

## **CE, 2 nov. 1992, Kherouaa (retour sur la laïcité scolaire)**

Stéphanie Hennette Vauchez, Université Paris Nanterre

In Jaques Caillosse, Jacques Chevallier, Danièle Lochak, Thomas Perroud dir., *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019

« ...le principe de la laïcité de l'enseignement public qui résulte notamment des dispositions précitées et qui est l'un des éléments de la laïcité de l'Etat et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves ; qu'il interdit conformément aux principes rappelés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves ; que la liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité ; que, dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ».

L'arrêt *Kherouaa* rendu, le 2 novembre 1992, est le premier arrêt consécutif à l'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989<sup>1</sup> qui entendait préciser le cadre applicable aux polémiques liées à la présence du voile islamique en milieu scolaire. Il se situe dans la parfaite continuité du célèbre avis ; ses considérants de principe le reprennent parfois mot à mot. L'arrêt *Kherouaa* marque l'aboutissement d'un recours formé par quatre familles, d'une part contre le règlement intérieur du collège Jean Jaurès de Montfermeil en tant qu'il contenait une disposition interdisant « le port du voile islamique »<sup>2</sup> au collège et d'autre part, contre les décisions d'exclusion définitive dont trois jeunes filles de ces familles avaient fait l'objet en application des dispositions contestées<sup>3</sup>. Le considérant de principe de l'arrêt *Kherouaa*, très proche des termes de l'avis de 1989, est bien connu. Il affirme notamment le droit des élèves à exprimer et manifester leurs convictions religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, au motif que le port de signes d'appartenance religieuse n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité. Il précise également que ce droit des élèves n'est pas absolu : il doit s'exercer dans les limites du respect de diverses composantes

---

<sup>1</sup> Avis rendu par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 27 nov. 1989, n°346.893.

<sup>2</sup> Suite au recours formé par les requérants, le conseil d'administration du collège adopte un nouvel article 13 du règlement, qui dispose alors : « le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique ».

<sup>3</sup> CE, 2 nov. 1992, *M. Kherouaa et Mme Kachour, M. Balo et Mme Kizic* ; concl. David Kessler, *RFDA*, 1993, p. 112.

de l'ordre public scolaire. Appliqué au cas d'espèce, ce cadre jurisprudentiel a conduit le Conseil d'Etat à annuler les dispositions incriminées du règlement intérieur du collège instaurant une interdiction générale et absolue et donc, par suite, à annuler les décisions d'exclusion dont les jeunes filles avaient fait l'objet.

Ce qui rend l'arrêt *Kherouaa* remarquable (et justifie son inclusion dans le présent ouvrage) c'est qu'il constitue *la* parole normative de principe de ce qui a pu être analysé comme la « première séquence » de l'« affaire du voile »<sup>4</sup> -dont on sait combien l'émergence, à partir de 1989, marque un tournant dans l'histoire de la laïcité française<sup>5</sup>. Il y a bien sûr un « avant » l'arrêt *Kherouaa* ; la présente contribution en rappellera de nombreux aspects. Mais il y a surtout un après qui est fort chaotique : malgré la clarté et l'apparente simplicité de l'arrêt lu le 2 novembre 1992, le cœur du principe qu'il affirme (le droit des élèves à porter des signes religieux à l'école) de même que les contours des exceptions qu'il y dessine (les troubles à l'ordre scolaire) n'ont cessé d'être débattus, contestés, et finalement remis en cause. Qu'on en juge : non seulement la loi du 15 mars 2004 a renversé le principe<sup>6</sup>, mais encore ce texte fait aujourd'hui l'objet d'interprétations extensives, tant de la part des autorités administratives que du juge, de sorte que, d'une part, des élèves sont aujourd'hui régulièrement exclu(e)s pour le port de signes qui ne sont pas, en tant que tels, religieux (jupes trop longues, couvre-chefs en tous genres : bandanas, bonnets de laine...) et que, d'autre part, d'autres publics d'utilisateurs tendent à être attirés dans le champ d'application du principe de neutralité qui semble gouverner désormais l'espace scolaire (parents accompagnateurs de sorties scolaires, stagiaires GRETA<sup>7</sup>...). En d'autres termes, l'affirmation centrale de l'arrêt *Kherouaa*, au terme de laquelle le port du foulard (ou d'autres signes d'appartenance religieuse) n'est pas, par lui-même, incompatible avec le principe de laïcité, a vécu : c'est bien au nom de la laïcité que la loi de 2004 a, au contraire, érigé l'interdiction en principe. En ce sens, la loi de 2004 peut bien être lue comme le pivot d'une redéfinition du principe de laïcité qu'elle rend opposable non plus seulement aux autorités publiques mais aussi aux personnes privées -ici, les usagers du service public que sont les écoliers, collégiens et lycéens de l'enseignement public.

Il est naturellement impossible de rendre compte ici de l'ensemble des acteurs, des argumentations, mobilisations et « coups » dont est faite cette redéfinition du principe juridique de laïcité ; mais porter le regard sur la réception (notamment, doctrinale) de l'arrêt *Kherouaa* à la logique profonde duquel la loi de 2004 entend précisément faire pièce, permet déjà de voir bien des choses. De manière frappante en effet, il existe une réelle ambivalence doctrinale sur l'interprétation de cet arrêt, qui est lu tantôt comme une rupture, tantôt comme une continuité avec l'état antérieur du droit<sup>8</sup>.

D'éminent auteurs avaient d'abord estimé, à propos de l'avis de 1989, qu'il avait constitué la seule réponse possible à la question alors posée par le ministre de l'éducation

---

<sup>4</sup> Claire de Galember, « Cause du voile et lutte pour la parole musulmane légitime », *Sociétés Contemporaines*, 2009, n°74, p. 19.

<sup>5</sup> Valérie Amiraux, « L'« affaire du foulard » en France : retour sur une affaire qui n'en est pas encore une », *Sociologie et sociétés*, vol. 41, n° 2, p. 273-298.

<sup>6</sup> Désormais, « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ».

<sup>7</sup> Sur l'ensemble de ces évolutions et leur analyse, on se permet de renvoyer à Stéphanie Hennette Vauchez, « Les frontières de la laïcité : la conquête de l'Ouest », *Revue de droit des religions*, 2017, n°4.

<sup>8</sup> V. semblablement, à propos de l'avis de 1989 : Jean Barthélémy, « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de la laïcité », *La Revue administrative*, 1999, p. 39 : « la doctrine [étant] partagée quant au point de savoir si cet avis constitue une innovation ou l'expression d'une continuité ».

nationale Lionel Jospin (« la réponse ne pouvait être différente », écrit notamment Jean Rivero<sup>9</sup>). Cette lecture de l'avis de 1989 - et par suite, de l'arrêt Kherouaa - insiste sur sa parfaite cohérence et compatibilité avec plus d'un demi-siècle de jurisprudence dite libérale du Conseil d'Etat<sup>10</sup> -laquelle est souvent décrite comme fidèle à l'exhortation d'Aristide Briand au moment du vote de la loi du 9 décembre 1905<sup>11</sup>. La laïcité telle qu'interprétée jusque-là par le juge administratif, c'est un principe qui emporte certes une obligation de neutralité religieuse pour le service public et ses agents, mais *pas* pour les usagers -puisque précisément, « les obligations des premiers [doivent] asseoir la liberté des seconds »<sup>12</sup>. En ce sens, la solution de l'arrêt Kherouaa est « des plus classiques »<sup>13</sup> ; elle appliquerait à la question du port de signes religieux à l'école le cadre analytique posé, soixante ans auparavant, par l'arrêt Benjamin.

Mais on trouve également des lectures non-continuistes de l'arrêt Kherouaa. Le commissaire de gouvernement David Kessler, concluant sur cette affaire, concédait d'ailleurs que la solution qu'il proposait constituait un « renversement de perspective »<sup>14</sup>. Pour certains, l'affirmation nette (déjà présente dans l'avis de 1989) d'une liberté des élèves à exprimer leurs croyances religieuses au sein de l'école constitue en effet une nouveauté : c'est une « modification de l'état de droit antérieur »<sup>15</sup> voire, « une conception nouvelle de la liberté religieuse »<sup>16</sup>. Les membres du Conseil d'Etat alors en charge de la chronique de jurisprudence à l'Actualité Juridique Droit Administratif soulignent même qu'une tout autre interprétation, plus « stricte » de la laïcité, aurait été possible, qui aurait pu mener à faire « obligation aux usagers de respecter strictement la neutralité du service par la non-manifestation de leurs opinions dès lors que les conditions d'un libre accès au culte étaient assurées »<sup>17</sup>. Même parmi ceux qui considèrent que « dès l'origine une telle liberté a été

---

<sup>9</sup> Jean Rivero, « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse. L'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989 », *RFDA*, 1990, p. 1.

<sup>10</sup> Philippe Portier, *L'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Presses universitaires de Rennes, 2016, spéc. p. 181s, qui examine la jurisprudence relative à : la fermeture des lieux de culte, les règles gouvernant l'accès auxdits lieux (horaires, organisation d'événements), aux manifestations extérieures du culte (processions, sonnerie des offices...). Ainsi, la jurisprudence du Conseil d'Etat est fréquemment présentée comme ayant « adouci la rupture » de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat, fût-ce au prix d'une multiplicité de « petites astuces » : v. J. Barthélémy, « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de la laïcité », *op. cit.*, p. 39-40.

<sup>11</sup> « Toutes les fois que l'intérêt de l'ordre public pourra être légitimement invoqué dans le silence des textes ou le doute de leur exacte application, c'est la solution libérale qui sera la plus conforme à la pensée du législateur ».

<sup>12</sup> Rémy Schwartz, Christine Maugüé, « Principe de laïcité et port de signes religieux dans les locaux scolaires », *AJDA*, 1992, p. 790.

<sup>13</sup> Claude Durand Prinborgne, « Le port de signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée..., une jurisprudence contestée », *RFDA*, 1997, p. 151.

<sup>14</sup> David Kessler, *RFDA*, 1993, p. 112.

<sup>15</sup> Cl. Durand Prinborgne, « Le port de signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée..., une jurisprudence contestée », *RFDA*, 1997, p. 151.

<sup>16</sup> Geneviève Koubi, « Les conditions de l'expression des croyances religieuses par les élèves dans les établissements d'enseignement scolaire », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 108. V. aussi J. Rivero, « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse. L'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989 », *op. cit.*, qui évoque, à propos du « droit reconnu aux élèves d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires », une « conséquence nouvelle ».

<sup>17</sup> R. Schwartz, C. Maugüé, « Principe de laïcité et port de signes religieux dans les locaux scolaires », *op. cit.*

reconnue par notre propre droit »<sup>18</sup>, on souligne qu'elle n'avait pas été formulée « avec cette netteté »<sup>19</sup>.

S'attachant à reconstituer une sorte de généalogie de la réception de l'arrêt Kherouaa, on s'efforce ainsi d'en désagréger la proposition centrale (« la liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires »), pour examiner quels en sont les aspects innovants, et lesquels ne sont, au contraire, que la confirmation ou le développement linéaire de solutions acquises. On se convainc alors que ce qui pose problème dans la manière dont il affirme le droit des élèves à porter des signes d'appartenance religieuse tient en fait davantage au principe même d'un *droit* des élèves qu'à celui du statut et de la place de signes religieux à l'école : relire l'arrêt Kherouaa, avec 25 ans de recul au cours desquels les débats sur la laïcité n'ont fait, semble-t-il, que s'envenimer, permet alors que suggérer ce n'est paradoxalement peut-être pas tant sur l'interprétation qu'il véhicule de ce principe-là que l'arrêt révolutionne ou altère les équilibres antérieurs, qu'en tant qu'il affirme un droit des élèves.

### ***I. La question des signes religieux***

L'école républicaine est laïque, assurément ; même, l'école est le premier des espaces laïcs de la République. Elle en a constitué, à maints égards, le laboratoire qui ne fut généralisé qu'ensuite<sup>20</sup> ; c'est « l'institution rectrice »<sup>21</sup>. De manière notable, la loi du 30 octobre 1886 relative à l'organisation de l'enseignement primaire dispose avec force que « dans les écoles publiques de tout ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque » -solution qui sera ensuite jurisprudentiellement étendue à l'enseignement secondaire<sup>22</sup>. Il serait toutefois simplificateur de lire l'école républicaine comme d'emblée soumise à une aseptisation du religieux.

D'abord, parce que la question des emblèmes religieux a été gérée avec « tempérament » et souplesse. La circulaire du 9 avril 1903 en traite en son point III ; elle pose certes le principe selon lequel « les emblèmes religieux, de quelque nature qu'ils soient (crucifix, images, statues) ne doivent pas figurer dans les locaux scolaires ». Mais demeure la philosophie d'une circulaire antérieure, prise par Ferdinand Buisson en date du 2 novembre 1882, où l'on lit : « il n'y a qu'une manière de bien appliquer la loi scolaire, c'est de l'appliquer dans l'esprit même où elle a été votée... non comme une loi de combat dont il violemment enlever le succès, mais comme une de ces grandes lois organiques qui sont destinées à vivre avec le pays, à entrer dans ses mœurs, à faire partie de son patrimoine ». « Si donc il a été constamment recommandé aux préfets de veiller à ce qu'aucun emblème religieux ne fût introduit dans les bâtiments neufs et dans ceux où des appropriations nouvelles nécessitent un remaniement des locaux ou le changement de matériel de classe, il leur a été prescrit d'autre part de ne procéder à l'enlèvement desdits emblèmes dans les écoles anciennes qu'avec toute la prudence et le respect désirables, là où on ne risquait pas

---

<sup>18</sup> D. Kessler, *RFDA*, 1993, p. 112 ; dans le même ordre d'idées, tandis que Jean Rivero parle d'une « conséquence nouvelle », il affirme que l'avis de 1989 n'aurait pu être autre.

<sup>19</sup> Michel Combarrous, « L'enfant, l'école et la religion », *La Revue Administrative*, 1999, p. 75.

<sup>20</sup> Vincent Duclert, *La République, ses valeurs, son école, Corpus historique, philosophique et juridique*, Folio 2015, préf. M. Ozouf et N. Valaud Belkacem.

<sup>21</sup> Ph. Portier, *L'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, op. cit. p. 193.

<sup>22</sup> CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, n° 46027 ; cette extension n'est plus en vigueur : v. CE, avis, 21 sept. 1972, la neutralité n'est pas en elle-même un obstacle à ce que des fonctions de service public soient confiées à des membres du clergé.

de choquer ouvertement le sentiment des populations, et en ayant soin de profiter des époques réglementaires des vacances, afin d'éviter toute agitation et tout scandale »<sup>23</sup>. De sorte qu'au moment où fut votée la loi du 9 décembre 1905 de séparation entre les Eglises et l'Etat, les symboles religieux étaient encore en place en de nombreux endroits<sup>24</sup> -et que, bien au-delà, et en dépit d'un relatif durcissement des instructions ministérielles sur ce point<sup>25</sup>, le retrait des crucifix des murs des écoles prit encore du temps<sup>26</sup> et fut ponctué de nombreuses péripéties<sup>27</sup>.

Ensuite parce que, en ce qui concerne les personnels, le juge a toujours veillé à préserver leur liberté de conscience et de religion en dépit de l'obligation de neutralité dans le service à laquelle ils sont soumis<sup>28</sup>. Cherchant précisément à cantonner cette obligation de service, le juge n'a ainsi jamais exprimé « une conception maximaliste de la neutralité scolaire »<sup>29</sup>. De nombreux arrêts jugent ainsi illégales des décisions prises par diverses autorités administratives en considération des engagements religieux privés de nombre d'intervenants scolaires (enseignants, assistants sociaux...), ou encore de leur formation ou de leurs fréquentations confessionnelles, construisant ainsi l'intégrité de leur droit individuel à la liberté religieuse<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Olivier Loubes, « L'interdiction des propagandes politique et confessionnelle dans les établissements scolaires. Deux circulaires de Jean Zay en 1936 et 1937 », *Vingtième siècle*, 2004/1, n°81, p. 131, p. 134.

<sup>24</sup> Pour le dire avec Philippe Portier : « De facto, les signes religieux se maintiennent en l'absence de contentieux : certaines municipalités en Bretagne ou dans les Pays de Loire abritent encore des crucifix dans les locaux dont elles sont propriétaires » : *L'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, op. cit., p. 185.

<sup>25</sup> Circulaire d'Aristide Briand du 15 septembre 1906 : « Je vous rappelle cependant qu'il n'est pas possible d'admettre que la neutralité de l'école, inscrite dans la loi, ne soit pas entièrement respectée /.../ Vous m'indiquerez /.../ les mesures que vous avez prises pendant les vacances ou que vous comptez prendre avant l'ouverture des classes pour faire procéder à l'enlèvement des emblèmes religieux dans les écoles où il s'en trouverait encore ».

<sup>26</sup> Les crucifix présents dans les écoles publiques ne furent retirés que progressivement, et discrètement (pendant les vacances scolaires) afin, selon Jean Baubérot, « de ne pas froisser la conscience » : J. Baubérot, *Histoire de la laïcité française*, PUF, 2000.

<sup>27</sup> Jacqueline Lalouette, « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prisons », *Mots*, 1991, n°27, p. 23, pp. 32-33 : « Certains [instituteurs] se trouvèrent dans des situations très difficiles ; l'instituteur de Grandfontaine (Doubs), au matin du 8 octobre 1906, trouva la porte de son logement maculée d'ordures et il dut essuyer quatre charivaris les 8, 21 et 25 octobre et le 11 novembre. Celui de Vernierfontaine (Doubs), dans une lettre au sous-préfet de Baume-les-Dames, s'estimait « placé au milieu d'une population à demi civilisée dont les actes de sauvagerie sont connus de l'administration » ; à deux reprises il avait enlevé les emblèmes religieux et à deux reprises il avait vu sa classe envahie par des hommes « des plus décidés » venus les replacer. Aussi, quelques instituteurs choisirent de se réfugier derrière des impossibilités qui prêtent à sourire (« le crucifix de l'école de Villedieu-Vercel est placé très haut ; malgré cela j'ai monté sur une chaise pour le déplacer, mais je suis un peu court et j'ai rencontré de la résistance alors je l'ai laissé malgré ma bonne volonté d'obtempérer à vos ordres »).

<sup>28</sup> Les arrêts de référence sont : CE, 3 mai 1950, *Jamet*, n° 98284 (illégalité du refus d'inscription de la requérante sur la liste des personnes admissibles aux fonctions d'institutrice, motif pris de sa fréquentation, à ses heures de loisir, d'un groupement à caractère confessionnel et affirmation du « devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public » ; et CE, avis, 3 mai 2000, *Dlle Marteaux*, n° 217017 (« e 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 »).

<sup>29</sup> Michel Bernard, « La paix religieuse », *La Revue administrative*, 1999, n°spécial, p. 54.

<sup>30</sup> CE, 28 avril 1938, *Dlle Weiss* : est illégal le refus de titularisation d'une institutrice stagiaire qui avait invité, par lettre privée, une collègue à une conférence religieuse pendant les vacances ; CE, 25 juil. 1939, *Dlle Beis*, Rec. p. 524 : est illégale la décision d'écartier la candidature de la requérante à un emploi d'institutrice

Enfin, parce que, comme l'exprime clairement la circulaire aux instituteurs de Jules Ferry du 27 novembre 1883<sup>31</sup>, l'école républicaine a formulé son projet dans le respect des croyances des familles -et donc, des élèves. Il suffit d'en relire quelques extraits :

« Vous êtes l'auxiliaire et, à certains égards, le suppléant du père de famille : parlez donc à son enfant comme vous voudriez que l'on parlât au vôtre ; avec force et autorité, toutes les fois qu'il s'agit d'une vérité incontestée, d'un précepte de la morale commune ; avec la plus grande réserve, dès que vous risquez d'effleurer un sentiment religieux dont vous n'êtes pas juge (...) Au moment de proposer aux 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. Demandez-vous si un père de famille, je dis un seul, présent à votre classe et vous écoutant, pourrait de bonne foi refuser son assentiment à ce qu'il vous entendrait dire. Si oui, abstenez-vous de le dire ; sinon, parlez hardiment : car ce que vous allez communiquer à l'enfant, ce n'est pas votre propre sagesse ; c'est la sagesse du genre humain, c'est une de ces idées d'ordre universel que plusieurs siècles de civilisation ont fait entrer dans le patrimoine de l'humanité. Si étroit que vous semble peut-être un cercle d'action ainsi tracé, faites-vous un devoir d'honneur de n'en jamais sortir, restez en deçà de cette limite plutôt que vous exposer à la franchir : vous ne toucherez jamais avec trop de scrupule à cette chose délicate et sacrée, qui est la conscience de l'enfant ».

Des développements législatifs ultérieurs confirment que le régime de laïcité, même en milieu scolaire, n'est pas synonyme d'aseptisation ou d'intolérance vis-à-vis de la religion. La religion doit être tolérée à l'école, dès lors qu'elle s'y insère selon les modalités prévues par le droit. Ainsi, si la loi Debré du 31 décembre 1959 concerne avant tout les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé (auxquels elle permet la reconnaissance d'un « caractère propre » leur permettant de dispenser des enseignements religieux), elle affirme dans son article 1<sup>er</sup> que « l'Etat prend toutes les dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse ». Concrètement, et aujourd'hui encore, ceci résulte en ce que dans les établissements publics d'enseignement ne recevant pas d'internes et non encore pourvus d'un service d'aumônerie, les parents d'élèves peuvent faire la demande d'enseignement religieux ; la décision est prise par le recteur<sup>32</sup>.

Est-ce à dire que les élèves se voyaient reconnaître, avant l'arrêt Kherouaa, le droit d'exprimer leurs croyances religieuses à l'école ? Les choses ne sont pas si simples ; plus exactement, elles demeurent essentiellement implicites. L'histoire du droit de l'éducation fournit des exemples de décisions d'expulsion d'élèves portant des signes religieux ; mais il semble qu'ils remontent, pour l'essentiel, à des périodes de conflit, précisément, autour de la mise en place d'un régime de laïcité et de contre-mobilisation violente de milieux et groupes catholiques exprimant leur opposition à la loi de 1905 avec véhémence<sup>33</sup>. Ce qui semble clair, c'est que le principe de laïcité ne génère pas d'obligations de neutralité vis-à-vis des *usagers* du service public ; d'éventuelles mesures ou sanctions prises contre des élèves

---

suppléante au seul motif qu'elle avait poursuivi ses études dans des établissements d'enseignement confessionnels ; CE, 8 déc. 1949, *Dlle Pasteau* : est illégal le licenciement d'une assistante sociale fondé uniquement sur ses croyances religieuses.

<sup>31</sup> La lettre aux instituteurs de Jules Ferry a été republiée in *Pouvoirs*, 1995, n°75, p. 109.

<sup>32</sup> Article R. 141-4 du Code de l'Education. Antérieurement, v. CE 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles* ; CE, 1<sup>er</sup> avril 1949, *Chaveneau et autres* : l'aménagement d'une aumônerie peut être une obligation pour l'école si elle est nécessaire au libre exercice du culte par les élèves.

<sup>33</sup> V. quelques exemples rapportés par J. Lalouette, « Expulser Dieu », *op. cit.*, p. 37.

au motif du port de signes d'appartenance religieuse doivent en ce sens probablement être expliquées par des considérations classiques de troubles à l'ordre public. On s'autorise de cette proposition interprétative en prenant appui sur l'économie générale du régime applicable aux signes et emblèmes religieux à l'école tel qu'il se noue dans le projet républicain de la laïcité à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle : les principes sont affirmés avec netteté et autorité (en l'occurrence ici, la laïcité de l'école républicaine), mais leur application n'exclut ni explicitement ni implicitement le tempérament et la marge de manœuvre.

Il importe sur ce point de faire pièce à certaines revisitations des circulaires prises par Jean Zay, alors ministre de l'Education nationale, en 1936 et 1937 : ces textes du 31 décembre 1936 relativement à l'expression politique d'une part et du 15 mai 1937 relativement à l'expression religieuse d'autre part<sup>34</sup> sont en effet périodiquement référencés comme fondement à une interdiction de l'expression des convictions religieuses à l'école. Voilà bien en effet des textes qui semblent exclure toute marge de manœuvre. La première détaille de nouvelles formes de propagande politique (« ici, le tract politique se mêle aux fournitures scolaires. L'intérieur d'un buvard d'apparence inoffensive étale le programme d'un parti. Ailleurs, des recruteurs politiques en viennent à convoquer dans une 'permanence' un grand nombre d'enfants de toute origine scolaire pour leur remettre des papillons et des tracts à l'insu, bien entendu, de leurs parents et les envoyer ensuite les répandre parmi leurs condisciples ») et invite à la plus grande fermeté pour y mettre fin (« on devra poursuivre énergiquement la répression de toute tentative politique s'adressant aux élèves ou les employant comme instruments, qu'il s'agisse d'enrôlements directs ou de sollicitations aux abords des locaux scolaires (...). [Il faut] des sanctions sans indulgence. L'intérêt supérieur de la paix à l'intérieur de nos établissements d'enseignement passera avant tout autre considération »). La seconde, bien plus brève, se borne à aligner l'expression confessionnelle sur ce rigoureux régime applicable à l'expression politique à l'école (« Il va de soi que les mêmes prescriptions s'appliquent aux propagandes confessionnelles. L'enseignement public est laïc. Aucune forme de prosélytisme ne saurait être admise dans les établissements. Je vous demande d'y veiller avec une fermeté sans défaillance »)<sup>35</sup>.

Il est très intéressant de constater que c'est précisément à l'occasion de l'affaire Kherouaa -et de ses suites- que ces textes, largement circonstanciels et quasiment oubliés, ont été exhumés de la mémoire juridique nationale. Alors qu'ils soulignent que la solution choisie par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Kherouaa aurait pu être tout autre -et aurait notamment pu prendre la forme d'un assujettissement des usagers à une obligation de neutralité religieuse-, Christine Maugué et Rémy Schwartz évoquent justement la circulaire Zay. Ils la recontextualisent *a minima*<sup>36</sup> mais prétendent tout de même pouvoir y déceler « cette interprétation de la laïcité [qui] est restée dominante ». Reste à clarifier ce qui, dans

---

<sup>34</sup> Ces textes sont republiés à la fin de l'article de : O. Loubes, « L'interdiction des propagandes politique et confessionnelle dans les établissements scolaires. Deux circulaires de Jean Zay en 1936 et 1937 », *op. cit.*.

<sup>35</sup> Et encore : v. la circulaire Zay du 1<sup>er</sup> juillet 1936 sur les insignes politiques, où l'on lit : « l'ordre et la paix doivent être maintenus à l'intérieur des établissements scolaires », « mais en même temps vous veillerez à ce que les chefs d'établissement évitent les incidents et les éclats et que l'on procède, dans toute la mesure du possible, par la persuasion plutôt que par la contrainte ».

<sup>36</sup> « Cette mesure, justifiée par les circonstances du moment avait été prise au nom de l'ordre et de la paix et afin d'éviter les incidents et les éclats. Même si, postérieurement à 1968, les esprits et comportements ont profondément évolué, cette interprétation de la laïcité est restée dominante » (R Schwartz, C. Maugué, « Principe de laïcité et port de signes religieux dans les locaux scolaires », *op. cit.*).

la conception de la laïcité possiblement visée par la circulaire Zay, est censé être resté dominant : est-ce la ligne de grande fermeté et de rigueur qui émane des textes, ou l'interdiction du prosélytisme religieux dans les écoles ? La difficulté tient au fait que divers acteurs politiques ont précisément joué sur l'ambiguïté pour prétendre rattacher un durcissement de la laïcité à ces interventions de Jean Zay -manière de dire qu'une forme de laïcité de combat aurait toujours été « déjà-là » dans notre droit. Prenons ainsi l'exemple de Luc Ferry, ministre de l'Education nationale au moment de l'adoption de la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Il a ainsi plusieurs fois fait référence aux circulaires Zay, entendant établir un parallèle qui paraît contestable, sinon malhonnête, entre elles et le projet d'interdiction des signes religieux à l'école qu'il portait au nom du gouvernement. Car en effet, deux facteurs au moins supposent de bien distinguer ces textes des années 1930 et la redéfinition de la laïcité qui opère à la faveur de la loi de 2004.

D'une part, des éléments de contexte. En 1936-37, la situation politique est très tendue -et la violence politique n'est pas négligeable. Moins de trois ans auparavant, les grandes marches du 6 février 1934 ont montré la force des ligues fascistes dans le pays ; et l'arrivée au pouvoir du Front populaire s'accompagne d'une diffusion rapide de diverses formes d'ébullition sociale (grèves, occupations d'usines...). L'école n'est pas en reste, et la propagande s'y déploie, autant que bagarres et conflits et tout genre. C'est dans ce contexte très spécifique que les circulaires Zay sont prises et il paraît de ce point de vue spécieux de prétendre que l'opération qui consisterait à prendre inspiration sur ces textes d'une fermeté radicale pour répondre à un problème social qui, en dépit d'une dramatisation savamment orchestrée, demeure sans commune mesure avec les troubles politiques de la France des années 1930 est neutre ou légitime<sup>37</sup>. D'autre part, il faut souligner que si la première circulaire Zay fixe un cadre de « zéro tolérance » en matière de propagande politique, il serait erroné de dire que la seconde fait application de ce dernier à *toutes* les formes d'expression confessionnelle à l'école : elle ne vise, bien plus restrictivement, que le prosélytisme<sup>38</sup>. C'est lui et lui seul que la circulaire proscriit ; elle ne dit rien, par ailleurs, de l'expression paisible et passive du sentiment ou des croyances religieuses. De sorte que là encore, prétendre prendre appui sur les circulaires du ministre-martyre, héros de la République, pour légitimer une mesure d'interdiction que ses textes ne cautionnent

---

<sup>37</sup> Au moment de l'avis de 1989, les commentateurs s'accordent pour dire que le « problème du foulard » est marginal et sporadique : v. par ex. : J.-P. C., « Commentaire de l'avis du Conseil d'Etat », *AJDA*, 1990, p. 39, qui évoque des « incidents sporadiques » dans « quelques établissements scolaires », « sans d'ailleurs que l'ordre public ait été réellement menacé, ni que le nombre de ports du voile ait dépassé deux centaines sur quelques 300.000 musulmans scolarisés ». Le commissaire de gouvernement David Kessler maintient cette lecture dans ses conclusions sur l'arrêt Kherouaa : « à la rentrée 1989, quelques incidents ont éclaté dans des établissements secondaires, essentiellement des collèges » et « les feux de l'actualité se sont rapidement braqués sur un collège, celui de Creil dans l'Oise où le conflit entre trois jeunes filles d'un côté et un principal particulièrement décidé de l'autre prit très vite des allures de symbole » : *RFDA*, 1993, p. 112. V. encore, dans le même ordre d'idées : M. Guyomar, R. Schwartz, « Commentaire de l'avis du 27 novembre 1989 », in Y. Gaudemet et al., *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 3<sup>e</sup> ed., Dalloz, 2008, p. 201 : [à propos de l'affaire de Creil] « ce conflit très localisé attire rapidement l'attention des medias ».

<sup>38</sup> C'est donc en cela, mais en cela seulement, que l'économie générale des circulaires Zay en matière d'expression des convictions religieuses peut être lue comme pérennisée dans l'état postérieur du droit, qui, dès l'avis du Conseil d'Etat de 1989, fait du prosélytisme à l'école une limite stricte à l'expression des convictions religieuses.



d'aucune manière peut bien être lu comme relevant de l'instrumentalisation politique. Le buvard n'est pas le foulard<sup>39</sup>.

On le voit, le droit antérieur à la fin des années 1980 ne dit en fait pas grand-chose sur la question des signes religieux arborés par les élèves à l'école. On ne trouve pas de règle d'interdiction ; et la manière dont celles qui existent (relativement aux bâtiments ou aux enseignant-es) ont été mises en œuvre témoigne de ce que l'école républicaine ne s'est pas construite comme radicalement et absolument aseptisée : l'objectif d'acceptation du régime de laïcité l'a souvent emporté sur sa pureté. On ne trouve pas davantage de règle de reconnaissance explicite d'un droit des élèves à exprimer leurs croyances. Mais il est très intéressant de noter que, de ce point de vue, la nouveauté que représente l'arrêt *Kherouaa* n'est pas sans lien avec la modernisation du statut de l'élève, à qui l'on reconnaît désormais une pleine autonomie et, corrélativement, d'authentiques droits.

## **II. La question du statut de l'élève**

Il est très frappant de constater que ceux des commentaires doctrinaux qui soulignent, au lendemain de l'arrêt *Kherouaa*, le renouveau qu'il incarne, cherchent à le rattacher à un paradigme nouveau, rattaché tantôt au « vent de 1968 », tantôt à l'enrichissement du droit français par le droit international - et singulièrement, le droit international des droits de l'Homme<sup>40</sup>. Michel Combarrous met ainsi sur la piste de l'importance de la question du statut et des droits de l'élève dans l'émergence du « problème » du port des signes religieux à l'école (et, en fait, du foulard islamique) : il explique ainsi que la situation antérieure d'une rigoureuse discipline scolaire qui ne reconnaissait guère de liberté d'expression aux élèves « ne va pas résister à 1968 : tous les textes ultérieurs tendant à régir, y compris sur le plan des principes, la vie des établissements scolaires, vont mentionner à l'avenir un droit à l'information bien sûr mais aussi un droit d'expression de leurs sentiments et de leurs convictions par les élèves »<sup>41</sup>. En fait, le texte qui fait converger l'ensemble de ces facteurs socio-politiques d'évolution, c'est la loi du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation, qui affirme notamment et fortement en son article 10 que « dans les collèges et les lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression. L'exercice de ces libertés ne peut porter atteinte aux activités d'enseignement »<sup>42</sup>. Il est vrai que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 proclame à la fois le droit à l'éducation (art. 28) et la liberté d'expression (art. 13) des enfants, tout en véhiculant la figure d'un enfant-sujet de droit. Même si on peut lire dans les travaux parlementaires que « ce droit [à la libre expression] existait déjà dans les faits », son explicitation juridique est une rupture d'importance dans le

---

<sup>39</sup> On emprunte cette belle expression à O. Loubes, « L'interdiction des propagandes politique et confessionnelle dans les établissements scolaires. Deux circulaires de Jean Zay en 1936 et 1937 », *op. cit.*, p. 131.

<sup>40</sup> En ce sens : R. Schwartz, C. Maügué, « Principe de laïcité et port de signes religieux dans les locaux scolaires », *AJDA*, 1992, p. 790, pour qui les évolutions postérieures à 1968 d'une part et le droit international d'autre part sont allés dans le sens d'une interprétation plus souple d'une stricte neutralité du service. V. aussi, sur le rôle du droit international : Cl. Durand-Prinborgne, « Le port de signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée..., une jurisprudence contestée », *RFDA*, 1997, p. 151.

<sup>41</sup> M. Combarrous, « L'enfant, l'école, la religion », in *La Revue administrative*, 1999, n°spécial, p. 70.

<sup>42</sup> Art. L. 511-2 Code de l'Éducation.

statut de l'élève. La liberté d'expression est individuelle et collective (publications, affichage, radios...) ; ils jouissent également de la liberté d'association, de réunion<sup>43</sup>. L'ensemble de ces droits est présenté dans la loi comme un apprentissage de la citoyenneté<sup>44</sup>. On souhaiterait ici suggérer que c'est, bien davantage que la question spécifique du port de signes religieux à l'école, cette transformation du statut de l'élève, désormais titulaire explicite de droits franchement affirmés, qui joue un rôle non négligeable dans la réception de l'arrêt Kherouaa qui y voit un « renversement de perspective ».

Une telle hypothèse permet en premier lieu d'expliquer que cet arrêt fait sortir les mesures d'expulsion prises sur le fondement du règlement intérieur du collège de la catégorie des mesures d'ordre intérieur<sup>45</sup>. Or, quand bien même on se situe ici en amont du grand tournant des arrêts Marie et Hardouin<sup>46</sup>, c'est bien déjà au regard de l'impact sur l'élève des mesures en question que le Conseil d'Etat accepte de les contrôler. On lit ainsi dans les conclusions de David Kessler, invitant le Conseil à rompre avec la jurisprudence antérieure : « il nous semble d'ailleurs que vous vous êtes déjà largement engagé dans cette voie dès lors que vous avez progressivement accepté de considérer certaines décisions non pas comme des actes internes à l'établissement d'enseignement mais comme des actes ayant une incidence sur le statut de l'élève »<sup>47</sup>. Cette affirmation des droits de l'élève face à l'institution scolaire n'est assurément pas incarnée par le seul arrêt Kherouaa ; mais il enclenche une logique qui va bientôt prendre de l'importance. A preuve, les arrêts Koen<sup>48</sup> et Consistoire israélite<sup>49</sup>, rendus moins de trois ans plus tard, poursuivent la logique et affirment le droit des élèves à obtenir une autorisation d'absence pour motifs religieux<sup>50</sup>.

---

<sup>43</sup> V. pour les lycéens : Circulaire 2010-129 du 24 août 2010 Responsabilité et engagement des lycéens.

<sup>44</sup> Cl. Durand-Prinborgne, « Les droits et obligations des élèves du second degré », *AJDA*, 1991, p. 366.

<sup>45</sup> Auparavant, les décisions de renvoi des élèves étaient considérées comme des mesures d'ordre intérieur ; v. Antoine Louvaris, *Le principe de neutralité des services publics. Eléments pour une synthèse*, Thèse, Paris II, 1995, p. 425.

<sup>46</sup> CE, Ass., 17 fév. 1995, *Marie* ; CE, Ass., 17 fév. 1995, *Hardouin*.

<sup>47</sup> D. Kessler, *RFDA*, 1993, p. 112.

<sup>48</sup> CE, Ass., 14 avril 1995, *Koen* : certes, dans le cas d'espèce, la requête de l'élève est rejetée au motif que la dispense demandée (absence systématique le samedi) est incompatible avec la scolarité en classe de mathématiques supérieures. Il n'en reste pas moins qu'on lit dans l'arrêt que « les dispositions réglementaires précitées n'ont pas eu pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet d'interdire aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse dans le cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement ». Il faut encore souligner qu'un tel raisonnement aboutit bien plus nettement à l'affirmation d'un droit de l'élève que le raisonnement proposé par le commissaire de gouvernement qui suggérait que toute dispense systématique d'assiduité était incompatible avec l'accomplissement de la scolarité (v. Y. Aguila, conclusions sous le même arrêt). Pour une critique forte de ces arrêts : Geneviève Koubi, « L'obligation de respecter les horaires définis par l'emploi du temps de l'établissement d'enseignement secondaire et la liberté d'exercice d'un culte », *Rec. Dalloz*, 1995, p. 481.

<sup>49</sup> CE, Ass., 14 avril 1995, *Consistoire central israélite de France*, n°125148 : rejet du recours formé contre un décret de 1991 complétant le Décret du 20 août 1985 sur les obligations des élèves, au motif qu'il ne prévoyait pas de régime de dispense d'assiduité pour motifs religieux. Le Conseil d'Etat donne une interprétation neutralisante du décret en jugeant que le fait qu'il n'en prévoit pas ne fait pas obstacle à leur existence.

<sup>50</sup> V. en ce sens : M. Combarous, « L'enfant, l'école et la religion », *La Revue Administrative*, 1999, p. 75 : « on peut dire ici [plus exactement que dans l'affaire du foulard] que le Conseil d'Etat a fait triompher les exigences de la liberté religieuse sur les règles d'organisation du service public. En effet, ce n'est pas une simple possibilité de dérogation qui a été reconnue, mais un véritable droit fondé sur la liberté religieuse, droit à être dispensé d'une partie des obligations scolaires ».

Cette hypothèse permet en second lieu de saisir l'une des mutations qui s'enclenche assurément à la faveur de cet arrêt -et qui sera déterminante pour l'orientation générale du débat sur la laïcité qui s'en suivra : le renouvellement de la figure du « suspect de non-laïcité ». De nombreux travaux historiques ont en effet montré combien, notamment à l'école, le régime de laïcité s'était construit en défiance des *adultes* -et singulièrement de ceux qu'on appelait autrefois les maîtres, ie. les enseignant-es. D'où l'exclusion des ecclésiastiques des fonctions d'enseignement<sup>51</sup>, parmi d'autres mesures exprimant avec force cette dimension de « sanctuaire laïc »<sup>52</sup> que devait prendre l'école républicaine. Or, le débat contemporain atteste clairement que la crainte de menaces sur la laïcité n'a pas aujourd'hui disparu -loin de là. Elles sont même considérablement réactivées depuis l'éclatement de l'affaire du voile à Creil en 1989 -et l'avis du Conseil d'Etat qui s'en suivit et dont l'arrêt Kherouaa constitue précisément la première application jurisprudentielle. Simplement, ce ne sont plus « les maîtres », mais les « élèves » que l'on suspecte de troubler la laïcité scolaire : l'élève, désormais considéré comme un sujet de droits opposables au sein même de l'école, pose problème<sup>53</sup>.

On trouve de premiers indices de cette hypothèse analytique dans la manière dont la jurisprudence administrative intègre, progressivement mais de manière décisive sur le plan normatif, la question du comportement de l'élève, à son raisonnement sur l'appréciation de la légalité des sanctions prises pour méconnaissance de la laïcité. Dans l'arrêt Kherouaa, qui reprend encore sur ce point les dispositions de l'avis de 1989, il est clairement établi que si le port de signes religieux par les élèves n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, cette liberté ne saurait permettre des actes de pression ou de prosélytisme, qui pourraient résulter de signes qui « par leur nature [ou] *par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement [ou encore] par leur caractère ostentatoire ou revendicatif* » (souligné par nous). Par référence aux 'conditions dans lesquelles certains signes seraient portés', on comprend que le Conseil intègre potentiellement le comportement de l'élève à l'appréciation des faits. D'ailleurs, dans le sillage de l'arrêt Kherouaa, des sanctions seront parfois validées par le juge administratif, notamment lorsque le port d'un signe religieux à l'école, bien que n'entrant pas par lui-même en contradiction avec le principe de laïcité, devient facteur de trouble -que ce soit du fait du comportement de l'élève<sup>54</sup> ou d'autres (notamment, des parents, parfois pivots de protestations, mobilisations et médiatisation)<sup>55</sup>.

La loi du 15 mars 2004 aurait pu, de ce point de vue, marquer un cran d'arrêt à cette ligne jurisprudentielle. La lettre de la loi dispose que « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ». Ne pouvait-on pas considérer que c'étaient bien les signes qui se voyaient interdits -indépendamment des conditions dans

---

<sup>51</sup> CE, 1912, *Abbé Bouteyre*.

<sup>52</sup> Frédéric Dieu, « L'école, sanctuaire laïc », *Revue du droit public*, 2009, p. 685.

<sup>53</sup> V. sur cette analyse selon laquelle on passe « de la suspicion sur les adultes en général et les maîtres en particulier... à l'inquiétude concernant l'action et l'identité des élèves : ce sont eux désormais qui posent problème » : O. Loubes, « L'interdiction des propagandes politique et confessionnelle dans les établissements scolaires. Deux circulaires de Jean Zay en 1936 et 1937 », *op. cit.*

<sup>54</sup> CE, 27 nov. 1996, *M. et Mme Tlaouziti*, n°172685 : « il ressort des pièces du dossier que Mlle Tlaouziti a participé à des mouvements de protestation ayant gravement troublé le fonctionnement normal de l'établissement » ; ou encore : CE, 27 nov. 1996, *M et Mme Boutakrout, M et Mme Atout*, n°170210.

<sup>55</sup> CE, 10 mars 1995, *Aoukili*, n°159981 ; CE, 27 nov. 1996, *Ligue islamique du Nord*, n°170207.

lesquelles ils sont portés<sup>56</sup> ? La circulaire du 18 mai 2004 prise pour l'application de la loi allait d'ailleurs dans le sens d'une signification objectiviste du texte : ne faisant aucune mention du comportement de l'élève, elle présente la loi comme interdisant « les signes et tenues qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse », c'est à dire ceux « dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse ». Une telle formulation semble faire écho à l'expression employée de manière récurrente par le Conseil d'Etat relativement aux signes qui « en eux-mêmes » ne portent pas atteinte à la laïcité -et y répondre pour, précisément, faire pièce à l'interprétation du Palais Royal : il s'agit bien pour le législateur de considérer dorénavant que les signes religieux méconnaissent *en eux-mêmes* les exigences de laïcité. Même, la circulaire précise bien « qu'elle n'interdit pas les accessoires et les tenues qui sont portés communément par des élèves en dehors de toute signification religieuse »<sup>57</sup> -même si elle prévoit aussi de pouvoir faire tomber sous le coup de l'interdiction « d'éventuelles tentatives de contournement de la loi ». Or, on le sait, cette hypothèse d'une lecture objectiviste de l'interdiction législative fera long feu : bien au-delà des signes qui mèneraient à ce que les élèves soient « immédiatement reconnus » comme ayant une appartenance religieuse<sup>58</sup>, ce sont désormais toutes sortes de signes qui tombent valablement sous le coup de la loi : jupes longues<sup>59</sup>, bandanas<sup>60</sup>, bonnets de laine<sup>61</sup>... autant de signes par lesquelles des élèves ont pu souhaiter et croire se mettre en conformité avec la loi et qui, au prix d'une lecture subjectiviste qui ne s'imposait pas et associe l'intention ou le comportement de l'élève (mêlés dans la notion d'intransigeance qui revient de manière récurrente dans la jurisprudence) à l'évaluation globale de la situation, sont attirés dans le champ d'application de l'interdiction. Il faut prendre la mesure de l'importance d'un tel choix herméneutique. Il révèle en effet des éléments capitaux sur l'objectif réellement poursuivi : il ne s'agit plus en effet, dans ce nouveau régime de laïcité, de viser la stabilisation et le maintien d'un espace scolaire expurgé de signes religieux que, dans les termes mêmes employés par une directrice des affaires juridiques du ministère de l'éducation nationale, une « adhésion aux valeurs de la République »<sup>62</sup>. En d'autres termes, respecter les termes de la loi (pas de signes religieux à

---

<sup>56</sup> La même question se pose à propos de la burqa, interdite par la loi du 11 octobre 2011, dont l'article 1<sup>er</sup> dispose : « Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». Sauf à considérer que le verbe 'destiner' renvoie ici à la prise en compte d'une intention de la personne -mais quid, alors, des signes ne dissimulant pas le visage mais destinés à ce faire ? Et quid des signes dissimulant le visage mais n'étant pas *destinés* à ce faire ?

<sup>57</sup> De même, la circulaire établit clairement que « la loi ne concerne pas les parents d'élèves » ; on sait pourtant que la question demeure débattue : TA Montreuil, 22 nov. 2011, n°1012015 ; puis CE, étude du 19 déc. 2013 à la demande du Défenseur des Droits ; TA Nice, 9 juin 2015, n°1305386.

<sup>58</sup> Comme, par exemple, le keshi (sous-turban) sikh : CE, 5 déc. 2007, *M. Singh*, n°285394.

<sup>59</sup> CE, ord. ref., 19 mars 2013, n°366749 ; v. aussi, en 2015, une décision de renvoi fondée sur le port d'une jupe trop longue : [http://www.liberation.fr/societe/2015/04/28/une-jupe-pas-tres-laique-provoque-l-exclusion-d-une-collegienne\\_1274196](http://www.liberation.fr/societe/2015/04/28/une-jupe-pas-tres-laique-provoque-l-exclusion-d-une-collegienne_1274196)

<sup>60</sup> CE, 5 déc. 2007, *M. et Mme A.*, n°295671.

<sup>61</sup> CE, 10 juin 2009, n°306833.

<sup>62</sup> C. Moreau (DGESCO), « Bilan de l'application de la loi du 15 mars 2004 », in Observatoire de la laïcité, *Rapport annuel 2013-14*, p. 79. V. dans le même sens : « les jeunes femmes voilées se mettent en configuration laïque, juste avant d'entrer dans l'établissement. Ces propos montrent qu'il reste du chemin à parcourir. En effet, si la loi [de 2004] a produit des effets positifs, le principe de laïcité n'est pas définitivement garanti pour autant » : Claude Bisson Vaivre, cité par Abdellali Hajjat et Julien Beaugé, « Élités françaises et construction du « problème musulman ». Le cas du Haut Conseil à l'intégration (1989-2012) », *Sociologie*, 2014, n°1, p. 120.

l'école) est devenu insuffisant pour ces jeunes filles sont on attend d'elles qu'elles *adhèrent* au projet qui la fonde. La laïcité devient injonctive<sup>63</sup>.

Cette hypothèse qui vise à identifier des anxiétés liées au statut de l'élève et au fait même que sa qualité de sujet de droits soit affirmée au sein même de l'espace scolaire comme facteurs-clefs des évolutions juridiques du principe de laïcité dans l'espace scolaire est encore renforcée par le contenu et la portée de la circulaire dite Bayrou du 20 septembre 1994. On sait que, insatisfait, de l'équilibre en passe de se dessiner au fil des interprétations jurisprudentielles de l'avis de 1989 inaugurées par l'arrêt Kherouaa, le ministre entend rouvrir le débat. Il le fait avec fracas, par le biais de deux circulaires et d'un discours public musclé sur l'incompatibilité entre le voile et l'école républicaine<sup>64</sup>. Par voie de circulaire, il recommande donc aux chefs d'établissement l'interdiction des signes ostentatoires, visant par là des signes qui « en eux-mêmes »<sup>65</sup> constitueraient des actes de prosélytisme. Ce faisant, il donne une inflexion nette à l'économie générale de la laïcité, quoi qu'en ait dit le Conseil d'Etat amené à contrôler la circulaire<sup>66</sup> : d'un régime de liberté où l'exception (prosélytisme, troubles...) pouvaient mener à des interdictions, la circulaire exprime sa préférence vers un régime d'interdiction au sein duquel, à titre exceptionnel, certains « signes discrets » peuvent être tolérés. Créant la confusion, la circulaire génère également une nouvelle vague de tensions et de contentieux, une certaine confusion s'emparant cette fois à juste titre des directeurs d'établissement, perdus entre la parole ministérielle et la jurisprudence administrative<sup>67</sup>.

Mais François Bayrou n'est-il pas aussi le ministre de la gifle infligée à un gamin lui faisant les poches -et par là, le ministre de l'anti-laxisme, de l'affirmation d'une autorité forte ? On peut encore lire en ce sens les analyses de Michel Combarrous, président de section au Conseil d'Etat, réfléchissant sur « L'enfant, l'école et la religion » à l'occasion du

---

<sup>63</sup> C'est une injonction d'intégration, qui a à voir avec la mesure dans laquelle l'émergence de cette nouvelle économie de la laïcité opère en parallèle de la construction du « problème musulman », *ibid.* Sur la notion d'injonction à l'intégration, v. Danièle Lochak, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures et Conflits*, 2006, n°64, p. 128.

<sup>64</sup> F. Bayrou, « Plus de foulard à l'école », *Le Point*, 10 sept. 1994, p. 86

<sup>65</sup> Tandis que la haute juridiction affirme de manière routinière depuis l'avis de 1989 que les signes d'appartenance religieuse ne sont pas « en eux-mêmes » contraires à la laïcité, la circulaire n°1649 du 20 sept. 1994 énonce qu'on ne saurait tolérer « à l'école la présence de signes si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école. Ces signes sont, en eux-mêmes, des éléments de prosélytisme ».

<sup>66</sup> CE, 10 juil. 1995, *Assoc. Un Sisyphe* : la circulaire ne fait pas grief, le recours est irrecevable. V., à ce propos : J.-M. Belorgey, *Droit & Société*, 2008/1, n°68, p. 217 : « quand la circulaire nous a été déférée, on a été très ennuyés et pour éviter l'affrontement, on a eu le culot de dire -c'est tout à fait dans les vieilles traditions, pas les meilleures- que cette circulaire ne faisait pas grief aux usagers ».

<sup>67</sup> M. Combarrous résume ainsi : « suggérant mais n'osant écrire que le port du foulard était par nature ostentatoire et donc illicite, elle [la circulaire] échappait à la censure comme les règlements intérieurs qui la reproduisaient mais en exposant les chefs d'établissement qui auraient lu la circulaire conformément aux vœux du ministre à voir leurs décisions annulées par les TA et le CE », in « L'enfant, l'école, la religion », *La Revue Administrative*, 1999, p. 74. La jurisprudence administrative ne connaît d'inflexion particulière cependant, et ignore la circulaire. Le Conseil d'Etat rappelle quelques mois plus tard que le signe n'est jamais ostentatoire en lui-même (CE, 10 mars 1995, *Aoukili*, n°159981) et continue de juger que, dès lors que les élèves ne portent pas le foulard dans des conditions causant des troubles ou susceptibles de constituer des actes de prosélytisme, une sanction disciplinaire est illégale (CE, 27 nov 1996, *MEN c. M. Khalid et Mme Sefiani*, n°172787). V. aussi les critiques fortes émanant de membres du Conseil d'Etat suite à la publication de la circulaire Bayrou : Marceau Long, *Le Monde*, 20 déc. 1994 ; Renaud Denoix de Saint Marc, *La Croix*, 7 nov. 1996.

deuxième centenaire du Conseil d'Etat : « je terminerai en faisant remarquer qu'il n'y a eu, en particulier, aucune espèce de problème en ce qui concerne les manifestations individuelles par les élèves de leur appartenance religieuse au sein de l'école. Sans doute faut-il voir une conséquence de la conception générale de la discipline à l'intérieur des établissements, dans lesquels le droit d'expression de leurs opinions par les élèves jusqu'à une époque toute récente, n'était nullement admis et faisait l'objet de circulaires toutes fort restrictives. Ce qui semble d'ailleurs faire plus de difficultés, ce n'est pas l'expression de sentiments religieux, mais d'opinions politiques. Le seul arrêt du Conseil d'Etat dans la période récente que l'on trouve sur ce point est un arrêt de 1985, qui confirme l'interdiction de réunions politiques dans les lycées et collèges. Mais cette situation ne va pas résister à 1968 : tous les textes ultérieurs, tendant à régir, y compris sur le plan des principes, la vie des établissements scolaires, vont mentionner à l'avenir un droit à l'information bien sûr, mais aussi un droit d'expression de leurs sentiments et de leurs convictions par les élèves. C'est donc dans un contexte assez différent que va se poser le problème que je vais maintenant aborder : le foulard islamique »<sup>68</sup>. La circulaire Bayrou pourrait être vue, en ce sens, comme emblématique de la manière dont la question de la laïcité est aussi l'occasion pour nombre d'acteurs de s'opposer, plus généralement, à l'idée de droits des élèves au sein de l'espace scolaire -et notamment, ici, à l'idée de leur liberté d'expression<sup>69</sup>.

Cet élément de contextualisation du dispositif normatif que représente l'attelage avis de 1989 / arrêt *Kherouaa* est important. Il permet de (re)mettre en lumière le fait qu'au tournant de la décennie 1980, l'acquisition, par les élèves, du statut explicite de sujet de droits ainsi que la reconnaissance corrélative de la liberté d'expression dont ils jouissent y compris au sein de l'école est tout aussi importante que la question laïque « de fond » qui a trait au point de savoir si des signes d'appartenance religieuse peuvent, ou non, être tolérés à l'école. Commentant les interventions du Conseil d'Etat, la doctrine et les acteurs juridiques tendent même à voir dans la dimension « laïcité » de l'avis et de l'arrêt, des solutions déjà connues ou en tout cas largement prévisibles au regard de l'état existant du droit. Ils soulignent en revanche la nouveauté que constitue l'affirmation claire de *droits* des élèves -en l'espèce, d'un droit d'exprimer leurs convictions religieuses au sein de l'école, dans un certain nombre de limites. Par-delà la contextualisation qui est ainsi permise, ces précisions ont aussi une valeur analytique propre : elles permettent de mettre en évidence la mesure dans laquelle ces interventions du Conseil d'Etat ont été le creuset du grand retour d'une conception de la laïcité comme lutte contre l'obscurantisme religieux au sein même du champ juridique. Alors même que les travaux d'historiens, de juristes et de sociologues convergent assez largement autour de l'idée que le droit administratif en général, emmené notamment par le Conseil d'Etat, aurait, suite à la loi de 1905, promu une vision apaisée, « adoucie » de la laïcité en la détachant d'un programme de cantonnement du religieux à la sphère privée (et en aménageant, au contraire, les conditions de sa visibilité sociale dans le respect de la neutralité de l'Etat), il est frappant de constater le retour, postérieurement à l'arrêt *Kherouaa*, de références à une laïcité plus combative au sein même des arènes et discours juridiques. On en veut pour preuve, parmi maints exemples, les conclusions prononcées par Yann Aguila sur une affaire *Aoukili* jugée au Conseil d'Etat en 1995 : « sur le plan philosophique, et vous nous pardonneriez par avance le caractère

---

<sup>68</sup> M. Combarrous, « L'enfant, l'école et la religion », *La Revue administrative*, 1999, n°spécial, p. 66, p. 70.

<sup>69</sup> V. encore, pour une lecture qui voit dans la loi de 1989 et le statut de l'élève un des moteurs de la jurisprudence administrative sur le port du voile à l'école : F. de la Morena, note sous CE, 20 oct. 1999, *Aït Ahmad*, n°181486, *AJDA* 2000, p. 165.

nécessairement schématique de cette présentation, l'on voit aujourd'hui s'affronter deux conceptions de la laïcité. Selon la première, la laïcité suppose l'absence de toute manifestation d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires. L'école de Jules Ferry a une mission d'intégration qui, par elle-même, est porteuse de réduction des diversités. La seconde conception privilégie la tolérance : la laïcité implique cette fois le respect de la différence, facteur d'enrichissement de la collectivité nationale »<sup>70</sup>. Inaugurant la confusion entre le projet institutionnel et éducatif de l'école républicaine à la Jules Ferry (certainement laïque au sens d'hostile à ce que quelque religion que ce soit y soit professée) et l'idée d'une aseptisation de l'espace scolaire -et, plus généralement, social- que l'on ne croit pas retrouver dans la formulation du projet républicain laïc tel qu'il a triomphé dans les grandes lois de 1880 à 1905, de telles mises en opposition ainsi formalisées à l'occasion de l'arrêt Kherouaa ont ouvert la voie à nombre des tensions contemporaines autour du principe de laïcité.

### Conclusion

Eu égard, d'une part, à l'importance de l'institution scolaire dans l'histoire et la portée du principe de laïcité et, d'autre part, à la vivacité des tensions suscitées, depuis la fin des années 1980, par son application à l'école, il n'y a en réalité guère à être surpris par la conclusion selon laquelle c'est notamment la question de la laïcité scolaire qui a été le creuset d'un clivage et d'une opposition aujourd'hui très forte entre une conception ouverte et une conception fermée de la laïcité. Plus riche semble cependant être la conclusion à laquelle on a cherché à parvenir ici en croisant la question spécifique de la laïcité avec celle, plus large, du statut de l'élève. En recadrant l'arrêt Kherouaa comme un arrêt qui, certes, affirme le port du foulard n'est pas en lui-même incompatible avec le principe de laïcité mais qui, surtout, affirme avec netteté un *droit* des élèves à exprimer, y compris au sein des établissements scolaires, leurs convictions religieuses, on a cherché à relier cette histoire juridique de la laïcité à l'école avec celle des droits des élèves. En ce sens, lire le droit affirmé par l'arrêt Kherouaa comme généalogiquement lié à cette part de l'héritage de 1968 qu'on retrouve dans les lois de 1975<sup>71</sup> et 1989 et l'affirmation de la liberté d'expression des élèves paraît fournir un élément de recadrage intéressant.

Stéphanie Hennette Vauchez

---

<sup>70</sup> Yann Aguila, *AJDA*, 1995, p. 333.

<sup>71</sup> Cf. la loi n°75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation, dite Loi Haby, qui crée notamment la notion de « communauté éducative » regroupant parents d'élèves, élèves et enseignants et pose ainsi les premières pierres de la reconnaissance de droits d'expression au sein de cette communauté.