

# FOULARD À L'ÉCOLE : LE CONSEIL D'ÉTAT CLÔT LA SAGA CAROLORÉGIENNE<sup>1</sup>

Commentaire de l'arrêt n° 223.042 du 27 mars 2013

par

Mathias EL BERHOUMI  
Professeur invité à l'Université Saint-Louis

– C.E. (A.G.), ARRÊT N° 223.042, DU 27 MARS 2013,  
**DÉPERSONNALISÉ**

R. Stevens, D. Verbiest, M. Leroy, A. Vanderdriessche, O. Daurmont, J. Vanhaeverbeek, P. Lewalle, D. Moons, J. Lust, G. Vanhaegendoren, C. Debroux, I. Kovalovszky, P. Lefranc, J. Clement, P. Vandernacht, M. Pâques, S. De Taeye, L. Cambier, P. Barra, D. Déom, P. Sourbron, D. De Roy.

Plaid. : J.-Cl. Derzelle, R. Bruno, J. Sautois.

**Droits et libertés – Légalité – Sens matériel et sens formel de la notion de « loi »**

**Droits et libertés – Neutralité de l'enseignement – Respect des convictions des élèves**

**Droits et libertés – Liberté religieuse – Droits fondamentaux des fonctionnaires – Signes religieux ostentatoires – Port du foulard à l'école**

**Droits et libertés – Égalité et non-discrimination – Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 – Non-nécessité de poser des questions préjudicielles à la CJUE**

*Combiné avec le décret « missions » du 24 juillet 1997, le décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté habilite les pouvoirs organisateurs à préciser les obligations et devoirs concrets qui pèsent sur leur personnel. L'intervention de ces pouvoirs organisateurs peut constituer une ingérence dans l'exercice de la liberté religieuse. Toutefois, le règlement adopté par la ville de Charleroi est une « loi » au sens de l'article 9, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire*

*une norme suffisamment prévisible et accessible, alors que l'article 19 de la Constitution n'exige pas qu'il faille une loi au sens formel pour limiter l'exercice de la liberté qu'il garantit.*

*Les buts poursuivis par la mesure litigieuse sont d'une part, d'assurer la neutralité de l'enseignement en faveur des élèves et de leurs parents et d'autre part, de faire bénéficier les élèves de la connaissance de la pluralité des valeurs qui constituent l'humanisme contemporain. Ils sont légitimes. L'interdiction litigieuse est générale, abstraite, non discriminatoire (toutes les convictions sont visées) et limitée dans le temps, à l'exercice des fonctions. L'ingérence dans la liberté de religion des professeurs répond à la nécessité d'assurer aux élèves un enseignement le plus objectif qui soit en laissant à chacun le soin de se forger sa propre opinion. Les droits fondamentaux ayant pour but primordial de protéger les droits de la personne humaine contre les abus de pouvoir des organes de l'autorité, un agent des services publics, comme un enseignant dans l'enseignement officiel, ne peut invoquer un droit fondamental pour justifier la méconnaissance des droits et libertés fondamentaux des citoyens, en l'espèce, des élèves et de leurs parents.*

*La mesure litigieuse ne vise ni la requérante ni le port du voile. Il s'agit d'un règlement qui vise les enseignants dépendant d'un pouvoir organisateur et qui, sur la base d'un critère objectif et justifié par la nature des fonctions à exercer et des cours à dispenser, établit des obligations différentes, en matière de port de signes convictionnels visibles, entre d'une part, les enseignants de cours de religion et de morale et d'autre part, les professeurs de cours généraux. Le critère utilisé – « le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique » – est également apparemment neutre. La distinction en cause est donc une distinction indirecte. Cette distinction n'entraîne pas de discrimination. En effet, la mesure litigieuse*

<sup>1</sup> L'auteur remercie vivement Sébastien van Drooghenbroeck, professeur à l'Université Saint-Louis, de lui avoir fait profiter de ses précieuses lumières.



*n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi qui est légitime.*

\*  
\* \*

## EXTRAITS DE L'ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT

« (...) »

### IV. OBSERVATIONS LIMINAIRES

*IV. 1. Dans son dernier mémoire, la requérante fait des observations liminaires qui ne donnent pas lieu à des observations distinctes de celles faites, ci-après, à l'occasion de l'examen des moyens.*

*IV. 2. Une précision s'impose d'emblée : il y a lieu de distinguer le "prosélytisme" du "port d'un signe convictionnel". En d'autres termes, le port d'un signe convictionnel n'emporte pas par lui-même un comportement prosélyte (ou selon le cas, militant).*

*Il s'agit dans le présent litige qui est soumis au contrôle du Conseil d'État, d'avoir égard, en toute hypothèse, au fait :*

*– que c'est un règlement et non une décision individuelle qui est attaqué : le comportement de la requérante n'est aucunement sujet à appréciation en l'espèce ;*

*– les décrets de la Communauté française ainsi que l'acte attaqué visent la neutralité en toutes matières : religieuses, philosophiques et politiques et ne règlent en aucune façon ce qui a trait à une religion en particulier.*

*IV. 3. Dans son dernier mémoire, la requérante renonce aux troisième, quatrième et cinquième moyens. Seuls les premier, deuxième et sixième moyens sont donc examinés ci-après.*

### V. PREMIER MOYEN

(...)

#### V. 2. Décision du Conseil d'État

*V.2.1. L'examen ci-après, au point V.2.2., concerne le fondement légal de l'acte attaqué.*

*V.2.2. L'article 24, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la Constitution dispose que "La Communauté organise un enseignement qui est neutre [...]".*

*Le paragraphe 5 de cette même disposition prévoit que "L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté sont réglés par la loi ou le décret".*

*Pour ce qui concerne la Communauté française, la neutralité et la mise en œuvre de celle-ci*

*sont définies et organisées par deux décrets : le décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté et le décret du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement.*

*En vertu de ces décrets, tous les pouvoirs organisateurs de l'enseignement officiel et de l'enseignement libre subventionné non confessionnel sont habilités à mettre en œuvre le principe décretaal de neutralité. Il s'agit d'une obligation pour les établissements d'enseignement dont le pouvoir organisateur est la Communauté française. Pour les autres établissements d'enseignement, l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret susvisé du 31 mars 1994 dispose que "tout pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné ou libre subventionné non confessionnel [qui a adhéré] aux principes [de pluralisme et de neutralité]" met ceux-ci en œuvre selon les règles fixées par les décrets.*

*Aux termes de l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret précité du 31 mars 1994, "La Communauté française, en sa qualité de pouvoir organisateur, ainsi que les pouvoirs organisateurs visés à l'article 7 qui adhèrent aux principes du présent décret, inscrivent une référence explicite au présent décret dans leur projet éducatif tel que visé au chapitre VII du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre et reproduisent au moins les principes et garanties énoncés aux articles 1<sup>er</sup> à 5".*

*Cette disposition prévoit donc expressément que le projet éducatif reproduit "au moins" les principes et garanties énoncés aux articles 1<sup>er</sup> à 5 du décret et en même temps habilite le pouvoir organisateur à définir, selon les termes de l'article 63 du décret susvisé du 24 juillet 1997, l'ensemble des valeurs, des choix de société et des références permettant d'atteindre ses objectifs éducatifs. Les différentes autorités publiques, dont les pouvoirs organisateurs d'établissements d'enseignement, sont ainsi habilitées à préciser les obligations et devoirs concrets qui pèsent sur leur personnel à cet égard.*

*V.2.3. L'intervention de ces pouvoirs organisateurs peut certes constituer une ingérence dans l'exercice de la liberté garantie par l'article 9, § 1<sup>er</sup>, de la C.E.D.H. À cet égard, il y a lieu de préciser que le terme "loi" utilisé par l'article 9, § 2, de la Convention est un concept autonome qui ne renvoie donc pas au droit interne. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce terme doit être compris dans son acception matérielle et non formelle, et inclut des textes de rang infra-législatif et le droit non écrit, y compris la jurisprudence, non seulement dans*



les pays de Common Law (arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, § 47) mais aussi les pays continentaux (arrêt *Kruslin* du 24 avril 1990).

Pour servir de fondement à une ingérence, la “loi” doit avoir une certaine qualité. Dans son arrêt *Sunday Times* précité, la Cour a précisé les caractéristiques qu’elle doit présenter.

La première d’entre elles est que la norme doit être suffisamment accessible, en ce sens que l’individu doit pouvoir disposer de renseignements suffisants dans les circonstances de la cause sur les normes juridiques applicables à un cas donné.

La seconde d’entre elles est qu’elle soit prévisible. Sur ce point, la Cour s’est exprimée en ces termes :

“On ne peut considérer comme une ‘loi’ qu’une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s’entourant au besoin de conseils éclairés ; il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à découler d’un acte déterminé”.

Sur la base de ces critères, un règlement adopté par un conseil communal et interdisant “le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique” est incontestablement une “loi” au sens de l’article 9, § 2, précité.

V.2.4. Dans son mémoire en réplique, la requérante fait valoir que même si l’acte attaqué peut être qualifié de “loi” au sens de l’article 9, § 2, de la C.E.D.H., encore faut-il qu’il puisse l’être aussi sur la base de l’article 19 de la Constitution, ce qui selon elle, n’est pas le cas.

L’article 19 de la Constitution est libellé en ces termes :

“La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l’occasion de l’usage de ces libertés”.

Il apparaît ainsi que le terme “loi” n’est pas mentionné dans cette disposition. Et, la requérante n’établit pas que sur la base de ce texte, il faille une loi formelle (ou un décret) pour adopter la mesure d’interdiction litigieuse faite aux enseignants de l’enseignement officiel.

Il faut aussi avoir égard au fait que les règlements adoptés par les pouvoirs locaux – notamment les règlements de police communale et les règlements d’ordre intérieur – peuvent contenir des prescriptions ou imposer des règles de conduite qui limitent l’exercice de libertés constitutionnelles pourvu que les autorités locales agissent dans leurs sphères de compétences. Or, outre leurs attributions d’intérêt communal, les conseils communaux règlent tout objet qui leur

est soumis par l’autorité supérieure. Dans ce dernier cas, ils agissent comme auxiliaires des autorités supérieures pour l’exécution des lois, décrets, ordonnances et règlements généraux. Le cas échéant, le Conseil d’État aura à contrôler la compatibilité des interdictions édictées par un conseil communal avec les libertés garanties par l’article 19 de la Constitution. Il s’agit d’un contrôle au fond auquel il est procédé, ci-après, sous le deuxième moyen.

V.2.5. La question du port de signes convictionnels dans l’enseignement public a été soumise à la Cour constitutionnelle.

Le décret spécial de la Communauté flamande du 14 juillet 1998 relatif à l’enseignement communautaire prévoit en ses articles 33, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 34, 1<sup>o</sup>, que le Conseil de l’Enseignement communautaire est compétent pour la rédaction de la déclaration de neutralité de l’enseignement communautaire ainsi que pour la définition du projet pédagogique propre à l’enseignement communautaire.

Dans son arrêt n° 40/2011 du 15 mars 2011, la Cour constitutionnelle a décidé que sur la base de ces compétences, le Conseil de l’Enseignement communautaire de la Communauté flamande peut prévoir dans un règlement d’ordre intérieur, sans habilitation décrétales expresse, qu’il est interdit aux élèves de l’enseignement communautaire de porter des signes religieux et philosophiques visibles.

V.2.6. En raison de l’autonomie des communautés pour définir la notion de neutralité dans l’enseignement et la mettre en œuvre, les règles applicables notamment aux enseignants sont différentes en Communauté française et en Communauté flamande.

Néanmoins, l’arrêt susvisé de la Cour constitutionnelle précise de manière claire et tout à fait générale les règles suivantes en la matière. Elle définit comme suit le contenu de la notion de neutralité dans l’enseignement :

“B.9.4 La notion a néanmoins un contenu minimum auquel il ne saurait être dérogé sans violer la Constitution. En effet, l’obligation pour la communauté d’organiser un enseignement neutre constitue une garantie pour le libre choix des parents.

B.9.5. Ce contenu ne saurait être considéré indépendamment de l’unique – mais essentielle – précision que le texte de la Constitution même comporte en ce qui concerne la notion de neutralité, plus précisément le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

La neutralité que les autorités doivent rechercher sur le plan philosophique, idéologique et religieux en vue de l’organisation de l’enseigne-



ment communautaire leur interdit plus précisément de défavoriser, de favoriser ou d'imposer des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses”.

Elle a aussi jugé que la conception de la neutralité est étroitement liée à l'établissement du projet pédagogique adopté, en toute autonomie, par le pouvoir organisateur concerné (spéc. les points B.11.2. et B.13.1). Elle s'est exprimée en ces termes :

“B.13.1. Les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 font apparaître que 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 (voy. notamment Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 100-1/1o, p. 3 ; n° 100-1/2°, p. 53)”.

V.2.7. Il s'ensuit que la partie adverse, agissant en qualité de pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement officiel subventionné, et donc d'employeur de son personnel enseignant, sur la base des décrets du 31 mars 1994 et du 24 juillet 1997, précités a pu, sans heurter les principes invoqués dans le moyen, déterminer quelle est la conception de la neutralité qu'elle souhaite garantir dans ses établissements d'enseignement.

V.2.8. Le premier moyen n'est pas fondé.

## VI. DEUXIÈME MOYEN

(...)

### VI. 2. Décision du Conseil d'État

VI.2.1. La requérante soutient, en substance, que la mesure d'“interdiction” du port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique faite notamment aux enseignants – qui n'est pas formellement énoncée dans le décret du 31 mars 1994, précité – viole la liberté de religion et elle estime que cette atteinte n'est pas nécessaire dans une société démocratique et n'est pas proportionnée par rapport au but poursuivi.

VI.2.2. Il est renvoyé, pour ce qui concerne l'absence prétendue d'un fondement légal de la mesure litigieuse, à l'examen du premier moyen.

Au surplus, il est reconnu tant par la jurisprudence européenne que par la jurisprudence interne, qu'une ingérence dans la liberté de religion, pour autant qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique, n'est admissible que si le but poursuivi est légitime et si la mesure en cause est proportionnée par rapport à ce but.

VI.2.3. L'article 4, alinéa 4, du décret du 31 mars 1994, précité prévoit les règles suivantes de nature à assurer, en Communauté française, la neutralité de l'enseignement. Devant les élèves, l'enseignant :

- s'abstient de toute attitude et de tout propos partisans dans les problèmes idéologiques, moraux ou sociaux, qui sont d'actualité et divisent l'opinion publique ;
- refuse de témoigner en faveur d'un système philosophique ou politique, quel qu'il soit ;
- en dehors des cours de religions reconnus et de morale inspirée par l'esprit du libre examen, s'abstient “de même” de témoigner en faveur d'un système religieux ;
- veille 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.

Il n'est pas contesté que même si ces règles sont formulées de manière quelque peu différente dans le décret du 17 décembre 2003, elles sont fondamentalement similaires. Il faut cependant observer que pour ce qui concerne l'enseignement officiel subventionné, aux termes de l'article 5 du décret du 17 décembre 2003, les obligations qui s'imposent aux enseignants sont prévues aux fins “de garantir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle”. Elles sont rédigées en ces termes :

“L'enseignant :

1° adopte une attitude réservée, objective et constamment alertée contre le risque d'induire chez les élèves ou étudiants des préjugés qui compromettent ce choix ;

2° traite les questions qui touchent la vie intérieure, les croyances, les convictions politiques ou philosophiques et les options religieuses de l'homme, en des termes qui ne peuvent froisser les opinions et les sentiments d'aucun des élèves ;

3° s'abstient, devant les élèves, de toute attitude et de tout propos partisan dans les problèmes idéologiques, moraux ou sociaux, qui sont d'actualité et divisent l'opinion publique. Il amène les élèves à considérer les différents points de vue dans le respect des convictions d'autrui. De même, il refuse de témoigner en faveur d'un système philosophique ou politique quel qu'il soit. Il veille toutefois à dénoncer les atteintes aux principes démocratiques, les atteintes aux droits de l'homme et les actes ou propos racistes, xénophobes ou révisionnistes. Il veille ‘de surcroît’, à ce que, sous son autorité, ne se développent ni le prosélytisme religieux

ou philosophique, ni le militantisme politique organisé par ou pour les élèves”.

VI.2.4. Le règlement attaqué dispose, quant à lui, comme suit, en son article 4, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 :

“En application des principes du décret de la Communauté française du 31/03/1994 définissant la neutralité de l’enseignement de la Communauté et, spécialement, de l’obligation faite aux enseignants en ce compris le personnel directeur et auxiliaire d’éducation de s’abstenir de témoigner devant les élèves en faveur d’un système religieux, le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique est interdit aux membres du personnel enseignant en ce compris le personnel directeur et auxiliaire d’éducation lorsqu’ils se trouvent dans l’enceinte de l’établissement où ils sont affectés et en dehors de celui-ci, dans l’exercice de leurs fonctions à l’exception des enseignants de cours philosophiques dans l’exercice de cette fonction”.

Ce règlement renvoie au “Projet éducatif”, adopté par le conseil communal de la partie adverse le 29 avril 2004, qui reprend intégralement, en son article 5, l’article 5 susvisé du décret du 17 décembre 2003. Il est également précisé, à l’article 4, alinéa 4, de ce “Projet éducatif” qu’aucune vérité n’est imposée aux élèves.

VI.2.5. Il y a lieu de rappeler, en premier lieu, que selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, la manifestation d’une religion ou d’une conviction peut prendre diverses formes, à savoir le culte, l’enseignement, les pratiques et l’accomplissement de rites. La liberté de religion ne protège toutefois pas n’importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter d’une manière dictée par une conviction religieuse (C.E.D.H., 2 octobre 2001, Pichon et Sajous c. France ; C.E.D.H., Grande chambre, 10 novembre 2005, Leyla Sahin c. Turquie, § 105 ; C.E.D.H., 13 novembre 2008, Mann Singh c. France).

VI.2.6. Les buts poursuivis par la mesure litigieuse sont d’une part, d’assurer la neutralité de l’enseignement en faveur des élèves et de leurs parents et d’autre part, de faire bénéficier les élèves de la connaissance de la pluralité des valeurs qui constituent l’humanisme contemporain. Ces objectifs sont énoncés à l’article 4, § 1<sup>er</sup>, du règlement attaqué et aux articles 2 à 4 du “Projet éducatif” de la partie adverse.

Il ressort de nombreuses dispositions constitutionnelles (principe d’égalité et de non discrimination, égal exercice des droits et libertés par les femmes et par les hommes, indépendance des cultes et de l’État notamment) que le constituant a entendu ériger notre État en un État dans lequel 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. En raison de ce motif, il est attendu 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. Les droits fondamentaux ont pour but primordial de protéger les droits de la personne humaine contre les abus de pouvoir des organes de l’autorité.

La neutralité de l’autorité publique est donc un principe fondamental, qui transcende et garantit notamment les convictions de chacun. Elle a été consacrée, en matière d’enseignement, par l’article 24, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la Constitution. Selon cette disposition, la neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

En adoptant les décrets des 31 mars 1994 et 17 décembre 2003, précités, le législateur de la Communauté française a entendu ainsi défendre un modèle d’enseignement qui fait prévaloir la fonction de l’enseignant sur les attaches philosophiques, culturelles et religieuses de celui-ci en tant qu’individu, en vue de promouvoir un apprentissage qui soit respectueux des convictions des élèves et de leurs parents. L’acte attaqué poursuit également cet objectif en protégeant prioritairement les droits et les libertés d’autres personnes que les enseignants eux-mêmes.

Le but poursuivi est ainsi bien légitime. La requérante ne le conteste d’ailleurs pas formellement mais critique la proportionnalité de cette mesure avec ce but poursuivi.

VI.2.7. Le Conseil d’État observe que le port de signes convictionnels par une personne peut avoir un impact sur les droits et libertés d’autrui, droits protégés par l’article 9, § 2, de la C.E.D.H. et l’article 19 de la Constitution. Ainsi, le fait de porter un de ces signes en permanence constitue une manifestation ostensible d’une appartenance religieuse. Il expose constamment les élèves à cette conviction religieuse.

Il ressort cependant des dispositions des décrets précités, que les enseignants, le cas des professeurs de religion et de morale mis à part, doivent adopter, devant leurs élèves, une attitude réservée de manière générale et s’abstenir de révéler, de quelque manière que ce soit, leurs convictions personnelles ou de témoigner de celles-ci. L’autorité peut, au vu de ces dispositions décrétales, en déduire que le port de signes convictionnels par des professeurs de cours généraux n’est pas conciliable avec cette obligation d’abstention.



Les critères de distinction ainsi utilisés sont objectifs : la qualité de fonctionnaire d'une part et la nature du cours d'autre part. L'interdiction litigieuse est générale, abstraite, non discriminatoire (toutes les convictions sont visées) et limitée dans le temps, à l'exercice des fonctions.

La neutralité dans l'enseignement telle que consacrée par l'article 24 de la Constitution peut ainsi conduire une communauté à privilégier l'absence de toute manifestation extérieure de signes religieux, politiques ou philosophiques dans le chef de ses professeurs en tant que fonctionnaires afin d'éviter toute suspicion de pression ou d'influence quelconque sur les élèves vis-à-vis desquels ils exercent leur autorité.

Dans cette mesure, l'ingérence dans la liberté de religion des professeurs répond à la nécessité d'assurer aux élèves un enseignement le plus objectif qui soit en laissant à chacun le soin de se forger sa propre opinion.

A l'inverse de ce que soutient la requérante, la partie adverse a pu légalement juger que la mesure litigieuse est nécessaire dans une société démocratique.

En outre, la mesure litigieuse assure la balance des droits et intérêts en présence : respect du choix des parents quant à l'enseignement et l'éducation de leurs enfants, garantie qu'aucune vérité ne soit imposée aux élèves lorsqu'ils sont sous l'autorité de professeurs de cours généraux obligatoires pour tous les élèves, accès des élèves à la pluralité des valeurs démocratiques grâce au choix d'un cours de religion (parmi les religions reconnues) ou de morale, reconnaissance de la liberté d'expression et de religion lorsque ces cours sont dispensés.

Si l'interdiction litigieuse constitue une ingérence dans la liberté de religion des professeurs, il faut cependant admettre que l'autorité a également le devoir de protéger les droits et libertés d'autrui au regard de la C.E.D.H. dont la liberté de pensée et de religion des élèves et de leurs parents et qu'à ce titre, elle est contrainte de rechercher un juste équilibre entre les droits fondamentaux de chacun.

Les droits fondamentaux ayant pour but primordial de protéger les droits de la personne humaine contre les abus de pouvoir des organes de l'autorité, un agent des services publics, comme un enseignant dans l'enseignement officiel, ne peut invoquer un droit fondamental pour justifier la méconnaissance des droits et libertés fondamentaux des citoyens, en l'espèce, des élèves et de leurs parents.

La mesure n'apparaît pas disproportionnée.

(...)

#### VI.2.9. Question préjudicielle

La requérante demande, pour la première fois dans son mémoire en réplique, qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle. Dans son dernier mémoire, elle étend l'examen de constitutionnalité de l'article 4 du décret du 31 mars 1994 aux articles 24, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 et 24, § 5, de la Constitution. Dans son mémoire en réplique, pour ce qui concerne les dispositions constitutionnelles, seul l'article 19 est visé.

Or, la Cour constitutionnelle a déjà eu à se prononcer sur la compatibilité d'une interdiction de porter des signes religieux visibles, portés par des élèves, avec l'article 24, § 5, de la Constitution (voy. plus spécialement, le point V. 2. 5., ci-dessus).

Pour ce qui concerne l'article 19 de la Constitution, le décret litigieux ne contient aucune règle attentatoire, en tant que telle, à la liberté de religion. La question de la violation de cette disposition constitutionnelle se pose uniquement en ce qui concerne le règlement attaqué qui prévoit expressément, à charge de certains enseignants, une interdiction de porter des signes religieux ostensibles. Il a été répondu à cette question à l'occasion de l'examen du deuxième moyen ci-dessus.

Il n'y a donc pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

VI. 2.10. Le deuxième moyen n'est pas fondé.

## VII. SIXIÈME MOYEN

(...)

### VII.2. Décision du Conseil d'État

VII.2.1. Le règlement attaqué vise "le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique" et par là, un des critères protégés par le décret du 12 décembre 2008 à l'article 3, 1<sup>o</sup> : "la conviction religieuse ou philosophique".

L'examen de ce moyen implique de déterminer si l'utilisation de ce critère dans l'acte attaqué crée une distinction directe entre personnes ou une distinction indirecte de nature à entraîner un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par le critère protégé par rapport à d'autres personnes.

L'article 3, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, du décret susvisé prévoit ce qui suit :

"2<sup>o</sup> 'Distinction directe' : la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ;

4<sup>o</sup> 'Distinction indirecte' : la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible

d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés".

En l'espèce, la mesure litigieuse ne vise ni la requérante ni le port du voile. Il s'agit d'un règlement qui vise les enseignants dépendant d'un pouvoir organisateur et qui, sur la base d'un critère objectif et justifié par la nature des fonctions à exercer et des cours à dispenser, établit des obligations différentes, en matière de port de signes convictionnels visibles, entre d'une part, les enseignants de cours de religion et de morale et d'autre part, les professeurs de cours généraux. Le critère utilisé – "le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique" – est également apparemment neutre. La distinction en cause est donc une distinction indirecte au sens de l'article 3, 4° susmentionné.

Cette distinction n'entraîne pas de discrimination.

En effet, aux termes de l'article 3, 5°, du décret du 12 décembre 2008, il faut entendre par discrimination indirecte "la distinction indirecte, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires". Il a été jugé à la suite de l'examen du deuxième moyen ci-dessus que la mesure litigieuse n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi qui est légitime.

#### VII. 2. 2. Questions préjudicielles

VII. 2.2. 1. Dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, la requérante demande que six questions préjudicielles suivantes soient posées à la Cour de justice de l'Union européenne :

"1° Les articles 3, § 1<sup>er</sup>, litt. a et c de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doivent-ils être interprétés de manière telle que la directive concernée s'applique aux emplois d'enseignants au sein de l'enseignement public et à l'interdiction absolue, générale et abstraite qui serait faite, auxdits enseignants, d'exhiber, dans l'exercice de leurs fonctions intra ou extra muros, des signes ostensibles d'appartenance religieuse, philosophique ou politique ?

2° En cas de réponse positive à la question n° 1, l'article 2, § 2, a, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction susvisée, doit être analysée comme une distinction de traitement fondée directement sur la religion ou la conviction des enseignants concernés ?

3° En cas de réponse positive aux questions 10 et 2°, l'article 4, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, lu à la lumière de l'article 6 du TUE, des articles 10, 21 et 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention précitée et de l'article 29 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, doit-il être interprété comme autorisant un État membre à édicter une mesure telle que l'interdiction susvisée, et, dans l'affirmative, moyennant quelles conditions ?

4° En cas de réponse positive aux questions 1° et 2°, et de réponse négative à la question 3°, l'article 4, § 2, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, lu à la lumière de l'article 6 du TUE, des articles 10, 21 et 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention précitée et de l'article 29 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, doit-il être interprété comme offrant aux États membres un fondement alternatif pertinent permettant de justifier l'interdiction susvisée ? En particulier, l'exigence de neutralité à laquelle sont astreints les pouvoirs publics dans le cadre de leurs activités d'enseignement, implique-t-elle que ces derniers puissent être qualifiés "d'organisations publiques dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions", au sens de l'article 4, § 2, précité de la directive ?

5° En cas de réponse positive à la question n° 1, et de réponse négative à la question n° 2, l'article 2, § 2, b, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction susvisée, doit être analysée comme une distinction de traitement fondée indirectement sur la religion des enseignants dont la religion ou la conviction impose le port de vêtements ou autres accessoires constitutifs de signes ostensibles d'appartenance religieuse ?



6° *En cas de réponse positive à la question n° 5, l'article 2, § 2, b, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, lu à la lumière de l'article 6 du TUE, des articles 10, 21 et 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention précitée et de l'article 29 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, doit-il être interprété comme autorisant un État membre à édicter une mesure telle que l'interdiction susvisée, et, dans l'affirmative, moyennant quelles conditions ?* ».

VII.2.2.2. *Le Conseil d'État observe que cette demande aurait pu être formulée dès l'introduction de la requête.*

*Sans qu'il soit toutefois nécessaire de se prononcer sur la recevabilité de cette demande, ni sur son caractère dilatoire, elle doit être rejetée au motif que les questions préjudicielles proposées ne sont ni pertinentes, ni nécessaires à la solution du présent litige.*

*En effet, la prémisse du raisonnement de la requérante, à savoir que la distinction en cause serait directe, est jugée erronée ainsi qu'il est indiqué ci-dessus. Par ailleurs, tel que la requérante formule les questions, celle-ci tend à obtenir de la Cour de justice de l'Union européenne qu'elle tranche in concreto le présent litige, ce qui ne relève pas de sa mission.*

*La demande est rejetée.*

VII.2.3. *Le sixième moyen n'est pas fondé.*

(...)

**DÉCISION :**

*Article 1<sup>er</sup>.*

*Le Conseil d'État rejette la demande d'annulation.*

*Article 2.*

*Lors de la publication du présent arrêt, l'identité de la partie requérante sera omise.*

*Article 3.*

*Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.*

(...)

\*  
\* \*

**EXTRAITS DU RAPPORT DE MONSIEUR LE PREMIER AUDITEUR, BENOIT CUVELIER.**

« (...)

**IV. EXAMEN DES MOYENS.**

(...)

IV.1. Le premier moyen est pris de l'excès de pouvoir et de l'incompétence de l'auteur de l'acte.

(...)

IV.2. Le deuxième moyen est pris de l'excès de pouvoir, de la violation des lois, du principe de légalité, et notamment de la liberté des cultes (article 19 de la Constitution belge et article 9, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté.

(...)

**EXAMEN.**

(...)

2. La neutralité des pouvoirs publics et le devoir de neutralité dans le chef des agents publics sont des notions incontestables<sup>1</sup>.

De même, il n'est pas contestable, – ni contesté en l'espèce –, que le port du voile islamique, même par une enseignante de mathématique, relève de l'exercice de sa liberté religieuse et que, dès lors, il ne peut être interdit que par la loi ou le décret au sens de la Convention européenne.

3. Les deux décrets de la Communauté française relatifs à la neutralité de l'enseignement interdisent clairement, – nul ne le conteste non plus –, les actes de prosélytisme religieux organisés par, mais aussi, pour les élèves.

3.1. Le dossier de la requérante, qui a prêté serment devant les autorités communales voilée et qui a enseigné voilée pendant de très nombreux mois sans que cela ne pose le moindre problème (de janvier 2007 à octobre 2009), ne révèle aucun acte de prosélytisme à sa charge.

Au contraire, lors d'une inspection de la requérante par les services de l'inspection de l'enseignement secondaire ordinaire qui s'est déroulée les 19, 20 et 23 janvier 2009, il est apparu, alors

<sup>1</sup> Sur ces notions, il est renvoyé à l'avis, donné le 20 avril 2010, par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, saisi par le Président du Parlement de la Communauté française, le 25 mars 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours, sur une proposition de décret « interdisant le port de signes convictionnels par le personnel des établissements d'enseignement officiel organisés ou subventionnés par la Communauté française » (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009-2010, n° 84/2, spécialement les pages 32 à 36). On reviendra plus loin sur cet avis.



que Madame Topal donnait cours “voilée”<sup>2</sup>, que les leçons données “se sont déroulées dans un bon climat”.

Le rapport établi à la suite de ce contrôle poursuit en ces termes :

“... les enseignantes se sont adressées aux élèves de manière respectueuse, elles les ont encouragés et aidés par des questions, des indications ou des explications” (souligné par le rapporteur)<sup>3</sup>.

Dans le même sens, dans son arrêt du 10 mars 2010, la Cour d’appel de Mons relevait déjà que la partie adverse elle-même ne soutient pas que la requérante “aurait eu par ailleurs une attitude prosélyte”<sup>4</sup>.

3.2. Le simple fait de porter le voile islamique doit-il être considéré comme un acte de prosélytisme ?

La réponse est négative.

Il suffit de renvoyer à l’arrêt du Conseil d’État n° 175.886 du 18 octobre 2007, X. (c. Communauté flamande)<sup>5</sup> qui, s’il n’est pas – en raison de la différence entre les législations applicables entre les communautés et des situations respectives des enseignantes concernées, l’une étant professeur de religion islamique et l’autre professeur de mathématique – totalement applicable mutatis mutandis au cas de Madame Topal<sup>6</sup>, n’en a pas moins estimé que l’on ne peut considérer que porter le voile est en soi un acte de prosélytisme<sup>7</sup>.

Le Conseil d’État a en effet constaté dans cet arrêt que l’enseignante concernée se voyait exclusivement reprocher de porter le voile, mais qu’on ne l’accusait pas, exactement comme dans le cas d’espèce, de prosélytisme ou d’endoctrinement. Toujours dans son arrêt du 10 mars 2010, la Cour d’appel de Mons précisait, quant à elle, se référant au dictionnaire “Larousse” que le prosélytisme est avoir du “zèle ardent pour recruter des adeptes et tenter d’imposer ses idées”, ce que le simple port du voile islamique n’est évidemment pas<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> même si l’inspection n’avait pas pour cadre un des décrets « neutralité ».

<sup>3</sup> D.A., pièces nos I.12 et I.13.

<sup>4</sup> D.A., pièce n° I.16 (page 10).

<sup>5</sup> Au fond : C.E., n° 182.953 du 15 mai 2008 (application de l’article 15bis de l’arrêté royal du 5 décembre 1991).

<sup>6</sup> en cela on peut suivre en partie la partie adverse.

<sup>7</sup> Selon les travaux préparatoires du décret de 1994, « au sens de la présente proposition de décret, le prosélytisme peut se définir comme un engagement actif de la part des élèves en faveur d’un système religieux ou philosophique afin d’obtenir des adhésions de la part de leur condisciples » (Commentaire de l’article 4, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1993-1994, n° 143/1, p. 6).

<sup>8</sup> Selon DAN VAN RAEMDONCK, « si c’est bien le prosélytisme qui doit être interdit, rien ne dit que le port du voile signifie *ipso facto* prosélytisme. Il importe en effet de distinguer entre neutralité d’apparence et neutralité d’action. Ce qu’on attend avant tout d’un détenteur d’une parcelle de l’autorité publique c’est qu’il agisse, rende des services de manière non prosélyte. Son apparence ne devrait pas, dans une société qui prône la diversité, intervenir, même si l’on sait que les préjugés sont difficiles à éradiquer. Si l’usager craint de ne pas être servi équitablement sous le seul prétexte que l’agent porte le voile, faut-il interdire le voile ou travailler sur une crainte non autrement fondée ? ».

3.3. Ce constat – l’absence de tout reproche lié à des faits de prosélytisme – est pour l’assemblée générale du Conseil d’État, au stade du référé, sans importance dans la mesure où l’acte attaqué est un règlement, général, et applicable à l’ensemble des enseignants de la Ville, et non mesure individuelle prise en raison du comportement de la requérante. Ce raisonnement semble correct mais il ne peut être perdu de vue que le règlement attaqué, – comme le démontre l’exposé des faits –, a incontestablement été pris par la partie adverse, pour répondre à l’arrêt de la Cour d’appel de Mons du 10 mars 2010 et donc interfère, indirectement, dans le litige opposant Madame Topal à celle-ci (voir aussi l’examen du quatrième moyen).

4. Une question demeure, l’article 4, alinéa 4, du décret du 31 mars 1994, en ce qu’il prévoit que l’enseignant s’abstient de témoigner en faveur d’un système religieux, contient-il déjà pour l’enseignant une interdiction de porter, devant les élèves et dans l’enceinte de l’établissement, un signe ostensible religieux, politique ou philosophique<sup>9</sup> ?

La réponse est négative.

On ne peut ainsi partager le point de vue de l’assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d’État, adopté au stade du référé.

En effet :

– les travaux préparatoires du décret du 31 mars 1994 (et du décret du 17 décembre 2003) démontrent clairement que l’interdiction du port du voile par un enseignant n’a pas été voulue par le législateur<sup>10 11</sup>.

Il faut ainsi relever que le législateur a refusé d’aborder la question de fond lors des débats parlementaires relatifs à ces décrets. Un député s’est pourtant explicitement interrogé en commission sur l’applicabilité du décret à la question du port du foulard, souhaitant “une réponse claire de la part du Ministre Hazette sur cette problématique”<sup>12</sup>. Il n’obtint aucune réponse. La question fut réitérée en séance plénière, sans plus de succès<sup>13</sup>.

Ensuite, la genèse de l’article 4 du décret de 1994 et dont, – élément à prendre en considération au regard de la différence soulignée au point 1 de

D. VAN RAEMDONCK, « La neutralité à l’épreuve des droits de l’homme », dans B. DECHARNEUX, et J.-L. WOLFS, *Neutre & engagé, gestion de la diversité culturelle et des convictions au sein de l’enseignement public belge francophone*, Bruxelles, E.M.E., 2010, p. 110.

<sup>9</sup> Pour la partie adverse, la réponse est positive ; Madame Topal ne peut ainsi pas porter le voile islamique lorsqu’elle enseigne de par l’adhésion de la Ville au décret de 1994.

<sup>10</sup> L’arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010 semble faire l’impasse sur ce constat.

<sup>11</sup> Pour plus de détails : X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l’enseignement face à la diversité », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Centre des droits de l’homme de l’UCL, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 503 et s.

<sup>12</sup> Rapport de la Commission de l’éducation, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n° 456/3, p. 12.

<sup>13</sup> C.R.I., 2003-2004, n° 4, séance du mardi 9 décembre 2003, p. 54.



l'avis –, l'article 5 du décret de 2003 dérive directement, mérite d'être rappelée.

Cette disposition a en effet fait l'objet de débats animés qui ont débouché sur une modification du texte de la proposition, plus fondamentale qu'il pourrait y paraître. À l'origine, celui-ci interdisait à l'enseignant de "prendre parti" dans les débats de société<sup>14</sup>. L'ambiguïté de cette interdiction fut critiquée par certains parlementaires, qui estimaient que l'on ne peut enseigner sans devoir parfois exprimer sa propre opinion et que pareille démarche n'est pas incompatible avec l'exigence de neutralité tant que l'enseignant s'exprime d'une manière respectueuse des convictions d'autrui et évite tout prosélytisme<sup>15</sup>. Un membre de la commission insista alors sur "l'opportunité de trouver une formule qui n'interdise pas à l'enseignant d'aborder les questions d'actualité et même d'émettre à leur sujet une opinion, à titre personnel, tout en refusant un prosélytisme quelconque"<sup>16</sup>. Il déposa un amendement visant à remplacer l'expression "de prendre parti" par les mots "de toute attitude et de tout propos partisan". L'amendement était justifié comme suit : "cette formulation convient mieux pour rendre compte de la nécessité pour l'enseignant d'aborder des problèmes d'actualité, tout en conservant la sérénité et l'impartialité qui s'imposent"<sup>17</sup>. Il fut adopté à l'unanimité.

En 2003, le Ministre Hazette commentait ainsi l'article 5 du projet : "l'on est dans la définition des attitudes qui sont attendues du comportement de chacun des acteurs du processus éducatif dans l'école neutre. C'est l'attitude réservée, c'est l'expression diverse des croyances, des convictions politico-philosophiques. C'est aussi l'abstention de toute forme de partialité ou de toute action partisane dans l'école. C'est le respect du point de vue des autres pour autant qu'ils s'inscrivent dans le cadre des valeurs qu'il a exprimé auparavant. C'est en tout cas aussi le refus à la fois du prosélytisme religieux ou philosophique et du militantisme politique. L'école officielle n'est pas le lieu de l'endoctrinement (...). Cela est aussi valable tant du point de vue philosophique ou religieux que du point de vue politique"<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Proposition de décret, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1993-1994, n° 143/1., p. 8. Cette expression était reprise à la résolution de 1963 relative à la notion de neutralité. La volonté des auteurs du décret était de s'inscrire dans la ligne de cette résolution, tout en s'efforçant de la moderniser en conférant à la neutralité une dimension plus positive, fondées sur les valeurs des droits de l'homme (voy. X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement en Communauté française », *A.P.T.*, 2007-2008/2, pp. 135-137).

<sup>15</sup> Voy. les débats relatifs à l'article 4, Rapport de la Commission de l'enseignement, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1993-1994, n° 143/2, pp. 9-11.

<sup>16</sup> Rapport de la Commission de l'enseignement, *op. cit.*, p. 10.

<sup>17</sup> Rapport de la Commission de l'enseignement, *op. cit.*, p. 11.

<sup>18</sup> Rapport de la Commission de l'éducation, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n° 456/3, p. 34.

En outre, – et c'est fondamental –, l'article 4 du décret de 1994 comme l'article 5 du décret de 2003 doivent être lus dans le contexte de l'ensemble des décrets et à la lumière des travaux préparatoires.

En effet, d'une part, les décrets mettent par ailleurs, dès l'abord, l'accent sur l'objectivité : "les faits sont exposés et commentés, que ce soit oralement ou par écrit, avec la plus grande objectivité possible"<sup>19</sup>. Ils précisent également que l'école neutre "ne s'interdit l'étude d'aucun champ du savoir"<sup>20</sup>. D'autre part, les travaux préparatoires précisent que "l'exigence de neutralité imposée aux personnels de l'enseignement requiert essentiellement une attitude constante et une forme de communication qui témoigne du respect et de l'écoute de chaque élève en tant que personne, sans préjuger sur les opinions qu'il exprime et en veillant à ne pas froisser ses sentiments"<sup>21</sup>.

À la lecture de leur dispositif et des travaux préparatoires, les décrets de 1994 et 2003 sont loin de fermer la porte à toute liberté d'expression dans le chef de l'enseignant. Ils s'inscrivent tous les deux dans une conception inclusive de la neutralité. Par contre, le prosélytisme – il est renvoyé au point 3 de l'avis ainsi largement confirmé – est catégoriquement prohibé.

Ni la lettre des décrets, ni leurs travaux préparatoires n'interdisent explicitement, ni même implicitement, le port de signes religieux.

Dans la mesure où il convient d'adopter une interprétation restrictive des textes apportant des limitations aux libertés fondamentales, l'on ne peut affirmer que ces décrets emportent directement et nécessairement l'interdiction pour un enseignant de porter le voile ou tout autre signe par lequel il révèle ses convictions, pour autant que son attitude demeure réservée et qu'il s'abstienne de tout prosélytisme.

La partie adverse estime que le règlement d'ordre intérieur querellé ne fait que répéter, expliquer et appliquer une obligation figurant déjà dans le décret du 31 mars 1994 en des termes suffisamment précis et affinés et que, donc, l'acte querellé n'a en réalité pas d'autre portée que celle d'une circulaire explicative du droit existant. Elle estime que le règlement attaqué n'a qu'une valeur explicative du droit existant, elle reconnaît donc sans équivoque qu'il y a lieu d'expliquer la portée de l'article 4, alinéa 4, du décret du 31 mars 1994, reconnaissant par-là, *implicitement mais certainement*, que ce texte n'est pas suffisamment clair pour en déduire

<sup>19</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret de 1994 ; article 2 du décret de 2003. L'article 1<sup>er</sup> du décret de 1994 requiert encore, à la différence de celui de 2003, l'honnêteté intellectuelle.

<sup>20</sup> Article 2, alinéa 2, du décret de 1994 ; article 3, alinéa 2, du décret de 2003.

<sup>21</sup> Rapport de la Commission de l'enseignement, *op. cit.*, pp. 9-10.



l'interdiction préconisée. Suivant la thèse de la partie adverse, on ne voit d'ailleurs pas pourquoi elle a estimé, après avoir adhéré au décret du 31 mars 1994, devoir adopter le règlement attaqué<sup>22</sup>.

L'avis, donné le 20 avril 2010, par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, saisi par le Président du Parlement de la Communauté française, le 25 mars 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours, sur une proposition de décret "interdisant le port de signes convictionnels par le personnel des établissements d'enseignement officiel organisés ou subventionnés par la Communauté française" (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009-2010, n° 84/2)<sup>23</sup>.

Une proposition de décret interdisant le port de signes convictionnels par le personnel des établissements d'enseignement officiel organisés ou subventionnés par la Communauté française a été déposée le 15 mars 2010 par Madame Bertieaux, et Messieurs Borsus, Gosuin, et Crucke (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009-2010, n° 84/1).

Cette proposition prévoit d'insérer, avant l'article 4 du décret du 31 mars 1994<sup>24</sup>, un article 3bis rédigé comme il suit :

"Le personnel de l'enseignement s'abstient du port de signes convictionnels, que ce soit dans l'enceinte de l'établissement scolaire, sur les lieux de stage ainsi que lors d'activités scolaires extramuros et parascolaires. Cette règle s'applique également lors des déplacements.

Par signe convictionnel, on entend tout vêtement ou accessoire exprimant une conviction ou une identité politique, philosophique ou religieuse".

De même, cette même proposition prévoit d'insérer, avant l'article 5 du décret du 17 mars 2003, un article 4bis rédigé comme il suit :

"Le personnel de l'enseignement officiel subventionné s'abstient du port de signes convictionnels, que ce soit dans l'enceinte de l'établissement scolaire, sur les lieux de stage ainsi que lors d'activités scolaires extramuros et parascolaires. Cette règle s'applique également lors des déplacements.

Par signe convictionnel, on entend tout vêtement ou accessoire exprimant une conviction ou une identité politique, philosophique ou religieuse".

Donnant son avis, de manière approfondie, sur cette proposition<sup>25</sup>, la section de législation, réunie en assemblée générale, a *implicitement mais cer-*

*tainement*<sup>26</sup>, estimé que le décret du 31 mars 1994, dans sa rédaction actuelle, n'impliquait pas l'interdiction pour un enseignant de porter un signe ostensible religieux, politique ou philosophique, tel le voile islamique<sup>27</sup>.

Il est ainsi renvoyé au numéro 14 de l'avis (pages 34 à 37, les notes de bas de page n'étant pas reproduites) qui précise ce qui suit :

"[...] La conception retenue par les auteurs de la proposition de décret se situe au demeurant dans le prolongement des dispositions actuelles des décrets précités du 31 mars 1994 et du 17 décembre 2003 dans lesquels les dispositions à l'examen viendraient s'insérer. En effet, selon ces décrets, le personnel de l'enseignement dans les établissements concernés 's'abstient, devant les élèves, de toute attitude et de tout propos partisan dans les problèmes idéologiques, moraux ou sociaux, qui sont d'actualité et divisent l'opinion publique. [...] [I] refuse de témoigner en faveur d'un système philosophique ou politique, quel qu'il soit, et, en dehors des cours visés à l'article 5, il s'abstient de même de témoigner en faveur d'un système religieux. [...] Il veille, de surcroît, à ce que, sous son autorité, ne se développent ni le prosélytisme religieux ou philosophique, ni le militantisme politique organisé par ou pour les élèves'. Selon les mêmes décrets, '[t]out membre du personnel est tenu au respect du principe de neutralité organisée par le présent décret [...]'<sup>28</sup>. **Les travaux préparatoires gagneront à faire apparaître la nécessité du renforcement de ces dispositifs légaux.** ..." (les passages en gras et soulignés sont mis en évidence par le soussigné).

*Il s'agit donc bien pour la section de législation de renforcer les décrets de 1994 et 2003.*

*5. La loi ne prévoit donc pas l'atteinte au droit fondamental reproché au règlement attaqué.*

Dans son arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État semble soutenir le contraire, avant d'affirmer, *non sans ambiguïté*<sup>29</sup>, que le règlement attaqué est suffisamment accessible et prévisible pour être une "loi" au sens de l'article 9, § 2, de la Convention européenne.

Ce raisonnement se heurte à *une objection*, le droit belge des libertés publiques a une conception beaucoup plus exigeante de la notion de loi.

<sup>22</sup> tout en donnant son « feu vert » à la proposition.

<sup>23</sup> L'arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010 semble encore faire l'impasse sur ce constat.

<sup>24</sup> Article 10 du décret précité du 17 décembre 2003 et article 9 du décret précité du 31 mars 1994.

<sup>25</sup> Voir sur cette ambiguïté : M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Centre des droits de l'homme de l'UCL, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 579 et s.

<sup>22</sup> L'arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010 semble également faire l'impasse sur ce constat.

<sup>23</sup> Il s'agit d'un élément essentiel.

<sup>24</sup> pourtant suffisant pour la partie adverse.

<sup>25</sup> Avis 48.022/AG du 20 avril 2010 (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009-2010, n° 84/2, 12 mai 2010).



S'il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme consacre que la thèse selon laquelle la loi, en ce sens, doit s'entendre dans son acceptation matérielle et non formelle, ce qui inclut les textes de rang infralégislatif, comme le règlement attaqué (C.E.D.H., *Salin/Turquie*, 10 novembre 2005, affaire 44774/98), on ne peut cependant perdre de vue la théorie du "principe de la clause la plus favorable", ou "principe de subsidiarité" consacré par l'article 53 de la Convention européenne et par la Cour constitutionnelle belge (lorsqu'une norme de droit interne est plus protectrice des droits et libertés que la règle posée par la Convention européenne).

En effet, la *Cour constitutionnelle* fait application de cette clause pour exiger qu'une restriction à un droit constitutionnellement garanti soit l'œuvre du législateur lui-même, quand bien même la Cour européenne des droits de l'homme ferait preuve de plus de souplesse dans l'application du principe de légalité.

Elle a ainsi jugé ce qui suit :

"B.5.1. Les droits que garantissent l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas absolus. Bien que l'article 22 de la Constitution reconnaisse à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale, cette disposition ajoute en effet immédiatement : 'sauf dans les cas et conditions fixés par la loi'.

Les dispositions précitées exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prescrite par une disposition législative, suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi.

B.5.2. 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"<sup>30</sup>.

*Ce raisonnement est incontestablement transposable à l'article 9, appliqué en l'espèce*<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Il est renvoyé aux arrêts n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B.5.4. ; n° 131/2005 du 19 juillet 2005, B.5.2. et n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.5.6. Voy. dans ce sens : M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 580-582.

<sup>31</sup> Voy. X. DELGRANGE, « La démocratie voilée », note sous C.E., n° 175.886 du 18 octobre 2007, *R.R.D.*, n° 124, 2008, p. 372.

Il faut toutefois encore observer que, dans certains cas, les juridictions nationales omettent d'appliquer le principe de la clause la plus favorable, ce qui leur permet de valider une limitation apportée par une norme qui n'a pas été adoptée par un législateur (voir ainsi l'arrêt en l'espèce prononcé au stade du référé).

Ainsi, la Cour de cassation devait déterminer si l'article 456 du Code judiciaire, qui charge l'Ordre des Avocats de sanctionner disciplinairement "les atteintes à l'honneur de l'Ordre et aux principes de dignité, de probité et de délicatesse qui font la base de leur profession", est une règle suffisamment précise pour satisfaire aux exigences de l'article 10.2 de la Convention. La Cour a considéré que, dans la disposition conventionnelle, "le terme loi désigne toute norme de droit interne, écrite ou non, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, pour autant que cette norme soit énoncée de façon précise et soit accessible aux personnes concernées". Dès lors, l'article 456 du Code judiciaire, "et l'interprétation qui en a été donnée par les instances disciplinaires et judiciaires, est suffisamment précise et accessible pour permettre à tout avocat, s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences juridiques de ses actes"<sup>32</sup>. La Cour de cassation valide donc et applique des normes limitatives de liberté qui ne sont pas adoptées par un législateur, sans estimer ni devoir poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, ni devoir faire application de l'article 53 de la Convention.

6. Il y a encore lieu de relever que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, si elle est importante, ne permet pas de trancher la question développée au point 4 ci-dessus.

Ainsi, il y a particulièrement lieu de mettre en évidence ce qui suit :

– l'arrêt *Dalhab* n' a pas la pertinence que tente de lui donner la partie adverse dans la mesure où, contrairement au cas d'espèce, l'enseignante concernée avait des élèves "en bas âge"<sup>33</sup>, et "donc des élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé"<sup>34</sup>.

– l'arrêt *Lautsi I* a été commenté comme il suit, de manière pertinente, par le professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis van Drooghenbroeck :

<sup>32</sup> Cass., 26 février 2010, D.08.0010.F.

<sup>33</sup> entre quatre et huit ans.

<sup>34</sup> Il s'agit du seul arrêt de la Cour sur le port de signes religieux par un enseignant (F. ONCLIN, « La présence de signes religieux au sein de l'espace scolaire : les enseignements du droit comparé », *J.T.*, n° 6.458 du 10 décembre 2011, pp. 817 et s.).



“... D’aucuns ont été tentés d’apercevoir ... l’idée que la Cour européenne ... aurait affirmé l’inconventionnalité, non seulement de l’exhibition de symboles religieux sur les murs de la classe, mais aussi, sur un mode implicite, du port de signes religieux par l’enseignant. Ce faisant, l’arrêt du 3 novembre 2009 aurait éventuellement imprimé un tour de vis à une jurisprudence qui, jusqu’ores, renvoyait la question de la virginité des apparences des agents publics de l’éducation à la marge d’appréciation étatique. À notre estime, pareille interprétation amplifiante de l’arrêt semble difficilement admissible. Si la section de la Cour ayant statué en l’espèce avait réellement entendu provoquer un tel bouleversement, non seulement dans la jurisprudence de celle-ci, mais également dans la pratique d’un grand nombre d’États membre du Conseil de l’Europe, elle se serait plus que vraisemblablement dessaisie au profit d’une Grande Chambre (article 30 de la Convention). Par ailleurs et surtout, l’interprétation amplifiante ci-avant suggérée repose sur une analogie juridiquement irrecevable entre, d’une part, les ‘murs de la classe’ et l’État qui décide de leur ornement, et, d’autre part, l’être de chair et de sang qui est appelé à y enseigner”<sup>35 36 37</sup>.

Ainsi, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, on peut soutenir, en aucun cas, – si besoin –, que la Convention européenne des droits de l’homme interdit le port de signes religieux par les prestataires du service public de l’enseignement<sup>38</sup>.

7. Deux reproches doivent encore être énoncés à l’encontre de l’arrêt du 21 décembre 2010.

7.1. *L’arrêt omet l’article 24, § 5, de la Constitution.*

Sur cette lacune, il suffit de renvoyer à l’analyse de Mathias El Berhoumi.

[...] <sup>39</sup>

7.2. *L’arrêt considère, dans son examen des objectifs poursuivis et de la proportionnalité de la mesure, de manière erronée, que le droit des parents au respect de leurs convictions est un*

<sup>35</sup> 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*, Centre des droits de l’homme de l’UCL, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 97 et 98.

<sup>36</sup> L’histoire ne s’est pas arrêtée à ce stade. En effet, statuant sur renvoi (article 43 de la Convention), une Grande chambre a, par arrêt du 18 mars 2011, renversé de fond en comble les conclusions de l’arrêt initial du 3 novembre 2009. En conséquence, les lectures amplifiantes que d’aucuns avaient prétendu faire ont été mises à néant. L’arrêt du 18 mars 2011 (*Lautsi II*) est publié in *J.L.M.B.*, n° 2011/35, pp. 1.704 et s.

<sup>37</sup> L’arrêt du 18 mars 2011 énonce que « le crucifix apposé sur un mur est un symbole essentiellement passif (...) {et qu’} on ne saurait notamment lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses » (§ 72). Le port du voile par un enseignant, – non permanent au contraire du crucifix apposé au mur –, ne peut également être considéré que comme un symbole passif.

<sup>38</sup> Il est renvoyé au commentaire de l’arrêt *Lautsi II* par F. KRENC, « Le crucifix porté à Strasbourg », *J.L.M.B.*, n° 2011/35, pp. 1.718 et s.

<sup>39</sup> *op. cit.*, pp. 577 à 579.

“droit absolu”. De même, il considère, de manière surprenante, que le voile porté par une enseignante affecte le droit des élèves à l’instruction.

L’interdiction du port de signes religieux par les enseignants poursuit, selon l’assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d’État, *deux buts légitimes* : d’une part, assurer la protection des droits des parents et des élèves, protégés par l’article 2 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l’homme, et, d’autre part, garantir la neutralité de l’enseignement officiel.

Pour déterminer si la mesure choisie – une interdiction de principe et générale faite au personnel enseignant de revêtir “tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique” – était proportionnée à ces *deux objectifs*, le Conseil d’État a renvoyé à l’article 2 du premier Protocole qui consacre en réalité deux droits différents, celui des élèves à l’instruction et celui des parents à ce que l’État, dans les missions qu’il assume en matière d’éducation et d’enseignement, respecte leur droit d’éduquer leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. Or, si on comprend en quoi le port d’un signe religieux par un enseignant d’une école publique peut entrer en conflit avec le droit des parents au respect de leurs convictions ; on comprend moins en quoi la tenue de l’enseignant affecte le droit des élèves à l’instruction et sur ce point précis, l’arrêt en référé demeure muet.

Pour le Conseil d’État, dans son arrêt du 21 décembre 2010, il existe – et cela est surprenant<sup>40</sup> – une hiérarchie entre les droits en jeu. Il découle en effet de l’arrêt, implicitement mais certainement, que la liberté religieuse n’est protégée que de manière relative par l’article 9 de la Convention, puisque celui-ci admet des limitations, et qu’à l’inverse, les droits protégés par l’article 2 du premier Protocole sont absolus, et donc non susceptibles de restrictions. En conséquence, pour l’assemblée générale, un conflit entre ces deux types de droits doit tout naturellement être résolu à l’avantage des seconds.

L’analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative à l’article 2 du premier Protocole démontre pourtant que *les droits consacrés par cette disposition sont loin d’être considérés comme absolus*<sup>41 42</sup>.

<sup>40</sup> Voir ainsi : S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondérations des intérêts : fausses pistes (?) Et vrais problèmes » in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299-346.

<sup>41</sup> Pour le droit à l’instruction : C.E.D.H., arrêt relatif à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique, 23 juillet 1968, I.B.65. Pour le droit des parents : C.E.D.H., arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982, § 36.

<sup>42</sup> Voir aussi : M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 582 à 585.



En outre, la seconde phrase de l'article 2 du premier protocole n'oblige pas l'État à adapter l'enseignement aux convictions religieuses ou philosophiques des parents mais vise plutôt à garantir "le pluralisme et la tolérance dans l'enseignement public (...), le système scolaire de l'État devant respecter, sinon refléter nécessairement, les convictions religieuses et philosophiques des parents"<sup>43</sup>. Ainsi, reconnaître aux parents un droit absolu au respect de leurs convictions pourrait avoir des conséquences inattendues, ceux-ci pourraient en effet exiger, par exemple, que leurs enfants soient exemptés des cours de sciences, lorsqu'ils estiment que cet enseignement va à l'encontre de leurs opinions. Une telle interprétation est rigoureusement rejetée par la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé que :

"...la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n'empêche pas les États de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique. Elle n'autorise pas même les parents à s'opposer à l'intégration de pareil, enseignement ou éducation dans le programme scolaire, sans quoi tout enseignement institutionnalisé courrait le risque de se révéler impraticable. Il paraît en effet très difficile que nombre de disciplines enseignées à l'école n'aient pas, de près ou de loin, une coloration ou incidence de caractère philosophique ..."<sup>44</sup>.

8. *En conclusion*, la restriction apportée par le règlement attaqué à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions n'est pas prévue par une loi au sens de l'article 9 de la Convention européenne, sa légitimité n'est pas évidente et elle n'apparaît nullement nécessaire dans une société démocratique (l'examen de proportionnalité opéré par le Conseil d'État au stade du référé ne résiste pas à l'analyse).

9. Les moyens sont fondés<sup>45</sup>.

(...)

IV.6. Le sixième moyen est pris de l'excès de pouvoir et de la violation de la loi, et du principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution belge), et du décret du 12 décembre

<sup>43</sup> C.E.D.H., W & D. M., M & H.I. c Royaume-Uni, décision du 6 mars 1984, D.R. 37.

<sup>44</sup> C.E.D.H., arrêt *Kjeldsen et csrts c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 53.

<sup>45</sup> Il est encore souligné que le Comité des droits de l'enfant, c'est-à-dire l'organe onusien chargé de la surveillance du respect de la célèbre Convention relative aux droits de l'enfant, a communiqué l'observation suivante à l'Allemagne : « Le Comité prend note de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 septembre 2003 (2 BvR 1436/02, affaire *Ludin*) mais est préoccupé par les lois qui sont actuellement examinées dans certains Länder et qui prévoient d'interdire aux enseignantes de porter le voile dans les écoles publiques, car cela n'aide pas l'enfant à comprendre le droit à la liberté de religion et à adopter une attitude de tolérance, conformément aux buts de l'éducation énoncés à l'article 29 de la Convention » (Comité des droits de l'enfant, « Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales : Allemagne », 26 février 2004, www2.ohchr.org).

2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, ainsi que (mémoire en réplique) de la violation de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

## EXAMEN

1. Selon le décret du 12 décembre 2008 invoqué au moyen, – qui transpose en droit interne la directive européenne 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>46</sup> –, une *distinction directe*, susceptible de constituer une discrimination directe, est "la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable" (article 3, 2°, du décret).

Une *distinction indirecte*, potentiellement constitutive de discrimination indirecte, est "la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés" (article 3, 4°, du décret).

La *différence* entre ces deux notions n'est pas sans importance dans la mesure où une distinction directe est bien plus difficile à justifier qu'une distinction indirecte.

Ainsi, une distinction directe à raison de la religion équivaut à une discrimination directe, sauf dans deux cas limitativement énumérés par le décret lorsque la conviction représente une "exigence professionnelle essentielle et déterminante", selon les critères établis à l'article 10 du décret, ou dans le cas "d'organisations publiques et privées, dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique, lorsque, en raison de la nature des activités ou, du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime, et justifiée au regard du fondement de l'organisation"<sup>47</sup> (article 11 du décret). Une distinction indirecte, en revanche, ne constituera pas une discrimination si la mesure en cause est objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires (article 3, alinéa 2, du décret).

2. *Le fait d'interdire à certains travailleurs de porter des signes religieux, politiques ou philoso-*

<sup>46</sup> J.O. n° L303 du 2 décembre 2000.

<sup>47</sup> soit la notion d'entreprise dite « de tendance ».



*phiques, sous peine de licenciement, s'analyse-t-il en une distinction directe ou indirecte à raison de la conviction ?*

Si on retient le lien étroit entre le comportement prohibé et la conviction des personnes concernées, on ne peut y voir qu'une distinction directe. En l'espèce, on retiendrait ainsi que la requérante a été écartée de la profession d'enseignant en raison de sa croyance religieuse, laquelle se traduit par le port d'un foulard (ou voile).

Si, par contre, on retient le caractère a priori "neutre" de la mesure, puisqu'elle ne vise pas une confession en particulier, on est amené à constater qu'elle entraîne, en l'espèce, un désavantage particulier pour la requérante adhérant à une religion qui prescrit le port d'un signe particulier, soit le foulard (ou le voile) – ce qui correspond à la notion de distinction indirecte.

L'arrêt du 21 décembre 2010 de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État considère, – sans équivoque –, que *le règlement adopté par la partie adverse entraîne une distinction directe* (notamment par sa référence indiscutable à l'article 11 du décret du 12 décembre 2008 que l'arrêt reproduit).

Le Conseil d'État ayant opté pour cette analyse, il devenait périlleux de justifier la mesure contestée au regard du décret du 12 décembre 2008.

"Il paraissait en effet difficile de soutenir que la conviction d'une enseignante pourrait constituer, pour une école officielle, une 'exigence professionnelle essentielle et déterminante' au sens de l'article 11 du décret. Il semblait tout aussi hasardeux d'affirmer qu'un établissement d'enseignement officiel pourrait constituer une entreprise ou organisation qui ont pour objectif de promouvoir une certaine philosophie de la vie ou vision de la société, telles que les Églises, les écoles confessionnelles ou d'autres organismes liés à une conviction. En raison de ce caractère particulier, elles bénéficient, en tant qu'employeurs, d'un régime particulier : on admet qu'elles puissent exiger de leurs employés, ou à tout le moins d'une partie d'entre eux, selon le poste occupé, qu'ils partagent la philosophie de la vie qu'elles ont pour objet de promouvoir. Il en résulte une exception à la règle de non-discrimination dans l'emploi, reconnue et encadrée par l'article 11 du décret du 12 décembre 2008. Celui-ci autorise les employeurs 'dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique', à tenir compte, par exemple dans les décisions d'embauche ou de licenciement, de la conviction religieuse ou philosophique d'un travailleur. Il fixe toutefois des limites à cette possibilité : la conviction doit constituer une 'une exigence pro-

fessionnelle essentielle, légitime et justifiée' au regard, d'une part, du fondement de l'organisation, et d'autre part, de la nature des activités ou du contexte dans lequel elles sont exercées. La directive 2000/78, dans son article 4, § 2, qui est à l'origine de cette disposition, parle quant à elle explicitement des 'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions'. La référence aux églises indique que les organisations visées sont celles dont l'objet inclut un engagement actif en faveur d'une certaine doctrine religieuse ou philosophique. Sans doute, la directive mentionne-t-elle les 'organisations publiques ou privées', mais les travaux préparatoires montrent que cette précision a été introduite pour tenir compte de la situation de pays, tels que l'Allemagne, où les cultes et associations religieuses ont un statut de droit public"<sup>4849</sup>.

Ainsi encore, il est particulièrement surprenant que le Conseil d'État, au stade du référé (donc *prima facie*), affirme, de manière succincte et laconique, que l'exception tirée de l'article 11 est applicable à l'enseignement officiel<sup>50</sup>. Pour lui, dès lors, les écoles officielles, tenues de dispenser un enseignement neutre, seraient des entreprises de tendance, au même titre que les écoles confessionnelles, qui délivrent un enseignement marqué par une religion. Elles pourraient par conséquent opérer des différences de traitement, dans les relations d'emploi, en fonction des convictions des travailleurs. Pourtant, dans le même arrêt, le Conseil d'État affirmait que les "notions de laïcité, *conception philosophique parmi d'autres*, et de neutralité sont distinctes" (cons. 6.7.2) (surligné par le rapporteur), la neutralité reflétant l'obligation de l'autorité publique d'être "l'autorité de tous les citoyens" et de "les traiter de manière égale sans discrimination". Ailleurs, l'arrêt précise encore que la neutralité, telle que la définit le décret de la Communauté française du 31 mars 1994, "consiste en une attitude de réserve et d'abstention. Selon la section de législation du Conseil d'État, celui qui est neutre n'est ni du parti de l'un, ni du parti de l'autre, ou, du moins, n'exprime ses préférences ni pour l'un, ni pour l'autre" (cons. 6.8.6.). C'est donc une vision bien différente de la neutralité qui a été mise en avant par le Conseil d'État au moment de l'examen de ce sixième moyen : d'absence de parti-pris, de réserve par rapport aux différentes

<sup>48</sup> J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'État et l'interdiction du port du voile par les enseignants : paradoxale neutralité », *A.P.T.*, à paraître.

<sup>49</sup> Voir aussi : M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, p. 597.

<sup>50</sup> « Dans la mesure où la neutralité est un concept philosophique, l'article 11 du décret du 12 décembre 2008 est applicable à l'espèce puisque la requérante enseigne dans des établissements soumis au principe de neutralité » (cons. 6.18.2.).



philosophies de la vie, *la neutralité devient une doctrine philosophique*<sup>51</sup>, une conception engagée, *une conviction comparable aux convictions religieuses*.

Il s'en déduit pour le Conseil d'État que l'article 11 du décret du 12 décembre 2008, – pourtant censé énoncer *une exception* à l'interdiction des discriminations directes –, s'appliquerait à toutes les écoles de la Communauté française, puisqu'elle concernerait tant le réseau d'enseignement officiel (engagé en faveur de la neutralité), que le réseau d'enseignement libre (essentiellement confessionnel). En revanche, plus aucun établissement ne se verrait appliquer la règle elle-même, qui interdit les distinctions directes à raison de la conviction dans les relations d'emploi<sup>52</sup>.

3. Le règlement attaqué crée donc une discrimination directe injustifiée et injustifiable, en «stigmatisant la requérante parce qu'elle est de confession musulmane».

Sans qu'il soit nécessaire de poser les questions préjudicielles sollicitées par la requérante dans son mémoire en réplique (pages 32 et suivantes, sous le n° 96), le moyen est *fondé*.

## V. CONCLUSION.

Annulation ».

\*  
\* \*

## NOTE

1. La théorie des libertés publiques survivra-t-elle aux controverses sur le port du foulard dans l'enseignement ? La jurisprudence du Conseil d'État permet d'en douter.

Tout au long de l'année 2009, la plus haute juridiction administrative déclara irrecevable toute requête qui l'aurait conduite à se prononcer sur le fond. Ainsi, le Conseil d'État jugea irrecevables les recours intentés contre le règlement d'ordre intérieur d'athénées royales de Charleroi pour la raison qu'ils n'avaient pas été introduits par les deux parents des élèves concernées, mais un seul<sup>1</sup>. Certes, dans d'autres espèces, le Conseil d'État a pu rejeter des requêtes pour un tel motif. Il n'en

<sup>51</sup> La neutralité n'est pourtant pas une conviction philosophique, c'est un principe permettant d'assurer « le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves » (M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, p. 598 sous le n° 22).

<sup>52</sup> M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 595-599.

<sup>1</sup> C.E., arrêts n° 196.260, 22 septembre 2009, *Karadogan* ; et n° 196.261 du 22 septembre 2009, *Tamarante*.

demeure pas moins que cette jurisprudence est hésitante et qu'en l'occurrence, les jeunes filles devenues majeures ont souhaité reprendre l'instance et que l'exception n'avait été soulevée ni par la partie adverse, ni par l'auditeur général, si bien qu'on ne pouvait « s'empêcher de se demander si l'exception irrecevabilité n'[était] pas en l'espèce une occasion pour le Conseil d'État d'éviter de se prononcer sur la validité de l'interdiction du voile »<sup>2</sup>. Les mêmes règlements avaient été attaqués par le Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Le Conseil d'État objecta à ce dernier qu'il n'avait pas d'intérêt à agir contre un règlement proscrivant le port de tout couvre-chef, car, loin de porter atteinte à l'objet social du M.R.A.X., cette interdiction « a pour effet de le rencontrer et de le conforter »<sup>3</sup>. La doctrine avait été particulièrement critique envers cette décision, Sébastien van Drooghenbroeck dénonçant une erreur de droit, une attitude cynique de la haute juridiction administrative et « un revers pour les défenseurs d'une certaine idée de l'État de droit et de la protection juridictionnelle effective contre les actes illégaux de l'autorité »<sup>4</sup>. Un autre recours fut considéré irrecevable pour son caractère partiellement tardif et partiellement prématuré : au moment de l'introduction du recours, il était trop tard pour contester un règlement adopté en juin, mais également trop tôt, car aucune mesure n'avait concrétisé l'interdiction en excluant des cours les élèves récalcitrantes<sup>5</sup>. D'autres demandes furent rejetées, cette fois-ci au motif que les demandeurs qui contestaient des décisions d'exclusion avaient eux-mêmes créé le risque de préjudice grave et difficilement réparable en s'abstenant d'introduire un recours dans les temps contre le règlement d'ordre intérieur. Le Conseil d'État ne semble pas s'être demandé si, en pareille hypothèse, il ne convenait pas de recourir à l'article 159 de la Constitution interdisant aux juges d'appliquer un règlement illégal<sup>6</sup>. Dans la même affaire, le Conseil d'État estimait, en outre, qu'en n'inscrivant pas leurs enfants dans un autre établissement, les requérants avaient délibérément choisi de les placer dans la situation qu'ils dénoncent pour sauvegarder, non pas l'intérêt de leur

<sup>2</sup> G. NINANE, « L'interdiction des signes religieux et philosophiques dans l'enseignement – regard sur un cadre juridique et son voile d'incertitudes », *C.D.P.K.*, 2010, p. 38.

<sup>3</sup> C.E., arrêts n° 191.532 du 17 mars 2009, *a.s.b.l. M.R.A.X.* ; n° 191.533 du 17 mars 2009, *a.s.b.l. M.R.A.X.*

<sup>4</sup> Obs. sous C.E., arrêt n° 191.533 du 17 mars 2009, *a.s.b.l. M.R.A.X., J.T.*, 2009, pp. 253 et 254.

<sup>5</sup> C.E., arrêt n° 196.092 du 15 septembre 2009.

<sup>6</sup> Voy. X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit belge face à la diversité culturelle : quel modèle de gestion de la pluralité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 548.



éducation, mais l'intérêt d'un recours au Conseil d'État<sup>7</sup>. Le Conseil d'État avait pourtant considéré auparavant que s'inscrire dans un établissement faisait perdre l'intérêt à agir contre le refus d'inscription dans une autre école pour cause de port de couvre-chef<sup>8</sup>.

Ces échecs répétés ont amené la doctrine tantôt à souligner « l'ingéniosité dont était capable la haute juridiction administrative pour "botter en touche" »<sup>9</sup>, tantôt à se demander « si le droit à un recours effectif, consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, est bien respecté en l'espèce »<sup>10 11</sup>.

Une enseignante de mathématiques parvient néanmoins à introduire un recours recevable au Conseil d'État, en parallèle à des procédures judiciaires fructueuses. Après trois années où elle exerça ses fonctions voilée, cette enseignante fut affectée au sein de deux autres établissements relevant du même pouvoir organisateur, la ville de Charleroi. Les directeurs de ces écoles, suivis par le chef de l'établissement d'origine, lui signalèrent leur refus qu'elle porte le foulard durant les cours. Le 29 mars 2010, au terme de plusieurs rebondissements judiciaires<sup>12</sup>, le conseil communal de Charleroi adhéra aux principes de la neutralité de l'enseignement de la Communauté. Il fit alors usage de l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 31 mars 1994 qui autorise un pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné ou libre non confessionnel à adhérer à la définition de la neutralité applicable à l'enseignement organisé par la Communauté. Le projet éducatif fut modifié en conséquence et la ville approuva dans la foulée un règlement d'ordre intérieur interdisant tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique aux membres du personnel de l'enseignement communal dans l'exercice de leurs fonctions, à l'exception des enseignants des cours philosophiques.

<sup>7</sup> C.E., arrêts n° 196.625 du 2 octobre 2009, *Kheir* ; et n° 196.626 du 2 octobre 2009, *Dakir*.

<sup>8</sup> C.E., arrêt n° 148.566 du 2 septembre 2005, *Tamarante*.

<sup>9</sup> G. NINANE, « Liberté de religion et interdiction des signes religieux », in S. VAN DROOGHENBROECK et P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement*, Liège, Anthemis, 2012, p. 181.

<sup>10</sup> X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », *op. cit.*, p. 549.

<sup>11</sup> La Cour constitutionnelle semble également avoir suivi cette attitude dans son arrêt n° 8/2008 où elle parvint à éviter d'aborder le fond d'une question préjudicielle relative à la compatibilité entre le principe d'égalité et l'interdiction pour les justiciables d'assister à une audience en portant un couvre-chef, même lorsque celui-ci est une expression de la conviction religieuse. Paul Martens s'est demandé si cet arrêt était inspiré par le bon sens « ou la volonté de la Cour de rivaliser avec le Conseil d'État dans l'inépuisable imagination qu'il a déployée pour éviter de se prononcer sur le sujet » (« Le communautarisme, le multiculturalisme, le nationalisme et l'universalisme en Belgique à la lumière de la jurisprudence de sa Cour constitutionnelle », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit belge face à la diversité culturelle : quel modèle de gestion de la pluralité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 209.

<sup>12</sup> Civ. Charleroi (référés), 15 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010/2, pp. 87 à 93 ; Mons, 10 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010/12, pp. 549 à 557.

L'enseignante de mathématiques demanda au Conseil d'État la suspension du règlement par la procédure en extrême urgence. Le Conseil d'État rejeta la demande, considérant que le péril imminent n'était pas établi<sup>13</sup>. La procédure se poursuivit en suspension ordinaire. Celle-ci se conclut par l'arrêt n° 210.000, dans lequel, au terme d'une motivation des plus contestables la demande fut rejetée par l'assemblée générale du Conseil d'État<sup>14</sup>.

Statuant sur l'annulation, l'arrêt présenté doit être lu en miroir de l'arrêt en suspension. Dans ce dernier, le Conseil d'État avait buté contre plusieurs écueils, remettant en cause des éléments essentiels du régime des libertés publiques. À la lecture de l'arrêt n° 223.042, l'on perçoit une volonté d'éviter ces écueils. Toutefois, parvenant à la même conclusion de rejet du recours, le Conseil d'État suivit d'autres raisonnements, tout autant critiquables, validant l'acte attaqué malgré l'absence de fondement décretaal (A), admettant la proportionnalité de l'atteinte à la liberté religieuse (B) ou avalisant la distinction pratiquée sur la base de la conviction religieuse ou philosophique tout en affirmant l'inutilité de formuler des questions préjudicielles y relative (C).

#### A. LE RESPECT DE L'EXIGENCE DE LÉGALITÉ

2. Dans un premier moyen, la requérante plaide l'excès de pouvoir et l'incompétence de la ville de Charleroi à restreindre sa liberté religieuse. Elle invoque l'article 19 de la Constitution et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme pour en déduire que les limitations à ce droit fondamental ne peuvent être l'œuvre que d'une loi.

L'examen de ce moyen par le Conseil d'État s'ouvre sur un rappel de la définition strasbourgeoise du mot « loi ». Dans la Convention, ce terme est un concept autonome renvoyant exclusivement à des exigences matérielles d'accessibilité et de prévisibilité. Si cette acception solidement ancrée depuis l'arrêt *Sunday Times* ne prête pas à débat, encore fallait-il l'articuler avec l'article 19 de la Constitution. Ce dernier dispose que « la liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression

<sup>13</sup> C.E., arrêt n° 202.852 du 7 avril 2010, *Topal*.

<sup>14</sup> C.E., arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010. Voy. X. DELGRANGE, *op. cit.*, pp. 562 et s. ; 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. 571 à 599 ; J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'État et l'interdiction du port du voile par les enseignants : paradoxale neutralité », *A.P.*, 2012, pp. 368 à 384 ; G. NINANE, « Liberté de religion et interdiction des signes religieux », *op. cit.*, pp. 181 à 188.



des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ». En suspension, le Conseil d'État n'avait pas jugé pertinent de faire allusion à cette disposition constitutionnelle, se rapportant exclusivement au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, la définition du terme « loi » en droit interne a un sens différent : elle renvoie à la dimension formelle d'un acte adopté par des assemblées législatives démocratiquement élues.

L'arrêt présenté n'ignore pas l'article 19 de la Constitution. Mais la référence à cette disposition mène à une étrange conclusion. D'après le Conseil d'État, comme le terme « loi » n'y est pas explicitement mentionné, il n'est pas établi qu'il faille recourir à une loi au sens formel. Les restrictions à la liberté de religion ne seraient dès lors pas une matière réservée à la loi par la Constitution. De plus, les règlements adoptés par les pouvoirs locaux « peuvent contenir des prescriptions ou imposer des règles de conduite qui limitent l'exercice de libertés constitutionnelles pourvu que les autorités locales agissent dans leurs sphères de compétences » (cons. V.2.4.).

Trois objections seront formulées à l'encontre de ce raisonnement.

Première objection : le Conseil d'État ne prend pas en considération les travaux préparatoires de l'article 19 de la Constitution. La section centrale du Congrès national s'était accordée sur les deux dispositions suivantes : « La liberté des cultes et celle des opinions en toutes matières sont garanties » ; « L'exercice public d'aucun culte ne peut être empêché qu'en vertu d'une loi, et seulement dans les cas où il trouble l'ordre et la sécurité publique »<sup>15</sup>. Le terme « loi » apparaissait bel et bien dans cette première mouture. Ainsi formulés, ces articles protégeaient des immixtions du législateur l'exercice du culte à l'intérieur des temples, tout en permettant de réglementer l'exercice du culte hors des temples<sup>16</sup>. Cette rédaction fut fortement critiquée par les congressistes, notamment de Gerlarche pour qui « la liberté des cultes, la liberté de l'enseignement et celle de la presse ont été justement rapprochées du projet de Constitution : elles sont en quelque sorte identiques. C'est toujours la manifestation de la pensée, sous des formes diverses. C'est précisément pour cela que ces libertés doivent être mises absolument sur la même ligne, et que vous ne pouvez ni plus ni moins pour l'une que pour l'autre. Or, le grand principe qui prédomine ici tous les autres, puisque nous avons pour but de consacrer la véritable

liberté, sans aucune restriction, c'est l'absence de toute mesure préventive. Or, il est évident que l'article 11 renferme une véritable mesure préventive, puisqu'il suppose que le culte peut être empêché et non simplement réprimé pour des actes qui auraient troublé l'ordre et la tranquillité publique »<sup>17</sup>. Dès lors, les congressistes se rallièrent à un amendement substituant au système partiellement préventif un régime exclusivement répressif. Cette modification eut également pour effet de supprimer le terme « loi » de cette disposition constitutionnelle. Il est donc tout à fait contraire à la *ratio legis* de l'article 19 de la Constitution d'interpréter cette absence dans un sens moins protecteur de la liberté religieuse, alors que précisément l'omission du terme « loi » résulte d'une volonté de mieux défendre cette liberté. Quant aux rôles des pouvoirs locaux, Thonissen avait déjà prédit la confusion dont se rend coupable le Conseil d'État, tout en la condamnant : « Personne, en 1831, ne songeait à confier à l'administration communale une sorte de droit de réglementation de l'exercice public des cultes. Ceux qui réclamaient cette réglementation ne le demandaient que pour le législateur seul ; ils n'osaient pas aller jusqu'à la réclamer, soit au profit du pouvoir central, soit au profit des autorités locales »<sup>18</sup>.

Deuxième objection : si le Conseil d'État n'a pas eu égard à l'intention du constituant originaire, on peut aussi remettre en question sa lecture de la lettre de l'article 19 de la Constitution. Certes, le terme « loi » n'y apparaît pas, mais il est question de « délits », et les articles 12, al. 2, et 14 de la Constitution consacrent de manière expresse une exigence de légalité en matière pénale. La notion de « délits » suppose ainsi l'intervention du législateur<sup>19</sup>. C'est le raisonnement que la Cour constitutionnelle suit de manière on ne peut plus explicite : « L'article 19 de la Constitution a pour objet de réserver au législateur la compétence de régir l'usage de la liberté d'opinion et d'interdire, en principe, toute mesure préventive d'une autorité publique. La mention de la notion de "délits", dans l'article 19 de la Constitution, manifeste la volonté du Constituant de n'autoriser en règle le législateur à prévoir des mesures sanctionnant l'usage abusif de la liberté d'expression qu'après que celle-ci a été exercée »<sup>20</sup>.

Troisième objection : en excluant la liberté religieuse du spectre de la légalité, le Conseil d'État

<sup>15</sup> E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, T. I, p. 574.

<sup>16</sup> J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 1879, p. 47.

<sup>17</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, p. 575.

<sup>18</sup> J.-J. THONISSEN, *op. cit.*, p. 54.

<sup>19</sup> En ce sens, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsluiting*, Anvers, Maklu, 1991, pp. 121 à 129.

<sup>20</sup> C.C., arrêt n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.34.



soutient une thèse incompatible avec le régime général des libertés publiques en vigueur en Belgique. Comme l'affirme Francis Delpérée, « dans une société démocratique, qui peut, mieux que les élus de la Nation agissant de concours avec le roi, fixer les règles selon lesquelles les individus pourront exercer leur liberté ? Recourir pour ce faire aux responsables de l'ordre public, soit au gouvernement et aux autorités locales, c'est exposer imprudemment la liberté ; c'est établir une confusion entre celui qui fait la règle et celui est tenu de la respecter »<sup>21</sup>. Le constituant a inscrit de manière expresse l'exigence de légalité pour la grande majorité des droits et libertés du Titre II. Cette exigence soutient en réalité l'ensemble de ces droits et libertés<sup>22</sup>. Ainsi, de jurisprudence constante, le Conseil d'État estime que les restrictions à la liberté d'association doivent être prévues « par la loi », bien que cette réserve au législateur ne soit pas expressément prévue par l'article 27 de la Constitution<sup>23</sup>. La section de législation du Conseil d'État tient le même raisonnement s'agissant des limitations à la liberté garantie par l'article 19 de la Constitution. Se prononçant sur un avant-projet de loi instaurant un système de contrôle applicable à la publicité faite par les praticiens des professions des soins de santé, il a considéré que « l'article 19, notamment, de la Constitution, qui garantit la liberté d'expression, n'opère pas de distinction entre le contenu de ce qui est exprimé, de sorte que les garanties qu'il contient, entre autres l'interdiction de mesures préventives, s'appliquent également aux messages publicitaires. Le "système de contrôle" à mettre en place constitue, dès lors, une restriction à un droit fondamental consacré par la Constitution – ainsi que par le droit international. Il est par conséquent inadmissible de laisser au Roi le soin de définir, dans leur ensemble, les modalités de ce système de contrôle. En effet, c'est au législateur qu'il appartient de fixer les choix politiques essentiels, tels que l'imposition de restrictions à un droit fondamental en vue d'atteindre un objectif d'intérêt général. En conclusion, c'est le législateur lui-même qui doit définir les éléments essentiels du

système de contrôle applicable à la publicité faite par les praticiens des professions des soins de santé, tout en veillant à ce que les dispositions concernées puissent se concilier, notamment, avec l'article 19 de la Constitution »<sup>24</sup>. De manière générale, la section de législation du Conseil d'État considère que « dans l'ordre juridique belge, les éléments essentiels d'une réglementation doivent figurer dans une norme adoptée par le pouvoir législatif. Cette exigence est renforcée lorsque cette réglementation tend à limiter un droit fondamental »<sup>25</sup>.

Au regard de ces trois objections, il nous paraît manifeste que la légalité au sens formel protège les droits garantis par l'article 19 de la Constitution. En faisant prévaloir sur celle-ci une simple légalité matérielle, le Conseil d'État a méconnu le principe de la clause la plus favorable contenu à l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>26</sup>. Établissant un standard minimum en matière de droits et libertés, la norme conventionnelle doit s'effacer devant la norme nationale plus protectrice. Cette règle de subsidiarité est tout autant bafouée par l'arrêt d'annulation qu'elle le fut par celui de suspension, que le Conseil d'État livre une interprétation erronée de l'article 19 de la Constitution ou qu'il en oublie l'existence<sup>27</sup>.

3. Dans le présent litige, l'exigence de légalité pouvait se réclamer d'un autre fondement constitutionnel que l'article 19. L'article 24, § 5, réserve, en effet, les aspects essentiels de la réglementation de l'enseignement au législateur. Il se dégage de la jurisprudence que la Cour constitutionnelle tend à pratiquer une lecture généreuse de ce principe lorsqu'une réglementation a un impact sur la carrière du personnel<sup>28</sup>. La légalité autorise-t-elle néanmoins un pouvoir organisateur à proscrire les signes convictionnels aux membres de son personnel sans habilitation décrétable explicite ? À l'estime du Conseil d'État, la réponse est résolument affirmative.

Les décrets du 31 mars 1994 et du 17 décembre 2003 relatifs à la neutralité de l'enseignement habiliteraient les pouvoirs organisateurs à mettre

<sup>21</sup> F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 193.

<sup>22</sup> J. VELAERS et S. van DROOGHENBROECK, note relative à l'insertion d'une clause constitutionnelle transversale relative aux restrictions aux droits et libertés, rapport du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution, *Doc. parl.*, Ch. 2004-05, n° 51-2304/001, pp. 18 à 20 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 306 à 309.

<sup>23</sup> Voy. not. l'avis n° 34.590/3 rendu le 22 avril 2003 sur un projet d'arrêt du gouvernement flamand « concernant de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met bestuurder », cité in P. NIHOUL et M. JOAS-SART, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2003 », *R.B.D.C.*, 2005, pp. 54 et 55. Ces auteurs ajoutent que « même en l'absence de précision en ce sens dans le texte constitutionnel, l'intervention du législateur est requise pour toute mesure qui constitue une ingérence dans les libertés publiques et les droits de l'homme » (p. 56).

<sup>24</sup> Avis n° 44.891/1/V rendu le 19 août 2008 sur un avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch., 2008-09, n° 52-1492/001, p. 123.

<sup>25</sup> Avis n° 39.942/AG rendu le 18 avril 2006 sur une proposition de loi visant à garantir un service minimum dans le cadre des missions de service public et des missions d'intérêt général, *Doc. parl.*, Ch., 2005-06, n° 51-604/003, p. 11.

<sup>26</sup> « Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ». Voy. C.C., arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004.

<sup>27</sup> Voy. M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 580 et 581 ainsi que le rapport du premier auditeur, point IV.1.5.

<sup>28</sup> C.C., arrêts n° 80/97 du 17 décembre 1997, B.10 ; n° 130/98 du 9 décembre 1998, B.2.3 ; n° 34/2000 du 29 mars 2000, B.4.3.n° 133/2002 du 18 septembre 2002, B.2.2 ; n° 17/2006 du 1<sup>er</sup> février 2006, B.5.3 ; n° 142/2008 du 30 octobre 2008, B.4.



en œuvre la définition décrétole de la neutralité. En outre, l'article 63 du décret « missions » du 24 juillet 1997 leur offrirait la possibilité de préciser les obligations et devoirs concrets qui pèsent sur leur personnel, par l'intermédiaire du projet éducatif dans lequel figurent l'ensemble des valeurs, des choix de société et des références de nature à atteindre les objectifs éducatifs.

Cette approche n'est pas convaincante : d'une part, l'habilitation évoquée par le Conseil d'État ne se trouve pas dans les textes décrets en question et, d'autre part, même si elle existait, cette habilitation ne satisferait pas l'exigence constitutionnelle de légalité.

En effet, l'on ne retrouve pas dans le décret du 31 mars 1994 la disposition habilitante dont certaines citations textuelles du Conseil d'État attestent pourtant de l'existence. On pense en particulier à l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 31 mars 1994 ainsi libellé : « tout pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné ou libre subventionné non confessionnel peut adhérer aux principes du présent décret. Toutes les dispositions lui sont dès lors, mutatis mutandis, applicables ». Citée par le Conseil d'État, cette disposition connaît une subtile transformation : « l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret susvisé du 31 mars 1994 dispose que "tout pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné ou libre subventionné non confessionnel [qui a adhéré] aux principes [de pluralisme et de neutralité]" met ceux-ci en œuvre selon les règles fixées par les décrets ». La disposition habilitante semble plutôt résulter d'une interprétation libre et particulièrement extensive de l'obligation d'inscrire dans le projet éducatif une référence au décret de 1994 et de reproduire *au moins* les principes et garanties de ses cinq premiers articles.

À cet égard, cette habilitation nous paraît en deçà des standards établis par la Cour constitutionnelle. Selon une jurisprudence constante, « il ne résulte pas de l'article 24, § 5, de la Constitution que le législateur puisse seulement confier des compétences au gouvernement de communauté. Il peut également attribuer des tâches d'exécution ou un pouvoir de décision à d'autres autorités, pourvu qu'il n'excède ni ne viole à cette occasion le pouvoir qui lui est reconnu par la Constitution. L'article 24, § 5, de la Constitution exige que ces compétences déléguées ne portent que sur la mise en œuvre des principes que le législateur décrétal a lui-même adoptés. À travers elles, le gouvernement de communauté ou une autre autorité ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ou affiner des options insuffisamment détaillées »<sup>29</sup>. Ainsi,

« pour respecter la disposition constitutionnelle précitée, il est requis que les éléments essentiels de cette matière soient repris au décret lui-même et que, dans la formulation du pouvoir réglementaire qui est accordé au Gouvernement de communauté, l'on indique les critères tenant lieu de directives pour l'établissement de la réglementation dont il s'agit »<sup>30</sup>. Dans un décret dont ni la lettre, ni l'esprit n'abordent le port de signes convictionnels<sup>31</sup>, on ne saurait identifier des options suffisamment détaillées ou des critères tenant lieu de directives. Le raisonnement du Conseil d'État nous paraît autant insoutenable qu'il aboutit à admettre que, dans son projet éducatif, un pouvoir organisateur règle des éléments essentiels, se substituant ainsi au législateur décrétal.

4. La motivation du Conseil d'État mène inexorablement au développement suivant : l'affaire devrait remonter à la Cour constitutionnelle qui, seule, par le biais d'une question préjudicielle, pourrait établir si le décret du 31 mars 1994 et le décret « missions » du 24 juillet 1997, en ce qu'ils habiliteraient les pouvoirs organisateurs à préciser les obligations et devoirs concrets qui pèsent sur leur personnel en vertu de la neutralité, respectent l'article 24, § 5, de la Constitution.

La Haute juridiction administrative a anticipé la suite logique de sa démonstration en invoquant d'initiative l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 40/2011 du 15 mars 2011. Dans cette espèce, la Cour a dit pour droit qu'un décret spécial de la Communauté flamande ne viole pas l'article 24 de la Constitution en habilitant le conseil de l'Enseignement communautaire à se prononcer sur une interdiction générale et de principe, applicable aux élèves, de porter des signes religieux et philosophiques visibles<sup>32</sup>. Le Conseil d'État retient surtout de cet arrêt que la Cour y a jugé la conception de la neutralité étroitement liée à l'établissement du projet pédagogique adopté, en toute autonomie, par le pouvoir organisateur concerné.

Toutefois, l'analogie entre les deux affaires ne coule pas de source. Dans l'arrêt n° 40/2011, il s'agissait de concilier le principe de légalité, consacré par l'article 24, § 5, de la Constitution et le § 2 de la même disposition qui autorise les communautés à transférer leurs compétences de pouvoir organisateur à un ou plusieurs organes autonomes. L'articulation de ces règles surdétermine en grande partie le raisonnement de la Cour constitutionnelle. À cet égard, il est piquant de se rappeler qu'à l'occasion de la suspension, le Conseil d'État avait écarté les enseignements de

<sup>29</sup> C.C., arrêt n° 2/2006 du 11 janvier 2006, B.14.2. et B.14.3.

<sup>30</sup> C.C., arrêt n° 45/94 du 1<sup>er</sup> juin 1994, B.8.

<sup>31</sup> Voy. X. DELGRANGE, *op. cit.*, pp. 534 à 536.

<sup>32</sup> Voy. M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 601 à 616.



l'arrêt n° 202.039 par lequel avait été suspendue la prohibition des signes convictionnels dans l'enseignement de la Communauté flamande, notamment au motif que « la structure organique de prise de décision en la matière est [...] différente de celle en Communauté française »<sup>33</sup>. Par ailleurs, si le constituant a effectivement lié projet éducatif et définition de la neutralité, il voulait surtout indiquer par là qu'à la faveur de la communautarisation de l'enseignement, des acceptions divergentes de cette notion pourraient se développer de part et d'autre de la frontière linguistique<sup>34</sup>. Il n'y avait pas à ce stade l'intention d'établir que la définition de la neutralité devait échapper au législateur. Certaines déclarations du constituant de 1988 témoignent même du contraire. Pour le secrétaire d'État à l'Éducation nationale (N), « puisque les Communautés se voient confier une responsabilité propre, la traduction concrète et l'application [de la notion de neutralité] se feront compte tenu de la situation dans laquelle se trouve chaque Communauté. Cela ne peut être considéré comme une interprétation de la Constitution, mais plutôt comme un complément de la notion de neutralité, qui doit d'ailleurs être concrétisé dans un projet pédagogique sous le contrôle de la Cour d'arbitrage »<sup>35</sup>. L'intervention du juge constitutionnel atteste que cette définition doit faire l'objet d'un décret<sup>36</sup>.

5. Ni la restriction à la liberté religieuse, ni la réglementation d'un aspect essentiel de l'enseignement ne justifient aux yeux du Conseil d'État que la matière soit réservée au législateur. Même si elle confirme la ligne défendue en suspension, cette disqualification de la légalité ne constitue pas moins un revirement de la part du Conseil d'État. Ce dernier avait récemment considéré qu'un règlement d'ordre intérieur ne pouvait à lui seul imposer la neutralité des apparences<sup>37</sup>. Au nom de la légalité, il avait aussi suspendu la décision du conseil de l'enseignement communautaire

flamand d'interdire les signes convictionnels des élèves et enseignants<sup>38</sup>. Si, dans l'arrêt en suspension, le Conseil d'État avait pris la peine de justifier pourquoi ces décisions étaient étrangères au litige, il considère cette formalité inutile dans l'arrêt présenté.

## B. LA PROPORTIONNALITÉ DE L'INGÉRENCE DANS LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

6. Si, selon le Conseil d'État, la restriction à la liberté religieuse inscrite dans un simple règlement communal satisfait la condition d'être prévue par une « loi » au sens strasbourgeois, la requérante en conteste le caractère nécessaire dans une société démocratique et proportionné par rapport au but poursuivi.

Bien que la requérante n'ait pas mis en doute la légitimité des objectifs de la mesure, le Conseil d'État estime pertinent de la démontrer. Deux buts sont identifiés : assurer la neutralité de l'enseignement en faveur des élèves et de leurs parents, d'une part, et « faire bénéficier les élèves de la connaissance de la pluralité des valeurs qui constituent l'humanisme contemporain », d'autre part<sup>39</sup>. Après avoir reproduit son antienne sur le principe de neutralité, le Conseil d'État affirme qu'avec les décrets de 1994 et 2003, le législateur francophone a entendu défendre un « modèle d'enseignement qui fait prévaloir la fonction de l'enseignant sur les attaches philosophiques, culturelles et religieuses de celui-ci en tant qu'individu, en vue de promouvoir un apprentissage qui soit respectueux des convictions des élèves et de leurs parents » (cons. VI.2.6.).

Jusqu'ici sa relecture des décrets « neutralité » nous semble plutôt admissible<sup>40</sup>. Par la suite, elle devient subtilement biaisée. Ces dispositions décretales astreindraient en effet les enseignants, le cas des professeurs de religion et de morale mis à part, à adopter, devant leurs élèves, « une attitude réservée de manière générale et [à] s'abstenir de révéler, de quelque manière que ce soit, leurs convictions personnelles ou de témoigner de celles-ci »<sup>41</sup>. Or, si

<sup>33</sup> C.E., arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010, cons. 6.8.3.

<sup>34</sup> Cela apparaît plus clairement lorsque l'on cite en entier le passage des travaux préparatoires auquel le Conseil d'État fait référence en écho de la Cour constitutionnelle : « 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 » (*Doc. parl.*, S., S.E., 1988, n° 100-1/1, p. 3). Dans la suite de son arrêt, le Conseil d'État semble se ranger à cette lecture : « La neutralité dans l'enseignement telle que consacrée par l'article 24 de la Constitution peut ainsi conduire une communauté à privilégier l'absence de toute manifestation extérieure de signes religieux, politiques ou philosophiques dans le chef de ses professeurs en tant que fonctionnaires afin d'éviter toute suspicion de pression ou d'influence quelconque sur les élèves vis-à-vis desquels ils exercent leur autorité » (cons. VI.2.7). Voy. *infra* n° 6.

<sup>35</sup> Rapport de la commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, *Doc. parl.*, S., S.E. 1988, n° 100-1/2, p. 64.

<sup>36</sup> Voy. également le rapport de la commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits, *Doc. parl.*, Ch., S.E. 1988, n° 10/17-45/4, p. 18.

<sup>37</sup> C.E., arrêt n° 175.886 du 18 octobre 2007 ; et n° 195.044 du 2 juillet 2009.

<sup>38</sup> C.E., arrêt n° 202.039 du 18 mars 2010.

<sup>39</sup> Étrangement, le but légitime identifié en suspension était sensiblement différent. La mesure se limitait alors à assurer la protection des droits et libertés d'autrui, à savoir, en matière d'enseignement, les droits des parents et des élèves protégés par l'article 2 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (C.E., arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010, cons. 6.8.2.).

<sup>40</sup> Avec la réserve toutefois que cette idée de fonction enseignante prévalant sur les attaches de l'individu qui l'exerce ne fut jamais exprimée comme telle dans les travaux préparatoires des décrets de 1994 et de 2003, mais semble plutôt résulter de la récente proposition de décret visant à prohiber le port de signes convictionnels dans l'enseignement (*Parl. Comm. fr.*, 2009-2010, n° 84-1, pp. 3 et 4). Soumise au vote le 21 mars 2012, la proposition a été rejetée par une large majorité des membres du Parlement de la Communauté française.

<sup>41</sup> L'on notera à cet égard que le Conseil d'État a récemment rappelé que la virginité des apparences ne pouvait être imposée à des maîtres de religion islamique (C.E., arrêt n° 223.201 du 17 avril 2013).



ces décrets interdisent de témoigner en faveur d'un système religieux, philosophique ou politique, ils ne prohibent aucunement le simple fait de révéler ses convictions. La différence est de taille : « témoigner en faveur » sous-entend une attitude prosélyte alors qu'en soi, comme l'affirme le Conseil d'État lui-même, « le port d'un signe convictionnel n'emporte pas par lui-même un comportement prosélyte » (cons. IV. 2.). Il apparaît pourtant des travaux préparatoires des décrets « neutralité » que le législateur n'a en rien cherché à interdire la simple expression d'une opinion ou d'une croyance<sup>42</sup>. Si les immixtions dans les libertés doivent être interprétées restrictivement<sup>43</sup>, on ne trouvera aucune disposition de ces décrets établissant de manière certaine une telle limitation à la liberté d'expression des enseignants<sup>44</sup>. Le Conseil d'État poursuit néanmoins cette lecture très personnelle dans la suite de l'arrêt : « La neutralité dans l'enseignement telle que consacrée par l'article 24 de la Constitution peut ainsi conduire une communauté à privilégier l'absence de toute manifestation extérieure de signes religieux, politiques ou philosophiques dans le chef de ses professeurs en tant que fonctionnaires afin d'éviter toute suspicion de pression ou d'influence quelconque sur les élèves vis-à-vis desquels ils exercent leur autorité » (cons. VI.2.7.).

Cette interprétation des décrets « neutralité » mène le Conseil d'État à une contradiction de taille. Ce dernier avait rejeté le premier moyen en excipant de ces dispositions décrétales une habilitation accordée aux pouvoirs organisateurs. Il leur était alors loisible de préciser une définition décrétale qui, en tant que telle, ne contenait pas d'interdiction des signes convictionnels. Le Conseil d'État change ici de point de vue en déduisant directement de ces décrets une telle prohibition. Il n'avance cependant aucune disposition expresse de ceux-ci et aucun extrait de leurs travaux préparatoires pour étayer cette thèse. Pire, lorsqu'il balaie la demande de question préjudicielle, le Conseil d'État revient à sa position initiale. En effet, la requérante voulut que la Cour constitu-

tionnelle se prononçât sur la validité, au regard de l'article 19 de la Constitution, de l'article 4 du décret du 31 mars 1994 interprété de manière telle qu'il implique l'interdiction, pour les enseignants des établissements auquel il s'applique, d'afficher des signes ostensibles d'appartenance religieuse, philosophique ou politique dans l'exercice de leurs fonctions. Aux yeux du Conseil d'État, la question n'a pas lieu d'être car, « pour ce qui concerne l'article 19 de la Constitution, le décret litigieux ne contient aucune règle attentatoire, en tant que telle, à la liberté de religion. La question de la violation de cette disposition constitutionnelle se pose uniquement en ce qui concerne le règlement attaqué qui prévoit expressément, à charge de certains enseignants, une interdiction de porter des signes religieux ostensibles ». Suivant un mouvement de balancier, le Conseil d'État refuse finalement d'identifier le décret du 31 mars 1994 comme siège de l'interdiction. Celle-ci s'enracine de nouveau au sein du seul règlement adopté par la ville de Charleroi ce qui permet au Conseil d'État d'esquiver la question préjudicielle.

7. Le contrôle de proportionnalité se trouve pour le surplus dominé par l'argument selon lequel « les droits fondamentaux ayant pour but primordial de protéger les droits de la personne humaine contre les abus de pouvoir des organes de l'autorité, un agent des services publics, comme un enseignant dans l'enseignement officiel, ne peut invoquer un droit fondamental pour justifier la méconnaissance des droits et libertés fondamentaux des citoyens, en l'espèce, des élèves et de leurs parents » (cons. VI.2.7.).

Cette considération se situe dans la lignée de l'arrêt en suspension, dans lequel l'assemblée générale avait résolu le conflit entre la liberté de religion des enseignants et le respect des convictions des parents et élèves en hiérarchisant ces droits. Dans son arrêt n° 210.000, le Conseil d'État avait considéré que le but de la restriction de la liberté de religion était « d'assurer "la protection des droits et libertés d'autrui", à savoir, en matière d'enseignement, les droits des parents et des élèves, protégés par l'article 2 du Premier Protocole qui consacre un droit absolu, non susceptible de restrictions, contrairement à l'article 9 de la Convention qui ne protège que de manière relative le droit qu'il vise et d'assurer la neutralité de l'enseignement officiel telle qu'elle est prescrite par les normes constitutionnelles et internationales ainsi que par le décret du 31 mars 1994 précités »<sup>45</sup>. Le Conseil d'État n'avait pas cherché la conciliation entre ces droits, mais avait estimé

<sup>42</sup> Voy. les extraits des travaux préparatoires cités par X. DELGRANGE, *op. cit.*, pp. 534 et 535. Les débats sur l'article 4 de la proposition devenue le décret du 31 mars 1994 dénotent une volonté des parlementaires d'éviter que le décret ne soit formulé de manière telle que l'enseignant ne puisse plus exprimer sa propre opinion. Le commentaire de l'article 5 du projet devenu le décret du 17 décembre 2003 par le ministre de l'Enseignement secondaire mentionne notamment « la définition des attitudes qui sont attendues du comportement de chacun des acteurs du système éducatif dans l'école neutre. C'est l'attitude réservée, c'est l'expression diverse des croyances, des convictions politico-philosophiques. C'est aussi l'abstention de toute forme de partialité ou de toute action partisane dans l'école ».

<sup>43</sup> Voy. not. C.C., arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009, B.68.2 : « La liberté d'expression constituant l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, les exceptions à la liberté d'expression doivent s'interpréter strictement ».

<sup>44</sup> En ce sens, voy. le rapport du premier auditeur, point IV.2.4.

<sup>45</sup> C.E., arrêt n° 210.000, cons. 6.8.2.

que le droit au respect des convictions jouissait d'une prépondérance *a priori* et systématique par rapport au droit de manifester ses convictions religieuses<sup>46</sup>. Cette appréciation était fortement critiquable en ce qu'elle semblait partir d'une lecture purement littérale de la Convention selon laquelle, contrairement à l'article 9 de la Convention, l'article 2 du Premier protocole additionnel est dépourvu d'un second paragraphe au sein duquel les conditions de restriction du droit garanti sont établies. Or, si les limitations à la liberté de manifester ses convictions religieuses sont conventionnellement déterminées, les limitations au droit au respect des convictions sont prétoriennement organisées<sup>47</sup>. En effet, comme l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme, « la seconde phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2) n'empêche pas les États de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique. Elle n'autorise pas même les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire, sans quoi tout enseignement institutionnalisé courrait le risque de se révéler impraticable. Il paraît en effet très difficile que nombre de disciplines enseignées à l'école n'aient pas, de près ou de loin, une coloration ou incidence de caractère philosophique. Il en va de même du caractère religieux si l'on tient compte de l'existence de religions formant un ensemble dogmatique et moral très vaste qui a ou peut avoir des réponses à toute question d'ordre philosophique, cosmologique ou éthique. La seconde phrase de l'article 2 (P1-2) implique en revanche que l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser »<sup>48</sup>.

Certes de manière moins explicite, l'arrêt présenté prolonge le raisonnement de la décision en suspension. L'absoluité du droit au respect des convictions n'est plus proclamée. Elle apparaît néanmoins en creux et permet à ce droit de l'em-

porter sur la liberté religieuse des enseignants sans subir la moindre restriction. Pourtant, les droits fondamentaux en cause sont consacrés par les mêmes instruments. Ils disposent donc d'un poids *a priori* égal sur le plan juridique. Trancher leur affrontement par une hiérarchisation supposerait à tout le moins une démonstration et non une simple affirmation. Si la problématique des conflits entre droits fondamentaux est épineuse, la doctrine a forgé différentes méthodes pour y faire face de manière autrement plus satisfaisante<sup>49</sup>.

8. Comme pour compenser la disparition de la référence explicite à l'absoluité des droits garantis par l'article 2 du Premier protocole, le Conseil d'État semble insister sur un élément qui apparaissait de manière incidente dans l'arrêt n° 210.000 : la qualité d'agent de service public de la requérante. Cette circonstance lui ferait perdre toute possibilité d'exercer sa liberté religieuse si celle-ci heurte, voire simplement peut heurter, les convictions des parents et élèves. Ce raisonnement renvoie à des temps anciens où il était admis que les fonctionnaires subissaient des limitations de leur liberté d'expression dont la validité échappait notamment au droit commun des restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Les temps ont changé. Les agents publics sont aujourd'hui titulaires de droits et libertés au même titre que le commun des mortels<sup>50</sup>. Cela ne signifie pas que leurs droits et libertés ne peuvent être limités dans l'exercice de leurs fonctions pour des motifs tenant notamment à l'égalité de traitement des usagers. Mais en pareille hypothèse, selon l'analyse de Sébastien van Drooghenbroeck, il se dégage de la jurisprudence strasbourgeoise « qu'une restriction aux libertés d'expression des agents publics ne peut voir sa validité admise *in abstracto*, sans plus ample prise en considération du *contexte* dans lequel elle est décrétée. Seul ce contexte permet de déterminer si le but légitime *a priori* assignable à la restriction litigieuse s'analyse véritablement, selon la formule consacrée, en un "besoin social impérieux" »<sup>51</sup>. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies va dans le même sens<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Voy. J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 380 et les références citées.

<sup>50</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, « Les transformations du concept de neutralité de l'État. Quelques réflexions provocatrices », J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit belge face à la diversité culturelle : quel modèle de gestion de la pluralité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 101 et 102.

<sup>51</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, « La neutralité des services publics : outil d'égalité ou loi à part entière ? Réflexions inabouties en marge d'une récente proposition de loi », H. DUMONT *et al.* (dir.), *Le Service public, T. II : Les lois du service public*, Bruges, La Chartre, 2009, pp. 280 et s.

<sup>52</sup> « L'État partie a appliqué cette sanction préjudiciable à l'auteur, non parce que sa conduite personnelle créait un risque concret, mais simplement parce qu'il a été considéré comme appartenant à une large catégorie de personnes définies par leur conduite motivée par des raisons religieuses. À cet égard, le

<sup>46</sup> À propos de cette technique de résolution des conflits de droits fondamentaux, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflit entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299 à 346, sp. pp. 309 à 312.

<sup>47</sup> Rapport du premier auditeur, point IV.2.7.2. ; et M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 584 et 585.

<sup>48</sup> C.E.D.H., arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, § 53.



Dans l'arrêt présenté, le Conseil d'État prend le contre-pied de ces jurisprudences, validant une limitation *a priori* et *in abstracto* de la liberté religieuse des enseignants en raison de leur appartenance à la fonction publique. Le Conseil d'État admet que cette mesure puisse se prévaloir du respect des convictions alors qu'il n'est aucunement démontré que la manifestation des convictions religieuses de la requérante leur fasse violence. Pourtant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'arrêt *Kjeldsen* du 7 décembre 1976 indique que l'article 2 du Premier protocole ne protège pas les élèves et parents de toute exposition convictionnelle, de toute manifestation ostensible d'une appartenance religieuse<sup>53</sup>. Cette approche rompt également avec la jurisprudence de l'assemblée générale du Conseil d'État. Celle-ci considère qu'il résulte de la jurisprudence strasbourgeoise qu'une législation en la matière ne peut régler l'équilibre à assurer entre la liberté de religion et les impératifs liés aux motifs légitimes d'ingérence de l'État, que « dans l'hypothèse où se trouvent en jeu, de manière non pas éventuelle mais réelle et convaincante, des difficultés liées par exemple à une mise en danger de la neutralité de l'État au sens large et de ses organes ». Et la section de législation de citer en exemple le développement d'une tendance au prosélytisme religieux mettant en danger cette neutralité pour autant qu'elle soit établie de manière effective et non résultée « de simples conjectures »<sup>54</sup>. Dans un avis rendu sur une proposition de décret interdisant le port de signes convictionnels par le personnel des établissements d'enseignement officiel organisés ou subventionnés par la Communauté française, le Conseil d'État s'est exprimé dans le même sens : « bien que le port de signes "exprimant une conviction ou une identité politique, philosophique ou religieuse" ne doive pas nécessairement être considéré en soi comme témoignant d'un manque de "respect pour les conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses de la part des parents et des élèves", il peut en revanche revêtir une telle signification dans certaines circonstances, par exemple en rai-

Comité note que l'État affirme que cette large extension de la catégorie de personnes à qui il est interdit de respecter les préceptes de leur religion simplifie l'administration de la politique restrictive mise en place, mais estime qu'il n'a pas été démontré que le sacrifice des droits de ces personnes était nécessaire ou proportionné aux buts visés » (Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Communication n° 1852/2008 du 1<sup>er</sup> novembre 2012, *Bikramjit Singh c. France*).

<sup>53</sup> Voy. *supra* n° 7.

<sup>54</sup> Avis n° 44.521/AG rendu le 20 mai 2008 sur une proposition de loi visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles, *Doc. parl.*, S., 2007-08, n 4-351/2, p. 11.

son de la manière prosélytisme avec laquelle l'enseignant en question exprime ses convictions par ces signes »<sup>55</sup>.

9. L'on déplorera que, comme dans l'arrêt en suspension, le Conseil d'État n'ait pas estimé utile d'évaluer si la mesure querellée constitue la voie la moins dommageable eu égard à la liberté restreinte. Dans d'autres espèces, cette exigence fait pourtant partie intégrante de son contrôle de proportionnalité<sup>56</sup>.

Dans son avis sur la proposition de décret visant à proscrire le port de signes convictionnels pour le personnel de l'enseignement officiel, la section de législation avait considéré que la conception sous-jacente à cette interdiction était compatible avec les valeurs de la Constitution et de la Convention « sans qu'évidemment ceci n'implique qu'elle serait la seule à être conforme à ces valeurs, d'autres approches, mettant par exemple davantage l'accent sur la diversité des conceptions en présence, pouvant également se concevoir dans ces cadres constitutionnel et conventionnel »<sup>57</sup>. Quelques lignes plus loin, la section de législation réitérait cette remarque : « d'autres approches pourraient être retenues par le législateur sur ces questions, dans le respect du principe de neutralité »<sup>58</sup>. À l'estime de la section de législation, il existait donc une possibilité d'atteindre l'objectif poursuivi par d'autres moyens. Parmi ceux-ci, certains entraînent manifestement un moindre préjudice aux droits fondamentaux que l'interdiction générale des signes convictionnels. Ces voies alternatives sont de nature à mieux prendre en compte le régime répressif dans lequel s'inscrit l'article 19 de la Constitution.

Néanmoins, à la décharge du Conseil d'État, il pouvait difficilement concevoir une voie moins attentatoire alors que sa motivation venait d'accueillir l'idée que confrontée aux convictions des parents et élèves la liberté religieuse des enseignants doit s'effacer. Les marges de manœuvre pour limiter l'atteinte à un droit d'ores et déjà anéanti sont plutôt ténues.

### C. L'INEXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION

10. Dans un dernier moyen, la requérante avance l'existence d'une discrimination « à l'égard des professeurs croyants dont la religion impose le port de signes convictionnels ». Le Conseil d'État examine cette allégation en com-

<sup>55</sup> Avis n° 48.022/AG rendu le 20 avril 2010, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009-10, n° 84-2, p. 33.

<sup>56</sup> C.E., arrêt n° 83.940 du 7 décembre 1999, *spri Ramsès* (arrêt de suspension confirmé par l'arrêt d'annulation n° 96.586 du 19 juin 2001).

<sup>57</sup> Avis n° 48.022/AG, *op. cit.*, pp. 34 et 35.

<sup>58</sup> Avis n° 48.022/AG, *ibidem*, p. 36.



mençant par déterminer si l'acte attaqué entraîne une distinction directe ou indirecte. Le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations définit la distinction directe comme « la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ». La notion de distinction indirecte renvoie à « la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés »<sup>59</sup>.

La démarche du Conseil d'État nous paraît somme toute logique : la différence entre ces notions se traduit par un régime de justifications divergent<sup>60</sup>. En effet, une distinction directe fondée sur la religion ne peut être admise que dans deux cas prévus dans le décret. Il s'agit, d'une part, de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante et, d'autre part, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, de la conviction religieuse ou philosophique si elle constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement religieux ou philosophique de l'organisation<sup>61</sup>. En revanche, une distinction indirecte ne constituera pas une discrimination si la mesure en cause est objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires<sup>62</sup>.

En suspension, le Conseil d'État avait considéré que l'acte entrepris était constitutif d'une distinction directe. Il dut dès lors puiser dans une étrange argumentation la justification de cette distinction : la neutralité fut rangée parmi les conceptions philosophiques et l'enseignement communal reçut un statut d'entreprise de tendance, c'est-à-dire d'organisation chargée de promouvoir une philosophie de vie et bénéficiant à cet égard de la possibilité de lier sa politique du personnel à la promotion de son projet en tenant compte dans les décisions d'embauche et de licenciement, par dérogation au droit de la lutte contre les discriminations, des convictions manifestées par les membres de son personnel<sup>63</sup>. Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État envisage la situation de la requérante sous l'angle d'une distinction indi-

recte. Cela nous semble davantage défendable<sup>64</sup>. En effet, l'interdiction de tout signe ostensible ne vise pas spécifiquement la pratique du culte islamique, mais entraîne un effet particulièrement préjudiciable chez les personnes qui puisent dans leur conviction musulmane l'obligation de porter un foulard.

À l'estime du Conseil d'État, cette distinction n'entraîne cependant pas de discrimination. Il la juge proportionnée au même titre que l'ingérence dans la liberté religieuse l'est. Si l'on n'est pas convaincu de la qualité du contrôle de proportionnalité de l'une, il n'y a guère de raison de l'être pour l'autre...

11. La requérante avait accompagné ce moyen de la suggestion de poser six questions préjudicielles à destination de la Cour de justice de l'Union européenne portant sur l'interprétation de la directive transposée par le décret du 12 décembre 2008, à savoir la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Le Conseil d'État refuse de poser chacune de ces questions. Il observe que « cette demande aurait pu être formulée dès l'introduction de la requête. Sans qu'il soit toutefois nécessaire de se prononcer sur la recevabilité de cette demande, ni sur son caractère dilatoire, elle doit être rejetée au motif que les questions préjudicielles proposées ne sont ni pertinentes, ni nécessaires à la solution du présent litige. En effet, la prémisse du raisonnement de la requérante, à savoir que la distinction en cause serait directe, est jugée erronée ainsi qu'il est indiqué ci-dessus. Par ailleurs, tel que la requérante formule les questions, celle-ci tend à obtenir de la Cour de justice de l'Union européenne qu'elle tranche *in concreto* le présent litige, ce qui ne relève pas de sa mission » (cons. VII.2.2.2.).

Sur ce point, le raisonnement du Conseil d'État s'expose à une triple critique.

*Primo*, l'allusion au caractère dilatoire de la demande est pour le moins inappropriée s'agissant d'un contexte de licenciement pour lequel on peut penser qu'une issue rapide rejoint davantage les intérêts de la requérante. Il nous paraît également inopportun de reprocher l'absence de cette demande dans la requête ou de laisser entendre qu'elle pour-

<sup>59</sup> Article 3, 2° et 4°, du décret du 12 décembre 2008.

<sup>60</sup> J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 382. Voy. le rapport du premier auditeur, point IV.6.1.

<sup>61</sup> Articles 10 et 11 du décret du 12 décembre 2008.

<sup>62</sup> Article 5, alinéa 4, du décret du 12 décembre 2008.

<sup>63</sup> M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 596 à 598 ; J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 382 et 383.

<sup>64</sup> En ce sens, voy. M.-C. FOBLETS et J. VELAERS, « De hoofdoek, het onderwys en de antidiscriminatie wet », *R.W.*, 2006-07, n° 4, pp. 127 et 128 ; J. SAUTOIS et V. VAN DER PLANCKE, « Extension du domaine de la lutte contre les discriminations. Les nouvelles normes en Communauté française, en Région wallonne et en Région bruxelloise », *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 159, note 126. Voy. aussi l'avis n° 44.521/AG rendu le 20 mai 2008 sur une proposition de loi visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles, *Doc. parl.*, S., 2007-08, n° 4-351/2, p. 13, note n° 2.



rait pour cette raison être déclarée irrecevable, alors que ces questions préjudicielles semblent avoir été inspirées par la propre jurisprudence du Conseil d'État, à savoir son arrêt n° 210.000. Preuve en est que la demande n'est pas plus dilatoire qu'elle n'intervient en dernière minute, des questions dont on peut présumer qu'elles fussent similaires avaient déjà été formulées dans une requête rejetée par l'arrêt n° 215.538 du 4 octobre 2011<sup>65</sup>.

*Secundo*, il n'y a rien d'évident à considérer que les questions préjudicielles partent de la prémisse identifiée par le Conseil d'État puisque la question 2° formulée par la requérante consiste précisément à savoir si l'acte attaqué entraîne, aux yeux de la CJUE, une distinction directe. Et quand bien même l'on s'accorderait sur la présence de pareille prémisse, elle ne forme pas le point de départ de l'ensemble des questions préjudicielles suggérées, mais uniquement de trois d'entre elles, les questions 2° à 4°. Quant à la question 1°, elle a trait à l'application *ratione personae, materiae et loci* de la directive 2000/78/CE eu égard à la situation de la requérante, et ne fait aucune référence au caractère direct ou indirect de la distinction opérée. La question 5° porte sur la qualification, au regard de la directive, de l'interdiction des signes convictionnels en tant que distinction *indirecte*, alors que la question 6° se rapporte à l'admissibilité d'une telle distinction *indirecte*. Sans oublier que, fût-elle fautive, la prémisse de l'existence d'une distinction directe découle de la propre jurisprudence du Conseil d'État, de son arrêt n° 210.000 rendu en assemblée générale. L'argument de la fausseté d'une prémisse imaginaire ne permet absolument pas d'écarter les questions préjudicielles.

*Tertio*, en affirmant à la fois que les questions pèchent par une trop grande précision et qu'elles ne sont ni pertinentes, ni nécessaires, le Conseil d'État emploie deux arguments qui s'opposent. Rappelons, tout d'abord, que toute juridiction qui rend des décisions non susceptibles de recours est tenue de saisir la Cour de justice lorsqu'est en cause une interpré-

tation du droit européen<sup>66</sup>. La jurisprudence de la CJUE prévoit trois exceptions à cette obligation<sup>67</sup> : la question soulevée n'est pas pertinente<sup>68</sup>, la disposition européenne a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour, ou l'application correcte du droit européen s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Pour apprécier le respect de ces conditions, il est indispensable que les questions ne soient pas de pure interprétation, mais s'articulent autour d'une interprétation orientée et contextualisée d'une disposition du droit européen. Les éléments de fait sont du reste incontournables pour permettre à la Cour de justice de se prononcer de manière adéquate sur le problème d'interprétation qui lui est soumis. Celle-ci n'a ainsi opposé aucune objection à se prononcer sur des questions autrement plus précises portant sur l'interprétation de la même directive 2000/78/CE<sup>69</sup>. *A contrario*, des questions trop lacunaires ont pu être jugées irrecevables par la Cour de justice<sup>70</sup>. Par ailleurs, il appartient en définitive au Conseil d'État de formuler les questions préjudicielles. Il lui était donc loisible d'amender celles que la requérante avait élaborées. Enfin, s'agissant de l'allégation selon laquelle la requérante voulait de la Cour de justice qu'elle tranche *in concreto* le litige en lieu et place du Conseil d'État, peut-être ce dernier aurait-il été rassuré par la lecture de la jurisprudence luxembourgeoise selon laquelle « l'une des caractéristiques essentielles du système de coopération judiciaire établi par l'article [267 TFUE] implique que la Cour réponde en des termes plutôt abstraits et généraux à une question d'interprétation du droit communautaire qui lui est posée, tandis qu'il appartient à la juridiction de renvoi de trancher le litige

<sup>66</sup> Article 267, alinéa 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>67</sup> C.J.U.E., arrêt *Cilfit* du 6 octobre 1982, aff. 283/81. Voy. C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 46 à 50.

<sup>68</sup> Une question n'est pas pertinente « dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige ».

<sup>69</sup> C.J.U.E., arrêt *Feryn* du 10 juillet 2008, C-54/07.

<sup>70</sup> Voy. C.J.U.E., arrêt *Telemarsicabruzzo* du 23 janvier 1993, C-320/90, C-321/90 et C-322/90 : « La Commission fait observer, à titre liminaire, que les ordonnances de renvoi sont particulièrement laconiques et avares de précisions quant aux éléments de fait et de droit qui permettraient d'identifier l'objet des questions posées et donc d'en comprendre le sens et la portée. Il y a lieu de rappeler que la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées. Ces exigences valent tout particulièrement dans le domaine de la concurrence qui est caractérisé par des situations de fait et de droit complexes. Or, les ordonnances de renvoi ne contiennent aucune indication à cet égard. Certes, le dossier transmis par la juridiction nationale et les observations écrites ont fourni certaines informations à la Cour, ainsi qu'il résulte du rapport d'audience, tout comme les observations présentées par les parties à l'audience. Toutefois, celles-ci sont fragmentaires et ne permettent pas à la Cour, faute d'une connaissance suffisante des faits à l'origine du litige au principal, d'interpréter les règles communautaires de concurrence au regard de la situation faisant l'objet de ce litige, comme l'y invite la juridiction de renvoi ».

<sup>65</sup> Le Conseil d'État avait refusé de poser les questions les jugeant également « sans pertinence pour la solution du présent litige », mais pour des raisons différentes que celles prétextées dans l'arrêt présenté. En effet, affirme-t-il, « même si les réponses à ces questions faisaient apparaître l'illicéité (*sic*) du règlement contesté, elles n'influeraient en rien sur l'issue de la contestation étant donné que les moyens ne seraient pas pour autant sérieux. Comme cela a été exposé, ils ne pourraient l'être que si l'illégalité du règlement était manifeste. Or, le fait même que ces questions devraient être posées pour révéler cette illégalité démontre qu'elle ne serait pas manifeste ». L'on regrettera que le Conseil d'État n'ait pas reproduit les questions préjudicielles concernées pour permettre d'apprécier, *in concreto*, sa démonstration. *In abstracto*, si l'on devait suivre cette démonstration, le Conseil d'État ne devrait jamais poser de question préjudicielle dans le cadre d'une procédure en suspension. Ainsi, dans son arrêt n° 202.039 du 18 mars 2010, il aurait dû s'abstenir d'interroger la Cour constitutionnelle. Le Conseil d'État s'autorise pourtant, dans l'arrêt présenté, à invoquer l'arrêt n° 40/2011, fruit illégitime de cette question préjudicielle (voy. *supra* n° 4).



dont elle est saisie en tenant compte de la réponse de la Cour »<sup>71</sup>.

Toujours est-il que le Conseil d'État ne motive aucunement aux yeux des trois exceptions établies par la jurisprudence de la CJUE en quoi les questions préjudicielles en cause ne sont pas nécessaires à la résolution du litige. À notre estime, ce déficit de motivation se situe dans le spectre de l'arrêt *Köbler* dans lequel la Cour de justice a jugé que le non-respect de l'obligation de poser une question préjudicielle pouvait engager la responsabilité d'un État membre pour violation du droit de l'Union du fait de son activité juridictionnelle<sup>72</sup>. Les carences du Conseil d'État pourraient aussi être jugées contraires au droit d'accès à un juge garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon le juge de Strasbourg, cette disposition met à la charge des juridictions internes une obligation de motiver au regard du droit applicable les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle<sup>73</sup>.

\*

\* \*

12. Achevant un commentaire critique de l'arrêt n° 210.000, Julie Ringelheim avait écrit sous la forme d'un vœu qu'« un examen plus approfondi des arguments avancés conduira peut-être la haute juridiction à réviser certaines des analyses quelque peu expéditives formulées dans l'arrêt de suspension »<sup>74</sup>. Soyons de bon compte : le Conseil d'État a entendu cet appel en abandonnant les parties les plus contestables de son arrêt de suspension. On pense en particulier à la négation des articles 19 et 24, § 5, de la Constitution ou à l'application du régime des entreprises de tendance à l'enseignement communal. Il est interpellant de constater la capacité du Conseil d'État à faire volte-face sur des aspects essentiels, alors qu'à peine deux années séparent les deux arrêts et que ceux-ci émanent de son assemblée générale. Le problème,

c'est que ces tentatives d'amélioration donnent lieu à de nouvelles analyses tout aussi expéditives. L'article 19 de la Constitution est revisité à la faveur d'une lecture littéraliste alors que la définition décrétale de la neutralité reçoit une interprétation incompatible avec la lettre et l'esprit du décret de 1994. Cette herméneutique à géométrie variable permet d'un côté de mettre la légalité sur la touche, de l'autre de déduire la prohibition des signes convictionnels de la volonté du législateur. Une même attitude de *cherry picking* s'observe dans la manière de mobiliser la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de la CJUE ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Un arrêt tout à fait isolé de la Cour constitutionnelle en matière de légalité dans l'enseignement dissimule ainsi deux décennies de jurisprudence bien plus exigeante sur cette question. L'arrêt *Sunday Times* apparaît à nouveau invoqué, de manière inappropriée, alors qu'est oubliée la jurisprudence luxembourgeoise relative aux conditions permettant de se dédire de l'obligation de questions préjudicielles à la CJUE.

Sur la question du foulard, les autorités politiques suivent une stratégie consistant « à s'abstenir de légiférer tout en laissant, voire en encourageant, les instances administratives locales à multiplier les interdictions »<sup>75</sup>. Les avantages électoraux de cette stratégie sont manifestes : elle permet de ne pas se couper de l'électorat attaché à la neutralité inclusive ou de celui prônant une neutralité exclusive. Sur le plan démocratique, ce procédé n'est pas admissible. Une question aussi controversée ne peut être tranchée que par les assemblées législatives démocratiquement élues. C'est le sens de l'exigence de légalité qui, loin de se limiter à imposer d'inutiles détours procéduraux, garantit une délibération publique, une justification du dispositif adopté et la détermination des modalités d'application de celui-ci.

L'assemblée générale du Conseil d'État donne un blanc seing à cette stratégie dont les promoteurs craignaient jusqu'alors qu'elle soit entravée par des décisions de jurisprudence. L'unanimité de la doctrine quant à l'arrêt de suspension et le rapport du premier auditeur Cuvelier semblent avoir laissé de marbre la haute juridiction administrative. Il ne reste sans doute plus rien à attendre des juridictions suprêmes belges sur le terrain du droit de manifester sa religion dans la fonction publique. Peut-être l'affaire se poursuivra-t-elle à Strasbourg. La requérante nous semble avoir suffisamment de raisons d'estimer violé son droit au procès équitable.

<sup>71</sup> C.J.U.E., arrêt *International Mail Spain* du 15 novembre 2007, C-162/06.

<sup>72</sup> C.J.U.E., arrêt *Köbler* du 30 septembre 2003, C-224/01 : « le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées » (C. NAÔMÉ, *op. cit.*, pp. 55 à 57). Voy. aussi C.J.U.E., arrêt *Traghetti del Mediterraneo* du 13 juin 2006, C-173/03.

<sup>73</sup> Pour une application s'agissant de l'obligation de poser une question préjudicielle à la C.J.U.E., voy. C.E.D.H., arrêt *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique* du 20 septembre 2011, §§ 59 à 62.

<sup>74</sup> J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 384.

<sup>75</sup> J. RINGELHEIM, *ibidem*, p. 384.

