

RDP2009-3-008

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 01 mai 2009 n° 3, P. 685 - Tous droits réservés

Droit public

L'école, sanctuaire laïque

par **Frédéric DIEU**

Rapporteur public près la Cour administrative d'appel de Marseille, Chargé d'enseignement à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence

SOMMAIRE

I. — LE CARACTÈRE APPAREMMENT OBJECTIF DE L'INTERDICTION POSÉE PAR L'ARTICLE L. 141-5-1 DU CODE DE L'ÉDUCATION

A. — D'une jurisprudence subjective et permissive à une législation objective et répressive

B. — Les décisions du 5 décembre 2007 affirment que le seul port par des élèves de religion sikhe d'un sous-turban manifeste ostensiblement leur appartenance à cette religion et justifie ainsi leur exclusion

II. — LA RÉINTRODUCTION D'UN ÉLÉMENT SUBJECTIF CARACTÉRISÉ PAR LE COMPORTEMENT DE L'ÉLÈVE

A. — La circulaire du 18 mai 2004 a créé la catégorie des signes qui manifestent subjectivement une appartenance religieuse

B. — Une extension de la marge d'appréciation de l'administration difficilement compatible avec le principe de liberté religieuse

Jamais l'administration française, et plus particulièrement l'administration scolaire, ne s'était autant aventurée, et même immiscée, dans l'examen des convictions religieuses des élèves et dans la manière qu'ont ceux-ci de les exprimer. Qu'il faille, pour défendre la laïcité et préserver la neutralité de l'école, méconnaître cette neutralité au détriment des élèves, tel est le paradoxe du dispositif mis en place par la loi du 15 mars 2004 qui tout à fait propre à la France, la plupart des autres pays européens n'interdisant pas aux élèves des établissements d'enseignement primaires et secondaires de porter des signes manifestant leur appartenance religieuse.

Par quatre décisions en date du 5 décembre 2007 ⁽¹⁾, le Conseil d'État a pour la première fois fait application des dispositions de l'article L. 145-1-1 du Code de l'éducation issues de la loi du 15 mars 2004 et prohibant le port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse. Ces décisions confirment d'abord l'interprétation stricte qui est faite de ces dispositions par l'administration et le juge administratif : aucun élève n'a pour l'instant eu gain de cause en la matière et il est fort probable qu'il en sera ainsi à l'avenir. Le Conseil d'État est ainsi revenu sur sa jurisprudence antérieure issue de l'Avis du 27 novembre 1989 qui avait posé une autorisation de principe des signes religieux à l'école. Désormais, l'interdiction est de principe tandis que l'autorisation est l'exception. Surtout, la Haute Assemblée a confirmé que l'interdiction valait quels que soient l'intention et le comportement de l'élève en cause.

En outre, le Conseil d'État semble avoir créé une nouvelle catégorie de signes d'appartenance religieux prohibés, celle des signes dont le port manifeste ostensiblement une appartenance religieuse en raison du comportement de l'élève et avoir ainsi ajouté à la loi en étendant le champ de l'interdiction qu'elle prévoit. Si donc, sur le plan du raisonnement, cet ajout manifeste une certaine continuité avec la jurisprudence antérieure issue de l'Avis du 27 novembre 1989 puisqu'il conduit le juge à s'intéresser, si ce n'est aux motivations (prosélytisme ou non) et aux attitudes (absentéisme ou non, caractère revendicatif ou non) de l'élève, du moins à son comportement, sur le plan des principes, il manifeste un total revirement puisque non seulement le Conseil, sur l'injonction du législateur, interdit aujourd'hui ce qu'il autorisait hier mais puisqu'en outre et surtout, de sa propre initiative, il étend considérablement le champ d'application de cette interdiction, laissant en la matière à l'administration une grande marge d'appréciation dont la compatibilité avec les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est loin d'être évidente.

I. — LE CARACTÈRE APPAREMMENT OBJECTIF DE L'INTERDICTION POSÉE PAR L'ARTICLE L. 141-5-1 DU

CODE DE L'ÉDUCATION

A. — D'une jurisprudence subjective et permissive objective et répressive à une législation

1. Une jurisprudence qui fût longtemps libérale

Par l'avis rendu le 27 novembre 1989 dans le cadre de ses attributions consultatives, le Conseil d'État avait pris position sur le droit des élèves de porter des signes d'appartenance religieuse ⁽²⁾. Il avait estimé que la liberté de conscience comportait pour les élèves « le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité ». Il en avait déduit que le port de signes d'appartenance religieuse ne pouvait faire l'objet d'une interdiction générale et absolue : le port par un élève, d'un signe visible manifestant son appartenance religieuse n'était donc pas en lui-même, c'est-à-dire en principe, contraire au principe de laïcité.

Toutefois, les chefs d'établissement pouvaient prendre une mesure d'interdiction lorsque, dans une situation donnée, le port d'un signe religieux par certains élèves était de nature à porter atteinte, notamment, à la liberté de conscience des autres élèves ou au fonctionnement normal de l'établissement. Le Conseil d'État admettait ainsi l'interdiction des signes religieux des signes qui « par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés [...] ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ». C'étaient donc les effets produits par le port du signe religieux qui justifiaient la mesure d'interdiction. Le Conseil d'État admettait certes que le « caractère ostentatoire » d'un signe était susceptible de produire de tels effets, qui eux justifiaient la mesure d'interdiction mais ce n'était pas le caractère ostentatoire en lui-même qui était prohibé. En d'autres termes, ce caractère ostentatoire n'était répréhensible que lorsqu'il manifestait une volonté de prosélytisme de la part de l'élève concerné.

Le Conseil d'État statuant au contentieux avait ainsi annulé un règlement intérieur qui interdisait le port de tout signe religieux à l'intérieur de l'établissement ⁽³⁾. Dans cette même décision, le Conseil d'État avait affirmé au bénéfice des élèves le « droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires », droit dont l'exercice pouvait impliquer « le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance religieuse », avant, en l'espèce, d'indiquer que le port d'un « foulard qualifié de signe d'appartenance religieuse » par les élèves en cause n'avait pas le « caractère d'un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande », ne portait pas « atteinte à la dignité, à la liberté, à la santé ou à la sécurité des élèves » et ne perturbait pas « l'ordre dans l'établissement ou le déroulement des activités d'enseignement ». C'est ainsi que le Conseil avait pu annuler la décision d'exclusion définitive qui avait été prise à l'encontre des élèves qui n'avaient rien fait d'autre que d'arborer un foulard manifestant leur appartenance religieuse.

Plus généralement, l'autorisation de principe du port de signes religieux par les élèves des établissements publics avait conduit le Conseil d'État à annuler les décisions prononçant des sanctions qui étaient fondées sur le seul port d'un signe religieux ⁽⁴⁾. Dans trois arrêts du 27 novembre 1996 ⁽⁵⁾, le Conseil d'État avait ainsi très nettement distingué la situation dans laquelle la sanction était fondée sur le seul port du foulard islamique et était donc illégale ⁽⁶⁾ des situations dans lesquelles cette sanction était fondée soit sur l'existence d'un trouble au bon fonctionnement de l'établissement ⁽⁷⁾ soit sur un manquement à l'obligation d'assiduité ⁽⁸⁾. Il avait en revanche considéré que l'administration pouvait légalement interdire le port d'un foulard par des jeunes filles de confession musulmane pendant les cours d'éducation physique, en raison de l'incompatibilité entre cet élément vestimentaire et les nécessités de cet enseignement ⁽⁹⁾.

La recherche d'une conciliation entre le droit de manifester et de pratiquer sa religion et les devoirs pesant sur l'élève (notamment l'obligation d'assiduité posée par l'article L. 511-1 du Code de l'éducation) avait ainsi conduit le Conseil d'État à écarter tout refus de principe des autorisations d'absence demandées par certains élèves pour des motifs religieux ⁽¹⁰⁾ : dans cette décision, le Conseil, contrairement aux conclusions de son commissaire du gouvernement qui estimait qu'une demande de dérogation portant sur un jour (le samedi matin) de chaque semaine était incompatible par nature avec l'obligation d'assiduité en ce qu'elle tendait à la définition d'une règle particulière applicable par dérogation à la commune et ainsi quasiment à l'octroi pour l'élève en cause d'un statut personnel, le Conseil donc avait rejeté la requête non pas en se fondant sur le caractère systématique de l'autorisation sollicitée mais sur les exigences de la scolarité que suivait l'élève. Cela signifiait donc que l'administration, saisie d'une demande d'autorisation d'absence pour un jour de chaque semaine, pouvait éventuellement y faire droit et devait en tout cas examiner si la dispense sollicitée était en l'espèce compatible avec le déroulement normal de la scolarité et

le respect de l'ordre public dans l'établissement. Se manifestait ainsi la volonté de promouvoir une laïcité de reconnaissance et non doctrinaire (c'est-à-dire moins fondée sur des principes applicables à tous que sur un examen des circonstances de chaque espèce, ces circonstances tenant au type d'établissement et de scolarité et à la nature des demandes « religieuses » de l'élève). Étaient de même affirmées la possibilité et la volonté de concilier le respect des obligations scolaires avec le droit de manifester et pratiquer sa religion.

D. Kessler, commentant la portée de l'Avis du 27 novembre 1989 dans ses conclusions sous l'arrêt précité Kherouaa résumait ainsi la « doctrine » du Conseil d'État sur le port de signes religieux à l'école : « La laïcité n'apparaît plus comme un principe qui justifie l'interdiction de toute manifestation religieuse. L'enseignement est laïc non parce qu'il interdit l'expression des différentes fois mais au contraire parce qu'il les tolère toutes [...] y là) un renversement de perspective qui fait de la liberté le principe et de l'interdiction l'exception ». Nous n'étions donc pas loin alors de la « laïcité positive » ou de la laïcité de reconnaissance qui reconnaît ou du moins tolère l'ensemble des religions et leur permet de s'exprimer au sein de l'espace public. Cependant, la loi du 15 mars 2004 est venue et l'approche des parlementaires, de la commission Stasi et du président de la République fut à cet égard radicalement différente puisqu'elle aboutit à interdire certains signes en raison de leur caractère « visible » ou « ostensible » et non en raison des conséquences qui résultaient du port de ces signes.

2. Une législation qui interdit désormais le port de signes ostensibles d'appartenance religieuse

Issu de l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 2004, l'article 141-5-1 du Code de l'éducation dispose : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève ».

Notons d'ores et déjà que si le Conseil constitutionnel avait été saisi de la loi, il n'est pas sûr qu'il en aurait admis la conformité à la Constitution. En effet, si le juge constitutionnel a interprété l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 comme interdisant « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »⁽¹¹⁾, cela ne nous semble pas pouvoir être interprété comme l'affirmation a posteriori de la constitutionnalité de la loi du 15 mars 2004. En effet, la loi édicte une interdiction du port des signes manifestant une appartenance religieuse quel que soit le comportement des élèves, c'est-à-dire que l'interdiction est de rigueur même si ceux-ci ne se prévalent pas de leur religion pour « s'affranchir des règles communes régissant les relations » entre eux-mêmes et l'établissement scolaire, règles communes relatives notamment à l'obligation d'assiduité et à la neutralité de l'enseignement. Or, il nous semble que c'est seulement lorsque l'élève se prévaut de sa religion pour s'affranchir de l'obligation d'assiduité (par exemple en n'allant pas en cours le samedi s'il est de confession juive ou le vendredi s'il est de confession musulmane) ou s'il perturbe le fonctionnement des enseignements et plus généralement de l'établissement (en adoptant un comportement prosélyte ou revendicatif) qu'il enfreint les règles communes. La décision du Conseil constitutionnel nous semble donc plutôt un rappel de l'esprit de la jurisprudence administrative issue de l'Avis du 27 novembre 1989, qui n'interdisait le port de signes religieux qu'en cas de comportement prosélyte ou de méconnaissance des obligations scolaires, qu'une « validation » de l'interdiction posée par la loi du 15 mars 2004.

Il résulte précisément des dispositions de cette loi, telles qu'éclairées et même, nous y reviendrons, complétées par la circulaire « Fillon » du 18 mai 2004, que les signes concernés sont « ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse » (point 2-1 de la circulaire). Il s'agit notamment des signes caractéristiques des trois grandes religions monothéistes existantes : le voile islamique, la kippa juive et la croix chrétienne de dimension manifestation excessive. La circulaire indique même, à propos du voile, que l'interdiction vaut « quel que soit le nom qu'on lui donne ». La circulaire confirme ensuite ce que l'exposé des motifs du projet de loi indiquait déjà : « La loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets ». Lors de l'examen du recours formé contre cette circulaire, le Conseil d'État a considéré que celle-ci s'était bornée à rappeler et à expliciter les termes de la loi⁽¹²⁾. C'est dire que le Conseil d'État a pleinement « validé » l'explicitation par cette circulaire des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 2004.

Sur le plan juridique, cette expression irréductible de la liberté de religion des élèves est la condition sine qua non de la constitutionnalité (art. 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) comme de la conventionnalité (art. 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 2004. La portée ainsi accordée à cette liberté fondamentale empêche le législateur d'instaurer une interdiction générale et absolue du port de tous signes religieux à l'école et c'est pourquoi la loi parle du port de « signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse » et non, comme le proposait la mission d'information de l'Assemblée nationale dans son rapport du 4 décembre 2003, de « signes visibles ». La seconde expression aurait en effet impliqué une interdiction générale de tous les signes religieux à l'école puisque tous les signes visibles, mêmes discrets, auraient été alors prohibés. L'esprit de la jurisprudence administrative perdue sur ce point : un règlement intérieur qui interdirait aux élèves de porter tout

signe religieux serait illégal⁽¹³⁾. Sur le plan pratique, la circulaire ne fournit en revanche aucun exemple de ces signes religieux discrets. En se fondant sur les rapports parlementaires⁽¹⁴⁾, on peut estimer qu'une petite croix, une médaille de dimension modeste, une étoile de David ou une main de Fatima figurent au nombre de ces signes discrets.

Des signes discrets tels qu'une médaille ne peuvent donc être regardés comme manifestant ostensiblement une appartenance religieuse au sens de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation. Cette interprétation de l'article L. 141-5-1 marque ainsi une certaine continuité avec les solutions jurisprudentielles antérieures à l'adoption de la loi du 15 mars 2004 et selon lesquelles, nous l'avons vu, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas, par lui-même, incompatible avec le principe de laïcité.

La loi du 15 mars 2004 n'a donc pas pour but de prohiber le port de signes ou tenues religieuses mais d'interdire le port de tels signes ou tenues lorsqu'il manifeste ostensiblement une appartenance religieuse. La différence est essentielle dans la mesure où cette interdiction est beaucoup plus large que la prohibition évoquée : peu importe en effet que le signe ou la tenue en cause n'aient pas en elle-même et pour ceux qui les portent une signification et une valeur religieuses puisque seul compte le sens qui leur est donné par autrui, c'est-à-dire par l'opinion publique et en l'espèce les autres élèves fréquentant le même établissement. C'est ici en premier lieu au chef d'établissement qu'incombe la tâche de déterminer si le signe ou la tenue en cause peut être perçu par les autres élèves comme une manifestation ostensible d'appartenance religieuse. La Cour de cassation a d'ailleurs également retenu la notion de manifestation ostensible des convictions religieuses pour considérer que la prohibition du port du voile par le règlement intérieur d'un collège catholique n'affectait pas ces convictions mais « un simple mode d'expression ostensible de celles-ci » et que cette prohibition ne méconnaissait donc pas le droit de manifester sa religion garanti par les stipulations de l'article 9 de la CESDHLF⁽¹⁵⁾. L'on voit donc que l'esprit de la loi du 15 mars 2004, bien que cette loi ne soit pas applicable aux établissements scolaires privés, plane également sur eux et que le juge judiciaire a également retenu une interprétation objective, détachée de tout examen du comportement de l'élève, de la notion de signes d'appartenance religieuse alors même qu'il n'en avait pas l'obligation.

La notion de signe religieux fait ainsi l'objet d'une analyse objective alors que la jurisprudence issue de l'Avis du 27 novembre 1989 analysait essentiellement le comportement (absentéisme ou non par exemple) et les intentions (visée religieuse ou non, prosélytisme ou non par exemple) des élèves arborant un tel signe et donc leur subjectivité pour déterminer si la sanction prononcée par le chef d'établissement était ou non justifiée. Selon la jurisprudence, issue de cet avis, l'appréciation de l'administration ne portait donc pas sur le caractère religieux ou non du signe incriminé puisque le port de signes religieux à l'école n'était pas en lui-même incompatible avec le principe de laïcité et était donc en principe autorisé. Avec la loi du 15 mars 2004, la logique d'appréciation est renversée : c'est à l'administration de qualifier une tenue ou un signe litigieux de signe religieux en se fondant sur ce que l'administrateur, surtout le chef d'établissement, connaît des religions existantes. Ainsi, pour refouler toute expression religieuse ostensible dans les établissements scolaires, l'administration doit se faire experte en religions.

La rigueur de l'interdiction posée par la loi du 15 mars 2004 conduit d'ailleurs à un rejet quasi-systématique des recours en annulation des sanctions qui sont prononcées sur son fondement. Ainsi que l'indique une réponse ministérielle : « si, au cours de l'année scolaire 2003-2004, environ 1 500 élèves manifestaient ostensiblement une appartenance religieuse, seuls 639 cas ont été recensés à la rentrée 2004. Plus de 550 cas ont trouvé une solution par le dialogue [...] Sur l'ensemble des élèves qui s'étaient présentés avec un signe religieux ostensible à la rentrée [2004], l'immense majorité (90 %) d'entre eux a fait le choix de se conformer à la loi à l'issue du dialogue. Néanmoins, 47 élèves, ayant refusé l'application de la loi, ont fait l'objet, après décision du conseil de discipline, d'une exclusion définitive de l'établissement où ils étaient scolarisés. 28 recours contentieux ont été formés, 28 décisions de rejet ont été rendues dont 13 ont fait l'objet d'un appel. Actuellement, 7 décisions d'appel ont confirmé les décisions de rejet et deux les ont annulées non pas sur l'interprétation faite de la loi du 15 mars 2004 mais en raison de la violation des dispositions concernant le règlement intérieur de l'établissement scolaire [...] Dans toutes ces affaires, il s'avère que les juges confirment l'interprétation faite par l'Administration de la notion de signe manifestement ostensible »⁽¹⁶⁾.

Par ailleurs, la loi du 15 mars 2004 a imposé, préalablement à toute sanction disciplinaire, une procédure de dialogue entre les autorités scolaires et l'élève. En conséquence, aucune sanction ne peut être prononcée à l'encontre de l'élève tant que dure le dialogue préalable entre celui-ci et le chef d'établissement, dialogue imposé par l'article L. 141-5-1 lui-même⁽¹⁷⁾. Dès lors cependant que ce dialogue n'a pas été « fructueux », en ce sens que l'élève a persisté dans sa volonté d'arborer un signe manifestant ostensiblement son appartenance religieuse, le chef d'établissement peut prononcer une mesure d'exclusion définitive de l'établissement, ce même si cette sanction n'a pas été prévue par le règlement intérieur de l'établissement. En effet, dans la mesure où cette sanction figure à l'article 3 du décret du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement, le fait qu'elle ne soit pas mentionnée dans le règlement intérieur ne fait nullement obstacle à son application⁽¹⁸⁾. Autrement dit, seule l'application de sanctions autres que l'avertissement, le blâme et l'exclusion temporaire ou définitive est subordonnée à la mention de ces sanctions dans le règlement intérieur. Dans les arrêts annulés, la CAA Nancy avait

également jugé que lorsque le règlement intérieur subordonnait la sanction de l'exclusion définitive au cas où l'élève était en situation de récidive en ce qui concernait port de signes religieux ostensibles, l'autorité scolaire ne pouvait exclure l'élève qui n'avait pas, dans le passé, commis des faits de même nature ayant donné lieu au prononcé d'une sanction disciplinaire. Si ce motif n'a pas été explicitement écarté par le Conseil d'État le 16 janvier 2008, il l'a été par son commissaire du gouvernement (R. Keller) dans ses conclusions, celui-ci relevant à juste titre que « dès lors que l'élève, malgré le dialogue préalable, a persisté dans son refus de se conformer à la loi, il faut considérer que la condition de récidive est remplie ; toute autre interprétation serait contraire à l'intention du législateur ». En effet, si, dans sa rédaction initiale, l'amendement relatif à l'exigence du dialogue préalable prévoyait que « sauf dans les cas de récidive, la sanction ne pourra intervenir qu'après une phase de dialogue », la réserve du cas de récidive a été supprimée dans la rédaction définitive, les parlementaires considérant qu'elle était redondante avec l'exigence d'un dialogue préalable à la sanction. En bref, le règlement intérieur de l'établissement scolaire ne peut en aucun cas subordonner l'exclusion définitive de l'élève à une condition de récidive.

De fait, la rédaction particulièrement restrictive de la loi du 15 mars 2004 remplit donc son office puisqu'elle permet à l'administration et au juge d'interdire tout ce qui manifeste ostensiblement une appartenance religieuse, quel que soit finalement le support ou le moyen de cette manifestation. Toutefois, la loi du 15 mars 2004 « ne modifie pas les règles applicables [...] aux parents d'élèves » ainsi que l'indique le point 2.3 de la circulaire du 18 mai 2004, ce qui signifie que ces derniers disposent du droit d'arborer des signes religieux lorsqu'ils participent à des sorties scolaires ou à des activités au sein de l'établissement. Le règlement intérieur des écoles, collèges et lycées ne peut donc interdire le port du voile islamique aux mères d'élèves participant à des sorties scolaires ou à des activités au sein de l'établissement sous peine de prononcer une discrimination illégale au regard des stipulations de l'article 9 CEDH et des dispositions de la directive 2000/78/CE : cela a été récemment affirmé par une délibération de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) du 14 mai 2007 ⁽¹⁹⁾ et par une réponse parlementaire du 2 septembre 2008 (Rép. min. n° 27395, JOAN Q p. 7617). Dans un tel cas en effet, les parents d'élèves doivent être regardés comme des usagers du service public qui « ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses dans les limites du respect de la neutralité du service public, de son bon fonctionnement et des impératifs d'ordre, de sécurité, de santé et d'hygiène » ⁽²⁰⁾. Les signes religieux peuvent donc bien, lorsqu'ils sont portés par des parents d'élèves, entrer dans l'enceinte des établissements scolaires. En revanche, dans la délibération précitée, la HALDE a estimé qu'il était cependant possible d'interdire les agissements des parents d'élèves qui présenteraient le caractère d'actes de prosélytisme, revenant ainsi à la logique de l'Avis du 27 novembre 1989. Cette position, non confirmée par la réponse ministérielle précitée, est en tout état de cause constructive puisque les parents d'élèves accompagnant une sortie scolaire ou participant plus généralement à des activités scolaires sont généralement assimilés, en matière de contentieux indemnitaire, à des collaborateurs occasionnels du service public et non à des usagers du service public ⁽²¹⁾. Il est vrai que ces solutions valent lorsqu'il s'agit de permettre la réparation des dommages subis par les parents d'élèves ainsi requis ou sollicités par les autorités scolaires. La HALDE voit ainsi dans la notion de collaborateur occasionnel bénévole une notion « de nature fonctionnelle » dont la vocation « consiste à couvrir les dommages subis par une personne qui, sans être un agent public, participe à une mission de service public », une telle notion ne pouvant donc emporter « la reconnaissance du statut d'agent public, avec l'ensemble des droits et des devoirs qui y sont attachés » ⁽²²⁾. Il n'empêche, la solution retenue par la HALDE, qui estime illégaux les règlements intérieurs scolaires qui prohibent le port, par les parents d'élèves participant à des sorties scolaires ou à des activités au sein de l'établissement, de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse vient quelque peu heurter l'intention du législateur de bannir ces signes de l'enceinte des établissements scolaires et plus généralement de la vie scolaire.

Rien ne permet ainsi d'affirmer que le juge administratif, saisi d'une contestation de la légalité de ces règlements, adoptera la même position. Gageons qu'il veillera en tout cas à rappeler l'interdiction de tout comportement prosélyte de la part des parents d'élèves participant à des sorties scolaires ou à des activités au sein de l'établissement.

B. — Les décisions du 5 décembre 2007, affirment que le seul port par des élèves de religion sikhe d'un sous-turban manifeste ostensiblement leur appartenance à cette religion et justifie ainsi leur exclusion

1. La distinction entre signes manifestant une appartenance religieuse et signes religieux

Dans les trois décisions relatives à l'exclusion des élèves de confession sikhe, le Conseil d'État a confirmé le raisonnement de la CAA Paris qui avait estimé que ceux-ci, en arborant un sous-turban (« keshi »), avaient manifesté ostensiblement leur appartenance à cette religion. Peu importe donc que ce sous-turban ne soit pas en lui-même un signe religieux mais serve tout simplement, comme le turban lui-même, à cacher et protéger les cheveux qui ont une valeur sacrée aux yeux des sikhs.

Le sikhisme a été fondé au Pendjab par le gourou Nanak, qui est né en 1469 et est mort en 1539. Bien qu'empruntant certains éléments à l'islam et à l'hindouisme, cette religion monothéiste a développé une spiritualité originale. Son principal lieu saint est le Temple d'or d'Amritsar où est révééré le livre sacré des Sikhs appelé Gourou Granth. Environ vingt-trois millions de ses adeptes vivent en Inde. Les sikhs sont aisément identifiables au moins à deux titres : d'une part du fait de leur identité puisqu'ils accolent toujours à leur patronyme le nom « Singh » qui signifie « lion » en pendjabi ; d'autre part à raison de leur apparence physique caractéristique. En effet, ils s'abstiennent pour des motifs religieux de se raser la barbe et de se couper les cheveux et l'abondante pilosité qui en résulte est enserrée dans un turban arboré en permanence. C'est donc essentiellement ce turban qui manifeste leur appartenance à la religion sikhe et il faut d'ailleurs souligner que le port de cet accessoire n'a été introduit dans cette religion qu'au dix-septième siècle, soit deux siècles après sa création (c'est en effet au dix-septième siècle que le dixième gourou sikh, nommé Gobind, a fondé une fraternité paramilitaire en vue de résister aux persécutions musulmanes et hindoues et a instauré la règle du khalsa, c'est-à-dire des « purs », qui impose notamment de ne jamais se couper les cheveux ni la barbe et qui justifie donc, du moins pour les sikhs appartenant au khalsa, de recourir au port d'un turban qui fut d'abord un objet traditionnel et identitaire avant de devenir véritablement un signe religieux). Si donc le turban sikh peut à la rigueur être considéré comme un signe religieux, il est difficile d'adopter le même raisonnement pour le sous-turban qui permet tout simplement aux personnes de religion sikhe de cacher leurs cheveux et c'est ici également que se manifeste le caractère extensif de la prohibition issue de la loi du 15 mars 2004 qui inclut tous les signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse et non seulement les signes religieux.

La rédaction adoptée par cette loi manifeste ainsi non seulement une objectivation mais aussi une extension de la prohibition des manifestations religieuses à l'école. En effet, elle permet d'exclure des élèves qui n'ont fait preuve d'aucun prosélytisme, sur la seule constatation que les signes qu'ils portent peuvent être objectivement interprétés et reconnus comme manifestant leur appartenance religieuse, et ne s'embarrasse nullement de la notion de signe religieux, beaucoup plus restrictive et délicate puisqu'elle se limite à quelques éléments et nécessite en outre une connaissance précise de chaque religion pour déterminer si le signe en cause est bien un signe de la religion de l'élève.

Par ailleurs, les décisions du 5 décembre 2007 confirment le caractère limité de la notion de signe discret et l'interprétation restrictive qui en est faite par le juge. Sans aller jusqu'à faire du signe discret un signe caché ou non visible, elles indiquent clairement que cette catégorie ne saurait comprendre des signes qui sont visibles par tous et, si l'on peut dire, de loin. L'on peut en effet estimer que le signe discret est celui que l'on ne peut remarquer qu'avec une particulière attention, ce qui exige une attitude active de la part des autres élèves, alors que le signe manifestant une appartenance religieuse est le signe qui s'impose au regard et que l'on voit de manière passive, que l'on subit même, bref un signe que l'on ne peut pas ne pas voir. D'une certaine manière, ce sont là l'intention et l'objet essentiels de la loi du 15 mars 2004 : empêcher les élèves d'imposer aux autres la vision de leur appartenance religieuse et des signes concrets qui la manifestent. La circulaire du 18 mai 2004 indique à cet égard que « Les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse » (article II.2.1., nous soulignons). Le signe prohibé est donc celui qui permet immédiatement aux autres (élèves et membres du corps professoral ou de l'administration de l'établissement) de connaître la religion de l'élève qui l'arbore.

Le déséquilibre est donc grand entre ce qui est permis et ce qui est interdit. En effet, ce qui est permis, ce sont, d'après la circulaire du 18 mai 2004, « les signes religieux discrets », et non les signes manifestant « discrètement » une appartenance religieuse, alors que ce qui est interdit ce sont les signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse. Les deux notions ne se situent donc pas sur le même plan puisqu'alors que l'autorisation porte sur des signes religieux, l'interdiction porte sur des signes qui ne le sont pas forcément en eux-mêmes. L'autorisation nécessite ainsi, comme sous l'empire de la jurisprudence issue de l'Avis du 27 novembre 1989, de connaître et de reconnaître les signes religieux, lesquels sont en nombre plus limité (la circulaire cite ainsi une petite croix, une médaille de dimension modeste, une étoile de David ou une main de Fatima) que les signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse. Surtout, la distinction faite entre signes discrets autorisés et signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse prohibés n'est guère cohérente au regard de la définition de ces derniers signes qu'a donnée la circulaire du 18 mai 2004. En effet, si ces signes sont « ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse », la même définition peut dans certains cas s'appliquer aux signes discrets : un élève qui porte une chaîne soutenant une croix, une étoile de David ou une main de Fatima n'est-il pas immédiatement reconnu par les autres élèves, en raison de ce signe, comme chrétien, juif ou musulman ? L'on voit ici que l'adverbe immédiatement n'est guère opérant pour distinguer les signes discrets des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse. En effet, si le signe est discret, c'est qu'il est visible, même si c'est seulement de près ; or, la seule vision d'une croix ou d'une étoile de David permet aux autres élèves de constater l'appartenance de l'élève qui la porte à la religion chrétienne ou juive, étant souligné que les élèves ont une connaissance des signes manifestant l'appartenance à ces religions beaucoup plus sûre que celle des signes manifestant l'appartenance à la religion sikhe. Le signe discret conduit donc souvent à se faire « immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse », même si, en raison de sa petite taille, c'est par un

petit nombre d'élèves. L'on voit donc à nouveau que la loi du 15 mars 2004, dans sa volonté de bannir des établissements scolaires, toute manifestation religieuse un tant soit peu visible, et que la circulaire du 18 mai 2004, dans sa volonté de donner une interprétation encore plus extensive au champ d'application de la loi, permettent en fait d'interdire tout signe ayant une valeur et une signification religieuses, qu'il s'agisse de signes religieux en eux-mêmes ou de signes conduisant à reconnaître une appartenance religieuse. Pour le dire brutalement, nous ne voyons ce qui, en droit, pourrait faire obstacle à l'interdiction du port d'une étoile de David ou d'une croix chrétienne autour du cou (dans le cas bien sûr où ces signes seraient apparents et ne seraient pas cachés sous des vêtements) au motif que ces signes conduisent à identifier immédiatement l'élève chrétien et l'élève juif. Faut-il alors estimer que la loi du 15 mars 2004 a plutôt entendu distinguer les signes qui permettent de déterminer immédiatement une appartenance religieuse, même de loin et donc aux yeux de tous, et les signes qui permettent de déterminer immédiatement une appartenance religieuse mais seulement de près et donc aux yeux de quelques-uns (c'est-à-dire les signes discrets) ? Seules de nouvelles décisions du Conseil d'État permettront de le savoir mais l'on voit en tout cas que l'application de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation obligera probablement la Haute juridiction à poursuivre son interprétation constructive de ces dispositions.

L'on peut enfin imaginer qu'un élève portant un vêtement (T-shirt ou pull-over par exemple) sur lequel sont inscrits des paroles, signes ou dessins à caractère religieux qui comporte lui-même une référence religieuse non équivoque manifeste ainsi ostensiblement son appartenance religieuse et peut donc faire l'objet d'une mesure de sanction pouvant aller jusqu'à l'exclusion définitive. Songeons par exemple à des vêtements sur lesquels seraient inscrits des versets du Coran ou de la Bible ou sur lesquels seraient dessinés un croissant, une grande croix ou une étoile de David, songeons également à des vêtements sur lesquels seraient inscrits des paroles d'interpellation du type « Jesus loves you » ou des paroles du type « Allah Akhbar ». Comment enfin ne pas assimiler à un signe manifestant ostensiblement une appartenance religieuse un vêtement sur lequel figurerait la photographie d'un dignitaire religieux connu de tous ? L'on voit donc que c'est au fond toute référence religieuse que bannit la loi du 15 mars 2004.

2. Une interdiction objective ?

Dans les trois décisions du 5 décembre 2007 relatives aux élèves de religion sikhe, le Conseil d'État indique que ceux-ci, « par le seul port de ce signe » (le sous-turban), ont manifesté ostensiblement leur appartenance à cette religion. Peu importe donc l'intention (prosélyte ou non) ou le comportement (absentéisme ou au contraire assiduité, attitude revendicative ou non) de ces élèves, l'administration étant ainsi exonérée de la nécessité d'entrer dans leur subjectivité. Le travail des chefs d'établissement est donc bien facilité. Dans ses conclusions sous l'un des arrêts de la CAA Paris qui a été confirmé par le Conseil d'État le 5 décembre 2007, le commissaire du gouvernement B. Bachini estimait que les élèves concernés, « en se présentant à l'école coiffés de sous-turbans sikhs, immédiatement identifiables et dont la connotation religieuse est connue de tous, [avaient] fait clairement apparaître leur appartenance confessionnelle à tous les autres élèves ainsi qu'au personnel du lycée ». L'on voit donc que le signe manifestant ostensiblement une appartenance religieuse est celui qui s'impose au regard et à la raison puisque sa signification religieuse doit n'être pas équivoque.

Les trois décisions du 5 décembre 2007 relatives aux élèves de religion sikhe sont importantes en ce qu'elles démontrent la visée générale de la prohibition instaurée par la loi du 15 mars 2004 qui sera désormais moins suspectée (comme ce fut le cas dans les mois qui ont suivi son adoption) d'être essentiellement dirigée contre le port du foulard par les élèves de religion musulmane. Il s'agit en effet des premières décisions du Conseil d'État relatives aux élèves de religion sikhe.

L'on peut cependant émettre des réserves sur le caractère extensif accordé par la jurisprudence administrative à la loi du 15 mars 2004. Il nous semble en effet excessif de considérer que tous les élèves et tous les personnels des écoles, collèges et lycées concernés reconnaissent un élève de religion sikhe au seul port par celui-ci d'un sous-turban. Il est très vraisemblable que de nombreux élèves et personnels sont tout à fait incapables d'identifier un sikh (car il s'agit bien de cela) à ce seul signe et l'on (le juge) prête donc à l'élève et à l'agent de l'éducation nationale moyens une culture religieuse bien vaste. Soulignons à cet égard que les décisions du Conseil d'État indiquent bien qu'à chaque fois l'élève exclu a manifesté « son » appartenance religieuse et non « une » appartenance religieuse, ce qui signifie selon nous que l'administration doit tout de même connaître ou déterminer la religion de l'élève avant de décider si le signe qu'il porte manifeste son appartenance à sa religion. En d'autres termes, l'administration ne saurait reprocher à un élève chrétien de porter un sous-turban puisque ce faisant cet élève ne manifeste pas « son » appartenance religieuse. L'administration est ici (il faut bien reconnaître qu'il s'agit d'une hypothèse d'école, dans tous les sens de l'expression) sur un terrain difficile car comment, autrement que par la couleur de la peau, déterminer si l'élève en cause appartient ou non à la communauté et à la religion sikhes avant de décider, si tel est le cas, que le port par celui-ci d'un sous-turban manifeste ostensiblement son appartenance à cette religion ?

Cette remarque oblige donc à relativiser le caractère objectif de l'interdiction posée par la loi de 2004. En effet, ce

caractère n'empêche pas l'administration d'avoir à porter son appréciation subjective non seulement sur la réalité de l'appartenance religieuse de tel ou tel élève mais encore sur la manière dont les signes qu'ils arborent sont reçus, vus et compris par les autres élèves et les personnels. En d'autres termes, pour décider si un signe manifeste ostensiblement, c'est-à-dire aux yeux de ces derniers, une appartenance religieuse, l'administration doit projeter sur eux ce qu'elle connaît et comprend de ces signes et donc sa propre perception de ceux-ci. Pour le dire brutalement, le signe qui manifeste ostensiblement une appartenance religieuse est en fait le signe que l'administration perçoit comme tel. Le caractère objectif de l'interdiction posée par la loi du 15 mars 2004 permet ainsi de renforcer le caractère subjectif de l'appréciation portée par l'administration scolaire.

II. — LA RÉINTRODUCTION D'UN ÉLÉMENT SUBJECTIF CARACTÉRISÉ PAR LE COMPORTEMENT DE L'ÉLÈVE

A. — La circulaire du 18 mai 2004 a créé la catégorie des signes qui manifestent subjectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse

1. Un ajout à la loi du 15 mars 2004

La circulaire du 18 mai 2004 a ajouté à la loi du 15 mars 2004, qu'elle devait pourtant se borner à commenter, en indiquant que cette loi « interdit à un élève de se prévaloir du caractère religieux qu'il y attacherait, par exemple, pour refuser de se conformer aux règles applicables à la tenue des élèves dans l'établissement » (2-1 in fine). Il faut ainsi distinguer deux catégories de signes religieux ostensibles qui sont, l'une comme l'autre, prohibées à l'école. La première est constituée des signes qui manifestent objectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse : dans un article commentant la circulaire du 18 mai 2004 ⁽²³⁾, O. Dord parle de « signes ostensibles par nature » mais cette expression synthétique masque le fait que la loi du 15 mars 2004 prohibe non pas le port des signes religieux mais le port de signes manifestant une appartenance religieuse, cette seconde catégorie nous semblant plus large que la première. Les signes qui manifestent objectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse sont les tenues ou simples accessoires qui sont portés pour souligner de façon objective l'appartenance d'un élève à une confession particulière. Le foulard islamique, la kippa ou une croix de taille respectable représentent ainsi, par nature, l'expression d'une conviction religieuse. La circulaire du 18 mai 2004 ajoute à cette première catégorie une seconde catégorie bien plus subtile : il s'agit des signes qui manifestent subjectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse, que O. Dord appelle les « signes ostensibles par destination ». Ces signes ne sont pas, par nature, des signes confessionnels. Ils le deviennent néanmoins lorsque l'élève les arbore en leur conférant, de façon subjective, une signification religieuse et en faisant la marque substitutive de son appartenance confessionnelle. L'ajout effectué par la circulaire est en fait destiné à répondre aux tentatives de contournement de la loi et notamment, à celle qui consiste à substituer à un voile islamique un bandana qui devient alors, en raison de la signification et de l'importance que l'élève y attache, un signe religieux manifestant subjectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse, dont le port est prohibé par la loi du 15 mars 2004. Cette extension du champ de la catégorie des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse conduit en fait l'administration à opérer, de façon très subjective, son travail de qualification juridique des faits dans une matière où le principe de laïcité lui interdit habituellement d'intervenir.

Il lui revient ainsi d'opérer cette qualification à partir de ce qu'elle croit reconnaître comme intention dans le port par un élève d'un signe vestimentaire anodin auquel celui (ou celle-ci) attacherait une valeur religieuse. Ce recours à tant de subjectivité appelle deux remarques. Sur le plan des principes tout d'abord, il n'appartient pas, selon nous, à une administration soumise au principe de neutralité du service public de déterminer si telle tenue ou tel accessoire constitue ou non un signe religieux ostensible. Dans la pratique ensuite se pose la question des critères utilisés pour opérer la qualification juridique. Comment le chef d'établissement pourra-t-il savoir que le port d'un signe, a priori non marqué religieusement, constitue en réalité un signe religieux manifestant subjectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse sinon en se fondant notamment sur des indices aussi contestables que le faciès ou la couleur de la peau ? Entre une élève blonde portant un bandana dans les cheveux et une élève d'origine maghrébine coiffée du même bandana, l'on voit aisément laquelle des deux retiendra immédiatement l'attention de l'administration.

2. Un ajout que le Conseil d'État semble s'être approprié

Dans les décisions du 5 décembre 2007, le Conseil d'État, dans le considérant de principe, a indiqué qu'étaient interdits non seulement les signes « dont le port, par lui-même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse » ⁽²⁴⁾ mais encore les signes « dont le port ne manifeste une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de l'élève ». Cette seconde catégorie est illustrée par le bandana porté par une élève musulmane qui fait l'objet de la décision n° 295671. En effet, dans cette décision, le Conseil d'État relève que l'élève en cause et sa famille ont « persisté avec intransigeance dans leur refus » de renoncer au port permanent du bandana. Nous

sommes donc ici à nouveau (et cela rejoint la jurisprudence issue de l'Avis du 27 novembre 1989) dans l'appréciation de l'intention et du comportement de l'élève dont l'on sanctionne alors le prosélytisme et l'attitude revendicative et délibérément anti-laïque. Le Conseil d'État confirme en effet l'arrêt de la CAA Nancy du 24 mai 2006 qui avait également insisté sur cette volonté de la part de l'élève et de sa famille de revendiquer, par le port du bandana, son appartenance religieuse. Dans cet arrêt en effet, la Cour avait relevé que l'élève, qui s'était d'abord présentée dans l'enceinte de l'établissement « avec un large foulard lui recouvrant entièrement la tête et les épaules » qui « revêtait par lui-même une connotation religieuse », avait substitué à ce foulard « un carré de tissu de type bandana » et avait « constamment réaffirmé son intention de ne pas se départir de son foulard ou de l'accessoire en tenant lieu ». C'est dire que la catégorie des signes religieux manifestant subjectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse concerne tout particulièrement les hypothèses dans lesquels le signe qui est arboré apparaît clairement comme un substitut d'un signe manifestant objectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse et c'est en fait l'appréciation du comportement de l'élève qui permet de déterminer si l'on est confronté à un tel signe de substitution. Cela signifie donc que l'on ne saurait reprocher à une élève qui n'est pas de confession musulmane et qui n'a donc jamais porté de voile ou de foulard islamique le port d'un bandana.

Dans un jugement du 7 juin 2005 ⁽²⁵⁾, le TA Caen avait d'ailleurs déjà validé l'exclusion d'une élève musulmane qui avait substitué à son voile noir un « bonnet noir brodé » puis un « bonnet noir en laine » en considérant que le port permanent de ce bonnet avait fait de cet objet « la marque substitutive et la manifestation ostensible de son appartenance à la religion musulmane ».

L'on voit donc ici que le juge administratif est amené à nouveau à entrer dans la subjectivité de l'élève afin de déterminer si celui-ci, en arborant un signe qui n'a a priori rien de religieux, ne cherche pas à contourner l'interdiction posée par la loi du 15 mars 2004. Soulignons toutefois que si le Conseil d'État a ainsi effectué un retour à l'analyse subjective prônée par l'Avis de 1989 et a donc validé l'ajout effectué par la circulaire du 18 mai 2004 (puisqu'encre encore une fois l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation nationale issu de la loi du 15 mars 2004 ne prévoit nullement l'existence d'une catégorie de signes dont le port manifeste ostensiblement une appartenance religieuse en raison du comportement de l'élève), cela a pour conséquence non pas de limiter l'interdiction des signes religieux aux seuls élèves dont l'intention ou le comportement contreviennent à la laïcité mais d'étendre considérablement la latitude d'action de l'administration scolaire et donc le champ d'application de cette interdiction. En effet, à la catégorie des signes dont la connotation religieuse est comprise ou perçue par autrui (les autres élèves) s'ajoute désormais la catégorie des signes dont la connotation religieuse n'est pas connue d'autrui mais est seulement affirmée et manifestée par ceux qui les portent. Précisons toutefois qu'il ne s'agit pas pour l'administration de demander à l'élève, pour le sanctionner ou non, s'il attribue une valeur et un sens religieux à tel ou tel signe mais de le déterminer à partir du comportement de cet élève. C'est dire que le signe qui manifeste ostensiblement une appartenance religieuse en raison du comportement de l'élève a pour particularité d'être un signe religieux subjectif ou personnel, et non objectif ou anonyme, dont le caractère subjectif et personnel est décidé par l'administration et in fine le juge administratif. Cette interprétation est confirmée par une décision du Conseil d'État du 6 mars 2009 (M^{lle} Akremi, n° 307764) dans laquelle celui-ci a considéré qu'en substituant à son foulard islamique « d'autres couvre-chefs », l'élève avait manifesté ostensiblement son appartenance religieuse. Il se confirme ainsi que, selon, le Conseil d'État, la loi du 15 mars 2004 prohibe le port de signes qui, eu égard aux conditions dans lesquels ils sont portés, sont assimilables à des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse.

Dans ses conclusions sous les décisions du 5 décembre 2007, le commissaire du gouvernement R. Keller a tenté de fonder l'adoption de cette nouvelle catégorie de signes prohibés sur les travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2004. R. Keller relève ainsi que « La question du bandana, en effet, a été abordée à plusieurs reprises par les parlementaires » avant de souligner que dans son rapport fait devant l'Assemblée nationale, Pascal Clément estimait que les chefs d'établissement devraient déterminer « si les jeunes filles (...) portent [le bandana] pour des motifs religieux », l'interdiction se justifiant en cas de réponse affirmative. Selon R. Keller donc, « le législateur a entendu interdire non seulement les signes religieux par eux-mêmes — à l'exception des signes discrets — mais également ceux dont le caractère religieux se déduira du comportement de l'élève ».

Toutefois, les décisions du 5 décembre 2007 n'ont nullement fait mention des travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2004 alors que le Conseil d'État n'hésite pas à le faire lorsque c'est nécessaire. Dans son considérant de principe, le Conseil d'État se réfère simplement à « ces dispositions », à savoir les dispositions de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation issu de la loi du 15 mars 2004, et non à « ces dispositions, telles qu'éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2004 ». Surtout, il nous semble pour le moins « constructif » d'estimer, au vu de ses travaux préparatoires, que la loi du 15 mars 2004 a entendu prohiber deux types de signes religieux alors que sa rédaction définitive n'en évoque qu'un seul. Soulignons à cet égard qu'en général le recours aux travaux préparatoires est destiné à éclairer un point obscur de la loi dans sa rédaction définitive, c'est-à-dire quelque chose qui figure déjà dans la loi même si c'est sous une forme peu claire, et non à faire entrer dans le champ d'application de cette loi une prescription (et en l'espèce une prohibition) qui n'y figure en aucune manière. Si donc les travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2004 peuvent être convoqués pour éclairer la notion de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, qui est la seule notion retenue par le législateur, ils ne sauraient servir

d'alibi pour ajouter à cette notion une notion nouvelle. Enfin, l'on ne peut souscrire à l'affirmation selon laquelle « le législateur a entendu interdire [...] les signes religieux par eux-mêmes — à l'exception des signes discrets — [...] » dans la mesure où, nous l'avons vu, la loi ne prohibe pas les signes religieux mais les signes manifestant une appartenance religieuse, catégorie plus large et plus indéterminée aussi, ce qui a permis en l'espèce au Conseil d'État de ne pas s'attarder sur le caractère religieux ou non du sous-turban sikh puisqu'il fallait seulement déterminer si le port par des élèves de ce sous-turban conduisait à les faire reconnaître immédiatement par les autres élèves comme des personnes de religion sikh, ce à quoi le Conseil a répondu par l'affirmative (dans ses conclusions, R. Keller relève d'ailleurs opportunément que les requérants ont eux-mêmes indiqué que « le port d'un sous-turban par un jeune garçon ou un homme conduit immédiatement à le faire reconnaître comme ayant la qualité de sikh »). Il n'y a donc pas, parmi les signes prohibés, d'un côté les signes religieux et de l'autre les signes non-religieux qui le deviennent par la valeur religieuse que leur accordent ceux qui les arborent mais il y a les signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse en eux-mêmes et les signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse en raison de la valeur que leur confèrent les élèves.

Au total, le Conseil d'État nous semble donc bien avoir ajouté à la loi du 15 mars 2004 (comme l'avait déjà fait la circulaire d'interprétation de cette loi) en créant une seconde catégorie de signes prohibés à côté de la seule catégorie qu'avait retenue, pour l'interdire, le législateur. Le paravent des travaux préparatoires de la loi ne doit donc pas masquer ou justifier cet ajout.

B. — Une extension de la marge d'appréciation de l'administration difficilement compatible avec le principe de liberté religieuse

1. Une extension de l'interprétation de la marge d'appréciation de l'administration

En pratique, la marge d'appréciation de l'administration trouvera à s'exercer dans deux domaines en particulier. Il lui faudra tout d'abord distinguer les signes ou tenues manifestant ostensiblement une appartenance religieuse de ceux qui n'en expriment aucune : à cet égard, l'ajout par la jurisprudence, dans la catégorie des signes prohibés, des signes manifestant subjectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse contraindra l'administration à exercer un contrôle beaucoup plus étroit sur les traditions et confessions des élèves (puisque, selon nous, si l'on peut reprocher à une élève de confession musulmane le port d'un bandana, on ne saurait le reprocher à une élève de confession ou du moins de tradition chrétienne) et sur leurs attitudes.

L'on pourrait même envisager que l'administration scolaire doit prochainement se pencher non plus seulement sur la signification religieuse des signes matériels (c'est-à-dire sur des objets) mais aussi sur la signification religieuse des signes physiques. Ainsi, l'on pourrait concevoir que le port de la barbe puisse dans certains cas manifester ostensiblement une appartenance religieuse (essentiellement à la religion musulmane) puisqu'un tel signe ne saurait être assimilé à un signe discret autorisé par l'article L. 141-5-1.

Plus généralement, la notion de signes dont le port manifeste ostensiblement une appartenance religieuse en raison du comportement de l'élève conduira à une extension de la notion de signes d'appartenance religieuse dont le port est prohibé et à une extension du contrôle de l'administration sur les attitudes et les motivations des élèves. Ainsi, l'on peut estimer que l'administration pourra de cette manière interdire aux élèves d'arborer des tenues dont la signification est culturelle avant d'être religieuse : que l'on songe par exemple à l'abaya (longue robe noire) portée par les femmes musulmanes ou encore aux tenues traditionnelles portées par les sikhs. La solution retenue par le Conseil d'État est donc extrême dans la mesure où elle offre à l'administration la possibilité d'interdire le port de vêtements traditionnels dès lors que l'élève leur accorde une signification religieuse. À cet égard, l'administration sera en outre contrainte d'entrer dans la subjectivité de l'élève afin de déterminer si, pour lui et selon son comportement, le port de tel ou tel signe manifeste ostensiblement une appartenance religieuse. L'on ne peut à cet égard imaginer qu'une élève non musulmane mais chrétienne (ou du moins de tradition chrétienne) portant un bandana puisse faire l'objet d'une sanction puisqu'en portant un tel signe cette élève n'aurait pas manifesté « son » appartenance religieuse. Cela signifie donc que, dans le raisonnement qu'elle doit tenir, l'administration doit d'abord déterminer quelle est la religion (ou la tradition religieuse) à laquelle se rattache l'élève avant de décider si son appartenance religieuse est ostensiblement manifestée par le port du bandana.

Il y a donc selon nous un certain reniement de la neutralité du service public afin, ce n'est pas le moindre des paradoxes, d'assurer un meilleur respect de la laïcité. S'agissant à nouveau des signes manifestant subjectivement (et ostensiblement) une appartenance religieuse, la circulaire du 18 mai 2004, en créant cette catégorie, et les décisions du Conseil d'État du 5 décembre 2007, en validant cet ajout, contraignent l'administration à entrer dans l'appréciation subjective des convictions religieuses des élèves et de leurs intentions en matière vestimentaire. Il s'agit bien d'une atteinte à la neutralité confessionnelle du service public de l'enseignement et de ces agents. Plus largement, la nouvelle législation implique que l'administration s'engage dans la délicate question consistant à déterminer ce qu'est un signe religieux ou plus précisément ce qu'est un signe d'appartenance religieuse. On peut douter qu'il appartienne à une administration laïque d'entrer dans ce type de considération alors que la loi de 1905 sur la

séparation des églises et de l'État indique que la République « ne reconnaît [...] aucun culte ». L'on arrive ainsi à une situation dans laquelle la République, pour continuer d'ignorer les appartenances religieuses du moins dans les établissements scolaires, doit les identifier toutes à seule fin de les interdire.

2. La conformité à la CESDHLF de la loi du 15 mars 2004 n'est guère évidente

La compatibilité des décisions rendues par le Conseil d'État avec les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est loin d'être évidente. Il est vrai que, comme dans ses conclusions sous la décision précitée « Union française pour la cohésion nationale », R. Keller s'est fondé, pour écarter ce moyen, sur la solution retenue par la CEDH dans l'affaire Leyla Sahin *c/* Turquie⁽²⁶⁾ : dans cet arrêt, la Cour a confirmé que les États disposent d'une marge de manœuvre pour appliquer ces stipulations et qu'en l'espèce le caractère laïc de l'État turc comme les menaces islamistes auxquelles il devait faire face légitimaient l'interdiction du port du foulard islamique à l'Université. Toutefois, cette décision était essentiellement fondée sur le contexte national turc. Or, si la laïcité est un principe traditionnel de la république française, le caractère extensif de l'interdiction posée par l'article L. 141-5-1 (qui vise donc désormais les signes d'appartenance religieuse par eux-mêmes et les signes d'appartenance religieuse liés au comportement de l'élève) semble disproportionné eu égard à la valeur de ce principe et à la teneur des menaces qui pèseraient sur la société française s'il n'était pas appliqué aussi strictement. En effet, alors qu'en Turquie est interdit le port d'un signe religieux en raison des menaces que font peser sur la société laïque les tenants d'une interprétation rigoriste de l'islam, ce sont tous les signes d'appartenance religieuse, et non seulement comme en Turquie les signes revendiqués par les « ennemis de la laïcité », qui sont interdits. En outre, la notion de signes ostensibles ou plus exactement de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse conduit quasiment à prohiber le port de tous les signes visibles par les autres élèves, la catégorie des signes discrets étant très limitée.

Commentant la décision du Conseil d'État rejetant le recours pour excès de pouvoir formé contre la circulaire du 18 mai 2004⁽²⁷⁾, décision sur laquelle s'est explicitement appuyé le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sous les décisions du 5 décembre 2007 pour écarter le moyen tiré de la violation de l'article 9 CEDH, F. Rolin relevait ainsi à juste titre que le Conseil avait écarté tous les éléments de contexte sur lesquels s'était fondée la CEDH pour adopter une motivation purement abstraite (l'objectif d'intérêt général qui s'attache au principe de laïcité dans les établissements scolaires) qui ne faisait aucune place aux éléments de fait. Selon lui, une telle « extrapolation de l'arrêt de la Cour [...] apparaît extrêmement contestable, tant est dénaturée la portée de la solution rendue par l'instance européenne et qui, on doit le souligner nettement, ne peut valoir que pour la Turquie » et d'ajouter que « la seule solution acceptable, pour parvenir, éventuellement, à la même solution, aurait consisté pour le Conseil d'État à démontrer en quoi, dans le contexte particulier français, il existait une ou plusieurs justifications à cette restriction : comment et dans quelle mesure le port de signes religieux menaçait par principe la laïcité à la française', quels risques l'acceptation de tels signes faisait courir à nos droits constitutionnellement garantis »⁽²⁸⁾. L'absence de justification à cette défense acharnée du principe de laïcité dans sa version négative (interdiction de toute manifestation ostensible d'appartenance religieuse) souligne en fait l'absence de consensus politique et social qui règne aujourd'hui en la matière (la loi en cause ayant été adoptée sous la précédente présidence) et le malaise du juge administratif contraint, pour appliquer la loi du 15 mars 2004, de renoncer à la position équilibrée et libérale (pour les religions) qu'il avait adoptée dans les années 1990.

De manière générale, l'on voit mal ce qui peut légitimer la prohibition instaurée par la loi du 15 mars 2004 au regard des stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantissent l'exercice de la liberté religieuse. Rappelons en effet qu'aux termes de cet article : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique (...) la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. — 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». L'article 9 de la Convention la liberté religieuse ne confère donc pas aux fidèles d'un culte des droits absolus et illimités car la jouissance de ces droits peut faire l'objet de restrictions lorsqu'elles constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la sécurité publique ou à la protection de l'ordre public. Cet article a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour concernant le port du voile dans les universités en Turquie, dont l'arrêt de Grande Chambre du 10 novembre 2005, Leyla Sahin *c/* Turquie, qui a d'ailleurs retenu une solution fort contestable⁽²⁹⁾.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt « Leyla Sahin *c/* Turquie » a estimé qu'existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre la mesure prise (interdiction du voile à l'université) et le but visé (respect de la laïcité). De manière générale, la Cour juge que l'article 9 ne protège pas tout acte motivé par la religion⁽³⁰⁾. En ce qui concerne plus précisément les Sikhs, deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont jugé que certaines mesures conduisant à restreindre la possibilité de porter un turban ne portaient pas une atteinte excessive aux droits que les intéressés

tirent de la convention de 1950. Par un arrêt du 12 juillet 1978, X. *c/* Royaume-Uni (n° 7992/77), la Cour a estimé que l'obligation de porter un casque de moto, justifiée par la protection de la santé, pouvait être imposée à un sikh. Par un arrêt du 11 janvier 2005, Suku Phull *c/* France (n° 35753/03), la Cour a à l'unanimité rejeté comme irrecevable car manifestement infondée la plainte d'un sikh contre la décision des services de sécurité d'un aéroport de l'obliger à se défaire de son turban lors d'un contrôle avant de monter en avion. L'on voit donc que ces solutions étaient motivées par la nécessité de protéger la sécurité publique et elles rejoignent d'ailleurs en cela l'esprit de la jurisprudence administrative française qui considère que le pouvoir réglementaire a légalement la faculté d'assortir de certaines limitations l'exercice du droit de manifester des convictions religieuses, dans le but de préserver l'ordre public, celui-ci incluant la protection de la santé⁽³¹⁾. De même, le juge administratif, comme la CEDH, a estimé que l'impératif d'intérêt général lié à la lutte contre la falsification des documents d'identité légitimait que fût imposée la production de photos tête nue pour la délivrance des cartes d'identité⁽³²⁾ ou d'un passeport⁽³³⁾. Encore plus récemment, le Conseil d'État a ainsi rejeté la requête d'une personne de religion sikh qui demandait l'annulation de la circulaire (à caractère impératif) du 6 décembre 2005 qui imposait la production de photos tête nue pour la délivrance de permis de conduire. Dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que les dispositions contestées, qui visaient à « limiter les risques de fraude ou de falsification des permis de conduire, en permettant une identification par le document en cause aussi certaine que possible de la personne qu'il représente », n'étaient « ni inadaptées ni disproportionnées » par rapport à l'objectif de protection de la sécurité publique et de protection de l'ordre, qui, selon les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, légitime la limitation de l'exercice de la liberté religieuse⁽³⁴⁾. Dans ses conclusions, T. Olson relevait notamment qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas « d'imposer aux personnes attachées au port d'un turban d'y renoncer de manière définitive ni même répétitive, ni d'ailleurs de les priver de la possibilité d'arborer cet attribut en public » mais simplement « d'y renoncer le temps très court qui est nécessaire à la prise d'une photographie ». Toutefois, outre que ce temps très court ne l'est pas tant que cela puisque la photographie en cause fixe pour de nombreuses années la physionomie de l'intéressé et qu'il s'agit précisément d'une photographie d'identité qui méconnaît son identité religieuse, la solution retenue par le Conseil d'État se situe tout à fait dans le cadre des restrictions à l'exercice de la liberté religieuse autorisées par l'article 9 de la CESDHLF.

Rien de tel selon nous en ce qui concerne l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation issu de l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 2004 puisque l'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse peut difficilement être légitimée par la protection de la sécurité publique, de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques ou par la protection des droits et libertés d'autrui : difficile en effet de considérer que le simple port d'un sous-turban sikh (ou d'un voile islamique) peut porter atteinte à ces différents intérêts. C'est d'ailleurs tout l'objet de cette loi d'édicter une prohibition de principe qui a vocation à s'appliquer même dans le cas où l'ordre public n'est pas troublé par le port de signes d'appartenance religieuse. En fait, seule la prohibition des comportements et attitudes prosélytes ou encore des attitudes revendicatives (absentéisme dans certaines matières : sport, sciences naturelles...) pourrait être considérée comme protectrice de l'ordre (de l'établissement) et des droits et libertés d'autrui (les autres élèves et les personnels). L'on revient donc à la solution qu'avait retenue le Conseil d'État dans son Avis du 27 novembre 1989.

Il nous semble ainsi que la seule volonté de défendre le principe de laïcité ne suffit pas à elle seule à légitimer la méconnaissance du droit à l'exercice de la liberté religieuse et donc à assurer la conventionnalité de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation. À cet égard, l'arrêt rendu par la CEDH le 10 novembre 2005 dans l'affaire Leyla Sahin *c/* Turquie, s'il a considéré que la défense de ce principe permettait de garantir l'ordre public et de protéger les droits et libertés d'autrui à l'Université, s'est cependant largement fondé sur le contexte propre à la Turquie, pays dont la grande majorité de la population est musulmane et dans lequel la laïcité est bien plus qu'en France menacée par des groupes et partis islamistes. Soulignons d'ailleurs que la prohibition édictée par le règlement de l'Université (il s'agissait d'une circulaire du recteur de l'Université d'Istanbul) ne visait que « les étudiantes ayant la tête couverte' (portant le foulard islamique) et les étudiants portant la barbe (y compris les étudiants étrangers) », c'est-à-dire uniquement les élèves de religion musulmane, ce qui était tout à fait cohérent avec la volonté de lutter contre les tentatives d'islamisation de la vie universitaire. La jurisprudence de la CEDH est ainsi particulièrement vigilante ou sévère en ce qui concerne la religion musulmane, la Cour ayant déjà estimé qu'il existait une « incompatibilité de la Charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention »⁽³⁵⁾. C'est dire que, là encore, la défense du principe de laïcité ne justifie des restrictions à l'exercice de la liberté religieuse que lorsqu'il s'agit de lutter contre les prescriptions coraniques qui, précisément, selon la Cour, ignorent la distinction entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel et sont ainsi directement anti-laïques.

Dans le célèbre arrêt Kokkinakis *c/* Grèce⁽³⁶⁾, la CEDH a en revanche indiqué que si la liberté religieuse relevait d'abord du for intérieur, elle impliquait de surcroît, notamment, celle de « manifester sa religion », y compris le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un « enseignement » (p. 17, § 31). L'article 9 s'efface donc que lorsque l'on se trouve en présence d'un prosélytisme de mauvais aloi, tel qu'une activité offrant des avantages matériels ou sociaux ou l'exercice d'une pression abusive en vue d'obtenir des adhésions à une Église⁽³⁷⁾. Enfin, l'arrêt rendu par la CEDH le 4 décembre 2008 (Dogre *c/* France, n° 27058/05)⁽³⁸⁾ ne saurait être

interprété comme affirmant la conformité à l'article 9 de la Convention de l'article L. 141-5-1 puisque la Cour s'est prononcée en l'espèce sur une exclusion d'une élève intervenue antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 2004. Certes, la Cour affirme que les autorités nationales doivent veiller à ce que la manifestation par les élèves de leurs religions ne devienne pas « un acte ostentatoire qui constituerait une source de pression et d'exclusion » (§ 71). Toutefois, si l'adjectif ostentatoire est utilisé ici, il est immédiatement mis en rapport avec l'effet que peut produire sur les autres élèves la manifestation de croyance religieuse, et donc avec le trouble qui peut ainsi être apporté au fonctionnement de l'établissement. La cour semble plus proche de la jurisprudence issue de l'avis du 27 novembre 1989, qui visait à sanctionner les comportements prosélytes, que de la jurisprudence récente issue de la loi du 15 mars 2004, interdisant de manière générale la manifestation ostensible par les élèves de leurs croyances religieuses.

Au total, la jurisprudence de la CEDH est donc assez proche de l'ancienne jurisprudence du Conseil d'État issue de l'avis du 27 novembre 1989 : les restrictions à la liberté religieuse ne sont en effet justifiées que lorsqu'il s'agit de protéger l'ordre public (en général) et de lutter contre des comportements excessivement prosélytes. Par ailleurs, la solution rendue par la Cour dans l'affaire Leyla Sahin c/ Turquie, propre à la Turquie et à la religion musulmane, paraît difficilement transposable à un pays tel que la France qui, bien qu'il attache une grande importance au principe de laïcité, ne peut guère justifier de l'existence d'une véritable menace contre ce principe. En ce qu'il vise toutes les religions et en ce qu'il n'est nullement motivé par une quelconque menace qui proviendrait d'une interprétation fondamentaliste de l'islam ou d'une autre religion, l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation ne nous semble pas conforme à l'article 9 de la CESDHLF.

* * *

Les décisions rendues par le Conseil d'État le 5 décembre 2007, qui constituent les premières décisions rendues par la Haute Assemblée depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 2004, permettent d'abord opportunément d'enlever à cette loi le caractère de loi anti-islam que certains avaient tenté de lui prêter lorsqu'elle fut adoptée. En effet, ces décisions visent également des élèves de religion sikhe et l'on relèvera que sera publiée au Recueil, outre la décision relative à l'élève musulmane, l'une des trois décisions (n° 285394) relatives aux élèves de religion sikhe.

Ces décisions signalent en revanche la particularité et, disons-le, l'isolement de la France parmi les autres pays européens puisque l'interdiction du port des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'a pas d'équivalent parmi les autres États membres de l'Union européenne : un rapport du Sénat relatif au port du foulard islamique indiquait ainsi en novembre 2003 que parmi la Belgique, les Pays-Bas, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, le Danemark et l'Espagne, aucun État n'avait adopté une législation prohibant le port de ce vêtement par les élèves des établissements d'enseignement primaire et secondaire ⁽³⁹⁾. Le droit allemand garantit ainsi aux élèves le droit de porter des signes religieux (les Länder pouvant cependant interdire aux agents publics le port de tels signes). La plupart des États membres de l'Union européenne concentrent en fait leur attention sur la nécessité de préserver la neutralité de l'enseignement en veillant (parfois) à ce que les enseignants n'arborent pas de signes religieux.

Or, non seulement la loi du 15 mars 2004 est particulièrement restrictive en ce qui concerne l'exercice par les élèves de leur liberté religieuse mais en outre la jurisprudence ajoute à cette sévérité originelle une interprétation particulièrement extensive, et particulièrement constructive, de la prohibition posée par la loi puisque le caractère en principe objectif de cette prohibition est désormais complété par la possibilité pour les chefs d'établissements de traquer les tentatives de contournement, par substitution de signes, de la loi.

Ce faisant, les décisions du 5 décembre 2007 démontrent que pour appliquer l'interdiction du port des signes d'appartenance religieuse, l'administration scolaire est conduite à entrer de manière toujours plus profonde dans la connaissance et l'analyse des religions et plus précisément dans l'interprétation des signes, comportements et attitudes religieuses adoptés par les élèves. C'est ainsi que le caractère objectif et général de cette interdiction impose à l'administration, beaucoup plus qu'auparavant, de penser et de connaître les religions des élèves.

Le religieux n'a donc été « extrait » de l'école que pour être réintroduit dans le mode de d'interprétation de l'administration qui sera amenée à adopter des raisonnements de plus en plus subtils et, il faut bien le dire, de plus en plus contestables, pour qualifier les divers signes portés par les élèves et déterminer si leur attitude quant au port de ces signes manifeste ou non une volonté de manifester leur appartenance religieuse : que l'on songe par exemple au bandana qui, porté par une élève de confession musulmane, sera interdit tandis qu'il sera autorisé pour les autres élèves. Si donc la religion est chassée de l'école, c'est au prix d'un « investissement religieux » de plus en plus important de la part de l'administration scolaire. En bref, pour que l'espace public scolaire devienne un sanctuaire laïque, l'administration scolaire doit se faire experte en religion. Elle est ainsi, sur le fondement de la loi du 15 mars 2004, amenée à traquer les appartenances religieuses des élèves, ce au double sens de ce verbe puisqu'elle recherche d'abord ces appartenances (ce qui suppose une certaine connaissance des religions et des manières de les exprimer) pour ensuite les chasser hors de l'enceinte scolaire.

L'on peut penser qu'à l'avenir, l'administration sera probablement confrontée à la difficulté de tracer la frontière, pour

les élèves issus de régions non sécularisées où la culture et la civilisation sont empreintes de religion, entre les signes qui manifestent une appartenance culturelle et les signes qui manifestent une appartenance religieuse.

En tout état de cause, la loi du 15 mars 2004 pourra, grâce aux décisions rendues le 5 décembre 2007, continuer de remplir son office qui est de traquer et de bannir toute expression religieuse dans les établissements scolaires. Il n'est pas sûr cependant que la menace pesant sur le principe de laïcité soit telle qu'elle justifie une position aussi rigide du législateur, de l'administration et du juge. Il n'est pas sûr non plus que cela protège la République de tout intégrisme religieux. Il n'est pas sûr enfin que l'interdiction de principe posée par la loi du 15 mars 2004 soit compatible avec la liberté de culte telle que la conçoit la CEDH, dans le cadre d'une approche nuancée et casuistique. L'arrêt précité du 4 décembre 2008 se borne ainsi à confirmer le bien-fondé de l'exclusion d'une élève qui avait refusé d'ôter son voile islamique durant les cours d'éducation physique et sportive. L'on ne saurait en conclure qu'est conforme à l'article 9 CEDH une législation qui pose une interdiction totalement indépendante du comportement de l'élève.

Frédéric DIEU

Rapporteur public près la Cour administrative d'appel de Marseille, Chargé d'enseignement à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence

1 (1) N^{os} 285394, 285395 et 285396, M. Singh c/ Ministre de l'éducation nationale et n° 295671, M^{lle} Ghazal c/ Ministre de l'éducation nationale.

2 (2) AJDA 1990 p. 39 note J.-P. C., RFDA 1990, p. 1 note Rivero, Les grands Avis du Conseil d'État, Dalloz, 2^e édition, n° 22.

3 (3) CE, 2 novembre 1992, M. Kherouaa et M^{me} Kachour, M. Balo et M^{me} Kizic, au Recueil p. 389, RFDA 1993 p. 112, concl. D. Kessler, AJDA 1992 p. 790, chron. C. Maugué et R. Schwartz.

4 (4) Ainsi, à propos du foulard islamique : CE, 20 mai 1996, Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c/ Ali, au Recueil p. 187 concl. Schwartz, JCP G 1996 IV n° 2196, obs. M.-C. Rouault Lebon p. 187, concl. R. Schwartz, AJDA 1996 p. 709 obs. G. Koubi, RFDA 1997 p. 151 chron. C. Durand-Prinborgne.

5 (5) JCP G 1997 II n° 22808 note B. Seiller.

6 (6) M. et M^{me} Jeouit, n° 172686.

7 (7) Ligue islamique du Nord et époux Chabou et autres, n° 172207 : ce trouble, en l'espèce caractérisé par des mouvements de protestation organisés dans l'enceinte de l'établissement, peut également résulter d'un comportement prosélyte de la part du porteur du signe religieux.

8 (8) M. et M^{me} Wissaadane, n° 170209.

9 (9) CE, 10 mars 1995, Époux Aoukili, AJDA 1995, p. 332.

10 (10) CE Assemblée, 14 avril 1995, Koen, au Recueil p. 168, AJDA 1995, p. 501 chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux.

11 (11) Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, § 18 : JO du 24 novembre 2004.

12 (12) CE, 8 octobre 2004, Union française pour la cohésion nationale, au Recueil p. 367 concl. R. Keller, RDFA 2004, p. 977 concl. Keller, AJDA 2005 p. 43, note Rolin, JCP A 2004, n° 1849, note Tawil.

13 (13) CE, 2 novembre 1992 précité,

14 (14) V. rapport AN n° 1381, du 24 janvier 2004, de Pascal Clément au nom de la commission des lois, p. 19 et 21.

15 (15) Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 02-19831, Bull. civ. I n° 271 p. 226.

16 (16) Rép. Min. n° 99109, JOAN Q. du 12 décembre 2006, p. 12993 ; JCP A 2006, act. n° 1138.

17 (17) TA Cergy-Pontoise réf. 21 octobre 2004, Singh, n° 0407980, Procédures 2005 n° 79, note Deygas : exclusion de l'élève durant la phase de dialogue et donc avant l'engagement d'une procédure disciplinaire, le juge du référé liberté enjoignant au chef d'établissement de saisir le conseil de discipline ; TA Grenoble 25 mai 2005, M^{lle} Essakkaki, AJDA 2005, p. 1745, conclusions Morel : l'organisation d'un mode de scolarisation particulier de l'élève durant cette phase de dialogue est une mesure conservatoire qui n'a pas le caractère d'une sanction mais qui peut

faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

39 (39) Cf. http://www.senat.fr/lc/lc128/lc128_mono.html

18 (18) CE, 10 mars 1995, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, aux Tables p. 813 et CE, 16 janvier 2008, Ministre de l'éducation nationale c/ M^{lle} Karakoc et M^{lle} Bourhayel, n° 295023 et n° 295026, ces dernières décisions annulant deux arrêts de la CAA Nancy du 24 mai 2006, n° 05NC01274 et n° 05NC01275, qui avaient jugé que la sanction de l'exclusion définitive devait être mentionnée dans le règlement intérieur pour pouvoir être appliquée.

19 (19) N° 2007-117, JCP A 2007 n° 2171 commentaire E. Tawil.

20 (20) Circulaire du Premier ministre du 13 avril 2007 publiant la Charte de la laïcité des services publics, JCP A 2007, act. n° 108 et 434.

21 (21) CE Assemblée, 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-la-Plaine, au Recueil p. 279 ; CE, Section, 13 janvier 1993, Gattié, au Recueil p. 11 : au sujet de l'accident subi par une personne sollicitée par le proviseur d'un lycée pour encadrer une sortie scolaire.

22 (22) L'avis contentieux du 3 mai 2000, Marteaux, a posé le principe selon lequel « si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses » : CE Avis, 3 mai 2000, n° 217017, RFDA 2001, p. 146, concl. R. Schwarz.

23 (23) « Laïcité à l'école : l'obscur clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », AJDA 2004 p. 1523.

24 (24) Comme le sous-turban sikh puisque les décisions n°s 285394, 285395 et 285396 précisent que les élèves ont, « par le seul port de ce signe » manifesté leur appartenance à cette religion.

25 (25) M. et M^{me} Kervanci, n° 0500301.

26 (26) AJDA 2005, p. 2149 ; Droit de la famille avril 2006 étude n° 19 : S. Plana, « La prévention de la Cour européenne à l'encontre de certaines prescriptions religieuses ».

27 (27) CE, 8 octobre 2004, Union française pour la cohésion nationale, au Recueil p. 367 conclusions R. Keller, RDFA 2004, p. 977 conclusions Keller, AJDA 2005, p. 43 note Rolin, JCP A 2004, n° 1849, note Tawil.

28 (28) AJDA 2005, p. 44.

29 (29) AJDA 2005, p. 2149, Droit de la famille avril 2006, étude n° 19 : S. Plana, « La prévention de la Cour européenne à l'encontre de certaines prescriptions religieuses » : la Cour admet en effet la limitation d'une liberté appartenant à la requérante en raison des craintes que font naître les agissements d'autrui, à savoir les fondamentalistes musulmans ; c'est ainsi pour éviter les débordements auxquels pourraient mener l'action de ces derniers que la Cour limite la liberté de la première ; or, seuls des faits qui ne peuvent être contestés et des raisons dont la légitimité ne fait aucun doute peuvent répondre à l'exigence d'un « besoin social impérieux » et justifier une limitation à la liberté religieuse ; au contraire, dans l'arrêt en cause, la CEDH sanctionne une personne pour prévenir les conséquences des éventuelles actions d'autres personnes.

30 (30) CEDH, 1^{er} juillet 1997, Kalac c/ Turquie, au Recueil IV, p. 1209.

31 (31) Cf. pour l'interdiction de certains modes de sépulture — en l'espèce, la congélation (!) — CE, 6 janvier 2006, M. Martinot et autres, AJDA 2006, p. 757, note L. Burgogue-Larsen, Dalloz 2006, p. 1875, note I. Corpart et p. 1200, observations J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

32 (32) CE, 27 juillet 2001, Fonds de Défense des Musulmans en Justice, au Recueil p. 400, Dalloz 2001, IR p. 2639.

33 (33) CE 2 juin 2003, M^{lle} Aboutaher, n° 245321.

34 (34) CE, 15 décembre 2006, Association United Sikhs et Mann Singh, au Recueil, AJDA 2007, p. 313, conclusions Olson.

35 (35) CEDH, 13 février 2003, Rehfa Partisi c/ Turquie, § 122.

36 (36) 25 mai 1993, A-260 A.

37 (37) P. 21, § 48 ; cf. aussi 24 février. 1998, Larissis c/ Grèce, au Recueil 1998-I, § 45.

38 (38) AJDA 2008, p. 2311, Droit administratif 2009, n° 8, note P. Raimbault.