



**Stéphane Guérard**

(maître de Conférences en droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l’Université de Lille 2)

### **Qu'est ce que la liberté de conscience?**

**Réflexions d'un publiciste à travers l'exemple du service public de l'Éducation nationale. Les libertés de conscience des enseignants et des enseignés: mariage de «raisons» ou déraisons d'un mariage**

**SOMMAIRE:** 1. Qu'est-ce que la liberté de conscience? – 2. La définition étroite – 3. La définition large – 4. La variabilité de la liberté de conscience – 5. Un mariage de «raisons» (ou les raisons d'un mariage) – 5.a. L'affirmation du statut des enseignés 5.b. – 6. Les déraisons d'un mariage – 6.a. La question du port du foulard islamique – 6.b. Le caractère propre des établissements privés sous contrats.

«*Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*» (art. 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 - DDHC).

Ainsi est exprimée ce que l'on appelle couramment la «liberté d'opinion», dont la liberté de conscience est une des composantes.

### **1 - Qu'est-ce que la liberté de conscience?**

Les divers écrits afférents à la liberté de conscience sont parfois flous sur le champ exact de sa définition.

Cette imprécision résulte de deux éléments que sont, d'une part, la place importante prise par les convictions religieuses en matière de libertés intellectuelles et, d'autre part, le fait que la jurisprudence administrative n'embrasse, par évidence, que la manifestation d'une opinion et ne peut que rarement - sauf peut être dans le passé mais certainement plus aujourd'hui - saisir le for intérieur d'une personne en son prétoire.

La liberté de conscience peut donc avoir une définition *large* ou *étroite*.

### **2 - La définition étroite**

Toute personne peut avoir des convictions économiques, philosophiques, politiques, religieuses et/ou sociologiques ou n'en



avoir aucune. Qu'une personne ait ou non de telles convictions suffit pour illustrer son libre droit de conviction; d'autres diraient «de pensée» voire d'«opinion».

Nous préférons, pour décrire l'état du for intérieur d'un individu, parler de «liberté de conviction» dans la mesure où le mot «conviction» est plus affirmé et volontariste que celui d'«opinion».

Dans une vision étroite de la liberté de conscience<sup>1</sup>, celle-ci peut être présentée comme un synonyme de la liberté de conviction exclusivement religieuse.

La liberté de conviction est aussi plurielle en sa composition puisqu'elle peut consister à adhérer ou non à une conviction, à la «penser» (l'action de penser est une action active du for intérieur), à l'adapter, la modifier, la faire évoluer voire en changer et tout cela sans l'exprimer.

C'est pourquoi, en principe, et particulièrement dans une société démocratique, la liberté de conscience est grandement protégée; sinon, la dictature s'imposerait puisque seul un tel mode de gouvernement vise à opprimer et surtout à contrôler les consciences<sup>2</sup>.

### **3 - La définition large**

Pour une personne - sauf peut être pour les plus timides - avoir des convictions ne suffit pas, il faut aussi pouvoir les manifester et ainsi affirmer sa personnalité, son individualité; et parfois, tout simplement, prouver que l'on existe ou encore se situer socialement, c'est-à-dire par rapport à son groupe d'appartenance, voire la société civile.

La liberté d'expression de ses convictions économiques, philosophiques, politiques, religieuses et/ou sociologiques est donc essentielle. Ce qu'exprime si parfaitement l'article 11 DDHC selon lequel

*«la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi».*

D'aucuns considèrent, selon une définition large de la liberté de conscience, que cette dernière englobe non seulement la liberté de

---

<sup>1</sup> **ARMAND** (G.), *L'essentiel du régime juridique des droits et libertés fondamentaux en France*, Gualinon, Collection «Les carrés», 2007, p. 85.

<sup>2</sup> **TCHAKHOTINE** (S.), *Le viol des foules par la propagande politique*, Gallimard, 1952.



convictions religieuses mais aussi celle de les vivre à l'extérieur de soi, de les manifester<sup>3</sup>.

Quelle que soit la définition de la liberté de conscience, est-ce qu'elle peut varier en intensité ou de champ d'application en fonction de son destinataire?

#### **4 - La variabilité de la liberté de conscience**

L'un des principes majeurs du service public est sa neutralité: le service public doit être neutre à l'égard de tous ses usagers, au nom d'une des lois fondamentales le régissant, le principe d'égalité.

Par suite, les agents publics doivent traiter de manière égalitaire tous les administrés donc sans les discriminer à raison de leurs convictions économiques, philosophiques, politiques, religieuses et/ou sociologiques.

La neutralité impose donc aux agents publics une obligation, voire un devoir de réserve, dans l'expression de leurs propres convictions à l'égard des administrés.

«*La neutralité c'est en fait l'impartialité qu'observent ou n'observent pas les fonctionnaires*»<sup>4</sup>.

D'ailleurs, tout agent public exprimant ses convictions et blessant celles de l'usager et donc violant la liberté de conviction de ce dernier (voire celle de sa conscience) transgresse non seulement son obligation de réserve mais aussi, et par là même, sa déontologie professionnelle au regard de ses obligations de service.

Par suite, son attitude est presque systématiquement qualifiée, en cas de demande en réparation à son encontre par l'usager devant le juge judiciaire, de «faute personnelle détachable de l'exercice de sa fonction»<sup>5</sup>.

Les administrés ont donc un droit à un traitement égalitaire et impartial face au service public, et plus précisément à ses agents publics. Et ce, parce que, dans la sphère publique, la manifestation de ses convictions, particulièrement religieuses, la mise en œuvre de sa

---

<sup>3</sup> A cet égard, il convient de relever que la libre manifestation de ses convictions religieuses fait appel à un grand nombre d'autres libertés afin d'être réalisée concrètement, telles que les libertés d'association, d'aller et de venir, de manifestation, de réunion, etc.

<sup>4</sup> **BOURDONCLE** (R.), *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français*, LGDJ, 1958, p. 3.

<sup>5</sup> **GUÉRARD** (S.), *La notion de détachabilité en droit administratif français*, Thèse, Paris II, 1997 (voir spécialement: la seconde sous-partie de la première partie).



liberté de conscience largement entendue, connaît une borne essentielle, la neutralité religieuse, c'est-à-dire la laïcité<sup>6</sup>.

Cette dernière se définit comme «*un projet global qui concerne la communauté nationale (... et) qui s'oppose à tout statut fondé sur la différence*»<sup>7</sup>.

Elle s'impose aussi désormais avec force aux enseignés depuis que la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, a interdit, «*dans (... ces derniers mais pas dans les établissements d'enseignement supérieur), le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse (...)*» (art. L 141-5-1 du Code de l'éducation)<sup>8</sup>.

\*  
\* \*

A travers le statut juridique de la liberté de conscience des enseignants et des enseignés apparaissent les raisons de la nécessaire conciliation entre les deux expressions de cette liberté au sein de l'établissement d'enseignement scolaire.

Toutefois, ces dernières années, certains incidents ont émaillé cette relation et ont, par là même, parfois déplacé les frontières, voire modifié les rapports de force, entre les deux catégories d'acteurs suscités.

Ainsi en est-il, par exemple, de l'affaire du foulard islamique, ô combien symbolique d'une grave querelle de ménage!

De même, et peut-être encore plus depuis l'alignement de leur statut sur celui des enseignants du public, la liberté de conscience de ceux du privé apparaît de plus en plus spécifique, et ce, alors même qu'ils sont aujourd'hui grandement associés à l'exécution du service public de l'Éducation nationale, dont la laïcité est l'un de ses principes fondamentaux.

C'est pourquoi, après avoir évoqué les raisons d'un tel mariage forcé (5), nous évoquerons à travers les cas particuliers susmentionnés les déraisons de ce même mariage (6).

---

<sup>6</sup> LANGERON (P.), *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Economica, 1986, p. 179-263.

<sup>7</sup> HAQUET (A.), *L'enseignement privé musulman dans une République laïque*, RFDA, 2009, p. 523.

<sup>8</sup> CE 05 décembre 2007, *M. Singh*, req. n° 285.394, RFDA 2008 p. 188, AJDA 2008, n° 36, p. 2009 (concl. B. Bachini); CE 05 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal*, req. n° 295.671.



## **5 - Un mariage de «raisons» (ou les raisons d'un mariage)<sup>9</sup>**

Le mariage arrangé, au sens d'imposé, des libertés de conscience des enseignants et des enseignés est finalement une conciliation entre libertés, sinon opposées du moins risquant parfois de s'affronter en se confrontant.

Ce mariage forcé s'explique par deux raisons principales.

D'une part, il résulte de l'affirmation du statut de l'enseigné et surtout de ses droits plus que de ses devoirs au sein des établissements scolaires, et ce, depuis le lendemain de la Seconde guerre mondiale (5.a).

Ce mariage est aussi, d'autre part, la conséquence pratique de la neutralité du service public limitant d'autant la liberté de conscience, spécialement en son expression, des enseignants à travers la promotion de leur devoir de réserve (5.b).

### **5.a - L'affirmation du statut des enseignés**

Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, et par contrecoup naturel face à l'horreur nazie, la culture «droit de l'hommiste» s'est imposée avec évidence en droit international, puis dans les droits nationaux.

De la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 jusqu'à aujourd'hui, les traités internationaux, tant généraux que régionaux, n'ont cessé de se multiplier pour mieux affirmer, développer et approfondir les droits fondamentaux de l'individu voire, de plus en plus, de l'humanité.

Parmi les droits ainsi promus sur la scène internationale, se trouve celui de la liberté de religion, affirmé de manière similaire par l'article 18 DUDH, l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 19 décembre 1966 et l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF).

Ce droit comprend, entre autres, la «liberté de manifester sa religion (...), seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites».

---

<sup>9</sup> Voir aussi: **GUÉRARD** (S.), «La “Laïcité à la française”: une institution républicaine en mutation», in **BERNET** (J.), **BONDUELLE** (A.) et **CHERRIER** (E.) (dir.), *Laïcité et modernité ou l'actualité d'un enjeu*, PUV, 2006, p. 203-240.



Les deux derniers textes internationaux précités ajoutent, afin de mieux le protéger, qu'est prohibée

*«toute atteinte à son égard, sauf si une loi le prévoit ou sauf si l'atteinte constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique<sup>10</sup>, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre et de la santé ou de la morale publiques ou à la protection des droits et libertés d'autrui».*

En somme, ces textes internationaux de référence affirment le droit de tout individu de pouvoir vivre, exprimer, manifester, sa religion sauf si son comportement est attentatoire à autrui, et surtout à l'ordre public - entendu très largement. Ceci vaut aussi pour les enfants<sup>11</sup>.

De même, ces textes, ainsi que l'article 28 de la Convention sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990, proclament avec non moins de force le droit de toute personne à pouvoir bénéficier d'une éducation ainsi que la faculté offerte aux parents de choisir celle qu'ils veulent donner à leurs enfants. Le droit à l'éducation est d'ailleurs consacré à l'article II-74 du traité portant projet de «Constitution de l'Union européenne».

Quant à l'article 26 DUDH, il précise que le but de toute éducation est le «*plein épanouissement de la personnalité humaine*», «*le renforcement de la compréhension entre les peuples et les religions*», «*la tolérance et le renforcement des droits de l'homme*», en vue du maintien de la paix. Ce que confirme l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) du 19 décembre 1966.

L'article 18 PIDCP précise d'ailleurs que les Etats-membres à ce traité international doivent respecter la liberté des parents ou des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions. Ce que réitère l'article 2 du Protocole additionnel à la CESDHLF du 20 mars 1952.

Toutefois,

*«ni l'article 18 du Pacte international relatif aux droit civils et politiques, ni l'article 14 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, ni même l'article 2 du protocole additionnel de la CEDH ne mettent à la charge de l'Etat l'obligation positive*

<sup>10</sup> Mentionnée seulement dans l'article 9 CESDHLF.

<sup>11</sup> **GOLLOB** (R.) et **KRAPF** (P.), *Apprendre à connaître les droits de l'enfant*, éditions du Conseil de l'Europe, ECD/EDH, volume V, 2009.



*d'assurer (ou de faire assurer) une instruction religieuse répondant aux vœux des parents»<sup>12</sup>.*

Ce que semble d'ailleurs confirmer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>13</sup>.

La Convention relative aux droits de l'enfant de 1990 reconnaît, dans son article 14, le droit de l'enfant à sa religion, à la manifester, le devoir de ses parents ou représentants légaux de le guider dans l'exercice de celui-ci, dans la limite des mêmes restrictions que celle précédemment énoncées.

De plus, l'article 29 de la même Convention affirme, entre autres, que les États-parties doivent inculquer à l'enfant

*«le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne».*

Son article 30 précise, *in fine*, qu'un enfant appartenant à une minorité religieuse, ne peut être privé d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion.

C'est pourquoi, comme en a jugé la Cour européenne des droits de l'homme, l'exposition de la croix dans une école publique (italienne) est contraire au droit des parents d'assurer à leurs enfants une éducation et un enseignement conformes à ses convictions religieuses et philosophiques, au sens de l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 04 novembre 1950. L'exposition de la croix méconnaît également leur liberté de conviction et de religion, protégée par l'article 9 de ladite Convention<sup>14</sup>.

Par ailleurs, le droit français a tiré toutes les conséquences de droit de toutes ces différentes proclamations internationales, en affirmant par la loi n°89-486 du 10 juillet 1989 que si les enseignés ont des devoirs - tels que l'assiduité ou le respect du fonctionnement de

<sup>12</sup> FLAUX (J.-F.), «Les sources supralégislatives de l'enseignement religieux», *in* MESSNER (F.) et WOEHLING (J.-M.) (sous la direction de), *Les statuts de l'enseignement religieux*, Les Editions du Cerf, 1996, p. 29.

<sup>13</sup> CEDH 07 décembre 1976, *Kjeldsen et autres*, AFDI 1977 p. 489 (ch. R. Pelloux), CDE 1978 p. 359 (ch. G. Cohen-Jonathan), JDI 1978 p. 702 (ch. P. Rolland), *in* SUDRE (F.), MARQUÉNAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.) et LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Collection « Thémis, Les grandes décisions de la jurisprudence », 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 441 (obs. M. Levinet).

<sup>14</sup> CEDH 04 novembre 2009, *Lautsi c. Italie*, req. n° 30.814/05.



l'établissement, par exemple -, ils disposent aujourd'hui, au sein même de l'établissement scolaire, d'un grand nombre de droits.

Dès l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, il est affirmé que «*Le service public de l'éducation nationale est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants*». Il est ajouté, dans ce même article que «*Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, (...) d'exercer sa citoyenneté*».

De plus, le décret n° 91-173 du 18 février 1991, relatif aux droits et obligations des élèves du second degré dans les établissements locaux du second degré, a confirmé ce nouvel état des droits des élèves du second degré, en particulier, en leur reconnaissance des droits individuels et collectifs.

C'est ainsi que ce texte, dans le strict prolongement de la loi de 1989, a affirmé les libertés d'expression, d'association, de réunion et de pensée au profit des enseignés tout en les encadrant<sup>15</sup>, les limitant parfois<sup>16</sup>.

Par voie de conséquence, il apparaît, à la lumière de tous ces textes, que l'enseigné, même mineur, bénéficie aujourd'hui, au sein de tels établissements, d'un statut juridique affirmé et renforcé.

En effet, ce n'est pas seulement à l'homme que l'on consacre désormais des droits en société, mais aussi et surtout, à l'enfant, germe essentiel de l'humanité.

Par suite, il est clair que l'enfant n'est plus seulement un *objet* du droit ; il est véritablement devenu un *sujet* de droit.

Dès lors, comment s'étonner que cet enfant, paré d'autant d'armes juridiques, n'ait pas voulu tester leur puissance, voire les limites des adultes?

Comment s'étonner encore que des «pré-adolescents», voire des adolescents, se soient pris au jeu d'un positionnement social ,grâce au droit, dans une société de plus en plus juridicisée, et par là même pré-contentieuse?

Comment, enfin, s'étonner que ces pré-adultes aient voulu, à une période de leur vie où ils se cherchent tant, essayer de se trouver à travers une affirmation religieuse, tantôt imposée, tantôt souhaitée,

---

<sup>15</sup> «*Les obligations des lycéens tiennent en trois points: respect des personnes et des locaux, respect des programmes et des contenus, assiduité*» (**LECLERCQ** (C.), *Libertés publiques*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2003, p. 326, n° 444).

<sup>16</sup> Voir à cet égard: **DURAND-PRINBORGNE** (C.), *Les droits et obligations des élèves du second degré*, AJDA, 1991, p. 366-373; **DUPONT-MARILLIA** (F.), *Institutions scolaires et universitaires*, Gualino éditeur, Collection «Mémentos», 2003, p. 177-178.



tantôt provocante, mais, finalement, le plus souvent, assez rarement innocente<sup>17</sup>?

Après avoir étudié le statut de la liberté de conscience des enseignés, il convient d'examiner celui des enseignants.

L'agent public se doit d'être neutre dans l'exercice de ses fonctions.

### **5.b - Le devoir de réserve des enseignants<sup>18</sup>**

En effet,

*«le principe de laïcité, dont le principe de neutralité est un élément, fait obstacle à l'expression des convictions religieuses des personnels dans le cadre du service public. Cette interdiction est absolue»<sup>19</sup>.*

L'agent public doit assurer, par son attitude, dans le cadre de l'exécution des services publics, et plus particulièrement dans la prestation qu'il fournit à l'usager, une égalité de traitement, et par là même il doit éviter d'afficher un quelconque comportement discriminatoire.

En effet, le respect de la neutralité du service public interdit, au titre de son devoir de réserve, à tout agent public, et ce, dans le cadre de ses fonctions,

*«(...) de laisser transparaître dans son comportement ou son apparence ses convictions politiques ou religieuses. Tout manquement à cette obligation porte en effet gravement atteinte au sentiment d'impartialité, et donc finalement à l'égalité de traitement, que les usagers sont en droit d'attendre du service public»<sup>20</sup>.*

<sup>17</sup> VENEL (N.), *Musulmanes françaises. Des pratiquantes voilées à l'université*, L'Harmattan, 1999.

<sup>18</sup> GUÉRARD (S.), *Le devoir de réserve des enseignants des établissements confessionnels sous contrat*, Mémoire DEA Droit public interne, Paris II, 1990. Voir aussi: SAVATIER (J.), «Le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association», *Mélanges B. Jeanneau, Dalloz*, 2002, p. 523-537; TAILLEFAIT (A.), *Le statut des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat après la loi Censi: une «publicisation» achevée?*, AJFP, 2005, n° 4, p. 178-184; TOULEMONDE (B.), *Le statut des maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés*, AJDA, 1995, p.427-438.

<sup>19</sup> PICARD (M.), «Le principe de laïcité et son application aux agents des services publics», dans *La laïcité*, CFP, 2002, n° 217, p. 6.

<sup>20</sup> DORD (O.), Note sous CE 22 novembre 2004, *Ministre de la Jeunesse, de l'Education nationale et de la Recherche c. M. A....*, AJDA, 2005, n° 13, p. 736.



Cet aspect de l'obligation de neutralité de l'agent public illustre avec évidence son lien avec le principe d'égalité dont elle est issue. «*Tout agent public doit assurer un service public dans les mêmes conditions, de façon impartiale et sans discrimination de caractère politique, philosophique ou religieux entre les usagers et autres personnes*»<sup>21</sup>.

Placés dans une situation identique, les usagers doivent être traités également. L'agent ne doit pas, par son attitude, autoriser un doute quelconque sur la neutralité du service public.

Dès lors, il apparaît avec évidence que, dans le cadre de leurs fonctions, et durant le temps de leur service, les agents publics n'ont pas le droit d'exercer leur religion, de la manifester de manière ostentatoire voire provocatrice. Et ce, que leur attitude soit volontaire ou non, dans la mesure où personne ne peut jamais savoir à l'avance comment un usager peut vivre et ressentir un signe religieux porté par un agent public ou un attitude religieuse d'un tel agent.

«*Il en résulte pour les agents publics une obligation concrète*»<sup>22</sup>. Dans la mesure où le respect qu'ils doivent à leur devoir de neutralité, composante de leur devoir de réserve<sup>23</sup>, leur impose des limitations à leur liberté d'expression, cette dernière est limitée.

Toutefois, leur obligation de réserve est plus ou moins étendue, selon leur rang, les circonstances dans lesquelles ils s'expriment et selon qu'ils exercent ou non un mandat syndical.

Les enseignants sont ainsi symptomatiques de cette catégorie d'agents publics à l'égard desquels l'exigence d'impartialité est très forte.

Pourtant, ce sont des «*citoyens à part entière*»<sup>24</sup>, dans la mesure où, en principe, et normalement dans leur vie privée<sup>25</sup>, ils ne sont pas soumis à l'obligation professionnelle (de service) de réserve.

<sup>21</sup> **KONDYLIS** (V.), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, Collection «Bibliothèque de droit public», tome 168, 1995, p. 8.

<sup>22</sup> **PICARD** (M.), *op. cit.*, p. 5.

<sup>23</sup> «*La marque de cette neutralité c'est l'obligation de réserve. Cette obligation n'est qu'un corollaire du principe d'égalité de tous devant le service public qui doit fonctionner sans discrimination ni faveur*» (**LAVIEILLE** (J.-M.), *Les principes fondamentaux de l'enseignement dans le droit positif français*, AJDA, 1978, p. 192).

<sup>24</sup> **LANGERON** (P.), *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Economica, 1986, p. 103.

<sup>25</sup> Une nuance doit être toutefois apportée; elle concerne le fait que l'attitude extérieure au service d'un agent public ne doit pas nuire à l'image du service au risque de poursuites disciplinaires. Imagine-t-on un policier dealer ou proxénète sans que cela ait d'incidence sur son statut professionnel au prétexte que ses «autres» activités, pénalement répréhensibles au demeurant, sont accomplies par lui en dehors de son service?



Mais, ce sont aussi des «*citoyens à part*»<sup>26</sup> du fait qu'ils sont, à l'instar des magistrats par exemple, tenus à un devoir de réserve largement et strictement entendu, afin de préserver la liberté de conscience, parfois naissante et influençable - en fonction des âges et des personnalités -, des enseignés.

Ce qui limite grandement - et d'autant - leur liberté de manifester leurs convictions tant au sein de l'établissement scolaire qu'à l'extérieur de ce dernier.

Pour les enseignants encore plus que pour les autres agents publics, parce que l'enseignement passe avant tout par une expression le plus souvent orale de leur savoir, leur obligation de réserve limite considérablement la libre expression de leurs convictions.

Ce qu'exprime de manière idéalisée voire lyrique, et en même temps fort rigoureuse, Jules Ferry dans sa lettre aux instituteurs du 17 novembre 1883, aux termes de laquelle:

*«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 par ce que vous allez dire. Demandez-vous si un père de famille, je dis bien un seul, présent à votre classe pourrait, de bonne foi, refuser son assentiment à ce qu'il entendrait 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 sagesse, c'est la sagesse du genre humain ... le maître devra éviter comme une mauvaise action tout ce qui dans son langage ou dans son attitude blesserait les croyances religieuses des enfants confiés à ses soins, tout ce qui porterait le trouble dans leur esprit, tout ce qui trahirait de sa part envers une opinion quelconque un manque de respect ou de réserve».*

C'est pourquoi, « (...) les maîtres de l'enseignement public sont tenus, dans l'exercice de leur profession, à une stricte «impartialité» à l'égard de la religion»<sup>27</sup>. Ainsi, est constitutive d'une faute personnelle, pouvant engager sa responsabilité personnelle, les paroles injurieuses et grossières sur Dieu, sur les religions et sur les ministres du culte, prononcées par un instituteur, dans le cadre de ses enseignements; en

---

<sup>26</sup> LANGERON (P.), *op. cit*, p. 99.

<sup>27</sup> CHARVIN (R.) et SUEUR (J.-J.), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2002, p. 163, n° 120.



effet, ces propos sont blessants à l'égard des enfants, et incidemment de leur famille, si ces derniers sont sincèrement croyants<sup>28</sup>.

En résumé, l'enseignement dispensé par l'école publique se doit d'être neutre, c'est-à-dire, plus justement, que les enseignants doivent dispenser leur cours de manière impartiale.

Mais ce souci constant de la neutralité est un leurre, un mythe sur lequel repose d'ailleurs tout l'édifice laïc. Et ceci parce qu'«enseigner c'est s'engager et se compromettre»<sup>29</sup>.

D'ailleurs, neutre en latin - *neuter* -, se traduit par «ni l'un, ni l'autre»; d'où, la neutralité de l'enseignement suppose un enseignant «sans relief» et un cours «sans saveur» : piètre image de l'éducation et terne attrait de l'instruction<sup>30</sup>!

Clemenceau - que l'on ne peut guère accuser de compromission avec le clergé - s'en prenant à cette soi-disant neutralité s'exclama au Sénat, en 1903:

«*Il faudra bien qu'il (l'enseignant) prenne parti. Il faudra bien qu'il dise s'il approuve ou s'il blâme*»<sup>31</sup>.

Ne lit-on pas la même opinion, formulée différemment, dans les documents du Conseil de l'Europe: «*l'enseignement (... des) droits de l'enfant exige de l'enseignant(e) qu'il s'engage dans son comportement et sa personnalité en tant que modèle pour les enfants*»<sup>32</sup>.

Liberté de conscience fortement affirmée et juridiquement appuyée pour l'enseigné en vertu avant tout du droit international, qui s'est progressivement «nationalisé», liberté de conscience grandement limitée et strictement encadrée pour l'enseignant: voilà les termes essentiels du contrat de mariage!

Mais, cet équilibre fragile est aujourd'hui quelque peu mis à mal par de nouveaux défis et enjeux à travers des questions novatrices

<sup>28</sup> TC 02 juin 1908, *Girodet c. Morisot*, Rec. 597 (concl. Tardieu), S. 1908. III. 81 (concl., note M. Hauriou), DP 1908. III. 57.

<sup>29</sup> ZOPPI (G.), *La laïcité dans l'enseignement de la littérature*, in *La laïcité au défi*, éditions Téqui, 1989, p. 235-242, cité p. 241.

<sup>30</sup> «*Il y a une contradiction apparente à affirmer à la fois la neutralité de l'école publique et sa laïcité. Le principe de laïcité signifie, en effet, au moins pour les fondateurs de la III<sup>e</sup> République, engagement de l'Etat: il implique la définition d'une politique pédagogique qui est le contraire de la neutralité. L'Ecole de Jules Ferry n'est pas neutre, en d'autres termes, et la bataille pour la laïcité se confond chez lui avec l'élimination progressive de tous les facteurs humains ou matériels, susceptibles d'entraver l'émancipation de «l'âme de la jeunesse française»*» (CHARVIN (R.) et SUEUR (J.-J.), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2002, p. 162, note 112).

<sup>31</sup> JO *Débats*, Sénat, 17 novembre 1903.

<sup>32</sup> GOLLOB (R.) et KRAPF (P.), *Apprendre à connaître les droits de l'enfant*, éditions du Conseil de l'Europe, ECD/EDH, volume V, 2009, p. 8.



mettant en cause l'expression des convictions religieuses au sein du service public de l'Education nationale.

## 6 - Les déraisons d'un mariage

Ce mariage, comme tout mariage arrangé, ne tient que si chacune des parties joue parfaitement son rôle et n'empêche en aucune façon sur le rôle de l'autre<sup>33</sup>.

Pourtant, ce mariage, pour ne pas dire ce compromis, a montré ses failles lors de l'affaire du port du foulard islamique (6.a).

De plus, il reste fortement déséquilibré au détriment des enseignants «du public», au bénéfice des enseignants des établissements privés sous contrat. En effet, ces derniers, tout en devant respecter la liberté de conscience des enseignés, se doivent en même temps d'user de la leur - si tant est qu'elle soit en conformité avec celle de l'établissement privé -, et ce, pour promouvoir au mieux le «caractère propre» de l'établissement et donc incidemment de l'enseignement qui y est dispensé (6.b).

### 6.a - La question du port du foulard islamique<sup>34</sup>

La neutralité religieuse dans l'établissement scolaire s'est trouvée fortement compromise ces vingt dernières années par des élèves voilées, tout simplement parce que ces dernières venaient de s'apercevoir que la culture «droit de l'hommiste» occidentale en avait faites des interlocutrices des deux pouvoirs.

Comment, désormais, peut-on nier qu'aux pouvoirs temporel et spirituel, s'est invité, à la table des négociations laïques, un troisième interlocuteur, certes parfois voilé, l'usager du service public?

C'est pourquoi, dans le prolongement de son avis du 27 novembre 1989<sup>35</sup>, le Conseil d'Etat a jugé que le port de signes religieux dans les établissements scolaires «constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses»<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> MARAI (S.), *Métamorphoses d'un mariage*, A. Michel, 2006.

<sup>34</sup> Sur l'abondante jurisprudence relative à ce sujet, voir: GUÉRARD (S.), «La liberté religieuse dans les lieux publics», dans *Quel avenir pour la laïcité cent après la loi de 1905?*, CRDF, 2005, n° 4, p. 49-69.

<sup>35</sup> Voir: RIVERO (J.), Note, RFDA, 1990, p. 6.

<sup>36</sup> CE Ass. 22 novembre 1992, *Kherouaa et autres*, Rec. 389, JCP 1993. II. n° 21.998 (note P. Tedeschi), RDP 1993 p. 220 (note P. Sabourin), D. 1993 p. 108 (note G. Koubi), D. 1993. IR. 4, LPA 24-05-1993, n° 62, p. 4 (note G. Lebreton), GP 1993, 2, p. 8 (note D.



Il a toutefois admis la possibilité de la limiter si elle s'accompagne de provocations, compromet la sécurité ou la santé des élèves, ou encore, perturbe l'ordre dans l'établissement scolaire ou les activités d'enseignement<sup>37</sup>.

*A contrario*, et afin de mieux protéger, là encore, l'enfant au détriment de l'adulte, les agents publics se sont vus, quant à eux, interdire le port du foulard<sup>38</sup>.

En effet, le juge administratif, au nom de la neutralité du service public, et par là même, en exigeant des agents publics l'observation d'un strict respect de leur devoir de réserve, a estimé, et estime encore, que le principe de légalité s'oppose à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses<sup>39</sup>.

A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme partage cette position lorsqu'elle affirme qu'un Etat dispose du droit de limiter la liberté de manifester une religion, par exemple le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté porte atteinte à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité<sup>40</sup>.

Et ce, parce qu'elle considère qu'une telle «prescription coranique» n'est guère conciliable avec «*le message de tolérance, de respect d'autrui, et surtout d'égalité* (particulièrement des sexes) *et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant* (agent public de l'espèce) *doit transmettre à ses élèves*»<sup>41</sup>.

Le vote de la loi du 15 mars 2004, interdisant incidemment le port du foulard islamique dans les établissements scolaires primaires et

---

Mardesson), RFDA 1993 p. 112 (concl. D. Kessler), AJDA 1992 p. 788 et 790 (ch. C. Maugué et R. Schwartz).

<sup>37</sup> CE 20 octobre 1999, *Ministre de l'Education nationale c. Aït Ahmad*, Rec. 776, JCP 2000. II. n° 10.306 (note G. Koubi et G.-J. Guglielmi), D. 2000 p. 251 (concl. R. Schwartz), RTDH 2001 p. 77 (concl.; note Z. Anseur).

<sup>38</sup> CE 03 mai 2000, Avis n° 217 017, *Mlle Marteaux*, Rec. 169, AJDA 2000 p. 602 (ch. M. Guyomar et P. Collin), RFDA 2000 p. 899, DA 2000 n° 189 (note R. S.), RFDA 2001 p. 146 (concl. R. Schwartz), D. 2000 p. 747 (note G. Koubi), RRJ 2001-4 (II) p. 2107 (note G. Armand) ; TA Paris 17 octobre 2002, *Mme E...*, JCP A 2002 n° 1150 (note D. Jean-Pierre); CAA Lyon 27 novembre 2003), *Mlle Nadjet Ben Abdallah*, AJDA, 2003, n° 42, p. 2228, obs. M.-C. de Montecler, AJDA 2004, n° 3, p. 154 (note F. Melleray), AJFP, 2004, n° 2, p. 88 (obs. J. Mekhantar et note F. Lemaire).

<sup>39</sup> CE 03 mai 2000, Avis n° 217 017, *Mlle Marteaux*, Rec. 169, AJDA 2000 p. 602 (ch. M. Guyomar et P. Collin), RFDA 2000 p. 899, DA 2000 n° 189 (note R. S.), RFDA 2001 p. 146 (concl. R. Schwartz), D. 2000 p. 747 (note G. Koubi), RRJ 2001-4 (II) p. 2107 (note G. Armand).

<sup>40</sup> CEDH 13 février 2003, *Refah Partisi*, cité in Sudre (F.) et autres, GACEDH, p. 439; CEDH; 04 décembre 2008, *Dogru c. France* (req. n° 27.058/05) et *Kervanci c. France* (req. n° 27.058/05).

<sup>41</sup> CEDH 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, AJDA 2001 p. 482 (note J.-F. Flauss).



secondaires, a, en quelque sorte, fait intervenir dans le dialogue un quatrième interlocuteur.

En effet, nonobstant la double obligation des enseignants de devoir scrupuleusement respecter la liberté des enseignés d'une part et, d'autre part, de devoir faire preuve de réserve dans l'exercice de leur mission, ils ont réussi, au nom de la défense de la neutralité du service public, à être implicitement mais finalement réellement, des interlocuteurs des deux pouvoirs et des usagers lors de ce débat sur la laïcité.

Ne sont-ce pas eux, avec le renfort des syndicats de la fonction publique, qui ont déclenché les hostilités contre le foulard islamique. A force d'exclusion disciplinaires et d'esclandres médiatiques, ils ont «diabolisé» ce signe religieux, stigmatisé les enseignés les portant, au risque, parfois réalisé, de renforcer voire de buter ces derniers à ne plus vouloir les enlever.

N'est-il pas à cet égard intéressant de relever la surreprésentation des agents publics, et plus particulièrement des enseignants de l'Education nationale et de ses représentants parmi les auditionnés officiels et officieux de la Commission Stasi?

Qu'on le veuille ou non, les enseignants ne sont plus, et sont d'ailleurs de moins en moins, au sein de l'Education nationale, des agents publics «passifs»; ils sont devenus des acteurs avec lesquels il faut impérativement compter.

De plus, ne serait-il donc pas temps de s'avouer que la laïcité ne donne plus lieu à un débat à quatre mais véritablement à un débat à trois? En effet, le pouvoir spirituel n'est plus, depuis la loi de 1905, un véritable acteur de la neutralité; il est en quelque sorte «hors jeu» ou, du moins, se comporte comme tel!

*«Pour l'Etat occidental, tout se passe comme si Dieu était mort. Or l'Islam fait constamment appel à Dieu et rattache tout à la religion (...) c'est une gloire de se référer à Dieu; c'est une honte de vouloir s'en passer»* <sup>42</sup>.

Certes, le foulard islamique vise dans l'absolu à abaisser la femme; ce qui est, à tous égards, une pratique indéfendable.

Mais, ne convient-il pas de faire une différence entre «l'abominable foulard» imposé en Iran à Chahdortt Djavann<sup>43</sup> et le foulard porté en Occident parfois plus comme un symbole de positionnement ethno-religieux dans une société majoritairement judéo-

<sup>42</sup> DELCAMBRE (A.-M.), *L'Islam*, La Découverte, Collection «Repères», 1990, p. 84.

<sup>43</sup> DJAVANN (Ch.), *Bas les voiles*, Gallimard, 2003.



chrétienne, fortement obnubilée par une intégration, dont elle parle plus qu'elle ne réalise?

Ceci étant, la place nouvelle des enseignants dans le débat sur la laïcité est une étape importante dans la prise en compte, à côté de la liberté de conscience des enseignés, de celle des enseignants, qui sont ainsi «silencieusement» sortis de leur devoir de réserve.

En somme, la laïcité donne lieu à un débat non plus à deux mais à trois sachant qu'un acteur originel n'en est plus un, le Pouvoir spirituel, et que deux autres sont émergents. Ce sont l'usager et l'agent du service public, et ce, grâce, pour le premier, au droit international puis national des droits de l'homme, et pour le second, à son activisme politico-social.

Evoquons à présent le cas très particulier des enseignants de l'enseignement privé, dont le statut est aujourd'hui totalement aligné sur celui de ceux du public, mais dont le régime juridique de leur liberté de conscience est des plus ambigu.

#### **6.b. Le caractère propre des établissements privés sous contrats**

Il est intéressant de faire le parallèle entre la position des enseignants du public avec la situation juridique des enseignants des établissements confessionnels sous contrat (simple ou d'association)<sup>44</sup>.

La consécration, par la loi Debré du 31 décembre 1959, du caractère propre de tels établissements privés, malgré la neutralité du service public de l'Éducation nationale, auquel ils sont associés, leur permet, - c'est-à-dire tant à leur personnel de direction qu'à leurs enseignants -, de défendre leurs valeurs morales voire religieuses à l'occasion de leur action d'administration de l'établissement ou pédagogique.

Ainsi, l'enseignant privé, - bien que parfois principalement voire totalement payé par l'État et dont le statut a récemment grandement évolué au profit d'une forte intégration dans la fonction publique d'État<sup>45</sup> - peut et même doit avoir une attitude pédagogique visant à valoriser la spécificité éducative de son établissement.

<sup>44</sup> SAVATIER (J.), «Le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association», *Mélanges B. Jeanneau, Dalloz*, 2002, p. 523-537.

<sup>45</sup> Loi n° 2005-5 du 06 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat. Voir: TAILLEFAIT (A.), *Le statut des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat après la loi Censi: une «publicisation» achevée?*, AJFP, 2005, n° 4, p. 178-184; TOULEMONDE (B.), *Les maîtres des établissements d'enseignement privés entre droit public et droit privé: une hybridation législative*, AJDA, 2005, n° 9, p. 478-485.



Ainsi, est-il amené voire sollicité, au nom de la défense du caractère propre de l'établissement, à promouvoir les valeurs confessionnelles de ce dernier, tout en devant éviter de porter atteinte à la liberté de conscience des enseignés et respecter la neutralité des enseignements (au regard du respect dû aux programmes nationaux d'enseignement)<sup>46</sup>.

Ainsi, à l'obligation de neutralité des enseignants publics, à leur abstention d'exprimer leurs convictions profondes, particulièrement d'ordre religieux, répond la possibilité d'exprimer son adhésion aux valeurs de l'établissement d'enseignement privé pour tout enseignant y exerçant<sup>47</sup>.

Dès lors, autant l'extériorisation de ses croyances religieuses est fermement interdite aux agents publics, spécifiquement aux enseignants, autant elle peut être tolérée au bénéfice de ceux du privé, particulièrement si elle est en rapport étroit avec le «caractère propre» de l'établissement dans lequel ils enseignent.

A cet égard, il convient de relever une autre ambiguïté découlant de la loi de 1959 en ce qu'elle associe la notion de «caractère propre» à celle d'«établissement» et non à celle de l'«enseignement».

Toutefois, ne soyons pas dupes; le caractère propre d'un établissement c'est l'atmosphère ou la pédagogie de ce dernier visant à promouvoir une certaine «*conception de l'homme et du monde*»<sup>48</sup>.

«*En conséquence, la notion de caractère propre dans son essence même ainsi que ses limites tend à permettre aux parents attachés au caractère confessionnel des établissements où ils mettent leurs enfants, à pouvoir bénéficier d'un 'droit à la différence en matière d'enseignement'*»<sup>49</sup>.

Toutefois, la position de l'enseignant d'un établissement d'enseignement privé sous contrat est fort délicate dans la mesure où il peut se voir inciter par le directeur de l'établissement à promouvoir dans son enseignement son attachement au caractère propre de l'établissement; de même qu'il peut, sans que l'on lui demande, souhaiter l'exprimer de manière spontanée et autonome, ou encore, que

<sup>46</sup> CC 18 janvier 1985, n° 84-185 DC, *Rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Rec. 36 (11<sup>e</sup> considérant).

<sup>47</sup> MARCOU (G.), *La liberté de l'enseignement et la liberté des enseignants*, RDP, 1980, p. 35-82.

<sup>48</sup> RIVERO (J.), Note sous CC 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, *Liberté d'enseignement*, AJDA, 1978, p. 567.

<sup>49</sup> GUÉRARD (S.), *Le devoir de réserve des enseignants des établissements confessionnels sous contrat*, Mémoire DEA Droit public interne, Paris II, 1990, p. 26.



son souhait corresponde au projet éducatif porté par la communauté éducative (direction, enseignants et parents d'élèves) de l'établissement.

Mais, en même temps, et particulièrement à l'égard des enseignés ayant choisi cet établissement privé plus pour la qualité, réelle ou supposée, de l'enseignement et non pour sa spécificité confessionnelle, il se doit de faire preuve de retenue, voire de réserve, dans l'expression de ses convictions religieuses, spécialement en termes d'objectivité scientifique<sup>50</sup>.

En somme, il y a fort à parier que, pour un grand nombre d'enseignants du privé, cette double contrainte juridique soit à l'origine d'une véritable schizophrénie juridique!

Ce qui rend donc la tâche de tels enseignants aussi malaisée d'exercice qu'ambiguë en termes de définition.

Puisque, tout en pouvant affirmer leur identité religieuse, ils se doivent malgré tout de ne pas violer la conscience des élèves. Ils peuvent montrer mais ne pas choquer. Toutefois, montrer peut suffire à choquer<sup>51</sup>!

\*

\* \*

La liberté de conscience en milieu scolaire va sûrement encore connaître quelques évènements dans les années à venir dans la mesure où, pour plagier Malraux, il apparaît de plus en plus que le XXI<sup>e</sup> siècle tend à redevenir «religieux».

D'autant que, comme l'écrit si bien notre collègue, Arnaud Hacquet, «(la liberté de conscience)

*reste un obstacle permanent au projet laïque de société - ce dont finalement et dans une certaine mesure, il convient de se féliciter parce qu'elle oblige la communauté éducative à se justifier et à faire preuve de tolérance»<sup>52</sup>.*

A cet égard, il conviendra dans un avenir proche, à défaut naturellement de faire du prosélytisme religieux, d'insérer dans les programmes scolaires un «vrai» enseignement objectif et à dimension exclusivement culturelle du fait religieux<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> **FLAUSS** (J.-F.), Note sous CC 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, *Liberté d'enseignement*, GP, 11-13 juin 1978, p. 293.

<sup>51</sup> **DIEU** (F.), *L'école sanctuaire laïque*, RDP, 2009, n° 3, p. 701.

<sup>52</sup> **HAQUET** (A.), *L'enseignement privé musulman dans une République laïque*, RFDA, 2009, p. 523.

<sup>53</sup> **DEBRAY** (R.), *L'enseignement du fait religieux à l'école*, O. Jacob, 2002. Voir aussi: **MEHDI** (R.), *L'Union européenne et le fait religieux*, RFDC, 2003, n° 54, p. 227-248.



Reste, toutefois, à résoudre des questions pourtant essentielles: «que doit contenir cet enseignement?», «comment doit-il être dispensé?», et incidemment, «par qui?».