

## Le Conseil d'État, le droit public français et le «foulard»

Interview de Monsieur Jean-Paul Costa

Jean-Paul Costa et Jean Marcou

---

**Édition électronique**

URL : <http://journals.openedition.org/cemoti/1688>

DOI : [10.4000/cemoti.1688](https://doi.org/10.4000/cemoti.1688)

ISSN : 1777-5396

**Éditeur**

AFEMOTI

**Édition imprimée**

Date de publication : 1 janvier 1995

ISSN : 0764-9878

**Référence électronique**

Jean-Paul Costa et Jean Marcou, « Le Conseil d'État, le droit public français et le «foulard» », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien* [En ligne], 19 | 1995, mis en ligne le 14 mai 2006, consulté le 08 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/cemoti/1688> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cemoti.1688>

---

Ce document a été généré automatiquement le 8 septembre 2020.

Tous droits réservés

---

# Le Conseil d'État, le droit public français et le «foulard»

Interview de Monsieur Jean-Paul Costa

Jean-Paul Costa et Jean Marcou

---

- 1 Jean Marcou : Monsieur le Conseiller, pouvez-vous nous rappeler tout d'abord ce que l'on entend désormais en France par "affaire du foulard islamique" ?
- 2 Jean-Paul Costa : L'affaire dite du "foulard islamique" a fait couler beaucoup d'encre depuis près de cinq ans en France. On sait que cette affaire a commencé par des incidents dans plusieurs collèges, résultant du port par des jeunes filles de confession musulmane durant les classes du foulard dit islamique, interprété comme un signe d'appartenance religieuse. L'opinion publique s'est rapidement partagée et parfois passionnée sur ce sujet, les uns défendant le principe de la liberté d'expression qui figure d'ailleurs dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les autres s'attachant au principe de laïcité qui est contenu dans l'article 2 de la Constitution de 1958, ainsi que dans la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat.
- 3 Mais ce problème politique a trouvé une traduction juridique dans un avis consultatif et une décision contentieuse du Conseil d'Etat.
- 4 Jean Marcou : Qu'a dit le Conseil d'Etat sur le foulard ou, plus généralement, sur le port de signes religieux à l'école ?
- 5 Jean-Paul Costa : En premier lieu l'avis d'Assemblée Générale du 27 novembre 1989 qui a eu grand retentissement a été rendu à la suite d'une demande d'avis du ministre de l'Education nationale, Lionel Jospin, sur la compatibilité de tels signes avec la laïcité républicaine. La réponse fournie par le Conseil d'Etat est complexe. La liberté d'expression est le principe, au moins pour les élèves, sauf de nombreuses exceptions telles que la propagande ou le prosélytisme, ou encore les risques pour la santé des élèves ou pour le bon déroulement des enseignements. Puisque la liberté est le principe, le port de signes d'appartenance religieuse ou politique n'est donc pas en soi incompatible avec la laïcité des enseignements et de l'Etat. Et c'est aux établissements

scolaires de régler les problèmes de façon décentralisée à la fois par leurs règlements intérieurs et par des décisions individuelles prises sur leurs fondements, et pouvant aller en cas de besoin jusqu'à l'exclusion.

- 6 Généralement bien accueilli, cet avis a dédramatisé la situation. Il a été rapidement suivi d'une circulaire du ministre en date du 12 décembre 1989, qui est proche de la position du Conseil, mais dont la tonalité est tout de même un peu plus rigide et un peu plus "laïque".
- 7 En second lieu, l'arrêt Kherouaa et autres du 2 décembre 1992 a été rendu par les formations contentieuses du Conseil d'Etat, sur appel d'un jugement de tribunal administratif, et à propos d'un cas concret et non d'une question de caractère général.
- 8 Fidèle à une jurisprudence solide en matière de libertés publiques, le Conseil a jugé qu'un règlement intérieur édictant une interdiction générale et permanente est par là même illégal. Par conséquent, une exclusion d'élèves, fondée seulement sur ce règlement est elle aussi illégale, alors qu'il n'était pas établi qu'en l'espèce le port du foulard rentrait dans l'une des exceptions énumérées dans l'avis de 1989. Il s'ensuit que cette exclusion a été annulée par le Conseil d'Etat par le biais de l'exception d'illégalité du règlement.
- 9 Jean Marcou : En quoi ces positions sont-elles ou non conformes aux traditions du droit public français ?
- 10 Jean-Paul Costa : On peut se placer sur trois plans : celui du fond, celui de la procédure, celui du mode de raisonnement. Dans les trois cas les positions prises en 1989 et 1992 sont à la fois traditionnelles et novatrices.
- 11 Sur le fond d'abord, la tradition républicaine, même pour un Etat qui se veut laïque, a toujours attaché une grande importance à la liberté d'expression en général et à la liberté religieuse en particulier. Selon l'article 2 de la Constitution, la France assure l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion et elle respecte toutes les croyances. L'article 10 de la Déclaration de 1789 déjà privilégiait la liberté des opinions, même religieuses. Et même la célèbre loi de 1905, qui certes met fin au Concordat, commence par les mots : "La République assume la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes...". Mais il y a eu des novations depuis ce texte fondateur. Les moeurs ont changé : la loi du 10 juillet 1989, dite loi Jospin, a insisté sur la liberté d'expression dans les établissements secondaires. Le droit s'est internationalisé ; et ce n'est pas un hasard si l'avis du Conseil d'Etat se réfère aussi bien à la Convention européenne des droits de l'homme qu'aux Pactes de l'ONU du 19 décembre 1966 ou qu'à la Convention concernant les discriminations dans le domaine de l'enseignement. Autrement dit, sous la pression nationale et internationale, on a tendance à reconnaître aux adolescents des droits voisins de ceux des adultes et à favoriser l'expression des différences au détriment de la neutralité traditionnelle.
- 12 En ce qui concerne la procédure ensuite, la tradition a été parfaitement respectée puisque le Conseil d'Etat a tour à tour donné un avis au gouvernement sur un problème formulé en termes abstraits puis rendu une décision juridictionnelle à la requête de personnes privées demandant l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif. Pourtant, là aussi, le Conseil a quelque peu innové. Son avis a immédiatement été rendu public, ainsi que l'avait annoncé le ministre, alors que le principe est celui du secret des procédures consultatives, et le Conseil d'Etat a largement renvoyé la responsabilité des décisions concrètes aux autorités

décentralisées, ce qui est en phase avec l'esprit des lois de décentralisation de 1982 et 1983 mais marque une rupture avec les habitudes étatiques et quelque peu jacobines du Conseil de l'Etat. J'ajouterai que, avec l'arrêt Kherouaa et autres, la notion de mesures d'ordre intérieur a reculé, ce qui est un progrès de l'Etat de droit.

- 13 Enfin quant au mode de raisonnement, il est lui aussi classique et pourtant nouveau. Le Conseil s'efforce comme toujours de concilier la liberté et l'ordre public, d'arbitrer entre les différentes libertés en conflit, afin d'exercer un contrôle de proportionnalité dans la ligne de sa jurisprudence Benjamin<sup>1</sup>. Mais il n'hésite pas à infléchir cette même jurisprudence traditionnelle en reconnaissant, comme je viens de le dire, que des mesures qui auraient été qualifiées d'ordre intérieur et contre lesquelles les recours n'auraient pas été recevables doivent être soumises à l'examen du juge (arrêt Kherouaa).
- 14 Jean Marcou : A votre avis, par delà les principes de notre droit public, qu'est-ce qui a guidé les décisions du Conseil d'Etat dans cette délicate affaire ?
- 15 Jean-Paul Costa : A mon avis, le Conseil s'efforce dans toute cette affaire d'être, comme au début du XXème siècle, un pacificateur. On se rappelle les nombreuses décisions en matière de sonneries de cloches, de processions, de locations de presbytères, de cérémonies funèbres : à l'époque où le maire et le curé se querellaient volontiers, le Conseil cherchait à assurer la paix civique dans le domaine de la religion.
- 16 Par ailleurs, l'Assemblée du Palais-Royal semble exprimer, dans l'avis et dans l'arrêt commenté plus haut, une philosophie sous-jacente : la laïcité doit être plus de tolérance que de combat, l'école républicaine doit être intégratrice plutôt que de reconnaître des communautés séparées les unes des autres ; la liberté de conscience et d'expression est sacrée ; enfin les élèves, usagers du service public, ne sont pas exactement dans la même situation que les enseignants, agents du même service, dont le devoir de neutralité est beaucoup plus important.
- 17 En vérité le Conseil occupe un terrain que le gouvernement et le Parlement ne veulent pas toujours occuper. Mais il ne saurait à lui seul repenser la laïcité, et si son attitude est généreuse et constructive, elle peut parfois prêter le flanc à la critique d'une certaine naïveté face à l'intolérance croissante de certaines religions ou plutôt de certaines tendances "radicales" au sein de ces religions.
- 18 L'avenir dira si la laïcité française est capable de se rénover et d'avoir un contenu positif. Le Conseil d'Etat y pousse plus ou moins consciemment, mais encore une fois il ne saurait à lui tout seul faire évoluer une situation largement chargée de passé et de passions.
- 19 Jean Marcou : A cet égard, Monsieur Bayrou, le ministre de l'Education Nationale, a pris à la rentrée 1994 une circulaire qui modifie celle que Monsieur Jospin avait prise en 1989 à la suite de l'avis que lui avait donné le Conseil d'Etat et auquel vous faisiez précédemment allusion. Que faut-il penser de ce nouveau développement ?
- 20 Jean-Paul Costa : On peut faire de la "circulaire Bayrou" deux lectures différentes (au moins !). Une lecture naïve — ou faussement naïve — consisterait à dire qu'elle n'ajoute rien : la condamnation des signes ostentatoires, déjà prononcée dans l'avis du Conseil d'Etat et dans la circulaire Jospin, ne vise pas explicitement le "foulard" ; elle pourrait s'appliquer aussi bien à tout signe religieux — ou politique — ostentatoire : une énorme croix chrétienne, une kippa sans doute, une croix gammée certainement, des vêtements de bonze etc... Donc, en soi, la circulaire Bayrou n'innove nullement et n'est

pas illégale, puisque non discriminatoire, et hostile, non à la liberté d'expression, mais aux abus de celle-ci. Autrement dit, il serait possible d'en faire une "interprétation neutralisante", lui ôtant son "venin". Selon une seconde lecture, il est vrai sociologiquement plus réaliste, cette circulaire ne viserait, ici et maintenant, que le "foulard" et l'islam. Les nombreuses exclusions (plusieurs dizaines) de porteuses de "foulards" montrent qu'en tout cas c'est ainsi que des principaux et proviseurs, voire directeurs d'écoles, ont reçu le message : peut-être pas "cinq sur cinq", mais en tout cas dans le sens que les adversaires actuels de la laïcité de l'école publique sont presque exclusivement des familles musulmanes pieuses, qui estiment que leurs filles doivent témoigner de cette piété publiquement, ou encore inspirées par des mobiles politiques et qui pensent gêner les autorités en faisant arborer à l'école des signes "ostentatoires" à ces jeunes filles. Vous me demandez ce qu'il faut penser de cela. J'en pense surtout deux choses : un, que c'est un problème de société, et qu'il faudra bien que le législateur légifère ; ce n'est ni au Conseil d'Etat ni au ministre, ni aux chefs d'établissements confrontés à une réalité délicate qu'il appartient de tracer les frontières entre la liberté et l'abus de la liberté ; deux, que l'islam est devenu, de loin, la deuxième religion de France, qu'il n'a pas de vrai statut juridique, qu'il est d'ailleurs une religion particulière, respectable comme toutes, mais prosélyte par construction, dans un environnement culturel qui, par tradition, le connaissait mal et peu : bref, il est temps de repenser la laïcité et peut-être la loi de 1905 à la lumière de nouveaux développements. L'islam est l'un d'eux ; il n'est pas le seul (songeons aux sectes). Mais il faut en tenir compte...

21 Paris, le 13 janvier 1995

---

## NOTES

1. L'arrêt Benjamin (CE 19 mai 1933) est une jurisprudence caractéristique du Conseil d'Etat en matière de Libertés publiques. Appelée "contrôle de proportionnalité" ou aujourd'hui dans certaines affaires "théorie du bilan", cette jurisprudence amène le Conseil d'Etat à exercer un contrôle très strict des mesures prises par l'administration pour restreindre l'exercice d'une liberté publique.

L'affaire Benjamin, elle-même, n'était d'ailleurs pas sans rapport avec le problème de la laïcité puisqu'elle concernait un polémiste anti-laïque des années trente qui voulait tenir réunion à Nevers. Les instituteurs syndiqués ayant fait savoir qu'ils s'opposeraient par tous les moyens à la conférence d'un homme, le maire décida d'interdire cette conférence. Saisi par René Benjamin (le polémiste en question) le Conseil d'Etat finalement décida d'annuler l'interdiction et ce à l'issue d'un contrôle où il mit en balance, d'une part les risques d'atteinte à l'ordre public et, d'autre part, les moyens dont le maire disposait pour protéger la conférence de René Benjamin si elle s'était tenue. On voit donc que cette jurisprudence est une attitude qui permet au juge administratif de quitter le terrain de la stricte légalité pour s'intéresser à l'opportunité d'une décision administrative. Cette attitude reste néanmoins exceptionnelle, elle est justifiée par le souci de garantir les libertés et droits fondamentaux.