



**Promotion Romain Gary
«2003-2005»**

**Cycle International Long
Master en Administration Publique**

**La liberté de religion du fonctionnaire
en France et en Allemagne**

Mémoire présenté par
Mlle Esther SCHMIDT

Sous la direction de :
M. Robert HERTZOG
Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg III

Février 2005

SOMMAIRE

I. LE PRINCIPE, UN DÉLICAT ÉQUILIBRE ENTRE LA LIBERTÉ ET LES CONTRAINTES DU SERVICE PUBLIC	8
1 LA LIBERTE RELIGIEUSE – EN PRINCIPE GARANTIE POUR LE FONCTIONNAIRE	8
1.1 UNE LIBERTE GARANTIE PAR DE NOMBREUX TEXTES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX	8
1.1.1 <i>Des garanties nationales...</i>	8
1.1.2 <i>...internationales</i>	10
1.1.3 <i>... et un début de prise en compte par l'ordre juridique communautaire</i>	11
1.2 UNE LIBERTE ACCORDEE EXPRESSEMENT AUX FONCTIONNAIRES	12
1.2.1 <i>En France, des garanties notamment statutaires</i>	12
1.2.1.1 L'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion.....	12
1.2.1.2 Une certaine place du fait religieux au lieu de travail.....	13
1.2.2 <i>Les garanties de l'article 33 de la loi fondamentale allemande</i>	15
1.2.3 <i>La CEDH étend ses garanties expressément aux fonctionnaires</i>	17
1.3 UNE LIBERTE A DIFFERENTS DEGRES DE PROTECTION.....	17
1.3.1 <i>En France, une liberté de manifester ses croyances moins protégée</i>	17
1.3.2 <i>En Allemagne, une distinction semblable entre liberté intérieure et manifestation</i>	19
1.3.3 <i>La restriction de la liberté religieuse admise par la CEDH</i>	19
2 DES LIMITES A L'EXERCICE DE LA LIBERTE RELIGIEUSE : LAICITE, LIBERTE RELIGIEUSE DES USAGERS ET INTERET DU SERVICE.....	21
2.1 EN FRANCE, UNE NEUTRALITE STRICTE, LAÏQUE	21
2.1.1 <i>Un Etat neutre</i>	21
La laïcité, principe constitutionnel et législatif	22
Un principe perçu aujourd'hui comme principe républicain et garant des libertés	22
2.1.2 <i>... ce qui implique la neutralité de ses agents</i>	24
2.1.2.1 Un principe clair.....	24
2.1.2.2 <i>...des nuances</i>	25
2.1.2.3 <i>...et des questions ouvertes</i>	26
2.2 EN ALLEMAGNE, UNE NEUTRALITE « OUVERTE » NON-LAÏQUE.....	28
2.2.1 <i>Un Etat neutre, mais moins strictement</i>	29
2.2.2 <i>Un devoir de neutralité des fonctionnaires contesté</i>	30

2.3	DES CONCEPTIONS FONDAMENTALEMENT DIFFERENTES	31
2.4	LES MULTIPLES LIMITES A LA LIBERTE RELIGIEUSE RECONNUES PAR LA CEDH	32
II.	LE DÉFI DU FOULARD	35
3	LE PORT DU FOULARD PAR UNE ENSEIGNANTE	35
3.1	EN FRANCE, UNE INTERDICTION CLAIRE	35
3.2	EN ALLEMAGNE, UNE POSSIBILITE D'INTERDIRE POUR LES LÄNDER	37
3.2.1	<i>Un contentieux « célèbre » et ancien</i>	<i>37</i>
3.2.2	<i>Une décision de la Cour Constitutionnelle discutable</i>	<i>38</i>
3.2.3	<i>Des évolutions imprédictibles : la porte ouverte à une législation fédérée « anti-foulard » ?</i>	<i>40</i>
3.3	LA CEDH, UNE INTERDICTION POSSIBLE SOUS CONDITIONS	41
3.4	UNE INTERDICTION SUR DIFFERENTS FONDEMENTS	42
4	LA PORTEE DE L'INTERDICTION : APPLICATION EN DEHORS DE L'ECOLE ?	43
4.1	EN FRANCE, UNE INTERDICTION ABSOLUE, MAIS AVEC DES SANCTIONS MODULABLES	43
4.1.1	<i>Une interdiction généralisée dans le principe</i>	<i>43</i>
4.1.2	<i>Une nuance à apporter : la souplesse des sanctions</i>	<i>48</i>
4.2	UNE INTERDICTION ABSOLUE MOINS PROBABLE EN ALLEMAGNE	49
4.3	LES HESITATIONS DE LA CEDH QUANT A UNE INTERDICTION GENERALISEE	50
4.4	DES SOLUTIONS QUI RISQUENT DE DIVERGER A L'AVENIR	51
5	LA MOTIVATION DE L'INTERDICTION – NEUTRALITE DE L'ETAT OU DEFENSE DE VALEURS OCCIDENTALES ?	53
5.1	LE FOULARD – SYMBOLE OU ATTRIBUT VESTIMENTAIRE ?	53
5.1.1	<i>Symbole d'un message désapprouvé</i>	<i>54</i>
5.1.2	<i>... ou attribut vestimentaire à multiples interprétations ?</i>	<i>56</i>
5.2	PEUT ON PORTER UN JUGEMENT DE VALEUR ?	56
5.2.1	<i>La CEDH voit dans le foulard un symbole de valeurs contraires à la démocratie</i>	<i>57</i>
5.2.2	<i>La neutralité de l'Etat en France : pas d'interprétation des signes religieux</i>	<i>57</i>
5.2.3	<i>En Allemagne, le débat n'est pas clos</i>	<i>58</i>
5.2.3.1	<i>Un premier pas vers un Etat laïque ?</i>	<i>59</i>
5.2.3.2	<i>Une arme anti-islamique ?</i>	<i>60</i>
	CONCLUSION	63
	BIBLIOGRAPHIE	66

ANNEXES.....	72
ANNEXE 1 : LISTE DES PERSONNES CONTACTEES	72
ANNEXE 2 : TEXTES JURIDIQUES	73
ANNEXE 3 : DECISIONS DE JUSTICE	78

Introduction

La question de la liberté religieuse du fonctionnaire est considérée comme une question difficile, car d'une, les esprits sont toujours prêts à s'échauffer sur tout ce qui concerne la célèbre notion de « laïcité à la française ». Deuxième raison : la question renvoie au paradoxe du fonctionnaire qui est à la fois citoyen (et donc titulaire du droit de la liberté religieuse) et représentant de l'Etat, et donc astreint à rester neutre en matière religieuse. La conciliation des deux objectifs est un chemin de crête.

Cette problématique, même si elle est d'une actualité indéniable, a resurgi à plusieurs reprises dans l'histoire française. On se souvient par exemple que les protestants ont été exclus des services publics par Louis XIV, après la révocation de l'édit de Nantes. Plus récemment, deux événements particulièrement marquants viennent à l'esprit. La première est la dite « affaire des fiches ». En octobre 1904, le journal « le Figaro » révéla que le ministre de la Guerre, le général André, classait les officiers selon qu'ils allaient ou non à la messe, favorisant l'avancement des non-pratiquants, pénalisant les pratiquants. Le dénouement de l'affaire obligea le gouvernement Combes à démissionner début 1905 et a donné lieu au renforcement des droits de défense des fonctionnaires (notamment la communication obligatoire à l'intéressé de son dossier préalablement aux mesures prises en considération de la personne¹). Pourtant, un système de renseignements sur la correction politique des officiers continua à fonctionner bien au-delà de 1905². Le deuxième événement marquant est celui de la persécution des juifs et des francs-maçons par le régime de Vichy. Le « statut des juifs » adopté par le Conseil des ministres le 1^{er} octobre 1940 les écartait d'un grand nombre de charges et de fonctions³; il fut étendu à l'ensemble des administrations par une loi du 14 septembre 1941. Dans ces affaires, les atteintes à la liberté de conscience étaient des véritables discriminations, défavorisant des fonctionnaires dans leur carrière à cause de leur simple appartenance à une religion : l'Etat prenait parti contre une religion particulière.

¹ Circulaire Berteaux du 13 janvier 1905 ; article 65 de la loi du 22 avril 1905.

² THUILLIER, Guy. *A propos de l'affaire des fiches. Le maintien du système des fiches de 1905 à 1914*. In : *Revue administrative* n° 295, p. 21.

³ Notamment la magistrature suprême, les grands corps de l'Etat, tous les services de police, tout le corps enseignant et toutes les fonctions d'officiers.

Les réponses trouvées pour pallier ce danger reposent sur différents fondements en France et en Allemagne. Tandis que la France défend une neutralité assez stricte de l'Etat, qui lui interdit toute immixtion dans la sphère religieuse, l'Allemagne fonctionne selon le modèle d'une neutralité souple qui interdit non pas l'action étatique en matière religieuse mais uniquement l'action discriminatoire, partisane. Malgré cette différence de principe, les régimes qui règnent en matière de liberté religieuse des fonctionnaires sont assez similaires. Ils ont pour but de concilier la liberté religieuse du fonctionnaire et la neutralité de l'Etat, qui nécessite une certaine retenue du fonctionnaire en matière religieuse, puisqu'il représente, aux yeux de l'usager, cet Etat neutre. La première partie de cette étude montrera que des régimes sophistiqués ont été établis dans les deux pays pour garantir le respect des deux principes, la liberté religieuse du fonctionnaire (chapitre 1) et la neutralité de l'Etat (chapitre 2).

Ce système qui a bien fonctionné pendant longtemps, se trouve aujourd'hui confronté à de nouveaux défis. La législation et la jurisprudence concernant la liberté de croyance des fonctionnaires se sont développées en considérations des seules églises chrétiennes⁴, qui ont depuis longtemps trouvé un modus vivendi avec l'Etat, en France aussi bien qu'en Allemagne. Aujourd'hui, des nouvelles religions, notamment l'Islam⁵, font leur « entrée en scène » dans les sociétés occidentales. Ces religions ne partagent pas les mêmes expériences avec la neutralité de l'Etat que les religions juives et chrétiennes. Le débat resurgit sous l'influence de la confrontation de l'Etat aux nouvelles religions et leurs revendications, mais aussi sous l'influence d'un « retour en force » du « fait religieux » en général⁶. Ce constat doit être placé dans le contexte d'une montée du communautarisme, qui se retrouve aussi dans le domaine religieux. Le repli sur la communauté (notamment la communauté religieuse) s'accompagne souvent d'un refus des valeurs communes de la société ainsi que de la mise en avant des valeurs de la communauté. L'Etat ne peut pas ne pas tenir compte de ce phénomène, il doit y répondre.

Un domaine où des premières réponses ont été données est justement celui de l'expression religieuse des fonctionnaires. Ici se reflète le phénomène sociétal qu'est la montée

⁴ Cf. Mohammed-Chérif FERJANI chez BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque*. Paris : Editions Grasset, 1998, p. 88.

⁵ « L'Islam arrive, non pas comme une religion propre à un groupe de passagers dont la présence est éphémère, mais comme une religion qui s'installe définitivement en France » : BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque*. Paris : Editions Grasset, 1998, p. 81.

⁶ BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque*. Paris : Editions Grasset, 1998, p. 44.

des revendications religieuses et des communautarismes. En particulier, le port du voile islamique par des fonctionnaires a fait débat en France et en Allemagne. Le fait que le débat tourne essentiellement autour de la religion musulmane peut s'expliquer par différentes raisons.

La première raison est tout simplement que l'Islam prend de plus en plus de place et est de plus en plus visible en Europe, à cause de l'immigration massive d'une population majoritairement musulmane : « l'Islam arrive, non pas comme une religion propre à un groupe de passagers dont la présence est éphémère, mais comme une religion qui s'installe définitivement en France »⁷. En outre, il y a un nombre d'auteurs qui soulignent que le repli communautaire serait particulièrement fort dans les communautés musulmanes, du fait d'une mauvaise intégration des immigrés dans la société d'accueil : « Les fondements du pacte social sont sapés par un repli communautaire plus subi que voulu au sein des quartiers relégués »⁸.

Deuxièmement, une collision entre l'Islam et le pouvoir public est plus probable qu'avec les autres religions, car, à la différence de ces dernières, l'Islam empiète sur les domaines de compétence de l'Etat. Contrairement aux religions chrétiennes et juives qui acceptent aujourd'hui l'exclusion du fait religieux de la sphère publique, l'Islam se veut en même temps mode d'organisation de la société civile⁹. Etant une religion moniste, elle ne connaît pas en principe la distinction entre l'Etat et la religion et « s'imisce » donc naturellement dans des domaines que l'Etat croit les siens¹⁰. L'Islam est souvent perçu comme une religion « offensive et missionnaire »¹¹. Juste pour donner un exemple de « l'usurpation » de compétences étatiques par la religion, on citera le domaine de l'éducation nationale. On constate des phénomènes comme la déscolarisation grandissante pour des motifs religieux, accompagnée par exemple d'un recours de jeunes filles musulmanes à des certificats médicaux injustifiés pour être dispensées des cours d'éducation sportive ; ou bien le refus par les jeunes filles d'être entendues par un examinateur masculin, la contestation de pans entiers du programme

⁷ BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque*. Paris : Editions Grasset, 1998, p. 81.

⁸ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 45.

⁹ BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque*. Paris : Editions Grasset, 1998, p. 61 ; MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard*. In : *Revue administrative* 1990, p. 36.

¹⁰ MÜCKL, Stefan. *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen*. In : *Der Staat* (40), 2001, p. 119.

¹¹ MÜCKL, Stefan. *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen*. In : *Der Staat* (40), 2001, p. 106.

d'histoire ou de sciences et vie de la terre, et ainsi de suite¹². Ces attitudes troublent évidemment le fonctionnement de la vie scolaire, et entravent ainsi la compétence de l'Etat à organiser la scolarisation des enfants comme il en a le devoir. Un autre exemple est celui des boucheries et abattages halal qui posent des graves problèmes de santé et d'hygiène publiques.

Enfin, un conflit entre l'Islam et les pouvoirs publics est plus probable qu'entre l'Etat et les religions judéo-chrétiennes du fait d'une divergence de valeurs. Les valeurs que l'Islam défend et les règles qu'il impose à ses croyants semblent parfois en contradiction avec les valeurs démocratiques de nos sociétés occidentales dont l'Etat se veut le garant. En tout cas, elles leur sont moins proches que celles des religions judéo-chrétiennes qui sont à la base de notre société. On citera à titre d'exemple la condition de la femme.

Face à ce nouveau défi, quelle réponse l'Etat a-t-il apportée, et est elle adéquate ? Dans la deuxième partie de ce travail, on examinera d'abord quel régime juridique a été établi en France et en Allemagne ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le port de signes religieux par des fonctionnaires (chapitre 3). On verra qu'ils se distinguent notamment en ce qui concerne leur étendue (chapitre 4) et leur motivation (chapitre 5) : laïcité en France, défense des valeurs chrétiennes en Allemagne et par la Cour de Strasbourg.

NB : Comme l'étude sera consacrée à la liberté religieuse du fonctionnaire, on ne traitera pas en soi la question du port des signes religieux par les usagers (notamment les élèves dans les écoles publiques) même si des liens indéniables existent entre ces deux questions.

¹² Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 41.

I. LE PRINCIPE, UN DELICAT EQUILIBRE ENTRE LA LIBERTE ET LES CONTRAINTES DU SERVICE PUBLIC

Si le fonctionnaire est tout d'abord un citoyen, il doit, à ce titre, jouir des mêmes libertés que tous les citoyens – et donc également de la liberté religieuse. Tel est le principe qui règne en principe en droit français aussi bien qu'en droit allemand. En même temps, le fonctionnaire est dans une situation particulière par rapport au simple citoyen, au moins pendant l'exercice de ses fonctions. Il représente l'Etat, qui ne doit afficher aucune partialité en matière religieuse. Cette neutralité qui incombe à l'Etat peut donc aussi incomber au fonctionnaire. Le fonctionnaire est pour cette raison soumis à des contraintes comportementales particulières. L'exercice de sa liberté religieuse peut être affectée par ces contraintes. Le droit doit trouver un régime qui répond à ces deux impératifs contradictoires – un équilibre délicat.

1 LA LIBERTE RELIGIEUSE – EN PRINCIPE GARANTIE POUR LE FONCTIONNAIRE

La liberté religieuse du citoyen est garantie par de nombreux textes, qui valent aussi pour le fonctionnaire. En outre, sa dépendance particulière envers la puissance publique, son employeur, le rend particulièrement vulnérable. C'est pourquoi le droit de la fonction publique connaît également des garanties spéciales de la liberté de conscience du fonctionnaire.

1.1 Une liberté garantie par de nombreux textes nationaux et internationaux

1.1.1 Des garanties nationales...

En France, la liberté religieuse est garantie par divers textes. Déjà, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 proclame dans son article 10 « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses [...] », le Conseil Constitutionnel en ayant ainsi dégagé la liberté de conscience en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la

République¹³. Aux termes du Préambule de la Constitution de 1946, « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison [...] de ses opinions et de ses croyances ». L'article 1^{er} (al. 2 et 3) de la Constitution du 4 octobre 1958 interdit les discriminations fondées sur l'appartenance religieuse ou les croyances : [la France] « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. »

Au niveau législatif, l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 « concernant la séparation des Eglises et de l'Etat » reprend : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes [...] »

La doctrine distingue trois éléments au sein de cette liberté¹⁴ : la liberté d'avoir une conviction personnelle ressentie en son for intérieur, la liberté d'exprimer par tout moyen cette conviction et la liberté d'exercer les cérémonies et les rites afférents à cette conviction (l'ainsi-dite liberté de culte) et de la professer – le prosélytisme est donc un droit, garanti dans certaines limites¹⁵. Si, dans ses deux premiers aspects, la liberté de religion n'apparaît que comme une « spécialité » de la liberté d'opinion, elle déborde complètement du champ de la liberté d'opinion dans son troisième aspect, la liberté de culte¹⁶. Tandis que la liberté de consciences est absolue, son *exercice* public peut être limité pour des motifs tenant à l'ordre public¹⁷.

En Allemagne, c'est surtout l'article 4 de la loi fondamentale (GG) qui garantit à tous la liberté religieuse : « (1) La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables. (2) Le libre exercice du culte est garanti.» Ce droit fondamental comprend, comme en France, la liberté d'avoir une conviction (forum internum), celle de manifester cette conviction (forum externum) et de vivre conformément aux commandements de cette conviction¹⁸.

¹³ CC n° 77-87 DC du 23 nov. 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*.

¹⁴ Par exemple: DIDIER, Jean-Pierre. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

¹⁵ Commission nationale consultative des droits de l'homme. *La laïcité aujourd'hui*. Rapport d'étape du 16.12.2003. Fiche 1, chap. 2 ; SAINT-JAMES, Virginie. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

¹⁶ SAINT-JAMES, Virginie. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

¹⁷ cf. infra, chapitre 1.3; Commission nationale consultative des droits de l'homme. *La laïcité aujourd'hui*. Rapport d'étape du 16.12.2003. Fiche 1, chap. 2.

¹⁸ BVerfG 19 oct. 1971, « *Gesundbeter* », in: BVerfGE 32, 98, 106.

1.1.2 ...internationales...

La liberté religieuse est en outre garantie dans un certain nombre de textes internationaux¹⁹. La Charte des Nations Unies interdit toute discrimination fondée sur la religion (article 1^{er} §3, article 3 § 1b, 55-c, 76-c). Les Pactes internationaux des Nations Unies du 16 décembre 1966 garantissent liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18 et article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; article 13 § 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Des garanties particulières en la matière sont fournies par la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (article 5-d-VII) et la Convention relative aux Droits de l'enfant du 26 janvier 1990 (article 14).

En outre, plusieurs déclarations de l'Assemblée Générale des Nations Unies, tout en n'ayant pas valeur contraignante, contribuent à donner à cette liberté plus de poids. Il s'agit notamment de la Déclaration universelle des Droits de l'homme du 10 décembre 1948 (article 2, 18, 26) et la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction du 25 novembre 1981²⁰.

Parmi les textes régionaux, le plus important est la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 (CEDH), et qui traite de la liberté religieuse à plusieurs endroits. La liberté religieuse est garantie dans l'article 9 de la Convention²¹, qui reprend dans son premier paragraphe le libellé de l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'article 14 de la CEDH interdit toute discrimination fondée entre autres sur la religion. L'article 2 du Protocole additionnel du 20 mars 1952 garantit le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement (aussi religieux) de leurs enfants. Si la Cour européenne des droits de l'homme n'est s'est occupée que tardivement de la liberté de religion (on parlait de « liberté potiche » de la Convention), elle lui a prêté plus d'attention depuis les années 90²². Depuis, la Cour veille assez strictement au respect

¹⁹ Cf. DUFFAR, Jean. *La liberté religieuse dans les textes internationaux*. In : RDP 1994, pp. 939 – 967.

²⁰ Avec, dans son article 6, une énumération des libertés impliquées, notamment la liberté de pratiquer un culte, la liberté d'utiliser les objets et le matériel requis par les rites ou les usages d'une religion, observer les jours de repos prescrits par la religion, établir et de maintenir des communications avec des individus et des communautés en matière de religion,...

²¹ Impliquant „la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement en public ou en privé par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Cf. CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*,

²² Notamment avec l'arrêt CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*.

de cette liberté (tout en admettant des larges restrictions au nom de la laïcité dans ce dernier temps). Elle considère la liberté de religion comme une assise d'une société démocratique et assure ainsi une protection renforcée²³. Le prosélytisme, sauf le prosélytisme abusif, fait d'ailleurs partie de la liberté religieuse, car « sans le droit d'essayer de convaincre son prochain [...], la liberté de changer de religion risquerait de demeurer lettre morte »²⁴.

1.1.3 ... et un début de prise en compte par l'ordre juridique communautaire

Le droit communautaire n'a jusqu'à présent pas été très explicite en matière de liberté religieuse, même si on ne doit pas négliger la référence à la CEDH dans l'article 6 du Traité sur l'Union européenne²⁵. Les organes communautaires doivent cependant respecter la liberté religieuse le plus possible. Ainsi, en organisant les concours d'entrée dans la fonction publique communautaire, les autorités compétentes doivent essayer d'éviter des dates auxquelles des impératifs religieux empêcheraient des candidats de participer aux concours²⁶.

En revanche, on trouve des garanties claires dans le futur traité instituant une Constitution pour l'Europe. En reprenant la Charte des droits de l'homme, qui jusqu'à présent n'avait pas de valeur juridique contraignante, il garantit la liberté de pensée, de conscience et la liberté religieuse dans son article II-70. De même, il affirme le respect du statut des églises dans son article I-52.

Le fonctionnaire étant citoyen à part entière, il doit donc en principe bénéficier de toutes les garanties et libertés que l'Etat accorde à ses citoyens²⁷. Cependant, le droit de la fonction publique soumet le fonctionnaire à un régime exorbitant du droit commun, il convient donc d'examiner de plus près la place de la liberté religieuse dans ce régime juridique particulier.

²³ CEDH 20 septembre 1994, *Otto Preminger Institut c/ Autriche*.

²⁴ CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*; MONTFORT, Pascal. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

²⁵ Conseil d'Etat. *Un siècle de laïcité*. Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004, p. 365.

²⁶ CJCE 27 octobre 1976, *Vivien Prais c/ Conseil*.

²⁷ ce que souligne M. Anicet LE PORS, Secrétaire d'Etat à la Fonction Publique, dans les débats parlementaires du nouveau statut de la Fonction publique en 1983 (J.O. Déb A.N., 3 mai 1983, p.774) : « ... Le troisième grand principe, celui de la citoyenneté, implique au départ que les fonctionnaires soient traités comme des citoyens jouissant de la plénitude de leurs droits. »

1.2 Une liberté accordée expressément aux fonctionnaires

En France aussi bien qu'en Allemagne, le droit de la fonction publique (le statut) accorde un nombre de garanties particulières au fonctionnaire pour le protéger d'une discrimination de la part de son employeur qui serait fondée sur des considérations religieuses.

1.2.1 En France, des garanties notamment statutaires

L'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 statue : « La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires. Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses. » De même que la liberté de conscience intérieure, la liberté *d'expression* religieuse est garantie aux fonctionnaires (article 11 DDHC), dans la mesure où c'est compatible avec la neutralité du service.

1.2.1.1 L'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion

La garantie de la liberté de conscience implique que la conviction religieuse ne soit pas prise en compte dans les opérations de recrutement, ce qui est d'ailleurs constitutionnellement garanti dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En imposant le principe d'égalité devant la loi pour l'accès aux emplois publics, l'article 6 exclut le recours à d'autres critères que la capacité, les vertus et les talents, et notamment le recours à des critères politiques ou religieux²⁸. Cela a été confirmé à plusieurs reprises par le juge administratif, qui, longtemps avant le statut de 1983, a commencé à censurer systématiquement le refus de recruter des fonctionnaires qui reposait sur la considération de leurs convictions personnelles²⁹.

De même, les opinions religieuses ne doivent pas entrer en considération dans la carrière du fonctionnaire. Ainsi, l'article 18 du Statut général (ainsi que l'article 26 du statut des militaires) indique qu'« il ne peut être fait état, dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que

²⁸ MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 428.

²⁹ CE 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau* ; CE 28 mai 1954, *Barel*, a propos des convictions politiques, mais le principe est le même pour les convictions religieuses : BEDOUELLE, Guy ; COSTA, Jean-Paul. *Les laïcités à la française*. Paris : Presses universitaires de France, 1998, p. 119.

dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé ». Le Conseil d'Etat a concrétisé cette interdiction, aucune mesure d'avancement pas plus qu'aucune sanction disciplinaire ne peut être prise à raison des opinions politiques ou religieuses d'un fonctionnaire³⁰. La communication du dossier, préalablement à toute procédure disciplinaire³¹, constitue une garantie supplémentaire.

Il existe cependant des situations moins protégées³², comme tout d'abord celle de certains hauts fonctionnaires³³, choisis par le gouvernement à raison de leur loyauté, et dont les opinions politiques peuvent être prises en considération. Ainsi, une considération de leurs opinions religieuses n'est pas exclue³⁴. Cette exception n'est d'ailleurs pas propre à la fonction publique française, elle se trouve aussi par exemple en Allemagne³⁵. De même, les militaires jouissent d'une protection moins poussée. La communication du dossier n'est obligatoire que pour les seules sanctions statutaires. Pour les agents du Service de Documentation et de Contre-espionnage, les décisions disciplinaires prises à leur égard ne doivent même pas être motivées³⁶. Si les militaires sont libres de leurs opinions philosophiques et religieuses, ils ne peuvent les exprimer « qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire » (article 7 du statut général des militaires du 13 juillet 1972).

1.2.1.2 Une certaine place du fait religieux au lieu de travail

La pratique dans les services permet même, dans une certaine mesure, de respecter des contraintes religieuses du fonctionnaire croyant, à condition que cette prise en compte ne trouble pas le fonctionnement du service³⁷. La raison pour ces aménagements est claire, puisque dans ces cas précis, la liberté religieuse se trouverait vidée de son contenu sans le soutien étatique³⁸.

³⁰ CE 1^{er} octobre 1954, *Guille*.

³¹ Procédure instituée par la loi du 22 avril 1905 et reprise dans les statuts successifs de la fonction publique, aujourd'hui notamment article 19 du statut général.

³² Ces exceptions ont été soulignées par Pierre LANGERON dans son *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004 et dans *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 194.

³³ Directeurs de ministères, préfets, recteurs, ambassadeurs, personnel de cabinet.

³⁴ MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 429.

³⁵ FITTE-DUVAL, Annie. *La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme*. In: *L'Actualité juridique – Droit Administratif*, n° 10/1997, p. 743, note 67.

³⁶ Exemples chez LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p.157.

³⁷ TA Fort-de-France 19 juin 1976, *Mlle Coralie*; CE 16 décembre 1992, *Mme Gilot*.

³⁸ LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 160.

Un tel aménagement est la possibilité d'accorder des autorisations d'absence pour les fêtes religieuses. Si aucun texte légal ou réglementaire ne fixe le régime des autorisations d'absence des fonctionnaires pour motifs religieux, le Conseil d'Etat a décidé que ces absences constituent, « au même titre que les congés proprement dits un élément du statut des fonctionnaires » et donc qu' « il revient à tout chef de service, dans le silence des lois et règlement, de fixer les règles applicables en la matière aux agents concernés »³⁹. Le Conseil d'Etat accorde au chef de service le pouvoir d'apprécier si l'autorisation d'absence sera compatible avec les nécessités du fonctionnement normal du service – il a un large pouvoir d'appréciation. Deux circulaires du ministre de la Fonction Publique reprennent la jurisprudence en accordant ce même pouvoir d'appréciation⁴⁰. Des circulaires dressent chaque année une liste indicative des fêtes religieuses pour lesquelles des autorisations peuvent être accordées. La pratique s'aligne plus ou moins sur les circulaires, ce qui pose de sérieux problèmes en matière d'égalité de religions – les fêtes énoncées sont principalement celles des trois grandes religions monothéistes.

Un autre aménagement admis pour favoriser l'exercice du culte pour les fonctionnaires est l'instauration des aumôneries (dans les hôpitaux, les établissements pénitentiaires, l'enseignement et l'armée)⁴¹. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs reconnu que, « dans certains établissements publics, le libre exercice des cultes ne peut être sauvegardé que par l'institution de tels services à l'intérieur de tels établissements. »⁴² Les aumôneries civiles sont principalement destinées aux usagers du service, mais les agents peuvent aussi y recourir, bien sûr uniquement en dehors de leur temps de travail⁴³. En revanche, les aumôneries militaires⁴⁴ sont destinées aux seuls agents du service. Ici, il ressort clairement que l'Etat se charge lui-même d'assurer un maximum de liberté de culte pour ses agents militaires. Les aumôniers militaires sont eux-mêmes agents publics (titulaires ou auxiliaires), choisis par le ministre de la défense. Une instruction n° 995-I impose aux commandants de garnison de donner aux aumôniers « selon

³⁹ CE 12 février 1997, *Mlle Henny*; cf. également CE 12 mars 1982, *Syndicat CFDT Santé-Social de la Seine-Saint-Denis*; CE 10 juillet 1985, *Malmassari*. Conseil d'Etat. *Un siècle de laïcité*. Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004, p. 328.

⁴⁰ Instruction n° 7 du 23 mars 1950; circulaire n° 901 FP du 23 septembre 1967.

⁴¹ La loi de 1905 permet dans son article 2 l'inscription au budget des dépenses relatives à des services d'aumônerie et consacre donc leur existence.

⁴² CE 1er avril 1949, *Chavenau*. Cf. au sujet des aumôneries Conseil d'Etat. *Un siècle de laïcité*. Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004, p. 315.

⁴³ LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 162.

⁴⁴ Régies par le décret n° 64-498 du 1er juin 1964, portant règlement d'administration publique relatif aux ministres du culte attachés aux forces armées.

leurs possibilités, les moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission. » Il s'agit d'un aménagement de la neutralité de l'Etat dans l'intérêt des agents, « au nom de la reconnaissance du fait religieux et dans le souci de faire du libre exercice des cultes une liberté réelle, et pas seulement formelle. »⁴⁵

Un autre exemple d'un aménagement pour respecter mieux la liberté religieuse du fonctionnaire est celui de certaines cantines administratives qui proposent des menus tenant compte des exigences rituelles⁴⁶.

1.2.2 Les garanties de l'article 33 de la loi fondamentale allemande

En Allemagne, la liberté religieuse garantie par l'article 4 I, II GG, vaut en principe également pour les fonctionnaires. La thèse ancienne que les fonctionnaires ne jouissaient pas des droits fondamentaux dans leurs relations de service est aujourd'hui caduque⁴⁷. En énonçant les droits du fonctionnaire touchés par l'interdiction des signes religieux, la Cour Constitutionnelle fédérale se réfère, outre l'article 4 I, II GG précité, à l'article 33 II GG, qui garantit l'égal accès à toute fonction publique de chaque allemand selon son aptitude⁴⁸. L'article 33 III précise que l'accès à la fonction publique doit être garanti sans considération de la conviction religieuse et que personne ne doit subir un désavantage à cause de son appartenance ou sa non-appartenance à une certaine confession. Il s'agit ici de garanties comparables à l'article 6 du statut français, sauf qu'on les a considérés assez importants en Allemagne pour en faire des dispositions constitutionnelles. Selon la Cour, cet article interdit clairement de restreindre l'accès à la fonction publique pour des raisons qui touchent à la liberté de conscience⁴⁹. La doctrine renvoie en outre aux articles 140 de la loi fondamentale, qui rend

⁴⁵ BEDOUELLE, Guy ; COSTA, Jean-Paul. *Les laïcités à la française*. Paris : Presses universitaires de France, 1998, p.121.

⁴⁶ MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 430.

⁴⁷ BVerfG 14 mars 1972, *Strafgefangene*, in : BVerfGE 33, 1 ; BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282 ; BAER, Susanne/ WRASE, Michael. *Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG*. In: Juristische Schulung, 2003, p.1163.

⁴⁸ BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282 , de même une partie de la doctrine : cf. MUCKEL, Stefan. *Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch ?* In: Festschrift für Christoph Link. Mohr Siebeck, 2003, p. 333.

⁴⁹ BVerfG du 25 oct. 1988, *Eidespflicht*, in: BVerfGE 79, 69, 75 ; BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282 .

applicable l'article 136 al. 2 de la Constitution de Weimar⁵⁰. Cet article garantit expressément l'accès à la fonction publique indépendamment de la croyance religieuse.

Pourtant, cette ligne claire n'est pas aussi claire qu'elle ne semble être de première vue. Dans ce dernier temps, des courants dans la jurisprudence se sont fait jour qui veulent réduire le champ d'application des droits fondamentaux dont jouit le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. Selon le vote dissident de trois (sur huit) juges de la Cour Constitutionnelle⁵¹ dans l'affaire du foulard, la protection des droits fondamentaux des fonctionnaires serait beaucoup moins étendue que celle dont bénéficient les simples citoyens. Ils justifient leur position par le fait que le fonctionnaire est intégré dans l'organisation de l'Etat et n'agit pas de sa propre responsabilité, mais en tant que mandataire de l'Etat et sous la responsabilité de celui-ci⁵². En se décidant de servir l'Etat, le fonctionnaire se positionne du côté de l'Etat. Il devient ainsi responsable, en tant que représentant de l'Etat, du respect des droits fondamentaux des citoyens plutôt que pouvoir les évoquer lui-même envers l'Etat duquel il fait partie. Les droits fondamentaux des fonctionnaires seraient donc cantonnés à une étendue moindre que ceux des citoyens, étendue qui serait déterminée par les besoins du fonctionnement du service public⁵³, et qui s'arrêterait notamment là où est en jeu la neutralité de l'Etat. Ainsi, les contraintes imposées aux fonctionnaires en matière de neutralité ne toucheraient pas aux droits fondamentaux et ne devraient pas être justifiées par des contraintes particulières.

Cet argumentaire a trouvé un écho mitigé dans la littérature. Une partie de la doctrine l'a accueilli favorablement⁵⁴. Selon eux, seule la limitation a priori du champ des droits fondamentaux des fonctionnaires permettrait à l'Etat de disposer de fonctionnaires loyaux et neutres, de sorte à pouvoir satisfaire lui-même à l'exigence constitutionnelle de neutralité envers ses citoyens. D'autres auteurs ont vivement critiqué cette position des juges dissidents, en faisant valoir qu'ils revenaient sur des décennies de jurisprudence qui avait permis aux fonctionnaires de jouir des mêmes droits fondamentaux que les simples citoyens. Le raisonnement serait était contraire au principe d'une protection des droits fondamentaux accrue et universelle comme

⁵⁰ MUCKEL, Stefan. *Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch ?* In: Festschrift für Christoph Link. Mohr Siebeck, 2003, p. 333.

⁵¹ MM. Jentsch, Di Fabio et Mellinshoff ; vote dissident à la décision BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282.

⁵² Vote dissident précité.

⁵³ Vote dissident précité.

⁵⁴ IPSEN, Jörn. *Karlsruhe locuta, causa non finita. Das BVerfG im so genannten "Kopftuch-Streit"*. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2003, p. 1212; RUX, Johannes. *Kleiderordnung, Gesetzesvorbehalt und Gemeinschaftsschule*. In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, 2004, p. 15.

l'exigeait la loi fondamentale⁵⁵. Si on suppose, avec la majorité des juges de la Cour Constitutionnelle, que le champ d'application des droits fondamentaux des fonctionnaires est le même que pour tout le monde, la liberté de religion ne peut être restreinte que sous les conditions de droit commun, c'est-à-dire, si la protection d'autres valeurs constitutionnelles le nécessite (cf. infra).

1.2.3 La CEDH étend ses garanties expressément aux fonctionnaires

La Cour européenne a clairement statué qu'«en règle générale, les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires»⁵⁶. La liberté religieuse de l'article 9 est donc aussi garantie aux agents de l'Etat. Ainsi, la Cour a jugé incompatibles avec la liberté de religion les sanctions infligées à des officiers de l'armée qui livraient au prosélytisme à l'égard de civils (en dehors de leur service)⁵⁷. En plus, le fonctionnaire ne doit pas seulement bénéficier d'une protection de ses libertés en tant que citoyen. Il doit en outre bénéficier d'une protection particulière en tant que fonctionnaire, c'est-à-dire eu égard au lien de subordination par rapport à l'Etat qui implique une certaine vulnérabilité de l'agent⁵⁸.

La liberté de religion n'est donc pas restreinte en ce qui concerne le cercle de ses bénéficiaires. En revanche, elle est beaucoup moins absolue en ce qui concerne sa manifestation.

1.3 Une liberté à différents degrés de protection

La liberté de religion n'est pas protégée dans l'absolu, certaines restrictions sont admises dans tous les systèmes.

⁵⁵ BAER, Susanne/ WRASE, Michael. *Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG*. In: Juristische Schulung, 2003, p.1164.

⁵⁶ CEDH 28 août 1986, *Glaserapp* ; CEDH 26 septembre 1995, *Vogt c/Allemagne*.

⁵⁷ CEDH 24 février 1998, *Larissis*.

⁵⁸ FITTE-DUVAL, Annie. *La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme*. In: L'Actualité juridique – Droit Administratif, n° 10/1997, p. 732.

1.3.1 En France, une liberté de manifester ses croyances moins protégée

Comme toute autre liberté publique, la liberté de religion peut subir des limitations, si ces limitations sont justifiées par un intérêt supérieur. Cette pensée se trouve déjà dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen précitée qui énonce dans son article 10 une limite claire: « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, *pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.* »

La même restriction se trouve au niveau législatif. La loi du 9 décembre 1905 « concernant la séparation des Eglises et de l'Etat » dispose dans son article 1er : « [La République] garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.»

En examinant les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté religieuse du fonctionnaire en France, on doit garder à l'esprit que cette garantie a été établie dans le but de le protéger contre les discriminations de la part de l'employeur public. Cela est évident au regard des évolutions historiques⁵⁹, mais il ressort aussi clairement de l'avis *Marteaux*⁶⁰ que nous allons analyser en détail ultérieurement.

L'aspect principal de la liberté religieuse des fonctionnaires est celui de la liberté religieuse « passive »: la non-discrimination. Cela renvoie à l'idée d'un Etat employeur complètement laïque qui ne prend nullement en compte les convictions personnelles de son agent. Dans cette conception, la liberté religieuse des fonctionnaires ne se concilie pas seulement parfaitement avec l'idée d'un Etat neutre mais elle est même protégée par la neutralité de l'Etat⁶¹.

En revanche, la conception française de la liberté religieuse du fonctionnaire est moins protectrice de la liberté religieuse « active », celle de *manifester* ses convictions. Dans cette conception étroite de la liberté de religion, la manifestation des convictions peut être plus facilement restreinte que la simple liberté de conscience intérieure⁶². Cette dichotomie entre la protection absolue des convictions personnelles et la restriction sévère de leur manifestation

⁵⁹ On rappelle de nouveau les événements-clés, l'affaire des fiches et la persécution des fonctionnaires sous le régime de Vichy.

⁶⁰ CE 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*.

⁶¹ LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 91.

⁶² MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 432.

pendant l'exercice des fonctions est illustrée parfaitement par le statut général des militaires (article 7) : « Les opinions ou croyances philosophiques, religieuses ou politiques sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. »

Certes, on a vu qu'une certaine place est faite à l'exercice de la liberté religieuse dans les services (congés pour les fêtes religieuses, aumôneries,...). Ce sont pourtant des exemples plutôt rares, et en plus, ce sont pour la plupart des situations où l'agent ne manifeste pas sa liberté religieuse vis-à-vis de l'usager. L'exercice de la liberté religieuse est beaucoup moins protégée lorsqu'il s'agit de l'admettre dans le contact avec l'usager, car cela ne signifierait plus uniquement opposer la liberté du fonctionnaire à l'Administration, mais également l'opposer aux usagers⁶³.

1.3.2 En Allemagne, une distinction semblable entre liberté intérieure et manifestation

Selon la jurisprudence constitutionnelle, des restrictions à une liberté publique ne sont justifiées que si elles sont nécessaires pour protéger d'autres droits et principes à valeur constitutionnelle⁶⁴. Pour déterminer la nécessité de la restriction, la jurisprudence allemande procède à une comparaison entre la liberté restreinte et le droit protégé par cette restriction. Elle pèse ainsi la valeur des deux, ainsi que la gravité de l'atteinte à l'un ou l'autre de ces deux droits. Dans le cadre de cette comparaison, la liberté d'exercice de la religion pèse moins lourd que la liberté de conviction interne. Une atteinte au « forum externum » peut donc être plus facilement justifiée qu'une atteinte au « forum internum ». Dans le principe d'une protection moins forte de la liberté *d'exercice* de la religion, le système allemand ne se distingue donc pas du système français. En revanche, les restrictions admises et leur justification diffèrent dans les deux pays, ce qu'on verra dans le prochain chapitre.

1.3.3 La restriction de la liberté religieuse admise par la CEDH

⁶³ SAINT-JAMES, Virginie. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

⁶⁴ BVerfG 19 oct. 1971, *Gesundbeter*, in : BVerfGE 32, 98, 108 ; BVerfG 16 mai 1995, *Kruzifix*, in : BVerfGE 93, 1, 21.

La Convention européenne des droits de l'homme (de même que les autres textes internationaux⁶⁵) admet que l'exercice de la liberté religieuse puisse être restreint, sous des conditions assez strictes⁶⁶ énoncées dans l'article 9 § 2.

1. Les restrictions doivent être prévues par la loi⁶⁷ et être suffisamment prévisibles, précises et accessibles.
2. Elles doivent constituer des mesures nécessaires dans une société démocratique à la poursuite des buts légitimes énumérés dans l'article 9 § 2, notamment la protection des droits et libertés d'autrui, permettant ainsi la répression d'un « prosélytisme abusif »⁶⁸. La Cour de Strasbourg a interprété cette condition de façon assez stricte en exigeant que les restrictions de la liberté religieuse se justifient par un « besoin social » impérieux⁶⁹.
3. Les restrictions doivent être proportionnées au but légitime poursuivi.

Dans l'interprétation de ces conditions, la jurisprudence de la Cour européenne distingue clairement entre la liberté religieuse « intérieure » et la manifestation des croyances. La Cour est très stricte en ce qui concerne le libre choix d'une religion par les citoyens – ce libre choix, qui relève du for intérieur, ne doit en aucun cas être entravé par l'Etat⁷⁰. Au contraire, l'extériorisation des croyances peut être plus facilement restreinte. Ainsi, la Commission des droits de l'homme a jugé assez tôt qu'une personne pourrait « dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion, avoir à tenir compte de sa situation professionnelle ou contractuelle particulière »⁷¹.

⁶⁵ Cf. p.ex. l'article 18 §3 du Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; DUFFAR, Jean. *La liberté religieuse dans les textes internationaux*. In : RDP 1994, p. 958.

⁶⁶ La description des possibles limitations de la liberté religieuse est d'ailleurs plus concise que dans les autres articles de la Convention : ainsi, les limitations aux articles 8,10 et 11 peuvent être motivées par « la sécurité nationale » et « la sûreté publique », tandis que l'article 9 §2 évoque seulement « la sécurité publique ». Cf. pour les restrictions en général : FITTE-DUVAL, Annie. *La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme*. In: L'Actualité juridique – Droit Administratif, n° 10/1997, p. 739.

⁶⁷ En ce qui concerne une éventuelle incompatibilité de la jurisprudence administrative française en matière de sanctions disciplinaires avec cette exigence: FITTE-DUVAL, Annie. *La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme*. In: L'Actualité juridique – Droit Administratif, n° 10/1997, p. 741

⁶⁸ cf. SURREL, Hélène. *La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme*. Note sous CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*. In : Revue française de droit administratif mai-juin 1995, pp. 579.

⁶⁹ CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*.

⁷⁰ Ainsi, la Cour a par exemple censuré un programme étatique de « déprogrammation » subi par des membres d'une secte : CEDH 9 mars 1999, *Riera Blume c/ Espagne*.

⁷¹ Commission des droits de l'homme 12 mars 1981, *X c/ Royaume-Uni*, admettant l'interdiction pour un instituteur de se rendre aux prières à la mosquée pendant les heures de classe.

Il ressort de cette analyse que la liberté de manifester ses croyances peut être restreinte dans tous les systèmes examinés, mais que cela n'est possible que pour des bonnes raisons. Ces raisons seront examinées dans le chapitre suivant.

2 DES LIMITES A L'EXERCICE DE LA LIBERTE RELIGIEUSE : LAICITE, LIBERTE RELIGIEUSE DES USAGERS ET INTERET DU SERVICE

Le fonctionnaire, serviteur de l'Etat et donc du peuple, doit se soumettre à certaines restrictions, dans l'intérêt du bon fonctionnement du service public. Ainsi, il existe plusieurs limites, non pas tellement à la liberté de conscience des fonctionnaires en soi, mais à son expression⁷². Le principe constitutionnel qui s'oppose au libre exercice de la liberté religieuse est le principe de la laïcité stricte en France, un principe de neutralité beaucoup plus nuancé et souple en Allemagne.

2.1 En France, une neutralité stricte, laïque

En France, on considère que le bon fonctionnement du service et la protection de la liberté de conscience des usagers ne peuvent être garantis que par une stricte neutralité de l'Etat et de ses agents en matière religieuse – la fameuse laïcité. La laïcité à la française se définit comme distinction de l'espace politique de l'espace religieux⁷³. Toute intervention politique est illégitime dans le domaine religieux, mais de même, le religieux ne peut avoir aucune emprise sur l'Etat et le politique⁷⁴.

2.1.1 Un Etat neutre...

⁷² En ce qui concerne cette distinction cf. : de MONTECLER, Marie-Christine. *Note sous TA de Paris 17 octobre 2002 « Mme E. »* In : L'Actualité juridique – droit administratif. 20 janvier 2003, p. 99.

⁷³ MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard.* In : Revue administrative 1990, p. 37.

⁷⁴ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 13.

Si le principe de laïcité est issu d'une évolution historique particulière (le long affrontement entre l'Église catholique, traditionnellement monarchiste, et le corpus républicain issu de la Révolution française)⁷⁵, il est devenu peu à peu un principe porteur de la République même et fait objet d'un large consensus dans son principe⁷⁶ : « La laïcité au XXe siècle réussit à transformer un étendard de combat en valeur républicaine largement partagée »⁷⁷. Le principe, ancré dans les textes constitutionnels et législatifs, est perçu comme pierre angulaire du « pacte républicain »⁷⁸ et en même temps comme garant de la liberté individuelle.

La laïcité, principe constitutionnel et législatif

La laïcité est clairement érigée en principe fondamental de la République, dans l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958, reprenant en cela l'article 1^{er} de la Constitution du 27 octobre 1946 : « La France est une République indivisible, *laïque*, démocratique et sociale. » En outre, la Constitution de 1946 pose déjà, dans le 13^e alinéa de son préambule, le principe de l'enseignement public laïque. Même avant d'être ancrée dans la Constitution, la laïcité a été mise en œuvre par le législateur, notamment par la grande loi de 1905 et les lois scolaires. Les lois scolaires sont de deux ordres. L'instruction religieuse a été exclue des programmes officiels par loi du 29 mars 1882 et le principe de laïcité du personnel enseignant fut introduit par la loi du 30 octobre 1886. La plus importante loi en matière de laïcité est la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État⁷⁹. Elle consacre en son article 1^{er} la liberté de conscience et dans son article 2nd la laïcité (« l'État ne reconnaît ni ne salarie aucun culte »). On voit déjà dans l'agencement des articles que la neutralité de l'État est perçue comme moyen de protection de la liberté de conscience.

Un principe perçu aujourd'hui comme principe républicain et garant des libertés

⁷⁵ Commission nationale consultative des droits de l'homme. *La laïcité aujourd'hui*. Rapport d'étape du 16.12.2003. Fiche 3, chapitre 1.

⁷⁶ BELLIARD, Edwige. *Genèse et actualité de la notion de laïcité*. In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004, p. 6 ; Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 6, 9 ; Conseil d'Etat. *Un siècle de laïcité*. Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004, p. 246. LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 75.

⁷⁷ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 12.

⁷⁸ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 9 ; Bernard STASI, entretien dans Les cahiers de la fonction publique, avril 2004, p.17.

⁷⁹ « Clé de voûte de la laïcité » : Conseil d'Etat. *Un siècle de laïcité*. Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004, p. 258.

Le principe de laïcité découle de la conception républicaine de l'Etat⁸⁰, « car la République et la laïcité sont deux réalités qui n'en font qu'une »⁸¹.

Cette conception républicaine impose que tous les usagers soient traités de la même façon, sans égard à leurs opinions, convictions et croyances. Le principe de laïcité est donc étroitement lié au principe d'égalité et de neutralité de l'Etat⁸². Tous les auteurs sont unanimes sur l'existence de ce lien étroit, même si des divergences existent en ce qui concerne l'antériorité de ces deux notions. Pour certains⁸³, c'est la laïcité qui implique la neutralité de l'Etat, tandis que pour la plupart des auteurs, la laïcité est justement la conséquence de la neutralité de l'Etat dans le domaine religieux et ainsi une composante de cette neutralité⁸⁴. Des auteurs vont même jusqu'à dire : « La neutralité de l'Etat devient ainsi la pierre angulaire de la laïcité à la française. »⁸⁵

⁸⁰ Ainsi, dans le débat sur l'inclusion de la laïcité dans la Constitution de 1946, le rapporteur général M. COSTE-FLORET, énonça : « Nous acceptons l'amendement [la référence explicite à la laïcité] car nous considérons que la laïcité, entendue dans le sens de la neutralité de l'Etat, est conforme à la tradition républicaine. » cité chez LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 77 ; SCHWARTZ, Rémy. *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : Revue française de droit administratif, janvier-février 2001, p. 147.

⁸¹ MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard*. In : Revue administrative 1990, p. 33.

⁸² BELLIARD, Edwige. *Genèse et actualité de la notion de laïcité*. In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004, p. 5 ; CHAUVIN, Nicolas. *Laïcité scolaire et protection des élèves*. In : Revue Administrative n° 295, 1997, p. 10 ; Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 22 ; KONDYLLIS, Vasilios. *Le principe de neutralité dans la fonction publique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 140 ; MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard*. In : Revue administrative 1990, p. 37 ; WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent. *Laïcité et neutralité de l'Etat*. In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004, p. 8.

⁸³ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 13 ; MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard*. In : Revue administrative 1990, p. 37.

⁸⁴ CHAUVIN, Nicolas. *Laïcité scolaire et protection des élèves*. In : Revue Administrative n° 295, 1997, p. 10 ; KONDYLLIS, Vasilios. *Le principe de neutralité dans la fonction publique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 140 ; MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 427.

⁸⁵ WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent. *Laïcité et neutralité de l'Etat*. In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004, p. 7.

Puisque la laïcité garantit le traitement égal de tous les citoyens, sans égard à leurs croyances, elle est le garant de la liberté individuelle des citoyens⁸⁶ – elle est « le chemin que propose le droit français pour concilier les manifestations d'une liberté avec la vie en commun ». ⁸⁷ En outre la garantie de la liberté individuelle des citoyens, elle vise aussi à faciliter la diffusion et l'adhésion aux valeurs républicaines⁸⁸.

Pour être vraiment efficace, la neutralité de l'Etat implique d'ailleurs le respect des apparences⁸⁹. A aucun moment, l'usager doit avoir un quelconque doute sur l'impartialité de l'Etat. C'est pourquoi les crucifix ont été retirés des hôpitaux et maisons de santé publics en France même avant la loi de 1905⁹⁰ (contrairement à l'Allemagne, où les crucifix dans les écoles publiques n'ont été remis en cause que dans les années 90).

2.1.2 ... ce qui implique la neutralité de ses agents

2.1.2.1 Un principe clair....

Contrairement à l'Allemagne, on ne se pose pas la question en France si les agents publics peuvent être assimilés à l'Etat. En tant que représentants de l'Etat neutre, les agents ont tout naturellement un devoir de neutralité strict⁹¹, car ils sont pour les citoyens la traduction concrète de l'Etat⁹². Un manque à l'obligation de neutralité par l'agent peut même être considéré comme faute personnelle détachable du service, de sorte qu'il engage sa responsabilité

⁸⁶ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 6, 16 ; KOUBI, Geneviève. *La laïcité dans le texte de la Constitution*. In : *Revue de droit public*, 1997, p. 1315.

⁸⁷ Commission nationale consultative des droits de l'homme. *La laïcité aujourd'hui*. Rapport d'étape du 16.12.2003. Fiche 1, chap. 3.

⁸⁸ CHAUVIN, Nicolas. *Laïcité scolaire et protection des élèves*. In : *Revue Administrative* n° 295, 1997, p. 10.

⁸⁹ BERTHOUD, Joël. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

⁹⁰ BEDOUELLE, Guy ; COSTA, Jean-Paul. *Les laïcités à la française*. Paris : Presses universitaires de France, 1998, p.121 ; WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent. *Laïcité et neutralité de l'Etat*. In : *Les cahiers de la fonction publique*, avril 2004, p. 8.

⁹¹ Cela vaut pour tous les agents, peu importe leur service, à l'exception des seuls professeurs de l'enseignement supérieur : BERTHOUD, Joël. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

⁹² BEDOUELLE, Guy ; COSTA, Jean-Paul. *Les laïcités à la française*. Paris : Presses universitaires de France, 1998, p.111 ; dans le même sens p.ex. WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent. *Laïcité et neutralité de l'Etat*. In : *Les cahiers de la fonction publique*, avril 2004, p. 7.

personnelle envers l'utilisateur⁹³. Le devoir de neutralité est par ailleurs sanctionné pénalement, l'article 432-7 du Nouveau Code Pénal interdisant la décision partielle. Naturellement, *l'apparence de neutralité* fait partie intégrante de cette neutralité que l'agent doit garder. Le Conseil d'Etat l'a clairement dit : « Dans l'exécution du service, l'Etat peut exiger du fonctionnaire qu'il s'abstienne de tout acte propre à faire *douter* (...) de sa neutralité. »⁹⁴ Ainsi, le port d'une médaille à caractère religieux par une enseignante n'a été admis que parce qu'elle le portait *sous* son corsage, le signe religieux étant donc invisible⁹⁵.

L'exercice de la liberté religieuse par le fonctionnaire est donc limité par le principe de neutralité de l'Etat, et ce conflit peut se poser même avant que la personne concernée n'intègre la fonction publique. Le Conseil d'Etat a ainsi admis qu'un ministre écarte un ecclésiastique du concours d'agrégation⁹⁶ - on voit que la neutralité de l'Etat peut amener à prendre en compte la religion de l'agents pour lui refuser l'accès à la fonction publique, contrairement au principe de non-discrimination évoqué plus haut (chapitre 1.2).

La neutralité religieuse de l'Etat envers les usagers, en ce qu'elle implique la neutralité des agents, peut ainsi apporter des aménagements au principe de la neutralité religieuse de l'Etat envers ses propres agents.

2.1.2.2 ...des nuances....

Ultérieurement, des nuances ont été apportées à cette laïcité extrêmement sévère, de façon à concilier la liberté religieuse des agents et la neutralité de l'Etat. Ainsi, un avis du Conseil d'Etat, revenant sur la décision *Abbé Bouteyre*, a estimé que la laïcité de l'Etat ne faisait pas obstacle à ce que des membres du clergé exercent des fonctions dans le service public d'enseignement⁹⁷. Le Conseil d'Etat a également décidé que l'Etat ne peut pas refuser à un candidat l'accès à la fonction publique au seul motif qu'il a fait ses études dans des établissements confessionnels⁹⁸ ou qu'il fréquente un groupe confessionnel⁹⁹.

⁹³ TC 2 juin 1908, *Morizot*.

⁹⁴ CE 1^{er} octobre 1954, *Guille* (Concl. Laurent R.A. 1954, 512).

⁹⁵ CE 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss* ; cf. à ce sujet LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 190.

⁹⁶ CE 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, en confirmant CE 5 juillet 1851, *Rouget*.

⁹⁷ CE Assemblée générale, Avis du 21 septembre 1972.

⁹⁸ CE 25 juillet 1939, *Delle Beis*; CE 5 janvier 1944, *Dame Tétaud* ; CE 4 juillet 1954, *Janinet* ; CE 7 novembre 1958, *Demoiselle Carrade*.

⁹⁹ CE 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*.

Une autre exception à la neutralité religieuse du fonctionnaire envers l'utilisateur existe par ailleurs dans le domaine hospitalier. Il est admis qu'un agent puisse refuser de participer à une interruption volontaire de grossesse à cause de sa propre conviction, notamment religieuse¹⁰⁰.

2.1.2.3 ...et des questions ouvertes

Aujourd'hui, il se pose la question de savoir quel compromis doit être trouvé entre l'exigence de neutralité du service et la neutralité de l'Etat envers ses agents. Il peut y avoir des incompatibilités entre l'organisation du service et les « exigences religieuses » d'un candidat qui s'opposent à son recrutement. On pense notamment au concours qui se déroule le jour d'une fête religieuse. En outre, on peut se poser la question, si un service de qualité peut être garanti par un agent hospitalier qui refuse, pour des raisons religieuses, de soigner des personnes de sexe opposé. Quid du soldat qui refuse de porter un casque à cause d'une coiffure religieuse ? Un exemple caricatural est celui donné par P. LANGERON : Le conducteur d'autobus musulman qui interrompt son service pour descendre prier sur le trottoir¹⁰¹.

Une autre question se pose en ce qui concerne l'expression des convictions en dehors du service. En dehors de l'exercice de ses fonctions, l'agent devrait retrouver sa pleine liberté d'expression, car le devoir de neutralité lui incombe uniquement pendant l'exercice de ses fonctions. Ainsi, le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt Marteaux souligne que l'agent public est « libre de ses opinions et croyances, libre de les manifester hors du service »¹⁰². Pourtant, une limite reste à respecter : celle de *l'obligation de réserve*. Elle est définie comme « la nécessité pour le fonctionnaire d'observer une certaine modération lorsqu'il

¹⁰⁰ SAINT-JAMES, Virginie. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

¹⁰¹ LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 198.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre par ailleurs que ces exemples ne sont pas caricaturaux qu'il pourrait paraître à première vue : Les instances de Strasbourg ont eu à juger le cas d'un instituteur qui voulait se rendre aux prières à la mosquée pendant les heures de classe (Commission des droits de l'homme 12 mars 1981, *X c/ Royaume-Uni*) ainsi que celui d'un juge qui prononçait des prières en public et promettait une issue favorable de leur procès à certaines parties si elles rejoignaient sa communauté religieuse (CEDH 8 février 2001 *Pitkevich c/ Russie*).

¹⁰² SCHWARTZ, Rémy. *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : Revue française de droit administratif, janvier-février 2001, p. 147, en citant notamment CE 3 janvier 1962, *Ministre des Armées c/Hocdé*. Cf. aussi KOUBI, Geneviève. *Note sous CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : Recueil Dalloz, Commentaires, n°36-2000, p. 749

exprime ses opinions en dehors du service »¹⁰³ Pour la plupart des auteurs, l'obligation de réserve ne concerne pas les opinions mêmes de l'agent mais la façon dont il les exprime¹⁰⁴.

Cette obligation de réserve est bien sûr moins stricte que l'obligation de neutralité qui incombe à l'agent pendant l'exercice de ses fonctions (on peut parler d'une forme atténuée de la neutralité)¹⁰⁵. L'obligation de réserve a surtout été évoquée en matière d'activités politiques ou syndicales¹⁰⁶. L'idée centrale est que les manquements publics à la solidarité que doit l'agent à l'Etat sont à réprimander dès qu'ils nuisent au fonctionnement du service¹⁰⁷. Cela vaut en principe aussi en ce qui concerne les opinions religieuses. Pourtant, la jurisprudence en la matière reste peu explicite¹⁰⁸. Le Conseil d'Etat a décidé que ne violait pas la neutralité scolaire une institutrice qui invitait par lettre privée un élève-maître de l'école normale à assister à des conférences religieuses pendant les vacances¹⁰⁹.

La doctrine par contre a évolué au fil du temps. Il y a trente ans, la question était considérée comme mineure par rapport à celle du devoir de réserve politique, et il semblait suffisant d'énoncer qu'en matière religieuse, le fonctionnaire jouissait « de la plus large tolérance »¹¹⁰. Aujourd'hui, les auteurs sont quasi unanimes sur le fait que l'expression des

¹⁰³ MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 433. Cf. aussi le Tribunal Suprême de Monaco dans son arrêt *Chiabaut* du 13 avril 1931 : les fonctionnaires devaient, lors de l'exercice de leurs droits et libertés, « s'abstenir de tous actes écrits, paroles, manifestations, attitudes qui témoigneraient d'un esprit d'hostilité ou de sédition contre l'Etat ou ses représentants qualifiés ». (arrêt cité chez KONDYLIS, Vasilios. *Le principe de neutralité dans la fonction publique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 271).

¹⁰⁴ RIVERO, Jean. *Sur l'obligation de réserve*. In : *L'Actualité juridique – droit administratif*, Décembre 1977, p. 580.

¹⁰⁵ KONDYLIS, Vasilios. *Le principe de neutralité dans la fonction publique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 271 ; RIVERO, Jean. *Sur l'obligation de réserve*. In : *L'Actualité juridique – droit administratif*, Décembre 1977, p. 580.

¹⁰⁶ Pour n'en citer que quelques exemples : CE 25 janvier 1935, *Defrance* (stigmatisation de l'« ignoble drapeau tricolore »); CE 8 juin 1962, *Ministre des P.T.T. c/ Frischmann* (action syndicale contre la mobilisation des P.T.T. pour la guerre); CE 10 janvier 1969, *Melero* (direction d'un journal qui publie une caricature offensante pour le président de la République). Cf. aussi pour un magistrat : CE 21 février 1968, *Aubertin*.

¹⁰⁷ MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 433 ; RIVERO, Jean. *Sur l'obligation de réserve*. In : *L'Actualité juridique – droit administratif*, décembre 1977, p. 581, 583.

¹⁰⁸ GUYOMAR, Matthias ; COLLIN, Pierre. *Chronique générale de jurisprudence administrative française. L'actualité*. In : *L'Actualité juridique – Droit administratif*, juillet-août 2000, p. 606.

¹⁰⁹ CE 28 avril 1958, *Delle Weiss*.

¹¹⁰ RIVERO, Jean. *Sur l'obligation de réserve*. In : *L'Actualité juridique – droit administratif*, décembre 1977, p. 581.

convictions religieuses ne peut pas entièrement libre, même en dehors du service¹¹¹. Serait donc une atteinte à l'obligation de réserve toute mise en cause de l'autorité de l'Etat sur un fondement religieux¹¹². En plus, la question du devoir de réserve en matière de convictions religieuses n'est plus anodine aujourd'hui. Avec l'apparition de cultes qui ne se contentent pas d'ériger des règles pour la vie privée mais qui prennent position dans des questions de vie publique et d'organisation de la société, qui touchent donc au domaine public, l'expression de ces croyances même en dehors du service, peut plus facilement toucher à l'autorité de l'Etat et donc entrer en conflit avec le devoir de loyauté du fonctionnaire. C'est pourquoi certains parlent aujourd'hui d'un « devoir de réserve confessionnel », en invoquant des exemples propres au fait religieux¹¹³.

Une première décision qui touche à ces questions a été prise en 2003 par le Conseil d'Etat. Selon cette décision, manque à son devoir de neutralité l'agent qui apparaît sur le site d'une association religieuse, en qualité de membre de celle-ci, avec la précision de l'adresse électronique du service¹¹⁴. Pourtant, cette affaire ne joue complètement dans le domaine de la vie privée, car l'agent en question avait utilisé les moyens de communication du service au profit de l'association religieuse. Mais qu'en serait-il par exemple d'un instituteur, qui, hors du service, soutiendrait publiquement une religion qui prône la déscolarisation complète des enfants ? Quid d'un agent hospitalier membre d'une secte qui refuse les transfusions sanguines et qui en fait la publicité dans son temps libre ? Ne feraient-ils pas douter les usagers de leur aptitude à remplir, dans le respect du devoir de neutralité qui leur incombe, leur tâche dans le service ?

La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs accepté que la liberté religieuse des fonctionnaires de haut rang puisse être restreinte même en ce qui concerne son exercice en dehors du service¹¹⁵.

¹¹¹ De MONTECLER, Marie-Christine. *Note sous TA de Paris, 17 octobre 2002 « Mme E. »* In : L'Actualité juridique – droit administratif. 20 janvier 2003, p. 99 ; WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent. *Laïcité et neutralité de l'Etat*. In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004, p. 7.

¹¹² BERTHOUD, Joël. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004; MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 433, qui donne l'exemple d'appels à la désobéissance civile ou la participation à des « opérations de sauvetage » conduites par des commandos anti-avortement.

¹¹³ SAINT-JAMES, Virginie. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

¹¹⁴ CE 15 octobre 2003, *M. Odent*. Cf. Conseil d'Etat. *Un siècle de laïcité*. Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004, p. 275.

¹¹⁵ MONTFORT, Pascal. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

Comparés à cette conception très stricte de la neutralité, les principes de neutralité du droit public allemand semblent presque permissifs :

2.2 En Allemagne, une neutralité « ouverte » non-laïque

Comme on l'a vu plus haut, la liberté religieuse ne peut être restreinte que si cela est nécessaire pour la protection d'autres droits et principes à valeur constitutionnelle. Parmi ces droits et principes, on peut compter, comme en France, la neutralité religieuse de l'Etat, mais aussi, beaucoup plus explicitement qu'en France, les droits fondamentaux des usagers.

2.2.1 Un Etat neutre, mais moins strictement

La neutralité est, comme en France, un principe à valeur constitutionnelle. Il découle d'une part du principe d'égalité qui interdit toute discrimination selon les convictions religieuses (article 3 III GG), de la liberté religieuse de tous les citoyens (article 4 I, II GG) et est consacré également par les articles concernant les questions religieuses (article 140 GG qui renvoie aux articles 136 I, IV et 137 I de la Constitution de Weimar). Pourtant, on doit s'interroger sur les contours de cette neutralité, qui ne sont pas les mêmes qu'en France, et sur le degré de protection que le juge constitutionnel accorde à ce principe.

En Allemagne, le principe de la neutralité de l'Etat est conçu de manière plus « souple » et ne renvoie pas au concept de laïcité. Les auteurs s'accordent pour souligner que la neutralité de l'Etat allemand n'a rien à voir avec la laïcité à la française¹¹⁶. Si la laïcité signifie l'exclusion de la religion de la sphère publique, le concept de « neutralité souple » ou « neutralité ouverte » admet au contraire l'existence de la religion dans la sphère publique. Le pouvoir public laisse une place aux confession et actions religieuses dans la sphère publique.

L'Etat a même la possibilité de soutenir les religions dans leur action, s'il le fait sans discrimination, de la même façon pour toutes les communautés intéressées¹¹⁷. Mais le principe

¹¹⁶ à titre d'exemple : RUX, Johannes. *Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule*. In: *Der Staat* (35), 1996, p. 529. STARCK, Christian. *Staat und Religion*. In: *Juristenzeitung*, 2000, p. 6.

¹¹⁷ BVerfG 17 déc. 1975, *Simultanschule*, in: BVerfGE 41, 29, 49; BVerfG 16 mai 1995, *Kruzifix*, in: BVerfGE 93, 1, 16.

d'égalité commande que l'Etat ne privilégie pas une conviction par rapport à d'autres¹¹⁸ ; aucune identification de l'Etat avec une religion particulière ne peut avoir lieu.

Ainsi, la Cour Constitutionnelle allemande a déclaré inconstitutionnelle une loi bavaroise qui prescrivait l'installation des crucifix dans les salles de classe des écoles publiques¹¹⁹ – cela était un symbole de l'identification de l'Etat avec la religion chrétienne qui, aux yeux de la Cour, était incompatible avec la neutralité requise.

En outre du principe d'égalité, le principe de neutralité est lié aussi à celui de la liberté religieuse négative des citoyens, la liberté de ne pas adhérer à une religion¹²⁰. Une prise de position de l'Etat en faveur d'une religion exercerait une contrainte sur les citoyens qui pourraient se trouver compromis dans leur choix religieux.

Dans le cas des enseignants réclamant le droit au port du foulard, le principe de la neutralité de l'Etat apparaît sous le couvert de la responsabilité éducative de l'Etat, principe à valeur constitutionnelle (Article 7 I GG). Cette responsabilité éducative doit être exercée de façon neutre et respecter des droits fondamentaux des enfants et des parents. A côté de la liberté religieuse des enfants est donc en jeu la liberté des parents à élever librement leurs enfants selon les valeurs qu'ils estiment pertinents (Article 6 II GG).

Pourtant, tous ces principes s'articulent de façon différente dans les différents Länder. Le fédéralisme joue son rôle dans le domaine de la liberté religieuse, et la conception de neutralité est beaucoup moins présente dans les Länder traditionnellement plus catholiques de l'Allemagne du Sud comparé à ceux du Nord, qui déjà historiquement sont plus attachés à la neutralité religieuse de l'Etat¹²¹. Cette distinction joue un rôle de plus en plus important, et a mené à ce que les réponses apportées au problème de l'enseignante voilée divergent fortement entre les différents Länder, comme on le verra plus loin.

¹¹⁸ BVerfG 14 déc. 1965, *Kirchenbausteuer*, in: BVerfGE 19, 206, 216 ; BVerfG 16 oct. 1968, *Aktion Rumpelkammer*, in: BVerfGE 24, 236, 246 ; BVerfG 31 mars 1971, *Mitgliedschaftsrecht*, in BVerfGE 30, 415, 422 ; BVerfG 16 mai 1995, *Kruzifix*, in: BVerfGE 93, 1, 17; HÄUSSLER, Ulf. *Leitkultur oder Laizismus ?* In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, 2004, p. 8 ; SACKSOFSKY, Ute. *Die Kopftuch-Entscheidung- von der religiösen zur föderalen Vielfalt*. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 3298.

¹¹⁹ BVerfG 16 mai 1995, *Kruzifix*, in: BVerfGE 93, 1.

¹²⁰ RUX, Johannes. *Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule*. In: *Der Staat* (35), 1996, p. 529.

¹²¹ Commission nationale consultative des droits de l'homme. *La laïcité aujourd'hui*. Rapport d'étape du 16.12.2003. Fiche 2, chapitre 1.

2.2.2 Un devoir de neutralité des fonctionnaires contesté

Contrairement à la France, où la neutralité de l'Etat entraîne tout naturellement un devoir de neutralité de ses fonctionnaires, ce devoir de neutralité des fonctionnaires est contesté dans ses contours en Allemagne. Surtout dans sa décision sur l'enseignante voilée, la Cour Constitutionnelle allemande a énoncé que le port du signe religieux par un professeur ne peut pas être imputé à l'Etat. La prise de position religieuse par un fonctionnaire est donc distinguée de l'affichage religieux de l'Etat lui-même. La Cour considère que le simple fait pour l'Etat de tolérer le port du foulard par une enseignante ne peut pas être interprété comme une identification de l'Etat avec cette religion ni lui être imputé. On a vu que cette distinction entre l'Etat et ses fonctionnaires n'a pas lieu d'être en France. Ici on retient une « association décisive entre principe de neutralité du service public et obligation de neutralité des personnels des services publics »¹²².

Dans la doctrine, ce point ne fait pas unanimité. Si un nombre d'auteurs s'accordent avec la cour pour dissocier neutralité religieuse de l'Etat et neutralité religieuse du fonctionnaire¹²³, d'autres, dont les trois juges minoritaires de la Cour Constitutionnelle dans leur vote dissident, ne suivent pas cette argumentation¹²⁴. Selon eux, le fonctionnaire se place non seulement du côté de l'Etat, mais l'Etat agit à travers lui¹²⁵. Dans une perspective structurelle, il est évident que le fonctionnaire est le représentant de l'Etat lorsqu'il agit dans le cadre de son service, et les citoyens le voient comme tel. Cette interprétation est donc quasiment identique avec la perception française.

2.3 Des conceptions fondamentalement différentes

Si, en France, la notion de « laïcité » renvoyait initialement au concept d'une laïcité combative, et donc à une position clairement antireligieuse de l'Etat (plutôt du laïcisme que de la laïcité), cette conception a évolué envers une véritable laïcité au sens de neutralité de l'Etat envers le fait religieux. Comme disait déjà Aristide Briand : « L'Etat n'est ni religieux ni

¹²² KOUBI, Geneviève. *Note sous CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : Recueil Dalloz, Commentaires, n°36-2000, p. 749.

¹²³ MUCKEL, Stefan. *Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch ?* In: Festschrift für Christoph Link. Mohr Siebeck, 2003, p. 340.

¹²⁴ dans le même sens: IPSEN, Jörn. *Karlsruhe locuta, causa non finita. Das BVerfG im so genannten "Kopftuch-Streit"*. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2003, p.1211 ; WEBER, Albrecht. *Religiöse Symbole in der Einwanderungsgesellschaft*. In: Zeitschrift für Ausländerrecht, 2004, p. 59.

¹²⁵ Vote dissident précité.

antireligieux ; il est areligieux. »¹²⁶ En cela, la laïcité française ne diffère donc pas conceptuellement de la neutralité religieuse de l'Etat allemand – les deux se définissent aujourd'hui comme neutres et non pas hostiles vis-à-vis les religions.

La véritable différence entre les deux pays consiste plutôt dans le degré de neutralité. L'Etat allemand ne s'interdit pas toute interaction avec le religieux, ni tout soutien des Eglises, à condition de traiter de façon égale toute religion (la règle principale est donc la non-discrimination). L'Etat français s'interdit par contre toute action dans le domaine du religieux, le principe qui règne est celui de la non immixtion.

Cette analyse se résume assez bien dans une citation de BENCHEIKH¹²⁷ : « Lorsque l'Etat se sépare de la religion, il ne le fait pas par allergie ou par phobie, mais pour rester neutre et réaliser ainsi deux justices : un non-alignement devant la pluralité des religions et une non-ingérence par rapport à la religion en général » Non-alignement signifie ici que « l'Etat se sépare de toutes les religions pour n'en favoriser aucune » ; non-ingérence signifie « ne pas accorder à la religion en général ni faveur ni défaveur, s'abstenir ». - Cette définition, dressée pour la neutralité de l'Etat français, vaut ainsi aussi bien pour l'Allemagne pour ses deux premiers aspects (non-hostilité et non-alignement), non pas pour le dernier (non-ingérence).

2.4 Les multiples limites à la liberté religieuse reconnues par la CEDH

On a vu que la Cour européenne des droits de l'homme admet que la liberté religieuse puisse être restreinte si les mesures sont nécessaires à cause d'un « besoin social impérieux » et proportionnées au but poursuivi. Parmi ces buts légitimes figure aussi la laïcité, dont la Cour a affirmé à plusieurs reprises qu'elle peut être une « valeur de la société démocratique »¹²⁸. Selon la Cour, le système de l'Etat laïque est compatible en principe avec la Convention et la Cour admet que ce système puisse amener à imposer des limites à la liberté religieuse notamment des

¹²⁶ Cité chez BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque*. Paris : Editions Grasset, 1998, p. 49.

¹²⁷ BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque*. Paris : Editions Grasset, 1998, p. 58.

¹²⁸ Commission nationale consultative des droits de l'homme. *La laïcité aujourd'hui*. Rapport d'étape du 16.12.2003. Fiche 2, chapitre 3 ; CEDH 31 juillet 2001 *Refah Partisi c/ Turquie* ; CEDH 13 février 2003 *Refah Partisi et autres contre Turquie*.

fonctionnaires¹²⁹. Ainsi, le rejet de la candidature d'un prêtre à un emploi public, en raison de l'incompatibilité des fonctions avec l'état d'ecclésiastique, ne contrevient pas aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁰.

En outre, des restrictions à l'expression religieuse des agents publics peuvent être justifiées eu égard au le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques (article 2 du Protocole additionnel à la CEDH du 20 mars 1952 précité). La Cour a ainsi jugé que l'interdiction faite à un enseignant d'une école publique laïque d'afficher des convictions religieuses ou morales constitue une ingérence dans la liberté d'expression de l'enseignant justifiée par le droit des parents au respect de leurs convictions¹³¹.

On constate que la liberté de manifester ses convictions s'accompagne d'une protection relative qui implique de larges marges nationales d'appréciation¹³². Cette autolimitation de la Cour s'inscrit dans une logique doctrinale qui consiste à préserver la liberté des Etats dans le choix de leur organisation sociale et de permettre une prise en compte des spécificités historiques des Etats¹³³. La Cour le dit explicitement: « eu égard à la marge d'appréciation qu'il faut laisser à chaque Etat notamment pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre les Eglises et l'Etat [...] »¹³⁴.

Cette ancienne question a resurgi récemment dans le cadre du débat sur le foulard islamique à l'école. La décision *Dahlab*¹³⁵ de la CEDH a admis que l'administration suisse interdise à une institutrice le port du foulard islamique en classe. Cependant, en soulignant les circonstances de l'espèce, notamment le bas âge (et donc la vulnérabilité particulière) des enfants en cause, la Cour laisse supposer que ce n'est pas la laïcité seule qui puisse justifier la restriction de la liberté religieuse, mais plutôt le danger concret pour la liberté de conscience des élèves. On verra plus loin que cet argumentaire constitue une différence non négligeable par rapport à la

¹²⁹ CEDH 1^{er} juillet 1997 *Kahlaç c/ Turquie*.

¹³⁰ CEDH 8 octobre 1982, *M. Demeeste contre Belgique*.

¹³¹ CEDH 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* ; DUFFAR, Jean. *La liberté religieuse dans les textes internationaux*. In : RDP 1994, p. 965.

¹³² MONTFORT, Pascal. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

¹³³ FITTE-DUVAL, Annie. *La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme*. In: L'Actualité juridique – Droit Administratif, n° 10/1997, p. 742. La Cour l'a dit très clairement par rapport aux restrictions à la liberté d'opinion politique en Allemagne : CEDH 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne*.

¹³⁴ CEDH 27 juin 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek c/ France*.

¹³⁵ CEDH 15 février 2001, *Mme Dahlab c/ Suisse*.

jurisprudence française et qu'il pourra facilement y avoir des collisions entre les deux conceptions.

Il ressort de cette analyse qu'il existe un régime détaillé de la liberté religieuse des fonctionnaires dans les deux pays et que le compromis entre liberté religieuse et neutralité de l'Etat fonctionne plus ou moins sans anicroches. Or, ce statu quo est actuellement mis à l'épreuve. Il est confronté à des revendications nouvelles, réclamées avec beaucoup de conviction et d'insistance par un nombre grandissant de citoyens musulmans. A la différence des cas singuliers qu'on a pu rencontrer dans les dernières décennies (notamment concernant la secte des « Baghwan » en Allemagne), il ne s'agit pas cette fois-ci de cas individuels mais d'un phénomène social. Le cas de l'enseignante voilée a été suivi avec beaucoup d'attention par la communauté musulmane en Allemagne, et ce cas a déclenché tout un débat sur des questions de valeurs, d'intégration et de communautarisme, qui s'est greffé sur le débat juridique concernant le foulard islamique porté par une fonctionnaire. Il convient de réexaminer les solutions trouvées à l'aune de cette évolution récente.

II. LE DEFI DU FOULARD

Le cas initial est bien connu : une enseignante/surveillante musulmane (Mlle Ludin en Allemagne, Mlle Marteaux en France) qui refuse de retirer son foulard islamique à l'école et porte le litige devant le juge. Après une analyse des réponses apportées à ce problème dans les deux pays (chapitre 3), on s'interrogera sur leur portée (chapitre 4) et leur motivation (chapitre 5).

3 LE PORT DU FOULARD PAR UNE ENSEIGNANTE

Le port de signes religieux par un fonctionnaire fait ressortir un conflit ouvert entre sa liberté de conscience et le principe de neutralité de l'Etat. Ce problème est particulièrement conflictuel dans le domaine de l'Education nationale, pour des raisons évidentes. La tâche de l'enseignant, servir de modèle pour les enfants qu'il élève, implique toute sa personnalité, et on peut donc difficilement séparer exécution du service et attitude personnelle. En plus, vu le bas âge des élèves et le rôle de modèle de l'enseignant, la probabilité qu'ils se laissent influencer par le signe religieux est plus grande que dans d'autres services publics, puisque le danger pour la liberté religieuse des usagers et donc le besoin de neutralité sont accrus. C'est pour ces raisons que le problème des signes religieux portés par des fonctionnaires s'est posé tout d'abord dans l'éducation nationale.

3.1 En France, une interdiction claire

Dès la substitution de l'instruction morale et civique à l'enseignement religieux par la loi du 28 mars 1882¹³⁶, l'attitude des enseignants en la matière devait être d'une parfaite neutralité, y compris l'apparence de neutralité. Ainsi, Jules Ferry précisa dans sa célèbre « Lettre aux instituteurs » du 17 novembre 1883 : « Au moment de proposer à vos élèves un précepte, une maxime quelconque, demandez-vous s'il se trouve à votre connaissance un seul honnête homme qui puisse être froissé de ce que vous allez dire. [...] Si oui, abstenez-vous de le dire, si non, parlez hardiment ; car ce que vous allez communiquer à l'enfant, ce n'est pas votre propre

¹³⁶ « Dans l'enseignement primaire, l'instruction religieuse est donnée en dehors des édifices et des programmes scolaires. »

sagesse, c'est la sagesse du genre humain [...]. » Les choses sont encore plus claires dans la loi du 30 octobre 1886, qui statue, dans son article 17 (aujourd'hui article L 141-5 du Code de l'éducation) : « Dans les écoles publiques de tout ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque »

Cette réglementation ne s'applique en principe que pour l'enseignement primaire. En revanche, le principe de la laïcité de l'enseignement vaut également pour l'enseignement secondaire. Le Conseil d'Etat a d'abord étendu l'exigence de laïcité statutaire de la loi du 30 octobre 1886 aux enseignants du secondaire¹³⁷. Si cette jurisprudence a été tempérée ultérieurement¹³⁸, il n'en reste pas moins que l'agent ne doit pas afficher une quelconque prise de position en matière religieuse.

La question du port des signes religieux s'est posée seulement dans ces dernières décennies, et elle a trouvé des réponses de plus en plus claires, d'abord par la pratique ministérielle, puis par la jurisprudence. En effet, la circulaire dite « Jospin » du 12 décembre 1989 impose dans son n° 3 aux enseignants que « du fait de l'exemple qu'ils donnent explicitement ou implicitement à leurs élèves, [ils] doivent impérativement éviter toute marque distinctive de nature philosophique, religieuse ou politique qui porte atteinte à la liberté de conscience des enfants ainsi qu'au rôle éducatif reconnu aux familles. L'enseignant qui contreviendrait à cette règle commettrait une faute grave. A raison du trouble apporté au fonctionnement de l'établissement, il serait susceptible d'être immédiatement suspendu dans l'attente d'une action disciplinaire.»¹³⁹ Pourtant, cet énoncé n'est ni tout à fait clair ni exhaustif. Tout d'abord, il ne parle que des enseignants et non pas des autres fonctionnaires de l'Education nationale, et deuxièmement il n'interdit que les marques religieuses qui portent atteinte à la liberté de conscience des enfants. Il n'en ressort donc pas clairement si l'interdiction du signe religieux est absolue ou au contraire conditionnée par une atteinte réelle à la liberté de conscience des enfants.

Ces questions ont été tranchées par la jurisprudence administrative, d'abord par le tribunal administratif de Versailles¹⁴⁰, puis par le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt

¹³⁷ CE 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*.

¹³⁸ CE Avis du 21 septembre 1972.

¹³⁹ Circulaire dite « Jospin » du 12 décembre 1989. In : RFDA janvier-février 1990, p. 22.

¹⁴⁰ TA Versailles 14 avril 1992, *Mlle Braza. c/ Collège Parc-des-Tourelles* : interdiction du port du foulard islamique par une enseignante.

*Marteaux*¹⁴¹. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a en outre précisé expressément que l'interdiction du port des signes religieux s'impose à tous les fonctionnaires de l'Education nationale, « selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement », rigueur appréciée par la doctrine¹⁴². Une circulaire du 28 mai 2004 est venue préciser que « les agents contribuant au service public de l'éducation doivent s'abstenir de tout signe religieux, même discret ». Certes, il ne s'agit que d'une simple circulaire. Mais en combinaison avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle montre qu'aucun doute ne subsiste sur l'interdiction du port des signes religieux dans le domaine de l'éducation publique.

Le port du signe religieux est sanctionné à tous les stades de la carrière d'un fonctionnaire. On peut déjà lui interdire l'accès à la fonction publique s'il est clair qu'il insistera à porter le signe religieux. Si la personne en question est déjà fonctionnaire, le refus de retirer le voile constitue une faute disciplinaire, qui peut justifier que le fonctionnaire soit suspendu ou même exclu de ses fonctions.

3.2 En Allemagne, une possibilité d'interdire pour les Länder

En Allemagne, la situation est beaucoup moins claire. Il a fallu une série de jurisprudences, montant jusqu'à la Cour Constitutionnelle pour trancher la question du « foulard de l'enseignante », et la solution trouvée est équivoque et controversée.

3.2.1 Un contentieux « célèbre » et ancien

En 1998, Mlle Fereshda Ludin, ressortissante allemande d'origine afghane, demande son intégration dans le service public du Land Bade-Wurtemberg comme enseignante d'école primaire/collège. L'inspection académique refuse son intégration, faute « d'aptitude personnelle », puisqu'elle fait savoir qu'elle refusera de retirer son voile islamique pendant les cours. Elle demande son intégration devant les juridictions administratives, qui donnent droit à l'administration dans toutes les instances¹⁴³. Après l'épuisement des voies de recours, Mlle Ludin attaque les décisions de l'administration et des juridictions administratives devant la Cour

¹⁴¹ CE 3 mai 2000, *Mlle Marteaux* : interdiction du port du foulard islamique par une surveillante intérimaire.

¹⁴² GUYOMAR, Matthias ; COLLIN, Pierre. *Chronique générale de jurisprudence administrative française. Laïcité*. In : L'Actualité juridique – Droit administratif, juillet-août 2000, p. 606.

¹⁴³ VG Stuttgart NVwZ 2000, 959 ; VGH Mannheim NJW 2001, 2899 ; BVerwG NJW 2002, 3344.

Constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht), en alléguant être lésée dans ses droits fondamentaux, notamment sa liberté religieuse. La Cour décide que la décision de l'administration scolaire n'était pas conforme à la constitution¹⁴⁴. Son argumentaire est cependant équivoque et donne lieu à interprétation.

3.2.2 Une décision de la Cour Constitutionnelle discutable

La Cour décide tout d'abord que le refus d'intégrer Mlle Ludin dans le corps enseignant touche à sa liberté religieuse (article 33 II et article 4 I, II GG) ainsi que dans son droit à un égal accès à la fonction publique (article 33 III GG). Il souligne notamment que le port du foulard islamique peut être considéré comme exercice de la liberté de conscience, même si certains courants de la religion musulmane ne considèrent pas le port du foulard comme règle contraignante. Un comportement est couvert par la liberté de conscience dès qu'il est suffisamment plausible que la religion le prescrive et que la personne en cause ressent cette règle comme contraignante, même si ce sentiment n'est pas partagé par tous les membres de la communauté religieuse concernée¹⁴⁵. La Cour reconnaît sans équivoque que la fonctionnaire dispose de ce droit dans l'exercice de ses fonctions, et que l'interdiction du port du foulard y porte atteinte¹⁴⁶. Dans cette interprétation, notamment l'interprétation du port du foulard comme exercice de la liberté religieuse, la Cour se trouve en concordance avec la plus grande partie de la doctrine allemande¹⁴⁷.

Après, la Cour examine les principes qui pourraient justifier l'atteinte à la liberté, en tout premier lieu le principe de neutralité de l'Etat, en relation avec la liberté religieuse des élèves¹⁴⁸.

¹⁴⁴ BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282 ; cf. p.ex. ; BAER, Susanne/ WRASE, Michael. *Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG*. In: Juristische Schulung, 2003, pp. 1163 ss.; DEROSIER, Jean-Philippe. *La Cour constitutionnelle allemande et le port du voile, commentaire de l'arrêt du 24 septembre 2003*. In : Revue française de droit constitutionnel, n° 58 / avril 2004, pp. 439 ss. ; SACKSOFSKY, Ute. *Die Kopftuch-Entscheidung- von der religiösen zur föderalen Vielfalt*. In: Neue Juristische Wochenschrift, 2003, pp. 3298 ss.

¹⁴⁵ BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282 , jurisprudence constante p.ex. BVerfG 11 avril 1972 *Eidesverweigerer aus Glaubensgründen*, in BVerfGE 33, 23, 28 s. ; BVerfG 5 fév. 1991, *Bahdi*, in: BVerfGE 83, 341, 353 ; pour la doctrine cf. p.ex. BAER, Susanne/ WRASE, Michael. *Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG*. In: Juristische Schulung, 2003, p.1163; MÜCKEL, Stefan. *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen*. In : Der Staat (40), 2001, p. 102.

¹⁴⁶ Pour la critique de la doctrine cf. chapitre 1 b.

¹⁴⁷ cf. par exemple MUCKEL, Stefan. *Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch ?* In: Festschrift für Christoph Link.: Mohr Siebeck, 2003, p. 336.

¹⁴⁸ BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282.

La Cour développe trois idées-clé qui font la vraie originalité de la décision et qui ont suscité de vives critiques de part de la doctrine.

1. Comme on a vu, la Cour dissocie d'une certaine manière l'Etat de son fonctionnaire, et soutient que le port du signe religieux par la fonctionnaire ne peut pas être interprété comme une identification de l'Etat avec ce signe religieux. On a déjà exposé la fragilité de cette argumentation. Elle est particulièrement critiquable dans le cas d'espèce, car l'influence exercée sur les citoyens (les élèves) par la simple apparence de l'enseignante ne doit pas être sous-estimée¹⁴⁹, et on demande peut-être trop aux élèves en attendant qu'ils distinguent entre l'expression de ses propres convictions par le professeur en tant qu'individu et la prise de position en tant que représentant de l'autorité étatique. Plus que d'autres fonctionnaires, l'enseignant est aperçu en premier lieu comme une personne d'autorité étatique et seulement en deuxième lieu comme une personne privée ayant ses propres convictions qui peuvent être différentes de la position officielle de l'Etat. Il semble pourtant que la Cour elle-même était consciente de la fragilité de son argumentaire, car elle fonde son jugement sur un deuxième aspect : l'absence de danger concret pour la conscience de l'enfant.

2. La Cour examine brièvement la question de l'influence sur les enfants mais l'écarte rapidement avec l'argument, une influence sur les enfants ne serait pas prouvée de façon empirique et donc pas assez plausible¹⁵⁰. Selon la Cour, le simple port du foulard par une enseignante ne comporte pas de danger concret pour la liberté religieuse des enfants ou la « paix scolaire ». Le danger d'influence et de conflits avec les parents serait totalement abstrait, et un simple danger abstrait ne pourrait pas justifier l'interdiction du port du foulard par l'autorité administrative – une interdiction justifiée par un simple danger abstrait ne pourrait émaner que du législateur. Une partie de la doctrine soutient cet argument, en plaçant le débat dans le contexte plus large de la société multiculturelle. L'image du foulard ferait partie de l'environnement social dans une société multiculturelle qu'est la notre. La liberté religieuse de l'enfant ne serait pas touchée par le simple fait qu'il devrait regarder l'enseignante voilée – la liberté de conscience ne protégerait pas de la simple confrontation avec la conviction des autres¹⁵¹. Si on voulait y voir une atteinte à la liberté religieuse de l'enfant ou à la liberté éducative des parents, elle serait en tout état de cause justifiée par la liberté religieuse de l'enseignante qui pèserait plus lourd. Il est intéressant par ailleurs de noter que des auteurs

¹⁴⁹ WEBER, Albrecht. *Religiöse Symbole in der Einwanderungsgesellschaft*. In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, 2004, p. 59.

¹⁵⁰ BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282.

¹⁵¹ RUX, Johannes. *Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule*. In: *Der Staat* (35), 1996, p. 529.

évoquent le fait que l'enfant doit aussi « supporter » la vue du foulard de ses camarades et que le foulard de l'enseignante ne pourrait donc plus vraiment le choquer¹⁵². En revanche, contrairement à la France, une interdiction du voile des élèves serait totalement impensable en Allemagne.

De nombreux critiques peuvent pourtant être apportés à cette argumentation. Ainsi, certains auteurs soutiennent qu'il existerait un réel danger que les enfants soient influencés par le port du foulard de leur enseignant. Ils considèrent que les enfants à l'école sont tellement facilement influençables que déjà le danger abstrait qu'il y ait une influence du signe religieux suffit à justifier l'interdiction¹⁵³. L'influence ne serait pas mesurable, et la « concrétisation » du danger ne serait donc pas un critère valable. En outre, le professeur devrait être modèle et personne de confiance pour tous les élèves, ce qui ne serait plus possible s'il affichait ouvertement un positionnement religieux. De même, l'exigence d'une base légale explicite pour l'interdiction du foulard est contestée.

Dans cette optique, l'argumentation de la Cour Constitutionnelle est donc plutôt favorable à la liberté religieuse des fonctionnaires. Cependant, on ne doit pas méconnaître l'importance d'un passage important vers la fin de la décision, qui pourrait annoncer des évolutions profondes du droit dans cette question.

3.2.3 Des évolutions imprédictibles : la porte ouverte à une législation fédérée « anti-foulard » ?

Si l'interdiction du port du foulard ne peut pas être fondée sur les règles générales du droit de la fonction public, la Cour insiste longuement sur la possibilité pour le législateur d'introduire une telle interdiction dans les lois scolaires. Le législateur concerné est le législateur fédéré, car les affaires scolaires sont de la compétence des Länder. Il La Cour cite aussi le tribunal suprême administratif, qui avait considéré que le principe de neutralité doit être renforcé à cause du multiculturalisme croissant. Si la Cour Constitutionnelle n'a pas osé donner son

¹⁵² MUCKEL, Stefan. *Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch ?* In: Festschrift für Christoph Link. Mohr Siebeck, 2003, p. 343

¹⁵³ cf. p. ex. MÜCKL, Stefan. *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen*. In : Der Staat (40), 2001, p. 124; RUX, Johannes. *Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule*. In: Der Staat (35), 1996, p. 540.

accord à une pratique de neutralité accrue des autorités administratives (et a pour cela été critiqué comme étant lâche), il s'est montré plutôt favorable à une interdiction introduite par le législateur fédéral. Les réactions de certains Länder n'ont pas tardé¹⁵⁴, même si parmi les 16 Länder allemands, seulement 6 ont entamé le processus législatif. Ainsi, le Bade-Wurtemberg, pays d'origine du litige « Fereshda Ludin », a adopté une loi interdisant le port du foulard dans les établissements d'enseignement public le 1^{er} avril 2004. De même, des lois interdisant le port du foulard ont été adoptées en Basse-Saxe, en Sarre et récemment en Hesse (le 18 octobre 2004) et en Bavière (le 11 novembre 2004). Dans d'autres Länder, des projets de loi sont en train de parcourir le processus législatif (Berlin)¹⁵⁵. Il est important de voir que la plupart de ces lois ne sont pas des lois « laïques » mais au contraire, des véritables lois « anti-foulard », en ce qu'elles interdisent le port des signes religieux en général, mais en permettant une exception expresse pour les signes représentant des valeurs éducatives et culturelles chrétiennes et occidentales (Bavière, Bade-Wurtemberg, Basse-Saxe, Hesse, Sarre). On y reviendra ultérieurement.

3.3 La CEDH, une interdiction possible sous conditions

De même que les juges nationaux, la Cour de Strasbourg a eu à se prononcer sur la question du voile islamique à plusieurs reprises. Elle se pose les mêmes questions que les juges nationaux, mais trouve des réponses souvent sensiblement différentes dans le détail.

Tout d'abord, la Cour examine la question si le port du voile est un comportement couvert par la liberté religieuse. La cour a une conception extrêmement sévère en ce qui concerne la définition des « pratiques religieuses » protégés par l'article 9 § 1 de la Convention ; il « ne désigne pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction ». En ce qui concerne le port du foulard islamique, les instances de Strasbourg ont considéré dans un premier temps que le refus de délivrer son diplôme à une étudiante turque produisant une photo sur laquelle elle porte le foulard ne touchait pas à sa liberté de religion¹⁵⁶. On aurait donc pu en déduire que le port de ce signe religieux ne constituait ni un rite ni une pratique de la religion.

154 DURAND, Béatrice. *L'affaire du foulard en Allemagne. Comparaisons avec la France*. In : Documents – Revue des questions allemandes, n° 1/2004, p. 42

155 cf. HASSELBACH, Dieter. *Zurückhaltung wird nur den Fremden auferlegt*. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. August 2004, p. 36.

156 Commission des droits de l'homme 3 mai 1993 *Karaduman*.

Dans le cas *Dahlab c/ Suisse*¹⁵⁷ d'une enseignante sanctionnée pour son refus d'enlever le voile islamique en classe, la Cour suit un autre raisonnement. Elle considère que la liberté religieuse de la requérante est en cause. Si, en revanche, les autorités suisses n'ont pas heurté la liberté religieuse de la requérante en interdisant le port du voile, c'était parce que l'atteinte à cette liberté était justifiée. La justification trouvée par la Cour est fondée sur deux arguments concrets : l'influçabilité des enfants ainsi que le message véhiculé par le foulard.

La Cour consacre de longs développements à la question de l'impact qu'a le signe religieux dans la situation concrète et met l'accent notamment sur l'influçabilité des élèves concernés : « En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre 4 et 8 ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influçables que d'autres élèves d'âge plus avancé. » La Cour estime, que, « dans les circonstances données et vu surtout le cas âge des enfants dont la requérante avait la charge », l'Etat suisse n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation en interdisant le port du foulard. En deuxième lieu, la Cour justifie l'interdiction du foulard par l'incompatibilité de message qu'il véhiculerait avec les valeurs de la CEDH, notamment le principe d'égalité des sexes.

3.4 Une interdiction sur différents fondements

On voit donc que l'interdiction du port du foulard par des fonctionnaires de l'enseignement public est possible en France et en Allemagne, et ne viole pas les garanties de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Si les trois systèmes aboutissent, en gros, au même résultat (la possibilité de l'interdiction), ils se distinguent sensiblement dans le détail. En France, l'interdiction peut être fondée sur le simple principe de laïcité républicaine, sans qu'une loi particulière ne soit nécessaire pour expliciter l'interdiction. En revanche, en Allemagne, seul le législateur fédéré a pu interdire le port du foulard, et il n'est pas du tout sûr quelles seront les conditions concrètes sous lesquelles une telle interdiction sera conforme à la Constitution. Si la jurisprudence française fonde l'interdiction sur des considérations abstraites et principielles et que la jurisprudence allemande à jusqu'à présent évité des trancher sur la question de la justification en renvoyant la balle aux législateur fédéré, la CEDH, elle, se positionne clairement sur le terrain du danger concret pour les usagers pour justifier l'interdiction. On pourrait donc

¹⁵⁷ CEDH 15 février 2001, *Mme Dahlab c/ Suisse*. Cf. notamment CHAUVIN, Nicolas. *Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse*. In : Revue française de Droit Administratif, mai-juin 2003, p. 536 – 545.

même dire que les fondements de l'interdiction notamment entre la France et la CEDH, sont diamétralement opposés.

Les différents fondements de l'interdiction ne menaient pas à des résultats différents dans les trois ordres juridiques en ce qui concernait le cas de l'enseignante voilée. Pourtant, des différences peuvent se révéler importants si on s'interroge sur l'applicabilité générale de cette interdiction.

4 LA PORTEE DE L'INTERDICTION : APPLICATION EN DEHORS DE L'ECOLE ?

Les règles sont donc claires (en France) ou au moins en train d'être discutées (en Allemagne) en ce qui concerne le cas des professeurs de l'enseignement public. Une question beaucoup difficile est l'application de ces règles en dehors du domaine de l'éducation publique. Puisque le principe de neutralité découle de la nécessité de protéger les libertés d'autrui – qu'est-ce qu'il en est de son application là où les libertés des usagers ne sont pas mis en danger ?

4.1 En France, une interdiction absolue, mais avec des sanctions modulables

4.1.1 Une interdiction généralisée dans le principe

Depuis longtemps, la neutralité des services publics est interprétée dans un sens large englobant principalement tous les services publics¹⁵⁸.

L'obligation de neutralité n'incombe pas uniquement aux agents de l'Education Nationale

En l'espèce, cela n'était pourtant pas évident. Il y a de bons arguments qu'une neutralité très stricte se justifie particulièrement dans le domaine de l'enseignement. Historiquement, le

¹⁵⁸ p.ex. CE 8 décembre 1948 *Pasteau* ; BERTHOUD, Joël. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

personnel enseignant occupe une place particulière dans le débat autour de la laïcité¹⁵⁹. Ces agents ont été soumis à l'exigence de laïcité très tôt (par les lois anti-congréganistes précitées), et à l'époque, la question de la neutralité religieuse du fonctionnaire ne se posait que pour les enseignants. Comme on l'a déjà vu, les arguments de fond pour une « exception éducative » sont nombreux et pertinents : l'influencabilité particulière des enfants, à cause de leur âge et de l'autorité que l'enseignant exerce à leur égard ainsi que le rôle de modèle que remplit l'enseignant pour les enfants.

La pensée que la vulnérabilité particulière des enfants peut justifier une neutralité particulièrement stricte¹⁶⁰ se trouve par exemple dans la « lettre aux instituteurs » de Jules Ferry précitée. Elle met en garde les instituteurs contre l'exposition de leurs convictions personnelles devant les élèves : « vous ne toucherez jamais avec trop de scrupule à cette chose délicate et sacrée qu'est la conscience de l'enfant. » Elle est reprise ultérieurement dans des termes similaires par la Circulaire « Jospin » du 12 décembre 1989 précitée : « Rien n'est plus vulnérable qu'une conscience d'enfant. Les scrupules à l'égard de la conscience des élèves doivent amplifier, s'agissant des enseignants, les exigences ordinaires de la neutralité du service public et du devoir de réserve de ses agents. »¹⁶¹ Dans la doctrine, on trouve des distinctions encore plus fines. Selon certains, l'attitude du maître serait susceptible d'évoluer graduellement en fonction de l'âge et du degré d'éveil des enfants ainsi qu'en fonction des disciplines¹⁶².

Un autre aspect souligne l'importance d'une neutralité accrue à l'école : celui de l'apprentissage des valeurs républicaines. L'école a pour mission d'enseigner des valeurs universelles qui transcendent les valeurs particuliers des enfants¹⁶³ – il va de soi que cette mission interdit donc une prise de position pour ou contre certains valeurs communautaristes. Ainsi, des auteurs ont pu constater que l'école publique était « un sanctuaire de la laïcité »¹⁶⁴. « Sans être une chambre stérile, l'école ne saurait devenir la chambre d'écho des passions du

¹⁵⁹ Cf. LANGERON, Pierre. *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*. Aix-Marseille : Economica. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 204 ss.

¹⁶⁰ Cf. aussi Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 28.

¹⁶¹ Les deux citations après MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, pp. 1128/1129.

¹⁶² MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, pp. 1129.

¹⁶³ MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard*. In : *Revue administrative* 1990, p. 39.

¹⁶⁴ MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard*. In : *Revue administrative* 1990, p. 38.

monde, sous peine de faillir à sa mission éducative »¹⁶⁵. Tout cela aurait pu faire penser que l'interdiction du port des signes religieux se limitait aux seuls enseignants ou au moins aux seuls agents de l'Education nationale. Pourtant, la jurisprudence se prononce dans le sens inverse, en faveur d'une généralisation pure et simple de l'interdiction.

Dans l'avis Marteaux, le commissaire du gouvernement proposait que soit précisé que l'interdiction soit valable pour tous les services publics¹⁶⁶. Certes, le Conseil d'Etat ne retient pas cette formule, mais mentionne seulement « les agents du service de l'enseignement public »¹⁶⁷, ce qui pourrait laisser planer des doutes sur le champ d'application de cette interdiction¹⁶⁸. Mais le Conseil d'Etat souligne clairement qu'aucune distinction ne devra être opérée selon qu l'agent exerce des fonctions d'enseignement et évoque, de manière plus générale, que la laïcité de l'Etat et la neutralité des services publics « s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ». L'avis Marteaux laisse donc supposer que sa portée est de nature générale, et telle est l'interprétation majoritaire de la doctrine¹⁶⁹.

Cela a été aussi l'interprétation des juridictions de 1^{er} et 2^e degré. Ces juridictions ont étendu l'interdiction des signes religieux à des agents d'autres services publics, dans des décisions antérieures¹⁷⁰ et ultérieures. On a ainsi jugé le cas d'un contrôleur de travail (à l'inspection du travail des transports de Lyon)¹⁷¹ et d'une assistante sociale dans un centre d'accueil et de soins hospitaliers¹⁷². Dans ce dernier cas, le TA de Paris souligne que le principe de neutralité des services publics « concerne tous les services publics *et pas seulement celui de l'enseignement* ».

¹⁶⁵ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 13

¹⁶⁶ SCHWARTZ, Rémy. *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2001, p. 151.

¹⁶⁷ CE 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*.

¹⁶⁸ de MONTECLER, Marie-Christine. *Note sous TA de Paris, 17 octobre 2002 « Mme E. »* In : *L'Actualité juridique – droit administratif*. 20 janvier 2003, p. 100.

¹⁶⁹ GUYOMAR, Matthias ; COLLIN, Pierre. *Chronique générale de jurisprudence administrative française. Laïcité*. In : *L'Actualité juridique – Droit administratif*, juillet-août 2000, p. 604 ; MELLERAY, Fabrice *Note sous CAA de Lyon, 27 novembre 2003 « Ben Abdallah »*. In : *L'Actualité juridique – droit administratif*. 26 janvier 2004, p. 155 ; MESSNER, Francis et autres. *Traité de droit français des religions*. Paris : Litec, 2003, p. 432 ; WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent. *Laïcité et neutralité de l'Etat*. In : *Les cahiers de la fonction publique*, avril 2004, p. 7.

¹⁷⁰ Cf. p.ex. CAA Lyon 6 mai 1997, *Mme M.*, req. N° 94LYO1381.

¹⁷¹ TA Lyon 8 juillet 2003, *Mlle Nadjat Ben Abdallah*, n° 0201383. In : *AJFP* janvier-février 2004, p. 34, confirmé par CAA Lyon 27 novembre 2003.

¹⁷² TA Paris 17 octobre 2002, *Mme Ebrahimian*, n° 0101740/5, *AJDA* 2003, p. 99.

L'obligation de neutralité dépend-elle du contact avec l'utilisateur ou de la qualité de l'utilisateur ?

On pourrait aussi songer à généraliser l'interdiction partiellement. On interdirait ainsi le port des signes religieux aux seuls agents qui ont à faire à des utilisateurs comparables aux élèves, des utilisateurs particulièrement fragiles et donc facilement influençables par l'affichage du signe religieux par l'agent. Cette idée apparaît en filigrane dans l'arrêt *Mme Ebrahimian* du TA de Paris du 17 octobre 2002. Le TA énonce que « cette obligation [de neutralité] trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les utilisateurs sont dans un état de fragilité ou de dépendance »¹⁷³ (dans le cas d'espèce, il s'agissait de patients d'un centre de soins).

Une autre conception, un peu plus large, de l'interdiction, serait de l'étendre à tous ceux des agents qui sont au contact avec l'utilisateur. Pour les autres, le risque de donner une apparence de partialité semble exclusivement théorique.

Cette question n'est pas tout à fait tranchée. Il semble pourtant difficile d'opérer une distinction selon le contact avec l'utilisateur ou même les qualités des utilisateurs concernés, car ces conditions peuvent être variable selon les moments. Une obligation de neutralité « circonstancielle » serait contraire à l'idée d'une stricte neutralité « universelle » et en outre difficile à pratiquer. Ainsi, la plupart des auteurs écartent l'hypothèse d'une seule interdiction des signes religieux pour les agents au contact de l'utilisateur¹⁷⁴.

De même, le Conseil d'Etat et la plupart des juridictions de premier et de second degré penchent pour une interdiction absolue, et préfèrent prendre en compte le vrai risque de prosélytisme dans la détermination des sanctions. Cette interprétation peut s'appuyer en outre sur

¹⁷³ TA Paris 17 octobre 2002, *Mme Ebrahimian*, n° 0101740/5, AJDA 2003, p. 99.

¹⁷⁴ p.ex. BERTHOUD, Joël. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004 ; CHAUVIN, Nicolas. *Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse*. In : *Revue française de Droit Administratif*, mai-juin 2003, p. 541 (par rapport à la solution contraire de la CEDH) ; Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 22 ; SCHWARTZ, Rémy. *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2001, p. 149.

un arrêt récent du Conseil d'Etat, qui valide la sanction d'un agent qui s'était livré à des actions de prosélytisme envers ses collègues¹⁷⁵.

La jurisprudence nuancée concernant les usagers n'est pas applicable

Dans sa jurisprudence concernant le port des signes religieux *par les usagers* du service public (notamment les cas des élèves voilées), le Conseil d'Etat a restreint l'interdiction des signes religieux aux seuls comportements portant atteinte au principe de dignité et au pluralisme, perturbant le fonctionnement du service ou constituant des actes de pression ou de prosélytisme¹⁷⁶. Cependant, cette jurisprudence n'est aujourd'hui plus valable telle quelle¹⁷⁷. Déjà, à cause de l'intervention de la loi sur le port des signes religieux¹⁷⁸, même la possibilité d'expression religieuse des usagers du service public est réduite rigoureusement. En plus, la situation des usagers n'est en aucun cas transposable à celle des agents publics, comme l'a souligné le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Marteaux*¹⁷⁹: A la différence de l'usager, qui exprime sa croyance dans l'espace public, mais en tant que personne privée, l'agent n'est pas perçu comme personne privée : « Les obligations variables reflètent les positions différentes des agents et des usagers vis-à-vis du principe de laïcité : aux premiers incombe la tâche d'assurer la neutralité du service, aux seconds en revient le bénéfice »¹⁸⁰.

La doctrine émet des critiques vis-à-vis cette conception absolue

Certains auteurs contestent cette interdiction absolue¹⁸¹. Il est déploré que l'arrêt *Marteaux* aurait trop vite édicté une solution « brutale » sans laisser la place nécessaire à une

¹⁷⁵ CE 15 octobre 2003, *Audan*.

¹⁷⁶ CE 27 novembre 1989, *Mme Kherouaa*.

¹⁷⁷ „le contexte était sensiblement différent de celui qu'on connaît aujourd'hui. Les revendications communautaires et les craintes de mises en cause du service public restaient limités. » Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 29.

¹⁷⁸ 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 lycées publics.

¹⁷⁹ SCHWARTZ, Rémy. *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2001, p. 150.

Cf. aussi KESSLER, David. *Neutralité de l'enseignement public et liberté d'opinion des élèves. Conclusions sur CE 2 novembre 1992, M. Kherouaa*. In : *Revue française de droit administratif*, janvier-février 1993, p. 114.

¹⁸⁰ GUYOMAR, Matthias ; COLLIN, Pierre. *Chronique générale de jurisprudence administrative française. Laïcité*. In : *L'Actualité juridique – Droit administratif*, juillet-août 2000, p. 607

¹⁸¹ LEMAIRE, Fabrice. *Commentaire de la décision CAA de Lyon, 27 novembre 2003 « Ben Abdallah »*. In : *L'Actualité juridique – Fonctions publiques*, n° 2 / 2004, p. 92.

véritable réflexion sur le sujet : « Le débat est clos par cet arrêt de règlement sans avoir été ouvert »¹⁸². Des auteurs se demandent ainsi pourquoi la simple révélation de ses convictions pourrait constituer une atteinte à la neutralité et si l'interdiction absolue ne crée pas une image anticléricale qui serait contraire à la liberté religieuse des usagers. Il n'empêche que ces critiques sont très rares en France et qu'elles sont tellement peu partagées qu'on ne peut pas en déduire une véritable remise en question du principe de l'interdiction absolue.

4.1.2 Une nuance à apporter : la souplesse des sanctions

Si la jurisprudence française interdit donc rigoureusement le port des signes religieux, indépendamment de la situation concrète de l'agent, elle permet une prise en compte de cette situation dans la modulation des sanctions encourues. Les juridictions administratives prennent en compte tout un faisceau d'indices pour déterminer les suites à donner au manquement. Les sanctions sont variables « compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, comme d'autres circonstances dans le manquement est constaté »¹⁸³. La CAA Lyon reprend dans son arrêt du 27 novembre 2003 la formule de « la nature et le degré de caractère ostentatoire de ce signe » mais précise aussi les « autres circonstances » : « entre autres, la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique soit de fonctions de représentation ». De même, on retrouve le critère du contact avec l'utilisateur, comme le préconise le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Marteaux* : « L'Administration n'irait certainement pas reprocher à un gardien de phare d'avoir eu un comportement contraire au principe de neutralité dans son service »¹⁸⁴. Le TA de Paris le formule encore plus concrètement : le principe d'interdiction « trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance ». En fait, tous les cas d'espèce qui ont été jugés jusqu'à présent portaient sur des cas où l'agent détenait soit un pouvoir de coercition (prérogatives de puissance publique) ou se trouvait face à des usagers fragilisés (enfants, patients dans un hôpital psychiatrique).

Lorsque différents facteurs d'aggravation s'accumulent, les sanctions peuvent être particulièrement sévères. Ainsi, dans le cas d'un contrôleur de travail (aspect pouvoirs de puissance publique) qui refusait obstinément (aspect comportemental) de retirer son voile, le TA

¹⁸² PRELOT, Pierre-Henri. *Intervention au Colloque « Religions et fonction publique »* de l'Institut d'Etudes Administratives de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, 15 octobre 2004.

¹⁸³ CE 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*.

¹⁸⁴ SCHWARTZ, Rémy. *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2001, p. 149.

et la CAA de Lyon ont considéré que ce comportement ne constituait pas seulement une faute professionnelle au sens de l'article 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, mais en outre un manquement à l'honneur. L'attitude de la requérante aurait été « de nature à instiller un doute non seulement quant à la neutralité de l'intéressée, mais également sur son loyalisme envers les institutions et sa fidélité à une tradition de la République française destinée à préserver la liberté de conscience, y comprise religieuse, dans la paix ». Cela empêchait la fonctionnaire de bénéficier de la loi d'amnistie du 6 août 2002¹⁸⁵.

La modulation des sanctions en fonction de la situation concrète permet d'introduire une certaine souplesse dans les exigences imposés aux agents¹⁸⁶ et de ne pas leur infliger des contraintes disproportionnées, tout en ne touchant pas au principe de la stricte neutralité en soi. Dans la littérature, les nuances dans le domaine des sanctions sont critiquées par certains auteurs comme des atténuations considérables du principe de neutralité¹⁸⁷, mais saluées comme garantissant le « nécessaire équilibre entre la rigueur de la règle et l'application réaliste qu'il convient d'en donner » par d'autres¹⁸⁸.

4.2 Une interdiction absolue moins probable en Allemagne

En ce qui concerne le service public « hors école », le débat en Allemagne, qui a tout récemment commencé à se développer, n'en est pas encore là. Comme la Cour Constitutionnelle a expressément limité la portée de sa décision au domaine de l'école publique, sa position concernant les autres domaines du service public est difficile à prédire. Ainsi, la plupart des lois interdisant le foulard ne concernent que les professeurs des écoles publiques (Bade Württemberg, Bavière, Sarre, Basse-Saxe).

L'interdiction du port de signes religieux par des fonctionnaires dans des domaines autres que l'éducation n'est pourtant pas exclue. Des auteurs évoquent notamment le cas des fonctionnaires qui exercent des prérogatives de puissance publique, dans des domaines où

¹⁸⁵ TA Lyon 8 juillet 2003, Mlle *Nadjet Ben Abdallah*, n° 0201383. In : AJFP janvier-février 2004, p. 34 ; suivi de CAA de Lyon du 27 novembre 2003.

¹⁸⁶ SCHWARTZ, Rémy. *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : Revue française de droit administratif, janvier-février 2001, p. 149.

¹⁸⁷ KOUBI, Geneviève. *Note sous CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux*. In : Recueil Dalloz, Commentaires, n°36-2000, p. 749.

¹⁸⁸ GUYOMAR, Matthias ; COLLIN, Pierre. *Chronique générale de jurisprudence administrative française. Laïcité*. In : L'Actualité juridique – Droit administratif, juillet-août 2000, p. 607.

l'identification du fonctionnaire avec l'Etat est particulièrement élevé aux yeux du public¹⁸⁹ : pouvoir judiciaire, police, armée. On retrouve ici les critères énoncés par la CAA Lyon dans son arrêt du 27 novembre 2003. D'autres auteurs reprennent le critère du contact avec l'usager. Dès lors qu'il s'agirait d'un service avec une visibilité extérieure, la neutralité et l'intégrité du service pourraient justifier des restrictions accrues de la liberté d'expression religieuse du fonctionnaire. Ce critère est repris par un des projets de loi, celui de Berlin, qui prévoit l'interdiction des signes religieux visibles des professeurs ainsi que de certains autres groupes d'agents de l'Etat qui exercent des fonctions « en visibilité publique ». La loi du 7 octobre 2004 interdisant le port du foulard islamique en Hesse va encore plus loin. Non seulement elle n'est pas restreinte aux seules enseignantes, mais encore elle s'applique à toutes les fonctionnaires, peu importe leur « visibilité » extérieure. Cette interdiction généralisée fait pourtant l'objet de vives critiques et, à la différence de la France, la constitutionnalité de cette loi est contestée¹⁹⁰.

A ce stade de la discussion, notamment avant toute décision de la Cour Constitutionnelle sur la loi contestée du Land de Hesse, il est difficile à dire si une interdiction généralisée sera possible en Allemagne. Ainsi, au Ministère de la Culture du Bade-Wurtemberg, on est sceptique sur la constitutionnalité d'une interdiction généralisée, notamment en ce qui concerne les fonctionnaires « invisibles » aux yeux de l'usager. Vu que l'arrêt Ludin de la Cour Constitutionnelle a consacré de longues réflexions au fait que le simple danger abstrait pour la liberté de conscience des enfants ne suffirait pas à justifier une interdiction du foulard, des doutes sont permis.

4.3 Les hésitations de la CEDH quant à une interdiction généralisée

La jurisprudence de la CEDH semble pencher vers une interdiction relative¹⁹¹. Comme on l'a déjà vu, elle justifie l'interdiction du port du foulard dans l'affaire Dahlab par le bas âge et donc l'influencabilité accrue des élèves. La doctrine française a remarqué cela avec intérêt. Dans

¹⁸⁹ BAER, Susanne/ WRASE, Michael. *Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG*. In: Juristische Schulung, 2003, p. 1166.

¹⁹⁰ Cf. p.ex. la critique de la députée libérale du parlement fédéré de la Hesse, Ruth WAGNER, citée dans Frankfurter Allgemeine Zeitung du 8 octobre 2004, Rhein-Main-Zeitung, p.49.

¹⁹¹ Cette jurisprudence nuancée, qui juge la justification des interdictions selon les circonstances de l'espèce n'est d'ailleurs pas nouvelle : Elle s'est déjà annoncée en 1998 avec l'affaire *Larissis* : ici, la Cour jugeait justifiée l'interdiction de prosélytisme prononcée vis-à-vis d'officiers lorsque le prosélytisme avait lieu dans l'enceinte militaire à l'égard des subordonnés (donc en abusant de la situation d'autorité), mais injustifié l'interdiction de prosélytisme de ces mêmes officiers à l'égard de civils hors du service : CEDH 24 février 1998 *Larissis c/ Grèce*.

le système de la CEDH, « c'est uniquement parce que le port du foulard par un enseignant a un effet prosélyte que son interdiction est possible »¹⁹². Il est légitime de se poser la question de savoir si, *a contrario*, le danger concret pour la liberté de conscience des usagers est une condition incontournable pour justifier l'interdiction du foulard, car dans ce cas tous les agents publics qui ne seront pas confrontés à des usagers particulièrement vulnérables pourront porter des signes religieux¹⁹³ et l'interdiction absolue à la française serait donc incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme. Telle est la position des auteurs qui se sont occupés de cette question : « la solution française est menacée dans son existence même », elle « est presque sûrement vouée à disparaître »¹⁹⁴.

En revanche, on peut aussi considérer que la position française serait compatible avec la CEDH, grâce au fait que la prise en compte des critères concrets est présente lors de la détermination des sanctions. Vu la large marge d'appréciation que la Cour des Strasbourg laisse aux Etats en la matière, la souplesse des sanctions pourrait donc suffire à rendre la position française compatible avec les exigences de la CEDH. Notamment le critère d'exercice des prérogatives de puissance publique coïncide avec l'interprétation de la CEDH du champ d'application de l'article 6 § 1 CEDH dans son arrêt *Pellegrin* du 8.12.1999. On n'a qu'à attendre une décision de la Cour.

4.4 Des solutions qui risquent de diverger à l'avenir

L'analyse des différentes jurisprudences montre que les trois systèmes examinés ont trouvé des solutions qui ne se ressemblent qu'à première vue. La France semble maintenir sa position claire et conséquente d'une interdiction absolue de tout signe religieux porté par n'importe quel fonctionnaire – avec une légère adaptation en ce qui concerne la souplesse des sanctions. En cela, elle risque de se mettre en contradiction avec la jurisprudence de la CEDH, qui n'a permis l'interdiction du voile qu'en se fondant sur la vulnérabilité accrue des usagers concernés, les enfants en bas âge. A ce jour, toute allégation d'incompatibilité des jurisprudences

¹⁹² CHAUVIN, Nicolas. *Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse*. In : Revue française de Droit Administratif, mai-juin 2003, p. 540.

¹⁹³ Pour cette interprétation: CHAUVIN, Nicolas. *Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse*. In : Revue française de Droit Administratif, mai-juin 2003, p. 541.

¹⁹⁴ CHAUVIN, Nicolas. *Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse*. In : Revue française de Droit Administratif, mai-juin 2003, p. 540, 542.

serait cependant spéculative, il reste à observer attentivement l'évolution des arrêts de la Cour de Strasbourg en la matière.

En ce qui concerne la jurisprudence allemande, on a vu qu'il est également difficile de prédire quelle direction elle va prendre à l'avenir. Elle semble évoluer dans le sens de la CEDH. Le débat, ainsi que la plupart des lois fédérées déjà intervenues se concentrent sur la question de l'éducation. Si certaines lois fédérales interdisent le port des signes religieux pour d'autres catégories de fonctionnaires (Berlin) ou tous les fonctionnaires (Hesse), leur portée réelle est incertaine car elles sont très contestées et non encore validées par la Cour Constitutionnelle. On ne peut donc constater que le fait qu'une interdiction généralisée, si elle n'est pas impensable, est beaucoup moins probable qu'en France.

Cela s'explique par la différence fondamentale entre les cultures juridiques en la matière. En France, la généralisation hors Education nationale se justifie par le simple fait que le principe de laïcité est ubiquitaire, ce qui n'est remis en question nulle part. La laïcité républicaine est un principe ancien et ancré dans la société. Par contre, la laïcité n'a jamais fait partie des principes fondamentaux de l'Etat allemand (sauf sous le 3^e Reich) et toute évolution de la jurisprudence qui est perçue comme anti-religieuse se heurte à des fortes résistances non seulement de la part des églises, mais aussi dans la population. On le constate d'ailleurs très clairement quand on analyse les réactions par rapport au jugement interdisant les crucifix dans les salles de classe. Ainsi, l'interdiction du port du foulard n'a pas été justifiée par un recours au principe de laïcité, mais par le souci de préserver les droits fondamentaux des usagers contre des menaces *concrètes*. Or, tous les usagers ne requièrent pas une telle protection – le fondement de l'interdiction se trouve, à la différence de la France, uniquement dans des constellations bien particulières. La généralisation de l'interdiction du foulard ne pourra donc jamais se faire aussi facilement qu'en France.

Si la question du port des signes religieux a beaucoup occupé des juges, ce n'est pourtant pas une question uniquement juridique, et les solutions qui ont été trouvées ne sont pas socialement neutres.

5 LA MOTIVATION DE L'INTERDICTION – NEUTRALITE DE L'ETAT OU DEFENSE DE VALEURS OCCIDENTALES ?

Le débat juridique a lieu dans un contexte socioculturel sensible, qui a un impact considérable, même si ce n'est pas toujours explicite. Ainsi, on peut s'interroger sur les motivations de l'interdiction : est-ce vraiment la neutralité de l'Etat ou n'y a-t-il pas un aspect « défense des valeurs chrétiennes » dans tout cela ?

Si, en France, l'interdiction du foulard islamique est souvent considérée comme une simple question de laïcité, il n'en est pas de même en Allemagne. Ici (de même qu'à la Cour européenne des droits de l'homme), le débat porte plus souvent sur la signification du foulard comme symbole culturel et sur les valeurs qu'il véhiculerait, ainsi que sur la conformité de ces valeurs avec celles de notre société occidentale. On ne peut pas trancher cette question épineuse de la signification symbolique de port du foulard ici, les différentes interprétations seront simplement présentées pour donner une impression de ce débat sociologique (5.1).

Il est également important de comparer l'importance qui est attribuée au message véhiculé par le port du foulard, car cela peut traduire la véritable motivation de l'interdiction. La France interdit le port des signes religieux sans égard à leur message et justifie l'interdiction par le seul principe de laïcité – cela est vrai au moins juridiquement. Le constat doit, en revanche, être nuancé en vu du débat de société qui est aussi présent qu'en Allemagne, où les choses sont moins claires, même juridiquement. Tandis que certains commentateurs évoquent la neutralité de l'Etat pour justifier l'interdiction de tout signe religieux dans le service public, d'autres mettent en avant la prétendue incompatibilité du message du foulard avec les valeurs occidentales et donnent ainsi à l'interdiction un sens tout à fait contraire à celui qu'il a en France. Au lieu de se montrer neutre, l'Etat prendrait ainsi position contre une religion particulière (5.2)

5.1 Le foulard – symbole ou attribut vestimentaire ?

Le foulard est souvent considéré comme portant un message contraire aux valeurs fondateurs des sociétés occidentales. D'autres soulignent que de multiples significations peuvent être attribuées au foulard qu'on pourrait même considérer comme un simple attribut vestimentaire.

5.1.1 Symbole d'un message désapprouvé...

L'argumentation la plus simple se réfère à une « Leitkultur » occidentale qui aurait marqué profondément nos sociétés occidentales et avec laquelle le foulard islamique serait incompatible. Cela reviendrait, comme beaucoup le craignent, à déclarer un nouveau « Kulturkampf » en Europe¹⁹⁵. Le débat porte surtout sur deux questions rattachées à celle du port du foulard: la condition de la femme et le prétendu message politique d'un islamisme intégriste.

La condition de la femme.

Pour beaucoup, le foulard islamique est le symbole de la répression des femmes dans les sociétés musulmanes et beaucoup de féministes sont farouchement opposées au port du foulard, notamment à l'école¹⁹⁶. L'oppression commencerait par le fait que le foulard serait imposé aux femmes¹⁹⁷. Une argumentation plus subtile se trouve dans le vote dissident de la décision « Ludin », qui souligne que « le foulard, porté comme obéissance à un commandement islamique absolu de la couverture de la femme, est pour beaucoup de gens, au sein et dehors de la religion musulmane, une déclaration de politique culturelle qui concerne notamment la relation des sexes. [...] Ce commandement repose aussi, selon l'opinion de commentateurs importants du Coran, dans la nécessité de maintenir la femme dans son rôle de servitude envers son mari. Cette distinction entre homme et femme est étrangère au système de valeurs de l'article 3 II GG¹⁹⁸. »¹⁹⁹

Une partie de la doctrine n'hésite pas à prononcer des jugements plus sévères. Selon eux, le foulard serait « le symbole d'une religion archaïque, qui prescrit une discrimination entre sexes ». Ces auteurs accusent la Cour Constitutionnelle, une fois de plus, de laxisme: elle aurait

¹⁹⁵ HASELBACH, Dieter. *Zurückhaltung wird nur den Fremden auferlegt*. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. August 2004, p. 36

¹⁹⁶ Entre autres, la féministe allemande célèbre Alice Schwarzer, cf. DURAND, Béatrice. *L'affaire du foulard en Allemagne. Comparaisons avec la France*. In : Documents – Revue des questions allemandes, n° 1/2004, p. 43

¹⁹⁷ cf. HASELBACH, Dieter. *Zurückhaltung wird nur den Fremden auferlegt*. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. August 2004, p. 36

¹⁹⁸ le principe d'égalité des sexes.

¹⁹⁹ Vote dissident précité.

évité d'interpréter le message véhiculé par le foulard à cause de simples considérations de « political correctness »²⁰⁰.

La même référence à la protection des droits de la femme sous-tend aussi le débat en France. Ainsi, le rapport de la Commission Stasi voit clairement dans le foulard un vêtement trop souvent imposé aux jeunes filles par les familles et l'environnement social. En interdisant le port du foulard au sein des établissements scolaires le législateur leur permettrait une émancipation au moins temporaire²⁰¹.

D'autres commentatrices, entre autres pas mal de femmes musulmanes, considèrent le voile comme moyen de sauvegarder leur dignité et de démontrer leur non-disponibilité sexuelle, d'exprimer leur attachement à leur culture d'origine dans la diaspora et même comme instrument de liberté, qui leur permet de s'émanciper dans une société largement dominée par les hommes²⁰². Un auteur signale encore que le port du foulard pouvait signifier pour les jeunes filles des familles immigrées un symbole d'ascension sociale, car il leur permettait de se distinguer du « tablier fleuri de la femme de ménage » de leurs mères²⁰³.

Le message politique.

Le foulard, porté avec une certaine insistance est souvent perçu comme signe politique d'un islamisme combatif, intégriste. Ainsi, la ministre de la culture du land de Bade-Wurtemberg, Annette SCHAVAN, parle très ouvertement d'un « symbole politique anti-intégratif » qui porte le message d'un « séparatisme culturel »²⁰⁴. D'autres auteurs parlent d'une « politisation de contextes religieux »²⁰⁵ ou d'un « abus massif du foulard comme symbole politique de groupes islamistes »²⁰⁶.

²⁰⁰ IPSEN, Jörn. *Karlsruhe locuta, causa non finita. Das BVerfG im so genannten "Kopftuch-Streit"*. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2003, p.1212.

²⁰¹ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 58.

²⁰² Sources chez BAER, Susanne/ WRASE, Michael. *Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG*. In: *Juristische Schulung*, 2003, p.1165, Note 38 ff.

²⁰³ Feridun ZAIMOGLU, cité chez DURAND, Béatrice. *L'affaire du foulard en Allemagne. Comparaisons avec la France*. In : *Documents – Revue des questions allemandes*, n° 1/2004, p. 46.

²⁰⁴ SCHAVAN, Annette. *Das Kopftuch ist ein politisches Symbol*. In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, 2004, p. 5.

²⁰⁵ MÜCKL, Stefan. *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen*. In : *Der Staat* (40), 2001, p. 119.

²⁰⁶ Monika HOHLMEIER, ministre de la culture (CDU) de la Bavière, citée in « Bayern ohne Kopftuch », n-tv online du 11 novembre 2004, <http://www.n-tv.de>.

5.1.2 ... ou attribut vestimentaire à multiples interprétations ?

De nombreuses voix ont souligné que le foulard n'est pas un symbole univoque²⁰⁷. Ainsi, la Cour Constitutionnelle examine la question dans sa décision « Ludin » et aboutit, après diverses expertises et études sociologiques, à la conclusion que le port du foulard peut être motivé par diverses raisons et qu'il ne peut pas être considéré comme un symbole univoque et notamment pas comme symbole clair de l'oppression des femmes²⁰⁸. Cela trouve l'appui d'une grande partie de la doctrine qui souligne la diversité des interprétations possibles du port du foulard et des pratiques religieuses²⁰⁹. A côté de la pratique religieuse, le foulard est souvent porté comme signe d'une identification culturelle ou dans le simple respect des mœurs et coutumes de la patrie²¹⁰. On trouve même des commentateurs musulmans qui défendent que le voile « n'est pas un signe religieux. [...] il n'a ni mystère ni signification dogmatique ; il n'est qu'une pièce de vêtement profane recommandée pour des raisons de pudeur. »²¹¹

Le message véhiculé par le foulard est donc sujet à des interprétations très diverses. Le débat sur les messages véhiculés de cet attribut vestimentaire est sûrement indispensable puisque que le foulard fait partie de la vie quotidienne de notre société aujourd'hui. Mais l'Etat peut-il se permettre de juger de la signification d'un élément vestimentaire, symbole religieux, afin de l'interdire, s'il veut rester neutre à l'égard des religions ?

5.2 Peut on porter un jugement de valeur ?

La position française, en ce qui concerne les réponses purement juridiques, est assez claire. Le juge ne doit porter un jugement sur le contenu des religions et l'interdiction est donc fondée sur le principe de la laïcité sans égard à un quelconque message. La Cour de Strasbourg s'est prononcée dans le sens opposé, de façon étonnamment explicite. Elle considère que le

²⁰⁷ Ainsi le Président de la République fédérale d'Allemagne de l'époque, Johannes RAU dans son discours du 22.01.2004 et le ministre de la Justice de la Rhénanie du Nord-Westphalie Wolfgang GERHARDS, les deux cités chez DURAND, Béatrice. *L'affaire du foulard en Allemagne. Comparaisons avec la France*. In : Documents – Revue des questions allemandes, n° 1/2004, p. 45.

²⁰⁸ BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282 .

²⁰⁹ BAER, Susanne/ WRASE, Michael. *Staatliche Neutralität und Toleranz : Das Kopftuch-Urteil des BVerfG*. In: Juristische Schulung, 2003, p.1165; SACKSOFSKY, Ute. *Die Kopftuch-Entscheidung- von der religiösen zur föderalen Vielfalt*. In: Neue Juristische Wochenschrift, 2003, p. 3299.

²¹⁰ MÜCKL, Stefan. *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen*. In : Der Staat (40), 2001, p. 119

²¹¹ BENCHEIKH, Soheib. *Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque* . Paris : Editions Grasset, 1998, p. 115.

foulard islamique est en contradiction avec les valeurs défendues par la Convention européenne des droits de l'homme. En Allemagne rien n'est clair : les jurisprudences et législations récentes empruntent-elles le chemin d'une laïcisation de la vie publique ou interdisent-elles le foulard comme signe d'une culture désapprouvée ?

5.2.1 La CEDH voit dans le foulard un symbole de valeurs contraires à la démocratie

Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours souligné que l'Etat doit s'abstenir de tout jugement de valeur sur le contenu des religions. Elle excluait « toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses »²¹². Pourtant, comme on l'a vu, des passages dans sa décision Dahlab de 2001 laissent soupçonner que la Cour s'écarte de cette jurisprudence et examine le contenu même des religions et leur compatibilité avec les valeurs de la CEDH, notamment en ce qui concerne la religion musulmane.

La Cour le dit, on ne peut plus clairement, dans le considérant suivant : « Dans ces circonstances, comment pourrait-on dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard, dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui [...] est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves ». Dans la doctrine, cette jurisprudence de la CEDH fait débat. Certains considèrent qu'il s'agit là d'un bon exemple de la peur de l'Islam qu'a manifesté la Cour déjà à plusieurs reprises, notamment dans son arrêt « Refah Partisi ». Un auteur voit même dans cet arrêt une « condamnation de l'Islam [...] ou au moins une invitation à se réformer sur la question du foulard »²¹³.

5.2.2 La neutralité de l'Etat en France : pas d'interprétation des signes religieux

En France, la plupart des auteurs ainsi que la jurisprudence s'opposent farouchement à l'interprétation du signe religieux. Le principe de neutralité interdirait ainsi aux pouvoirs publics

²¹² Notamment CEDH 26 septembre 1996 *Manoussakis*.

²¹³ CHAUVIN, Nicolas. *Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse*. In : Revue française de Droit Administratif, mai-juin 2003, p. 539.

et encore plus au juge de s'interroger sur le message véhiculé par le signe religieux²¹⁴. Cela constituerait à leurs yeux une immixtion inadmissible de l'Etat dans des faits religieux. Ainsi, dans une affaire ayant trait au port du foulard islamique, le commissaire au gouvernement a souligné qu'« il n'appartient pas au juge ni à l'administration d'interpréter le signe qu'est le foulard, c'est-à-dire d'entrer dans l'interprétation des religions. »²¹⁵

En revanche, en ce qui concerne le débat de société, la religion musulmane n'est pas à l'abri des jugements portés sur ses valeurs et des interrogations sur la compatibilité de ses valeurs avec celles de notre société occidentale.

Dans ce contexte, la laïcité, conçue initialement comme réponse à un catholicisme qui semblait menacer la République au début du siècle, semble aujourd'hui devenir une arme contre un islamisme perçu comme menace de la cohésion de la société. De même qu'en Allemagne, le débat porte sur la question de savoir si la laïcité stricte peut être un instrument d'intégration de la population musulmane immigrée ou si, au contraire, le fait que la France devient de plus en plus un Etat multiethnique et multiculturel doit conduire à une redéfinition de la notion de laïcité, dans un sens plus souple²¹⁶.

5.2.3 En Allemagne, le débat n'est pas clos

Même si la décision du Bundesverfassungsgericht énonce qu'elle ne considère pas le foulard islamique comme un symbole univoque (cf. supra), il n'est pas très clair quelle est la tendance du débat sur l'interdiction du foulard en Allemagne. La décision sur le foulard se comprend-elle comme signe d'une évolution de l'Etat envers plus de neutralité stricte comme en France ? Ou s'agit-il plutôt d'un mouvement dans le sens opposé, c'est-à-dire d'une prise de position de l'Etat pour la défense des valeurs chrétiennes contre l'influence musulmane ?

²¹⁴ CHAUVIN, Nicolas. *Le port du foulard islamique par une enseignante. A propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse*. In : Revue française de Droit Administratif, mai-juin 2003, p. 538 ; KESSLER, David. *Neutralité de l'enseignement public et liberté d'opinion des élèves. Conclusions sur CE, 2 novembre 1992, M. Kherouaa*. In : RFDA janvier-février 1993, p. 117. SCHWARZ, Rémy. *Conclusion sur CE, 10 juillet 1995, Mlle Saglamer*. In : L'Actualité juridique – Droit administratif septembre 1995, p. 645.

²¹⁵ SCHWARTZ, Rémy. *Conclusions sous CE 10 juillet 1995, Ministre de l'Education nationale c/ Mlle Saglamer*. In : L'Actualité Juridique du Droit Administratif 1995, p. 644.

²¹⁶ Cf. MINOT, Jacques. *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard*. In : Revue administrative 1990, p. 36.

5.2.3.1 Un premier pas vers un Etat laïque ?

Certains commentateurs considèrent les évolutions récentes comme un pas vers un Etat laïque²¹⁷. Un premier indice pour un développement vers plus de laïcité pourrait être l'énoncé de la décision elle-même : « le changement de la société, lié à une multiplication de la pluralité religieuse, peut être l'occasion de redéfinir l'étendue acceptable de références religieuses dans l'éducation publique. [...]. Il peut y avoir des bonnes raisons pour accorder une signification plus stricte au principe de neutralité de l'Etat dans le domaine de l'éducation et pour tenir loin des élèves des références religieuses qui sont transportés par l'apparence physique d'un enseignant »²¹⁸. Est-ce une allusion à l'introduction de certains éléments laïques dans le système constitutionnel allemand qui lui étaient complètement étrangers jusqu'à présent ?

Un deuxième argument est souvent avancé pour interpréter la décision « Ludin » comme annonçant une politique de laïcisation : l'arrêt de 1995 interdisant les croix dans les salles de classe des écoles publiques. Cet arrêt a été perçu à l'époque comme un véritable « choc » dans les relations entre l'Etat et l'église et témoigne à première vue d'une séparation plus accrue entre les deux²¹⁹. Mais peut-on véritablement parler d'une jurisprudence continue vers la laïcité en se fondant sur les décisions « Crucifix » et « Ludin » ? Cela n'est pas sûr car la décision « Crucifix » est restée sans suite jusqu'à l'arrêt « Ludin », et la doctrine l'a considérée comme décision erronée, qui n'annoncerait pas un revirement jurisprudentiel en la matière. En outre, des auteurs défendent que la décision « Ludin » ne s'inscrirait pas dans la suite de la décision sur les crucifix, car elle serait beaucoup moins audacieuse que celle-ci, en laissant plus de liberté aux Länder et en respectant expressément les différences de culture religieuse régionale.

Un troisième argument pour une certaine laïcisation est tiré des lois fédérées récentes, dont au moins une (la berlinoise) est véritablement laïque, qui interdisent tout signe religieux pour les fonctionnaires, sans égard à la religion ou à leur valeur symbolique. Pourtant, la grande majorité des lois dites « du foulard » ont une clause d'exception pour les signes religieux chrétiens, on ne peut donc pas y voir la marque d'une quelconque laïcité naissante.

²¹⁷ Par exemple le Président de la République fédérale d'Allemagne en 2003, Johannes RAU, cité chez DURAND, Béatrice. *L'affaire du foulard en Allemagne. Comparaisons avec la France*. In : Documents – Revue des questions allemandes, n° 1/2004, p. 43.

²¹⁸ BVerfG du 24 sept. 2003, *Ludin*, in : BVerfGE 108, 282.

²¹⁹ „précurseur d'une école laïque“: STARCK, Christian. *Staat und Religion*. In: *Juristenzeitung*, 2000, p. 7.

Dans l'ensemble, l'Allemagne d'aujourd'hui est loin de devenir un Etat laïc comme la France. Cela se heurterait de toute façon à de trop fortes réticences. En effet, même les quelques signes annonçant une neutralité plus stricte de l'Etat, aussi faibles et équivoques qu'ils soient, ont déjà suscité de vives réactions notamment de la part des juristes et, bien sûr, des représentants des églises chrétiennes en Allemagne. Ces derniers s'étaient déjà prononcés avec beaucoup de détermination contre la décision interdisant les crucifix. Depuis la décision « Ludin » ils expriment avec verve des craintes que ne se développe un système laïciste, anti-religieux, qui bannirait toute manifestation religieuse de la vie publique. Ce système irait à l'encontre de toutes les traditions anciennes de l'Etat allemand, qui a depuis toujours fait une large place aux églises chrétiennes²²⁰. Outre ces considérations de tradition culturelle, un laïcisme strict serait également contestable juridiquement, car la Loi Fondamentale allemande garantit une certaine place et influence aux églises chrétiennes²²¹.

Historiquement et culturellement, tout milite contre une Allemagne laïque. En outre, on doit se demander si l'Allemagne a besoin d'être plus laïque. Une opinion fortement répandue le nie avec l'argument selon lequel un Etat aurait uniquement besoin d'une neutralité religieuse stricte s'il était menacé par un contre-pouvoir religieux, comme cela a été le cas en France (la contre-révolution ayant été catholique), mais aussi par exemple dans la Turquie moderne²²². Justement, beaucoup voient ce contre-pouvoir naissant dans la religion musulmane et la jurisprudence « Ludin » ainsi que les lois « du foulard » peuvent être interprétées non pas comme signes précurseurs d'une Allemagne laïque, mais d'une Allemagne plus chrétienne hostile à l'influence de la religion musulmane et des conceptions politiques qui l'accompagnent.

5.2.3.2 Une arme anti-islamique ?

Nombreux sont ceux qui considèrent qu'en vérité le débat ne porte pas sur une laïcisation du système allemand mais qu'il s'agit plutôt de « protéger » le système de valeurs judéo-chrétiens contre les influences musulmanes ou de lutter contre un prétendu « danger islamique »²²³. Selon une auteur française qui a examiné le cas allemand, pour une grande

²²⁰ cités chez HASELBACH, Dieter. *Zurückhaltung wird nur den Fremden auferlegt*. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. August 2004, p. 36.

²²¹ Notamment dans les articles 140 GG i.V.m. 136 I, IV, 137 I WRV.

²²² HASELBACH, Dieter. *Zurückhaltung wird nur den Fremden auferlegt*. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. August 2004, p. 36; cf. aussi Conseil d'Etat. *Un siècle de laïcité*. Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004, p. 381.

²²³ notamment Angela MERKEL, chef de file du parti chrétien-démocrate CDU et les présidents des deux grandes églises chrétiennes, Karl LEHMANN et Wolfgang HUBER, cités par DURAND, Béatrice.

majorité des partisans de l'interdiction du foulard « la neutralité de l'enseignement public n'est en fait qu'un prétexte pour préserver la référence au christianisme »²²⁴.

Des décisions des jurisprudences inférieures, antérieures à la décision « Ludin » énoncent clairement que l'interdiction se justifierait non pas par le simple principe de neutralité de l'Etat, mais par le message transporté par le foulard. Celui-ci serait le symbole d'une idéologie non-conforme à la Loi fondamentale allemande, notamment en matière de droits de l'homme. Si la Cour Constitutionnelle refuse expressément cet argument de l' »inconstitutionnalité du foulard », elle laisse néanmoins la porte ouverte à une législation discriminative entre les religions, en invitant explicitement les Länder à tenir compte, dans leur législation sur les signes religieux, de la composition religieuse de la population et des traditions scolaires locales, qui bien sûr, ne sont que chrétiennes. De telles lois discriminatives, interdisant le port du foulard tout en admettant les signes judéo-chrétiens ont été adoptées en Bavière, Bade-Wurtemberg, Basse-Saxe, Hesse et Sarre.

Dans cette interprétation, l'interdiction du foulard n'est pas un pas vers un Etat plus neutre, plus laïque, mais au contraire plutôt vers un Etat qui prend position pour la religion chrétienne en condamnant les signes de la religion musulmane dans son service public. Cette position n'est bien sûr pas sans susciter de vives critiques. Tout d'abord, ces critiques sont d'ordre sociologique. De nombreuses voix y voient une politique erronée qui ne fera qu'aggraver les problèmes d'intégration de la communauté musulmane dans les sociétés occidentales. On ne résoudrait pas des problèmes d'intégration avec des interdictions ; au contraire, celles-ci contribueraient à polariser le débat et à renforcer le sentiment d'exclusion et de non-acceptation de la population musulmane. Il y a même des auteurs qui vont jusqu'à soutenir qu'une telle stigmatisation des concitoyens musulmans pourrait donner du grain à moudre aux courants xénophobes²²⁵.

Au-delà des considérations sociologiques, les arguments contre une telle politique anti-islamique sont aussi d'ordre juridique. Tout d'abord, la garantie de la liberté religieuse ne peut être efficace si elle s'applique sans égard au contenu de la religion – l'Etat ne doit pas juger ou définir ce qu'est une « bonne » religion, sans vider complètement de son sens la garantie de la

L'affaire du foulard en Allemagne. Comparaisons avec la France. In : Documents – Revue des questions allemandes, n° 1/2004, p. 43.

²²⁴ DURAND, Béatrice. *L'affaire du foulard en Allemagne. Comparaisons avec la France.* In : Documents – Revue des questions allemandes, n° 1/2004, p. 48.

²²⁵ cf. HASELBACH, Dieter. *Zurückhaltung wird nur den Fremden auferlegt.* In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. August 2004, p. 36.

liberté²²⁶. Une telle distinction entre religions semble en outre se heurter au principe d'égalité et de non-discrimination énoncé dans l'article 3 de la loi fondamentale.

Pourtant, la loi récente du Bade-Wurtemberg a déjà été approuvée par la Cour Administrative Suprême (Bundesverwaltungsgericht) en juin dernier²²⁷, qui a notamment conclu que cette loi n'était pas contraire au principe d'égalité énoncé dans l'article 3 GG. La référence aux valeurs chrétiennes dans cette loi serait plutôt une référence culturelle aux valeurs communes de notre société occidentale et ne privilégiait donc pas une religion particulière. Cette argumentation est hautement critiquable. En effet, le législateur du Bade-Wurtemberg a inséré cette référence dans la loi justement dans le but de permettre le port des signes religieux chrétiens. Il s'agissait notamment de maintenir possible le port de l'habit par les religieuses catholiques qui sont présentes dans le corps enseignant des écoles dans l'Allemagne du Sud.

Il n'est pas du tout sûr que le Bundesverfassungsgericht aura le même jugement sur la constitutionnalité de cette loi que le Bundesverwaltungsgericht. Cela est d'autant plus vrai que les positions des deux juridictions par rapport à la question du foulard ont été divergentes dans les décisions antérieures. Cependant, comme Madame Ludin a décidé de retirer sa requête après la décision du Bundesverwaltungsgericht, le Bundesverfassungsgericht n'a pas été saisi de cette nouvelle loi pour l'instant²²⁸.

²²⁶ MÜCKL, Stefan. *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen*. In : Der Staat (40), 2001, p. 110.

²²⁷ Bundesverwaltungsgericht 24 juin 2004, Ludin II, publié sur la page web du BVerwG: <http://www.bundesverwaltungsgericht.de/enid/a8f7982db6c0faf9fac75110c0b14009,0f1afe7365617263685f646973706c6179436f6e7461696e6572092d0934363232/8o.html>. Cf. aussi: MÜLLER, Reinhard. *Kein Ende im Kopftuch-Streit*. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11. Oktober 2004, p.10.

²²⁸ Informations du Ministère de la Culture bade-wurtembergeois.

CONCLUSION

La liberté religieuse du fonctionnaire, question d'actualité et en même temps question ancienne, est soumise à un régime particulier. Ce régime est strict mais clair et cohérent en France. Ici, on ne distingue pas selon le contenu des religions, puisque le fondement des restrictions à la liberté est la laïcité, qui s'applique sans distinction à toute religion qui essaye de pénétrer dans la sphère publique.

Cette clarté manque au régime allemand. Le droit allemand a longtemps admis que les religions occupent une large place dans la sphère publique, mais il doit aujourd'hui redéfinir ses règles face au défi que constituent les revendications de la communauté musulmane. Il semble que pour le moment, la jurisprudence allemande a du mal à trouver une solution adéquate, cohérente avec les principes du droit constitutionnel allemand. Enfin, cela est peut-être le simple reflet des interrogations que notre société se pose suite à la confrontation avec une culture étrangère ; culture qui souvent nous semble difficile à comprendre, et par cela, est ressentie comme dangereuse par certains.

Les solutions juridiques exposées ci-dessus ne resteront pas sans influence sur les évolutions de la société – les réactions vives contre la décision Ludin en Allemagne ont montré que toute prise de position de l'Etat en la matière aura des conséquences sociologiques et politiques. Même dans l'hypothèse d'une motivation de pur principe (la défense du principe de laïcité républicaine), il est évident que l'attitude de l'Etat envers les signes religieux suscite des réactions de la part des communautés religieuses concernées, notamment de la communauté musulmane. On peut s'interroger sur le fait de savoir si la politique « anti-foulard » est la bonne voie pour résoudre les problèmes d'intégration de cette population dans les sociétés française et allemande.

La conception française a toujours été d'exiger de ses populations immigrées une large adaptation à la culture française ainsi qu'une adhésion sans ambiguïté au pacte républicain, comme le montre la citation suivante. « La laïcité peut être le levain de l'intégration de tous dans la société, en ce qu'elle équilibre reconnaissance du droit à une identité propre et effort nécessaire pour tisser les convictions individuelles avec le lien social. L'apprentissage de la

citoyenneté dans notre société à cultures et origines diverses suppose qu'on apprenne à vivre ensemble. »²²⁹

C'est ainsi que la France a préservé son visage à travers les différentes vagues d'immigration. Il est vrai que cette conception semble garantir la cohésion de la société d'accueil et donne la même possibilité à tout le monde de pouvoir s'identifier avec un Etat qui garde une position impartiale : « Dans un pays qui est sans doute un des plus multiconfessionnels d'Europe, cette neutralité garantit que tout citoyen puisse se reconnaître dans l'Etat et les services publics. »²³⁰

Plus important, l'approche laïque était censée garantir une certaine paix sociale. Si on interdit les signes d'appartenance religieuse dans le service public, on empêche aussi toute expression fondamentaliste. « Il convient cependant de noter que cette « solution laïque » reste, aujourd'hui plus que jamais, la seule alternative à la violence et aux affrontements communautaires, la seule voie de gestion de la diversité dès lors qu'elle n'est pas déformée par une interprétation uniformisatrice incompatible avec le respect des consciences. »²³¹ La neutralité de l'Etat serait ainsi un moyen d'éviter des conflits interculturels au sein de la société multiculturelle. « La laïcité n'est pas qu'une règle du jeu institutionnel, c'est une valeur fondatrice du pacte républicain permettant de concilier un vivre ensemble et le pluralisme, la diversité. »²³²

Cette interprétation n'est pourtant pas partagée par tout le monde. L'interdiction du port des signes religieux par les fonctionnaires peut aussi avoir un effet contraire et nourrir le conflit et le repli communautaire. Surtout en Allemagne, certaines communautés musulmanes ressentent l'interdiction du foulard comme un rejet que prononce la société d'accueil à leur égard.

²²⁹ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 18.

²³⁰ WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent. *Laïcité et neutralité de l'Etat*. In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004, p. 9.

²³¹ Commission nationale consultative des droits de l'homme. *La laïcité aujourd'hui*. Rapport d'étape du 16.12.2003. Fiche 3, chapitre 4.

²³² Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République (dit : Rapport STASI)*. Paris : La Documentation française, 2003, p. 69 ; cf. aussi WEBER, Albrecht. *Religiöse Symbole in der Einwanderungsgesellschaft*. In: *Zeitschrift für Ausländerrecht*, 2004, p. 60.

Admettre qu'un fonctionnaire porte un signe religieux pourrait s'avérer comme geste symbolique d'un Etat qui intègre véritablement cette autre culture dans la sienne, tout en lui permettant de conserver son identité propre. Ainsi, une enseignante voilée pourrait montrer aux jeunes élèves musulmans que la réussite et l'intégration dans la société occidentale sont possibles sans abandon de son identité culturelle. Pouvoir distinguer, parmi les agents de l'Etat, des fonctionnaires appartenant à certaines communautés culturelles ou religieuses pourrait donc permettre aux membres de ces communautés de s'identifier mieux avec l'Etat. N'accepteront-ils pas plus facilement un Etat qui fonctionnera avec le concours d'un membre de leur communauté, et qui aura eu la confiance de le laisser s'afficher comme membre de cette communauté ?

Il n'était pas l'ambition de cette étude de trancher ces questions sociologiques, politiques et philosophiques difficiles. La seule chose qu'on puisse dire est la suivante : la solution qui sera finalement trouvée ne sera sans doute pas la même en France et en Allemagne. Un Etat français laïc et pratiquant un multiculturalisme d'adaptation depuis des siècles ne donnera pas la même réponse à ce genre de problèmes qu'un Etat allemand cherchant encore aujourd'hui laborieusement son chemin entre la neutralité non-discriminative et son attachement aux valeurs chrétiennes.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages, thèses, rapports

- BEDOUELLE, Guy
COSTA, Jean-Paul
Les laïcités à la française
Paris : Presses universitaires de France, 1998
- BENCHEIKH, Soheib
Marianne et le Prophète. L'islam dans la France laïque.
Paris : Editions Grasset, 1998
- Commission de réflexion sur
l'application du principe de
laïcité dans la République
Rapport au Président de la République
(dit : *Rapport STASI*)
Paris : La Documentation française, 2003
- Commission nationale
consultative des droits de
l'homme
La laïcité aujourd'hui.
Rapport d'étape. Paris : La documentation française,
16.12.2003
- Conseil d'Etat
Un siècle de laïcité.
Rapport public 2004. Paris : La documentation française, 2004
- KONDYLIS,
Vassilios
Le principe de neutralité dans la fonction publique.
Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994
- LANGERON, Pierre
Liberté de conscience des agents publics et laïcité
Aix-Marseille : Economica, Presses universitaires d'Aix-
Marseille, 1986
- MESSNER, Francis
PRELOT, Pierre-Henri
WOEHLING, Jean-Marie
avec la collaboration de
RIASSETTO, Isabelle
Traité de droit français des religions
Paris : Litec, 2003

II. Articles et Notes

- BAER, Susanne
WRASE, Michael
*Staatliche Neutralität und Toleranz :
Das Kopftuch-Urteil des BVerfG.*
In: Juristische Schulung, 2003
pp. 1162 – 1166
- BELLIARD, Edwige
Genèse et actualité de la notion de laïcité
In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004
pp. 4 – 6
- CHAUVIN, Nicolas
Laïcité scolaire et protection des élèves
In : Revue administrative, n° 295 / 1997
pp. 10 – 20
- idem
*Le port du foulard islamique par une enseignante.
A propos de la décision de la Cour européenne des droits de
l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse.*
In : Revue française de droit administratif, n° 3 / 2003
pp. 536 – 545
- DEROSIER, Jean-Philippe
*La Cour constitutionnelle allemande et le port du voile,
commentaire de l'arrêt du 24 septembre 2003.*
In : Revue française de droit constitutionnel, n° 58 / avril 2004
pp. 439 - 447
- DIDIER, Jean-Pierre
*Les religions du fonctionnaire :
le fonctionnaire et la foi.*
In : L'Actualité juridique – Fonctions publiques, n° 3 / 2001
pp. 31 – 35
- idem
Les religions du fonctionnaire et la République.
In : L'Actualité juridique – Fonctions publiques, n° 4 / 2001
pp. 41 – 44
- DUFFAR, Jean
La liberté religieuse dans les textes internationaux.
In : Revue de droit public, n° 4/ 1994
pp. 939 – 967

- DURAND, Béatrice *L'affaire du foulard en France. Comparaisons avec la France.*
In : Documents – Revue des questions allemandes, n° 1 / 2004
pp. 41 – 50
- FITTE-DUVAL, Annie *La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme*
In : L'Actualité juridique – Droit Administratif, n° 10 / 1997
pp. 731 – 745
- FLAUSS,
Jean-François *Note sous CEDH, 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse –
Req. N° 42393/98.*
In : L'Actualité juridique – Droit administratif, 20 mai 2001
pp. 480 – 484
- idem *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme.
Convention européenne des droits de l'homme et droit
administratif : septembre 1996 – septembre 1997. La liberté de
religion.*
In : L'Actualité juridique – Droit administratif, 20 janvier 1998
pp. 47 – 48
- GUYOMAR, Matthias
COLLIN, Pierre *Chronique générale de jurisprudence administrative
française. Laïcité.*
In : L'Actualité juridique – Droit administratif, 7-8 / 2000
pp. 602 – 608
- HÄUSSLER, Ulf *Leitkultur oder Laizismus ?*
In: Zeitschrift für Ausländerrecht, 2004
pp. 6 – 14
- HASELBACH, Dieter *Zurückhaltung wird nur den Fremden auferlegt
Neutralisierung Andersdenkender im Namen der Neutralität
des Staates: Eine erste Durchsicht der Kopftuchgesetze*
In: Frankfurter Allgemeine Zeitung , 25. August 2004, p. 36
- IPSEN, Jörn *Karlsruhe locuta, causa non finita
Das BverfG im so genannten "Kopftuch-Streit".*
In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2003
pp. 1210 – 1213

- KESSLER, David *Neutralité de l'enseignement public et liberté d'opinion des élèves. Conclusions sur CE, 2 novembre 1992, M. Kherouaa.*
In : Revue française de droit administratif, janvier-février 1993
pp. 112 – 119
- KOUBI, Geneviève *La laïcité dans le texte de la Constitution.*
In : Revue de droit public, n° 5 / 1997
pp. 1301 – 1321
- idem *Note sous CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux.*
In : Recueil Dalloz, Commentaires, n° 36-2000
pp. 747 – 749
- LEMAIRE, Fabrice *Commentaire de la décision CAA de Lyon, 27 novembre 2003 « Ben Abdallah ».*
In : L'Actualité juridique – Fonctions publiques, n° 2 / 2004
pp. 90 – 94
- MELLERAY, Fabrice *Note sous CAA de Lyon, 27 novembre 2003 « Ben Abdallah ».*
In : L'Actualité juridique – droit administratif, 26 janvier 2004
pp. 155 – 157
- MINOT, Jacques *Droits de l'homme et neutralité de l'Etat. A propos de l'affaire du foulard.*
In : Revue administrative, n° 253 / 1990
pp. 32 – 39
- De MONTECLER, Marie-Christine *Note sous TA de Paris, 17 octobre 2002 « Mme E. »*
In : L'Actualité juridique – droit administratif, 20 janvier 2003
pp. 99 – 100
- MUCKEL, Stefan *Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch?*
In: Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag.
Mohr Siebeck, 2003
pp. 331 – 344

- MÜCKL, Stefan *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen.*
In : Der Staat (40), 2001
pp. 96 – 127
- MÜLLER, Reinhard *Kein Ende im Kopftuch-Streit*
In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11. Oktober 2004
p. 10
- NEUREITHER, Georg *Ein neutrales Gesetz in einem neutralen Staat.*
In: Zeitschrift für Rechtspolitik, 2003
pp. 465 – 468
- PETIT, Philippe *Agents publics :
La laïcité doit être ostentatoire.*
In : La lettre du cadre territorial n° 266 (2003)
pp. 34 – 36
- RUX, Johannes *Kleiderordnung, Gesetzesvorbehalt und Gemeinschaftsschule.*
In: Zeitschrift für Ausländerrecht, 2004
pp. 14 – 21
- idem *Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule*
In: Der Staat (35), 1996
pp. 523 – 550
- RIVERO, Jean *Sur l'obligation de réserve*
In : L'Actualité juridique – droit administratif, décembre 1977
pp. 580 – 583
- SACKSOFSKY, Ute *Die Kopftuch-Entscheidung
- von der religiösen zur föderalen Vielfalt.*
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2003
pp. 3297 – 3301
- SCHAVAN, Annette *Das Kopftuch ist ein politisches Symbol.*
In: Zeitschrift für Ausländerrecht, 2004
p. 5

- SCHWARTZ, Rémy *Conclusion sur CE, 10 juillet 1995, Mlle Saglamer.*
In : L'Actualité juridique – Droit administratif, 9 / 1995
pp. 644 – 647
- SCHWARTZ, Rémy *L'expression des opinions religieuses des agents publics en service. Conclusions sur CE 3 mai 2000, Mlle Marteaux.*
In : Revue française de droit administratif, janvier-février 2001
pp. 146 – 151
- STARCK, Christian *Staat und Religion.*
In: Juristenzeitung , 2000
pp. 1 – 9
- SURREL, Hélène *La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme. Note sous CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce.*
In : Revue française de droit administratif, mai-juin 1995
pp. 573 – 584
- SÜSSMUTH, Rita *Das Kopftuchverbot für Lehrerinnen in Schulen – Beabsichtigte Wirkungen und unbeabsichtigte Folgen.*
In: Zeitschrift für Ausländerrecht, 2004
pp. 3 - 4
- THUILLIER, Guy *A propos de l'affaire des fiches. Le maintien du système des fiches de 1905 à 1914.*
In : Revue administrative n° 295 / 1997
pp. 21 - 25
- WAUQUIEZ-MOTTE, Laurent *Laïcité et neutralité de l'Etat*
In : Les cahiers de la fonction publique, avril 2004
pp. 7 - 9
- WEBER, Albrecht *Religiöse Symbole in der Einwanderungsgesellschaft*
In: Zeitschrift für Ausländerrecht, 2004
pp. 53 - 60

ANNEXES

Annexe 1 : Liste des personnes contactées

<i>M. Camel BECHIKH</i>	Union des Organisations islamiques de France
<i>Mme Françoise CURTIT</i>	Chercheur au CNRS, Société, Droit et Religion en Europe, Strasbourg
<i>Mme Silvia JESSEN</i>	Mitarbeiterin im Hessischen Ministerium des Innern und für Sport, Referat M, Abteilung M4 (Ministère de l'Intérieur du Land de Hesse)
<i>M. Pierre LANGERON</i>	Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence Directeur du Master professionnel Religion et société
<i>M. Francis MESSNER</i>	Directeur de recherche au CNRS, Société, Droit et Religion en Europe, Strasbourg
<i>M. Stefan MUCKEL</i>	Professeur de droit canonique catholique à l'Université de Cologne, Allemagne
<i>M. Gerhard ROBBERS</i>	Professeur de droit canonique protestant à l'Université de Trier (Trêve), Allemagne
<i>M. Jürgen WEIK</i>	Mitarbeiter im Ministerium für Kultus, Jugend und Sport, Baden-Württemberg (Ministère de la Culture du Land de Bade-Württemberg)

Participation au Colloque « Religions et fonction publique » de l'Université Jean Moulin (Lyon 3) le 15 octobre 2004, avec les interventions suivantes :

<i>M. Luc SADJ</i> Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Jean Moulin (Lyon 3)	Allocution d'ouverture
<i>M. Didier JEAN-PIERRE</i> Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)	Rapport introductif
<i>M. Pierre LANGERON</i> Maître de conférences à l'IEP d'Aix-en-Provence Directeur du Master professionnel Religion et société	L'accès à la fonction publique et la religion
<i>M. Joël BERTHOUD</i> Président assesseur à la Cour administrative d'appel de Douai	La neutralité religieuse du fonctionnaire
<i>Mme Virginie SAINT-JAMES</i> Maître de conférences à l'Université de Limoges	La liberté religieuse du fonctionnaire
<i>M. Pascal MONTFORT</i> Doctorant à l'Université Jean Moulin – Lyon 3	CEDH, fait religieux et fonction publique
<i>Mme Claire MORIN</i> Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon-Var	Le salarié et la religion : les solutions de droit du travail
<i>M. Pierre-Henri PRELOT</i> Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise	Conclusion

Annexe 2 : Textes juridiques

2.1 Textes français

- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789

Article 6

La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents

Article 10

Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

- Constitution du 27 octobre 1946

Préambule, al. 13

La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

Article 1^{er}

La France est une République indivisible, *laïque*, démocratique et sociale.

- Constitution du 4 octobre 1958

Article 1^{er}

La France est une République indivisible, laïque, démocratique 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.

- Loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire

Article 17

Dans les écoles publiques de tout ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïc.

- Loi du 23 avril 1905

Article 65

Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté.

- Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat

Article 1^{er}

La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.

Article 2

La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte [...]. Pourront toutefois être inscrits auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumôneries et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons.

- Loi 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

Article 7

Les opinions ou croyances philosophiques, religieuses ou politiques sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimés qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire.

- Nouveau Code pénal

Article 225-1

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Article 432-7

La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

2.2 Textes allemands²³³

- Loi fondamentale du 23 mai 1949

Article 3

- (1) Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.
- (3) Nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être discriminé en raison de son handicap.

Article 4

- (1) La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables.
- (2) Le libre exercice du culte est garanti.

Article 6

- (1) Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat.
- (2) Elever et éduquer les enfants sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en priorité. La communauté étatique veille sur la manière dont ils s'acquittent de ces tâches.

²³³ Dans la traduction française du Centre juridique franco-allemand de l'Université de la Sarre : <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz>. Ne sont reproduits que les alinéas qui ont une importance pour le sujet traité.

Article 7

- (1) L'ensemble de l'enseignement scolaire est placé sous le contrôle de l'Etat.
- (2) Les personnes investies de l'autorité parentale ont le droit de décider de la participation des enfants à l'instruction religieuse.
- (3) L'instruction religieuse est une matière d'enseignement régulière dans les écoles publiques à l'exception des écoles non-confessionnelles. L'instruction religieuse est dispensée conformément aux principes des communautés religieuses, sans préjudice du droit de contrôle de l'Etat. Aucun enseignant ne peut être obligé de dispenser l'instruction religieuse contre son gré.

Article 33

- (1) Tous les Allemands ont dans chaque Land les mêmes droits et obligations civiques.
- (2) Tous les Allemands ont un droit d'accès égal à toutes fonctions publiques, selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leurs capacités professionnelles.
- (3) La jouissance des droits civils et civiques, l'admission aux fonctions publiques ainsi que les droits acquis dans la fonction publique sont indépendants de la croyance religieuse. Personne ne doit subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une croyance religieuse et philosophique.
- (4) En règle générale, l'exercice de pouvoirs de puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public.
- (5) Le droit de la fonction publique doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionariat.

Article 140

Les dispositions des articles 136, 137, 138, 139 et 141 de la Constitution allemande du 11 août 1919 [Constitution de Weimar, « WRV »] font partie intégrante de la présente Loi fondamentale.

Article 136 WRV

- (1) Les droits et devoirs civils et civiques ne seront ni conditionnés, ni limités par l'exercice de la liberté religieuse.
- (2) La jouissance des droits civils et civiques ainsi que l'admission aux fonctions publiques sont indépendantes de la confession religieuse.
- (3) Nul n'est tenu de déclarer ses convictions religieuses. Les autorités publiques n'ont le droit de s'enquérir de l'appartenance à une société religieuse que lorsque des droits ou des obligations en découlent ou qu'un recensement statistique ordonné par la loi l'exige.
- (4) Nul ne peut être astreint à un acte cultuel, ni à une solennité cultuelle, ni à participer à des exercices religieux, ni à se servir d'une formule religieuse de serment.

Article 137 I WRV

- (1) Il n'existe pas d'Eglise d'Etat.
- (2) La liberté de former des sociétés religieuses est garantie. Elles peuvent se fédérer sans aucune restriction à l'intérieur du territoire du Reich.
- (3) Chaque société religieuse règle et administre ses affaires de façon autonome, dans les limites de la loi applicable à tous. Elle confère ses fonctions sans intervention de l'Etat ni des collectivités communales civiles.
- (4) Les sociétés religieuses acquièrent la personnalité juridique conformément aux prescriptions générales du droit civil.
- (7) Sont assimilées aux sociétés religieuses les associations qui ont pour but de servir en commun une croyance philosophique.
- (8) La réglementation complémentaire que pourrait nécessiter l'application de ces dispositions incombe à la législation de Land.

2.3 Textes communautaires

- Traité instituant une Constitution pour l'Europe

Article I-52 Statut des églises et des organisations non confessionnelles

1. L'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les Etats membres.
2. L'Union respecte également le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les organisations philosophiques et non confessionnelles.
3. Reconnaisant leur identité et leur contribution spécifique, l'Union maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier avec ces églises et organisations.

Article II-70 Liberté de pensée, de conscience et de religion

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

2.4 Textes internationaux

Conseil de l'Europe

- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950²³⁴

Article 9

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 14

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationales, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

- Protocole additionnel à la CEDH, du 20 mars 1952

Article 2

Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

²³⁴ Ratifiée par la République française le 3 mai 1974

Nations Unies

- Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948

Article 2

[...] chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion... »

Article 18

Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

Article 26

[l'éducation]... doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre les nations et tous les groupes raciaux ou religieux.

- Pacte relatif aux droits civiques et politiques du 16 décembre 1966²³⁵

Article 18

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés fondamentales d'autrui.

4. Les Etats parties au présent pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

Article 27

Dans les Etats où il existe des minorités [...] religieuses [...], les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit [...] de professer et de pratiquer leur propre religion.

²³⁵ Ratifié par la République française le 25 juin 1980

Annexe 3 : Décisions de justice

3.1 Avis « *Marteaux du Conseil d'État du 3 mai 2000 (extraits)* ²³⁶

Conseil d'Etat statuant au contentieux, N° 217017, Avis 4 / 6 SSR, Lecture du 3 mai 2000
Mme Picard, Rapporteur, M. Schwartz, Commissaire du gouvernement, M. Fouquet, Président

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu, enregistré le 2 février 2000 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le jugement du 25 janvier 2000 par lequel le président du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, avant de statuer sur la demande de Mlle Julie MARTEAUX tendant à l'annulation de l'arrêté du 24 février 1999 par lequel le recteur de l'académie de Reims a mis fin à ses fonctions de surveillante intérimaire à temps complet, a décidé, par application des dispositions de l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen les questions suivantes :

- 1°) les exigences tenant aux principes de la laïcité de l'Etat et de la neutralité des services publics qui fondent l'obligation de réserve incombant à un agent public, doivent-elles être appréciées en fonction de la nature des services publics concernés ;
- 2°) dans le cas du service public de l'enseignement, convient-il de distinguer suivant que l'agent assure ou non des fonctions éducatives et, dans cette éventualité, suivant qu'il exerce ou non des fonctions d'enseignement ;
- 3°) convient-il, dans certains cas, d'opérer une distinction entre les signes religieux selon leur nature ou le degré de leur caractère ostentatoire ;

Vu les autres pièces du dossier ; Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ; Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ; Vu la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 et notamment son article 12 ; Vu la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 ; Vu les articles 57-11 à 57-13 ajoutés au décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 modifié par le décret n° 88-905 du 2 septembre 1988 ; Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 ; [...]

1°) Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'Etat et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ;

2°) Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses ;

Il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents de ce service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement ;

3°) Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ;

Les suites à donner à ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire, doivent être appréciées par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, comme des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté ;

Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, à Mlle Julie MARTEAUX, au ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat et au ministre de l'éducation nationale ;

Il sera publié au Journal officiel de la République française.

²³⁶ Source:

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=166962&indice=4&table=JADE&ligneDeb=1>

3.2 *Décision « Ludin » du Bundesverfassungsgericht du 24 septembre 2003 -- 2 BvR 1436/02 – (Extraits)*²³⁷

Résumé:

1. Ein Verbot für Lehrkräfte, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, findet im geltenden Recht des Landes Baden-Württemberg keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage.
2. Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann für den Gesetzgeber Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein.

Extraits de l'argumentation:

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen gegen Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und mit Art. 33 Abs. 3 GG.

Das Tragen eines Kopftuchs macht im hier zu beurteilenden Zusammenhang die Zugehörigkeit der Beschwerdeführerin zur islamischen Religionsgemeinschaft und ihre persönliche Identifikation als Muslima deutlich. Die Qualifizierung eines solchen Verhaltens als Eignungsmangel für das Amt einer Lehrerin an Grund- und Hauptschulen greift in das Recht der Beschwerdeführerin auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem ihr durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleisteten Grundrecht der Glaubensfreiheit ein, ohne dass dafür gegenwärtig die erforderliche, hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage besteht. Damit ist der Beschwerdeführerin der Zugang zu einem öffentlichen Amt in verfassungsrechtlich nicht tragfähiger Weise verwehrt worden.

[...]

Die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist indes nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gebietet auch in positivem Sinn, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern. Der Staat darf lediglich keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben oder sich durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich aus gefährden. Auch verwehrt es der Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität dem Staat, Glauben und Lehre einer Religionsgemeinschaft als solche zu bewerten.

[...]

Das Einbringen religiöser oder weltanschaulicher Bezüge in Schule und Unterricht durch Lehrkräfte kann den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Erziehungsauftrag, das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler beeinträchtigen.[...] Auch die religiös motivierte und als Kundgabe einer Glaubensüberzeugung zu interpretierende Bekleidung von Lehrern kann diese Wirkungen haben. Dabei handelt es sich aber lediglich um abstrakte Gefahren. Sollen bereits derartige bloße Möglichkeiten einer Gefährdung oder eines Konflikts aufgrund des Auftretens der Lehrkraft und nicht erst ein konkretes Verhalten, das sich als Versuch einer Beeinflussung oder gar Missionierung der anvertrauten Schulkinder darstellt, als Verletzung beamtenrechtlicher Pflichten oder als die Berufung in das Beamtenverhältnis hindernder Mangel der Eignung bewertet werden, so setzt dies, weil damit die Einschränkung des vorbehaltlos gewährten Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG einhergeht, eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage voraus, die dies erlaubt. Daran fehlt es hier.

[...]

Auf der Grundlage der von der Sachverständigen geführten und ausgewerteten qualitativen Interviews lassen sich zwar keine repräsentativen Aussagen für alle in Deutschland lebenden Musliminnen treffen; die Forschungsergebnisse zeigen jedoch, dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf. Vielmehr kann das Kopftuch für junge muslimische Frauen auch ein frei gewähltes Mittel sein, um ohne Bruch mit der Herkunftskultur ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Auf diesem Hintergrund ist nicht

²³⁷ BVerfGE 108, 282 - Kopftuch Ludin

belegt, dass die Beschwerdeführerin allein dadurch, dass sie ein Kopftuch trägt, etwa muslimischen Schülerinnen die Entwicklung eines den Wertvorstellungen des Grundgesetzes entsprechenden Frauenbildes oder dessen Umsetzung im eigenen Leben erschweren würde.

[...]

Duldet der Staat in der Schule eine Bekleidung von Lehrern, die diese aufgrund individueller Entscheidung tragen und die als religiös motiviert zu deuten ist, so kann dies mit einer staatlichen Anordnung, religiöse Symbole in der Schule anzubringen, nicht gleichgesetzt werden. Der Staat, der eine mit dem Tragen eines Kopftuchs verbundene religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin hinnimmt, macht diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen.

[...]

Der von der Schulbehörde und den Fachgerichten angeführte Gesichtspunkt, die Absicht der Beschwerdeführerin, im Schuldienst ein Kopftuch tragen zu wollen, begründe deshalb einen Eignungsmangel, weil schon vorbeugend möglichen Beeinflussungen der Schülerinnen und Schüler entgegengewirkt und nicht auszuschließende Konflikte zwischen Lehrer und Schülern sowie deren Eltern von vornherein vermieden werden sollten, rechtfertigt gegenwärtig den Eingriff in das grundsrechtsgleiche Recht der Beschwerdeführerin aus Art. 33 Abs. 2 GG und die damit einhergehende Einschränkung ihrer Glaubensfreiheit nicht. Für eine konkrete Gefährdung des Schulfriedens durch das Auftreten der Beschwerdeführerin mit Kopftuch sind im fachgerichtlichen Verfahren keine greifbaren Anhaltspunkte sichtbar geworden. Die Befürchtung, dass Konflikte mit Eltern auftreten könnten, welche die Unterrichtung ihrer Kinder durch eine ein Kopftuch tragende Lehrerin ablehnen, kann sich nicht auf Erfahrungen mit der bisherigen Lehrtätigkeit der Beschwerdeführerin als Referendarin stützen. Für ein mit der Abwehr abstrakter Gefährdungen begründetes Verbot für Lehrkräfte, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, reicht die im Land Baden-Württemberg geltende beamten- und schulrechtliche Gesetzeslage nicht aus. Die Tatsache allein, dass Konflikte für die Zukunft nicht auszuschließen sind, rechtfertigt es nicht, ohne eine darauf zugeschnittene Rechtsgrundlage aus dem allgemeinen beamtenrechtlichen Erfordernis der Eignung eine Dienstpflicht abzuleiten, nach der die Beschwerdeführerin in Schule und Unterricht auf die Betätigung ihrer Glaubensüberzeugung durch das Tragen eines Kopftuchs zu verzichten hätte.

[...]

Dem zuständigen Landesgesetzgeber steht es jedoch frei, die bislang fehlende gesetzliche Grundlage zu schaffen, etwa indem er im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben das zulässige Maß religiöser Bezüge in der Schule neu bestimmt.

[...]

Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein. Aus einer hierauf zielenden Regelung in den Schulgesetzen können sich dann für Lehrkräfte Konkretisierungen ihrer allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten auch in Bezug auf ihr äußeres Auftreten ergeben, soweit dieses ihre Verbundenheit mit bestimmten Glaubensüberzeugungen oder Weltanschauungen deutlich werden lässt. Insoweit sind unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auch gesetzliche Einschränkungen der Glaubensfreiheit denkbar. Ist von vornherein absehbar, dass ein Bewerber solchen Verhaltensregeln nicht nachkommen wird, kann ihm dies dann als Mangel seiner Eignung entgegen gehalten werden.

Eine Regelung, die Lehrern untersagt, äußerlich dauernd sichtbar ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft oder Glaubensrichtung erkennen zu lassen, ist Teil der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion im Bereich der Schule. Die gewachsene religiöse Vielfalt in der Gesellschaft spiegelt sich hier besonders deutlich wider. [...] Andererseits ist die beschriebene Entwicklung auch mit einem größeren Potenzial möglicher Konflikte in der Schule verbunden. Es mag deshalb auch gute Gründe dafür geben, der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen und demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten, um Konflikte mit Schülern, Eltern oder anderen Lehrkräften von vornherein zu vermeiden.

[...]

Opinion dissidente des MM. Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff

Die Senatsmehrheit nimmt zu Unrecht einen schwerwiegenden Eingriff in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit der Beschwerdeführerin an, um einen Gesetzesvorbehalt zu rechtfertigen. Damit verkennt sie die funktionelle Begrenzung des Grundrechtsschutzes für Beamte. Im Fall des Zugangs zu einem öffentlichen Amt gibt es keine offene Abwägungssituation gleichwertiger Rechtsgüter; das für die Grundrechtsverwirklichung wesentliche Rechtsverhältnis in der Schule wird in erster Linie durch den Grundrechtsschutz von Schülern und Eltern geprägt.

Wer Beamter wird, stellt sich in freier Willensentschließung auf die Seite des Staates. Der Beamte kann sich deshalb nicht in gleicher Weise auf die freiheitssichernde Wirkung der Grundrechte berufen wie jemand, der nicht in die Staatsorganisation eingegliedert ist. [...] Der beamtete Lehrer unterrichtet auch im Rahmen seiner persönlichen pädagogischen Verantwortung nicht in Wahrnehmung eigener Freiheit, sondern im Auftrag der Allgemeinheit und in Verantwortung des Staates. Beamtete Lehrer genießen deshalb bereits vom Ansatz her nicht denselben Grundrechtsschutz wie Eltern und Schüler: Die Lehrer sind vielmehr an Grundrechte gebunden, weil sie teilhaben an der Ausübung öffentlicher Gewalt.

[...]

Eine Lehrerin an einer Grund- oder Hauptschule verstößt gegen Dienstpflichten, wenn sie im Unterricht mit ihrer Kleidung Symbole verwendet, die objektiv geeignet sind, Hindernisse im Schulbetrieb oder gar grundrechtlich bedeutsame Konflikte im Schulverhältnis hervorzurufen. Das von der Beschwerdeführerin begehrte kompromisslose Tragen des Kopftuchs im Schulunterricht ist mit dem Mäßigungs- und Neutralitätsgebot eines Beamten nicht zu vereinbaren.

[...]

Dies ist der Fall, weil das Kopftuch offenkundig -- das zeigen bereits die öffentlichen Reaktionen auf die von der Beschwerdeführerin angestrebten gerichtlichen Verfahren -- jedenfalls auch als Symbol des politischen Islamismus mit starkem Symbolgehalt aufgeladen ist und entsprechende Abwehrreaktionen zu erwarten sind. Zu diesem objektiven Aussagegehalt gehört auch die Betonung eines sittlichen Unterschieds zwischen Frauen und Männern, die geeignet ist, Konflikte mit denjenigen hervorzurufen, die ihrerseits die Gleichberechtigung, Gleichwertigkeit und gesellschaftliche Gleichstellung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG) als hohen ethischen Wert vertreten.

[...]

Das Kopftuch, getragen als kompromisslose Erfüllung eines von der Beschwerdeführerin angenommenen islamischen Verhüllungsgebotes der Frau, steht gegenwärtig für viele Menschen innerhalb und außerhalb der islamischen Religionsgemeinschaft für eine religiös begründete kulturpolitische Aussage, insbesondere das Verhältnis der Geschlechter zueinander betreffend.