecter l'article 24, §4, de la Constitution, pour autant que les élèves n'y soient jamais privés du droit d'arborer des signes convictionnels conformes au projet pédagogique confessionnel de l'établissement fréquenté »²⁸. Le port du voile serait ainsi interdit dans tous les établissements scolaires à l'exception des écoles officielles ne l'interdisant pas, qui sont de plus en plus rares²⁹. Si l'on conjugue l'attitude de la ville de Bruxelles ou de la Province du Brabant wallon³⁰ avec les velléités de supprimer ou réduire à peau de

(23) M. EL BERHOUMI, *Le régime juridique de la liberté d'enseignement à l'épreuve des politiques scolaires*, op. cit., p. 173.

(24) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1988, n° 100-1/1, p. 2. Des amendements visant à imposer la neutralité aux établissements communaux et provinciaux ont été systématiquement rejetés (voy. X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement et communauté française », op. cit., p. 129).

(25) Exposé des motifs du projet devenu le décret « neutralité » de 2003, *Doc. parl.*, P.C.F., 2002-03, n° 456/1, p. 2. Voy. X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement et communauté française », op. cit., pp. 130-131 et 142-143. Selon Marc Uyttendaele et Joëlle Sautois, imposer une neutralité moins contraignante dans l'enseigne-

ment officiel subventionné générerait toutefois une discrimination entre les élèves des deux réseaux (« La neutralité de l'enseignement et le port de signes convictionnels par les enseignants en Communauté française », in Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme, Liber amicorum Michel Melchior*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 229-254, spécialement p. 249 ; des mêmes auteurs, « Les récents apports du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle en matière de neutralité à l'école », op. cit., p. 254).

(26) Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », op. cit., pp. 1245 et 1265-1268.

(27) V. DE COOREBYTER, « Port du voile à l'école : une solution typique-

ment belge », *Le Soir*, 8 juillet 2020, p. 13.

(28) J. SAUTOIS et M. UYTENDAELE, « Les récents apports du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle en matière de neutralité à l'école », op. cit., pp. 264-265. Ces auteurs invitent à une intervention législative : « la Communauté française, non pas en sa qualité de pouvoir organisateur, mais en sa qualité de législateur, devrait, selon nous, commettre une ingérence égalitaire dans la liberté d'enseignement des réseaux officiels, voire du réseau libre, pour déterminer clairement les circonstances particulières qui justifient que les élèves se voient privés du droit de manifester leur religion à l'école » (p. 267). Voy. déjà, des mêmes auteurs inversés, « La neutralité de l'enseignement

et le port de signes convictionnels par les enseignants en Communauté française », op. cit., pp. 249-253.

(29) En 2005, environ 70 % des écoles officielles avaient adopté l'interdiction (voy. M. STASZWESKI, « École et foulard, le pourrissement », TRACeS, n° 175, 2006, www.changement-egalite.be/Ecole-et-foulard-le-pourrissement). Dix ans plus tard, elles étaient 90 % (voy. Sudinfo, « Port du voile : pas plus de 10 % des écoles ne l'autorisent », 2 septembre 2015).

(30) En 2019, le Conseil provincial de la Province de Brabant wallon a adopté un nouveau règlement d'ordre intérieur qui interdit les signes convictionnels. Voy. les jugements du tribunal de première instance de Brabant wallon du

chagrin les cours de religion dans l'enseignement officiel, il est permis de considérer que la communauté musulmane est incitée, voire contrainte, à développer son propre réseau d'enseignement³¹, en ce compris dans l'enseignement supérieur.

Quoi qu'il en soit, ces options méritent débat et il est regrettable que, par son arrêt, la Cour constitutionnelle permette au Parlement de l'éviter. Il serait en effet parfaitement concevable que la Communauté française, par décret, habilite les pouvoirs organisateurs concernés de développer leur propre conception de la neutralité, d'autant que le décret « missions » de 1997 a largement démocratisé l'adoption du règlement d'ordre intérieur en faisant intervenir les différents acteurs de l'enseignement dans son élaboration, via le Conseil de participation³². Afin de satisfaire pleinement aux exigences de l'article 24, §5, de la Constitution, il convient toutefois que l'habilitation donnée aux pouvoirs organisateurs soit expresse et qu'elle encadre le pouvoir qui leur est conféré. Comparaison n'est pas raison mais c'est ce qu'a fait le législateur par un décret du 15 décembre 2006, qui insère dans le décret « missions » un article 77bis relatif aux faits graves devant figurer dans le règlement d'ordre intérieur de chaque établissement d'enseignement.

En outre, puisque la logique adoptée par la Cour invite au développement d'une offre variée, l'organisation de celle-ci ne peut être totalement décentralisée et laissée à l'appréciation de chaque établissement. Le législateur doit intervenir afin de s'assurer de l'effectivité de cette variété. D'autant qu'en Communauté française, il n'existe guère de liberté organisationnelle de l'enseignement dans le supérieur, où les établissements ne peuvent fonctionner que selon un régime d'habilitation, inconnu dans l'enseignement obligatoire³³. Un établissement supérieur ne pourrait donc, de son propre chef, élargir son offre d'enseignement afin de combler une lacune en matière de pluralisme religieux.

10. C'est justement à propos du principe de légalité que l'application des enseignements de l'arrêt 2011 dans celui de 2020 est la plus délicate, au vu de l'énorme différence entre la réglementation flamande et francophone (voy. ci-avant, n° 7). L'arrêt 81/2020 reconstruit tout d'abord une considération présentée comme étant de bon sens : « le Constituant n'a pas voulu interdire aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement d'adopter, en vue de garantir le bon fonctionnement de l'enseignement ou d'assurer la réalisation du projet pédagogique, des règlements d'ordre intérieur portant sur le comportement des élèves. En juger autrement impliquerait en effet que tous les comportements d'élèves et d'étudiants qui pourraient compromettre le bon fonctionnement de l'enseignement et la réalisation du projet pédagogique — comportements qui peuvent d'ailleurs changer selon les circonstances et l'époque — devraient être réglés par le législateur décentralisé ». Dès lors, « l'article 24, § 5, de la Constitution ne peut être interprété en ce

sens qu'une ingérence dans un droit fondamental, dans un contexte d'enseignement, en vue de garantir le bon fonctionnement de l'enseignement et la réalisation du projet pédagogique d'une école, n'est possible que si cette ingérence fait l'objet d'une règle prévue par une norme législative »³⁴ (B.12.4.). Il suffit donc d'être dans un contexte d'enseignement pour être privé du principe cardinal de notre droit constitutionnel voulant qu'une ingérence dans un droit fondamental soit autorisée par une norme législative³⁵, principe paradoxalement renforcé en matière d'enseignement³⁶. Il pourrait même être déduit de ce passage de l'arrêt qu'une restriction à la liberté religieuse est un détail qui ne nécessite pas d'importuner le législateur³⁷.

Si, cette fois, la Cour affirme la compatibilité d'un règlement d'ordre intérieur restreignant les droits des élèves et étudiants au regard de l'article 24, § 5, comment concilier cette affirmation avec l'antienne reproduite juste avant, selon laquelle l'article 24, §5, de la Constitution « exige que les délégations conférées par le législateur décentralisé ne portent que sur la mise en œuvre des principes qu'il a fixés. Le gouvernement communautaire ou une autre autorité publique ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ni affiner des choix politiques insuffisamment détaillés »³⁸ (B.12.2.) (voy. ci-avant, n° 3) ? D'autant que la Cour rappelle que, sous son contrôle, « il relève de la marge d'appréciation du législateur compétent de déterminer les restrictions à la liberté de religion qui peuvent être réputées nécessaires dans la société démocratique dans laquelle il exerce ses compétences » (B.25.5.).

Malgré ce rappel et sans craindre la contradiction, lorsque la Cour aborde la question non plus sous l'angle du droit à l'enseignement visé à l'article 24 de la Constitution mais de la liberté de religion consacrée par l'article 19 de la Constitution, elle s'appuie sur la définition matérielle de la loi que retient la Cour européenne des droits de l'homme (B.23.1.). Elle estime que le règlement d'ordre intérieur satisfait à cette définition, notamment en ce qu'il énonce une règle « accessible et prévisible pour les élèves ou les étudiants de l'école et pour les personnes qui souhaitent s'y inscrire » (B.23.3.)³⁹.

L'on sait pourtant, ainsi que la Cour l'a elle-même exposé dans des affaires ne concernant pas le foulard, que cette définition matérielle n'est pas admise en droit constitutionnel belge : « bien que, en utilisant le terme "loi", l'article 8.2 de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une "loi", au sens formel du terme, le même mot "loi" utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative. Cette exigence constitutionnelle s'impose au législateur belge, en vertu de l'article 53 de la 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 »⁴⁰. Or l'on sait aussi que le principe de légalité revêt une dimen-

11 février 2020 et du 4 mai 2020, consultables sur le site d'UNIA (www.UNIA.be).

(31) Voy. X. DELGRANGE, « La gestion de la diversité à l'école : le "modèle" belge », in *L'expression du religieux dans la sphère publique, comparaisons internationales*, actes du colloque des 2-3 juin 2015 organisé à Paris par les ministères de l'Intérieur et des Affaires étrangères, *La Documentation française*, 2016, pp. 127-144, spécialement p. 144.
(32) Articles 69, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 9^o et 76, alinéa 1^{er}, 4^o, du décret « missions » du 24 juillet 1997. Voy. D. DEOM et B. BLÉRO, « Les procédures participatives prévues pour la mise en œuvre du décret "missions" », in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Pub. Saint-Louis, 1999, pp. 243-286.
(33) Le décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études, s'applique à l'enseignement organisé et subventionné par la Communauté française.

Son article 2 précise : « L'enseignement supérieur en Communauté française est un service public d'intérêt général. Seuls les établissements visés par ce décret sont habilités à remplir les missions qui leur sont légalement dévolues (...) ». La Cour constitutionnelle constate que « subordonner l'organisation d'études supérieures à la détention d'une habilitation limite la liberté de l'enseignement » mais que cette limitation « est une mesure proportionnée non seulement à la volonté de limiter la concurrence dans l'intérêt général mais aussi à la nécessité de tenir compte des moyens financiers disponibles de la Communauté française » (arrêt n° 53/2016 du 21 avril 2016, B.72.3. à 5). Voy. X. DELGRANGE, « Qui la liberté académique délivre-t-elle de qui ? », *J.T.*, 2019/15, pp. 293-305, spécialement p. 296.
(34) Cette considération figurait dans l'arrêt n° 40/2011 au point B.17.2., alinéa 2.
(35) L'ancien président de la Cour constitutionnelle usait d'une formule lapidaire : « seul le pouvoir législatif peut apporter des restrictions aux

droits et libertés » (M. MELCHIOR et C. COURTOY, « La limitation des droits constitutionnels (en ce compris les clauses transversales) », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, op. cit., vol. I, pp. 268-293, spécialement p. 280. L'assemblée générale de la section de législation rappelait récemment que la mise en œuvre des droits fondamentaux « relève de la compétence naturelle du législateur » (avis 64.133/AG du 5 octobre 2018. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH et G. DELANNAY, C. HOREVOETS, « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 25-69, spécialement p. 29).
(36) Voy. B. STEEN et L. VANCRAEYBECK, « L'exigence de légalité », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, op. cit., pp. 651-676, spécialement pp. 672-673.
(37) Telle était la thèse soutenue par

le gouvernement de la Communauté française en 2011 : « en Communauté française, le principe de neutralité n'est pas réglé en détail par les décrets ; c'est aux pouvoirs organisateurs qu'il appartient de régler ce principe, après concertation avec tous les acteurs du monde scolaire » (A.14.4.).

(38) Lorsqu'elle aborde la question de la liberté d'enseignement et de la neutralité de l'enseignement officiel, la Cour pratique une incise pour rappeler la portée du terme « loi » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux restrictions admissibles à la liberté de religion en vertu de l'article 9.2. de la Convention (B.23.1.).

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

(40) Voy. notamment les arrêts n° 202/2004, 21 décembre 2004, B.5.4. ; n° 131/2005, 19 juillet 2005,

sion particulière, plus exigeante, lorsqu'il s'applique au droit de l'enseignement (voy. ci-avant, n° 1). Ce principe vaut également lorsqu'il s'agit de restreindre la liberté religieuse, la Cour constitutionnelle rappelant que l'article 19 de la Constitution, qui consacre dans un même élan cette liberté et la liberté d'expression, « a pour objet de réserver au législateur la compétence de régir l'usage de la liberté d'opinion »⁴¹.

Néanmoins, selon la Cour, « dès lors que l'application concrète du principe constitutionnel de la neutralité de l'enseignement officiel constitue une matière étroitement liée à l'établissement du projet pédagogique d'une école, le législateur décréte de la Communauté française a pu considérer que l'instance compétente pour un établissement d'enseignement est la mieux placée pour apprécier, à la lumière du projet d'enseignement préconisé ou des circonstances concrètes, si l'interdiction précitée doit être inscrite ou non dans le règlement intérieur de l'école concernée » (B.25.7).

L'on n'aperçoit pas sur quel fondement décretaal la Cour s'appuie pour considérer que le législateur décretaal a adopté pareille option. Ce ne peut être l'article 3 qui, tout au contraire, dans la logique de la définition de la neutralité retenue par la Constitution, garantit la liberté, notamment religieuse, des élèves et contraint l'autorité. Confronté lui aussi au décret « neutralité » de 1994, le Conseil d'État avait retenu cette définition de la neutralité : « dans un État de droit démocratique l'autorité se doit d'être neutre, parce qu'elle est l'autorité de tous les citoyens et pour tous les citoyens et qu'elle doit, en principe, les traiter de manière égale sans discrimination basée sur leur religion, leur conviction ou leur préférence pour une communauté ou un parti. Pour ce motif, on peut dès lors attendre des agents des pouvoirs publics que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils observent strictement, à l'égard des citoyens, les principes de neutralité et d'égalité des usagers. La neutralité dans l'enseignement vise aussi à préserver les droits fondamentaux des élèves et de leurs parents »⁴². Il avait précisé : « 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 »⁴³. 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 »⁴⁴. Comme on va le voir, les travaux préparatoires du décret de 1994 n'offrent pas davantage d'ancrage à la théorie du blanc-seing laissé aux autorités scolaires par le législateur décretaal. Au contraire, la volonté affichée est que le règlement d'ordre intérieur se conforme aux décrets « neutralité ».

Consacrant néanmoins l'habilitation contenue dans le décret de 1994 qui permettrait au règlement intérieur de régler l'exercice de la liberté des élèves, la Cour aurait alors dû s'assurer, au regard de l'article 24, § 5, de la Constitution, que cette délégation ne porte que sur la mise en œuvre des principes fixés par le législateur, sans que le règlement d'ordre intérieur ne puisse affiner des choix politiques insuffisamment détaillés (ainsi qu'elle le rappelait en B.12.2., cité ci-dessus). Or le seul choix politique affirmé par le législateur est la grande liberté reconnue aux élèves en matière d'expression et de religion.

Rappelons qu'aux termes de l'article 3 du décret de 1994, « ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des in-

formations 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 ». Aucune balise n'est placée pour autoriser une restriction de la liberté religieuse par le règlement intérieur.

Au contraire, les développements de la proposition à l'origine du décret de 1994 justifient ainsi la référence que l'article 3 fait au règlement intérieur qui doit s'en inspirer : « eu égard à la nécessaire organisation des établissements 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 »⁴⁵.

Philippe Mahoux, ministre de l'Éducation de l'époque, précisait lors des débats relatifs au décret de 1994 : « en ce qui concerne les élèves, on peut prévoir l'inscription des dispositions substantielles de l'article 3 du décret dans le règlement d'ordre intérieur de base des établissements. Une circulaire ministérielle serait en outre adressée à la direction des écoles afin de préciser, à leur intention, la concrétisation de la mise en œuvre des dispositions décretales »⁴⁶.

Quoi qu'il en soit, la question première est de savoir si, comme l'énonce la question préjudicielle soumise à la Cour, l'article 3 du décret de 1994 permet bien « à un pouvoir organisateur soumis à ce décret de prévoir dans le règlement intérieur d'un établissement scolaire une interdiction totale faite aux élèves, fussent-ils majeurs, « de porter des signes convictionnels. La Cour insiste sur le fait qu'il appartient au juge du fond d'interpréter la disposition législative qu'il lui soumet, « sous la réserve d'une lecture manifestement erronée de la disposition en cause » (B.4.). Elle estime que cette interprétation « n'est pas manifestement erronée » (B.6.2.).

Si elle n'est pas « manifestement erronée », il appartient au juge du fond de décider si cette interprétation est la bonne. Or, dans son jugement du 9 mai 2018, le tribunal de première instance de Bruxelles exprime à juste titre ses doutes quant à l'interprétation suggérée par la ville de Bruxelles, au regard des exigences de l'article 24, § 5, de la Constitution : « si le législateur décretaal prévoit, par ailleurs, expressément la possibilité de soumettre la liberté de manifester sa religion ou ses convictions à certaines conditions dans le règlement intérieur de l'établissement scolaire, aucune indication, aucune ligne de force n'est donnée quant à la nature et à la teneur des conditions au respect desquelles elle peut être subordonnée et quant à l'étendue des restrictions qui peuvent y être apportées »⁴⁷.

Premier commentateur du décret de 1994, Bernard Bléro estime que la formulation de l'article 3 du décret, qui semble mettre sur un même pied les motifs de restrictions admissibles aux yeux de l'article 9.2. de la Convention européenne des droits de l'homme et le respect du règlement intérieur, « est regrettable » : « on en vient à s'interroger sur le sens de la démarche du législateur : à quoi sert-il de reconnaître des droits aux élèves si l'autorité scolaire est investie, en bout de course, du droit indéfini de prévoir toute espèce de restriction en la matière dans le règlement d'ordre intérieur de l'école ? »⁴⁸. Il en conclut que, « sauf à recourir à la technique de l'interprétation conciliante », inter-

B.5.2. ; n° 151/2006, 18 octobre 2006, B.5. Voy. X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le Dress Code », in Y. CARTUYVELSE a. (dir.), *Le droit malgré tout, Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 659-706, spécialement pp. 664-665 ; S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH et G. DELANNAY et C. HOREVOETS, « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés », *op. cit.*, pp. 48-49.

(41) C. const., 3 décembre 2009, n° 195/2009, B.34.

(42) C.E. (assemblée générale), 21 décembre 2010, n° 210.000, 6.7.2.

(43) C.E., 14 octobre 2014, *Sharanjit Singh c. Het Gemeenschapsonderwijs*, n° 228.748, 60.5 ; 14 octobre 2014, XXX c. *Gemeenschapsonderwijs*, n° 228.752, 38.5 (traduction libre).

(44) C.E., arrêt n° 228.748, 60.3 ; arrêt n° 228.752, 36, 38.3 (traduction libre). À propos de ces arrêts, voy. X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le dress-code », in *Le droit malgré tout, hommage au professeur François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis - Bruxelles, 2018, pp. 659-706, not. pp. 665-667, 688-690 ; du même auteur, « Les Cours suprêmes à l'épreuve du foulard islamique en milieu scolaire », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. 55, et les références citées en note 110, www.revuedlf.com/droit-fondamental/les-cours-supremes-a-lepreuve-du-foulard-islamique-en-milieu-scolaire/.

(45) Proposition devenue le décret du 31 mars 1994, *Doc. parl.*, P.C.F., 1993-94, n° 143/1, pp. 5-6.

(46) Rapport de la Commission de l'enseignement sur la proposition de

venue le décret de 1994, *Doc. parl.*, P.C.F., 1993-94, n° 143/2, p. 5. Dans le même sens, le député Vaes insiste sur la nécessité que le règlement d'ordre intérieur tienne compte du décret : « il souhaite dès lors que le gouvernement prenne des mesures pour réaffirmer cette obligation quant à l'existence d'un règlement d'ordre intérieur et enrichisse son application par l'apport de la présente discussion et des dispositions du décret. Il faut que des règles de base communes existent pour l'ensemble de la communauté éducative et il est indispensable que ce règlement de base ne soit pas simplement un acte arbitraire de la direction » (p. 4). Le député Henneuse abonde dans ce sens (p. 6).

(47) Dans une affaire précédente, la Province de Brabant wallon avait déjà demandé au tribunal de première instance de Brabant wallon de

poser la même question, adoptant la même interprétation de l'article 3 du décret. La demande avait été écartée au vu de la nécessité de rendre rapidement justice (décision du 4 mai 2020, www.UNIA.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence/tribunal-premiere-instance-brabant-wallon-4-mai-2020).

(48) B. BLÉRO, « Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école. L'interdiction du foulard islamique face à la liberté de religion », *Revue du droit des étrangers*, 1996, n° 87, pp. 3-26, spécialement p. 20. Dans le même sens, F. ONCLIN, « La présence de signes religieux au sein de l'espace scolaire : les enseignements du droit comparé », *J.T.*, 2011/40, pp. 817-827, spécialement p. 820, note 45.

prété comme permettant au règlement intérieur de prévoir une interdiction des signes convictionnels, le décret viole l'article 9 de la Convention, si bien que « face à une mesure individuelle d'interdiction du port d'un signe religieux fondée exclusivement sur la disposition d'un règlement d'ordre intérieur et sans qu'existent des circonstances spéciales et objectives de nature à la justifier, le juge devra écarter l'application de l'article 3 du décret de la Communauté française, pour contrariété au droit international directement applicable, et conclure à l'illégalité de la mesure litigieuse ». C'est exactement la position adoptée par le Conseil d'État confronté à des règlements intérieurs scolaires adoptés sur la base du règlement de « Go ! » qui a fait l'objet de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 2011⁴⁹.

Devant trancher le litige qui lui est soumis en respectant l'arrêt de la Cour constitutionnelle mais également la Constitution et le droit international des droits de l'homme, le tribunal de première instance devrait dès lors écarter l'interprétation de l'article 3 du décret retenue dans la question préjudicielle et opter pour une interprétation conforme de cette disposition, confortée par les travaux préparatoires, qui veut que le règlement d'ordre intérieur ne peut par lui-même porter atteinte à la substance des droits et libertés que les décrets « neutralité » reconnaissent aux élèves et aux étudiants⁵⁰. D'ailleurs, le décret « neutralité » de 2003, qui s'applique à l'enseignement communal et provincial, n'autorise le règlement d'ordre intérieur qu'à prévoir « les modalités selon lesquelles les droits et libertés » des élèves et de l'étudiant sont exercés (article 4, alinéa 2). L'on imagine difficilement que le législateur ait reconnu davantage de liberté à un établissement directement organisé par la Communauté qu'à un établissement organisé par une commune ou une province. Il a en tout cas voulu l'inverse, à savoir imposer une neutralité moins contraignante aux communes et aux provinces afin de respecter leur autonomie garantie par l'article 41 de la Constitution (voy. ci-avant, n° 8)⁵¹. L'article 3 du décret de 1994 habilite donc au mieux le règlement d'ordre intérieur à prévoir, conformément au décret, les modalités de l'exercice des droits et libertés des élèves et des étudiants. Il est difficile de qualifier une interdiction générale de porter des signes convictionnels de simple modalité d'exercice de la liberté de religion.

11. Adoptant cette position, le tribunal permettrait au législateur de reprendre la main. Il y a pratiquement unanimité pour considérer que l'interdiction de signes convictionnels dans l'enseignement, si elle était décidée, devrait résulter d'un débat démocratique au sein d'une assemblée délibérante élue, bref faire l'objet d'un décret.

S'agissant des enseignants, la question a été débattue au sein du Parlement de la Communauté française à l'initiative de députés MR qui, en 2010, ont déposé une proposition de décret interdisant le port de signes convictionnels par le personnel dans l'enseignement officiel⁵². Ces députés entendaient promouvoir un modèle de société fondé sur l'interculturalisme qu'ils opposent au multiculturalisme. Ils considé-

raient que c'est « en raison de ce choix » qu'il convient de prononcer cette interdiction⁵³. La proposition de décret a été examinée en assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, qui a considéré que la promotion d'une neutralité exclusive (sur cette notion, voy. ci-après, n° 13) est admissible au regard de la Constitution 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, dans le cadre du contrôle de proportionnalité. 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 »⁵⁴. Le texte a finalement 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 proposition ne contribuait pas à l'intégration, voire qu'elle était stigmatisante⁵⁵. Pareil débat ne s'est jamais tenu à propos de la neutralité imposée aux élèves et encore moins aux étudiants majeurs.

Le Comité de pilotage des assises de l'interculturalité, composé d'universitaires et de représentants des milieux associatifs, culturels et de la laïcité organisée, a proposé, en 2010, des solutions de compromis, s'agissant notamment de la question du port du voile à l'école. La solution est inédite : « la liberté généralisée⁵⁶ du port de signes convictionnels par les élèves pour les trois dernières années de l'enseignement secondaire, et l'interdiction complète jusqu'aux trois premières années du niveau secondaire. Ces règles doivent être formulées par voie décrétable pour assurer leur généralisation »⁵⁷. Le Comité de pilotage insistait sur la nécessité d'une intervention législative afin de garantir une application univoque et non discriminatoire de la réglementation. À ses yeux, la « retenue législative n'a pas simplifié les choses ». Le Comité précisait toutefois que « ce débat ne saurait être transposé à l'enseignement non obligatoire, notamment l'enseignement supérieur et l'enseignement de promotion sociale. Cet enseignement s'adresse à des adultes, ceux-ci disposent du libre arbitre et doivent être complètement respectés dans l'exercice de leurs libertés. Le Comité de pilotage s'inquiète des règlements d'interdiction de port de signes convictionnels qui se multiplient dans les hautes écoles de l'enseignement officiel. Il rappelle que, s'agissant d'adultes, la liberté d'expression est un droit fondamental. Il salue les universités qui respectent scrupuleusement ce principe »⁵⁸.

De même, UNIA, le Centre interfédéral indépendant pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, dans une recommandation datant de décembre 2018, demandait « qu'une circulaire ministérielle soit envoyée aux écoles supérieures et aux établis-

(49) Voy. not. les arrêts précités du Conseil d'État du 14 octobre 2014 n°s 228.748 et 228.752. Le Conseil d'État y prenait en compte les évolutions de la jurisprudence strasbourgeoise, notamment l'arrêt S.A.S. c. France précité. La jurisprudence judiciaire est plus divisée. Si certaines décisions suivent le Conseil d'État (tribunal de première instance de Liège, 4 octobre 2016 ; tribunal de première instance de Tongres, 23 février 2018 ; tribunal de première instance de Louvain, 27 août 2019 ; tribunal de première instance du Brabant wallon, 4 mai 2020), d'autres se refusent à dénoncer les interdictions figurant dans les règlements d'ordre intérieur (tribunal de première instance de Bruxelles, 20 novembre 2015 ; Anvers, 23 décembre 2019 ; tribunal de première instance du Brabant wallon, 11 février 2020). J. VRIELINK et J. LIEVENS dénoncent l'insécurité juridique créée par l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers, qui provoque un « chaos total », avec une motivation très faible. Certes, relèvent-ils, l'arrêt du Conseil d'État ne s'imposait pas à la cour d'appel mais celle-ci aurait à

tout le moins dû répondre à sa motivation (« Nog meer onduidelijkheid over hoofddoeken op school : "De totale chaos is uitbroken" », *De Morgen*, 25 décembre 2019). Dans le même sens, J. VERNIMMEN, « (No) GO ! - Onzekerheid is troef voor "hoofddoekenverbod" in gemeenschapsonderwijs », *TIJK*, 2020/2, pp. 111-117 ; M. VRANCKEN, « De saga over het verbod op levensbeschouwelijke kentekens voor leerlingen : hof van beroep te Antwerpen zorgt voor nieuwe wending », *T.O.R.B.*, 2020-2021/1-2, pp. 145-152. Toutes ces décisions figurent sur le site d'UNIA, www.UNIA.be. (50) Voy. déjà X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement et communauté française », *op. cit.*, pp. 152-153 ; du même auteur, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », *op. cit.*, pp. 549-551. (51) Contrairement à ce que soutient UNIA (A.1.1. et B.3.), le décret de 2003 ne confère pas des compétences moins larges aux pouvoirs organisateurs communaux et provinciaux qu'à l'enseignement commu-

nautaire. L'article 4 du décret de 2003, qui « adapte l'article 3 du décret » de 1994 (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 4), précise simplement la portée de l'habilitation faite au règlement d'ordre intérieur. La ville de Bruxelles, adhérant au décret de 1994, a donc renoncé à sa liberté déduite de l'autonomie communale. Il n'y aurait d'ailleurs pas de sens à permettre cette adhésion si elle ne visait pas à imposer à l'adhérent une neutralité plus exigeante. Or, comme le relève la Cour constitutionnelle, le pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné, soumis au décret de 2003, qui adhère à celui de 1994, se voit appliquer toutes les dispositions de celui-ci (B.5.2.). (52) Voy. X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le Dress Code », *op. cit.*, pp. 686-689. (53) *Doc. parl.*, P.C.F., 2009-2010, n° 84/1, p. 3. (54) Avis 48.022/AG du 20 avril 2010, *Doc. P.C.F.*, 2009-2010, n° 84/2, pp. 34-37. (55) Rapport de la Commission de l'Éducation, *Doc. parl.*, P.C.F., 2009-2010, n° 84/4, pp. 5-6. Voy.

C. MATHIEU, P. DE HERT, et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », in M.-C. FOBLETS et J.-P. SCHREIBER (dir.) *Regards croisés sur les assises de l'interculturalité/De Rondetafels van de Interculturaliteit/The Round Tables on Interculturalism*, Bruxelles, Larciere, 2013, pp. 345-391, spécialement pp. 347-348. (56) Note 8 du rapport : « Dans les limites qui s'appliquent à l'exercice de toute liberté fondamentale, il s'entend ». (57) Les Assises de l'interculturalité, Rapport du Comité de pilotage, 2010, pp. 44-47 et 117. Ce rapport peut être consulté sur le site du Centre bruxellois d'action interculturelle, www.cbai.be/resource/docsstock/services_aux_a.s.b.l/Assise_de_interculturalite.pdf. Pour une critique de cette solution, voy. X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le Dress Code », *op. cit.*, p. 682. (58) Rapport du Comité de pilotage, *op. cit.*, p. 47.

sements de promotion sociale francophones afin de rappeler que l'interdiction faite aux étudiants adultes du port de signes religieux dans les règlements d'ordre intérieur est, selon la législation antidiscrimination en vigueur, disproportionnée par rapport à la nécessité de garantir l'égalité de l'accès à l'enseignement »⁵⁹.

La Ligue des droits humains condamne également l'interdiction du foulard « dans les hautes écoles et les établissements d'enseignement de promotion sociale, qui sont fréquentés par des étudiants adultes. Les étudiants de ces institutions sont de simples usagers de l'enseignement. On ne peut raisonnablement affirmer que l'enseignement dérivé cesserait d'être neutre du fait que certains étudiants affichent une appartenance religieuse au sein de ces établissements. Le seul fait de révéler sa préférence confessionnelle par son habillement ne peut pas non plus être considéré comme l'exercice d'une pression sur les étudiants qui ne partageraient pas cette croyance »⁶⁰.

La déclaration-programme du « Gouvernement » de la Commission communautaire française pour la législature 2019-24 prévoit que « l'interdiction du port de signes convictionnels dans l'enseignement obligatoire sera maintenue. En matière d'enseignement supérieur et de promotion sociale, le gouvernement lèvera l'interdiction du port de ces signes par les étudiants »⁶¹. Des parlementaires se sont inquiétés de l'incidence de l'arrêt de la Cour constitutionnelle sur cette volonté politique. Rudi Vervoort, en sa qualité de membre du Collège de la Cocof chargé de la politique de l'enseignement, a confirmé que « les règlements seront modifiés en supprimant les dispositions qui interdisaient le port de signes convictionnels »⁶². Il est intéressant de noter que ce sont les mêmes partis, PS-Ecolo-DéFI, qui gouvernent à la Cocof et à la ville de Bruxelles. Le PS particulièrement, mais également ECOLO, a beaucoup de mal à concilier son « vieux fond anticlérical avec la nouvelle donne sociologique contemporaine », analyse Caroline Sägeser⁶³. Cette auteure précise que la laïcité de combat relayée par la gauche est confrontée à « cette grande difficulté que, autrefois, elle se battait contre une institution alors qu'aujourd'hui il s'agit de citoyens individuels qui apportent ce “marqueur religieux” dans l'espace public. Et pour quelqu'un de gauche, c'est évidemment beaucoup plus compliqué de se positionner contre des citoyens que contre une institution »⁶⁴.

2 Une définition exclusive de la neutralité qui ignore les décisions du Comité des droits de l'homme

12. En 2011, la question préjudicielle adressée à la Cour constitutionnelle était de savoir si le décret spécial pouvait permettre à « Go ! » de « se prononcer sur une interdiction générale et de principe concernant le port de signes religieux et philosophiques visibles » sans méconnaître l'article 24 de la Constitution. La Cour avait défini la portée de son arrêt de manière étrange : « la formulation de la question préjudicielle et la motivation de l'arrêt de renvoi font apparaître que la Cour n'est interrogée que sur la compatibilité des dispositions en cause, dans l'interprétation donnée, avec l'article 24 de la Constitution (...). Il n'est donc pas demandé à la Cour de se prononcer sur la compatibilité d'une telle interdiction avec la liberté de religion » (B.5.). Étrange car la Cour centre son arrêt sur la notion de neutralité et que celle-ci, de manière générale, vise à garantir l'égalité religieuse des citoyens et qu'appliquée au milieu scolaire, ainsi que l'énonce justement

l'article 24 de la Constitution, elle « implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves ». Comment dès lors définir les contours de la neutralité sans aborder la liberté de religion ?

En 2020, en revanche, la Cour est explicitement interrogée, notamment, sur la compatibilité d'une interdiction totale faite aux élèves, fussent-ils majeurs, de porter des signes convictionnels avec la liberté de conscience et de religion consacrée par les articles 19 de la Constitution et 9 de la Convention. Elle répond positivement en estimant que la notion de neutralité peut évoluer vers une dimension exclusive et s'étendre aux élèves et aux étudiants majeurs.

Il appartiendra toutefois au juge du fond, s'il admet que le règlement d'ordre intérieur trouve un fondement légal suffisant dans l'article 3 du décret « neutralité », de s'assurer de la proportionnalité de celui-ci, mesurée selon les standards développés par le Comité ONU des droits de l'homme, la Cour n'incluant pas cette fois l'article 18 du Pacte ONU relatif aux droits civils et politiques parmi ses normes de référence.

13. Devant le juge du fond, les étudiantes contestaient la légalité du règlement d'ordre intérieur au regard du décret du 12 décembre 2008 de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, qui transpose les directives anti-discrimination. Se fondant sur l'arrêt *Achbita* que la Cour de justice de l'Union européenne venait de rendre⁶⁵, le tribunal écarte la discrimination directe au motif que l'interdiction « vise indifféremment le port » de tout signe convictionnel⁶⁶. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies, à l'inverse, « rappelle que, dans ses observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, il a fait référence aux restrictions à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, qui touchent particulièrement les personnes appartenant à certaines religions et les filles, tout en s'inquiétant de ce 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. Le Comité conclut que la restriction du règlement intérieur affecte de façon disproportionnée les femmes musulmanes, telles que l'auteure, faisant le choix de porter un foulard, ce qui constitue un traitement différencié »⁶⁷.

Le tribunal estime en revanche l'existence d'une distinction indirecte établie, prenant notamment en compte le dilemme vécu par les jeunes filles et le sentiment d'humiliation et d'injustice qu'elles disent ressentir à chaque fois qu'elles ôtent leur foulard (§40). Pour décider si cette distinction est constitutive de discrimination, le tribunal doit analyser la proportionnalité de la mesure d'interdiction, la première étape étant d'identifier et d'apprécier le but légitime poursuivi. Selon la Haute École, l'objectif poursuivi est « de créer un espace éducatif intégralement neutre et notamment de préserver tous les élèves et étudiants de la pression sociale qui serait exercée sur eux par leurs condisciples — voire par leur milieu familial — afin qu'ils se conforment aux exigences vestimentaires ou aux manifestations d'appartenance à un culte adoptées par une partie des membres de leur communauté et à laquelle ils n'entendent pas souscrire » (§ 45). La poursuite de pareil objectif est admissible si la Constitution, et plus particulièrement son article 24, admet la mise en place d'une neutralité exclusive à la française — encore appelée neutralité des apparences, alors que notre droit public était davantage attaché à une neutralité inclusive à l'anglo-saxonne — également appelée neutralité des actes puisque seul le comportement de l'agent est apprécié, à l'exclusion de son apparence⁶⁸. Tel était l'objet de la question adressée à la Cour constitutionnelle.

(59) UNIA, « Garantir un enseignement supérieur et de promotion sociale inclusif », 16 décembre 2018, www.UNIA.be/fr/legislation-et-recommandations/recommandations-dUNIA/garantir-un-enseignement-superieur-et-de-promotion-sociale-inclusif. Cette recommandation relayait d'autres produites en 2012 et 2016.

(60) J. RINGELHEIM, « Analyse de la Ligue des droits humains, Les interdictions de port du foulard visant les femmes adultes », octobre 2017, www.liguedh.be/analyse-port-du-foulard-islamique-et-droits-fonda-

mentaux, p. 11.

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

(62) *Compte rendu*, Assemblée de la Cocof, 2019-20, n° 18, séance du 26 juin 2020, p. 16.

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

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

(65) C.J.U.E., gr. ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita et Centre pour l'égalité des chances c. G4S Secure Solution SA*, aff. C-157/15.

(66) Il est à noter que, dans une affaire concernant l'interdiction du foulard en entreprise, le tribunal du travail francophone de Bruxelles n'a pas été convaincu par la définition restrictive de la discrimination directe retenue par la Cour de justice et lui a adressé de nouvelles questions (ordonnance du 17 juillet 2020, X. c. *Le logement bruxellois*, www.UNIA.be/files/Documenten/2020_07_17_Trib._Trav._Bruxelles.pdf).

(67) Comité des droits de l'homme des Nations unies, Communication n° 2662/2015 du 16 juillet 2018, F.A. c. France (*affaire Baby Loup*), CCPR/C/123/D/2662/2015, § 8.12.

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

La Cour constitutionnelle n'était pas interrogée sur la compatibilité de l'interdiction avec les directives anti-discrimination mais uniquement⁶⁹ sur le respect du droit à l'enseignement et de la liberté de religion.

14. Dès 2011, analysant les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 1988, la Cour constitutionnelle avait constaté que le Constituant avait opté pour une vision non pas statique mais évolutive de la neutralité (B.9.2., B.9.3.). L'on peut en effet lire dans la note explicative du gouvernement :

« La notion de "neutralité" se trouve déjà partiellement définie dans le texte. "Notamment" renvoie à une définition plus détaillée dans le sens suivant.

» L'enseignement neutre ne se limite pas à l'instruction, mais s'étend également à l'éducation de la personnalité entière.

» Une école neutre respecte toutes les opinions philosophiques, idéologiques et religieuses des parents qui lui confient leurs enfants.

» Elle se fonde sur une reconnaissance et une appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes et, la dépassant, met l'accent sur les valeurs communes.

» Un tel enseignement veut aider et préparer les jeunes à entrer dans notre société avec un jugement et un engagement personnels. C'est seulement dans cet esprit qu'on traitera les problèmes controversés.

» La mise en œuvre d'une telle neutralité est étroitement liée au projet éducatif et aux méthodes pédagogiques. Elle pourra par conséquent évoluer différemment dans les Communautés »⁷⁰.

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

Si le Constituant voulait effectivement permettre aux communautés de faire évoluer la notion de neutralité, c'est grandement solliciter les travaux de la Constituante de 1988 que d'affirmer que la consécration d'une neutralité exclusive, emportant l'interdiction du port de signes convictionnels par les élèves ou les étudiants, était envisagée. C'est tout d'abord pratiquer allègrement l'anachronisme puisque la question du port du voile à l'école n'a surgi qu'en 1989, importée de France⁷¹. C'est ensuite se méprendre de destinataire puisque les débats autour de la neutralité portaient sur l'organisation de l'école et le contenu de l'enseignement ainsi que sur la liberté concédée aux enseignants, sans que celle reconnue aux élèves et étudiants ne soit discutée. Ce sera encore le cas lors de l'adoption du décret spécial de 1989 en Flandre, des décrets « neutralité » de 1994 et 2003 en Communauté française. Il suffit de consulter les travaux préparatoires de ces décrets et la doctrine qui leur est consacrée⁷² pour s'en convaincre. Au moment de la

Constituante de 1988, la neutralité était encore définie par la Résolution adoptée par la Commission du Pacte scolaire le 8 mai 1963. C'est ce texte que le Constituant invitait à faire évoluer, essentiellement s'agissant de l'ampleur de la liberté d'expression que l'on pouvait accorder aux enseignants tout en respectant les convictions des parents⁷³. Lors de l'élaboration des trois décrets, il ne fut jamais question de l'interdiction des signes convictionnels, que ce soit dans le chef des enseignants ou des élèves⁷⁴. Ainsi, le député Jean-Marie Léonard, qui présidait le groupe de travail ayant rédigé le texte du décret de 1994, exposait que la « mission précise » qui leur était confiée était « de donner des bases juridiques à la résolution politique de 1963 en prenant en considération », notamment, « la volonté exprimée par les membres du groupe d'aboutir à une définition positive de la notion de neutralité, qui ne soit pas seulement faite de restrictions et d'abstentions, mais donne une perspective dynamique à l'enseignement de la Communauté française »⁷⁵.

L'on aperçoit d'ailleurs difficilement comment ces interdictions absolues contribueraient à l'objectif assigné par la Constituante de fonder l'école neutre « sur une reconnaissance et une appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes »⁷⁶.

15. Reprenant notre comparaison systématique des arrêts de 2011 et 2020 (voy. ci-avant, n° 9), l'on constate encore une fois que l'objectif assigné par la Cour constitutionnelle à la neutralité évolue. Dans l'esprit du Constituant de 1988, la neutralité « se fonde sur une reconnaissance et une appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes et, la dépassant, met l'accent sur les valeurs communes »⁷⁷. En 2011, la Cour met l'accent sur la reconnaissance de la diversité des opinions : « dans certaines circonstances, la neutralité peut obliger l'autorité compétente à prendre des mesures visant à garantir la "reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes" dans l'enseignement communautaire » (B.15.). En 2020, cet objectif de la reconnaissance de la diversité demeure mais il est complété par celui de « préserver "l'accent sur les valeurs communes" » (B.17.6.). Ces « valeurs communes » n'étaient évoquées qu'une seule fois, pour mémoire, par la Cour en 2011 (B.9.5.) alors qu'elles sont citées six fois dans l'arrêt de 2020, pour justifier la nécessité de prendre des mesures, en l'occurrence l'interdiction d'arborer des signes convictionnels (B.17.5. ; B.17.6. ; B.18.1. ; B.18.2. ; B.24.1. ; B.25.6.).

Entre les deux arrêts avait surgi la controverse relative aux lois française et belge « anti-burqa ». Dans son arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, la Cour constitutionnelle a considéré que « l'individualité de tout sujet de droit d'une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage, qui en constitue un élément fondamental (...). Dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un tel vêtement, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique » (B.21.). L'on se souviendra que la Cour européenne des droits de l'homme n'a toléré les lois « anti-burqa » que « dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du "vivre ensemble" »⁷⁸.

(69) La Cour était également interrogée sur le respect de l'article 23 de la Constitution, qui garantit le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. Elle a toutefois estimé que cet article appelait le même contrôle de proportionnalité que celui mené dans le cadre de la liberté religieuse (B.31.).

(70) Note explicative du gouvernement (Doc. parl., Sénat, sess. extraord. 1988, n° 100-1/1^o, pp. 2-3), citée dans l'arrêt de 2011 (B.9.2.) et dans l'arrêt de 2020 (B.17.2.).

(71) Voy. P. BLAISE et V. DE COOREBYTER, « L'islam et l'école. Anatomie d'une polémique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1990/5, n° 1270-1271 ; B. BLÉRO, « Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école. L'interdiction du foulard isla-

mique face à la liberté de religion », *op. cit.*, p. 3 ; E. BREMS, « Geen doekjes winden om integratie : over de houding van recht en beleid tot de islamitische hoofddoek », *T.V.R.*, 1997/4, pp. 351-373, spécialement pp. 356-360.

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

(73) Voy. X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement et communautaire française », *op. cit.*, pp. 135-136 ; M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commen-

taire de deux arrêts engagés », *op. cit.*, pp. 602-603.

(74) Lors des travaux préparatoires du décret de 2003, un député exigea par deux fois une réponse claire quant à l'incidence du décret sur le port du foulard islamique (Rapport de la Commission, Doc. parl., P.C.F., 2003-2004, n° 456/3, p. 12 ; C.R.I., séance plénière du mardi 9 décembre 2003, 2003-2004, n° 4, p. 54). Il ne lui fut pas répondu.

(75) Rapport fait au nom de la Commission de l'enseignement sur la proposition devenue le décret du 31 mars 1994, Doc. parl., P.C.F., 1993-94, n° 143/2, p. 5.

(76) En ce sens, M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », *op. cit.*, pp. 603-604 ;

G. NINANE, et J. RINGELHEIM, « La neutralité de l'enseignement officiel », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, *op. cit.*, pp. 139-241, spécialement p. 238 ; J. VERNIMMEN, « Het "hoofddoekenverbod" op scholen gelegitimeerd : een Catch-22 voor hijabi's », *T.J.K.*, 2020/3, pp. 176-185, spécialement pp. 180-181.

(77) Note explicative du Gouvernement (Doc. parl., Sénat, sess. extraord. 1988, n° 100-1/1^o, pp. 2-3), citée dans l'arrêt de 2011 (B.9.2.) et dans l'arrêt de 2020 (B.17.2.).

(78) C.E.D.H., gr. ch., 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, § 142 ; arrêts du 11 juillet 2017, *Belcacemi et autres c. Belgique*, § 49, et *Dakir c. Bel-*

L'impérieuse nécessité de découvrir son visage pour préserver la vie en société a pris récemment un sérieux coup sur la tête. Peut-être l'obligation de porter le masque « anti-Covid »⁷⁹ est-elle tolérée car elle est imposée à tout le monde et ne rompt donc pas l'uniformité de la société ? Quoi qu'il en soit, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la préservation des « valeurs communes » prend irrémédiablement le pas sur la promotion de la diversité. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme, « a souligné qu'une société démocratique saine devait tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité, et qu'il est important qu'une personne qui a fait de la religion un axe majeur de sa vie puisse être en mesure de communiquer ses convictions à autrui »⁸⁰.

16. Par ailleurs, comme le relevait déjà Bernard Blero, la logique du système constitutionnel belge incline celui-ci vers la neutralité inclusive⁸¹. Ainsi, il est difficile, alors que la Constitution impose l'organisation de cours de religion engagés dans les établissements officiels, de prétendre y appliquer la doctrine française de l'école sanctuaire où les élèves sont « préservés des pressions qui peuvent résulter des manifestations ostensibles des appartenances religieuses »⁸². Bernard Blero invoque également les dispositions de l'article 24 de la Constitution qui requièrent que l'enseignement soit donné dans le respect des libertés et des droits fondamentaux des élèves et des étudiants.

L'on peut y ajouter que la démocratie belge est construite sur le modèle consociatif qui magnifie le pluralisme⁸³. Lors de la Constituante de 1988, il fut affirmé à diverses reprises que la définition « nationale » de la neutralité pouvait évoluer « dans le sens d'une neutralité "positive" et d'une conception pluraliste plus moderne »⁸⁴.

UNIA déduit de l'accord de coopération l'instituant, qui lui confie la mission « de promouvoir l'égalité des chances prenant en considération la diversité dans notre société et de combattre toute forme de discriminations, de distinction, d'exclusion (...) fondée sur (...) la conviction religieuse ou philosophique »⁸⁵, que ses actions doivent contribuer à « la participation égale et inclusive de chacune dans tous les secteurs de la société (...) ». La participation inclusive implique un modèle de société où la diversité se construit dans des espaces communs, partagés et respectueux de chacun ». Parmi ses objectifs figure la promotion de son « approche des signes et des pratiques convictionnels au regard des libertés de conscience et de religion »⁸⁶.

Ici encore, il est dommage que l'arrêt de la Cour dispense le législateur, voire le Constituant, de s'exprimer. À cet égard, souvenons-nous que l'un des principaux arguments des promoteurs de l'inscription de la laïcité dans la Constitution était de permettre le passage à une neutralité exclusive, qui ne correspond pas à la culture constitutionnelle actuelle⁸⁷.

17. L'interprétation restrictive de la distinction indirecte et la définition exclusive de la neutralité adoptées par les juridictions suprêmes européennes résulte peut-être, à tout le moins partiellement, de la conception qu'elles se font des pratiques religieuses.

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui se fonde sur la formulation de l'article 9 de la Convention, la Cour constitutionnelle distingue dans la notion de religion « le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions », et « le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse », précisant : « alors que le droit d'avoir des convictions religieuses (*forum internum*) est absolu, le droit de manifester sa foi religieuse (*forum externum*) peut être soumis à des restrictions, dans les limites fixées par l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme » (arrêt de 2020, B.22.2.). Toujours dans le sillage de la Cour strasbourgeoise, elle part « du principe qu'une interdiction de porter des signes religieux dans un établissement d'enseignement constitue une ingérence dans l'exercice du droit de manifester ses convictions religieuses » (B.22.3.). Le port d'un signe convictionnel constitue donc une manifestation de sa foi religieuse.

La notion de « manifestation » est polysémique. Manifester, peut tout simplement vouloir dire : laisser apparaître, sans volonté de communiquer et encore moins de convaincre. Mais le verbe peut également viser l'expression d'une conviction en vue de la partager, éventuellement dans une optique prosélyte. Le même débat agite les juristes français, confrontés à l'interdiction d'un signe « ostensible » établie par la loi du 15 mars 2004 « encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics ». « Ostensible » signifie « non caché » mais n'implique « pas une intention d'être remarqué par les autres ni un caractère revendicatif »⁸⁸. Mathilde Philip-Gay constate que l'on assiste toutefois à un glissement sémantique vers le qualificatif « ostentatoire », qui « est perçu comme une manifestation outrancière et importune d'une croyance, d'un rite ou d'un degré de pratique religieuse »⁸⁹.

Dans le même temps, il paraît plus facilement admissible de restreindre, voire d'interdire, la manifestation d'une conviction puisqu'il n'est pas porté atteinte à la conviction elle-même.

Il est toutefois permis de se demander si, pour toutes les religions, certains prescrits vestimentaires relèvent bien exclusivement du *forum externum* ou s'ils ne participent pas du *forum internum* en ce que la pratique concernée est vécue comme imposée par la religion. C'est l'interpellation que lance l'ancien président de l'Institut universitaire européen de Florence et actuel titulaire de la chaire Jean Monnet de l'Union européenne à la faculté de droit de l'Université de New York, le professeur Joseph Weiler, à la Cour de justice suite à l'arrêt *Achbita* : « accordez-moi qu'il existe, phénoménologiquement parlant, une dif-

gique, § 51. Voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection des droits fondamentaux ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERD (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, op. cit., pp. 739-793, spécialement pp. 769-770 ; S. WATTIER, « La femme qui porte le voile : figure paradigmatique de la vulnérabilité ? », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (dir.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? - Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 411-416, spécialement p. 414.

(79) Voy. par exemple l'arrêt du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 août 2020 portant l'obligation de porter un masque à tout moment sur le domaine public et tout lieu privé mais accessible au public sur l'ensemble du territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. Ce n'est pas l'objet du présent commentaire de s'interroger sur la compatibilité de pareil arrêté avec la loi du 1^{er} juin 2011 vi-

sant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage. À cet égard, voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 68.188 du 27 octobre 2020 sur un projet de venu l'arrêt du gouvernement wallon du 6 novembre 2020 portant exécution de l'article 47/15bis du Code wallon de l'action sociale et de la santé, consultable sur le site du Conseil d'État (www.raadvst-conseil.be/dbx/avis/68188.pdf).

(80) Arrêt S.A.S., § 134, qui renvoie à l'arrêt du 15 janvier 2013, *Eveida et autres c. Royaume Uni*, § 94.

(81) B. BLÉRO, « Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école. L'interdiction du foulard islamique face à la liberté de religion », op. cit., pp. 18-19.

(82) Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Voy. M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2016, pp. 203-222.

(83) Voy. H. DUMONT et X. DELGRANGE, « Le principe du pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit & Société*, 68/2008, pp. 75-108, spécialement pp. 82-86. Dans le même sens, V. DE COOREBYTER, « Comment conclure le débat constitutionnel sur la laïcité ? », *Le Soir*, 17 octobre 2018. Ce texte est reproduit sur le site du Centre de droit public de l'ULB, <https://droit-public.ulb.ac.be/comment-conclure-le-debat-constitutionnel-sur-la-laicite/>.

(84) Déclaration du secrétaire d'État à l'Éducation nationale (N), Rapport de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1988, n° 100-1/2, pp. 62-63.

(85) Article 3, § 1^{er}, a), de l'Accord de coopération du 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

(86) UNIA, « Plan stratégique 2019-2021, Pour plus d'égalité », www.UNIA.be/files/Documenten/Publicaties_docs/Plan_Strategique_2019-2021.pdf. Comme le relève le mémoire déposé devant la Cour constitutionnelle, le plan stratégique est, conformément à l'article 10, § 2, de l'accord de coopération précité, approuvé par son Conseil d'administration.

(87) Voy. X. DELGRANGE, « Faut-il enchâsser la laïcité politique dans la Constitution belge », in X. DELGRANGE (dir.), « Les débats autour de l'inscription de la laïcité politique dans la Constitution belge », *Cahier du CIR*, n° 4, juillet 2020, pp. 3-76, spécialement pp. 44-48, www.circ.usaintlouis.be/la-recherche/home-v3/les-cahiers-du-circ/.

(88) M. PHILIP-GAY, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *Revue française de droit administratif*, 2018, pp. 613-623, spécialement p. 613.

(89) *Ibidem*.

férence entre le souhait de manifester son identité religieuse, et la pratique et le respect de cette dernière. Ou, autrement dit, entre interdire à quelqu'un de manifester son identité religieuse, et forcer cette personne à violer les normes religieuses qu'elle considère comme sacrées ». Or Mme Achbita a été licenciée « non pas parce qu'elle persistait dans son souhait de manifester sa foi, mais parce qu'elle persistait dans son souhait de pratiquer ce qu'elle, en tant que femme adulte, [tient], pour être [son] devoir, selon la loi religieuse ».

Joseph Weiler met en exergue la spécificité du christianisme par rapport aux deux autres religions du Livre : « L'on parle souvent de la "tradition judéo-chrétienne" comme si les deux religions étaient sœurs. En réalité, pour les questions qui nous intéressent, les religions sœurs sont l'islam et le judaïsme, dans la mesure où, dans les deux cas, la présence de Dieu est avant tout matérialisée par une constellation dense de normes de comportement issues du commandement divin — *Nomos* — qui accompagne le croyant du réveil jusqu'au coucher, à travers des codes vestimentaires, alimentaires, concernant le travail ou bien encore les relations amoureuses. *Sharia* et *Halakha* sont, à ce titre, remarquablement similaires, et se distinguent du christianisme qui a connu la révolution de saint Paul (...). Dans l'ensemble, la chrétienté a renoncé à la multitude de pratiques rituelles caractérisant les *Nomos* juif et islamique. C'est avant tout une religion du cœur. Dans ces conditions, votre chrétienté ne se manifeste pas par ce que vous portez, mangez, etc., mais par la manière dont vous vous comportez (...) ».

Joseph Weiler explique l'incompréhension des juridictions européennes à l'égard de la nécessité de distinguer la pratique de la manifestation par l'eurocentrisme qui les caractérise : « je peux comprendre pourquoi la Cour — en toute bonne foi — est peu encline à établir la distinction manifester/pratiquer la foi religieuse, et ne la mentionne ni même ne la rejette. Ce n'est pas surprenant, puisque cet aveuglement est le fruit de deux puissantes forces civilisationnelles souvent en opposition, mais combinées ici pour traiter les susceptibilités contemporaines sur ces questions. Ces deux forces sont la révolution chrétienne de Jésus et saint Paul, et la tradition laïque de la Révolution française ».

Joseph Weiler précise encore que « le droit de pratiquer et respecter une religion n'est pas sacré au sein de nos ordres constitutionnels et de nombreuses instances écartent les préceptes religieux au nom de valeurs sociales supérieures — telles par exemple la prohibition des mutilations sexuelles féminines pratiquées pour des motifs religieux. Néanmoins, lorsque l'on écarte des droits fondamentaux comme la liberté religieuse, l'on peut s'attendre à ce que cela soit justifié par une valeur concurrente significative »⁹⁰.

Peut-on voir se dessiner une évolution dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui prendrait davantage en compte cette distinction entre la pratique et la manifestation de sa foi ? Dans son arrêt *S.A.S.*, la Cour relève que, à la suite de la loi « anti-burqa », les femmes concernées « se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie » (§ 139 ; voy. aussi les §§ 146 et 153). Le port du foulard n'est donc plus seulement une manifestation de leurs convictions religieuses mais un élément de leur identité. La Cour se dit également « 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. Elle observe, à ce titre, la variabilité des conceptions de la vertu et de la décence appliquées au dévoilement des corps » (§ 120).

18. Peut-être est-ce parce que sa composition universelle la protège de cet eurocentrisme que le Comité des droits de l'homme des Nations unies veille-t-il avec davantage de vigilance à la protection des pratiques religieuses. Ainsi, dans sa communication condamnant la loi française qui interdit le port de signes convictionnels à l'école, le Comité « prend note des affirmations de l'auteur, non contestées par l'État partie, selon lesquelles, pour les hommes sikhs, le *keski* ou turban n'est pas simplement un signe religieux mais une composante essentielle de leur identité et un précepte religieux obligatoire. Il note également que l'État partie explique que l'interdiction du port de signes religieux concerne uniquement les signes et tenues qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse, qu'elle ne s'applique pas aux signes religieux discrets et que le Conseil d'État rend des décisions à ce sujet au cas par cas. Toutefois, le Comité considère que l'État partie n'a pas donné de preuves convaincantes qu'en portant son *keski* l'auteur aurait présenté une menace pour les droits et libertés des autres élèves ou pour l'ordre au sein de l'établissement scolaire »⁹¹. Ce passage trahit l'incapacité de l'État français de mesurer l'ampleur de l'atteinte à la liberté religieuse qu'il inflige en interdisant une pratique correspondant à un précepte religieux obligatoire.

Dans ses observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Belgique, rendues fin 2019, le Comité des droits de l'homme des Nations unies se dit « préoccupé par l'interdiction du port de symboles religieux au travail, dans certains organismes publics, et par des enseignants ou étudiants dans des établissements scolaires publics, ce qui pourrait entraîner un effet de discrimination et de marginalisation de certaines personnes appartenant à des minorités religieuses ». Il estime dès lors que « l'État partie devrait réexaminer sa législation relative au port de symboles et vêtements religieux dans les espaces publics, les lieux de travail et les écoles, conformément à ses obligations découlant du Pacte, concernant notamment la liberté de pensée, de conscience et de religion ainsi que l'égalité devant la loi »⁹².

Début 2019, le Comité des droits de l'enfant s'est dit « préoccupé par les informations selon lesquelles les écoles sont autorisées à interdire le port de symboles religieux, tels que le voile islamique, ce qui est source de stigmatisation et de discrimination à l'égard des enfants, en particulier les filles de confession musulmane, et peut avoir une influence sur leur choix d'école, d'études et d'emploi. Il recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les enfants puissent jouir pleinement de leur droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et de leur droit de ne pas faire l'objet de discrimination »⁹³.

En 2019 toujours, la Belgique a dû soumettre son cinquième rapport périodique en application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. L'on peut y lire : « il n'existe aucun cadre réglementaire et juridique en Communauté française relatif au port du voile au sein des universités/hautes écoles. Il est communément admis qu'il y a une tolérance à l'égard du voile dans ces établissements ; néanmoins les règlements des études (propre à chaque établissement) peuvent prévoir des interdictions pour des activités spécifiques pour des raisons pédagogiques et/ou de sécurité »⁹⁴. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est dit préoccupé du « risque de décrochage scolaire causé par l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements scolaires publics ». Il a donc recommandé à l'État belge « de prévenir tout effet négatif sur l'accès à l'éducation de l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements scolaires publics et privés »⁹⁵.

La Cour constitutionnelle n'a nullement pris en compte ces observations convergentes des organes onusiens. Elle y était toutefois invitée

(90) J.H.H. WEILER, « Je suis Achbita ! À propos d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur le hijab musulman - Cour de justice de l'Union européenne, 14 mars 2017, n° C-157/15 », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, p. 85. Pour un commentaire de cet article, voy. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Nous sommes Achbita », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019/1, pp. 105-116, spécialement pp. 110-112.

(91) Comité des droits de l'homme des Nations unies, Communication

n° 1852/2008 du 1^{er} novembre 2012, *Bikramjit Singh c. France*, CCPR/C/106/D/1852/2008. Voy. X. DELGRANGE, « Les Cours suprêmes à l'épreuve du foulard islamique en milieu scolaire », *op. cit.*, pp. 10/26 et 14/26.

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

6&Lang=Fr.

(93) Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques (CRC/C/BEL/CO/5-6), 28 février 2019, n° 21, p. 5, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/BEL/CO/5-6&Lang=Fr.

(94) Cinquième rapport périodique soumis par la Belgique en application des articles 16 et 17 du Pacte, attendu en 2019 (E/C.12/BEL/5), 27 février

2020, n° 275, p. 34, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FBEL%2F5&Lang=en.

(95) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Belgique (E/C.12/BEL/CO/5*), 26 mars 2020, p. 9, n° 57, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/BEL/CO/5&Lang=en.

tant par les parties requérantes que par UNIA. À peine ces arguments sont-ils évoqués dans les points A (A.10.1 ; A.13.3.3.). Les Pactes ONU ne sont pas intégrés parmi les normes de références sur lesquels la Cour a fondé son arrêt.

Pourtant, dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes rappelaient cette déclaration du Premier président de la Cour de cassation française, Bertrand Louvel, faite en 2018 : « les cours européennes ne sont pas les seules gardiennes des libertés dont les appréciations interpellent notre Cour de cassation. Par exemple, un organisme international en principe non juridictionnel a aussi reçu cette mission de gardien des droits fondamentaux qui lui permet de constater une divergence avec notre Cour. Il s'agit du Comité des droits de l'homme des Nations unies qui, au cœur de l'été encore, le dix août dernier, a constaté que notre assemblée plénière elle-même avait méconnu des droits fondamentaux reconnus par le Pacte international des droits civils et politiques dans l'affaire connue sous le nom de Baby Loup. Même si cette constatation n'a pas, en droit, de force contraignante, l'autorité qui s'y attache de fait constitue un facteur nouveau de déstabilisation de la jurisprudence qui vient perturber, aux yeux des juges du fond, le rôle unificateur de notre Cour, qui plus est au niveau le plus élevé de son assemblée plénière. C'est pourquoi, il nous faut réfléchir en permanence à de nouveaux mécanismes nécessaires pour intégrer les directives croissantes d'origines diverses, et pas toujours cohérentes, que reçoit notre Cour, et qui, encore une fois, exercent nécessairement une incidence forte sur la motivation de ses arrêts »⁹⁶.

Effectivement, dans sa communication condamnant la loi française de 2004 prohibant les signes convictionnels à l'école, le Comité des droits de l'homme rappelait qu'en « adhérant au Protocole facultatif l'État partie a reconnu que le Comité avait compétence pour déterminer s'il y avait eu ou non violation du Pacte et que, conformément à l'article 2 du Pacte, il s'est engagé à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction les droits reconnus dans le Pacte et à assurer un recours utile et exécutoire lorsqu'une violation a été établie ». La Belgique a également adhéré à ce protocole facultatif par une loi du 16 mars 1994. Dans l'exposé des motifs, le gouvernement de l'époque expliquait que la Belgique avait tardé à ratifier ce Protocole car à l'époque de la ratification du Pacte, le Comité des droits de l'homme n'avait pas encore fait ses preuves. Quinze ans plus tard, ayant analysé et évalué attentivement ses activités, le gouvernement belge fut rassuré, si bien que la Belgique s'est soumise au contrôle du Comité⁹⁷. Comme le relève Sébastien Van Drooghenbroeck, la vision classique, opposant de manière binaire la « *hard* jurisprudence » émanant notamment de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, à la « *soft* jurisprudence » produite notamment par les organes onusiens, est « en passe d'être largement dépassée par les "métissages juridiques" auxquels se livre entre autres la Cour européenne des droits de l'homme à doses sans cesse plus élevées », métissages consistant à prendre en compte cette « *soft* jurisprudence » dans ses arrêts, ce qui en augmente « significativement le "punch" juridique »⁹⁸.

La Cour constitutionnelle n'ayant pas examiné la validité de l'interdiction du port de signes convictionnels au regard des Pactes ONU combinés avec l'article 24 de la Constitution, il appartient au juge du fond de procéder à cet examen en application de la jurisprudence *Le Ski*. Sébastien Van Drooghenbroeck insiste : « il importe que les juges nationaux "anticipent" les décisions que (les juridictions internationales) pourraient rendre à l'encontre de leurs États respectifs et, par voie de conséquence, interprètent eux aussi les instruments invoqués devant eux en se livrant, à leur tour, à de tels métissages juridiques »⁹⁹. Il y a

fort à parier qu'en cas de validation du règlement dont le tribunal doit apprécier la validité, sans un contrôle de proportionnalité effectif, dans l'hypothèse où les requérantes pousseraient jusqu'à Genève, la Belgique recevrait la même admonestation que la France.

19. Si, contrairement à ce qu'il semble se déduire de son jugement du 9 mai 2018 (voy. ci-avant, n° 10) le tribunal devait considérer que l'article 3 du décret de 1994 procure un fondement légal au règlement d'ordre intérieur interdisant le port de signes convictionnels par les étudiants, il faudrait donc encore procéder à un contrôle de proportionnalité de la mesure.

Très subtilement, la ville de Bruxelles arrime de manière aussi serrée que possible l'interdiction de porter des signes convictionnels au projet pédagogique, entendant ainsi échapper à tout contrôle de proportionnalité : l'interdiction ne vise pas à répondre à des troubles liés à la manifestation de croyances religieuses, « la volonté de créer un environnement éducatif totalement neutre est un des éléments centraux de son projet pédagogique et s'analyse comme une véritable "marque de fabrique" éducative ». La Cour semble lui donner raison : « dans l'interprétation soumise à la Cour, [l'article 3 du décret "neutralité"] permet à l'instance compétente pour établir le règlement intérieur d'un établissement d'enseignement de décider, à la lumière du concept d'enseignement préconisé ou des circonstances concrètes, si une telle interdiction est ou non indiquée ou nécessaire pour garantir la "reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes" et "l'accent sur les valeurs communes" » (B.18.2. ; *adde* B.23.3.). Il suffirait donc que la Haute École estime l'interdiction nécessaire ou simplement indiquée pour qu'elle soit considérée comme respectant la Constitution.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la Cour est exclusivement chargée d'apprécier la validité, en l'espèce la proportionnalité, d'une disposition législative, mais non d'un acte administratif, soumis au contrôle du Conseil d'État et/ou des juridictions judiciaires. La Cour effectue sa part du travail, quoi que de manière lapidaire et sommaire : « en ce qu'elle permet à l'instance compétente d'un établissement d'enseignement qui appartient à l'enseignement officiel et qui relève de l'application du décret du 31 mars 1994 de prévoir, au moyen du règlement intérieur, l'interdiction mentionnée dans la question préjudicielle, la disposition en cause répond à un besoin social impérieux, à savoir la mise en œuvre d'un projet pédagogique trouvant son fondement dans une conception déterminée de la neutralité de l'enseignement officiel qui n'est pas incompatible avec la notion constitutionnelle de neutralité » (B.25.8.). Cette habilitation « ne crée pas des effets disproportionnés, eu égard notamment aux objectifs poursuivis par une telle interdiction en ce qui concerne la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre dans l'établissement d'enseignement. Cette disposition n'oblige d'ailleurs pas les instances compétentes des établissements d'enseignement concernés à prévoir une telle interdiction » (B.25.9.).

Il revient donc aux instances compétentes des établissements d'enseignement d'apprécier, sous le contrôle du Conseil d'État et des juridictions judiciaires, la nécessité d'adopter l'interdiction. La Cour rappelle à cet égard que, pour être conforme à la liberté de religion, l'ingérence consistant à interdire de porter des signes convictionnels « doit être prévue par la loi, poursuivre un ou plusieurs des objectifs mentionnés dans cet article et être nécessaire dans une société démocratique, ce qui suppose qu'elle réponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée aux objectifs poursuivis » (B.22.4.)¹⁰⁰.

(96) Discours de Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, 3 septembre 2018, www.courdecassation.fr/venements_59/audiences_installation_68273_septembre_8929/premier_president_40022.html.

(97) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1992-93, n° 980/1, p. 4.

(98) S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? À propos de l'autorité de la "jurisprudence" du Comité des droits de l'enfant », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIEZ et M. NIHOUL (dir.), *Université libre de Bruxelles - Bibliothèque de la Faculté de droit on campus / Multi-société (164.15.1.1)*

L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? - Liber amicorum Jacques Fierens, op. cit., pp. 199-208, spécialement p. 202. Sur la portée des décisions du Comité des droits de l'homme, voy. aussi F. KRENC, « La Belgique "condamnée" pour la première fois par le Comité des droits de l'homme sur fond de lutte contre le terrorisme - Cap sur Genève ? ! », *J.T.*, 2009, pp. 621-629 ; L. HENNEBEL, « Chronique des décisions du Comité des droits de l'homme des Nations unies (2007-2010) », *Rev. Trim. D.H.*, 2011/87, pp. 545-593 ; S. HENNETTE VAUCHEZ, « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Baby Loup*, et quelques réactions qu'elles ont suscitées. », *La Revue des droits de l'homme [Online]*, Actualités Droits-Libertés, septembre 2018, <http://journals.openedition.org/revdh/4643> ; G. GONZALEZ, « Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies en 2018 relatives à la liberté de religion en France », *Revue du Droit des Religions*, 9/2020, pp. 175-187, <https://journals.openedition.org/rdr/1157>.

(99) S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? À propos de l'autorité de la "jurisprudence" du Comité des droits de l'enfant », op. cit., p. 203.

(100) Rudy Vervoort, membre du Collège de la Cocof chargé de la politique de l'enseignement, tire les conséquences suivantes de l'arrêt : « la Cour définit un cadre pour éviter tout prosélytisme. Cela signifie qu'il doit exister un contexte justifiant l'interdiction car le principe de base est la neutralité du service public, mais pas de ses usagers. Autrement dit, dans l'enseignement, les personnes qui prestent au nom de l'État sont as-

20. Deux éléments devraient peser dans la balance. D'une part, l'interdiction du port de signes convictionnels établie par la ville de Bruxelles « est envisagée comme une mesure visant, selon le projet pédagogique basé sur une conception déterminée de la neutralité de l'enseignement officiel, à protéger l'ensemble des étudiants contre la pression sociale qui pourrait être exercée par celles et ceux, parmi eux, qui rendent leurs opinions et convictions visibles » (B.24.2., *adde* B.25.6.). Le Comité des droits de l'homme considère que « le port du foulard ne saurait en soit être considéré comme constitutif d'une acte de prosélytisme »¹⁰¹. Il arrive toutefois que le foulard soit utilisé de manière prosélyte. Mais, dans ce cas, point n'est besoin de prononcer une interdiction générale et préalable puisque les décrets « neutralité » chargent déjà le personnel enseignant de veiller « à ce que sous son autorité ne se développe ni le prosélytisme religieux ou philosophique, ni le militantisme politique organisés par ou pour les élèves »¹⁰². Les travaux préparatoires du décret de 1994 précisent d'ailleurs : « il y a lieu de bien faire la différence entre le prosélytisme religieux ou philosophique ou le militantisme politique, d'une part, et la libre expression individuelle des élèves, d'autre part. Ce n'est pas le rôle de l'école neutre de permettre un prosélytisme actif, mais elle doit permettre aux élèves d'exprimer librement des opinions personnelles [...]. Il est souhaité que le personnel enseignant assume cette obligation avec circonspection, afin qu'elle ne devienne trop réductrice de la liberté d'expression des élèves et n'entrave l'apprentissage d'un engagement personnel. Il ne sert à rien d'informer les élèves sur la pluralité des valeurs s'ils ne peuvent choisir et s'exprimer »¹⁰³.

Quant à l'argument que des étudiants pourraient subir une pression par le seul fait qu'ils seraient confrontés à un signe convictionnel, il ne paraît pas recevable pour plusieurs raisons. La confrontation se déroule dans un établissement d'enseignement qui met au fondement de sa démarche le libre examen et qui « s'engage à développer chez les étudiants (...) des attitudes indispensables telles que la curiosité, la maîtrise de soi, l'esprit critique et la rigueur scientifique »¹⁰⁴. Est-ce en interdisant l'exposition de l'altérité que ces qualités se développeront ? En outre, si l'étudiante risque de ressentir une pression à la seule vue d'un foulard dans l'enceinte protectrice d'une école, comment pourra-t-elle y résister en dehors de celle-ci, par exemple dans la rue¹⁰⁵ ? De toute façon, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « l'on ne saurait tirer de la Convention un droit comme tel à ne pas être exposé à des convictions ou opinions contraires aux siens »¹⁰⁶.

L'autre élément à mettre dans la balance est le fait que cette interdiction est en vigueur dans l'enseignement supérieur et qu'elle s'impose donc à des adultes. Les parties requérantes et UNIA insistaient beaucoup sur la différence essentielle existant entre une interdiction adressée à des élèves mineurs et des étudiants majeurs (A.10.1. ; A.11.4. ; A.12.2.). UNIA rappelait notamment que le fameux rapport Stasi, à l'origine de la loi française de 2004 interdisant les signes convictionnels à l'école, soulignait que « la situation de l'université, bien que faisant partie intégrante du service public de l'éducation, est tout à fait différente de celle de l'école. Y étudient des personnes majeures. L'université doit être ouverte sur le monde. Il n'est donc pas question

d'empêcher que les étudiants puissent y exprimer leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques »¹⁰⁷. Les requérantes soulignaient que l'Observatoire français de la laïcité estime qu'il n'y a pas de raison d'étendre la loi de 2004 aux établissements d'enseignement supérieur¹⁰⁸. Récemment encore, Pierre-Henri Prélot relevait qu'une « interdiction de porter des signes religieux à l'université marquerait une rupture sans précédent avec la tradition d'ouverture et d'accueil qui est au fondement de son universalité »¹⁰⁹. Certes, une haute école ne prétend pas au même degré d'universalité qu'une université. Elle ambitionne néanmoins à une certaine ouverture¹¹⁰.

L'on objectera que, par son arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* de 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a validé l'interdiction du port du voile à l'Université. Elle y fait toutefois preuve d'une grande souplesse pour considérer qu'il n'y a pas consensus en Europe, condition du recours à la marge nationale d'appréciation. Elle constate en effet que, « depuis plus d'une vingtaine d'années, la place du voile islamique dans l'enseignement public suscite en Europe la controverse. Dans la majorité des pays européens, le débat concerne principalement les établissements d'enseignement du primaire et du secondaire. En revanche, en Turquie, en Azerbaïdjan et en Albanie, ce débat tourne non seulement autour de la liberté personnelle mais également de la signification politique du voile islamique. En effet, dans ces trois seuls pays, le port de celui-ci est réglementé dans l'espace universitaire »¹¹¹. Dans un arrêt ultérieur, la Cour met en exergue la relation entre la pression potentielle et l'âge des intéressées : l'interdiction du port du voile sert « notamment à l'objectif légitime de préserver la neutralité de l'enseignement secondaire qui s'adresse à un public d'adolescents susceptibles d'être exposés à un risque de pression »¹¹².

Quoi qu'il en soit, dans son arrêt, la Cour constitutionnelle ne répond nullement aux arguments avancés par les requérantes et la partie intervenante.

Conclusion

21. En 1988, dans le cadre de la communautarisation de l'enseignement, le Constituant étendait les compétences de la Cour constitutionnelle, la chargeant de veiller à ce que la réglementation de l'enseignement évolue dans le respect des principes du Pacte scolaire et en évitant toute discrimination, notamment entre l'enseignement officiel et l'enseignement libre. Pour cela, il fallait que les éléments essentiels de cette réglementation fassent l'objet d'une norme législative. Cette évolution visait à rencontrer des préoccupations politiques, assurer un équilibre des forces laïques et catholiques. Elle générerait également des progrès en termes de transparence et de démocratie puisque les aspects essentiels de la réglementation de l'enseignement, tout comme les limitations aux droits et libertés, seraient adoptés par « une assemblée délibérante démocratiquement élue », selon les mots mêmes de la Cour constitutionnelle¹¹³. La Cour a néanmoins décidé que l'inter-

treintes à la neutralité, mais les étudiants sont libres d'exprimer leurs opinions. C'est le cas depuis longtemps déjà dans nos universités, ce qui n'a jamais posé de problème. Selon ma lecture de cet arrêt pour autant que je le déchiffre correctement, le langage juridique étant parfois abscons —, il faut des circonstances extérieures pour justifier l'interdiction. L'arrêt n'autorise pas une interdiction pure et simple, car cela contreviendrait au principe fondamental de liberté. Celle-ci ne peut être limitée que pour des raisons objectives » (*Compte rendu*, Assemblée de la Cocof, 2019-20, n° 18, séance du 26 juin 2020, p. 16).

(101) Comité des droits de l'homme des Nations unies, communication n° 2662/2015 du 16 juillet 2018, *F.A. c. France*, CCPR/C/123/D/2662/2015, § 8.9. Dans ses arrêts précités, le Conseil d'État va dans le même sens. Voy. X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de

l'enseignement face à la diversité », *op. cit.*, p. 528.

(102) Article 3, alinéa 4, du décret du 31 mars 1994 ; article 5, 3°, du décret du 17 décembre 2003.

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

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

(105) Cet argument était déjà avancé par Paul Ricoeur et Monique Cantosperber pour dissuader le législateur français d'adopter sa loi de 2004 (« Une laïcité d'exclusion est le meilleur ennemi de l'égalité », *Le Monde*, 10 décembre 2003).

(106) C.E.D.H., décision *Appel-Irrgang c. Allemagne* du 6 octobre 2009, n° 45216/07. Cette décision d'irrecevabilité fut renouvelée le 13 septembre 2011 dans l'affaire *Dojan et autres c. Allemagne*, n° 319/

08.

(107) Voy. Commission de réflexions sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport au Président de la République la République, remis le 11 décembre 2003 (par Bernard Stasi, Médiateur de la République), p. 60, 78 p., téléchargeable sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>.

(108) Observatoire de la laïcité, avis sur la laïcité et la gestion du fait religieux dans les établissements de l'enseignement supérieur public, 15 décembre 2015, www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2015/12/avis_laicite_et_gestion_du_fait_religieux_da_ns_enseignement_superieur_public_definitif.pdf.

(109) P.-H. PRELOT, « L'université publique et la laïcité », *A.J.D.A.*, 2017, p. 1375.

(110) Selon le Projet pédagogique, social et culturel de la Haute École

Francisco Ferrer, « par la participation à de nouvelles expériences, la découverte d'autres pratiques et d'autres cultures, et l'enrichissement personnel des individus qu'elle permet, la mobilité est un des piliers de la politique d'ouverture de la Haute École sur le monde entier » (*op. cit.*, p. 11).

(111) C.E.D.H., gr. ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, § 55. Voy. X. DELGRANGE, « Marge ou crevice », *La Revue canadienne Droit et Société*, à paraître.

(112) C.E.D.H., décision du 24 janvier 2006, *Sefika Köse et autres c. Turquie*.

(113) Sans surprise, la formule ne figure pas dans l'arrêt commenté. Elle réapparaît toutefois dans l'arrêt n° 101/2020 du 9 juillet 2020, B.28.2. Sur cette formule, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, G. DELANNAY, et C. HOREVOETS, « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés », *op. cit.*

diction du port de signes convictionnels par les élèves et étudiants, matière se situant pourtant au cœur de l'intersection de ces deux matières dotées d'un principe de légalité renforcé, soit adoptée sans encadrement législatif.

L'arrêt surprend par son audace. Il revient en effet à dispenser le législateur de se prononcer sur une question cruciale, dont on sait qu'elle ferait l'objet d'âpres débats. Or il est généralement admis qu'une juridiction suprême ne s'aventure à se substituer au législateur, en d'autres termes à pratiquer le « gouvernement des juges », que lorsqu'elle estime avoir suffisamment de garanties que la direction qu'elle prend va bien dans le sens du vent, qu'elle exprime la volonté de la majorité des citoyens¹¹⁴. Or rien n'est moins sûr. Des cénacles où débat la société, tels que les Assises de l'interculturalité, UNIA, la Ligue des droits humains, se sont prononcés contre l'interdiction dans l'enseignement supérieur. Les partis politiques affichent leurs divisions, surtout à Bruxelles où s'affrontent une tradition anticléricale pour qui toute intervention de la religion dans la société provoque de l'urticaire et des membres soucieux de prendre en compte l'évolution de l'électorat qui compte désormais un nombre important de musulmans. Bien malin qui pourrait prévoir quelle tendance l'emporterait en cas de débat au grand jour.

22. La Cour avait déjà dévoyé les notions de légalité et de liberté d'enseignement dans son arrêt de 2011. Le crime pouvait bénéficier d'une circonstance atténuante : le législateur décrétal flamand, à la majorité spéciale, avait décidé de confier à « Go ! » le soin de rédiger la déclaration de neutralité. Circonstance atténuante qui doit être atténuée : à l'époque, l'on n'avait jamais envisagé d'intégrer dans la définition de la neutralité, qui s'imposait à l'école et aux enseignants, une limitation aux droits et libertés des élèves. En 2020, la Cour a persévéré dans le dévoiement de principes constitutionnels essentiels mais elle ne peut plus bénéficier d'aucune circonstance atténuante : le Parlement de la Communauté française n'a jamais débattu, à l'occasion des décrets « neutralité », de l'opportunité d'autoriser les autorités scolaires à interdire le port de signes convictionnels par les élèves.

L'arrêt de 2011 n'a pas eu de grandes conséquences puisque le Conseil d'État en a déduit que le règlement adopté par « Go ! » n'avait pas de portée juridique et qu'il lui revenait de s'assurer de la proportionnalité des règlements locaux adoptés par les directions d'écoles¹¹⁵. L'arrêt de 2020 devrait subir le même sort. Il appartient en effet au juge judiciaire de décider si le décret « neutralité » habilite bien les directions d'écoles à inscrire dans leur règlement d'ordre intérieur des interdictions dérogeant au principe de la liberté consacré par ce décret. S'il répond positivement à cette question, il lui reviendra, à l'instar du Conseil d'État, de s'assurer de la proportionnalité de la mesure mais également des sanctions qui pourraient en résulter, ce qui passe par une appréciation concrète de l'attitude des étudiants et de la situation de la Haute École. Ce faisant il devra prendre en compte les obligations que l'État belge s'est imposé en adhérant aux Pactes ONU et en se soumettant au contrôle du Comité des droits de l'homme.

23. Pour rendre son arrêt, la Cour n'a nullement pris en compte ces Pactes ONU ni les recommandations adressées par les organes onusiens à l'État belge. Ces éléments étaient pourtant largement dévelop-

pés par les mémoires des requérantes et de la partie intervenante UNIA. La Cour n'a pas davantage pris en compte la particularité, mise en exergue par les mêmes, que l'interdiction s'applique dans l'enseignement supérieur et frappe donc des étudiantes majeures. Dans ces circonstances, le procès a-t-il été équitable et le recours effectif, au sens des articles 6 et 13 de la Convention ? La Cour constitutionnelle le rappelle lorsqu'elle s'adresse aux juridictions judiciaires et administratives : « la motivation des décisions judiciaires constitue une garantie essentielle contre l'arbitraire. L'État de droit et la lutte contre l'arbitraire servent à asseoir la confiance de l'opinion publique dans une justice objective et transparente, l'un des fondements de toute société démocratique (...). Il résulte du droit à un procès équitable, conformément au principe de bonne administration de la justice, que les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent »¹¹⁶. Marc Verdussen rappelle que la motivation d'un arrêt de la Cour constitutionnelle « doit refléter le caractère délibéré et argumenté de la décision. Elle doit aussi révéler les choix herméneutiques et axiologiques qui ont nourri le raisonnement des juges. C'est au cœur de leurs discussions, de leurs options et de leurs réflexions que les juges doivent nous mener »¹¹⁷. En développant une motivation contradictoire relativement aux implications du principe de légalité, les juges semblent davantage révéler leurs dissensions que proposer une solution argumentée. Aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, pour être conforme à l'article 6.1. de la Convention, « si un tribunal n'est pas tenu d'apporter une réponse détaillée à chaque moyen soulevé, il doit ressortir clairement de la décision que les questions essentielles soulevées en l'espèce ont été abordées et qu'une réponse spécifique et explicite a été donnée aux moyens décisifs pour l'issue de la procédure en cause »¹¹⁸. En ne prenant pas en compte les Pactes ONU et la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, en ne répondant pas à l'argument que l'interdiction frappe des étudiants adultes et non pas des élèves mineurs, l'arrêt ne satisfait pas à ces exigences.

Afin d'assurer une plus grande transparence s'agissant de la prise en compte par la Cour des questions essentielles soulevées par les parties et de pouvoir vérifier que l'arrêt apporte une réponse spécifique et explicite aux moyens décisifs soulevés, on pourrait imaginer que, préalablement à la publication de l'arrêt, les points A de celui-ci soient soumis aux parties. Ou, plus simplement, la Cour pourrait publier sur son site les différents mémoires, ce qui éclairerait grandement le lecteur désireux de procéder à une analyse approfondie d'un arrêt. C'est ce que faisait la Cour européenne des droits de l'homme dans la série B de ses recueils¹¹⁹. Lorsque la Cour fut inondée de requêtes, cette pratique fut abandonnée. Mais le nombre d'arrêts rendus par la Cour constitutionnelle et l'évolution des moyens informatiques devraient permettre à la Cour de procéder à cette publication. Elle s'inspirerait en cela de la Cour internationale de Justice et du Conseil constitutionnel français¹²⁰.

Xavier DELGRANGE

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État,
Maître de conférences à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
et à l'Université Libre de Bruxelles

p. 30 ; X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection des droits fondamentaux ? », *op. cit.*, pp. 748-751.

(114) « si le juge se laisse guider par les valeurs communément admises par la société, c'est-à-dire le code des valeurs dominant, on estimera qu'il reste dans son rôle qui est de dire le droit. Si, en revanche, il lui arrive de faire valoir ses propres idéaux, voire ses intérêts corporatistes, s'il agit en quelque sorte comme un électron libre ou un justicier qui se sent investi de la mission de faire changer ou de devoir devancer l'opinion publique, on dira alors que le juge commet une "transgression" et qu'il y a "gouvernement des juges" » (S. BRONDEL, Université Libre de Bruxelles - Bibliothèque de la Faculté de droit on campus / Multi-société (164.15.1.1) Interdiction du voile dans l'enseignement supérieur : la Cour constitutionnelle, substitut d'un législateur paralysé www.stradalex.com - 22/11/2022

N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING, « Introduction. D'un non-sujet vers un concept scientifique ? », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 18.

(115) L'on relèvera toutefois que ces arrêts sont à leur tour ignorés par les autorités flamandes (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « En guise de conclusion. Le juge, sujet gouvernant ou objet gouverné ? », in M. CADELLI et J. ENGLEBERT (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 209-223, spécialement pp. 221-222.

(116) C. const., 19 septembre 2019, n° 120/2019, B.11.2.

(117) M. VERDUSSEN, « La Cour

constitutionnelle dans l'espace politique : tiers pouvoir et contre-pouvoir », in M. CADELLI et J. ENGLEBERT (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, *op. cit.*, pp. 97-117, spécialement p. 110.

(118) C.E.D.H., « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », 31 décembre 2019, pp. 34-35, § 168, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf. Au terme d'une analyse systématique de la jurisprudence strasbourgeoise, Paul Lemmens conclut : « het door het Europees Hof uitgeoefende toezicht is reëel, maar beperkt zich in hoofdzaak tot het verifiëren of er wel redenen zijn die de beslissing kunnen schragen, en of de

beslissing wel een antwoord bevat op de middelen die pertinent zijn en een invloed kunnen hebben op de beoordeling van het geschil » (« De motivering van rechterlijke beslissingen als element van het eerlijk proces », *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2010, pp. 575-584, spécialement p. 584).

(119) Voy. J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 1014, n° 1180.

(120) Voy. sur le site de la Cour internationale de justice, l'onglet « affaires contentieuses », www.icj-cij.org/fr/affaires-contentieuses ; sur le site du Conseil constitutionnel, l'onglet « décisions », www.conseil-constitutionnel.fr/decisions.