

Laïcité, école et appartenance religieuse : pour un bilan exigeant de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004

Alain GARAY

Avocat à la Cour de Paris

Équipe Droit et religion (Lidems – Faculté de droit et de science politique, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III)

I. De la difficile évaluation d'une interdiction légale soumise aux contraintes du sens sur « la laïcité »

- A. L'opportunité de légiférer, pour « encadrer » le port de certains signes ou de tenues à l'école, mise en cause au nom du principe de liberté
 - 1. Les effets contrastés des libertés intellectuelle et politique, entre débats démocratiques et approximations
 - 2. La liberté de conscience des élèves, mise en cause par l'interdiction légale ?
- B. L'état du droit positif normatif, complexe et ambigu, légalise la large marge d'interprétation des autorités scolaires
 - 1. Une loi d'interdiction à la marge qui ne règle pas la question centrale de la qualification des faits « ostensibles » ou la redoutable question du traitement du prosélytisme religieux interdit à l'école
 - 2. Les précisions ministérielles à caractère « magistériel », l'apport de la circulaire du 18 mai 2004

II. La difficile évaluation de la situation matérielle dans les écoles et le contentieux d'évitement des juridictions administratives constituent des facteurs d'incertitude supplémentaires

- A. L'état de la situation en terme quantitatif et qualitatif confirme le caractère « symbolique » de la loi du 15 mars 2004
 - 1. Le nombre de cas de port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse et leur nature, objet d'approximations et de surenchère
 - 2. Le faible nombre de litiges, signe d'efficacité de la loi du 15 mars 2004 ?
- B. La persistance des critiques à la loi et les évolutions prévisibles du contentieux national et international
 - 1. Le respect de la loi par les élèves et par les autorités scolaires, dispositif soumis au contrôle juridictionnel
 - 2. Le recours à la jurisprudence internationale des droits de l'Homme, source d'évolutions prévisibles

III. Conclusion

Il est des projets de loi passionnés, débattus, discutés, contestés à l'extrême, et qui, dans les faits, accordent un caractère décisif à l'interprétation et à l'effectivité du texte de loi finalement promulgué. Le dispositif de la « loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du prin-

cipe de laïcité, le port des signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics »¹, fait partie de ces textes, de surcroît, emblématiques de la République. « La France » s'est auto-enflammée devant une opinion publique internationale,

1. *JORF*, n° 65, 17 mars 2004, p. 5190.

en partie, médusée. Quelle mouche a bien pu piquer les acteurs du débat politique national ? À leur tour, des intellectuels ont investi l'espace, certains à titre de caution scientifique pour justifier le bien-fondé du recours à la loi². Les journalistes n'étaient pas en reste, les Français surinformés et consultés (sondages d'opinion tel celui de CSA pour *Le Monde* et *La Vie* du 5 février 2004, forum électronique de discussion via le site Internet de l'Assemblée nationale), entre tribunes de presse, manifestations publiques sur la voie publique, prise d'otages en Irak subordonnée à l'abrogation de la loi en question, création du Conseil français du culte musulman, etc.

L'objet de l'emballage et d'une certaine crispation a principalement débouché sur quatre lignes alors que le foisonnement des débats annonçait des prolongements légaux dans de nombreux domaines³. Qu'on en juge ainsi. L'article 1^{er} de la loi, des plus lapidaire et concis, édicte qu'« il est inséré, dans le code de l'éducation [...] un article L. 141-5-1 ainsi rédigé : "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" »⁴. Ce dispositif ne s'applique donc ni aux lieux publics ni aux établissements d'enseignement privé sous contrat (au titre de la reconnaissance légale de leur « caractère propre », article L. 442-1 du code de l'éducation) ni aux établissements supérieurs publics ou privés, et encore moins aux enseignants soumis aux devoirs de neutralité et de réserve.

Le débat politique et parlementaire – successivement, le rapport du député UMP François Baroin, puis une mission d'information parlementaire présidée par le président de l'Assemblée nationale⁵ –, l'activisme présidentiel – une Commission chargée par le président de la République de « mener une réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République » (travaux jalonnés de 140 auditions

publiques et télévisées) et un discours prononcé au Palais de l'Élysée, le 17 décembre 2003, « relatif au respect du principe de laïcité dans la République » – ont été riches, polyphoniques⁶. En retour, ils ont mobilisé et tenu en haleine, sur fond de surenchère internationale, brouillée – une prise d'otages de journalistes français subordonnée, semble-t-il, à l'abandon de ladite loi et une interpellation publique par des dirigeants religieux sikh du ministre des Affaires étrangères en déplacement officiel en Inde –, et de « tumulte autour de la laïcité »⁷. La saturation autour du sujet adossé au jusqu'aboutisme parlementaire a confirmé l'adage selon lequel « trop de loi, tue la loi ». La discussion politique et parlementaire et sa traduction législative ont suscité à l'étranger de nombreuses interrogations⁸ et une avalanche d'incompréhensions, au mieux critiques, au pire corrosives sur « la France, pays des droits de l'Homme ». Sur la scène internationale, il en est résulté de nombreux malentendus tirés d'un réel déficit d'explication, légitime ou volontaire, voire d'une certaine instrumentalisation au profit d'une attaque en règle contre la laïcité, principe constitutionnel en France depuis 1946.

Au plan national, le ministre de l'Éducation nationale, au terme de la rédaction de plusieurs textes successifs, annoncés, retirés, a tenu à clarifier la loi du 15 mars 2004. La loi n'y suffisait manifestement pas et des textes ministériels antérieurs devaient être abrogés. Ainsi, la circulaire MENO401138C du ministre de l'Éducation nationale du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi du 15 mars 2004 précise les modalités d'application de la loi⁹. Elle abroge et remplace la circulaire du 12 décembre 1989 relative à la laïcité, au port de signes religieux par les élèves et au caractère obligatoire des enseignements, la circulaire du 26 octobre 1993 sur le respect de la laïcité, et la circulaire du 20 septembre 1994 relative au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires.

Les analyses des juristes se sont accumulées. Qu'on en juge avec cette véritable mobilisation éditoriale : depuis le

2. Une pléthore d'intellectuels est intervenue, par voie d'article de presse ou d'interviews, au nom d'une logique du sens et sans craindre d'ignorer le contenu des normes applicables, chacun y allant de son approche soit philosophique, soit sociologique, anthropologique, rarement en référence au droit applicable, éprouvé et effectif. On citera cependant les contributions majeures de R. Debray, *Ce que nous voile le voile – La République et le sacré*, Paris, Gallimard, 2004. On pourra lire avec beaucoup de profit cette intervention, l'auteur ayant été notamment membre de la Commission présidentielle, dite Stasi, du nom de son président, Bernard Stasi, par ailleurs médiateur de la République. Lire aussi D. Soulez-Larivière, *Voile, liberté et ordre public – quinze années de débat en quarante rebonds*, La Tour-d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2004.
3. Voir, par exemple, le titre et le contenu de l'article « La laïcité, jusque dans l'assiette ? » (*La Gazette*, 15 décembre 2003, p. 38, numéro consacré au dossier *Laïcité au quotidien : la parole aux agents territoriaux*) qui rend compte de l'état des instructions de l'administration en matière de restauration scolaire. Voir aussi les débats sur la laïcité dans les services publics, dans les services hospitaliers, pénitentiaires, militaires, etc., ensemble de situations pour lesquelles les esprits se sont échauffés, confondant et amalgamant, péle-mêle, les droits et les obligations des agents, des usagers, des structures...
4. *JORF*, n° 65, 17 mars 2004, p. 5190 sq. La loi est applicable dans les îles Wallis et Futuna, dans la collectivité territoriale de Mayotte et en Nouvelle-Calédonie (dans ce dernier territoire, dans les établissements publics d'enseignement du second degré relevant de la compétence de l'État en vertu de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie).
5. Lire son rapport n° 1275, enregistré le 4 décembre 2003 à la présidence de l'Assemblée nationale (*Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*) : au total, rien que devant les élus du Palais Bourbon, 120 auditions de personnes aux origines et appartenances les plus diverses (6 volumes...)... et 2 volumes de pages consacrés au rapport proprement dit.
6. Ajoutons les travaux de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, passés complètement sous silence, qui écartait le recours législatif, jugé inopportun (rapport d'étape intitulé *La Laïcité aujourd'hui* du 2 octobre 2004).
7. J. Robert, « Cacophonie », *Revue du droit public*, n° 2, mars-avril 2004, p. 309 sq. ; A. Garay, E. Tawil, « Tumulte autour de la laïcité », *Dalloz*, janvier 2004, p. 225 sq.
8. Voir le rapport annuel 2004 de la United States Commission on International Religious Freedom (www.uscirf.gov). Pour une analyse comparée des référents culturels et sociaux, lire B. Chélini-Pont, J. Gunn, *Dieu en France et aux États-Unis : quand les mythes font la loi*, Paris, Berg international, 2005.
9. *JORF*, 22 mai 2004, p. 9033 ; G. Koubi, « L'interprétation administrative de la loi du 15 mars 2004 sur le port de signes religieux dans les établissements scolaires », *JCP*, n° 25, 14 juin 2004, *Administrations et collectivités territoriales*, p. 839 ; O. Dord, « Laïcité à l'école : l'obscur clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », *AJDA*, 26 juillet 2004, p. 1523 sq.

15 mars 2004, plus d'une dizaine d'articles juridiques peuvent être recensés (sans compter l'ensemble des articles, notes et commentaires de la doctrine publiés sur ce sujet avant 2004)¹⁰. On croyait l'affaire réglée depuis les avis du Conseil d'État, les circulaires des ministres de l'Éducation nationale et la jurisprudence postérieure. Mais une certaine « surenchère des expertises », politique, médiatique et technique¹¹ aura eu raison de l'apparent apaisement social et de la relative stabilité du nombre de situations conflictuelles à l'école liées au port de tenues ou de signes d'appartenance religieuse. Un premier bilan, même provisoire, peut être d'ores et déjà établi dès lors que le ministre de l'Éducation lui-même, le 20 janvier 2005, a rendu public un état des lieux¹². L'article 4 de la loi du 15 mars 2004 prévoit « une évaluation un an après son entrée en vigueur », soit à la rentrée de l'année scolaire 2005-2006, en septembre 2006 (l'entrée en vigueur des dispositions légales avait été fixée à compter de la rentrée de l'année qui suivait sa promulgation). Grande, aujourd'hui, est la tentation de refaire la sociogenèse de l'élaboration de la loi controversée du 15 mars 2004 (I) alors que l'élaboration d'un bilan provisoire appelle en fait des éléments de réponse factuels, d'ordre chiffré et jurisprudentiel (II). L'essentiel est à venir, tant la construction de ce texte a été tumultueuse, ses effets incertains, conformes à la tradition française de la *disputatio*. L'ensemble législatif, texte et travaux préparatoires, appelle un bilan exigeant quant à son application, dans une perspective quantitative et qualitative, au regard notamment des objectifs poursuivis et des problématiques de départ, très larges et si ambitieuses.

I. De la difficile évaluation d'une interdiction légale soumise aux contraintes du sens sur « la laïcité »

D'entrée, le débat législatif a porté sur l'opportunité de recourir à la loi tant la marge de manœuvre des autorités scolaires était grande. Qu'est-il advenu ?

A. L'opportunité de légiférer, pour « encadrer » le port de certains signes ou de tenues à l'école, mise en cause au nom du principe de liberté

1. Les effets contrastés des libertés intellectuelle et politique, entre débats démocratiques et approximations

Au cours des années 2003-2004, au cœur de la *disputatio*, de nombreuses approximations ont été formulées par certains intellectuels en raison de la méconnaissance des textes réglementaires antérieurs et de la jurisprudence progressivement bâtie par les juridictions administratives dont le Conseil d'État. Le règne de l'inculture laïque¹³ a ainsi dominé – par exemple, en exigeant inconsciemment souvent que les élèves soient eux-mêmes « laïques », et ignorant que, juridiquement, seule la République est « laïque ». Il en va de même du déficit de connaissance précise du régime disciplinaire des écoles et de l'état des modalités pratiques mises en œuvre par les responsables scolaires, avant le 15 mars 2004¹⁴. Le flou du droit, entretenu par des prises de positions magistérielles, a entraîné de savantes démonstrations sur l'indispensable recours à la loi, l'impératif légal érigé en norme suprême, gage social et garantie des restrictions jugées légitimes aux signes et aux tenues des élèves manifestant ostensiblement une appartenance religieuse. Des débats sémantiques ont agité les esprits, et accaparé les ministres et les parlementaires, quant à la nature (vêtement ou autres, ostensibles, ostentatoires, visibles, etc.) et ses effets (également, ostensibles, ostentatoires), quant aux dimensions, tailles, consistances, de l'objet même de la législation, entraînant de la sorte une choséification de l'appartenance religieuse, la réduisant au port d'un signe ou d'une tenue. La question même des formes d'expression ou de révélation, en soi, de l'appartenance religieuse à l'école, et dans « l'espace public », a suscité de nombreuses querelles doctrinales et idéologiques quant à sa légitimité. Limitées aux débats intellectuels, parlementaires et politiques, ces discussions ont

10. P. Malaurie, « Laïcité, voile islamique et réforme législative – Loi du 15 mars 2004 », *JCP G*, 31 mars 2004, p. 607 ; C. Durand-Prinborgne, « La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre de débats de société », *AJDA*, 5 avril 2004, p. 704 sq. ; E. Putman, « La loi sur les signes religieux à l'école a été promulguée », *Revue juridique Personne et Famille*, n° 6, juin 2004, p. 10 sq. ; G. Koubi, « Une précision tenue pour insigne », *JCP A*, 2004, I, 1213 ; *Id.*, « Vers une déconstruction du principe de laïcité », *Revue du droit public*, n° 2, mars-avril 2004, p. 325 sq. ; V. Fabre-Alibert, « La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque ? », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 59, 1^{er} juillet 2004, p. 575 sq. ; F. Bussy, « Le débat sur la laïcité et la loi », *Recueil Dalloz*, 21 octobre 2004, p. 2666 sq. ; R. Libchaber, « À la croisée des interprétations : le voile et la loi », *RTD civ.*, 2004, p. 161 sq. ; P. Jan, « La laïcité à l'école : le droit national contre le "droit local". La loi plutôt que la négociation. Question de valeur », *Revue du droit public*, n° 2, mars-avril 2004, p. 301 sq. ; J.-F. Flauss, « Les signes religieux », in *La Liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'Homme* (Actes du colloque de Paris, 11 décembre 2003), T. Massis, C. Pettiti (éd.), Bruxelles, Nemesis – Bruylant (Droit et Justice ; n° 58), 2004 ; A. Viola, « Laïcité et école publique : la nécessaire clarification », *Les Petites Affiches*, n° 75, 2004, p. 3 sq. ; P. Blondel, « Quelle jurisprudence pour la nouvelle loi sur les signes religieux ? », *Archives de philosophie du droit*, n° 48, 2005, *La Laïcité*, p. 197-219.

11. Sentant la « poudre », ce débat autour de « l'application de la laïcité » a été très largement couvert, animé, relayé, alimenté, suscité, par les journalistes, les entreprises de presse, la sphère Internet, chacun à leur façon, selon leur tempo et l'agenda politique – national et international, en pleine « guerre d'Irak », de façon factuelle, narrative, polémique, effervescente, engagée... Une étude de presse reste ici à entreprendre.

12. Voir aussi l'étude du Collectif contre l'islamophobie en France, diffusé via Internet, en mars 2005, intitulé *Le Bilan de la loi du 15 mars 2004 et de ses effets pervers* (www.islamophobie.net). Ce texte engagé et militant contient des informations chiffrées qui confirment celles publiquement communiquées le 20 janvier 2005 par le ministre de l'Éducation (*infra*).

13. *A contrario*, voir É. Poulat, *Pour une véritable culture laïque*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2004.

14. On examinera avec profit le manuel *Droit de la vie scolaire* (Paris, Dalloz, 2003) pour se convaincre de la technicité des questions juridiques d'ordre disciplinaire dans le domaine scolaire.

une portée évocatrice et énonciatrice. Le texte de loi voté et promulgué est quant à lui, en l'état, d'ordre impératif. Il n'est donc plus utile de disserter, sempiternellement, sur l'opportunité d'une telle législation dès lors que votée elle appelle bien plutôt aujourd'hui une analyse technique sur ses conséquences et ses effets. À défaut, on s'expose, tel Sisyphe, à d'interminables querelles que sont venus souffler certains gouvernements, certaines organisations internationales et dirigeants religieux, notamment à l'étranger. Dès 2003, un certain discours notamment gouvernemental, associatif ou militant, au nom de la défense de la « liberté religieuse » et de la « liberté de religion » a vainement tenté d'infléchir la volonté politique et la prise de décision gouvernementale, puis parlementaire. Se sont ainsi mobilisés l'administration fédérale des États-Unis d'Amérique (cf. les observations de cet État, en date du 6 octobre 2004, formulées par écrit à Varsovie au cours de la réunion annuelle organisée par l'OSCE sur la liberté de religion) et des associations de défense et de promotion des droits de l'Homme (tel l'International Helsinki Federation of Human Rights dans son communiqué *Interdire les symboles religieux violerait les instruments internationaux de protection de la liberté de religion et de croyance* – Vienne (Autriche), 17 décembre 2003). Cette fédération internationale « nourrit des inquiétudes à propos de la proposition [...] de voter une loi interdisant les symboles religieux dans les écoles et d'autres institutions publiques car elle violerait les engagements internationaux de la France à protéger la liberté de religion [...]. La Fédération pense qu'une telle interdiction entraînerait l'État français dans une collision avec les normes internationales en matière de droits de l'Homme, dans le domaine de la liberté de religion et de croyance, car le port de tenues à caractère religieux peut faire intégralement partie de la liberté de manifester sa religion. Il ne revient pas à l'État de déterminer quelles manifestations sont légitimes aussi longtemps qu'elles ne violent pas les droits humains fondamentaux d'autres personnes ou qu'elles ne mettent pas en danger la sécurité publique, la santé ou les bonnes mœurs, telles que définies par le droit international [...]». L'adoption d'une telle législation [...] ne serait pas une mesure adéquate pour promouvoir l'intégration et combattre l'activisme musulman mais pourrait, par contre, être contre-productive, accroître l'aliénation et la marginalisation des musulmans vivant en France [...] ». La Fédération, en confondant le rôle et les fonctions constitutionnelles de l'État et celles du Parlement, seul compétent en France pour décider d'une mesure publique dans le domaine des libertés publiques (article 34 de la Constitution de la V^e République)¹⁵, a ainsi stigmatisé : « L'intensité avec laquelle l'État français promeut la laïcité est une source d'inquiétude pour la Fédération car elle apparaît être une forme de promotion d'une philosophie spé-

cifique et semble contredire le principe de neutralité auquel l'État se dit être attaché. »

2. La liberté de conscience des élèves, mise en cause par l'interdiction légale ?

D'aucuns considèrent que l'interdiction de porter des signes ou des tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse constitue en soi une atteinte la liberté de conscience même religieuse des individus. Il s'agirait moins d'atteinte à la liberté de religion que celle de la liberté de conscience, élément de la personnalité et de la sphère individuelle. En effet, alors que depuis 1789, « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » (article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen), le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 77-87 en date du 23 novembre 1977 a affirmé que la liberté de conscience est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, conférant ainsi à la protection de celle-ci une garantie d'ordre constitutionnel. S'agissant du port de signes religieux à l'école, à l'occasion de la première crise de « l'affaire du voile ou du foulard islamique » (1989), la jurisprudence administrative avait déjà fait application de ce principe (Conseil d'État, 2 novembre 1992, *Kherouaa et a.*, JCP, 1993, II, 21998 ; 14 mars 1994, *Yilmaz*, LPA, n° 26, 1995, note Flauss, p. 23-28 ; 29 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord*, JCP, 1997, II, 22808, note B. Seiller ; Trib. adm. Orléans, 3 mai 1994, *M. et M^{me} Onder*, req. n° 93-2186 et 93-2187 ; Trib. adm. Lyon, 10 mai 1994, *M. et M^{me} Aoukili*, LPA, n° 143, p. 6, concl. A. Bézard). Retenant les critères qu'il avait dégagés dans son avis du 27 novembre 1899¹⁶, le Conseil d'État, au plan contentieux, avait tenté d'assurer une conciliation entre des libertés ainsi revendiquées : « Considérant qu'aux termes de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen [...] ; Considérant que le principe de la laïcité de l'enseignement de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves [...] ; que la liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux 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 [...] ; que, dans les établissements scolaires, 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, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses » (Cons. d'État, *Min. de l'Éducation nationale c/ Outamchart*, 20 mai 1996. Dans le même sens, Cons. d'État, 10

15. Cette confusion est typique des organisations de défense des droits de l'Homme qui ont tendance à décrire une situation en référence à un « pays », pris dans une acception globalisante (« la France », par exemple), ou au seul État (« l'État français »), sans prendre la mesure des distinctions institutionnelles ou de la description systémique entre l'état de l'opinion publique, la nature et le niveau du débat politique ou parlementaire, l'intervention de structures parlementaires (mission ou commission d'information ou d'enquête) ou gouvernementales. Cette confusion décrédibilise la portée des constats, en niant la réalité de la multiplicité des facteurs de la décision politique et publique.

16. *AJDA*, 1990, p. 39, note J.-P. C.

mars 1995, *M. et M^{me} Aoukili* ; 9 octobre 1996, *Unal* ; 20 mai 1996, *Ali*). Ainsi, sur le plan des principes, il ne fait aucun doute que le respect de la liberté de conscience des élèves emporte la garantie d'exprimer et de manifester ses croyances religieuses même au sein de l'école publique et laïque. Le Conseil d'État admettait des restrictions à ces droits, érigés en « liberté ainsi reconnue », en jugeant que « cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, 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 enseignements, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ». Pour admettre les limitations au principe de la liberté de conscience des élèves, le Conseil d'État avait ainsi dressé, dans de strictes limites matérielles et objectives, une série de critères suffisamment précis pour être constatés par les autorités scolaires. En vain, si l'on en juge par la volonté politique de cristalliser et de légaliser ces critères jurisprudentiels autorisant une atteinte à une liberté fondamentale, la liberté de conscience des élèves. Mais, les positions du Conseil d'État, depuis 1992, et celle du législateur ne sont pas en soi contraires au respect de la liberté de conscience des élèves. En l'état de la législation applicable du 15 mars 2004, les élèves restent tout à fait libres de faire connaître leur appartenance religieuse dans les établissements scolaires et de porter des signes ou des tenues manifestant une telle appartenance. Ce que la loi interdit est le seul port de nature à manifester ostensiblement une telle appartenance. Le principe de liberté reste la règle applicable ; l'interdiction, l'exception, à la marge.

En réalité, la loi du 15 mars 2004 modifie radicalement, au moins en partie, l'état du droit applicable, dont la doctrine administrative et la jurisprudence administrative du Conseil d'État, dès lors que l'interdiction légale de l'abus d'appartenance religieuse à l'école est impérative. Cette prohibition, en l'état du texte de loi, n'est pas liée à la démonstration du caractère provocateur, prosélyte, propagandiste du signe ou de la tenue en eux-mêmes ou leur contrariété avec l'ordre public. La discussion pratique dans les établissements, on s'en doute, est loin d'être close. Et en France la tradition républicaine n'est pas étrangère à un tel mouvement de cantonnement de l'intrusion de « la politique » ou de « la religion ». Ainsi, Émile Poulat (*Le Monde*, 13 décembre 2003) a-t-il pu rappeler que Jean Zay, ministre de l'Éducation nationale de 1936 à 1939,

par deux circulaires des 31 décembre 1936 et 15 mai 1937, avait attiré l'attention des chefs d'établissements sur « la nécessité de maintenir l'enseignement public de tous les degrés à l'abri des propagandes politiques (et) confessionnelles. L'enseignement public est laïque. Aucune forme de prosélytisme ne saurait être admise dans les établissements ». Certains se sont inquiétés des effets et des conséquences de l'interdiction légale du point de vue d'une laïcité scolaire prohibitive tel le secrétariat national de l'Association internationale pour la défense de la liberté religieuse (AIDLR)¹⁷. Dans une note intitulée « La chasse au voile », Jean-Paul Barquon, secrétaire national de l'AIDLR, signale fort justement que la circulaire d'application de la loi du 15 mars 2004 (*infra*) pose également des obligations aux élèves qui ne se résument pas à la question des signes d'appartenance religieuse¹⁸. Tel un rappel, ce texte d'ordre intérieur, en élargissant les explications du texte de loi du 15 mars 2004, profite de la loi pour insister sur le fait que « Les convictions religieuses des élèves ne leur donnent pas le droit de s'opposer à un enseignement [...] aucune question n'est exclue *a priori* du questionnement scientifique et pédagogique. Les convictions religieuses ne sauraient non plus être opposées à l'obligation d'assiduité ni aux modalités d'un examen [...]. Les convictions religieuses ne peuvent justifier un absentéisme sélectif par exemple en éducation physique et sportives ou sciences de la vie et de la Terre [...]. Des autorisation d'absence doivent pouvoir être accordées aux élèves pour les grandes fêtes religieuses qui ne coïncident pas avec un jour de congé et dont les dates sont rappelées chaque année par une instruction publiée au *Bulletin officiel de l'Éducation nationale* ».

B. L'état du droit positif normatif, complexe et ambigu, légalise la large marge d'interprétation des autorités scolaires

1. Une loi d'interdiction à la marge qui ne règle pas la question centrale de la qualification des faits « ostensibles » ou la redoutable question du traitement du prosélytisme religieux interdit à l'école

L'interdiction à la marge par un acte politique majeur – ne portant que sur les seules marques par lesquelles est ostensiblement manifestée une appartenance religieuse, ce qu'en décryptant, on pourrait définir comme une forme de prosélytisme religieux¹⁹ – a été conçue au service de la préservation de l'ordre scolaire neutralisé et sanctuarisé. Quels ont été les ingrédients d'une telle évolution politique, incarnée par la loi en terme de restriction, au nom

17. Cette ONG internationale, dotée du statut consultatif auprès des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, dont la présidente d'honneur est M^{me} Mary Robinson, ancien haut-commissaire aux droits de l'Homme des Nations Unies, publie depuis Berne (Suisse) la revue *Conscience et Liberté* (e-mail: info@aidlr.org).

18. L'auteur qui « ne se fait pas trop d'illusions » signale que « le port des signes et des tenues d'appartenance religieuse continuer à diviser les Français quel que soit le traitement juridique retenu. La laïcité s'est voulue tolérante dès son origine. Revenir aux heurts de l'anticléricalisme d'antan à travers le laïcisme reste une déformation des valeurs introduites par Jules Ferry ».

19. A. Garay, « Liberté religieuse et prosélytisme religieux : l'expérience européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1994, p. 7.

de la préservation du lien social et de l'universalité de la chose commune, « la République laïque » ? Pour légiférer, on a pu tour à tour avancer les raisons les plus diverses, « politiques » et juridiques. Les premières concernent la « défense de la laïcité », « pierre angulaire de la République » (Président Jacques Chirac), objet juridique non défini (rapport de la commission présidée par B. Stasi), la protection des jeunes filles contraintes, contre les injonctions, même religieuses, de tiers (parents, frères, dirigeants religieux, militants, etc.). Les secondes sont hétéroclites, de valeur très inégale : 1) seul un dispositif législatif est susceptible d'apporter des limites à l'exercice des droits et des libertés²⁰ ; 2) répondre au désarroi des chefs d'établissements et des enseignants, selon eux, confrontés à la « multiplication » des situations litigieuses (*infra*) ; 3) clarifier l'état du droit disciplinaire applicable, rassurer les intéressés sensibles à la croyance du « flou juridique » et au refus d'admettre des applications distinctes, selon les cas, de la réglementation en vigueur (dont la circulaire ministérielle du 20 septembre 1994 relative au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires). En réalité, le nœud gordien de l'évolution souhaitée à l'école n'était pas, contrairement à une opinion fautive largement répandue surtout à l'étranger, le bannissement des comportements et des marques – signes ou tenues – religieux. Concrètement, il s'est agi principalement de cerner pour les prohiber les actes militants ou d'influence commis au nom d'une appartenance religieuse s'exprimant par des signes ou des tenues. L'examen des modalités particulières de ces marques est, pour les autorités scolaires, central parce que devenu obligatoire. Pour Claude Durand-Prinborgne, « ceci ramène à l'appréciation d'un comportement [...] celle-là même que ne souhaitaient plus devoir faire les chefs d'établissements [...]. Le dispositif de la loi pose d'abord le principe d'interdiction et laisse à d'autres que le législateur le soin de fixer les espaces de libertés reconnus »²¹. Les autorités scolaires doivent donc, au cas par cas, procéder à la recherche, s'il l'a manifesté ou s'il le manifeste, de l'intention de l'élève, la façon dont il l'exprime. Elles sont aussi tenues légalement, nous semble-t-il, d'en tirer clairement des conséquences en restant soumises au principe de neutralité, garanti par l'interdiction d'établir des constats susceptibles d'opérer des distinctions de traitements, voire des actes à caractère discriminatoire, en tant que tels réprimés par le code pénal. Grande est aussi la difficulté, dans le domaine de la détermination de la religion d'appartenance, dès lors que, d'un strict point de vue constitutionnel, la République n'en reconnaît aucune. Doit-on demander à l'élève sa religion d'appartenance ? Doit-il répondre à la question, si elle lui est posée par un enseignant ou un chef d'établissement, par ailleurs tenu à une stricte neutralité dans l'exercice de ses fonc-

tions, de savoir quelle est sa religion ? Les autorités scolaires peuvent-elles exiger une telle déclaration ou révélation, ou bien doivent-elles, et comment, tirer seules la conséquence selon laquelle la manière de porter tel ou tel signe ou tenue est la preuve de 1) l'appartenance religieuse et 2) de son abus interdit à l'école ? Juridiquement, le droit applicable, en interdisant telle manière de porter des signes et des tenues, ne porte-t-il pas atteinte à la liberté d'exprimer sa religion dès lors qu'aucun motif tiré de la contrariété à l'ordre public ne peut, par ailleurs, être prouvé ? Qu'en est-il du port de signes ou de tenues par lesquels des élèves manifesteraient ostensiblement non pas une « appartenance religieuse » mais une simple référence à une tradition religieuse, une conception mystique, dès lors que la loi est muette quant à l'existence de différentes modalités identitaires de type religieux ? La loi du 15 mars 2004, soumise à l'habileté des praticiens du droit, est riche de subtilités juridiques qui nourrissent l'imagination technique des professionnels de l'assistance et de la défense juridique (voir par exemple, l'action associative du Collectif contre l'islamophobie en France qui assure une permanence juridique et téléphonique aux élèves qui s'estiment « victimes », potentielles et réelles, de la loi du 15 mars 2004 : www.islamophobie.net).

La loi ne met donc nullement en cause le port de signes ou de tenues religieuses à l'école mais le seul abus de cette liberté par référence à un comportement apprécié contraire à la loi par les seules autorités scolaires. L'élève, lui, reste confronté aux subtilités du vocabulaire retenu par le législateur, terminologie ô combien imprécise et confuse en référence à l'adverbe « ostensiblement ». La discussion gouvernementale et parlementaire a porté sur des considérations sémantiques en refusant tour à tour de retenir les termes « ostentatoires », « discrets », « visibles » (ici, pour des raisons clairement affichées d'incompatibilité avec les garanties de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme), etc. Il en est résulté un texte d'ordre à la fois normatif et éminemment interprétatif, fort problématique, laissant une impression de « brumes républicaines » que « l'obscur clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 »²² n'est pas parvenue à dissiper.

En la forme, la loi pose d'abord un principe négatif et prohibitif, l'interdiction, puis, un cadre obligatoire positif, la garantie d'une procédure de dialogue. Enfin, en cas d'échec de la procédure de dialogue avec l'élève, est prévue la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire conforme aux dispositions du code de l'éducation (cette procédure peut entraîner la sanction de la violation de l'interdiction). Ici aussi, pour certains auteurs, « Il est donc demandé aux établissements scolaires de s'autoréguler sur la base de la loi, ce qui est précisément ce qu'ils cherchaient à éviter »²³. Paradoxalement, ce dispositif à double

20. Pour le doyen Louis Favoreu (« Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige », *Le Monde*, 6 décembre 2003), le respect de la Constitution exigeait le recours à la loi. D'autres ont pu expliquer que, saisi de la loi votée, avant sa promulgation, le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle de conformité, aurait pu retenir sa non-conformité à la loi (J. Robert « Cacophonie » ; R. Libchaber, « À la croisée des interprétations... »). Nul ne saisit le Conseil constitutionnel.

21. C. Durand-Prinborgne, « La loi sur la laïcité... », p. 708-709.

22. Titre de l'article d'Olivier Dord, cité note 9.

23. F. Bussy, « Le débat sur la laïcité et la loi », p. 2672.

détente traduit à la fois la ferme volonté d'assurer à la fois une prohibition et, dans le même temps, de parvenir à une solution amiable par la médiation. Ici, la circulaire ministérielle tente d'apporter d'importantes précisions, en éclairant et en complétant un texte de loi bien insuffisant.

2. Les précisions ministérielles à caractère « magistériel », l'apport de la circulaire du 18 mai 2004

« L'interprétation administrative de la loi du 15 mars 2004 »²⁴ a ajouté au texte de loi des commentaires, des explications et des précisions qui confèrent à la position du ministre une importance fondamentale. Qu'on en juge au caractère quasi « assomptionniste » du texte ministériel qui emprunte à la formule magistérielle : « Les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive. La loi est rédigée de manière à pouvoir s'appliquer à toutes les religions et de manière à répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi [...]. La loi s'applique à l'intérieur des écoles et des établissements et plus généralement à toutes les activités placées sous la responsabilité des établissements ou des enseignants y compris celles qui se déroulent en dehors de l'enceinte de l'établissement (sortie scolaire, cours d'éducation physique et sportive...) ». En consacrant, sans autre indication, l'État « protecteur de l'exercice individuel et collectif de la liberté de conscience », le ministre, représentant de l'État, incarne une position de nature magistérielle au nom d'une conception organiciste qui emprunte à la tradition religieuse²⁵. Le texte ministériel ajoute une « véritable typologie des signes licites et illicites »²⁶ à la loi du 15 mars 2004, au nom du pouvoir et de l'autorité qu'il exerce sur l'administration de l'Éducation nationale. En estimant que sont explicitement visés par l'interdiction « le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive », le ministre n'hésite pas à définir en les désignant les signes et tenues prohibés, ce que la loi n'édicte pas (s'agissant des signes discrets autorisés, le député Clément, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, s'est hasardé à inventorier une petite croix, une médaille, une étoile de David ou une main de Fatima...) ²⁷. Cette

extrapolation qui n'engage que le ministre est révélatrice des compromis et des échanges avec les représentants de différentes confessions religieuses entre le 15 avril et le 18 mai 2004. Il n'en reste pas moins que la loi ne va pas aussi loin dans la désignation de l'objet de l'interdiction²⁸. La circulaire ne se contente pas d'une simple réitération de la loi puisqu'elle livre une interprétation descriptive de l'objet de l'interdiction, méthode pourtant explicitement écartée par le législateur. Par ailleurs, la circulaire ajoute également à la loi une prohibition supplémentaire en décidant que « la 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 » (point 2-1 de la circulaire). Le ministre, d'autorité, interdit les signes qui deviendraient d'appartenance religieuse par la seule destination que leur conférerait l'élève (on songe ici au port du bandana, petit foulard carré de coton imprimé, constitutif pour certains esprits « avertis » d'un contournement de la loi). Pour Olivier Dord²⁹, en définissant ainsi une nouvelle catégorie de « signes religieux ostensibles par destination », la circulaire « contraint l'administration à entrer dans l'appréciation subjective des convictions religieuses des élèves et de leurs intentions en matière vestimentaire. Il s'agit d'une atteinte parfaitement contestable, sur le plan des principes comme devant le juge administratif, à la neutralité confessionnelle du service public de l'enseignement et de ses agents ».

Geneviève Koubi considère que « la circulaire entérine les variables de la jurisprudence du Conseil d'État que, pourtant, la loi du 15 mars 2004 prétendait rectifier. Certaines constances ont été retenues »³⁰. En effet, en dépit du principe d'interdiction, la ligne de conduite consultative et jurisprudentielle du Conseil d'État continuera de primer, confirmant de la sorte le rôle de la Haute assemblée, gardienne de la vie religieuse (ou « paroissiale », selon l'expression du doyen Gabriel Le Bras). La circulaire explicite « la mise en œuvre de la loi qui passe d'abord par le dialogue [...] dans le souci de convaincre les élèves de l'importance du respect du principe de laïcité [...]. La priorité doit être donnée au dialogue et à la pédagogie. Ce dialogue n'est pas une négociation et ne saurait bien sûr justifier de dérogation à la loi [...]. Le dialogue doit permettre d'expliquer à l'élève et à ses parents que le respect de la loi n'est pas un renoncement à leurs convictions [...]. Pendant le dialogue, l'institution doit veiller avec un

24. Titre de la note de Geneviève Koubi, citée note 9.

25. B. Chélini-Pont, « L'origine religieuse de la laïcité française », *Revue des deux mondes*, avril 2002, p. 25 sq.

26. O. Dord, « Laïcité à l'école... », p. 1524.

27. Le ministre a pu s'inspirer des signes et tenues cités lors de travaux parlementaires préparatoires à la loi du 15 mars 2004.

28. Pour le Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé contre la circulaire du 18 mai 2004, « le ministre a précisé l'interprétation de ce texte qu'il prescrit à ses services d'adopter [...] la circulaire s'est bornée à rappeler et à expliciter les termes de la loi du 15 mars 2004 » (8 octobre 2004, « Union française pour la cohésion nationale », *JCP A*, 2004, 1711, note E. Tawil ; *AJDA*, 10 janvier 2005, p. 43-45, note F. Rolin). Pour la Haute assemblée, le ministre n'a donc pas excédé ses compétences. L'association requérante (www.ufcn.info) a pour but d'« œuvrer pour la cohésion nationale en défendant les principes républicains d'égalité devant la loi et dans l'accession aux emplois publics, le respect des croyances et en participant à la vie politique du pays, notamment par la présentation de candidats à tous les types d'élections » (*JO*, 21 juin 2003). Par le communiqué de presse du 20 avril 2005 de cette association militante, est annoncé de façon vindicative le dépôt d'une requête contre la France devant la Cour européenne des droits de l'Homme (2^e section, n° 12999 / 05), recours dirigé contre la solution retenue le 8 avril 2005 par le Conseil d'État.

29. O. Dord, « Laïcité à l'école... », p. 1529.

30. G. Koubi, précité.

soin particulier à ne pas heurter les convictions religieuses de l'élève ou de ses parents. Le principe de laïcité s'oppose évidemment à ce que l'État ou ses agents prennent parti sur l'interprétation de pratiques ou de commandements religieux. En l'absence d'issue favorable au dialogue, il sera poursuivi le temps utile pour garantir que la procédure disciplinaire n'est utilisée que pour sanctionner un refus délibéré de l'élève de se conformer à la loi. Si le Conseil de discipline prononce une décision d'exclusion de l'élève, il appartiendra à l'autorité académique d'examiner avec l'élève et ses parents les conditions dans lesquelles l'élève poursuivra sa scolarité». Conformément au code de l'éducation, la phase du dialogue dont la responsabilité incombe au chef d'établissement, constitue donc un élément préalable et obligatoire de l'éventuelle procédure disciplinaire qui est susceptible de conduire le conseil de discipline du dit établissement à prononcer un avertissement, un blâme, l'exclusion temporaire ou définitive (article 3 du décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement, modifié par le décret n° 2000-620 du 5 juillet 2000). Seul l'échec du dialogue, assimilé par le ministre au refus de l'élève de se conformer à la loi, et non le seul port interdit, est donc de nature à entraîner une sanction d'ordre disciplinaire. Le dispositif légal ainsi interprété, la rentrée scolaire de septembre 2004 était attendue, par les partisans et les adversaires de la loi, les autorités scolaires, « sur le pied de guerre »³¹, mobilisés sous l'autorité du ministre, sous les regards intéressés des spécialistes et des dirigeants religieux...

II. La difficile évaluation de la situation matérielle dans les écoles et le contentieux d'évitement des juridictions administratives constituent des facteurs d'incertitude supplémentaires

Un examen même provisoire de la mise en œuvre de la loi confirme la permanence de situations incertaines pour lesquelles les prolongements jurisprudentiels devraient atténuer la rigueur du principe d'interdiction.

A. L'état de la situation en terme quantitatif et qualitatif confirme le caractère « symbolique » de la loi du 15 mars 2004

1. Le nombre de cas de port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse et leur nature, objet d'approximations et de surenchère

D'emblée se pose la question de la difficile méthode de comptabilisation des élèves qui portent une tenue ou

un signe d'appartenance religieuse. Cette difficulté s'est présentée depuis le début. Objectivement cette question est essentielle ; politiquement, elle est apparue secondaire. En effet, à partir de quel niveau de conflictualité fallait-il légiférer ? Fallait-il tenir compte d'un tel niveau ? Le 24 juin 2003, devant la mission d'information à l'Assemblée nationale, Dominique Borne, doyen de l'Inspection générale de l'Éducation nationale, a été interrogé sur le bilan de la situation concernant « le port du voile à l'école ». En réponse, ce haut responsable a déclaré : « [...] les remontées que nous avons à l'éducation nationale ne sont pas toujours très fiables [...] il est absolument impossible de décompter le nombre de jeunes filles portant le voile au sein d'établissements scolaires. Des tentatives ont été faites en ce sens, mais les comptages et les appréciations sont très diverses [...] Même si, ici ou là, mais dans des lieux très précis, une croissance du nombre de voiles a pu être constatée, cela ne signifie en aucun cas une croissance générale [...]. En tout état de cause, au regard de l'ensemble des établissements, le nombre d'établissements touchés ne dépasse en aucun cas un peu plus de 5 % de l'ensemble des établissements, mais reste certainement en dessous de la barre des 10 % [...]. Ce décompte est très difficile à établir : par exemple, faut-il inclure, dans ce nombre, la jeune fille qui enlève son voile quand elle entre en salle de cours ? [...] C'est la raison pour laquelle il me semble que tout compte trahit la réalité. » (Pour Yvon Robert, chef de service de l'Inspection générale de l'administration de l'éducation et de la recherche, auditionné le même jour, « Ce qui est certain, c'est que c'est un problème très minoritaire »). Devant la mission parlementaire, Hanifa Cherifi, chargée de mission au ministère de l'Éducation nationale et médiatrice auprès des établissements d'enseignement pour les problèmes liés au port du voile, livrera ses propres chiffres : « En septembre 1994, le nombre de voiles dans les établissements scolaires était évalué à 2000. » Auditionné, Nicolas Sarkozy, ministre de l'Intérieur et des cultes, citera les éléments d'une note de la Direction centrale des renseignements généraux du 29 septembre 2003 faisant état de 1123 « cas » en 1994, 446 en 1995 et « de l'ordre de quelques centaines aujourd'hui » (*Libération*, 8 octobre 2003), soit pour le ministre, un nombre de difficultés « plus faible qu'il ne l'a jamais été » (*Le Figaro*, 8 octobre 2003). L'extrême variabilité des chiffres avancés confirme bien le constat selon lequel la perception de l'importance des « cas » ou des « difficultés » était subjective et volatile. Rapportée au nombre d'instances contentieuses à caractère juridictionnel – moins de 20 devant le Conseil d'État depuis 1992, selon Rémy Schwartz, maître des requêtes au Conseil d'État et rapporteur des travaux de la commission présidentielle dite « Stasi » – il ne fait aucun doute que la variable chiffrée est restée secondaire, le bilan quantitatif impossible³². *A posteriori*, la comptabilisation des « cas » ou des « difficultés », fondée elle sur un

31. Par analogie, lire le titre « Des équipes éducatives désarmées », en référence avant le 15 mars 2004 aux difficultés d'application par les chefs d'établissement (rapport du sénateur Jacques Valade fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat, n° 219, 2003-2004). Les sénateurs mentionnent « certaines élèves voilées se présentant en conseil de discipline accompagnées d'un avocat... ».

32. Lire les pages 59 à 62 du livre de B. Chélini-Pont et J. Gunn, *Dieu en France et aux États-Unis...* (partie du chapitre « La laïcité, le foulard et la commission Stasi »).

critère objectif à savoir le dispositif de l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation, est rendue possible en raison même de l'interdiction légale et surtout de la mise en œuvre de la procédure obligatoire du dialogue avec l'élève. La but-tée légale, seule, permet aujourd'hui d'objectiver la situation comptable. Le constat de « sortie » est identique à celui de départ : pour reprendre l'analyse des hauts responsables précités, « ce problème est très minoritaire » (Yvon Robert). Qu'on en juge avec les chiffres communiqués publiquement par le ministre de l'Éducation :

– au 15 octobre 2004, soit un mois après la rentrée scolaire, 72 élèves ne se conformaient pas à la loi du 15 mars 2004 ; 9 conseils de discipline ont été chargés de statuer sur d'éventuelles sanctions disciplinaires, le reste étant en cours de « dialogue légal » (*Le Figaro*, 15 octobre 2004, p. 11) ;

– au 15 mars 2005, le ministère de l'Éducation a comptabilisé 550 cas qui ont trouvé une solution par la procédure de dialogue, 47 élèves, jeunes filles, frappés d'une sanction disciplinaire d'exclusion de leur établissement ; par ailleurs, une quinzaine d'élèves ont été directement inscrites au Centre national d'enseignement à distance, sans convocation devant le conseil de discipline (*Le Monde*, 15 mars 2005, p. 9).

Au-delà de ce constat de sortie, provisoire et quantitatif, il reste à examiner et à étudier ces éléments à l'aune des méthodes scientifiques d'évaluation des « politiques parlementaires », au sens technique du terme. À défaut, le risque est grand de reproduire, en forme de caricature et de redondance, les discours en forme de lieux communs sur « l'affaire du voile islamique en France ». Certains réseaux associatifs, de façon proactive, ont anticipé la mise en œuvre de l'évaluation du texte de loi en publiant des bilans et des résultats provisoires, ajoutant de la sorte non seulement des constats et des démonstrations mais aussi des critiques, l'ensemble appelant des mises en perspectives contradictoires³³. On peut voir là le signe de la « surenchère des bilans », dont cette affaire n'a pas le monopole dans le traitement des affaires publiques. Le recours à l'expertise, au cours des opérations d'évaluation de la loi prévues par l'article 4 de la loi du 15 mars 2004, apparaît indispensable. Ici, la science juridique est insuffisante, la science politique indispensable. L'évaluation, en réponse notamment aux éléments de départ ayant justifié la législation, devrait en effet porter non seulement sur des paramètres quantitatifs mais aussi qualitatifs en terme d'étude des agissements, objets de la phase du dialogue légal (nature des signes, nature des tenues, conditions matérielles des formes manifestement ostensibles de l'appartenance religieuse), des effets des procédures disciplinaires (quant à l'élève et ses conditions de scolarisation), du contentieux administratif. Le choix radical de l'interdiction légale a-t-il entraîné une radicalisation des positions ? Ici, seraient nécessaires des indicateurs quantitatifs et qualitatifs, des

instruments de mesure... Que décidera le ministre de l'Éducation nationale ? Les parlementaires interviendront-ils s'agissant d'une loi votée au terme de « grands travaux » législatifs ? Des experts indépendants seront-ils sollicités alors que les chiffres et les méthodes peuvent varier selon la logique d'appartenance des observateurs, hauts fonctionnaires et militants ou activistes religieux ? Rien n'est moins sûr tant la tentation est grande, une fois les lois votées, d'éviter *a posteriori* de s'assurer de leur opportunité, de vérifier leur pertinence et d'évaluer leur caractère effectif, signe d'un véritable signe d'archaïsme démocratique... De toute évidence, les arguments juridiques qui écartaient le recours à la loi ont été purement et simplement ignorés³⁴.

2. Le faible nombre de litiges, signe d'efficacité de la loi du 15 mars 2004 ?

L'analyse quantitative est restée prisonnière des interprétations, la perception sociale des faits en cause ne correspondait pas à leur amplitude dénoncée à grand renfort de messages politiques alarmistes. D'aucuns pourraient aujourd'hui en déduire que la loi a produit l'effet escompté en faisant venir ou revenir à la « raison laïque » des élèves, en suscitant un net recul des « cas » et des « difficultés », en réglant un « problème de société ». Mais ici s'arrête l'analyse juridique et interviennent la science politique et la sociologie parlementaire en terme d'évaluation des politiques publiques de nature législative. Tout bilan législatif appelle le recours à des instruments de mesure, d'impact, d'évaluation et de pertinence des textes promulgués, notamment quant aux effets pratiques et contentieux. Cette exigence est rendue d'autant plus indispensable qu'elle porte sur des comportements de nature éducative liés à l'exercice de droits, au respect d'obligations sanctionnées, dans le cadre de relations d'autorité (parents, famille, école, État, religion). De plus, la législation du 15 mars 2004, d'interdiction et de dialogue, condition de la sanction à l'interdiction, sur fond de « l'affaire du voile islamique », a principalement mis en cause les agissements de jeunes filles musulmanes, à l'exception de quelques jeunes élèves sikhs portant le turban. De sorte qu'en réaction, les relais militants se sont investis dans une action d'énonciation et de dénonciation des termes mêmes de la loi, perçue et vécue comme un instrument discriminatoire. Cette cristallisation identitaire a suscité une mobilisation et un activisme sans précédent en France en empruntant les outils et les ressources démocratiques : expertise juridique, professionnalisation des approches et communication publique. Le discours sur l'islamophobie s'appuie aujourd'hui sur les effets de la loi du 15 mars 2004 : « le premier bilan se propose de dénoncer l'application abusive d'une loi discriminatoire et les dérives inévitables qui en ont résulté »³⁵. Le caractère litigieux des situations en

33. Cf. les travaux du Collectif contre l'islamophobie en France, précités. Voir aussi le Comité 15 mars et Liberté qui a rendu public en mars 2005 un état des lieux faisant état de 806 « victimes » de la loi du 15 mars 2004, selon *Le Monde* du 15 mars 2005. Voir le livre *Rentrée 2004 : une vérité dévoilée* (La Courneuve, Gedis, 2005), écrit par le docteur Abdallah Milcent, médecin strasbourgeois converti.

34. Cf. les conclusions précitées de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, note 6.

35. Collectif contre l'islamophobie en France.

cause constitue vraisemblablement la partie immergée d'un contexte conflictuel résultant tout à la fois de l'interdit légal lui-même, de son instrumentalisation à des fins de « victimisation » et, sans aucun doute, à l'échec de l'intégration scolaire conçue en terme d'exclusion fondée sur l'abus de religiosité. On ne peut en effet pas nier que des élèves, seuls et en leur âme et conscience, décident pour de strictes questions religieuses de porter un signe ou une tenue religieuse même à l'école, sans faire l'objet de la moindre pression ou contrainte, au nom d'un choix intime profondément personnel. Dans ce cas de figure, le principe général d'interdiction, même marqué par la phase du dialogue obligatoire, est en soi porteur de souffrance morale et d'atteinte aux sentiments religieux. Pressentant les dérives possibles, de hauts responsables n'avaient pas hésité à déclarer qu'« À moins d'en avoir la preuve statistique, notre sentiment est que, dans quelques cas, une interdiction fait naître le port du voile, alors qu'une autre attitude en fait disparaître » (Yvon Robert).

B. La persistance des critiques de la loi et les évolutions prévisibles du contentieux national et international

1. Le respect de la loi par les élèves et par les autorités scolaires, dispositif soumis au contrôle juridictionnel

Compte tenu du caractère hautement casuistique des mesures disciplinaires scolaires et de l'absence de recul suffisant, est-il prématuré de tirer des conclusions sur la jurisprudence, rare, des juridictions administratives, dans le cadre du contentieux du recours pour excès de pouvoir ou du référé-sauvegarde d'une liberté fondamentale ? On se gardera de tirer de la jurisprudence des repères indicateurs et des perspectives pratiques³⁶. Le flou du droit de la loi du 15 mars 2004 reste en gestation³⁷. Le Conseil d'État, dans la partie consacrée aux « Réflexions sur la laïcité » de son rapport annuel pour l'année 2004, a tenu à rappeler l'importance de sa logique de pacification des litiges et des tensions. Le 5 février 2004, en conclusion de son rapport annuel, l'institution du Palais Royal souligne que « la question de la laïcité a toujours revêtu, en France, un caractère sensible, et les débats actuels en sont une nouvelle illustration. Le regard porté sur cette question est aujourd'hui nourri, mais aussi brouillé, par celle, plus large, de l'intégration et des dangers à cet égard du communautarisme [...]. Au-delà du cadre juridique, le dialogue et la pédagogie sont essentiels pour lutter contre les tensions et les incompréhensions ». Fidèle au consensus de discrétion qui entoure leurs travaux et honore leurs interventions publiques, les membres de la juridiction administrative, à aucun moment, n'ont montré un quelconque signe d'agacement alors même que des parlementaires n'hésitaient

pas à critiquer ouvertement leur légitimité à juger et définir des solutions jurisprudentielles conformes au droit applicable. Ainsi que le souligne, sans précaution, le sénateur Jacques Valade dans son rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles (*supra*), « la position de principe du Conseil d'État, laquelle, proscrivant toute interdiction générale et absolue du foulard, en autorise implicitement le port, a eu pour effet d'augmenter le nombre de jeunes filles voilées dans les établissements ». La remarque, grave parce qu'accusatrice, est sévère. Elle s'appuie sur une perception – celle « pontificale », citée, de M^{me} Hanifa Chérifi – qu'aucune démonstration ne vient confirmer. Le 4 juin 2003, devant la mission d'information parlementaire, Rémy Schwartz, maître des requêtes au Conseil d'État, réagira en manifestant une certaine irritation : « je souhaite préciser que le Conseil d'État ne s'est pas réveillé un beau matin en disant : “Tiens, on va aborder une question sympathique : le voile”. Le Conseil d'État est saisi de questions et tranche en matière de contentieux. Il faut replacer les choses dans leur contexte. S'il n'y a pas de contentieux cela veut dire que la société se régule sans difficulté. Et c'est tant mieux. Les juridictions, qui ont abondance de dossiers, ne recherchent pas elles-mêmes le contentieux [...] dans sa modeste attribution de juge, il ne s'est pas senti en mesure de donner un sens à un signe affiché par des gens qui se proclament fidèles d'une religion. C'est un point très important : le juge qui n'est peut être plus tout à fait dans son rôle ne sait pas comment traiter une telle question. » Ainsi sous pression, la juridiction administrative, fidèle à sa longue tradition de respect de la légalité républicaine, telle une vénérable « fabrique du droit »³⁸, n'a cependant pas tardé à refaire son apparition en statuant dès le 7 avril 2004, soit moins d'un mois après la promulgation de la loi en question. Ce retour à la case juridictionnelle était prévisible dès lors qu'était en jeu une liberté, celle de conscience et à l'éducation, dont la sauvegarde peut être assurée par le juge administratif en vertu de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Quels étaient les faits de l'espèce ? Hilal Kilicikesen, née en 1992 de nationalité turque, fût exclue le 6 janvier 2004 d'un collège en raison du port d'un « foulard ». Admise le 10 février 2004 dans un collège de la même ville, ses enseignants contestèrent le façon dont Hilal revêtait cette tenue. À compter du 10 mars 2004, l'élève n'était plus admise dans les salles de classe tout en demeurant accueillie dans le collège. Les parents ont alors engagé, sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, une action contentieuse tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration scolaire de prendre toutes les dispositions pour que leur fille puisse suivre une scolarité normale. Déboutés de leur demande en référé formée devant le Tribunal administratif de Strasbourg, le contentieux fût tranché par le Conseil d'État, juge des référés, sous la présidence de Daniel Labetoulle, président de la

36. S'agissant du contrôle juridictionnel, Philippe Blondel, avocat au Conseil d'État, pointe les difficultés que la loi du 15 mars 2004 soulève quant à sa mise en œuvre : voir son article « Quelle jurisprudence pour la nouvelle loi sur les signes religieux ? ».

37. Sur le flou du droit et ses effets, lire M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil (La Librairie du xx^e siècle), 1994.

38. Titre de la pénétrante ethnographie du Conseil d'État réalisée par Bruno Latour, publiée en 2002 aux Éditions La Découverte.

section du contentieux. Au cours de l'instruction de l'instance, le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation a précisé par écrit, de façon détaillée, les « caractéristiques des tenues vestimentaires qui pourraient être regardées par l'administration, dans les circonstances de l'espèce, comme justifiées par la liberté d'expression des convictions religieuses ». Les parents firent alors connaître au Conseil d'État qu'ils persistaient dans leurs conclusions initiales. En état d'être jugé, le haut juge administratif des référés décidait que « si la possibilité d'exprimer dans les formes appropriées ses convictions religieuses constitue une liberté fondamentale, il n'apparaît pas qu'à la date de la présente décision une atteinte illégale à une telle liberté puisse dans la présente espèce, compte tenu des assurances et des indications données par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, être relevée à l'encontre de l'État ». Si cette décision est intervenue avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 2004, elle n'en présente pas moins d'intérêt pour autant. Tout d'abord, parce que le Conseil d'État confirme ainsi le caractère conditionnel du droit des élèves à exprimer leurs convictions religieuses. Pour être libre, cette expression doit revêtir des « formes appropriées ». Cette formule conditionnelle est conforme à la jurisprudence administrative depuis l'arrêt du 2 novembre 1992 rendu dans la célèbre affaire Kherroua, qui pose des formes particulières à l'expression religieuse à l'école, mais également aux limitations de l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation. Est ainsi rappelé que l'exercice d'une liberté même fondamentale peut être assorti de limitations (de surcroît, prévues par la loi, depuis la loi du 15 mars 2004, au sens qu'en donne la Cour européenne des droits de l'Homme. En revanche, on reste dans l'expectative quant au degré de lisibilité, d'applicabilité – en un mot de prévisibilité – de la condition légale concernant la matérialité de l'abus d'expression tiré de ce que le signe ou la tenue manifestent ostensiblement une appartenance religieuse...). On ignore ici le contenu des « formes appropriées », formulées de façon vague et imprécise, et de façon insistante, nous semble-t-il, en référence aux précisions « détaillées » et écrites, répétées du directeur des affaires juridiques... Recevant du haut représentant de l'administration des « assurances et des indications » sur la liberté pour l'élève d'exprimer ses convictions religieuses (lesquelles ?), le Conseil d'État a donc estimé qu'en l'espèce il n'y avait pas d'atteinte illégale à cette liberté. Manifestement, la conviction et le raisonnement du juge résultent d'un examen très serré et circonstancié des faits de l'espèce, desquels il ne s'est pas écarté. La protection d'une liberté fondamentale était en jeu sous les contraintes des circonstances, en évitant de poser des principes généraux telle une invocation

toute théorique. L'office du juge est lié par les faits de l'espèce dont leur déroulement avant sa saisine et, aussi, ce qui apparaît fort bien dans cette affaire, pendant l'instruction de l'instance juridictionnelle. En l'espèce, l'instruction a été ponctuée par la production, à deux reprises, d'indications « détaillées » par l'administration et l'absence des plaignants qui ne sont pas présentés devant leurs juges, ni à Strasbourg, ni devant le Conseil d'État lors de sa seconde audience du 5 avril 2004 au cours de laquelle un « dialogue » ou débat contradictoire était encore possible³⁹...

Par un jugement rendu le 8 octobre 2004, pris également sous la forme des référés dans le cadre de l'article L. 521-2 précité, le Conseil d'État a également statué au regard du « motif du port d'un bandana par une élève », née, elle aussi, en 1992, année de la jurisprudence Kherroua... En l'espèce, le proviseur lui avait demandé de retirer de ses cheveux un carré de tissu de type bandana, sans autre explication semble-t-il ; puis, à défaut d'avoir obtempéré, l'avait autorisée à quitter l'établissement, avec l'accord de son père. Envoyée en permanence où était assuré son suivi pédagogique, après que le père ait été convié à une première rencontre avec le proviseur, elle ne reviendra plus dans l'établissement quelques jours après. Son père produira un certificat médical faisant état de l'état d'anxiété de sa fille et préconisant la non-fréquentation scolaire. Le Conseil d'État n'a pas retenu d'atteinte manifeste aux droits et libertés de l'élève « alors qu'un doute existe, en l'état de l'instruction, sur le motif du port du bandana par la jeune élève » et que l'administration scolaire avait décidé de « maintenir l'élève en permanence tout en poursuivant le dialogue ». L'examen des conditions matérielles ayant entouré la demande de retrait du port de la tenue a été, une nouvelle fois ici, déterminant. L'expertise technique de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation a donc encore fait mouche... dans le strict respect de la procédure. Plus épineuses, juridiquement, apparaissent en réalité les deux premières mesures du proviseur valant demande de retrait du port au motif que celui-ci était interdit par la loi et placement en permanence. En l'état de la rédaction du jugement, les décisions du proviseur sont fort contestables... ce que le Conseil d'État ne pouvait vérifier en raison de la défaillance procédurale de l'élève et de ses parents⁴⁰.

De sorte qu'en portant son contrôle sur les conditions matérielles et juridiques entourant la situation litigieuse⁴¹, le Conseil d'État, pour le moment, a évité d'interpréter la difficile question de la qualification matérielle du port d'un signe ou d'une tenue par lequel un élève manifeste ostensiblement son appartenance religieuse. L'écueil principal porte bien sur la définition de l'appartenance religieuse et la motivation de l'élève⁴². Ici, le bandana est-il

39. Cons. d'État, réf., 7 avril 2004, *JCP A*, 2004, 1554, note E. Tawil.

40. Cons. d'État, réf., 8 octobre 2004, *JCP A*, 2004, 1849, note E. Tawil.

41. L'administration ne peut exclure des élèves des cours d'enseignement sans engager de procédure disciplinaire : TA Cergy-Pontoise, Ord. 21 octobre 2004, *M. Bikramjit Singh*, *AJDA*, 2004, p. 2023. À défaut, l'administration commettrait une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense.

42. Pour une interprétation extensive de la loi quant aux motivations et à la volonté de l'élève, voir TA Melun, 19 avril 2005, *M. Gurdial Singh*, req. 05-0766/5 : « l'interdiction légale pouvait être régulièrement opposée au requérant dès lors qu'en persistant à porter le sous-turban ou keski sikh, il adoptait une tenue le faisant reconnaître immédiatement comme appartenant à la religion sikhe, et cela sans que l'administration n'ait à l'interroger sur la volonté de l'intéressé d'adopter une attitude de revendication ou de prosélytisme, ni établir que l'attitude du requérant était de nature à troubler l'ordre public. »

de nature à identifier la religion d'appartenance de celui qui le porte, même de manière ostensible ? Faudra-t-il l'interroger à ce sujet si des doutes existent ? Le doute est on le sait mauvais juge ; il est aujourd'hui l'un des éléments du débat contentieux dès lors que la loi n'a pas défini précisément la cause de l'interdit quant à sa manifestation qui soit « ostensible » et qu'un inventaire ou une liste relèvent du domaine de l'interprétation et non de la loi elle-même. Au total, cette position d'évitement⁴³ de la part des juridictions administratives, empreinte de prudence à la mesure du caractère casuistique du contentieux, est de nature à confirmer le discours du flou du droit applicable.

2. Le recours à la jurisprudence internationale des droits de l'Homme, source d'évolutions prévisibles

Tant le Gouvernement que le Parlement ont rapidement pris la mesure des engagements de la France tirés de la ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, le terme « ostensible » a été retenu, et non celui de « visible », dès lors que « proscrire tout signe visible serait faire un pas de trop, en pénétrant dans la sphère de l'intime sur laquelle l'État n'a aucun droit... Les interdire serait prendre le risque de l'incompatibilité de la loi avec la Constitution, mais aussi avec nos engagements internationaux » (rapport du sénateur Valade, *supra*). Le « réflexe européen »⁴⁴ a ainsi joué lorsqu'il s'est agi de mesurer la compatibilité du projet de loi avec la Convention européenne à l'aune de l'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Finalement convaincue de la nécessité de la compatibilité de la législation en préparation, la Commission présidentielle « Stasi » avait préalablement procédé, au mois d'octobre 2003, à l'audition du vice-président de la Cour européenne des droits de l'Homme, le juge français Jean-Paul Costa, qui s'est cru autorisé, seul, rompant ainsi avec son obligation

de réserve, de déclarer que « Si une telle loi était soumise à notre Cour, elle serait jugée conforme au modèle français de laïcité, et donc non contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme ». Cet « oracle »⁴⁵ a choqué ; son point de vue a été décisif pour emporter les suffrages des membres hésitants de la commission⁴⁶. La question de la compatibilité avec la Convention européenne apparaîtra centrale, traitée par le Conseil d'État dans son arrêt précité du 8 octobre 2004 (Union française pour la cohésion nationale)⁴⁷, alors que dans le cadre de son rapport annuel la Haute assemblée s'était bien gardée de trancher (p. 337 *sq.*). L'opinion personnelle du vice-président a pu sembler confirmée par la position retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme, le 29 juin 2004, sous son arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*. Dans cette affaire, pour écarter la requête d'une étudiante en médecine qui contestait la circulaire du recteur de l'université d'Istanbul prévoyant que les étudiantes dont la tête serait couverte ne pourraient pas assister aux cours, la Cour a en effet décidé que « la mesure incriminée peut passer pour compatible avec les buts légitimes énumérés à l'article 9, alinéa 2, de la Convention, compte tenu de l'importance de la sauvegarde du principe de laïcité en Turquie »⁴⁸. La Cour avait au préalable jugé que la réglementation représentait bien une ingérence dans la liberté de religion des étudiants du fait de l'interdiction administrative et non d'une sanction disciplinaire. Une fois retenue l'existence de l'ingérence *in casu*, fidèle à sa méthode juridictionnelle, la Cour avait procédé à l'examen de l'affaire au terme duquel elle vérifiait si la limitation et sa nécessité étaient prévues par la loi ; enfin, si dans une société démocratique elle poursuivait un objectif légitime et proportionné au but recherché. Contrairement à une lecture rapide, volant au soutien des intérêts des partisans de la loi du 15 mars 2004, la solution de l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* ne peut être transposée *ipso facto* à la situation française⁴⁹. Tout d'abord, la question

43. Voir aussi TA Caen, réf., 16 mars 2005, *M. et Mme Kervanci*, req. n° 0500573. Sur le droit à l'éducation de l'élève respecté nonobstant la procédure disciplinaire diligentée, TA Caen, réf., 19 octobre 2004, *M. et Mme Seref Bayrak*, n° 0402151.

44. Voir également la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 rendue par le Conseil constitutionnel sur la question de savoir si l'autorisation de ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe doit être précédée d'une révision de la Constitution : « la Cour européenne des droits de l'Homme [...] par la décision *Leyla Sahin c. Turquie* [...] a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité [...] et [qu'elle laisse] aux États une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales. » Signalons ici que le Conseil constitutionnel a pris la mesure de l'arrêt rendu le 29 juin 2004 par la Cour européenne dans l'affaire *Leyla Sahin* alors que cette décision n'est pas définitive puisque renvoyée devant la Grande chambre de la Cour. Cette référence solennelle marque de la sorte le fort attachement du Conseil constitutionnel au dialogue des juges et aussi à la tradition juridique nationale telle que confirmée à Strasbourg (*D.*, 2005, n° 17, p. 1131-1132).

45. Selon le mot de R. Libchaber, « À la croisée des interprétations... » : « On n'avait jamais pris conscience de ce que la décision d'un pays tout entier pût être suspendue aux lèvres d'un seul – fût-il l'oracle inspiré d'une Divinité juridique étrangère. » Voir également les critiques de E. Bribosia et I. Rorive, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 60, 2004, p. 983.

46. Pour Jean-François Flauss, « Bien que techniquement approximative et déontologiquement hasardeuse, la prise de position du vice-président de la Cour européenne des droits de l'Homme a fait florès [...]. Le point de vue défendu par le juge français [...] est loin de faire l'unanimité parmi ses collègues ou anciens collègues du Palais Royal » (« Les signes religieux », p. 100 et 111).

47. Jean-François Flauss (« Les signes religieux ») explique que le brevet de conventionnalité décerné par le Conseil d'État ne saurait être une « assurance tous risques ». En revanche, le même auteur (*AJDA*, 4 octobre 2004, p. 1816 *sq.*), tout en faisant observer que l'arrêt du 29 juin 2004, rendu par une chambre, n'est pas définitif, considère que le dispositif français au regard de cette position européenne respecte la Convention européenne au regard du critère de la prévalence du « contexte de laïcité constitutionnelle » (entendu non pas au sens de la laïcité défini sur les bords de Seine, « à la française », mais au sens de « laïcité culturelle », concept transnational tel que présenté par Jean-Paul Willaime). Cette conception résulte de l'évolution jurisprudentielle marquée par le traitement et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire dite *Refah Partisi c. Turquie*, érigeant la laïcité constitutionnelle et culturelle en valeur de la Convention européenne (Voir A. Garay, *Islam et ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'Homme*, à paraître).

48. Voir les articles de G. Yıldızim (*Recueil Dalloz*, 20 janvier 2005, p. 204 *sq.*), B. Bonnet (*La Semaine juridique*, 2 février 2005, II, 10016, p. 223 *sq.*) et M. Lombard (*Revue mensuelle du JurisClasseur – Droit administratif*, octobre 2004, p. 33 *sq.*).

49. Frédéric Sudre affirme en référence à l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* que « toute transposition de la solution retenue à la situation française [...] semble hasardeuse tant la décision de la Cour est soigneusement circonscrite au contexte turc » (*JCP*, 2004, I, 161, spéc. p. 1580). Ronny Abraham, directeur des

se pose de savoir si le régime juridique institué en France assure une prévisibilité suffisante dans le cadre des conditions ainsi énoncées par la jurisprudence de la Cour : « la norme restrictive doit être énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite. En s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, avec un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁵⁰. Or, en pratique, la loi du 15 mars 2004, quant à sa lisibilité et à sa prévisibilité, exige des efforts de contorsionniste et de « futurologue ». La motivation des décisions rendues à ce jour par les juridictions administratives traduit à sa façon l'insuffisance de lisibilité et de prévisibilité requise (voir l'ordonnance du Tribunal administratif de Caen en date du 16 mars 2005 qui, en trois lignes, tranche ainsi un recours contre une décision préfectorale qui confirme une sanction d'exclusion définitive d'une élève – port d'un « voile islamique enserrant son visage », suivi du port d'un « bonnet noir brodé couvrant sa tête », et enfin, du port d'un « bonnet de laine noir couvrant l'ensemble de sa chevelure » : « Considérant cependant qu'en l'état de l'instruction aucun des moyens invoqués n'est de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée »). Cette incertitude résultant du caractère extrêmement laconique et spécieux de la motivation contentieuse n'est pas sans surprendre en présence de droits fondamentaux en cause... Mais il y a plus. L'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* était-il de nature à confirmer la légalité conventionnelle de la loi du 15 mars 2004 quant au critère de nécessité et de proportionnalité de l'ingérence mais également sa légitimité⁵¹ ? On connaît l'attachement que la Cour européenne réserve à cette méthode juridictionnelle. Rien n'est moins sûr au regard même de la prise en compte de la marge étatique ou nationale d'appréciation (« marge de manœuvre laissée au décideur national », § 100 *sq.*)⁵². Quelle était, en Turquie et en France, la marge de manœuvre étatique et nationale ? Le Gouvernement turc était pris entre plusieurs feux dès lors que de sérieuses menaces pesaient sur l'État démocratique à l'époque des faits en raison de l'extrémisme islamique politico-religieux qui conférait aux signes religieux en cause un statut politique (108)⁵³. En France, le

Gouvernement disposait d'une grande liberté que les faits quantitatifs n'ont jamais *a priori* et *a posteriori* démenti. Marge très large du fait même de la méthode du Conseil d'État qui par une « motivation purement abstraite »⁵⁴ a apporté la preuve de l'absence même d'éléments de faits déterminants qui justifieraient matériellement la légitimité et la nécessité de l'interdiction légale ainsi que la proportionnalité des sanctions. Depuis la rentrée scolaire 2004-2005, lorsqu'il a été saisi, c'est en effet en des termes généraux et théoriques que le Conseil d'État a fondé son raisonnement, *in abstracto*, sans pouvoir s'appuyer sur une démonstration convaincante. Mais, le pouvait-il compte tenu des termes de la loi ? Pas vraiment⁵⁵.

En l'état, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, rare, prudente et évolutive, est incertaine en raison de la complexité du sujet qui porte sur des valeurs qui en Europe divisent⁵⁶. Cette jurisprudence – en attente de l'arrêt qui sera rendu par la Grande chambre de la Cour européenne – doit aussi être mise en perspective avec les constatations du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies⁵⁷. Cet organe de surveillance des engagements des États, fondés sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, méconnus de la majorité mais non des spécialistes, a été conduit à exprimer une position qui semble prendre le contre-pied de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'unanimité juridique ne doit donc pas faire diversion d'autant que la position des autorités françaises est susceptible dans le futur d'être soumise au Comité des droits de l'Homme. Devant le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, Raihon Hudoyberganova, étudiante à la faculté des langues à Tashkent (Ouzbékistan), aura eu plus de succès que Leyla Sahin. Dans la constatation n° 931 / 2000 rendue le 18 janvier 2005, le Comité des droits de l'Homme, conformément au paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif au Pacte international, a constaté que : « *The author's claim that her right to freedom of thought, conscience and religion was violated as she was excluded from University because she refused to remove the headscarf that she wore in accordance with her beliefs. The Committee considers that the freedom to manifest one's religion encompasses the right to wear clothes or attire in public which is in*

affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, en référence à la loi française, a expliqué qu'« il est très difficile de prévoir ce que la Cour de Strasbourg jugerait en pareil cas » (Rapport n° 1381, Commission des lois constitutionnelles, P. Clément, JOAN, Doc., session 2004, p. 26).

50. 9 octobre 2003, *Slivenko et autres c. Russie*, cité par J.-F. Flauss, « Les signes religieux », p. 111. Ici est visé le recours à des experts juridiques... La loi du 15 mars 2004 oblige à une connaissance d'un interdit dont la compréhension n'est ni claire ni évidente... L'avocat-conseil *a posteriori* peut être, pour la partie mise en cause, d'un recours utile, implicitement dans la phase de dialogue et explicitement devant la Conseil de discipline, pour expliquer, expliciter, offrir des éclaircissements... et assurer une assistance ou une défense s'agissant de l'appartenance religieuse...

51. Voir les développements de V. Fabre-Alibert, « La loi française du 15 mars 2004... », p. 575 *sq.*

52. Dans son arrêt *Leyla Sahin*, la Cour européenne précise que la marge étatique ou nationale d'appréciation est déterminante à la condition qu'existent de profondes divergences divisant un État démocratique en l'absence d'uniformité de solutions en Europe quant à la réglementation en cause (voir E. Bribosia, I. Rorive, « Le voile à l'école : une Europe divisée »).

53. Lire la note précitée de Gulsen Yildirim mais également les éléments du contentieux européen *Refah Partidi c. Turquie*.

54. F. Rollin, p. 44.

55. En outre, pour Jean-François Flauss, « La pratique non harmonisée suivie par les conseils de discipline des lycées et des collèges devient suspecte au regard de la Cour européenne des droits de l'Homme à partir du moment notamment où la sanction la plus lourde, l'exclusion définitive, a été édictée *ex abrupto*, sans passage préalable par le prononcé de sanctions plus légères » (« Les signes religieux », p. 109. L'auteur souligne qu'ici le contrôle européen est « particulièrement tatillon »).

56. Voir l'article d'A. Debet, « Signes religieux et jurisprudence européenne », *Archives de philosophie du droit*, n° 48, 2005, *La Laïcité*.

57. Pour une présentation récente et efficace du système onusien de contrôle et de surveillance des droits de l'Homme, lire l'ouvrage de N. Bouziri intitulé *La Protection des droits civils et politiques par l'ONU – L'œuvre du Comité des droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2003.

conformity with the individual's faith or religion. Furthermore, it considers that to prevent a person from wearing religious clothing in public or in private may constitute a violation of article 18, § 2, which prohibits any coercion that would impair the individual's freedom to have or adopt a religion. As reflected in the Committee's General Comment n° 22 (5), policies or practices that have the same intention or effect as direct coercion, such as those restricting access to education, are inconsistent with article 18, § 2 [...]. Neither the author nor the State party have specified what precise kind of attire the author wore and which was referred to as "hijab" by both parties [...]. The State party is under an obligation to provide to the author with an effective remedy. The State party is under the obligation to take measures to prevent similar violations in the future. » Ici, la prudence est donc de mise, l'Ouzbékistan n'est pas la France... la Turquie non plus, donc.

III. Conclusion

A priori la loi concerne avant tout une question d'éducation, d'institution scolaire qui doit être « protégée des revendications communautaires » (cf. la circulaire du 18 mai 2004) justifiant un dispositif nouveau dans le code de l'éducation. Fortement marquée par les solutions du contentieux administratif de la discipline scolaire, le nouveau régime légal n'est manifestement pas un moyen d'apaisement, ce que la loi, techniquement, ne saurait être⁵⁸. En France, le mélange « école » (ajout au code de l'éducation) et « laïcité » (au nom de son application) est, à certains égards, explosif. Sous la pression des mécanismes de la démocratie d'opinion et la tendance nationale à « encadrer », à « appliquer », le choix de l'interdiction de l'abus d'appartenance religieuse, symbolique et draconien, est-il un facteur de modernité démocratique ou un signe d'archaïsme démocratique ? Poser la question est déjà y répondre. Et contredire le « tsunami laïque », qui a mobilisé pendant des mois d'onéreuses ressources humaines et matérielles, expose celui qui y résiste à être noyé par un raz de marée...

Clarification⁵⁹ ou écran de fumée ? Loi de circonstance, élaborée au nom du principe de réalité ? Loi contre-

feu ou d'évitement au débat sur l'éventuelle révision, au tournant de son centenaire, de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ? Le retour dans l'actualité et la focalisation sur « l'affaire du voile ou du foulard islamique » est-elle un moyen d'éviter d'aborder les questions techniques, en suspens, du régime juridique de la liberté de religion en France (statut des « associations religieuses », fiscalité dérogatoire, etc.) ? La question est-elle close alors que « l'on s'est convaincu collectivement de la nécessité de légiférer »⁶⁰ ? Pas si sûr en présence du suivi politique assuré par certains élus (voir la déclaration écrite, rendue publique le 21 février 2005, sur la liberté de religion en France et en Europe, des cinq députés européens dont les Français Alain Lipietz et Caroline Lucas) et les constats et observations d'Asma Jahangir, rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté de religion et de conviction, attentifs aux développements des tensions existantes⁶¹. Quelles seront, surtout, les évolutions contentieuses internationales ?

La loi du 15 mars 2004 rappelle que l'ordre des libertés et l'ordre des réalités, ici en dispute, restent en conflit sur fond de crise des valeurs démocratiques menacées par une politisation partisane des enjeux de société mais aussi par des surenchères politico-religieuses. Aujourd'hui, cette question, en apparence mineure, a une portée transnationale quant aux « modèles » ou aux standards des politiques publiques confrontées aux discours sur le « communautarisme »⁶², sur la protection du statut de la femme « menacée » par l'obligation de porter une tenue ou un signe d'appartenance religieuse, sur les constats, élaborés à l'étranger, mêlés d'incompréhensions et de critiques. La volonté politique qui s'est affirmée – qualifiée de « sursaut national » – reflète de la sorte les interrogations d'une société française crispée sur la question identitaire dont le modèle d'intégration serait en panne... La République, troublée, a été appelée à la rescousse à grand renfort de discours présidentiel : « La République s'opposera à tout ce qui sépare, à tout ce qui retranche, à tout ce qui exclut » (Jacques Chirac, le 17 décembre 2003, au Palais de l'Élysée, dans son *Discours relatif au principe de laïcité dans la République*)⁶³. C'est donc de philosophie politique et d'enjeux

58. J.-P. Camby, « Le principe de laïcité : l'apaisement par le droit », *Revue de droit public*, n° 1, 2005, p. 3 sq. Le régime juridique institué par la loi du 15 mars 2004 résultera donc en grande partie des solutions contentieuses. Chassez le contentieux, il revient au grand galop.

59. J.-L. Schlegel, « Loi sur le voile : la clarification a-t-elle eu lieu ? », *Esprit*, mars-avril 2004, p. 284.

60. P. Jan, « La laïcité à l'école... », p. 301.

61. Voir son rapport E/CN.4/2005/61 du 20 décembre 2004, soumis à la 61^e session de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, qui pointe du doigt la France en raison des effets de la loi du 15 mars 2004.

62. « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, juillet-septembre 2003, p. 575-580. Pour l'auteur, par « communautarisme », on entend « l'affaiblissement de la prise en compte abstraite de l'individu au profit de la surévaluation de certains de ses traits physiques, ethniques, religieux ou sexuels – l'essentiel étant qu'ils soient considérés comme débouchant sur une vision du monde particulière, commune à ceux qui les ont en partage. Cette surévaluation conduit à une réduction de l'individu à telle ou telle de ses particularités, et à une demande de réorganisation de son statut déterminée par la culture ainsi induite. Relayée par l'idéologie individualiste des droits de l'Homme, cette conception milite pour une double diversification des droits : le communautarisme exalte l'individu, mais seulement après l'avoir fondu dans le groupe ; la différence est sanctifiée au prix d'une fusion préalable, comme si la reconnaissance individuelle devait passer par l'assomption d'une communauté emblématique. Qui plus est, cette revendication utilise le levier des droits de l'Homme, alors même que les grandes déclarations qui en ont exprimé l'idéologie avaient pris la précaution d'établir un homme abstrait, en l'extrayant des statuts particuliers où le xviii^e siècle enracinait encore les individus ». Selon la circulaire du 18 mai 2004, le principe de laïcité repose sur « le respect de la liberté de conscience et sur l'affirmation de valeurs communes qui fondent l'unité nationale par-delà les appartenances particulières ».

63. Consulter l'excellent *Guide républicain – L'idée républicaine aujourd'hui* (Paris, Delagrave, 2004), préparé par le ministère de l'Éducation nationale qui regroupe le discours présidentiel dans son intégralité, un abécédaire des notions républicaines, une anthologie de 88 textes ainsi que des repères et des références.

démocratiques dont il s'agit dès lors que l'exercice d'un comportement est soumis à la contrainte de l'interdiction et à sa sanction. Les démocrates se méfient des interdits décidés au nom d'une vision du monde d'ordre philosophique ou culturelle, l'ordre public ni la protection des droits et liberté d'autrui n'étant *in concreto* compromis. Le repli ou le réflexe de l'interdit, dans sa négativité, singularise une partie de la société française, soumise aux refus et au « non »⁶⁴. Il n'en reste pas moins qu'en pratique, la mission des autorités scolaires reste extrêmement difficile, soumise – ou non – à l'interdiction légale, subordonnée ici à l'ordre des convictions (« je manifeste mon appartenance religieuse ostensiblement même à l'école »).

Par son geste d'apaisement envers les croyants, après la querelle dite des « manuels scolaires » laïcisés par la loi du 28 mars 1882, Jules Ferry, ministre de l'Instruction publique, dans sa fameuse *Lettre aux instituteurs* en date du 17 novembre 1883, rappelait aux enseignants : « Vous n'êtes point l'apôtre d'un nouvel Évangile : le législateur n'a voulu faire de vous ni un philosophe ni un théologien

improvisé. » S'agissant de manifestation ostensible de l'appartenance religieuse à l'école républicaine, cette remarque résonne encore. Et le paradoxe, à son comble, reste des plus ambigus, la République déclamant : « élèves et croyants, je ne vous reconnais pas en tant que tel mais, si vous manifestez ostensiblement votre appartenance religieuse, je vous l'interdis alors, même si la loi m'interdit de reconnaître votre religion... ».

Les autorités scolaires, promptes pour certaines à réclamer de la clarté, sont plus que jamais soumises aux aléas du « boomerang » de l'interdiction légale, ô combien difficile à manier, une fois la voie du dialogue lancée... Sauront-elles se livrer et satisfaire aux exigences d'un bilan qualitatif et quantitatif? Question d'importance. Il y va de l'exercice effectif des droits, des libertés et des obligations fondamentales des élèves au sein d'une école plus que jamais évaluée et, en quelque sorte, « sanctuarisée »⁶⁵ parce que porteuse de valeurs symboliques, tout à la fois démocratiques.

64. Lire l'article d'A. Faure (chercheur en science politique), « Soubassements et sens cachés du non en politique », *Le Monde*, 25 mars 2005, p. 15.

65. Philippe Blondel souligne que la loi du 15 mars 2004 aménage à l'école une sorte de « repentir actif » dès lors qu'elle prévoit « un préalable obligatoire avant que puisse être engagée une procédure disciplinaire car, sans le dire, l'interdit et l'échec du dialogue doivent normalement déboucher sur une exclusion » (« Quelle jurisprudence pour la nouvelle loi sur les signes religieux ? », p. 212).