

Controverses autour de la loi du 15 mars 2004 : laïcité, constitutionnalité et conventionnalité

Julie BRAU

ATER en Droit public à l'Université Montesquieu Bordeaux IV

Membre du CERCCLÉ

La discrétion avec laquelle a été célébré le centenaire de la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat¹, pourtant considérée comme pilier de la République, démontre clairement que les controverses sur la loi du 15 mars 2004, interdisant le port des signes d'appartenance religieuse à l'école, sont encore vivaces dans les esprits.

Alors que nombre de pays européens ont choisi la voie de la sécularisation, c'est-à-dire l'organisation des rapports entre le politique et le religieux afin d'assurer leur indépendance mutuelle², la France a, depuis longtemps déjà, préféré leur séparation pure et simple. Clé de voûte de la transformation des rapports entre l'Eglise et l'Etat, la laïcité - entendue comme le refus de l'assujettissement du politique au religieux, ou réciproquement - est le fruit d'un long processus historique³ et a véritablement fait ses premiers pas avec l'adoption de la loi du 9 décembre 1905 définissant le régime juridique des relations entre l'Etat et les cultes et cela, alors même que cette dernière ne fait aucune mention explicite à la laïcité. Il faudra attendre l'article 1^{er} de la Constitution de 1946 et l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 au terme duquel « La France est une République indivisible, laïque et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances », pour que le principe de laïcité reçoive finalement une consécration constitutionnelle.

Cependant, cette affirmation résolue du principe de laïcité ne s'est pas fait sans heurt : généralement conflictuels, les rapports entre le politique et le religieux ont finalement pu être pacifiés grâce à une application et une interprétation libérale de la loi de 1905 par le Conseil d'Etat, permettant ainsi « le passage d'une laïcité de « combat » à une laïcité apaisée »⁴. L'équilibre ainsi réalisé par la loi de 1905 s'avère malgré tout fragile : concept loin d'être univoque, la laïcité redevient régulièrement le terrain d'affrontements plus ou moins violents. En effet, si le concept peut recevoir une multitude d'interprétations, dont certaines peuvent parfois se révéler excessives, ce n'est pas pour autant qu'il est susceptible de n'importe quelle interprétation⁵, bien au contraire. Le choix de l'interprétation la plus juste est d'ailleurs d'autant plus délicat qu'il dépend également, pour une large part, de « l'évolution de la société dans laquelle il intervient, des attentes du corps social comme des exigences de l'Etat de droit »⁶ : c'est, par conséquent, un concept en constante évolution dont l'interprétation peut fluctuer dans le temps.

¹ N. Weill, « Cent ans après, la loi sur la laïcité est l'enjeu de nouveaux débats », *Le Monde*, 14 février 2005.

² A. Martin, « Laïcité, sécularisation et migration en Europe occidentale », *Communication présentée au VI Congrès mondial de droit constitutionnel*, Santiago du Chili, 12-16 janvier 2004, p. 1.

³ L'idée de laïcité a tout d'abord été sous-jacente à la Constitution du 3 septembre 1791 et transparaît au travers de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 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 ». L'évolution des rapports entre la religion et l'Etat a également été marquée par le Concordat.

⁴ « Un siècle de laïcité », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, Rapport public, 2004, p. 246.

⁵ Le principe de laïcité doit être interprété de manière à être concilié avec un autre principe constitutionnel potentiellement contradictoire, la liberté de religion affirmée dès 1789 et reprise dans les textes constitutionnels de 1946 et 1958. In L. Favoreu, « Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige », *Le Monde*, 6 décembre 2003.

⁶ Rapport du Haut conseil à l'intégration (HCI), *L'islam dans la République*, 2000.

Ainsi, face à l'évolution qu'a connue la France ces dernières années, notamment avec la montée de l'islam⁷, la nécessité de « revisiter » le principe de laïcité a commencé à se faire ressentir et ce, à double titre : afin de prendre enfin en compte l'islam qui est, jusqu'à présent, resté ignoré de notre dispositif législatif⁸ et pour apaiser la crainte du fondamentalisme musulman qui commence à se manifester au sein de la population, cette dernière assimilant à tort islam et islamisme⁹. Et c'est sur la question scolaire, terrain de prédilection du principe de laïcité, et plus précisément au travers de la question du droit applicable en matière de port de signes d'appartenance religieuse à l'école, qu'a éclaté une controverse sans précédent. En effet, l'interprétation libérale du concept de laïcité jusqu'alors retenue par le Conseil d'Etat (notamment dans son avis de 1989) ne semblait plus à même de faire face au mécontentement croissant des chefs d'établissement et des enseignants. Dans un contexte tendu de remise en cause non seulement du principe de laïcité mais aussi du principe de l'égalité de l'homme et de la femme, il est apparu nécessaire de procéder à une réaffirmation du principe de laïcité. A cet effet, a été adoptée la loi du 15 mars 2004 « encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics ». Conçue comme moyen d'apaiser les conflits autour du principe de laïcité, la loi du 15 mars 2004, les a, au contraire, envenimés. En effet, tant la nécessité de recourir à une loi¹⁰ que l'interprétation du concept de laïcité retenue par le législateur ont fait l'objet de vives contestations. Aussi, si la voie législative était la seule alternative au regard de la Constitution¹¹ en vue d'une réaffirmation du principe de laïcité, il en va tout autrement quant à l'interprétation retenue du concept. En posant une interdiction générale de port des signes religieux dans les établissements scolaires, la loi du 15 mars 2004 procède à une inversion pure et simple du principe jusqu'alors applicable (I), ce qui pose indubitablement la question de sa compatibilité non seulement avec la Constitution du 4 octobre 1958 mais aussi avec la Convention européenne des droits de l'homme (II).

I- Le cœur de la controverse : le changement d'interprétation du concept de laïcité.

Alors que généralement le législateur intervient en prenant pour base de son intervention le régime jurisprudentiel existant afin de le préciser, voir de le corriger¹², il n'en a pas été ainsi dans le cas qui nous occupe. En effet, si, au départ, l'adoption d'une loi sur la laïcité visait principalement à faciliter l'application des solutions jurisprudentielles¹³, c'est finalement une toute autre solution qui a été retenue par le législateur, solution en rupture totale avec la jurisprudence du Conseil d'Etat.

⁷ La France compte aujourd'hui un peu plus de quatre millions de musulmans, l'islam devenant ainsi la deuxième religion de France. Cf. V. Fabre-Alibert, « La loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 576.

⁸ La loi du 9 décembre 1905 n'a pu prendre en compte ce phénomène migratoire, la communauté musulmane n'ayant pris incontestablement de l'importance d'un point de vue social en France qu'à partir de la Deuxième Guerre mondiale.

⁹ V. Fabre-Alibert, *op.cit.*, p. 579.

¹⁰ F. Bussy, « Le débat sur la laïcité et la loi », *Daloz*, chron., 2004, pp. 2666-2674.

¹¹ En effet, d'une part, seule une loi pouvait concilier différents principes constitutionnels potentiellement contradictoires et, d'autre part, la voie législative était quoi qu'il arrive imposée par l'article 34 de la Constitution qui dispose que « la loi fixe les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », in L. Favoreu, « Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige », *Le Monde*, 6 décembre 2003.

¹² S. Théron, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 230.

¹³ N. Sarkozy considérait notamment qu'« on était plus proche d'une codification de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Le Monde*, 19 décembre 2003.

A- L'interprétation libérale du concept de laïcité par le Conseil d'Etat.

C'est suite à l'affaire dite du foulard islamique dans les établissements scolaires, à l'automne 1989, que le Conseil d'Etat fut saisi pour avis de la question du port de signes religieux au sein des établissements scolaires par le ministre de l'Education nationale de l'époque, Monsieur Lionel Jospin. En effet, trois jeunes filles avaient été expulsées d'un collège de Creil en raison de leur refus d'ôter leur voile, ce qui constituait, pour le proviseur du dit collège, une grave atteinte au principe de laïcité. Face à cette crise qui prit vite une ampleur nationale, les responsables politiques se montrèrent incapables de trancher la question, oscillant entre le respect du principe de laïcité, le respect de la liberté de religion et la nécessité d'instaurer un dialogue. La demande d'avis au Conseil d'Etat apparaissait alors comme un moyen d'apaiser les tensions.

Se basant sur le principe constitutionnel de laïcité de l'Etat et sur les différents traités internationaux souscrits par la France¹⁴, c'est une interprétation libérale du concept de laïcité qui est alors retenue par le Conseil d'Etat dans son avis du 27 novembre 1989. Ce dernier pose en effet le principe de la compatibilité du port de signes d'appartenance religieuse avec le principe de laïcité, les normes constitutionnelles consacrant le principe de laïcité et la liberté de conscience accordant, au bénéfice des élèves, « le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires »¹⁵.

La laïcité, en tant que liberté publique¹⁶, n'a cependant pas un caractère absolu et trouve naturellement sa limite dans les exigences du respect de l'ordre public et des droits fondamentaux d'autrui. Tirant les conséquences de cet état de fait, le Conseil d'Etat a pris soin d'assortir le principe de liberté de nombreuses limitations : le port d'un signe d'appartenance religieuse ne doit pas constituer « un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, [porter] atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, [compromettre] leur santé ou leur sécurité, perturber le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin [troubler] l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public »¹⁷.

Le principe posé étant celui de la liberté du port des signes religieux¹⁸, seules des circonstances particulières peuvent alors venir justifier des mesures d'interdiction. Ainsi, sont annulées par le juge les dispositions de règlements intérieurs d'établissements interdisant le port de signes distinctifs dès lors qu'elles comportent une interdiction générale¹⁹. La mesure d'interdiction se trouvera cependant justifiée si le chef d'établissement démontre l'existence d'un trouble, d'une menace ou d'un désordre : ainsi, ce n'est pas le caractère ostentatoire en lui-même qui justifie la mesure d'interdiction, mais les effets produits par le port du signe religieux, même si le Conseil d'Etat admet que le caractère ostentatoire d'un signe est susceptible de produire de tels effets, qui eux vont justifier la mesure d'interdiction²⁰.

¹⁴ On peut notamment citer la Convention européenne des droits de l'homme ou le Pacte de New York de 1966

¹⁵ CE, avis du 27 novembre 1989.

¹⁶ La laïcité est, en effet, traitée en France comme une liberté publique et non comme un droit de l'homme. En tant que caractère que l'Etat se donne à lui-même pour garantir la liberté en général, la laïcité n'a pas de sujet pour l'exercer. In M. Troper, « Le principe de laïcité », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2000, p. 443.

¹⁷ CE, avis du 27 novembre 1989.

¹⁸ La solution retenue par le Conseil d'Etat dans son avis sera reprise par le ministre de l'Education nationale dans une circulaire du 12 décembre 1989.

¹⁹ CE., 2 novembre 1992, Kherrouaa, *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 112.

²⁰ A. Garay et E. Tawil, « Tumulte autour de la laïcité », *Dalloz*, 2004, p. 227.

Seront alors confirmées les décisions d'exclusion de jeunes filles refusant d'ôter leur voile en cours d'éducation physique et sportive, le juge considérant « le port du foulard incompatible avec le déroulement des cours d'éducation physique »²¹.

L'application du principe s'apprécie alors au cas par cas, fonction des circonstances entourant chaque affaire et cette absence d'application uniforme de la règle n'est pas sans créer un véritable sentiment d'insécurité juridique en la matière et ceci, d'autant plus que les « affaires » se multiplient.

Devant ce nouveau « malaise », il est apparu plus que nécessaire de réaffirmer de manière claire et définitive, au travers d'une loi, le principe de laïcité dans les écoles. En effet, « quelle que soit l'ingéniosité du système mis au point par le Haut Conseil, ce « bricolage normatif » ne peut tenir indéfiniment au regard des exigences constitutionnelles et même européennes. Au Portugal, le Tribunal constitutionnel pourrait être saisi pour que soit condamné ce que l'on appelle « une omission législative » »²².

B- Le durcissement de l'interprétation du concept de laïcité avec l'adoption de la loi du 15 mars 2004.

Deux instances ont été mises en place afin de juger de la nécessité d'une intervention législative en ce domaine. Ainsi, la commission présidée par Bernard Stasi, mise en place le 1^{er} juillet 2003, et la mission d'information conduite par le Président de l'Assemblée nationale, Jean-Louis Debré, ont toutes deux répondu par l'affirmative²³, le régime juridique en vigueur « ne permettant pas de répondre au désarroi des chefs d'établissements et des enseignants confrontés à cette question. Surtout, il subordonne les conditions d'exercice d'une liberté fondamentale à des circonstances locales »²⁴. Aussi, même si l'unanimité n'était pas de mise²⁵, c'est une réaffirmation claire du principe de laïcité devant faire l'objet « d'une disposition législative qui interdira expressément le port visible de tout signe d'appartenance religieuse ou politique dans l'enceinte des établissements scolaires »²⁶ qui a été préconisée par la commission Stasi, et en faveur de laquelle s'est prononcé officiellement le Chef de l'Etat dans son discours du 17 décembre 2003.

Chargé de mettre en œuvre la décision du Chef de l'Etat, le Gouvernement a alors pris le parti d'agir vite, la loi devant être mise en application dès la rentrée scolaire suivant sa publication au Journal Officiel.

Pour se faire, le Conseil d'Etat a été saisi pour avis dès le 22 janvier 2004. Aussi surprenant que cela puisse paraître, c'est un avis favorable qui a été rendu par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat sur le projet de loi²⁷, l'interdiction dans ledit projet ne concernant pas les signes religieux eux-même, mais leur port. En « avalisant » une loi prohibant de manière

²¹ CE., 10 mars 1995, M. et Mme Aoukili, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 153.

²² L. Favoreu reproche, en effet, au Parlement de s'être défaussé sur le Conseil d'Etat de la tâche qui lui incombait constitutionnellement, à savoir, définir les conditions d'exercice d'une liberté fondamentale et opérer sa conciliation avec le principe constitutionnel de liberté de religion. In « Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige », *Le Monde*, 6 décembre 2003.

²³ La nécessité d'adopter une loi en la matière semble confirmée par le dépôt, lors de la douzième législature, de plusieurs propositions de lois.

²⁴ Rapport de la commission Stasi sur la laïcité, *Le Monde*, 12 décembre 2003.

²⁵ Le rapport d'étape de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur *la laïcité aujourd'hui*, remis au Premier ministre le 15 décembre 2003, considérait notamment, « qu'il serait contre-productif de grossir des phénomènes politico-religieux marginaux, que certains cherchent à exploiter, alors que la situation d'ensemble autorise en réalité un certain optimisme ». Considéré comme un « anti-rapport Stasi », il a été pratiquement étouffé.

²⁶ Rapport de la commission Stasi sur la laïcité, *op. cit.*

²⁷ P. Bernard, « Le Conseil d'Etat juge le projet de loi sur la laïcité conforme à la Constitution », *Le Monde*, 27 janvier 2004.

générale le port de signes ostensibles, le Conseil d'Etat a renoncé par là même à sa propre interprétation du concept de laïcité et, par conséquent, à sa jurisprudence antérieure.

La question qui se pose alors est celle de savoir ce qui a bien pu conditionner ce changement d'interprétation. Une chose est sûre, c'est que cette interprétation renouvelée du principe de laïcité n'est pas due à un changement dans les textes : c'est, en effet, sur la base des mêmes textes qu'en 1989 que le Conseil d'Etat a rendu son avis en 2004. La réponse doit alors être cherchée ailleurs, et plus spécialement dans le changement de contexte intervenu depuis 1989. Concept en constante évolution, la laïcité doit être sans cesse interprétée au regard de « l'évolution de la société dans laquelle il intervient, des attentes du corps social comme des exigences de l'Etat de droit »²⁸. Le changement d'interprétation est donc intrinsèque au concept même de laïcité. C'est alors l'aggravation du contexte, principalement due à « la pression sur les jeunes filles exercées tant par les familles que par les milieux islamistes »²⁹, constatée par le Conseil d'Etat qui vient justifier une nouvelle interprétation du concept de laïcité. Alors qu'en 1989, il s'agissait de garantir la liberté d'expression des élèves et le droit d'exercer la religion de leur choix, aujourd'hui, il convient de sauvegarder le principe d'égalité entre les hommes et les femmes et la liberté des jeunes filles musulmanes de vivre comme bon leur semble.

Adopté en Conseil des ministres le 28 janvier 2004, le projet de loi a alors été défendu par le Premier ministre devant l'Assemblée nationale le 3 février 2004. Suscitant un vaste débat devant l'Assemblée lors de son examen débutant le 3 février³⁰, un consensus a malgré tout été trouvé mais ceci au prix de deux modifications importantes du texte initial : l'intitulé même de la loi a été changé pour devenir « projet de loi 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 » ; une précision non négligeable a été ensuite ajoutée précisant que le port de signes religieux discrets était cependant autorisé³¹. Ainsi modifié, le projet de loi a été adopté en termes identiques le 3 mars 2004.

En définitive, en prohibant de manière générale le port de signes ostensibles et donc, en inversant le principe, la loi a-t-elle mis fin à l'embarras des chefs d'établissements et des enseignants ? Bien qu'il paraisse trop tôt pour se prononcer de manière catégorique, on peut tout de même d'ores et déjà apporter quelques éléments de réponse.

Il se trouve, en effet, que la loi française du 15 mars 2004, dont certains la voulaient claire et le moins possible sujette à interprétation³², repose en réalité sur des notions que l'on peut qualifier de « floues », et reste, de ce fait, largement tributaire de l'interprétation qui en sera donnée³³, et ceci, même si la circulaire du 18 mai 2004 mettant en œuvre la loi du 15 mars 2004³⁴ apporte tout de même de précieuses précisions : elle délimite considérablement le champ d'application de la loi en donnant notamment quelques exemples de signes prohibés tels que le voile islamique, la kippa ou encore une croix de dimension manifestement excessive. Aussi, bien que le Conseil d'Etat considère qu'il n'est question que d'une

²⁸ Rapport du Haut conseil à l'intégration (HCI), *L'islam dans la République*, 2000.

²⁹ V. Fabre-Alibert, *op. cit.*, p. 587.

³⁰ Cent orateurs se sont en effet inscrits à la discussion générale.

³¹ Ce tempérament apporté à la nouvelle interdiction avait été annoncé par la Président de la République dès son discours du 17 décembre 2003.

³² La mission parlementaire, dite « mission Debré », préconisait que soit introduite « une disposition législative brève, simple, claire, le moins possible sujette à interprétation, posant le principe de l'interdiction du port visible de tout signe religieux et politique dans l'enceinte des établissements scolaires », in « La mission Debré propose à la quasi-unanimité une loi prohibant tout signe religieux ou politique à l'école », *Le Monde*, 6 décembre 2003.

³³ F. Bussy, « Le débat sur la laïcité et la loi », *Dalloz*, 2004, pp. 2666-2674.

³⁴ Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n°2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et établissements publics, *Journal Officiel de la République française*, 22 mai 2004, pp. 9033-9035.

réitération de la loi³⁵, on peut se demander, si elle ne va pas plus loin qu'une simple circulaire interprétative.

Ainsi, c'est tout d'abord aux chefs d'établissements, sous le contrôle du juge administratif, qu'il appartiendra d'apprécier les cas où les élèves devront être considérés comme portant un signe ostensible ou une tenue manifestant une appartenance religieuse, à défaut d'énumération des signes visés par la loi.

S'ajoute à cela le choix par le législateur de l'adverbe « ostensiblement », savant compromis entre le qualificatif « visible »³⁶ et celui « d'ostentatoire »³⁷, et qui est d'appréciation tout aussi subjective que les autres ; son appréciation amenant, en effet, à se placer du point de vue du tiers pour rechercher si celui-ci est conduit, d'un simple regard, à qualifier de religieux le signe en cause³⁸.

Par conséquent, il semble que les responsabilités pesant sur les chefs d'établissement soient tout aussi lourdes qu'auparavant. Le seul changement, c'est que désormais, ce n'est plus sur le caractère ostentatoire d'un signe religieux qu'ils devront se prononcer sous le contrôle du juge, mais sur son caractère ostensible, et sur la différence entre un signe discret et un signe ostensible, ce qui ne modifie pas la situation antérieure, c'est-à-dire que l'on se trouve toujours face à une interprétation au cas par cas.

Il apparaît donc que cette loi ne réponde pas *a priori* à l'objectif que s'était fixé le législateur. Et, si ce constat conduit à lui seul à raviver la controverse autour de la loi du 15 mars 2004, c'est sans compter sur les différents points de tension suscités par l'interprétation du concept de laïcité retenue par cette même loi.

II- Les points de tension suscités par l'interprétation retenue par la loi du 15 mars 2004.

Bien que la question de la compatibilité de la loi à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme ait été étudiée non seulement par la commission Stasi³⁹, par le Conseil d'Etat dans son avis du 22 janvier 2004⁴⁰ mais aussi par les parlementaires lors des discussions au sein de l'Assemblée, on peut se demander si ces questions ont été réellement résolues et si la loi du 15 mars 2004, en ce qu'elle interdit le port des signes religieux dans les écoles publiques, est bien conforme aux prescriptions édictées par ces textes de rang supérieur.

A- La question de la compatibilité de la loi avec la Constitution de 1958 : une question laissée en suspens ?

L'interprétation du concept de laïcité retenue par le projet de loi posait indubitablement la question de sa compatibilité avec la Constitution de 1958. Cependant, il semble que sur ce point, la constitutionnalité de la loi était à ce point acquise pour l'ensemble des responsables politiques que ces derniers n'ont pas jugé utile de saisir le Conseil constitutionnel. Tout fut, au contraire, mis en œuvre pour que le Conseil ne soit pas saisi afin d'échapper à une éventuelle censure qui aurait été du plus mauvais effet étant donné l'importance conférée à la loi nouvelle. En effet, une censure du Conseil constitutionnel n'aurait fait que raviver les controverses que les responsables politiques souhaitaient au contraire apaiser. Aussi, M. Libchaber souligne-t-il à ce sujet que si « les craintes d'un contrôle n'ont jamais cessé d'être présentes, notamment dans les auditions de la commission, il y fut rappelé que le Conseil

³⁵ CE. 8 octobre 2004, Union française pour la cohésion nationale, *Actualité juridique de droit administratif*, 2005, pp. 43.

³⁶ Ce qualificatif est apparu trop large pour être retenu.

³⁷ Ce qualificatif était celui qui avait été retenu par le Conseil d'Etat dans son avis en 1989.

³⁸ F. Bussy, « Le débat sur la laïcité et la loi », *Dalloz*, 2004, p. 2673.

³⁹ Rapport de la commission Stasi sur la laïcité, *Le Monde*, 12 décembre 2003.

⁴⁰ P. Bernard, « Le Conseil d'Etat juge le projet de loi sur la laïcité conforme à la Constitution », *Le Monde*, 27 janvier 2004.

constitutionnel ne pourrait intervenir que s'il était saisi, ce qui suggérerait un possible consensus pour l'éviter »⁴¹.

Pourtant, cette saisine du Conseil aurait été utile à bien des égards. Tout d'abord, elle aurait permis d'apprécier la conciliation opérée par la loi du 15 mars 2004 entre deux principes constitutionnels potentiellement contradictoires, à savoir, le principe de laïcité et la liberté de religion ; plus précisément, le Conseil aurait pu déterminer si l'interprétation du concept de laïcité retenue par le législateur ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté de religion. En effet, si la conciliation entre principes constitutionnels potentiellement contradictoires relève au premier chef du législateur, le contrôle du juge constitutionnel est ici essentiel : en effet, ce dernier, lorsqu'il est saisi, peut alors apprécier la conciliation au regard des considérations d'espèce qui tiennent au texte de loi soumis à son examen⁴². Cette difficulté avait d'ailleurs été soulignée dans le rapport de la commission Stasi : « la difficulté de la traduction juridique du principe de laïcité s'explique par la tension entre ces pôles nullement incompatibles, mais potentiellement contradictoires, la neutralité de l'Etat laïque et la liberté religieuse »⁴³.

A cette première difficulté, s'en ajoute une autre tenant au fait que la laïcité ne constitue en aucune façon un concept figé mais, au contraire, un concept en constante évolution⁴⁴. « C'est donc sur le concept même de laïcité, tel qu'interprété par la loi, que le Conseil constitutionnel aurait pu donner son point de vue, en indiquant s'il autorisait, selon lui, l'interdiction du port par les élèves de signes religieux dans les écoles publiques »⁴⁵.

Sciemment évincé du débat concernant la loi du 15 mars 2004, le Conseil constitutionnel a tout de même eu l'occasion de prendre position, bien *qu'a posteriori*, et donner, pour la première fois, sa propre interprétation du concept de laïcité dans sa décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 « Traité établissant une Constitution pour l'Europe ». Saisi par le Président de la République, conformément à l'article 54 de la Constitution, de la conformité du « Traité portant Constitution pour l'Union européenne » à la Constitution française, le Conseil constitutionnel a été, en effet, amené à examiner la Charte des droits fondamentaux et plus précisément la compatibilité de son article II-70 qui reconnaît à chacun le droit « individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public » avec le principe constitutionnel français de laïcité. Il convient de relever d'ailleurs à ce propos que, dès le début du mois d'octobre 2004, le problème d'une éventuelle remise en cause du principe français de laïcité tel qu'interprété par la loi du 15 mars 2004 par l'article II-70 de la Constitution européenne avait été soulevé par certains responsables politiques⁴⁶.

Quoiqu'il en soit, c'est la compatibilité de l'exercice public des religions avec le principe de laïcité qui a été retenue par le Conseil constitutionnel en l'espèce. On est alors tenté, au premier abord, de considérer que l'interprétation du principe de laïcité retenue par la loi du 15 mars 2004 n'est pas conforme à celle retenue par le Conseil constitutionnel. Mais, ce serait faire fi du raisonnement du juge constitutionnel.

En effet, cet article II-70 doit être interprété, comme le précise la Charte des droits fondamentaux elle-même et le *praesidium* qui l'accompagne, à la lumière de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme qui proclame le principe de liberté religieuse

⁴¹ R. Libchaber, « A la croisée des interprétations : le voile et la loi », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 162.

⁴² G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, p. 233 et s.

⁴³ Rapport de la commission Stasi sur la laïcité, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁴ « Un siècle de laïcité », *op. cit.*, p. 247.

⁴⁵ F. Bussy, « Le débat sur la laïcité et la loi », *Dalloz*, 2004, p. 2669.

⁴⁶ A. Levade, « Le cadre constitutionnel du débat de révision de la Constitution. Commentaire de la décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » », *Site internet de la Fondation Robert Schuman*, 2004, p. 9.

mais tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (et notamment dans son providentiel arrêt Leyla Sahin contre Turquie du 29 juin 2004), c'est-à-dire en tenant compte des traditions constitutionnelles nationales et en le conciliant avec le principe laïcité qui peut éventuellement exister dans certains Etats. Et ce n'est qu'à cette condition que l'article 70-II du traité n'est pas contraire au principe de laïcité à la française, interprété par le Conseil constitutionnel comme interdisant à quiconque de « se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »⁴⁷. Cette première « interprétation officielle » du principe de laïcité⁴⁸, bien que tardive, apparaît alors comme une validation *a posteriori* de l'interprétation retenue par la loi du 15 mars 2004 du concept de laïcité.

Aussi, si au moment où elle a été rendue, cette récente décision du Conseil a permis d'apaiser la controverse, autour de l'interprétation retenue par la loi du 15 mars 2004 du concept de laïcité, elle ne l'éteint cependant pas, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord parce que, bien qu'ayant autorité de chose jugée, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Leyla Sahin sur lequel se fonde expressément le Conseil constitutionnel a été frappé d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre de la Cour européenne conformément à l'article 43 de la Convention européenne⁴⁹ et appelle donc à être confirmé⁵⁰ et, parce qu'il apparaît également que la question de la compatibilité de la loi avec la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas, en tout état de cause, totalement résolue.

B- La question de la compatibilité de la loi avec la CEDH : une question pas tout à fait résolue ?

Les craintes d'un contrôle de conformité à la Convention européenne se sont apparemment dénouées rapidement devant la commission Stasi avec l'audition de M. Jean-Paul Costa, vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, selon la presse, ce dernier aurait déclaré que « si une telle loi était soumise à la Cour, elle serait jugée conforme au modèle français de laïcité, et donc pas contraire à la Convention européenne des droits de

⁴⁷ Décision n°2004-505 Dc du 19 novembre 2004, « Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Site internet du Conseil constitutionnel*, Considérant n°18.

⁴⁸ Le Conseil constitutionnel s'est en effet abstenu de définir le contenu du principe de laïcité alors qu'il en a eu l'occasion lors du contrôle, en 1994, de la loi Bourg-Broc sur l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités locales. De même dans sa décision du 13 janvier 1994, Révision de la loi Falloux, alors que le Conseil vise l'article 2 de la Constitution consacrant le caractère laïque de la République (n°93-329 DC, cons. n° 26 et 27), il censurera la loi pour violation du principe d'égalité appliqué en l'occurrence aux établissements privés appartenant à une même catégorie. In O. Dord, *Laïcité : le modèle français sous influence européenne*, 2004, p.21.

⁴⁹ C. Gauthier, « De la « conventionnalité » du port du voile islamique dans les universités turques », *JCP*, n°52, 1830-1831, 2004, p. 1673.

⁵⁰ Une décision différente ou allant à l'encontre de l'analyse du Conseil constitutionnel de la Grande Chambre de la Cour européenne pourrait aisément mettre le Conseil dans une position plus qu'inconfortable. F. Sudre considère d'ailleurs que le Conseil aurait été mieux inspiré de fonder sa décision sur l'arrêt de principe en matière de liberté de pensée, de conscience et de religion, à savoir, l'arrêt Kokkinakis c/ Grèce du 25 mai 1993 qui affirme de manière générale qu'il peut se révéler nécessaire « dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population », de limiter le droit de manifester ses convictions afin de « concilier les intérêts des divers groupes et d'assurer le respect des convictions de chacun » où qu'il aurait pu fonder l'absence de contrariété entre le principe de laïcité et la liberté de religion, au sens de l'article 9 de la Convention, sur la décision Dahlab c/ Suisse du 15 février 2001 qui pose que l'Etat peut limiter la liberté de manifester une religion par le port du foulard islamique si l'usage de cette liberté porte atteinte « à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique ». In F. Sudre, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel « sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union ». Réflexions critiques », *Revue française de droit administratif*, 2005, p. 37 et 38.

l'homme ». Cependant, cette opinion juridique préalable ne semblait pas tenir compte non seulement des circonstances, mais également du contenu exact de la loi qui était à venir⁵¹. L'affaire Leyla Sahin contre Turquie du 29 juin 2004, en revanche, semble fournir davantage d'éclaircissements. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce en faveur de la compatibilité avec l'article 9 de la CEDH de l'interdiction faite aux étudiants de l'Université d'Istanbul par une circulaire du Recteur de porter le foulard islamique (la requérante s'était, en effet, vu refuser l'inscription à des cours et l'accès à des examens au motif qu'elle portait ledit foulard).

Pour constater une éventuelle violation de l'article 9, la Cour rappelle dans cette affaire sa jurisprudence relative à la liberté de pensée, de conscience et de religion qui « représente l'une des assises d'une société démocratique »⁵². Considérée par la Cour comme essentielle, la liberté de religion n'en a pas moins deux facettes qu'il convient de distinguer. En ce qui concerne le for intérieur (adhérer ou non à une religion, en changer ou l'abandonner), la liberté est absolue et inconditionnelle : l'étendue de la protection est ici maximale. En revanche, ce qui relève du for extérieur, notamment l'extériorisation publique d'une appartenance religieuse, est susceptible de faire l'objet de restrictions dans le respect des critères fixés à l'article 9 § 2 de la Convention qui stipule que « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité juridique, à la protection de l'ordre, de la santé ou la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Ainsi, sur le plan du for extérieur, une ingérence des pouvoirs publics est possible sous plusieurs conditions. Or, c'est bien sur le terrain du for extérieur que se situe la loi du 15 mars 2004 puisque la prohibition ne concerne pas les signes religieux en eux-même mais leur port. Reste cependant à vérifier si les restrictions énoncées dans la loi française interviennent dans le respect des conditions prévues par l'article 9 § 2 de la Convention.

Il ressort de la jurisprudence Leyla Sahin que la Cour procède, afin de vérifier que l'ingérence des pouvoirs publics dans la liberté religieuse intervient dans le respect de l'article 9 § 2 de la Convention, à un raisonnement en trois temps : une fois l'ingérence constatée, elle vérifie que la restriction était bien prévue par la loi, qu'elle poursuivait un objectif légitime et, pour finir, qu'elle était nécessaire à la réalisation de cet objectif dans une société démocratique.

S'agissant tout d'abord du fait que l'ingérence des pouvoirs publics dans la liberté de religion doive être prévue par la loi, il semble que son acception reste large⁵³, la Cour se prononçant au cas par cas sur le degré de précision que doit revêtir la loi qui prévoit les ingérences. Le fait que la loi du 15 mars 2004 ne brille pas par sa précision comme on l'a vu précédemment ne constitue pourtant pas une difficulté majeure ici, la Cour, dans son appréciation, tenant également compte de l'interprétation que la jurisprudence nationale donne du texte en cause.

Il en est de même pour la seconde condition, la législation française pouvant prétendre aisément répondre à deux des objectifs figurant à l'article 9 § 2 de la Convention, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui ainsi que la préservation de l'ordre.

Enfin, pour l'appréciation de la nécessité de l'ingérence, dernière condition posée par l'article 9 § 2 de la Convention, la Cour procède à un contrôle de proportionnalité. Tout d'abord ici, il est à relever que dans les domaines où les Etats disposent d'une importante marge d'appréciation en raison du caractère subsidiaire de la Convention, comme c'est le cas pour ce

⁵¹ R. Libchaber, « A la croisée des interprétations : le voile et la loi », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 162.

⁵² CEDH., 29 juin 2004, Leyla Sahin contre Turquie, §66.

⁵³ CEDH., 9 avril 2001, Cissé c/France.

qui est des rapports entre l'Etat et les religion⁵⁴, la Cour se contente de vérifier le respect de la troisième condition et présume irréfragablement les deux premières remplies⁵⁵. Donc, dans le cas qui nous occupe, c'est de cette dernière condition que dépend principalement la conformité de la loi du 15 mars 2004 à la Convention, mais ce n'est pas pour cela qu'il faille crier victoire, bien au contraire : c'est, en effet, cette dernière condition qui pose, en réalité, les problèmes les plus sérieux. Ainsi, dans l'affaire Leyla Sahin, pour admettre que la Turquie n'a pas excédé la marge de manœuvre qui lui était consentie et a procédé à une atteinte à la liberté d'expression religieuse proportionnée au but poursuivi, la Cour fonde principalement sa décision sur une analyse détaillée du contexte particulier de la Turquie. En effet, intervenant dans le contexte particulier d'un pays dont la majorité de la population est de religion musulmane et qui est confronté à des mouvements extrémistes religieux, la réglementation litigieuse, fondée sur le principe de laïcité, répond ici à « un besoin social impérieux », plus précisément, celui de protéger le pluralisme dans les établissements universitaires, et, compte tenu de la marge d'appréciation laissée à la Turquie, cette réglementation s'avère proportionnée aux buts légitimes poursuivis, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public dans les universités et la protection des droits et libertés d'autrui. Ainsi, c'est sur la base d'une analyse très circonstanciée de la situation juridique et politique turque que la Cour opère son contrôle⁵⁶. Une telle solution est-elle transposable au cas français ? Rien n'est moins sûr. En effet, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 8 octobre 2004, Union française pour la cohésion nationale, prenant directement appui sur la jurisprudence Leyla Sahin, a considéré que l'atteinte portée à la liberté de pensée, de conscience et de religion par l'interdiction édictée par la loi du 15 mars 2004 et reprise dans la circulaire du 18 mai 2004 était proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi, qui était d'assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics. En l'espèce, dans son appréciation de la nécessité de l'ingérence, le Conseil d'Etat a fait fi de tous les éléments de contexte, se contentant d'une motivation purement abstraite. En « omettant » de démontrer en quoi, dans le contexte particulier français, il existait des justifications à cette ingérence dans la liberté religieuse, le Conseil d'Etat a tout simplement dénaturé la portée de la solution rendue par la Cour⁵⁷ et a mis indirectement en lumière plusieurs points : tout d'abord, le fait que la solution retenue par la Cour dans l'affaire Leyla Sahin ne peut valoir que pour le cas particulier de la Turquie et, par voie de conséquence, que toute transposition de cette jurisprudence au cas français serait plus que hasardeuse⁵⁸.

Ainsi, si la conformité de la loi du 15 mars 2004 à la Convention européenne des droits de l'homme semblait pour beaucoup réglée, c'est loin d'être le cas, la dernière mais néanmoins prépondérante condition posée par l'article 9§2 de la Convention étant susceptible de faire défaut dans le cas français.

En définitive, il semble que la loi du 15 mars 2004, en ce qu'elle interdit le port des signes religieux dans les écoles, pose plus de questions qu'elle n'en résout réellement. En effet, en procédant à une simple inversion du principe dégagé par le Conseil d'Etat en 1989, elle ne change rien à la situation antérieure, ce qui pose indubitablement la question de l'utilité d'une telle loi. De plus, elle ne met pas fin à la controverse autour de l'interprétation du concept de

⁵⁴ L'ampleur de la marge d'appréciation dont disposent ici les Etats est justifiée, notamment, par l'absence d'une « conception uniforme » des pays européens en la matière. Cf. § 100-102 de l'arrêt Leyla Sahin c/ Turquie.

⁵⁵ E. Bribosia et I. Rorive, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 957.

⁵⁶ F. Rolin, « Le Conseil d'Etat abandonne la doctrine de l'avis de 1989 sur la laïcité », *Actualité juridique de droit administratif*, 2005, p. 44.

⁵⁷ F. Rolin, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁸ F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP I-161 (La semaine juridique)*, chron., 2004, p. 1580.

laïcité, bien au contraire : il est loin d'être évident que la loi du 15 mars 2004 soit à l'abri d'une éventuelle censure de la Cour européenne des droits de l'homme. Quand, la « question laïque » cessera-t-elle donc de sentir la poudre en France⁵⁹ ?

⁵⁹ J. Rivero, « La notion juridique de laïcité », *Dalloz*, 1949, Chron., p. 137.