

LES JURIDICTIONS SUPRÊMES CONTRE LE VOILE : COMMENTAIRE DE DEUX ARRÊTS ENGAGÉS

PAR

MATHIAS EL BERHOUMI

CHERCHEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

1. Certains articles naissent posthumes.

Entre la rédaction et la publication, des rebondissements sont susceptibles de mettre à mort les thèses qui sous-tendent une recherche. Une partie de la contribution de Xavier Delgrange au présent ouvrage a connu ce destin. Deux arrêts importants sont venus redessiner les contours juridiques de l'épineuse question du port du voile dans l'enseignement : l'arrêt n° 210.000 du Conseil d'État et l'arrêt n° 40/2011 de la Cour constitutionnelle.

Importants, ces arrêts le sont d'abord car les juridictions suprêmes se prononcent sur le fond. Pendant des années, le Conseil d'État a dû manier l'art de la chicane pour éluder le sujet (1). Quant à la Cour constitutionnelle, elle ne pouvait être saisie d'un recours à l'encontre d'une mesure décrétole, le législateur s'étant toujours abstenu – et en cela, les choses n'ont pas changé – d'entrer en scène.

Une enseignante carolorégienne accomplit néanmoins l'exploit d'introduire une action recevable devant le Conseil d'État. Peu de

(1) Voy. C.E., arrêt n° 191.533 du 17 mars 2009, *a.s.b.l. M.R.A.X.* et les observations de S. VAN DROOGHENBROECK, *J.T.*, 2009, pp. 253 et 254; voy. également C.E., arrêts n° 148.566 du 2 septembre 2005, *Tamarante*; n° 196.092 du 15 septembre 2009; n° 196.260, 22 septembre 2009, *Karadogan*; n° 196.261 du 22 septembre 2009, *Tamarante*; n° 196.625 du 2 octobre 2009, *Kheir*; n° 196.626 du 2 octobre 2009, *Dakir*; et le commentaire critique de la plupart de ces décisions in 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, pp. 37 à 39; et M. EL BERHOUMI, «Port du voile et nécessité d'une intervention législative», www.justice-en-ligne.be, octobre 2009. Les arrêts n° 175.886 et n° 195.044 du Conseil d'État fut les premiers à aborder le fond. Néanmoins, le Conseil d'État prononça la suspension puis l'annulation sans résoudre le conflit entre neutralité de l'enseignement et liberté religieuse (voy. *infra* n° 25).

temps auparavant, une élève était également parvenue à pénétrer dans le sanctuaire. Se prononçant sur son cas, le Conseil d'État posa une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. À son tour, celle-ci fut obligée de quitter son mutisme.

Abordant le fond, les deux juridictions avaient la délicate tâche de définir la portée d'un principe défini de façon lacunaire dans la Constitution : la neutralité de l'enseignement. Dans l'arrêt n° 210.000 le Conseil d'État conceptualisera cette notion de la manière suivante : « Dans un État de droit démocratique l'autorité se doit d'être neutre, parce qu'elle est l'autorité de tous les citoyens et pour tous les citoyens et qu'elle doit, en principe, les traiter de manière égale sans discrimination basée sur leur religion, leur conviction ou leur préférence pour une communauté ou un parti. Pour ce motif, on peut dès lors attendre des agents des pouvoirs publics que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils observent strictement, à l'égard des citoyens, les principes de neutralité et d'égalité des usagers. La neutralité dans l'enseignement vise aussi à préserver les droits fondamentaux des élèves et de leurs parents. Ces droits ayant pour but primordial de protéger les droits de la personne humaine contre les abus de pouvoir des organes de l'autorité » (2).

La neutralité de l'enseignement lorsqu'elle concerne l'apparence autant que les actes, se heurte à la liberté religieuse. La Cour européenne des droits de l'homme considère que cette liberté représente « l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société. Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle « implique » de surcroît, notamment, celle de « manifester sa religion ». Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses » (3).

2. Les juges avaient à arbitrer un conflit entre deux principes fondamentaux d'une société démocratique. Cette circonstance per-

(2) C.E., arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010, cons. 6.7.2. Voir aussi l'avis n° 44.521/AG rendu le 20 mai 2008 par la section de législation du Conseil d'État 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. 8.

(3) Cour eur. D.H., *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, §31.

met de saisir à sa juste mesure l'évènement que constituent ces arrêts. Au-delà du thème abordé, cette jurisprudence est remarquable du point de vue de sa motivation. La lecture de celle-ci invite à relativiser le temps qu'il fallut pour que les juges se prononçassent sur le fond. En effet, chacun de ces arrêts sape plusieurs principes juridiques essentiels. Pour arriver à ce résultat, ils font preuve d'un raisonnement en de nombreux points défectueux. Il ne s'agit donc pas uniquement d'une jurisprudence à propos du port des signes convictionnels. Ces arrêts revisitent à frais nouveaux la théorie générale des libertés publiques. En cela, ils sont fascinants. L'attente était justifiée, la patience est récompensée.

Le présent article vise à commenter ces deux décisions. Pour cela, nous tâcherons de trouver un équilibre entre, d'une part, le souci de ne pas répéter le propos d'autres contributions de l'ouvrage qui accueille ces lignes et, d'autre part, la volonté de contextualiser suffisamment les deux affaires pour assurer à ce texte l'autonomie nécessaire à son épanouissement.

Les deux décisions concernent des destinataires différents de la règle de neutralité. Nous commencerons par aborder la neutralité appliquée aux enseignants (I), pour ensuite analyser les conséquences de cette règle pour les élèves (II).

I. – L'arrêt n° 210.000 du Conseil d'État

3. Six moyens furent soulevés pour censurer un règlement d'ordre intérieur interdisant aux membres du personnel des écoles organisées par la ville de Charleroi le port de signe ostensible religieux, politique ou philosophique. Nous nous limiterons ici à l'examen des moyens portant sur la restriction de la liberté religieuse (2) et ceux alléguant une discrimination directe (3). L'arrêt n° 210.000 est par ailleurs un épisode dans une saga juridictionnelle dont nous rappellerons brièvement les antécédents (1).

I.1. – *Rétroactes*

4. Enseignante de mathématiques, Madame Topal (4) porte un voile islamique. Pendant trois années, elle a exercé ses fonctions

(4) Notons qu'au fil des procédures, celle-ci opta pour l'anonymat.

dans une école communale de Charleroi sans que ses qualités pédagogiques ne soient remises en cause, sans que la manifestation de ses convictions religieuses ne pose difficulté. Les problèmes de Madame Topal débutèrent lors de son affectation au sein de deux autres établissements relevant du même pouvoir organisateur. Les directeurs de ces écoles, suivis par le chef de l'établissement d'origine, lui signalèrent leur refus qu'elle porte le foulard. La ville de Charleroi leur emboîta le pas : selon elle, la neutralité de l'enseignement officiel proscrit les signes convictionnels. Dans une décision du 24 novembre 2009, son collège signifia à l'enseignante « l'interdiction de porter tout signe ostentatoire religieux (en l'espèce le foulard) lorsqu'elle dispense ses cours dans le C.E.C.S. de la Garenne, le C.E.C.S. de Couillet-Marcinelle et le C.E.C.S. Henri Dunant ».

Madame Topal porta l'affaire en justice. Le juge des référés réserva un accueil défavorable à sa demande (5). Tout en admettant « qu'aucun texte n'interdit, *in expressis verbis*, le port du foulard à l'école », le tribunal civil de Charleroi a considéré que le port du voile allait à l'encontre de la neutralité de l'enseignement officiel. Le tribunal prit en compte le caractère ostensible du voile qui est de nature « à interpeller les élèves encore relativement jeunes et à compliquer sinon anéantir leur capacité de réfléchir ou d'exprimer leur opinion face à la religion ». Le tribunal estima par ailleurs que la liberté de manifester sa religion n'était pas bafouée. D'une part, en travaillant dans un enseignement officiel, l'enseignante avait elle-même accepté de limiter sa liberté religieuse « pour respecter les principes de neutralité, de tolérance et de non-discrimination ». D'autre part, les restrictions à la liberté religieuse sont justifiées par le respect des convictions des élèves et leurs parents, et par la volonté d'éviter tous conflits au sein de l'école. Ces restrictions sont jugées proportionnées « puisqu'elles ne sont imposées qu'en présence des élèves et non dans la sphère privée de la demanderesse ».

Cette décision fut réformée par l'arrêt de la Cour d'appel de Mons (6). Rappelant que les limitations à la liberté de religion ne peuvent être le fait que d'une mesure d'ordre législatif, la Cour d'appel établit une distinction entre le décret du 31 mars 1994 défi-

(5) Civ. Charleroi (référé), 15 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010/2, pp. 87 à 93.

(6) Mons, 10 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010/12, pp. 549 à 557.

nissant 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. Alors que le premier texte impose au personnel de s'abstenir de témoigner en faveur d'un système religieux, en dehors des cours philosophiques, le second ne contient pas cette règle. La Cour explique cette différence par le fait que l'article 24 de la Constitution n'exige la neutralité que de l'enseignement de la Communauté. À son estime, «il s'en déduit que l'exigence de neutralité imposée par le législateur décréteil au personnel de l'enseignement officiel subventionné est moins contraignante que celle pesant sur le personnel de l'enseignement de la Communauté française». Dès lors, tout en considérant que le voile peut être discret et qu'il ne témoigne pas en soi d'une attitude prosélyte, la Cour ordonna de permettre à l'enseignante d'accéder aux écoles où elle officiait (7).

La ville de Charleroi ne s'avoua pas vaincue. Profitant de la brèche ouverte par la Cour d'appel de Mons, elle fit usage de l'article 7, alinéa 1^{er}, du décret du 31 mars 1994 qui autorise un pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné ou libre non confessionnel à adhérer aux principes de la neutralité de l'enseignement de la Communauté. 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. L'enseignante de mathématiques demanda au Conseil d'État la suspension de la décision par la procédure en extrême urgence. Le Conseil d'État rejeta la demande, considérant que le péril imminent n'était pas établi (8). La procédure se poursuivit en suspension ordinaire. Celle-ci se conclut par l'arrêt n° 210.000. Avant d'entamer son commentaire, il est intéressant de revenir sur la manière dont la doctrine lut l'épisode judiciaire des aventures de Madame Topal.

Deux thèses s'opposèrent.

(7) L'arrêt de la Cour d'appel avait rendu sans objet tout risque de préjudice grave et difficilement réparable. Dès lors, la requête en suspension introduite contre la décision du collège communale du 24 novembre 2009 fut rejetée par le Conseil d'État (arrêt n° 202.768 du 2 avril 2010, *Topal*).

(8) C.E., arrêt n° 202.852 du 7 avril 2010, *Topal*.

5. La première thèse peut être résumée de la manière suivante : « puisque ni la lettre des décrets, ni leurs travaux préparatoires n'interdisent explicitement ni même implicitement le port de signes religieux, et puisqu'il convient d'adopter une interprétation restrictive des textes apportant des limitations aux libertés, 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 » (9). Cette lecture se fonde sur l'observation selon laquelle le décret « neutralité » de 1994 visait à adopter une définition positive de la neutralité, desserrant quelque peu l'étau autour de la liberté d'expression des enseignants des écoles de la Communauté. Par ailleurs, l'article 5 du décret « neutralité » de 2003 dérive directement de l'article 4 du décret de 1994. Dès lors, contre l'arrêt de la Cour d'appel de Mons, les tenants de cette thèse considèrent que les différences textuelles – du reste inexpliquées – ne permettraient pas de fonder une interdiction des signes convictionnels dans l'un et non dans l'autre. Enfin, l'attitude du Ministre de l'enseignement secondaire est rappelée à l'appui de cette interprétation. Ce dernier éluda les questions qui lui furent posées quant à l'incidence du décret « neutralité » de 2003 sur le port des signes convictionnels (10).

6. Aux antipodes de cette lecture, on retrouve une thèse élaborée par les avocats de la ville de Charleroi. Le droit positif en vigueur proscrirait d'ores et déjà le port du voile par les enseignantes. La démonstration diffère selon les réseaux. Pour l'enseignement de la Communauté, cette opinion s'appuie sur l'interdiction imposée par l'article 4, al. 4, du décret de 1994 aux enseignants, devant les élèves, « de témoigner en faveur d'un système philosophique ou politique, quel qu'il soit » et, en dehors des cours philosophiques, « de témoigner en faveur d'un système religieux » (11). Les avocats de la

(9) Xavier Delgrange dans le présent ouvrage (« Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité »); En ce sens, voy. G. NINANE, « L'interdiction des signes religieux et philosophiques dans l'enseignement... », *op. cit.*, pp. 41 et 42.

(10) X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », *op. cit.*, n° 25.

(11) M. UYTENDAELE et J. SAUTOIS, « La neutralité de l'enseignement et le port de signes convictionnels par les enseignants en Communauté française », *Liber amicorum Michel Melchior – Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, p. 245.

ville de Charleroi estiment que le texte du décret du 31 mars 1994 «est suffisamment précis au regard du principe constitutionnel de légalité dans l'enseignement, et des garanties de transparence et de prévisibilité qu'il renferme» (12). Pour l'enseignement officiel subventionné, les tenants de cette théorie semblent se situer dans le prolongement de l'arrêt de la Cour d'appel de Mons. En effet, confrontés aux différences textuelles entre les décrets de 1994 et 2003, ils n'invoquent pas le décret du 17 décembre 2003 pour fonder une prohibition des signes distinctifs. En revanche, ils considèrent que les écoles organisées par d'autres pouvoirs publics que la Communauté sont également astreintes à une obligation de neutralité. Ils vont même plus loin en affirmant que «la neutralité absolue, y compris en apparence, des enseignants des réseaux officiels, se justifie d'autant plus au regard de la manière dont la liberté de choix est constitutionnellement organisée en Belgique» (13). Ils relisent ce principe sous l'angle de la réciprocité. Puisque le libre choix «permet aux parents d'inscrire leur enfant, si l'enseignement officiel neutre ne leur convient pas, dans un établissement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée, il apparaît cohérent que les parents qui ne se retrouveraient pas dans l'une ou l'autre de ces conceptions déterminées, puissent trouver dans le réseau officiel un enseignement qui, en dehors des cours strictement liés à l'une ou l'autre de ces religions ou philosophies, soit prodigué d'une manière effectivement affranchie de toute manifestation religieuse» (14). Les auteurs croient également apercevoir dans le principe d'égalité visé à l'article 10 de la Constitution l'obligation de consacrer une exigence de neutralité d'une même

(12) M. UYTENDAELE et J. SAUTOIS, *ibidem*, p. 247. On remarquera que les auteurs adoptent une lecture particulièrement restrictive du principe de légalité dans l'enseignement. On attribuera cette approche à la référence à l'arrêt de la Cour constitutionnelle dont elle se réclame (arrêt n° 121/2009 du 16 juillet 2009, B.14.3.). En réalité, cet arrêt s'inscrit dans une jurisprudence constitutionnelle largement minoritaire dans laquelle le juge limite ses ambitions en la matière. Il s'abstient, en effet, de reproduire ses considérants canoniques relatifs à l'article 24, §5. À notre connaissance, seuls trois arrêts remplacent ces garanties par une interprétation plus souple de la légalité (outre l'arrêt n° 121/2009, voy. l'arrêt n° 28/2007 du 21 février 2007, B.5.4. et l'arrêt n° 107/2009 du 9 juillet 2009, B.24.2.).

(13) M. UYTENDAELE et J. SAUTOIS, *ibidem*, p. 248.

(14) Étrangement, l'impératif d'affranchissement ne semble pas se prolonger sur les manifestations philosophiques.

intensité pour écoles officielles, sans égard à la nature de leur pouvoir organisateur (15).

I.2. – *La liberté de manifester ses convictions*

7. Le Conseil d'État examine concomitamment les deux premiers moyens invoqués pour annuler la décision du conseil communal. Ceux-ci se confondent : dans l'un et l'autre est soulevée une violation de la liberté religieuse garantie par l'article 19 de la Constitution et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. En son second paragraphe, cette dernière disposition énonce les conditions de validité des immixtions : elles doivent être prévues par la loi (a), poursuivre l'un des buts établis (b) et employer des moyens proportionnés (c). Chacune de ces trois exigences sera appréciée par le Conseil d'État.

I.2.a. *L'exigence de base légale*

8. Face aux deux thèses doctrinales que nous avons évoquées, le Conseil d'État semble dans un premier temps consacrer chacune d'elles. D'un côté, il rejette une exception d'irrecevabilité dans laquelle la partie adverse soulevait que «sans qu'il soit nécessaire de se référer au règlement d'ordre intérieur ici querellé, le décret applicable de plein droit à la requérante a pour effet de lui interdire de porter le «voile islamique» devant ses élèves. Elle fait valoir que le règlement d'ordre intérieur querellé n'a d'autre objet que de clari-

(15) L'égalité dans l'enseignement, proclamée à l'article 24, §4, de la Constitution doit prendre en compte «les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié». On rappellera à cet égard que le régime du pacte scolaire n'impliquait pas une obligation de neutralité de l'enseignement officiel subventionné. Comme l'observait le Conseil d'État dans son arrêt n° 16.672 du 31 mai 1979, les écoles communales étaient soit neutres, soit à orientation confessionnelle, soit encore indéterminées du point de vue de leur caractère. Le droit à disposer d'une école confessionnelle à distance raisonnable pouvait dès lors être satisfait par la proximité d'une école communale. Le constituant ne s'écarta pas de ce régime lors de la révision de 1988. Si la nouvelle rédaction de l'article 24 prévoit la neutralité de l'enseignement de la Communauté, le constituant a confirmé que «les autres pouvoirs organisateurs que la Communauté, qu'ils soient privés ou publics, peuvent opter pour un caractère déterminé (confessionnel ou non confessionnel) ou même n'opter pour aucun de deux caractères précités. C'est la situation actuelle et reconnue par le Pacte scolaire. Cette possibilité est logique pour l'enseignement libre. Mais en 1958, la liberté du choix du caractère a été donnée aux provinces et aux communes au nom de leur autonomie» (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, pp. 32 et 33). La neutralité de l'enseignement communal et provincial fut imposée, en Communauté française, par le décret du 17 décembre 2003. Il est douteux de considérer que ce dernier a eu pour effet de modifier la portée de normes constitutionnelles.

fier le droit existant». De l'autre, lors de l'examen du fond, il estime que le décret du 31 mars 1994 peut fonder un pouvoir organisateur à préciser les obligations générales de neutralité qui pèsent sur leurs enseignants. Pour aboutir à cette affirmation, le Conseil d'État ne s'appuie ni sur le libellé du décret, ni sur ses travaux préparatoires. Il considère qu'il ne peut conclure autrement «à moins d'exiger du législateur décréteur qu'il arrête la liste des attitudes et propos qui seraient contraires à la neutralité, ce qui est irréalisable étant donné la multitude de situations possibles, d'une part, et, d'autre part, du fait que les notions en cause sont par essence évolutives». Et la haute juridiction administrative d'ajouter que le projet éducatif défini dans le décret «missions» du 24 juillet 1997 habilite les autorités publiques «à préciser les obligations et devoirs précis et concrets qui pèsent sur leur personnel à cet égard» (cons. 6.8.2.). Le Conseil d'État semble dès lors sanctionner la théorie selon laquelle le décret «neutralité» de 1994 peut fonder l'interdiction de signes convictionnels.

Cependant, il est surprenant qu'à aucun moment le Conseil d'État ne mentionne l'exigence de légalité dans l'enseignement, consacrée par l'article 24, §5, de la Constitution. Il est à cet égard révélateur que lors de l'exposé des dispositions constitutionnelles pertinentes, le Conseil d'État ne cite que les trois premiers paragraphes de l'article 24 (cons. 6.3.1.), alors que la requérante fait également référence à l'article 24, §5. Pourtant, il eut été pertinent d'évaluer la conformité de l'habilitation décréteur dégagée du décret «neutralité» de 1994 et du décret «missions» à l'aune de cette règle constitutionnelle. Selon la Cour constitutionnelle, «cette disposition traduit la volonté du Constituant de réserver aux pouvoirs législatifs le soin de régler les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement. L'article [24], §5, de la Constitution ne prohibe cependant pas que des délégations soient données en la matière à l'Exécutif. Toutefois, ces délégations ne peuvent porter que sur la mise en œuvre des principes arrêtés par le législateur lui-même. A travers elles, l'Exécutif ne saurait combler l'imprécision de ces principes ou affiner des options non suffisamment détaillées» (16). Le juge constitutionnel considère également que, «pour respecter la disposition

(16) C.C., arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992, B.5.1. et B.5.2.

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» (17). Au regard de cette jurisprudence, la motivation du Conseil d'État nous semble déficitaire.

Le port de signes convictionnels est assurément un aspect essentiel de l'enseignement. Deux éléments plaident en ce sens. D'une part, dans sa jurisprudence en la matière, la Cour constitutionnelle tend à qualifier d'essentielles les matières dont la réglementation a un impact sur l'exercice des droits fondamentaux. Il s'agit d'une importation d'un des éléments de la *Wesentlichkeitstheorie* dont Brecht Steen démontre de manière convaincante l'application en matière de légalité dans l'enseignement (18). C'est ce qu'on peut notamment lire entre les lignes de l'arrêt 33/92 de la Cour constitutionnelle, lorsque celle-ci considère que le montant du minerval est un élément essentiel de l'enseignement en ce qu'il détermine l'accès effectif à celui-ci (19). Dans d'autres espèces, le Conseil d'État semble également prendre en compte cet élément dans l'appréciation du respect de l'exigence de la légalité. Il estime ainsi, à propos de l'interdiction du voile par les élèves, que «la restriction concernée concerne non seulement la liberté d'enseignement passive – la liberté de choix de l'école ou le droit des parents de choisir librement la nature de l'éducation pour leur enfant –, mais également qu'elle interfère avec un autre droit fondamental, *in casu* la liberté de religion. Ce constat, paraît-il, renforce la nécessité d'une initiative législative» (20). D'autre part, il se dégage également de la jurisprudence constitutionnelle que la Cour tend à adopter une interprétation extensive de l'exigence de légalité lorsqu'une réglementation concerne la carrière du personnel (21). Ainsi, affirme-t-elle, que «la description de fonction, dans laquelle sont définies les

(17) C.C., arrêt n° 45/94 du 1^{er} juin 1994, B.8.

(18) B. STEEN, «Het legaliteitsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (art. 25, §5 G.W.): een stand van zaken», *T.O.R.B.*, 2000-01, n°s 5-6, pp. 372 à 374.

(19) C.C., arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992, B.6.3. et B.7.3.

(20) C.E., arrêt n° 202.039 du 18 mars 2010, cons. 18 (traduction libre).

(21) C.C., arrêts n° 80/97 du 17 décembre 1997, B.10; n° 130/98 du 9 décembre 1998, B.2.3; n° 133/2002 du 18 septembre 2002, B.2.2; n° 17/2006 du 1^{er} février 2006, B.5.3; n° 142/2008 du 30 octobre 2008, B.4.

tâches et les missions d'un membre du personnel ainsi que la manière dont celui-ci doit les accomplir, doit être considérée comme un instrument de la politique du personnel. Une telle mesure peut aussi avoir une incidence sur le statut du personnel : c'est sur la base de la description de fonction qu'une évaluation du membre du personnel est réalisée, évaluation qui peut, le cas échéant, conduire à son licenciement. Il s'ensuit que les dispositions relatives à la description de fonction font partie des règles relatives à l'organisation de l'enseignement, au sens de l'article 24, §5, de la Constitution» (22). La prohibition faite aux membres du personnel d'arborer des signes ostensibles politiques, religieux ou philosophiques a manifestement un impact sur leur carrière. À cet égard, il nous semble clair qu'elle doit être fondée de manière directe sur une règle décrétole.

9. Si le Conseil d'État s'essaie dans un premier temps de trouver un fondement décrétole à l'interdiction du port des signes convictionnels – dans le décret «neutralité» de 1994 et dans le décret «missions» –, il change brusquement de perspective : «L'intervention de ces pouvoirs [publics] peut certes constituer une ingérence dans l'exercice de la liberté garantie par l'article 9, §1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. 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)». Appliquant les canons de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de qualité de la loi, le Conseil d'État estime que le règlement attaqué est suffisamment accessible et prévisible pour être une loi au sens de l'article 9, §2, de la Convention. Ce faisant, la juridiction suprême s'écarte des deux thèses doctrinales décrites ci-dessus pour s'engager dans une troisième voie. À ses yeux, il est inutile de passer les décrets relatifs à la neutralité et leurs travaux préparatoires au crible d'une analyse

(22) C.C., arrêt n° 34/2000 du 29 mars 2000, B.4.3.

minutieuse pour déterminer s'ils sont de nature à fonder ou non une mesure générale d'interdiction des signes convictionnels. Les auteurs de doctrine n'avaient qu'à lire l'arrêt *Sunday Times*.

Cette analyse ne va pourtant pas de soi. S'en tenir à la conception conventionnelle du terme «loi» conduit à réduire les garanties offertes par la Convention européenne des droits de l'homme. Le droit international et européen des droits de l'homme est, en effet, dominé par le principe de subsidiarité : «Ni les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, ni les éventuels systèmes de surveillance qu'ils mettent en place, n'ont vocation à se substituer à une protection interne des droits et libertés correspondants : tout juste visent-ils à corriger, en seconde ligne, leurs défaillances» (23). Du point de vue des droits garantis, ce principe de subsidiarité est exprimé à l'article 53 de la Convention : «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». Comme l'affirme Frédéric Sudre, «la Convention fixe ainsi un standard minimum en matière de droits et libertés, que les États sont tenus d'assurer tout en pouvant le dépasser (art. 53); en conséquence, la norme conventionnelle doit s'effacer devant la norme nationale plus protectrice» (24). En d'autres termes, la primauté de la règle conventionnelle sur le droit national ne vaut que si celui-ci est moins généreux que celle-là (25).

À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle fit sienne ce raisonnement pour évaluer la validité d'ingérences dans le droit à la vie privée : «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 inter-

(23) S. VAN DROOGHENBROECK, «Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme», *A.P.T.*, 2001, p. 143.

(24) F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 202 et 203.

(25) J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 59 à 61.

préetées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertées fondamentales reconnues notamment par le droit interne» (26). Le même raisonnement peut être effectuée à l'égard de l'article 19 de la Constitution selon lequel «la libertée des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la libertée de manifester ses opinions en toute matièere, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertées». En la matièere, bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée, une exigence de légalité est proclamée. Cette affirmation peut notamment être déduite de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : «L'article 19 de la Constitution a pour objet de réserver au législateur la compétence de régir l'usage de la libertée 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 libertée d'expression qu'après que celle-ci a été exercée» (27).

L'exigence de légalité sous-tend le régime belge des libertées publiques (28). Francis Delpérée explique ainsi ce choix du constituant originaire : «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 libertée ? Recourir pour ce faire aux responsables de l'ordre public, soit au gouvernement et aux autorités locales, c'est exposer imprudemment la libertée ; c'est établir une confusion entre celui qui fait la règle et celui est tenu de la respecter» (29).

10. À double titre, l'interdiction des signes convictionnels nécessite à l'intervention du législateur : il s'agit d'une restriction de la libertée de manifester ses convictions religieuses, et cette restriction a pour théâtre l'enseignement. La position du Conseil d'État est difficilement conciliable avec l'exigence de légalité garantie par les articles 19 et 24, §5, de la Constitution. Elle renoue avec une ancienne jurisprudence, en particulier l'arrêt de la Cour d'appel de

(26) C.C., arrêts n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B.5.4.; n° 131/2005 du 19 juillet 2005, B.5.2.; n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.5.6.

(27) C.C., arrêt n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.34.

(28) M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 306 à 309.

(29) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 193.

Liège du 23 février 1995 où il avait été jugé que le règlement d'un athénée royal pouvait fonder l'interdiction de signes convictionnels (30). Cette jurisprudence semblait dépassée. Ainsi, la Cour d'appel de Mons, dans l'arrêt précité, estimait que «les limitations à la liberté de religion, ne peuvent être le fait que d'une loi, un décret ou une ordonnance du pouvoir législatif, sauf une habilitation expresse admissible qu'il aurait conférée au pouvoir exécutif». Pour appuyer cela, la Cour d'appel faisait référence notamment à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux conditions d'ingérence dans le droit à la vie privée (31). Les arrêts n° 175.886 et n° 195.044 du Conseil d'État sanctionnaient également cette thèse : un règlement d'ordre intérieur ne pouvait fonder la révocation d'une enseignante (32).

Dans son arrêt n° 210.000, le Conseil d'État opère un revirement, à rebours de la protection accordée par le régime belge des libertés publiques et par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. S'il contredit sa jurisprudence récente, cet arrêt s'inscrit cependant dans les hésitations jurisprudentielles sur la prééminence entre la conception belge et strasbourgeoise de la légalité (33).

I.2.b. *La légitimité des buts poursuivis*

11. La question du fondement légal évacuée, il s'agit ensuite d'évaluer si la mesure querellée poursuit un but légitime. Selon le Conseil d'État, «en l'espèce, ce but est 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

(30) *R.R.D.*, 1995, pp. 536 à 542 et la critique de Ph. BOUVIER dans sa note d'arrêt intitulée «Un voile à l'école, des juges et la neutralité», p. 546.

(31) Elle citait également X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement en Communauté française», *A.P.T.*, 2007-08, p. 151.

(32) Voy. *infra* n° 25.

(33) À ce propos, voy. 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», P. JADOU, H. DUMONT, F. TULKENS, B. LOMBAERT, et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le Service public*, T. II, Les lois du service public, Bruges, La Chartre, 2009, pp. 275 à 278.

constitutionnelles et internationales ainsi que par le décret du 31 mars 1994 précités» (cons. 6.8.2.).

12. Les droits en matière d'enseignement et la liberté religieuse sont ici en tension. Confronté à un conflit de droits fondamentaux, le Conseil d'État ne cherche pas la conciliation. Il estime que les droits protégés par l'article 2 du Protocole n° 1 – le droit des élèves à l'instruction et le droit des parents à ce que l'État, dans les missions qu'il assume en matière d'enseignement, respecte leurs convictions religieuses et philosophiques – jouissent d'une prépondérance, *a priori* et systématique (34), par rapport au droit de manifester ses convictions religieuses. Nous formulerons deux hypothèses explicatives de cette attitude du Conseil d'État : soit ce dernier fait une lecture littérale de la Convention, soit, au contraire, il interprète audacieusement le texte conventionnel et la jurisprudence strasbourgeoise.

La première hypothèse part du constat suivant : 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 limitations du droit garanti sont établies. Pour tester cette hypothèse, il convient d'abord de distinguer les deux droits garantis par cette disposition : le droit à l'instruction des enfants et le droit au respect des convictions philosophiques et religieuses des parents. Il nous semble que le Conseil d'État vise ces deux droits lorsqu'il mentionne les droits des *parents* et des *élèves* protégés par l'article 2 du Premier Protocole.

S'agissant du droit à l'instruction, la Cour européenne des droits de l'homme interprète l'absence de limitations explicites de la manière suivante : «L'article 2 du Protocole n° 1 interdit de priver quiconque du droit à l'instruction. Aucune exception à cette disposition n'est énoncée et sa structure est semblable à celle des articles 2, 3, 4 §1 et 7 de la Convention («Nul ne peut (...)»), dispositions qui consacrent les valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques qui composent le Conseil de l'Europe» (35). Le caractère fondamental du droit à l'instruction ne prive toutefois pas

(34) Sur les conflits de droits fondamentaux et à propos de cette technique de résolution desdits conflits, 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.

(35) Cour eur. D.H., arrêt *Timichev c. Fédération de Russie* du 13 décembre 2005, §64.

l'État de toute possibilité de s'ingérer dans l'exercice de celui-ci. Alors que les limitations à la liberté de manifester ses convictions religieuses sont conventionnellement déterminées, les limitations au droit à l'instruction sont prétoriennement organisées. En effet, depuis son premier arrêt en matière de droit à l'instruction, le juge des droits de l'homme répète à l'envi que «le droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole (P1-2), appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention» (36). Le droit à l'enseignement connaît dès lors des limitations, bien qu'elles soient implicites.

Le droit des parents au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses n'est pas davantage absolu. Selon le juge des droits de l'homme, ce droit se greffe sur le droit fondamental à l'instruction : l'article 2 du Protocole n° 1 «forme un tout que domine sa première phrase» (37). Dès lors que le droit au respect des convictions est subordonné au droit à l'instruction, on ne peut attribuer au premier une portée plus large qu'au second. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme pratique une lecture du droit des parents au respect de leurs convictions qui s'éloigne de toute idée d'absoluité : «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

(36) Cour eur. D.H., arrêt *relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* du 23 juillet 1968, I.B.§5.

(37) Cour. eur. D.H., arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, §§50 et 52.

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» (38).

Si cette approche littérale n'est pas convaincante, nous nous risquerons à une autre conjecture pour comprendre la position du Conseil d'État. Contrairement à la jurisprudence belge qu'il balaie d'un revers de la main, le Conseil d'État se montre soucieux de s'inscrire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Rappelant les enseignements que la section de législation tire de cette jurisprudence, le Conseil d'État invoque l'arrêt du 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italie*. Le retentissement de cette décision fut considérable. On suppose que l'onde de choc ne s'est pas arrêtée aux portes du numéro 33 de la rue de la Science. L'un des commentateurs de cet arrêt, par ailleurs abondamment cité par les avocats de la partie adverse, en déduisait «la possibilité d'imposer l'apparence neutre des usagers du service public de l'enseignement impose *a fortiori* la même apparence de neutralité au service public lui-même. La différence réside de ce que, pour les usagers, l'État se voit reconnaître une large marge d'appréciation pour tolérer ou interdire de tels signes, alors que s'agissant du service public lui-même, cette interdiction découle d'une obligation positive à laquelle il sera très difficile de déroger. Relative du côté des usagers, la prohibition du prosélytisme devient absolue pour l'État lui-même». À la lumière des arrêts antérieurs à l'affaire *Lautsi*, Gonzalez observait que «la Cour contrôle que l'État ne se livre pas à une forme de prosélytisme actif ayant pour objectif un endoctrinement incompatible avec le respect des convictions et du pluralisme dans une société démocratique. Cet interdit vise l'État en tant que personne morale dotée de prérogatives de puissance publique (l'établissement des programmes d'enseignement). Par extension il vise aussi

(38) Cour. eur. D.H., arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, §53.

ceux qui représentent l'État auprès des usagers, notamment le personnel enseignant, et sans doute aussi, administratif». Cependant, l'auteur estimait que l'arrêt *Lautsi* avait transformé la marge de manœuvre des États en matière de signes convictionnels dans l'enseignement public, passant d'une permission d'interdire à une obligation d'interdire (39). À l'époque de sa formulation cette interprétation amplifiante était déjà critiquable. Elle procédait par «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» (40). L'État n'est pas titulaire de droits fondamentaux alors que les enseignants peuvent, en revanche, se prévaloir de la liberté religieuse (41). Notons également que l'avis de la section de législation du Conseil d'État cité par la section du contentieux administratif dans l'arrêt n° 210.000, ne considère en rien que la neutralité «imposerait de manière abstraite et générale à tous les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme une manière uniforme de régler le port, par le personnel de l'enseignement public, de signes ou de tenues à caractère convictionnel, les États disposant d'une marge d'appréciation sur ces questions en fonction notamment de leur contexte propre» (42).

L'interprétation amplifiante paraît aujourd'hui d'autant moins défendable que l'arrêt du 3 novembre 2009 a été renversé par la Grande Chambre. Au terme d'une motivation dans laquelle la Cour se montre particulièrement protectrice de la marge nationale d'appréciation, elle conclut que l'apposition de crucifix dans les salles de classe de l'école publique ne viole pas l'article 2 du Protocole n° 1 de la Convention (43). Le sol de la jurisprudence strasbourgeoise s'est ainsi dérobé sous les pieds de ceux qui voyaient dans l'arrêt *Lautsi* de la 2^e Section une obligation positive de proscrire les signes convictionnels dans l'enseignement public. Certains considé-

(39) G. GONZALEZ, «L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 472 à 476.

(40) Voy. la contribution de Sébastien VAN DROOGHENBROECK dans le présent ouvrage et les références citées.

(41) C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, «Liberté religieuse : vers un devoir de neutralité de l'État dans l'enseignement public?», *J.D.E.*, 2010, p. 137.

(42) Avis n° 48.022/AG rendu le 20 avril 2010 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.*, P.C.F., 2009-10, n° 84-2, pp. 30 et 31.

(43) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, §§63 à 77.

rants autorisent au contraire à relativiser les exigences déduits de la règle de neutralité : « Il n'y a pas devant la Cour d'éléments attestant l'éventuelle influence que l'exposition sur des murs de salles de classe d'un symbole religieux pourrait avoir sur les élèves ; on ne saurait donc raisonnablement affirmer qu'elle a ou non un effet sur de jeunes personnes, dont les convictions ne sont pas encore fixées. On peut néanmoins comprendre que la requérante puisse voir dans l'exposition d'un crucifix dans les salles de classe de l'école publique où ses enfants étaient scolarisés un manque de respect par l'Etat de son droit d'assurer l'éducation et l'enseignement de ceux-ci conformément à ses convictions philosophiques. Cependant, la perception subjective de la requérante ne saurait à elle seule suffire à caractériser une violation de l'article 2 du Protocole n° 1 » (44).

Sans pouvoir déterminer si le Conseil d'État proclame la prééminence des droits de l'article 2 du Protocole n° 1 sur la liberté religieuse par une approche littérale de la Convention ou au moyen d'une lecture amplificante de la jurisprudence de la Cour, nous sommes enclins à considérer qu'aucune de ces démarches n'est juridiquement admissible. Rien ne pouvait donc dispenser la Cour de résoudre le conflit de droits fondamentaux par une voie moins expéditive (45).

I.2.c. *La proportionnalité*

13. Le Conseil d'État achève l'examen des deux premiers moyens en annonçant un contrôle de proportionnalité qui « implique de préciser les limites du principe de la neutralité, d'une part, et celui de la liberté de religion, d'autre part » (cons. 6.8.6.).

Le Conseil d'État procède en trois temps. Tout d'abord, il évalue l'adéquation entre la prohibition du port des signes convictionnels et l'exigence de neutralité : « La neutralité, ainsi qu'elle a été définie par le décret de la Communauté française du 31 mars 1994 précité, 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. Le « port de tout signe osten-

(44) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, §66.

(45) Sur cette question nous renvoyons à E. BREMS, « De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *T.B.P.*, 2004, pp. 348 à 354.

sible religieux, politique ou philosophique» est incompatible avec le devoir de neutralité au sens déjà précisé». Ensuite, il évalue la portée de l'interdiction proclamée : «L'interdiction, quant à elle, est limitée : 1° aux personnes à qui elle s'applique : – les membres du personnel des établissements d'enseignement secondaire de plein exercice et à horaire réduit de la ville de Charleroi; – plus spécialement : les enseignants en ce compris le personnel directeur et auxiliaire d'éducation; – à l'exception : des enseignants de cours philosophiques; 2° au cadre de la vie professionnelle et pendant ce temps : c'est-à-dire lors de l'exercice des fonctions et «devant les élèves». Enfin, bien qu'il ait déjà établi que la neutralité impose de proscrire les signes convictionnels, le Conseil d'État déduit de l'article 2 du Protocole n° 1 qu'il vise : «1° à respecter le choix des parents quant à l'enseignement et l'éducation de leurs enfants; 2° à respecter la conception de vie intérieure, les croyances, les convictions politiques ou philosophiques et les options religieuses de l'homme; 3° à veiller à ce qu'aucune vérité ne soit imposée aux élèves lorsqu'ils sont sous l'autorité des enseignants notamment et à ce que les élèves puissent construire librement leurs propres convictions; 4° à éviter sur des questions qui sont d'actualité et qui divisent l'opinion publique, qu'un membre du personnel dépendant d'un service public, par son attitude notamment, ne manifeste visiblement son engagement et par là risque de créer au sein de ces établissements des confrontations et cela sans qu'il apporte de la sorte quoi que ce soit de plus à la pluralité des valeurs».

14. En ce qui concerne la neutralité, le Conseil d'État ne retient qu'une définition négative. Ce faisant, il ignore l'intention du législateur qui, dans l'exposé des motifs du décret «neutralité» de 1994 exprimait sa volonté «d'adapter la formulation de cette résolution à la forme décrétole d'une part, mais aussi à l'évolution des idées, en énonçant les exigences de la neutralité en termes positifs plutôt que négatifs, afin de donner une vision dynamique de la neutralité en termes d'objectifs et d'autorisations sous condition, plutôt qu'en termes d'interdictions et d'abstentions» (46). En outre, en faisant allusion à une interdiction de prendre parti ou d'exprimer ses préférences, le Conseil d'État s'inscrit manifestement contre le texte et l'esprit du décret de 1994. En effet, la formulation originelle de

(46) *Doc.*, P.C.F., 1993-94, n° 143-1, p. 3.

l'article 4 de la proposition de décret comprenait une interdiction de prendre parti, directement reprise de la résolution de 1963. Comme Xavier Delgrange le rappelle, «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. Un membre éminent de la commission, Hervé Hasquin, 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». 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». Cet amendement fut adopté à l'unanimité» (47).

Lorsqu'il entame son contrôle de proportionnalité, le Conseil d'État avertit que l'«examen doit se faire sans avoir égard aux convictions de la requérante puisque le règlement attaqué, rappelons-le, vise «le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique»». Il nous semble pourtant que le Conseil d'État n'a pu s'empêcher de quitter la généralité du règlement pour apprécier le cas particulier du voile islamique. En effet, le devoir d'abstention contenu à l'article 4 du décret du 31 mars 1994 ne vise pas l'attitude ou le propos partisans en général mais celle-là ou celui-ci lorsqu'ils portent sur «les problèmes idéologiques, moraux ou sociaux, qui sont d'actualité et divisent l'opinion publique». Or, dans l'introduction de son appréciation du fond de l'affaire, le Conseil d'État considère que «la question du port du «voile islamique», objet du présent litige, divise aujourd'hui de manière sensible l'opinion publique. L'actualité de cette question, au niveau international même, ne fait pas de doute d'autant qu'elle concerne aussi une autre valeur démocratique fondamentale, celle de l'égalité des hommes et des femmes»

(47) X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement en Communauté française», *op. cit.*, pp. 136 et 137.

(cons. 6.7.2.). Dès lors, sauf à considérer que tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique sont d'actualité et divisent l'opinion – position intenable –, c'est exclusivement le voile de la requérante que le Conseil d'État avait à l'esprit lorsqu'il a statué.

Il nous livre par ailleurs le raisonnement dans le sens inverse, en partant cette fois-ci de manière plus assumée du voile de la requérante, lorsqu'il estime qu'«aux termes de l'article 4, alinéa 4, [du décret du 31 mars 1994], l'enseignant doit s'abstenir, devant ses élèves, de certaines attitudes ou propos ou, en d'autres termes, de certains actes. Dès lors, la question qui se pose est de savoir, sans qu'il soit à ce stade nécessaire d'apprécier la légalité ou non du comportement reproché à la requérante, si elle s'est abstenue, devant ses élèves : 1° de toute attitude et de tout propos partisan dans les problèmes idéologiques, moraux ou sociaux, qui sont d'actualité et divisent l'opinion publique; 2° d'actes de témoignage en faveur d'un système religieux. Pour ce qui concerne l'abstention visée ci-dessus au point 1°, il a déjà été rappelé ci-avant que le port du «voile islamique» est source de division entre les différentes conceptions religieuses et philosophiques, y compris dans sa dimension sociale plus spécialement en ce qui concerne la place des femmes dans la société. Quant aux actes visés au 2° ci-dessus, il est indéniable que le port du «voile islamique», d'autant plus lorsqu'il est revêtu lors de prestations de service public, est un signe visible et ostensible d'appartenance à un système religieux mais aussi de conviction. L'argument selon lequel la requérante ne ferait pas de prosélytisme n'est pas pertinent en l'espèce car il ne s'agit pas ici d'examiner son cas mais la légalité d'un règlement général qui ne fait pas du prosélytisme une condition d'application».

15. Ce saut logique entre le général et le particulier traverse l'ensemble du contrôle de proportionnalité. Ce faisant, il le fausse. Il permet, en outre, au Conseil d'État d'écarter les enseignements de ses arrêts n° 175.886 et 195.044 car il s'agissait alors «d'apprécier *in concreto* le comportement d'un enseignant faisant l'objet d'une mesure individuelle et non de juger de la légalité d'un règlement et parce que cet arrêt concernait précisément une mesure prise à l'égard d'un enseignant de religion islamique pour lequel la décision présentement contestée prévoit une exception» (cons. 6.8.3.) (48).

(48) Sur ces arrêts, voy. *infra* n° 25.

Dans la résolution d'un litige, la balance des intérêts peut être placée à deux niveaux : «soit l'on concentre l'examen sur la seule situation particulière créée, *hic et nunc*, par l'application au requérant d'une norme restrictive de liberté, et l'on aboutit alors au prononcé d'une décision ancrée dans la totalité des circonstances de la cause et épuisant par là-même sa validité dans le règlement de celle-ci : l'on procède, à d'autres termes, à un *ad hoc balancing*. Soit l'on opère un examen de conventionalité de la norme restrictive de liberté elle-même, et non plus de sa simple application au requérant, étant entendu que la décision à rendre présentera dans ce cas une portée normative, puisqu'elle pourra trouver à s'appliquer à toute personne, qui, à l'instar du requérant, se trouve dans la situation-type formant l'hypothèse, générale et abstraite, de la norme contrôlée : l'on procède alors à un *categorical balancing*». Il n'est pas loisible au juge de louvoyer entre ces deux niveaux : lorsqu'il opte pour un niveau, il est tenu d'y demeurer sous peine de biaiser la pesée des intérêts (49). Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État se brise sur cet écueil.

16. Le contrôle de l'appropriation exercée par le Conseil d'État est assurément critiquable. Il paraît néanmoins presque rigoureux lorsqu'on le compare aux autres aspects du test de proportionnalité. En effet, le Conseil d'État le limite à un rappel du champ d'application de l'interdiction contenue dans le règlement. On perçoit difficilement la plus-value juridique d'indiquer que la prohibition ne vaut qu'à l'égard du personnel des établissements organisés par la ville de Charleroi, dans l'exercice de leur fonction hors cours philosophiques. Si la portée du règlement allait au-delà, celui-ci ne serait pas disproportionné, il serait tout simplement illégal. Il est interdit à la ville de Charleroi d'adopter un règlement d'ordre intérieur qui s'appliquerait aux écoles d'un autre réseau, aux enseignants des cours philosophiques (50) ou qui imposerait des obligations en

(49) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant/Pub. FUSL, 2001, pp. 250 à 252 et l'exemple d'illogisme livré p. 259 et 260.

(50) Voy. l'article 4, al. 4, du décret du 31 mars 1994 ainsi que l'avis n° 48.022/AG précité, p. 37 et 38.

dehors de la sphère professionnelle (51). La circonstance que le conseil communal n'a pas excédé ses compétences, ne rend pas *ipso iure* sa décision proportionnée. C'est pourtant implicitement la solution derrière laquelle le Conseil d'État se range. C'est du reste explicitement l'argument que le tribunal des référés de Charleroi avait invoqué : les obligations liées aux principes de neutralité, de tolérance et de non-discrimination « constituent une limitation de la liberté religieuse proportionnée puisqu'elles ne sont imposées qu'en présence des élèves et non dans la sphère privée de la demanderesse ».

17. Le Conseil d'État n'estime pas utile d'évaluer si la mesure qui a été adoptée 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 : « la liberté étant la règle et la limitation de liberté l'exception, le Conseil d'État, lorsqu'il est appelé à vérifier dans un cas concret si un règlement communal de police est bien compatible avec une liberté individuelle – en l'espèce, la liberté de réunion et la liberté du commerce et de l'industrie – doit tout d'abord vérifier s'il lui est soumis des éléments concrets établissant que l'ordre public est effectivement troublé ou menacé de l'être, apprécier la gravité de ce trouble et déterminer la situation dans laquelle il intervient ; qu'il doit ensuite examiner si les éléments qui lui sont soumis justifient la conclusion (1) que la mesure peut s'inscrire dans la catégorie des mesures utiles pour lutter contre le trouble redouté, (2) que, considérant les différentes possibilités dont dispose la commune pour maintenir l'ordre public, elle est nécessaire ou indispensable – c'est-à-dire la moins radicale – et (3) que, dans le souci de ne pas restreindre la liberté plus qu'il ne le faut, elle n'impose pas inutilement aux personnes qui doivent en subir l'inconvénient une limitation qui n'est pas en

(51) Voy. l'article 7 du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiaire de l'enseignement officiel subventionné : « Dans l'exercice de leur fonction, les membres du personnel accomplissent personnellement et consciencieusement les obligations qui leur sont imposées par les lois, décrets, arrêtés et règlements, par les règles complémentaires des commissions paritaires et par l'acte de désignation ». Voy. également l'article 12bis, §1^{er}, de la loi du Pacte scolaire : « Les statuts du personnel de l'enseignement de l'État et du personnel de l'enseignement subventionné garantissent la protection, en dehors de l'école, de la vie privée contre des décisions arbitraires du pouvoir organisateur ».

rapport avec la gravité du trouble de l'ordre que l'administration souhaite voir combattu» (52).

Examinant une proposition de décret visant à interdire 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 conforme aux 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» (53). 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» (54). 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. On pense en particulier à l'autorisation de principe, assortie d'une possibilité de proscrire le port de signes ostensibles en réponse à une situation concrète, notamment le développement d'attitudes prosélytes.

Le prosélytisme est l'un des grands absents de l'arrêt n° 210.000. Il est expédié en une phrase : «L'argument selon lequel la requérante ne ferait pas de prosélytisme n'est pas pertinent en l'espèce car il ne s'agit pas ici d'examiner son cas mais la légalité d'un règlement général qui ne fait pas du prosélytisme une condition d'application» (cons. 6.8.2.). Au regard de la section de législation, il paraissait pourtant résulter de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 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

(52) C.E., arrêt n° 83.940 du 7 décembre 1999, *sprl Ramsès* (arrêt de suspension confirmé par l'arrêt d'annulation n° 96.586 du 19 juin 2001). Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits dans l'enseignement», M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, à paraître, n° 344.

(53) Avis n° 48.022/AG, *op. cit.*, pp. 34 et 35.

(54) Avis n° 48.022/AG, *ibidem*, p. 36.

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» (55). La section de législation ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme dans un autre avis : «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 des parents et des élèves», il peut en revanche revêtir une telle signification dans certaines circonstances, par exemple en raison de la manière prosélytique avec laquelle l'enseignant en question exprime ses convictions par ces signes» (56).

Si le Conseil d'État pouvait éviter de se prononcer sur l'attitude prosélyte ou non de la requérante, il nous semble qu'il ne pouvait esquiver la question de la validité d'un règlement qui, sous prétexte de neutralité, opte pour une interdiction générale et abstraite, davantage restrictive de la liberté de manifester ses convictions.

18. La motivation du Conseil d'État nous semble d'autant plus critiquable que l'article 19 de la Constitution s'inscrit dans un régime répressif. Il y a lieu de s'interroger sur l'articulation de l'article 19 de la Constitution et l'article 9 de la Convention. Par le prisme de l'article 53 de la Convention, le régime répressif de la première disposition devrait s'imposer (57). Cependant, il nous est permis de reprendre le raisonnement de Bonbled et Lys à propos de la conciliation des dispositions constitutionnelle et conventionnelle en matière de liberté d'expression : «Que le constituant ait jugé bon de ne prévoir aucun des motifs légitimes de dérogation généralement retenus (sécurité nationale, ordre public, protection de la morale...) pour «censurer» la liberté d'expression ne saurait être remis en cause

(55) Avis n° 44.521/AG, *op. cit.*, p. 11. Voy. également l'arrêt 195.044 du 2 juillet 2009 : «dat niet blijkt, en verwerende partij ook niet aanvoert, dat het kwestieuze verbod zou zijn ingegeven door andere concrete omstandigheden eigen aan de specifieke situatie van de school of de scholengroep. Het blijkt niet dat het is ingevoerd om reden van welbepaalde noden van ordehandhaving in de school en het wordt evenmin in verband gebracht met specifieke veiligheidsvoorschriften ten behoeve van leerling of leerkracht» (cons. 9).

(56) Avis n° 48.022/AG, *ibidem*, p. 33.

(57) En ce sens, R. ERGEC, *Introduction au droit public*, T. 2 : «Les droits et libertés», Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 55 et 56.

par la ratification d'un instrument international « moins protecteur » sur ce point. Mais que l'« absoluté » du prescrit constitutionnel ne protège en aucune manière les « droits d'autrui » est en revanche plus problématique. Dans ce dernier cas, le mécanisme prévu à l'article 53 de la Convention s'enraye, étant donné que, à l'instar de vases communicants, le primat conféré au droit à la liberté d'expression des uns ne peut alors se traduire que par une diminution de la protection des droits conventionnellement garantis à d'autres personnes » (58). Moyennant cette réserve, il nous semble que l'on est autorisé à considérer qu'une mesure préventive en la matière, sans être en toute hypothèse inadmissible, doit à tout le moins faire l'objet d'une attention spéciale du juge.

I.3. – *La distinction directe justifiée*

19. Dans un sixième moyen, Madame Topal alléguait une violation du principe d'égalité et de non discrimination ainsi que du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations. Le règlement créerait une différence de traitement injustifiée « en interdisant de porter un signe ostentatoire religieux, puisque les personnes croyantes ne peuvent afficher, même de manière réservée, leur croyance religieuse ». Cette distinction directe ne pourrait être justifiée par des exigences professionnelles et déterminantes. La requérante ajoutait que la partie adverse ne pouvait invoquer l'article 11 du décret : « la Ville de Charleroi n'est évidemment pas une entreprise de tendance qui l'autoriserait à exiger une loyauté particulière de la part de son personnel vis-à-vis des valeurs défendues ». Le Conseil d'État prend le contre-pied de cette dernière considération : « 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. La requérante ne soutient pas que la distinction opérée par l'acte attaqué serait discriminatoire parce que le but poursuivi par l'acte attaqué serait illégitime ou injustifié mais parce que l'article 11 du décret ne serait pas applicable à l'espèce » (cons.6.18.2).

(58) N. BONBLED et M. LYS, « L'affaire *Leempoel et Ciné Revue* : le mot de la fin ? », *J.T.*, 2006, p. 791.

20. À deux égards cette motivation est surprenante. Tout d'abord, en appliquant l'article 11 du décret du 12 décembre 2008, le Conseil d'État accepte de ranger une interdiction générale de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique parmi les distinctions directement fondées sur la religion. Le concept de distinction indirecte n'était-il pas davantage approprié? Le décret le définit selon ces termes : «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».

L'interdiction de tout signe ostensible ne vise pas spécifiquement la pratique de la religion musulmane mais entraîne un effet particulièrement préjudiciable chez les personnes qui puisent dans leur conviction musulmane l'obligation de porter un voile. La doctrine invite dès lors à envisager ce type de mesure sous l'angle des distinctions indirectes (59). La section de législation du Conseil d'État adopte le même point de vue (60).

21. Ensuite, et en ce point l'arrêt n° 210.000 est révolutionnaire, le Conseil d'État applique à l'enseignement officiel subventionné une disposition consacrée aux «entreprises de tendance» (61). À première vue, on peut se demander où se situe le mal. L'article 11 ne s'applique-t-il pas uniformément à des organisations publiques ou privées? Face à l'exception similaire contenue à l'article 13 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Jean Jacquain s'indigne : «conformément à l'article 10, al. 2 de la Constitution, aucun service public ne peut discriminer sur la base de convictions religieuses ou philosophiques. Ou alors, il y a perversion de langage particulièrement vicieuse et la dispose vise

(59) Ainsi selon Sautois et Van der Plancke : «un élève pourra invoquer la protection du décret du 12 décembre 2008 pour combattre une discrimination sur la base de l'opinion religieuse : l'interdiction du port des signes distinctifs ou de couvre-chef décrétée par un établissement scolaire à destination de ses élèves sera constitutive de discrimination indirecte fondée sur la religion si elle est dépourvue de justification objective et raisonnable» (in «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 Charte, 2010, p. 159, note 126). Voy. également M.-C. FOLETS et J. VELARS, «De hoofddoek, het onderwijs en de antidiscriminatie wet», *R. W.*, 2006-07, n° 4, pp. 127 et 128.

(60) Avis n° 44.521/AG, *op. cit.*, p. 13, note n° 2.

(61) Voy. le commentaire de l'article 11 du décret du 12 décembre 2008, *doc.*, P.C.F., 2008-09, n° 601-1, p. 32.

aussi la neutralité comme absence de telles convictions, de sorte que le législateur fédéral aurait obscurément pris attitude – alors que le Gouvernement fédéral s'en est bien gardé jusqu'à présent – sur la question du « port des insignes religieux » (entendons fort et clair : du voile islamique) dans les services publics » (62).

La mention des organisations publiques provient directement de l'article 4,2., de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (63). Elle vise à répondre à la situation de certains pays, en particulier l'Allemagne, dans lesquels les cultes et associations religieuses ont un statut de droit public. Si les institutions religieuses ou philosophiques belges sont le plus souvent de droit privé, la loi consacre un statut de droit public pour certains aspects notamment les fabriques d'églises et les autres organes affectés à la gestion du temporel des cultes créés par ou en vertu de la loi du 4 mars 1870. La référence aux organisations publiques et privées dans les lois anti-discrimination est dès lors juridiquement justifiable.

Toutefois, si certaines organisations publiques sont engagées, cela ne signifie pas que toute organisation publique doit être envisagée sous le régime des entreprises de tendance. Contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'État, le régime d'exception de l'article 11 ne vise en tout cas pas l'enseignement officiel. En effet, une interprétation contraire aboutirait à vider de sa substance les dispositions du décret du 12 décembre 2008 relatives aux distinctions directement fondées sur la conviction religieuse ou philosophique. Puisque tant l'enseignement libre que l'enseignement officiel seraient des institutions engagées en faveur d'une conviction religieuse ou philosophique, le régime d'exception établi à l'article 11 concernerait les établissements scolaires relevant de tous les réseaux. Cela n'aurait strictement aucun sens : la règle ne s'appliquerait nulle part et l'exception régirait l'ensemble des relations professionnelles dans l'enseignement... sans exception. Si l'on suit ce raisonnement *ad*

(62) J. JACQMAIN, « Les lois anti-discriminations, services publics compris », C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruxelles, La Charte, 2008, p. 603.

(63) Sur l'origine de cette clause et son interprétation, voy. Y. STOX, *Discriminatie en identiteit – identiteitsgebonden werkgevers in het Belgisch en Europees arbeidsrecht*, Gand, Larcier, 2010, pp. 45 à 53.

absurdum, la motivation du Conseil d'État se heurte au principe d'égal accès à la fonction publique.

22. Pour le surplus, on notera l'incohérence de ranger la neutralité parmi les concepts philosophique alors qu'au sein du même arrêt, le Conseil d'État rappelait que la Constitution n'avait pas érigé l'État belge en État laïc et que «les notions de laïcité, conception philosophique parmi d'autres, et de neutralité sont distinctes» (cons.6.7.2.) (64). En affirmant cela, le Conseil d'État bannissait la neutralité du champ des conceptions philosophiques (65). On pourrait difficilement adopter une autre interprétation. Dans un avis quelque peu daté, le Conseil d'État, confronté à une proposition de décret qui visait, entre autres, à définir l'enseignement officiel comme enseignement non confessionnel, c'est-à-dire indépendant de toute confession religieuse, a estimé que «le caractère non confessionnel, tel qu'il est défini par l'article 2 de la proposition, ne correspond pas à la neutralité exigée par le Constituant. Si un enseignement neutre ne peut qu'être indépendant de toute confession religieuse, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Un enseignement indépendant de toute confession religieuse peut, en effet, être engagé philosophiquement ou idéologiquement» (66). La neutralité n'est pas une conviction philosophique, c'est un principe permettant d'assurer «le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élève». Si la neutralité était une conception philosophique, alors sa définition constitutionnelle contenue à l'article 24 engloberait la notion elle-même et la ville de Charleroi, en proscrivant «le port de tout signe ostensible religieux, politique ou philosophique», interdirait tout signe de neutralité. Le *dress code* des enseignants deviendrait un véritable casse-tête...

23. Depuis plusieurs années, le législateur tend de plus en plus à régler de manière uniforme la situation de l'enseignement libre et celle de l'enseignement officiel. Cette évolution a jusqu'à présent été

(64) Dans le même sens H. DUMONT et X. DELGRANGE, «Le principe du pluralisme face au voile islamique en Belgique», *Droit et société*, 2008/1, pp. 76 à 86; et l'avis n° 48.022/AG, *op. cit.*, p. 32. Voy. *contra* la démonstration, sur la base du dictionnaire *Le Robert*, du caractère laïc de l'État belge de M. UYTENDAELE et J. SAUTOIS, «La neutralité de l'enseignement et le port de signes convictionnels par les enseignants en Communauté française», *op. cit.*, p. 246, note n° 34.

(65) C. MATHIEU, «De Raad van State, de lerars wiskunde en de hoofdoek», *T.v.MR.*, 2011, n° 1, p. 16.

(66) Avis n° 19.066/2 rendu le 29 mai 1989 sur une proposition de décret portant définition de l'enseignement officiel et de l'enseignement libre, *doc.*, P.C.F., 1988-89, n° 54-2, p. 2.

analysé sous l'angle des restrictions à la liberté d'enseignement (67). Avec l'arrêt n° 210.000, l'uniformité doit être envisagée dans l'autre sens : c'est le régime juridique de l'enseignement libre qui est rendu applicable à l'enseignement officiel. L'harmonie entre cette jurisprudence et celle de la Cour de cassation semble impossible tant que cette dernière considère « que l'article 24 de la Constitution garantit la liberté de l'enseignement; que cette disposition implique, d'une part, que l'enseignement n'est pas une matière réservée aux autorités et, d'autre part que, pour autant qu'il respecte les règles applicables en matière de subventions, de contrôle de la qualité et d'équivalence des diplômes et attestations – conditions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce – le pouvoir organisateur de l'enseignement libre subventionné peut, contrairement à l'enseignement officiel, offrir un enseignement fondé sur des convictions philosophiques, idéologiques ou religieuses propres; Que la liberté de l'enseignement implique que le pouvoir organisateur est libre de choisir le personnel qu'il désire employer en vue de la réalisation de ses projets pédagogiques; que, dès lors, cette liberté de choisir influe sur les relations de travail entre le pouvoir organisateur et les membres de son personnel et justifie la désignation et la nomination des membres du personnel de l'enseignement libre subventionné par voie contractuelle » (68).

II. – L'arrêt n° 40/2011 de la Cour constitutionnelle

24. Preuve de la persistance d'une communauté d'aspirations des deux côtés de la frontière linguistique, la seconde affaire se passe dans le nord du pays. Celle-ci aurait pu concerner les membres du personnel. Comme nous le rappellerons, ce sont en effet eux qui diligenteront les actions contre le règlement d'ordre intérieur d'établissements de la Communauté, conduisant le Conseil d'État à les annuler (1). C'est néanmoins une élève qui prit l'initiative de

(67) Voy. not. P. VANDERNOOT ET J. SOHIER, «Le décret «missions» de la Communauté française du 24 juillet 1997 : de la liberté de l'enseignement à la liberté dans l'enseignement?», *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999, pp. 131 à 209; M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – Chronique de jurisprudence 1999-2008*, Bruxelles, Larcier, 2009.

(68) Cass. (ch. réun.), arrêt du 6 septembre 2002, C.02.0177. C'est nous qui soulignons.

contester la réplique du conseil de l'enseignement communautaire à la censure du Conseil d'État. Cette action mena à une question préjudicielle à laquelle l'arrêt 40/2011 apporte réponse. Deux éléments y sont abordés. D'une part, la compatibilité entre l'article 24 de la Constitution et la conception de la neutralité sous-tendue par la décision du conseil de l'enseignement communautaire (2). D'autre part, l'articulation entre la possibilité pour une communauté de déléguer ses compétences de pouvoir organisateur à un organe autonome et l'exigence de légalité dans l'enseignement (3).

II.1. – *Rétroactes*

25. Tout commence par le licenciement pour motif grave d'une enseignante de religion islamique exerçant ses fonctions dans une école bruxelloise de la Communauté flamande. Il lui est reproché de ne pas avoir respecté le règlement de l'école qui interdit les symboles convictionnels. Après un rejet de la demande en suspension d'extrême urgence (69), le Conseil d'État suspendit la décision de l'école (70). Par l'arrêt n° 195.044 du 2 juillet 2009, la Haute juridiction administrative prononçait l'annulation (71). Le Conseil d'État considérait que le règlement d'ordre intérieur de l'école ne puisait son fondement ni dans le décret spécial du 14 juillet 1998 relatif à l'enseignement communautaire ni dans la déclaration de neutralité adoptée par le conseil de l'enseignement communautaire.

Le 11 septembre 2009 – le choix dans la date témoigne d'un souci du symbole –, ledit conseil réplique à l'arrêt en complétant sa déclaration de neutralité. Le port de signes philosophiques par les élèves et les enseignants est désormais prohibé, sauf lors des cours philosophiques.

Une élève porta l'affaire devant le Conseil d'État (72). Statuant sur une demande en suspension, le Conseil d'État jugea qu'il y avait des raisons de croire que l'instauration d'un principe général d'interdiction de signes convictionnels exigeait l'intervention préa-

(69) C.E., arrêt n° 162.160 du 30 août 2006.

(70) C.E., arrêt n° 175.886 du 18 octobre 2007. Voy. E. BREMS, «Mag een leerkracht Islamitische godsdienst een hoofddoek dragen op school?», *C.D.P.K.*, 2007, pp. 612 à 620; et X. DELGRANGE, «La démocratie voilée», *R.R.D.*, 2007, pp. 370 à 384.

(71) Voy. la contribution de Xavier DELGRANGE dans le présent ouvrage.

(72) À noter que si c'est une élève de confession musulmane qui prit l'initiative d'attaquer le règlement, celui-ci est également l'objet d'actions introduites par des élèves sikhs (voy. not. C.E., arrêt n° 204.203 du 25 mai 2010, *United Sikhs (Belgium) vzw*).

lable du législateur décrétoal. Il s'appuya sur l'arrêt n° 11/96 de la Cour constitutionnelle, dans lequel celle-ci estima que les critères selon lesquels une inscription pouvait être refusée constituaient des éléments essentiels de l'organisation de l'enseignement et ne pouvaient dès lors pas être délégués aux autorités universitaires (73). Le Conseil d'État excipait de cette jurisprudence que « pour être conforme au principe de légalité, les articles 33 et 34 du décret spécial ne peuvent pas être interprétés *prima facie* comme s'ils déléguaient au Conseil de l'Enseignement communautaire la compétence, par l'intermédiaire de la déclaration de neutralité ou du projet pédagogique, d'interdire de manière absolue à une catégorie d'élèves l'accès à l'enseignement communautaire, sans que le législateur décrétoal ait pour le moins fixé les critères tenant lieu de directives pour une telle interdiction de portée générale et permanente » (74).

Il adressa à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : « Les articles 33, § 1er, 1° et 2°, et 34, 1°, du décret spécial du 14 juillet 1998 relatif à l'enseignement communautaire, interprétés en ce sens qu'en vertu de ceux-ci, le Conseil de l'enseignement communautaire se voit confier la compétence de se prononcer sur une interdiction générale et de principe concernant le port de signes religieux et philosophiques visibles, violent-ils l'article 24 de la Constitution ? ».

Le juge constitutionnel livre sa réponse dans l'arrêt n° 40/2011 du 15 mars 2011.

II.2. – *La neutralité, notion évolutive*

26. Citation des travaux préparatoires de la révision de 1988 à l'appui, la Cour constitutionnelle affirme que « le Constituant n'a pas voulu concevoir la notion de « neutralité » contenue à l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution comme une notion statique. 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. Ce contenu ne saurait être considéré indépendamment de l'unique – mais essentielle – précision

(73) C.C., arrêt n° 11/96 du 8 février 1996, B.6.

(74) C.E., arrêt n° 202.039 du 18 mars 2010, cons. 17 (traduction libre).

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'enseignement communautaire leur interdit de défavoriser, de favoriser ou d'imposer des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses. La neutralité suppose ainsi, comme on peut le lire dans la note explicative du Gouvernement relative à la révision constitutionnelle de 1988, «une reconnaissance et une appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes» – du moins en ce qu'il ne s'agit pas d'opinions constituant une menace pour la démocratie et les droits et libertés fondamentaux – ainsi qu'un «accent mis sur les valeurs communes». La notion de «neutralité» inscrite à l'article 24, §1^{er}, alinéa 3, de la Constitution constitue donc une formulation plus précise en matière d'enseignement du principe constitutionnel de la neutralité de l'autorité publique, lequel est étroitement lié à l'interdiction de discriminations en général et au principe de l'égalité des usagers du service public en particulier» (cons. B.9.3. à B.9.5.).

À propos de ces considérants, il convient en premier lieu de rappeler qu'eu égard à la neutralité, la révision de l'article 24 de la Constitution n'a pas apporté d'innovation majeure par rapport à la législation en vigueur (75). Trois critères étaient alors retenus. *Primo*, le respect de la définition de la neutralité contenue dans la résolution de la Commission permanente du Pacte scolaire du 8 mai 1963. *Secundo*, la proportion d'au moins trois quarts des membres du personnel porteurs d'un diplôme de l'enseignement officiel et neutre. *Tertio*, le choix des parents entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle. Seul ce dernier aspect fut explicitement inscrit dans la Constitution. Si la révision constitutionnelle de 1988 ne bouleversait pas le régime juridique de la neutralité, elle ne le figeait pas davantage. À de nombreux endroits, on perçoit nettement une volonté de ne pas demeurer cloîtré dans les deux premiers critères : «La définition «nationale» de la «neutralité» dans le commentaire n'exclut pas une

(75) D. DÉOM, «La neutralité de l'enseignement des communautés et le choix entre le cours de religion et le cours de morale non confessionnelle», *Quel(s) droit(s) dans l'enseignement? Enseignants, parents, élèves*, Bruges, La Chartre, 1994, pp. 105 à 110.

évolution, par exemple au sein de la Communauté flamande, dans le sens d'une neutralité «positive» et d'une conception pluraliste plus moderne. (...) Dans le même esprit, le critère servant à définir le caractère d'une école peut évoluer. Les critères de diplômes actuels favorisent la rigidité et le cloisonnement et ne répondent plus à la réalité sociologique. (...) Le point de départ d'un projet pédagogique de l'enseignement de l'Etat est constitué par la donnée de base selon laquelle l'enseignement de l'Etat, même avec un mode de gestion modifié, à savoir un conseil autonome, associé à une politique plus décentralisée, est un enseignement public, c'est-à-dire organisé par la Communauté et, partant, doit être caractérisé par l'ouverture et le pluralisme interne» (76).

Restait alors à la Cour constitutionnelle d'évaluer la nouvelle définition de la neutralité de l'enseignement communautaire à l'aune de la volonté du constituant. La Cour dispose : «L'interdiction générale et de principe, pour les élèves, de porter des signes religieux et philosophiques visibles dans les établissements de l'Enseignement communautaire donne à la notion de neutralité, telle qu'elle est contenue dans l'article 24, §1^{er}, alinéa 3, de la Constitution, une orientation nouvelle, qui n'est cependant pas contraire par définition à cette notion. En effet, ainsi qu'il a déjà été constaté en B.9.3, le Constituant n'a pas conçu la neutralité de l'enseignement communautaire comme un principe rigide, indépendant des évolutions de la société. En outre, dans certaines circonstances, la neutralité peut obliger l'autorité compétente à prendre des mesures visant à garantir la «reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes» dans l'enseignement communautaire» (cons. B.15.).

27. Ce considérant procède en deux temps. Premier mouvement : la Cour admet le caractère évolutif de la neutralité de l'enseignement. Cette approche nous semble parfaitement conforme avec la volonté du constituant. Second mouvement : le juge considère que l'orientation nouvelle apportée par la décision querellée s'inscrit dans la volonté du constituant. En ce point, nous ne pouvons suivre la Cour constitutionnelle. Sa lecture altère les concepts. Si une mesure d'interdiction générale du port de signes convictionnels peut

(76) Rapport de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, *doc. parl.*, Sénat, S.E 1988, n° 100-1/2, pp. 62 et 63.

être justifiée par des motifs valables, on ne peut pas pour autant l'identifier à une matérialisation de la neutralité dite positive. Il faut être prêt à de solides acrobaties intellectuelles pour souscrire à l'idée selon laquelle «la reconnaissance et l'appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes» implique de dissimuler cette diversité, d'abandonner tout signe extérieur d'opinions, de renoncer à toute attitude engagée. Sous l'air du «plus c'est gros, mieux ça passe», la Cour expédie une question pourtant cruciale (77).

On soulignera à cet égard que la juridiction *a quo* avait considéré que la «neutralité imposée à l'enseignement communautaire est une notion constitutionnelle dont il paraît plausible qu'elle avait une signification déterminée aux yeux du constituant. Il n'appartient à aucune autorité constituée de donner à cette notion une signification contraire à la Constitution, de la vider de son sens ou, pour employer les mots de la partie défenderesse, de la «dénaturer» (78).

La Cour constitutionnelle fut-elle attentive à cette considération ? Nous n'en sommes pas convaincu. À notre estime, la prudence du juge constitutionnel aurait été la bienvenue. La neutralité de l'enseignement n'a jamais fait naître d'obligations dans le chef des élèves, à l'exception de la prohibition du prosélytisme déjà explicitement visée par la résolution du 8 mai 1963 (79). La Cour constitutionnelle ne semble pas avoir eu égard à la qualité d'élève de la requérante devant la juridiction *a quo*. Or, comme l'a récemment affirmé la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque des

(77) Ce type d'argument est malheureusement fréquent. On illustrera cette dérive en évoquant l'arrêt du Conseil d'État n° 191.533 précité dans lequel le recours du M.R.A.X. fut déclarée irrecevable : «Considérant qu'en édictant qu'est interdit aux élèves «le port de tout couvre-chef dans l'enceinte de l'établissement ainsi que sur les lieux de stage et lors des activités organisées dans le cadre scolaire à l'extérieur de l'école», le règlement attaqué, loin de porter atteinte à l'objet social de la requérante, a pour effet de le rencontrer et de le conforter». Autre exemple récent, l'arrêt n° 107/2009 dans lequel la Cour constitutionnelle se prononça sur des obligations imposées à l'enseignement privé et aux élèves fréquentant ce type d'enseignement : «Ces épreuves standardisées permettent en effet d'évaluer et d'attester les acquis et connaissances de l'enfant, et par conséquent de situer son niveau d'études en fonction de son âge et par rapport aux connaissances élémentaires que ces épreuves tendent à vérifier, sans que l'obligation de présenter ces épreuves puisse influencer, comme telle, l'enseignement dispensé à domicile. Loin de porter atteinte à la liberté de l'enseignement, ces épreuves permettent au contraire aux parents et enseignants d'évaluer, et éventuellement d'adapter, le niveau de l'enseignement qu'ils dispensent ou font dispenser, ainsi que les outils pédagogiques utilisés.» (B.30.3).

(78) C.E., arrêt n° 202.039 du 18 mars 2010, cons. 20.

(79) La même exception fut retenue par le législateur dans le décret du 31 mars 1994. En ce sens, voy. L.-L. CHRISTIANS, «Le juge entre le théologique et le politique : les paradoxes normatifs du concept de trouble», *J.T.*, 1995, p. 724.

requérants sont de simples citoyens, «ils ne sont aucunement des représentants de l'État dans l'exercice d'une fonction publique; ils n'ont adhéré à aucun statut qui procurerait à ses titulaires la qualité de détenteur de l'autorité de l'État. Ils ne peuvent donc être soumis, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses». Il en résulte, pour la Cour, que sa jurisprudence relative aux fonctionnaires ou, en particulier, aux enseignants ne peut s'appliquer en l'espèce (80).

Par ailleurs, l'importation d'une conception de la neutralité se traduisant par une virginité des apparences se heurte à une série de résistances de l'ordre juridique belge (81). Ainsi, selon Bernard Bléro, le libre choix du cours philosophique, d'une part, la définition constitutionnelle de la neutralité ainsi que la proclamation du droit à l'enseignement «dans le respect des libertés et droits fondamentaux», d'autre part, s'inscrivent à contre-courant d'une conception passive, ou exclusive, de la neutralité (82). Donner un brevet de constitutionnalité à une évolution vers cette conception de la neutralité exige au minimum de prendre au sérieux ces résistances.

II.3. – *La décentralisation comme libération de l'enseignement communautaire*

28. L'examen du respect de l'exigence de légalité s'ouvre sur un rappel : «Lorsqu'il règle les aspects essentiels de l'enseignement, en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance ou son subventionnement, le législateur compétent doit tenir compte de la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, §1er, de la Constitution» (cons. B.7.1.). Ce qui apparaît comme une simple volonté de concilier deux règles constitutionnelles, est d'ores et déjà l'annonce d'une solution alambiquée.

(80) Cour eur. D.H., *Ahmet Arslan e.a. c. Turquie* du 23 février 2010, §48.

(81) Pour la description, l'explication et l'analyse de ces résistances, nous renvoyons à S. VAN DROOGHENBROECK, «La neutralité des services publics : outil d'égalité ou loi à part entière?», *op. cit.*, pp. 233 à 298.

(82) B. BLÉRO, «Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école. L'interdiction du foulard islamique face à la liberté de religion», *Rev. dr. étr.*, 1996, pp. 18 et 19. À noter que l'auteur se réfère notamment à M. UYTENDAELE et A. SCHAUS, *Droit public*, Bruxelles, P.U.B., 1994.

L'article 24, §5, précise la portée de l'exigence de légalité. Chacune des trois notions mentionnées correspond à un degré d'intensité dans le rapport entre la Communauté et les pouvoirs organisateurs (83). L'organisation de l'enseignement recouvre un premier lien, de nature fusionnelle puisque la Communauté est elle-même le pouvoir organisateur. La reconnaissance – c'est-à-dire l'acte par lequel la Communauté confère aux diplômes d'établissements qu'elle n'organise pas une valeur égale aux titres qu'elle délivre – recèle un lien de nature pédagogique. La Communauté est en droit d'imposer des conditions tenant à la qualité et l'équivalence de l'enseignement dispensé par ces établissements. Le subventionnement désigne un lien de nature pédagogique et pécuniaire. Selon une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, «la liberté d'enseignement (...) suppose, si on entend qu'elle ne reste pas purement théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la Communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci. Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la Communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité, du respect de normes de population scolaire et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la Communauté» (84).

Lorsque l'on place sur un même pied ces trois notions, on se risque à les confondre. C'est ce que fait l'arrêt n° 40/2011. Le législateur doit avoir égard à la liberté d'enseignement lorsqu'il réglemente la *reconnaissance* ou le *subventionnement*, et non lorsqu'il édicte les règles essentielles relatives à l'*organisation*. Les restrictions à la liberté d'enseignement sont, en principe, la contrepartie du subventionnement ou de la reconnaissance dont peuvent bénéficier les écoles organisées par des personnes privées. C'est la solution dégagée de longue date par la Cour constitutionnelle : «La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur décrétal impose des conditions de financement et de sub-

(83) X. DELGRANGE et C. NIKIS, «L'exigence de légalité en matière d'enseignement : la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État relative à l'article 24, §5, de la Constitution», *A.P.T.*, 2000, p. 214.

(84) C.C., arrêt n° 25/92 du 2 avril 1992, 4.B.2.

ventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté, pour autant qu'il n'y soit pas portée d'atteinte essentielle» (85).

29. Ce qu'à ce stade l'on pouvait encore considérer comme une glissade se mue, dans la suite de l'arrêt, en dérapage : «Sur le plan de l'organisation et de la dispensation de l'enseignement, la communauté ne dispose pas de la même liberté que les autres pouvoirs organisateurs. En effet, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, la communauté doit assurer le libre choix des parents, ce qui entraîne l'obligation pour la communauté d'organiser un enseignement. En outre, la liberté de la communauté sur le plan de l'enseignement est limitée par les règles contenues à l'article 24, §1^{er}, alinéas 3 et 4, de la Constitution, qui prévoient que l'enseignement organisé par la communauté doit être neutre et que les écoles organisées par les pouvoirs publics doivent offrir, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle» (cons. B.8.).

Horresco referens : la Cour constitutionnelle élève la Communauté au rang des titulaires de la liberté d'enseignement. Certes, sa liberté n'est pas aussi intense que celle dont jouissent les personnes privées (86). Elle n'en est pas moins tangible et autorise la Cour constitutionnelle, se réclamant de l'intention du constituant, à déclarer que les compétences de pouvoir organisateur dont l'article 24, §2, permet la délégation, visent «les compétences dont disposent également les autres pouvoirs organisateurs de l'enseignement» (cons. B.11.). Ce raisonnement mène inexorablement la Cour à juger que «la liberté d'enseignement implique la possibilité pour les pouvoirs organisateurs de créer des écoles qui trouvent leur spécificité dans certaines conceptions pédagogiques ou éducatives. L'établissement du projet pédagogique d'une école relève donc en principe de la compétence du pouvoir organisateur de cette école» (cons. B.11.2.).

30. Face à cet audacieux raisonnement, on se souviendra du premier arrêt que la Cour constitutionnelle rendit en matière d'enseignement : «Ces constatations ne sont pas énervées par le

(85) C.C., arrêt n° 85/95 du 14 décembre 1995, B.2.5.

(86) La Cour réitère cette réserve dans le considérant B.12. : «Pour établir le projet pédagogique de l'enseignement communautaire, la communauté ou les organes autonomes créés ne disposent cependant pas de la même liberté que les autres pouvoirs organisateurs».

recours à l'article 17 ou à l'article 59bis, §2, 3°, de la Constitution. Les Communautés, qui en tant que personnes de droit public disposent d'une compétence attribuée, ne peuvent se prévaloir de libertés qui sont garanties aux citoyens pour s'estimer fondées à prendre une réglementation relative à des matières qui ont été formellement soustraites à leur compétence par l'article 59bis, §2, 2°, de la Constitution» (87). L'attitude du Conseil d'État n'était guère différente puisqu'il affirmait que «le principe constitutionnel de la liberté d'enseignement ne concerne nullement la Communauté française en sa qualité de pouvoir organisateur; qu'aux termes de l'article 24 de la Constitution, celle-ci n'est en effet pas autorisée, mais au contraire tenue d'organiser un enseignement, étant toutefois entendu que cette obligation n'est pas illimitée, mais bien réglée par la loi ou le décret» (88).

Que la Communauté puisse se prévaloir d'une liberté proclamée pour protéger les citoyens des ingérences de l'État serait pour le moins paradoxal. Il est vrai que la Cour avait depuis longtemps franchi le pas de reconnaître que des dispositions du Titre II de la Constitution, à savoir les articles 10 et 11, puissent concerner des personnes morales de droit public (89). Il nous semble cependant que la règle d'égalité et de non-discrimination renvoie davantage à un principe plus général de justice distributive. Il ne s'agit pas d'un droit ou d'une liberté mais d'une condition nécessaire à l'exercice des droits fondamentaux (90) et indispensable à l'exercice des compétences attribuées. Il n'est dès lors pas illogique que les articles 10 et 11, comme du reste l'article 24, §4, puissent s'appliquer aux personnes morales de droit public, en ce compris l'État et les entités fédérées (91). D'aucuns vont plus loin en affirmant qu'une personne morale de droit public peut être titulaire

(87) C.C., arrêt n° 8 du 22 janvier 1986.

(88) C.E., arrêt n° 82.213 du 10 septembre 1999, *Ville de Bruxelles*.

(89) Voy. C.C., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990 et X. DELGRANGE, «Les articles 6 et 6bis de la Constitution, des dispositions longues portées», *R.R.D.*, 1990, pp. 424 à 426. Rusen Ergec affirme que des personnes morales de droit public peuvent également prétendre à certains droits constitutionnels. Il ne se réfère cependant qu'à l'application du principe d'égalité, en citant l'arrêt n° 70/98 du 17 juin 1998 dans lequel la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur l'égalité entre les provinces dans la répartition des moyens publics (R. ERGEC, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 53).

(90) F. BENOIT-ROHMER, «L'égalité dans la typologie des droits», *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 141.

(91) Voy. également C.C., arrêt n° 35/2003 du 25 mars 2003 et P. BOUCQUEY, P.-O. DE BROUX, X. DELGRANGE, L. DETROUX, H. DUMONT, I. HACHEZ, B. LOMBAERT, Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivée», *J.T.*, 2003, pp. 528 et 529.

d'autres droits garantis, notamment dans la Convention européenne des droits de l'homme. La formulation de cette thèse s'accompagne de deux réserves : les droits reconnus ne peuvent l'être que dans le champ d'activité propre de la personne morale «et pour autant que l'exercice de ces droits soit compatible avec les lois fondamentales des services publics (comme par exemple la loi d'égalité des usagers ou la loi de neutralité)» (92). À propos de ces lois, les considérants de l'arrêt n° 40/2011 traitent de manière semblable l'enseignement de la Communauté et l'enseignement subventionné en appliquant au premier le régime du second. Cette démarche contredit la position de la Cour constitutionnelle lorsqu'elle reconnut la validité du pouvoir des établissements libres de sélectionner à l'inscription. Elle dit alors pour droit que «la disposition entreprise n'instaure pas en soi des conditions d'admission qui seraient différentes selon qu'il s'agit d'un établissement de l'enseignement libre subventionné ou d'un établissement de l'enseignement officiel. Elle confirme, par contre, que les établissements de l'enseignement libre subventionné sont autorisés à mener une politique d'admission qui soit liée à la spécificité du projet pédagogique qu'un tel établissement peut proposer en vertu de l'article 24, §1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution, en se fondant sur une conception religieuse ou philosophique. Les principes d'égalité et de non-discrimination, tels qu'ils sont inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution, et, en ce qui concerne les établissements de l'enseignement communautaire, la règle de la neutralité, contenue dans l'article 24, §1^{er}, alinéa 3, de la Constitution s'opposent à ce qu'un établissement de l'enseignement officiel dispose, s'agissant de l'accès des élèves à l'enseignement, d'une latitude égale à celle d'un établissement de l'enseignement libre subventionné pour ce qui est de choisir la conception religieuse ou philosophique qui fonde l'enseignement dispensé. Il y a là, entre l'enseignement officiel et l'enseignement libre, une différence objective que la Constitution impose au législateur décrétoal de respecter. Elle justifie en l'espèce, compte tenu du lien qui existe entre la politique d'accès à l'enseignement et le projet pédagogique prôné, que l'accès à un établissement de l'enseignement libre subventionné puisse être subordonné à des conditions différentes de celles qui régissent l'accès à un établissement de l'enseignement officiel» (93).

(92) J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 72 à 74; et F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., pp. 274 à 277.

(93) C.C., arrêt n° 110/98 du 4 novembre 1998, B.5.3.

Même si nous nous rallions à la thèse admettant que les communautés puissent jouir de certains droits et libertés du Titre II, adhésion qui impliquerait de dépasser l'apparente incompatibilité de cette thèse avec l'article 33 de la Constitution, il y a lieu de remarquer qu'en matière d'enseignement le constituant a fermé l'espace à toute controverse. En imposant une obligation à la Communauté – celle d'organiser un enseignement neutre – et en conditionnant l'intervention de celle-ci à l'action du législateur, le constituant a refusé d'ériger la Communauté en bénéficiaire de la liberté d'enseignement (94). Cette dernière «s'adresse naturellement aux *citoyens*, c'est-à-dire aux personnes investies de prérogatives, de droits politiques, de pouvoirs d'action sur la société, agissant individuellement

(94) S'agissant des communes et des provinces, la question est plus délicate. On observera que dans l'arrêt n° 65/2006 du 3 mai 2006, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la compatibilité entre la liberté d'enseignement et l'application des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966, au personnel enseignant des écoles communales. Elle répondait à trois questions préjudicielles posées par le Conseil d'État dans le cadre de litiges opposant les communes de Rhode-Saint-Genèse et Wezembeek-Oppem à la Communauté flamande. Si la Cour a estimé qu'en l'espèce la liberté d'enseignement n'était pas violée, elle n'a à aucun moment considéré que les communes ne pouvaient en revendiquer la jouissance. Au contraire, la Cour érige la commune en titulaire de la liberté : «La liberté d'organiser un enseignement, invoquée par les communes concernées, doit être combinée avec l'article 4 de la Constitution selon lequel la Belgique comprend quatre régions linguistiques, dont trois régions linguistiques unilingues et une région linguistique bilingue (...) La liberté d'enseignement n'empêche pas que des conditions supplémentaires, comme, en l'espèce, l'emploi et la connaissance de la langue administrative, soient imposées en vertu des considérations mentionnées ci-dessus, qui sont nécessaires au bon fonctionnement de l'organisation communale, à laquelle on accède en tant que membre du personnel» (cons. B.13.1. et B.13.2.). Aussi surprenante que soit cette approche, elle rejoint les déclarations ambiguës du constituant formulées lors de la révision de l'article 24. En réplique à un sénateur qui s'interrogeait sur l'absence d'une consécration du rôle des communes et des provinces en matière d'enseignement, le Ministre des réformes institutionnelles (N) déclara : «Le droit qu'ont les communes et les provinces d'organiser un enseignement découle de l'article 17, §1^{er}, alinéa premier». La note explicative confirme cette thèse : «Le premier alinéa de l'article 17 est maintenu, avec toute la jurisprudence à laquelle il a donné lieu notamment : – la liberté des pouvoirs publics, autres que l'État et les Communautés, et des personnes privées d'organiser un enseignement et d'en définir librement notamment le caractère et les méthodes pédagogiques (...)». On ne pourrait en conclure qu'un traitement identique puisse être réservé à la Communauté. En effet, le constituant n'a pas précisé le rôle des pouvoirs locaux en matière d'enseignement. Par ailleurs, il nous semble que la confusion réside davantage du côté de l'existence dans le chef des pouvoirs locaux d'une autonomie en matière d'enseignement. Si celle-ci correspond à une réalité, elle ne trouve cependant pas sa source dans la liberté d'enseignement. Comme l'affirma la Cour constitutionnelle dans un arrêt respectueux des principes : «Compte tenu de la liberté d'enseignement, garantie aux citoyens par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, et de l'autonomie des autorités provinciales et communales pour ce qui est de l'enseignement officiel subventionné, le législateur décréto pouvait raisonnablement laisser une marge d'appréciation aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement subventionné en ce qui concerne la cessation définitive de fonction d'un membre du personnel lorsque celui-ci n'accomplit pas convenablement sa mission. Du point de vue de l'enseignement communautaire, prévoir expressément et automatiquement une sanction pour les membres du personnel dont les prestations sont insuffisantes se justifie par la volonté du législateur décréto de garantir la qualité de l'enseignement, ouvert à tous, dont la Communauté a la responsabilité» (arrêt n° 85/99 du 15 juillet 1999, B.3.5.).

ou par des *associations*, celles-ci étant principalement conçues dans une optique *religieuse ou philosophique*» (95).

31. Puisque, selon la Cour constitutionnelle, la Communauté jouit de la liberté d'enseignement, la voie est ouverte pour tolérer les pouvoirs conférés à l'organe communautaire : «L'adoption, par le Conseil de l'Enseignement communautaire, d'une interdiction générale et de principe de porter des signes religieux et philosophiques visibles, applicable aux élèves, qui vaut exclusivement dans les établissements d'enseignement de l'Enseignement communautaire, ne peut toutefois être considérée comme l'exercice d'un «pouvoir normatif» au sens des travaux préparatoires précités. Pareille interdiction, qui s'applique exclusivement dans les établissements d'enseignement de l'Enseignement communautaire, doit être considérée comme une mesure d'ordre intérieur, comparable aux règlements d'ordre intérieur établis par les autres pouvoirs organisateurs d'enseignement. Il ne s'agit donc pas d'un règlement au sens d'une prescription générale applicable à tous les élèves, quelle que soit la nature de l'établissement d'enseignement où est inscrit l'élève. Ni le Constituant ni le législateur décréteil spécial n'ont voulu imposer aux organes autonomes créés par application de l'article 24, §2, de la Constitution l'interdiction d'adopter, afin de garantir le bon fonctionnement de l'enseignement ou d'assurer la réalisation du projet pédagogique, des règlements d'ordre intérieur concernant le comportement des élèves. En effet, toute autre appréciation impliquerait que tous les comportements possibles d'élèves qui pourraient compromettre le bon fonctionnement de l'enseignement et la réalisation du projet pédagogique – comportements qui peuvent d'ailleurs varier en fonction des circonstances et de l'époque – devraient être réglés par le législateur décréteil. Cette situation ne serait pas compatible avec la «dépolitisation» de l'Enseignement communautaire voulue par le législateur décréteil spécial – et autorisée par le Constituant – et risquerait de priver de sa substance le transfert de compétence à l'Enseignement communautaire» (cons. B.17.2.).

32. Sur ce point, la motivation est entachée de trois vices. Tout d'abord, le règlement litigieux ne nous semble pas tomber sous l'appellation «mesure d'ordre intérieur». En droit administratif, ces mesures sont prises par une administration en vue d'organiser son

(95) P. VANDERNOOT et J. SOHIER, «Le décret 'missions' de la Communauté française du 24 juillet 1997 : de la liberté de l'enseignement à la liberté *dans* l'enseignement?», *op. cit.*, p. 133.

fonctionnement. Elles ne produisent aucun effet en dehors de l'administration et «n'opèrent pas non plus, en ce qui concerne les services et les agents dont l'administration dispose, de modifications à l'ordonnancement juridique» (96). Il paraît juridiquement douteux de qualifier de mesure d'ordre intérieur un règlement qui impose des normes de comportement aux élèves, normes dont la violation encourt la sanction disciplinaire la plus lourde, à savoir l'exclusion (97). Cette qualification paraît d'autant moins adaptée que la norme de comportement prescrite aboutit à restreindre la liberté religieuse de ses destinataires.

Pour attribuer la qualité de mesure d'ordre intérieur, la Cour constitutionnelle se limite à examiner la portée de l'interdiction arrêtée par le conseil de l'enseignement communautaire. Puisque la décision de ce dernier ne s'applique qu'aux établissements de la Communauté, elle ne peut être un règlement. À cet égard, le raisonnement n'est pas sans rappeler la manière dont le Conseil d'État a apprécié la proportionnalité du règlement d'ordre intérieur adopté par la ville de Charleroi (98). La motivation de la Cour constitutionnelle appelle la même critique. Le conseil de l'enseignement communautaire n'est pas compétent pour édicter des règles applicables aux écoles libres et officielles subventionnées. Par définition, les décisions que prend ce conseil ne concernent que les établissements dont il est le pouvoir organisateur. Qu'il n'ait pas excédé ses compétences *ratione personae*, n'est pas un élément pertinent pour déterminer la nature de la mesure adoptée.

Il convient d'ajouter que s'il s'agissait d'une mesure d'ordre intérieur, la juridiction *a quo* devait déclarer irrecevable le recours de l'élève. L'impact en droit d'une mesure d'ordre intérieur est, en effet, limité. En vertu de l'adage *de minimis non curat praetor*, le Conseil d'État fait l'économie de statuer sur des actes relevant de cette catégorie. Les mesures qui ne sont pas de nature à faire grief ne relèvent pas de sa juridiction (99).

(96) P. LEWALLE et L. DONAY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 753; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 248.

(97) En ce sens, voy. P. BOUVIER, «Un voile à l'école, des juges et la neutralité», *op. cit.*, pp. 545 et 546.

(98) Voy. *supra* n° 16.

(99) P. LEWALLE et L. DONAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 753 à 760; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 248 à 250.

33. Deuxième vice de la motivation : la Cour fait appel au stratagème de l'extension pour écarter l'application de l'exigence de légalité. Selon l'un des guides les plus notoires d'argumentation (ou de mauvaise foi), ce stratagème consiste à «étendre l'affirmation de l'adversaire au-delà de sa limite naturelle, l'interpréter dans un sens aussi général que possible; la prendre dans un sens aussi vaste que possible et l'exagérer; (...) car plus une affirmation est exagérée, et plus nombreuses sont les attaques auxquelles elle s'expose» (100). Pour la Cour, une réponse affirmative à la question préjudicielle conduirait à réserver au législateur décrétoal la réglementation de «tous les comportements possibles d'élèves qui pourraient compromettre le bon fonctionnement de l'enseignement et la réalisation du projet pédagogique». Ce faisant, la Cour excède manifestement la portée de la question préjudicielle. Dans l'autre arrêt dont nous faisons le commentaire, le Conseil d'État fit usage de la même technique lorsqu'il reconnut dans le décret du 31 mars 1994 un fondement légal au règlement querellé, «à moins d'exiger du législateur décrétoal qu'il arrête la liste des attitudes et propos qui seraient contraires à la neutralité, ce qui est irréalisable étant donné la multitude de situations possibles, d'une part, et, d'autre part, du fait que les notions en cause sont par essence évolutives». Il est paradoxal de considérer qu'une question qui soulève autant de polémiques puisse être identifiée aux aspects les plus accessoires du régime disciplinaire de l'élève ou du statut de l'enseignant. Si le souci de dépolitisation exprimée par le constituant est louable, s'applique-t-il réellement à une question fondamentalement politique en ce qu'elle renvoie à des thèmes aussi cruciaux que les rapports entre les cultes et l'État ou la gestion de la diversité culturelle? La réponse à cette interrogation doit nécessairement intégrer la volonté du constituant : «seules des personnes démocratiquement élues peuvent régler par des règles générales l'octroi de subsides à l'enseignement ainsi que son organisation et son agrément» (101).

34. Enfin, la Cour passe à côté d'une occasion inédite d'articuler de manière satisfaisante les deuxième et cinquième paragraphes de

(100) A. SCHOPENHAUER, *L'art d'avoir toujours raison*, Belval, Circé, 1999, p. 20.

(101) 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. 4.

l'article 24. À lire sa motivation, un décret spécial adopté en vertu de l'article 24, §2, dispense le législateur d'adopter les règles essentielles relatives à l'organisation de l'enseignement.

Cette démarche est doublement déficitaire.

D'une part, la comparaison avec les autres pouvoirs organisateurs est spé cieuse. Dans l'enseignement de la Communauté, la notion de pouvoir organisateur se confond avec celle de réseau. C'est une spécificité de cet enseignement. La Communauté ou son organe autonome adopte des règles tantôt de nature individuelle tantôt à portée générale. L'approbation d'un règlement d'ordre intérieur d'un établissement tombe, par exemple, sous la première branche de cette distinction alors que la déclaration de neutralité applicable à toutes les écoles de la Communauté relève de la seconde branche. Lorsqu'elle adopte des mesures individuelles, la Communauté agit par arrêté. Lorsqu'elle règlemente par voie générale, la Communauté agit soit par arrêté soit par décret. Le recours à l'une ou l'autre formule dépend du caractère essentiel de la matière réglementée. Dès lors, la démarcation entre les deux rôles de la Communauté – pouvoir organisateur et régulateur de l'enseignement – n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît *prima facie*. La fonction normative n'est, en effet, pas réservée à la réglementation de l'enseignement subventionné ou reconnu. Elle concerne également les aspects essentiels de l'organisation de l'enseignement. Même en distinguant les deux rôles de la Communauté par l'application de l'article 24, §2, il y a lieu de maintenir une césure dans la réglementation de l'enseignement communautaire. La Communauté conserve dans son giron l'édiction des aspects essentiels de l'organisation.

D'autre part, l'interprétation des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 1988 nous semble peu rigoureuse. Le Secrétaire d'État à l'Éducation nationale a ainsi commenté l'article 24, §2, en projet : «l'on peut dire que l'organe autonome reçoit toutes les compétences d'organisation comparables à celles des autres pouvoirs organisateurs et remplace ainsi les exécutifs pour organiser l'enseignement de l'État» (102). C'est de cette déclaration que la Cour constitutionnelle déduit que l'organe autonome reçoit des compétences de pouvoir organisateur comparables à celles

(102) 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. 82.

des pouvoirs organisateurs relevant des autres réseaux. La Cour semble prendre quelques libertés avec la volonté du constituant, lequel circonscrit le transfert aux compétences de l'exécutif. Il en va de même lorsque la Cour tient le raisonnement suivant : «Le fait que le Constituant n'a pas voulu exclure la possibilité de confier, par application de l'article 24, §2, de la Constitution, la compétence relative à l'établissement du projet pédagogique de l'enseignement communautaire aux organes autonomes visés dans cette disposition peut être déduit de la déclaration suivante du ministre de l'Éducation nationale (F) : «Il a également été demandé si la Communauté pourra imposer un projet éducatif déterminé à l'avenir. On peut répondre affirmativement à cette question, mais seulement dans la mesure où la Communauté agit en tant que pouvoir organisateur» (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1988, n° 100-1/2°, p. 56). Dans la mesure où le pouvoir organisateur de l'enseignement communautaire a été confié à un ou plusieurs organes autonomes, il appartient donc à ces organes d'établir le projet pédagogique» (cons. B.11.3.). Si le constituant reconnaît la compétence de la Communauté d'adopter un projet éducatif pour son enseignement, il ne dit aucunement qu'il est loisible à la Communauté de transférer cette compétence à un organe autonome. C'est un raccourci. En revanche, il est plus difficile d'interpréter la volonté du constituant lorsqu'à propos de l'évolution possible de la notion de neutralité, il affirme que «c'est au *Vlaamse Raad* ou à l'*Autonome Raad voor het Rijksonderwijs* qu'il appartient de se prononcer à ce sujet. C'est du décret sur l'A.R.R.O. que dépend l'organe qui pourra décider à ce sujet» (103). On pourrait en conclure que le transfert de cette matière à l'organe autonome est possible. Toutefois, le constituant ajoute : «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» (104). Si le juge constitutionnel a son mot à dire, c'est que cette définition doit faire l'objet d'un décret.

(103) 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. 62.

(104) 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. Voy. également rapport de la commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits, *doc. parl.*, Ch., S.E. 1988, n° 10/17-455/4, p. 18.

35. Si l'on reconnaît un effet utile tant au deuxième qu'au cinquième paragraphe de l'article 24, on ne peut considérer que le législateur décrétoal soit autorisé, même par une majorité renforcée, à transférer à un organe autonome des prérogatives qui lui reviennent. À notre estime, la Cour devait exciper des travaux préparatoires que l'organe autonome reçoit les compétences de pouvoir organisateur exercées par le Gouvernement flamand. Les compétences de cet organe sont, dès lors, moins étendues que celles dont disposent les pouvoirs organisateurs de l'enseignement subventionné. À leur égard, le silence du législateur laisse place à la liberté d'enseignement – pour l'enseignement libre – ou à l'autonomie communale et provinciale – pour l'enseignement officiel. En ce qui concerne l'enseignement de la Communauté, l'intervention du législateur est indispensable pour les aspects essentiels : les compétences étant d'attribution, le silence du législateur entraîne l'impuissance des écoles à agir (105). Ce raisonnement postule que la Communauté n'est pas titulaire de la liberté d'enseignement. Lorsque l'on contredit ce truisme, les frontières qui délimitent le rôle de l'organe de l'enseignement communautaire sont abolies.

Conclusion

36. La coutume veut que, valorisant par là son travail, le rédacteur d'un commentaire d'arrêt réserve à l'objet de son étude le qualificatif d'«arrêt de principe». Notion habituellement vague, elle autorise en l'occurrence une certitude : ni l'arrêt n° 210.000 du Conseil d'État, ni l'arrêt n° 40/2011 de la Cour constitutionnelle ne sont des arrêts de principe.

Nous sommes plutôt tenté de considérer que ces arrêts sont sans principe. Ils vont contre l'harmonie du système juridique. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous relèverons parmi les dérèglements une exigence de légalité assouplie, matérielle au lieu de formelle; un contrôle de proportionnalité bâclé; le régime des entreprises de tendance dévoyé de sa *ratio legis*; une interprétation audacieuse de l'intention du constituant; l'emploi abusif de sophismes; l'érection de la Communauté au rang des titulaires de la liberté

(105) Sur les difficultés engendrées par cette différence entre les réseaux, voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits en matière d'enseignement», *op. cit.*, n° 423.

d'enseignement; la possibilité de transférer à un organe autonome des compétences que la Constitution réserve au législateur.

Tous ces éléments laissent à penser que les juges ont procédé par la méthode inductive. Le point de départ de leur raisonnement semble avoir été de ne pas contredire les décisions d'interdiction des signes convictionnels. À partir de la solution, ils ont construit une motivation pour l'inscrire tant bien que mal dans l'ordre juridique belge. Partant de la conclusion, ils ont élaboré des prémisses. On sait depuis Aristote que cette démarche n'est pas concluante. Les arrêts commentés le confirment.

Selon Eva Brems, il existe deux approches des droits humains. L'approche minimaliste se limite à définir un seuil en-dessous duquel il y a violation. Ces garanties minimales «peuvent être loin de garanties adéquates ou de garanties optimales». L'approche maximaliste consiste dès lors à rechercher activement «l'option qui restreint le moins les droits humains ou bien celle qui contribue le plus à la protection et à la réalisation effective de ceux-ci» (106). Plus ambitieuse, cette dernière approche est également la plus éloignée de la manière dont les autorités politiques envisagent désormais la liberté religieuse. Ces dernières se contentent d'une approche minimaliste : seule la violation de la liberté religieuse dessine les limites de leur intervention. Néanmoins, avec le concours du Conseil d'État, le seuil attribué à cette liberté paraît bien bas. La maxime qui préside l'approche de la liberté religieuse semble être devenue «autant de liberté que nécessaire, aussi peu que possible». La démocratie n'en sort pas renforcée.

37. Faut-il voir dans cette jurisprudence une victoire décisive des partisans de la laïcité militante? Sans doute. Il convient toutefois d'attendre la fin des procédures en cours pour tirer une conclusion définitive (107). Potentielle victoire décisive donc, mais victoire à la Pyrrhus. Le voile peut être prohibé mais certains fondements de l'ordre juridique belge sont ébranlés. La liberté d'expression des

(106) E. BREMS, «Droits humains, étrangers et multiculturalisme : pour une approche maximaliste et inclusive des droits fondamentaux», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 238 et 239.

(107) À l'heure où nous écrivons ces lignes, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la procédure en annulation de Madame Topal. La haute juridiction administrative n'a également pas encore rendu son arrêt à propos du port du voile dans l'enseignement communautaire flamand. À cet égard, il convient de souligner que la question préjudicielle portait exclusivement sur le respect de l'article 24 de la Constitution et non sur la validité de l'immixtion dans la liberté religieuse.

enseignants peut être limitée sur ce qui fait polémique mais rien n'empêche ce carcan de devenir progressivement plus intrusif jusqu'à conduire l'enseignement officiel, déjà en déclin, sur la voie de la fadeur et de la paralysie (108). La neutralité peut être radicalisée mais elle renie ses racines : gardienne de l'égalité, elle devient son ennemi en générant des discriminations indirectes quant à la jouissance du droit à l'instruction, droit pourtant « indispensable à la réalisation des droits de l'homme » (109).

La liste des dommages collatéraux peut être prolongée. Parions néanmoins sur la créativité des juridictions pour circonscrire les enseignements de ces arrêts à la question spécifique de port des signes convictionnels (voire à celle du port du voile islamique). En revanche, ce qui paraît perdu c'est une certaine idée du pluralisme. Le temps de l'arrêt *Lenaerts* semble lointain (110). La Cour constitutionnelle s'était pourtant faite l'écho de cette conception du pluralisme en matière d'enseignement : « le législateur décretaal a pu estimer à bon droit, comme il ressort également de ce qui est exposé ci-après, que la parité imposée [dans la composition de l'inspection], loin de violer la neutralité de l'enseignement communautaire, la favorise précisément. (...) Il n'est pas déraisonnable de considérer que la composition paritaire de l'inspection est susceptible de contribuer à un traitement égal et équitable des écoles appartenant aux différents réseaux et, partant, d'assurer la paix scolaire » (111).

L'école fait partie des secteurs de la société belge caractérisés par la cohabitation d'un double pluralisme : multi-institutionnel et mono-institutionnel (112). Dans la version multi-institutionnelle du

(108) Voy. la contribution de Xavier Delgrange au présent ouvrage.

(109) Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, §137

(110) « Considérant qu'en vertu du principe d'égalité consacré par l'article 6 de la Constitution, toute tendance politique et philosophique a le droit de se voir traité par l'autorité, sur le même pied que les autres; que la neutralité et l'objectivité auxquelles l'autorité est tenue, en vertu de ce principe, à l'égard des tendances politiques, religieuses ou philosophiques, peut légitimement l'amener – et, bien souvent, doit l'amener – à les ignorer délibérément dans l'exercice de sa mission administrative; qu'il peut toutefois se révéler impossible d'adopter une telle attitude lorsque, dans l'exercice de sa mission culturelle – comme, du reste, dans celui de nombreuses autres missions qui lui sont de plus en plus imposées –, l'autorité ne peut plus se borner à jouer un rôle purement permissif mais doit intervenir de manière active et positive; que, dans ce dernier cas, loin de pouvoir ignorer les tendances politiques et les convictions philosophiques, l'autorité doit, au contraire, tenir compte de leur diversité et des caractères propres de chacune d'elles, en d'autres termes, elle doit adopter vis-à-vis des courants politiques et philosophiques représentatifs une attitude positive et pratique à leur égard une politique pluraliste positive (...) ».

(111) C.C., arrêt n° 32/93 du 22 avril 1993, B.10 et B.11.

(112) Voy. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, T. I, Bruxelles, pub. FUSL, 1996, pp. 467 et s.

pluralisme, le respect des différentes convictions est assuré par une diversité plus ou moins correspondante d'institutions. Le subventionnement des établissements libres, confessionnels et non confessionnels, et le libre choix de l'école sont deux mécanismes paradigmatiques de cette déclinaison du pluralisme. Dans sa variante mono-institutionnelle, le pluralisme implique l'aménagement interne d'une institution publique. On retrouve les indices de ce pluralisme dans les alinéas 3 et 4 de l'article 24, §1er, de la Constitution, proclamant la neutralité de l'enseignement de la Communauté et garantissant, dans les établissements officiels, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et de la morale non confessionnelle. Relève également du pluralisme mono-institutionnel, l'expérience tuée dans l'œuf des écoles pluralistes.

L'enseignement belge a simultanément consacré ces deux versants du pluralisme. Il est dès lors erroné, comme le font les avocats de la ville de Charleroi (113), de prendre argument de l'existence d'écoles confessionnelles (pluralisme multi-institutionnel) pour exiger la neutralisation de la diversité au sein d'écoles officielles (pluralisme mono-institutionnel). Il est intéressant à cet égard de relever qu'il fut un temps où les partisans de la laïcité combattaient le subventionnement des écoles religieusement engagées. L'existence de celles-ci est désormais un argument convoqué dans le combat contre le voile (114). Face à la diversité croissante de nos sociétés, cette valorisation du pluralisme multi-institutionnel contre le pluralisme mono-institutionnel renforce le cloisonnement de l'enseignement belge.

On regrettera que les arrêts commentés portent de sérieux coups de buttoir au pluralisme à l'intérieur de l'enseignement officiel. Exclure les jeunes filles concernées de ces écoles encourage le repli sur soi. Si l'école publique refuse d'accueillir les élèves qui souhaitent respecter leurs convictions religieuses, seul un enseignement

(113) Voy. *supra* n° 6.

(114) Il est piquant de constater l'alliance de circonstance constituée avec les prohibitionnistes du voile appartenant au pilier chrétien. Pour s'en convaincre, on lira la carte blanche rédigée par des députés-bourgmestres issus du cdH («Inquiets de la dérive religieuse et communautaire», *La libre Belgique*, 23 novembre 2010) dans laquelle les auteurs formulent notamment cette interrogation : «Comment croire qu'en segmentant, même «raisonnablement» la vie de notre cité en autant de particularismes religieux et philosophiques dans tous ses aspects – école, fonction publique, salles de sports, lieux de travail, etc. –, demain sera radieux et les schismes sociaux s'anéantiront d'eux-mêmes?». On pourrait s'y tromper : ces lignes ne condamnent pas l'existence de plusieurs réseaux d'écoles mais l'hypothèse d'autoriser le voile dans l'enseignement officiel.

libre musulman ou un enseignement à domicile pourront leur permettre de jouir du droit à l'instruction dans le respect de leurs convictions religieuses (115).

(115) Notons à cet égard que le Conseil d'État a estimé que l'enseignement à domicile éteint l'intérêt à l'annulation d'une décision d'exclusion motivée par le refus de se dévoiler. Que les élèves souhaitent jouir de leur libre choix en réintégrant l'établissement ne trouve pas grâce aux yeux du Conseil d'État (arrêt n° 211.555 du 25 février 2011, *Kheir*).