

# COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

(grande chambre), 10 novembre 2005

- 1. DROIT À L'ACCÈS A L'INSTRUCTION – ARTICLE 2, PREMIÈRE PHRASE, DU PREMIER PROTOCOLE ADDITIONNEL À LA CEDH – CHAMP D'APPLICATION – ENSEIGNEMENT UNIVERSITAIRE – ENSEIGNEMENT PRIVÉ
- 2. DROIT À L'ACCÈS À L'INSTRUCTION – ARTICLE 2, PREMIÈRE PHRASE, DU PREMIER PROTOCOLE ADDITIONNEL À LA CEDH – BUTS LÉGITIMES – CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

1. La Cour européenne des droits de l'homme a déduit de l'article 2, premier phrase du Premier Protocole Additionnel de la CEDH s'étend également à l'enseignement universitaire et aux établissements de l'enseignement privé.
2. La Cour examine l'interdiction de porter le voile sur base de l'article 2, premier phrase du Premier Protocole Additionnel de la CEDH, par analogie par rapport à l'article 9 de la CEDH bien qu'il ne comprenne pas de clause dérogatoire comme l'article 9, al. 2, de la CEDH L'interdiction de porter le voile à l'école est en l'espèce proportionnelle au regard des buts légitimes reconnus par la Cour.

- 1. RECHT OP TOEGANG TOT ONDERWIJS – ARTIKEL 2, EERSTE ZIN, EERSTE AANVULLEND PROTOCOL BIJ HET EVRM – TOEPASSINGSGBIED – UNIVERSITAIR ONDERWIJS – PRIVAAT ONDERWIJS
- 2. RECHT OP TOEGANG TOT ONDERWIJS – HOOFDDOEKVERBOD - ARTIKEL 2, EERSTE ZIN, EERSTE AANVULLEND PROTOCOL BIJ HET E.V.R.M. – GEOORLOOFDE DOELSTELLINGEN – EVENREDIGHEIDSTOETSING

1. Uit artikel 2, eerste zin, Eerste Protocol EVRM leidt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens af dat het recht op toegang tot onderwijs eveneens het universitaire onderwijs en het private onderwijs omvat.
2. Het Hof toetst het hoofddoekverbod op grond van het artikel 2, eerste zin, Eerste Aanvullend Protocol, EVRM naar analogie met artikel 9 EVRM Nochtans bevat het recht op onderwijs geen escape-clausule zoals artikel 9 lid 2 EVRM Het hoofddoekverbod wordt in casu evenredig bevonden met de doestellingen die het Hof geoorloofd acht.

Siège.:	Wildhaber (prés.), Rozakis, Costa, Zupančič, Türmen, Tulkens, Birsan, Jungwiert, Butkevych, Vajič, Ugrehelidze, Mularoni, Borrego Borrego, Fura- Sandström, Gyulumyan, Myjer, Jebens (juges)
Coagents et Av.:	Özmen, İşcan, Emüler, Akyüz, Kılıslıoğlu, magnÉe, berzeg, (Leyla Şahin c./ Turquie)



(...)

## EN FAIT

### I. Les circonstances de l'espèce

1. La requérante est née en 1973 et vit à Vienne depuis 1999, année où elle a quitté Istanbul pour poursuivre ses études de médecine à la faculté de médecine de l'université de cette ville. Elle est issue d'une famille traditionnelle pratiquant la religion musulmane et porte le foulard islamique afin de respecter un précepte religieux.

#### A. La circulaire du 23 février 1998

2. Le 26 août 1997, la requérante, alors étudiante en cinquième année à la faculté de médecine de l'université de Bursa, s'inscrit à la faculté de médecine de Cerrahpaâ de l'Université d'Istanbul. Elle affirme avoir porté le foulard islamique pendant ses quatre années d'études de médecine à l'université de Bursa ainsi que pendant la période qui s'ensuit et jusqu'en février 1998.

3. Le 23 février 1998, le recteur de l'Université d'Istanbul adopta une circulaire. La partie pertinente de celle-ci est libellée comme suit :

« En vertu de la Constitution, de la loi, des règlements, et conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la Commission européenne des droits de l'homme et aux décisions adoptées par les comités administratifs des universités, les étudiantes ayant la « tête couverte » (portant le foulard islamique) et les étudiants portant la barbe (y compris les étudiants étrangers) ne doivent pas être acceptés aux cours, stages et travaux pratiques. En conséquence, le nom et le numéro des étudiantes revêtues du foulard islamique ou des étudiants barbus ne doivent pas être portés sur les listes de recensement des étudiants. Toutefois, si des étudiants dont le nom et le numéro ne figurent pas sur ces listes insistent pour assister aux travaux pratiques et entrer dans les salles de cours, il faut les avertir de la situation et s'ils ne veulent pas sortir, il faut relever leur noms et numéros et les informer qu'ils ne peuvent assister aux cours. S'ils persistent à ne pas vouloir sortir de la salle de cours, l'enseignant dresse un procès-verbal constatant la situation et son impossibilité de faire cours et il porte aussi d'urgence la situation à la connaissance des autorités de l'université pour sanction. »

4. Conformément à la circulaire précitée, le 12 mars 1998, l'accès aux épreuves écrites du cours d'oncologie

fut refusé à la requérante par les surveillants au motif qu'elle portait le foulard islamique. Par ailleurs, le 20 mars 1998, M<sup>lle</sup> Şahin s'adressa au secrétariat de la chaire de traumatologie orthopédique pour son inscription administrative, qui lui fut refusée pour cause de port du foulard. De même, les 16 avril et 10 juin 1998, toujours pour le même motif, elle ne fut pas admise au cours de neurologie et aux épreuves écrites du cours de santé populaire.

#### B. Le recours en annulation introduit par la requérante contre la circulaire du 23 février 1998

5. Le 29 juillet 1998, la requérante introduisit un recours en annulation contre la circulaire du 23 février 1998. Dans son mémoire, elle soutenait que la circulaire en question et son application constituaient une atteinte à ses droits garantis par les articles 8, 9 et 14 de la Convention ainsi que par l'article 2 du Protocole n° 1 dans la mesure où, d'une part, la circulaire n'avait pas de base légale et, d'autre part, le rectorat ne disposait pas de pouvoir de réglementation en la matière.

6. Par un jugement rendu le 19 mars 1999, le tribunal administratif d'Istanbul débouta la requérante, considérant qu'en vertu de l'article 13 b) de la loi n° 2547 relative à l'enseignement supérieur (paragraphe 52 ci-dessous), le recteur d'une université, en tant qu'organe exécutif d'un tel établissement, disposait d'un pouvoir réglementaire en matière de tenue vestimentaire des étudiants en vue d'assurer le maintien de l'ordre. Ce pouvoir réglementaire devait être exercé conformément à la législation pertinente ainsi qu'aux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat. Se référant à la jurisprudence constante de ces derniers, le tribunal administratif conclut que ni la réglementation litigieuse ni les mesures individuelles ne pouvaient être considérées comme illégales.

7. Le 19 avril 2001, le Conseil d'Etat rejeta le pourvoi de la requérante.

#### C. Les sanctions disciplinaires infligées à la requérante

8. En mai 1998, une procédure disciplinaire fut engagée contre la requérante en vertu de l'article 6 a) du règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants (paragraphe 50 ci-dessous) en raison de l'inobservation par celle-ci des règles portant sur la tenue vestimentaire.

9. Le 26 mai 1998, eu égard au fait que M<sup>lle</sup> Şahin



manifestait par son comportement la volonté de continuer à participer aux cours et/ou aux travaux pratiques en portant le foulard, le doyen de la faculté déclara que l'attitude de la requérante et le non-respect par celle-ci des règles portant sur la tenue vestimentaire ne seyaient pas à la dignité que nécessite la qualité d'étudiant. Il décida en conséquence de lui infliger un avertissement.

**10.** Le 15 février 1999, un rassemblement non autorisé tendant à protester contre les règles portant sur la tenue vestimentaire eut lieu devant le décanat de la faculté de médecine de Cerrahpaşa.

**11.** Le 26 février 1999, le doyen de la faculté entama une procédure disciplinaire dirigée entre autres contre la requérante en raison de sa participation au rassemblement en question. Le 13 avril 1999, après l'avoir entendue, le doyen de la faculté lui infligea une exclusion d'un semestre, en application de l'article 9 j) du règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants (paragraphe 50 ci-dessous).

**12.** Le 10 juin 1999, la requérante introduisit un recours en annulation contre cette sanction disciplinaire devant le tribunal administratif d'Istanbul. Ce recours fut rejeté le 30 novembre 1999 par le tribunal administratif d'Istanbul au motif que la mesure litigieuse ne pouvait être considérée comme illégale, compte tenu des pièces du dossier et de la jurisprudence établie en la matière.

**13.** A la suite de l'entrée en vigueur le 28 juin 2000 de la loi n° 4584 prévoyant l'amnistie des sanctions disciplinaires prononcées contre les étudiants et l'annulation des conséquences y relatives, toutes les sanctions infligées à la requérante furent amnistiées et toutes les conséquences y relatives effacées.

**14.** Le 28 septembre 2000, se fondant sur la loi n° 4584, le Conseil d'Etat décida qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le fond du pourvoi de la requérante contre l'arrêt du 30 novembre 1999.

**15.** Entre-temps, le 16 septembre 1999, la requérante abandonna ses études en Turquie et s'inscrivit à l'université de Vienne pour y poursuivre ses études supérieures.

## II. Le droit et la pratique pertinents

### A. La Constitution

**16.** Les dispositions pertinentes de la Constitution sont libellées en ces termes :

### Article 2

« La République de Turquie est un Etat de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et reposant sur les principes fondamentaux énoncés dans le préambule. »

### Article 4

« Les dispositions de l'article premier de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est celle d'une république, ainsi que les dispositions de l'article 2 relatives aux caractéristiques de la République et celles de l'article 3 ne peuvent être modifiées et leur modification ne peut être proposée. »

### Article 10

« Tous les individus sont égaux devant la loi sans aucune discrimination fondée sur la langue, la race, la couleur, le sexe, l'opinion politique, la croyance philosophique, la religion, l'appartenance à un courant religieux ou d'autres motifs similaires.

Les femmes et les hommes ont des droits égaux. L'Etat est tenu d'assurer la mise en pratique de cette égalité.

On ne peut accorder de privilège à un individu, une famille, un groupe ou une classe quelconques.

Les organes de l'Etat et les autorités administratives sont tenus d'agir conformément au principe de l'égalité devant la loi en toute circonstance. »

### Article 13

« Les droits et libertés fondamentaux ne peuvent être limités que pour des motifs prévus par des dispositions particulières de la Constitution et en vertu de la loi, et pour autant que ces limitations ne portent pas atteinte à l'essence même des droits et libertés. Les limitations dont les droits et libertés fondamentaux font l'objet ne peuvent être en contradiction ni avec la lettre et l'esprit de la Constitution, ni avec les exigences d'un ordre social démocratique et laïque, et elles doivent respecter le principe de proportionnalité. »

### Article 14

« Les droits et libertés mentionnés dans la Constitution ne peuvent être exercés dans le but de porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat et l'unité de la nation, de



supprimer la République démocratique et laïque fondée sur les droits de l'homme.

Aucune disposition de la Constitution ne peut être interprétée en ce sens qu'elle accorderait à l'Etat ou à des individus le droit de mener des activités destinées à anéantir les droits et libertés fondamentaux inscrits dans la Constitution ou à limiter ces droits et libertés dans une mesure dépassant celle qui est stipulée par la Constitution.

La loi fixe les sanctions applicables à ceux qui mènent des activités contraires à ces dispositions. »

## Article 24

« Chacun a droit à la liberté de conscience, de croyance et de conviction religieuse.

Les prières, les rites et les cérémonies religieux sont libres à condition de ne pas violer les dispositions de l'article 14.

Nul ne peut être contraint de participer à des prières ou à des cérémonies et rites religieux ni de divulguer ses croyances et ses convictions religieuses ; nul ne peut être blâmé ni inculpé à cause de ses croyances ou convictions religieuses.

L'éducation et l'enseignement religieux et éthique sont dispensés sous la surveillance et le contrôle de l'Etat. L'enseignement de la culture religieuse et de la morale figure parmi les cours obligatoires dispensés dans les établissements scolaires du primaire et du secondaire. En dehors de ces cas, l'éducation et l'enseignement religieux sont subordonnés à la volonté propre de chacun et, en ce qui concerne les mineurs, à celle de leurs représentants légaux.

Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, exploiter la religion, les sentiments religieux ou les choses considérées comme sacrées par la religion, ni en abuser dans le but de faire reposer, même partiellement, l'ordre social, économique, politique ou juridique de l'Etat sur des préceptes religieux ou de s'assurer un intérêt ou une influence sur le plan politique ou personnel. »

## Article 42

« Nul ne peut être privé de son droit à l'éducation et à l'instruction.

Le contenu du droit à l'instruction est défini et réglementé par la loi.

L'éducation et l'enseignement sont assurés sous la surveillance et le contrôle de l'Etat, conformément aux principes et réformes d'Atatürk et selon les règles de la science et de la pédagogie contemporaines. Il ne peut être créé d'établissement d'éducation ou d'enseignement en

opposition avec ces principes.

La liberté d'éducation et d'enseignement ne dispense pas du devoir de loyauté envers la Constitution.

L'enseignement primaire est obligatoire pour tous les citoyens des deux sexes et il est gratuit dans les écoles de l'Etat.

Les règles auxquelles doivent se conformer les écoles privées des degrés primaire et secondaire sont déterminées par la loi d'une manière propre à garantir le niveau fixé pour les écoles de l'Etat.

L'Etat accorde aux bons élèves qui sont dépourvus de moyens financiers l'aide nécessaire pour leur permettre de poursuivre leurs études, sous forme de bourses ou par d'autres voies. L'Etat prend les mesures appropriées en vue de rendre les personnes dont l'état nécessite une éducation spéciale utiles à la société.

On ne peut poursuivre dans les établissements d'éducation et d'enseignement que des activités se rapportant à l'éducation, à l'enseignement, à la recherche et à l'étude. Aucune entrave ne peut être apportée à ces activités de quelque manière que ce soit (...) »

## Article 153

« Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont définitifs. Les arrêts d'annulation ne peuvent être rendus publics avant d'avoir été motivés par écrit.

Lorsque la Cour constitutionnelle annule l'ensemble ou un article d'une loi ou d'un décret-loi, elle ne peut pas se substituer au législateur en établissant une disposition susceptible d'entraîner une application nouvelle.

(...)

Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont immédiatement publiés au *Journal officiel* et lient les organes du législatif, de l'exécutif et du judiciaire ainsi que les autorités administratives et les personnes physiques et morales. »

### B. Historique et contexte

#### 1. Le principe de laïcité et le port de tenues religieuses

17. La République turque s'est construite autour de la laïcité. Avant et après la proclamation de la République le 29 octobre 1923, la séparation des sphères publique et religieuse fut obtenue par plusieurs réformes révolutionnaires : le 3 mars 1923, le califat fut aboli ; le 10 avril 1928, la disposition constitutionnelle selon laquelle l'islam était la religion d'Etat fut supprimée ; enfin, par une révision constitutionnelle intervenue le 5 février 1937, le principe de laïcité acquit valeur constitutionnelle (article



2 de la Constitution de 1924 et article 2 des Constitutions de 1961 et 1982, repris au paragraphe 29 ci-dessus).

18. Le principe de laïcité s'inspirait de l'évolution de la société ottomane au cours de la période qui se situe entre le XIX<sup>e</sup> siècle et la proclamation de la République. L'idée de créer un espace public moderne où l'égalité était assurée à tous les citoyens sans distinction de religion, de confession et de sexe avait déjà trouvé un écho dans les débats ottomans du XIX<sup>e</sup> siècle. Les droits des femmes ont connu un grand progrès durant cette période (l'égalité de traitement dans l'enseignement, l'interdiction de la polygamie en 1914, le transfert de la compétence juridique en matière d'affaires familiales aux tribunaux séculiers instaurés au XIX<sup>e</sup> siècle).

19. L'idéal républicain était défini à travers la visibilité publique de la femme et sa participation active à la société. Par conséquent, à l'origine, l'émancipation de la femme du religieux et la modernisation de la société ont été pensées ensemble. Ainsi, le 17 février 1926, fut adopté le code civil, qui prévoit l'égalité des sexes dans la jouissance des droits civiques, notamment dans le domaine du divorce et de la succession. Ensuite, par la révision constitutionnelle du 5 décembre 1934 (article 10 de la Constitution de 1924), les droits politiques des femmes furent reconnus au même titre que ceux des hommes.

20. En ce qui concerne la tenue vestimentaire, la première disposition adoptée fut la loi n° 671 du 28 novembre 1925 relative au port du chapeau, qui envisageait la tenue comme une question relative à la modernité. De même, le port d'un habit religieux, quelle que soit la religion ou la croyance concernée, fut interdit en dehors des lieux de culte et des cérémonies religieuses par la loi n° 2596 du 3 décembre 1934 sur la réglementation du port de certains vêtements.

21. Par ailleurs, en vertu de la loi n° 430 adoptée le 3 mars 1924 portant sur la fusion des services d'éducation, les écoles religieuses furent fermées et toutes les écoles furent rattachées au ministère de l'Éducation. Cette loi fait partie des lois ayant valeur constitutionnelle, protégées par l'article 174 de la Constitution turque.

22. En Turquie, le port du foulard islamique à l'école et à l'université est un phénomène récent, qui s'est manifesté notamment à partir des années 1980. Le sujet est largement débattu et continue à être l'objet de vifs débats

dans la société turque. Pour les partisans du foulard islamique, il s'agit d'une obligation et/ou manifestation liées à l'identité religieuse. En revanche, les tenants de la laïcité, qui font une différence entre le *başörtüsü* (foulard traditionnel anatolien, porté lâche) et le *türban* (foulard noué serré qui cache les cheveux et la gorge), considèrent le foulard islamique comme un symbole de l'islam politique. Notamment, l'arrivée au pouvoir le 28 juin 1996 d'un gouvernement de coalition constitué par le *Refah Partisi*, de tendance islamiste, et le *Doğru Yol Partisi*, de tendance de centre droit, a donné un aspect particulièrement politique à ce débat. L'ambiguïté de l'attachement aux valeurs démocratiques qui ressort des prises de position des dirigeants du *Refah Partisi*, y compris de celle du premier ministre de l'époque issu de ce parti, et des discours de ces dirigeants prônant un système multi-juridique fonctionnant selon des règles religieuses différentes pour chaque communauté religieuse, fut perçue dans la société comme une menace réelle pour les valeurs républicaines et la paix civile (voir *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 41340/98, 42342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II).

## 2. La réglementation de la tenue vestimentaire dans les établissements de l'enseignement supérieur et la jurisprudence constitutionnelle

23. Le premier texte en la matière fut le règlement du 22 juillet 1981 adopté par le Conseil des ministres, lequel imposait une tenue vestimentaire simple, sans excès et contemporaine au personnel travaillant dans les organismes et institutions publiques ainsi qu'aux agents et étudiantes des établissements rattachés aux ministères. De même, selon ce règlement, les femmes, lors de l'exercice de leur fonction, et les étudiantes devaient être non voilées dans les établissements d'enseignement.

24. Le 20 décembre 1982, une circulaire relative au port du foulard dans les établissements de l'enseignement supérieur fut adoptée par le Conseil de l'enseignement supérieur. Ce texte interdisait le port du foulard islamique dans les salles de cours. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 13 décembre 1984, confirma la légalité de cette réglementation et considéra que :

« Au-delà d'une simple habitude innocente, le foulard est en train de devenir le symbole d'une vision contraire aux libertés de la femme et aux principes fondamentaux de la République. »

25. Le 10 décembre 1988 entra en vigueur l'article 16



provisoire de la loi n° 2547 portant sur l'enseignement supérieur (« loi n° 2547 »). La disposition en question était ainsi libellée :

« Une tenue ou une apparence contemporaine est obligatoire dans les locaux et couloirs des établissements de l'enseignement supérieur, écoles préparatoires, laboratoires, cliniques et polycliniques. Le port d'un voile ou d'un foulard couvrant le cou et les cheveux pour des raisons de conviction religieuse est libre. »

26. Par un arrêt du 7 mars 1989 publié au *Journal officiel* le 5 juillet 1989, la Cour constitutionnelle déclara la disposition précitée contraire aux articles 2 (laïcité), 10 (égalité devant la loi) et 24 (liberté de religion) de la Constitution. De même, elle considéra que cette disposition ne saurait non plus se concilier avec le principe d'égalité des sexes qui se dégageait, entre autres, des valeurs républicaines et révolutionnaires (préambule et article 174 de la Constitution).

Dans leur arrêt, les juges constitutionnels expliquèrent tout d'abord que la laïcité avait acquis valeur constitutionnelle en raison de l'expérience historique du pays et des particularités de la religion musulmane par rapport aux autres religions, et qu'elle constituait l'une des conditions indispensables de la démocratie et le garant de la liberté de religion et du principe d'égalité devant la loi. La laïcité interdisait aussi à l'Etat de témoigner une préférence pour une religion ou croyance et, en conséquence, un Etat laïque ne pouvait pas invoquer la conviction religieuse dans sa fonction législative. Ils considérèrent notamment :

« La laïcité est l'organisatrice civique de la vie politique, sociale et culturelle, qui se fonde sur la souveraineté nationale, la démocratie, la liberté et la science. La laïcité est le principe qui offre à l'individu la possibilité d'affirmer sa personnalité propre grâce à la liberté de pensée et qui, en réalisant la distinction entre la politique et les croyances religieuses, rend effectives les libertés de conscience et de religion. Dans les sociétés fondées sur la religion, qui fonctionnent avec la pensée et les règlements religieux, l'organisation politique a un caractère religieux. Dans le régime laïque, la religion est préservée d'une politisation. Elle n'est plus un outil de l'administration et se maintient à sa place respectable, qui est à évaluer par la conscience de tout un chacun (...) »

Soulignant le caractère inviolable de la liberté de religion, de conscience et de culte, les juges constitutionnels observèrent que cette liberté, qui ne pouvait pas être assimilée au port d'un habit religieux spécifique, garantissait avant tout la liberté d'adhérer ou non à une religion. Ils relevèrent que, en dehors du cadre intime réservé à l'individu, la liberté de manifester la religion pouvait

être restreinte pour des raisons d'ordre public dans le but de préserver le principe de laïcité.

Selon les juges constitutionnels, chacun peut s'habiller comme il le veut. Il convient aussi de respecter les valeurs et traditions sociales et religieuses de la société. Toutefois, lorsqu'une forme de tenue est imposée aux individus par référence à une religion, celle-ci est perçue et présentée comme un ensemble de valeurs incompatible avec les valeurs contemporaines. Au surplus, en Turquie, où la majorité de la population est de confession musulmane, le fait de présenter le port du foulard islamique comme une obligation religieuse contraignante entraînerait une discrimination entre les pratiquants, les croyants non pratiquants et les non croyants en fonction de leur tenue, et signifierait indubitablement que les personnes qui ne portent pas le foulard sont contre la religion ou sans religion.

Les juges constitutionnels soulignèrent aussi que les étudiants doivent pouvoir travailler et se former ensemble dans un climat de sérénité, de tolérance et d'entraide sans que le port de signes d'appartenance à une religion les en empêche. Ils estimèrent que, indépendamment de la question de savoir si le foulard islamique était un précepte de la religion musulmane, la reconnaissance juridique d'un tel symbole religieux dans ces établissements n'était pas non plus compatible avec la neutralité de l'enseignement public, dans la mesure où une telle reconnaissance était de nature à générer des conflits entre les étudiants en fonction de leurs idées ou croyances religieuses.

27. Le 25 octobre 1990 entra en vigueur l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, ainsi libellé :

« A condition de ne pas être contraire aux lois en vigueur, la tenue est libre dans les établissements de l'enseignement supérieur. »

28. Dans son arrêt du 9 avril 1991, publié au *Journal officiel* le 31 juillet 1991, la Cour constitutionnelle déclara la disposition précitée conforme à la Constitution, considérant qu'à la lumière des principes qui se dégagent de son arrêt du 7 mars 1989, celle-ci n'autorisait pas le port du foulard pour des motifs religieux dans les établissements de l'enseignement supérieur. Elle déclara notamment :

« (...) l'expression « lois en vigueur » vise avant toute chose la Constitution (...) Dans les établissements de l'enseignement supérieur, se couvrir le cou et les cheveux avec un voile ou un foulard pour des raisons de conviction religieuse est contraire aux principes de laïcité et d'égalité. Dans cette situation, la liberté vestimentaire dans les établissements de l'enseignement supérieur reconnue dans la disposition litigieuse « ne concerne pas les vêtements de caractère religieux ni le fait de se couvrir le cou et les cheveux avec



un voile et un foulard » (...) La liberté reconnue par cet article [article 17 provisoire] est subordonnée à la condition de ne pas être contraire « aux lois en vigueur ». Or l'arrêt de la Cour constitutionnelle [du 7 mars 1989] établit que le fait de se couvrir le cou et les cheveux avec un foulard est avant tout contraire à la Constitution. Par conséquent, la condition énoncée à l'article précité de ne pas être contraire aux lois en vigueur place en dehors du champ d'application de la liberté vestimentaire le fait de « se couvrir le cou et les cheveux avec un foulard » (...) »

### 3. Application à l'Université d'Istanbul

29. Créée au XV<sup>e</sup> siècle, l'Université d'Istanbul forme un des principaux pôles d'enseignement supérieur public en Turquie. Elle est composée de dix-sept facultés dont deux de médecine, à savoir la faculté de médecine de Cerrahpaşa et celle de Çapa, et de douze écoles supérieures. Elle accueille environ 50 000 étudiants.

30. En 1994, à la suite d'une campagne de pétitions lancée par les étudiantes inscrites au programme de formation des sages-femmes de l'École supérieure des métiers de la santé de l'université, le recteur diffusa une note d'information par laquelle il exposait le contexte dans lequel se situe la question du foulard islamique et le fondement juridique de la réglementation en la matière. Il déclara notamment :

« L'interdiction du port du foulard par les étudiantes inscrites au programme de formation des sages-femmes pendant les cours pratiques n'a pas pour objet de porter atteinte à leur liberté de conscience et de religion, mais d'agir conformément aux lois et règlements en vigueur. Lorsqu'elle exerce sa profession, une sage-femme ou une infirmière est en uniforme. Cet uniforme est décrit et identifié par les règlements adoptés par le ministère de la Santé (...) Les étudiantes qui souhaitent intégrer cette profession le savent. Imaginez une étudiante sage-femme avec un manteau à manches longues qui veut retirer un bébé d'une couveuse ou l'y installer ou qui assiste un médecin dans une salle d'opération ou dans une salle d'accouchement. »

31. Considérant que la manifestation visant à obtenir l'autorisation de porter le foulard islamique dans tous les espaces de l'université tendait à prendre une tournure susceptible de porter atteinte à l'ordre et à la paix de l'université, de la faculté et de l'hôpital Cerrahpaşa ainsi que de l'École supérieure des métiers de la santé, et invoquant notamment les droits des malades, le recteur pria les étudiants de respecter les règles relatives à la tenue vestimentaire.

32. La décision concernant la tenue vestimentaire des étudiants et agents publics adoptée le 1<sup>er</sup> juin 1994 par la direction de l'université est rédigée comme suit :

« Dans les universités, la tenue vestimentaire est définie par les lois et règlements. La Cour constitutionnelle a rendu un arrêt empêchant le port d'une tenue religieuse dans les universités.

Cet arrêt vaut pour tous les étudiants de notre université ainsi que pour le personnel académique, administratif et autre, à tous les niveaux. En particulier, les infirmières, sages-femmes, médecins et vétérinaires sont tenus de respecter, au cours des travaux pratiques de santé et de science appliquée (travaux d'infirmier, de laboratoire, de salle d'opération, de microbiologie), la réglementation portant sur la tenue vestimentaire telle que définie par les exigences scientifiques et la législation. Ceux qui ne se conforment pas à cette tenue vestimentaire ne seront pas acceptés aux travaux pratiques. »

33. Le 23 février 1998 fut diffusée une circulaire régissant l'entrée des étudiants barbus et des étudiantes portant le foulard islamique, signée par le recteur de l'Université d'Istanbul (voir le texte de cette circulaire au paragraphe 16 ci-dessus).

34. La décision n<sup>o</sup> 11 du 9 juillet 1998 adoptée par l'Université d'Istanbul est rédigée en ces termes :

« 1. Les étudiants de l'Université d'Istanbul sont tenus de respecter les principes juridiques et les règles relatives à la tenue vestimentaire définies dans les décisions de la Cour constitutionnelle et des hauts organes judiciaires.

2. Les étudiants de l'Université d'Istanbul ne peuvent porter aucune tenue vestimentaire symbolisant ou manifestant une quelconque religion, confession, race, inclination politique ou idéologique dans aucun établissement et département de l'université d'Istanbul et dans aucun espace appartenant à cette université.

3. Les étudiants de l'Université d'Istanbul sont tenus de se conformer, dans les établissements et départements auxquels ils sont inscrits, aux règles qui prescrivent des tenues vestimentaires particulières pour des raisons liées à la profession.

4. Les photographies remises par les étudiants de l'Université d'Istanbul à leur établissement ou département [doivent être prises] de « face », « la tête et le cou découverts », doivent dater de moins de six mois et permettre d'identifier facilement l'étudiant.

5. Ceux qui ont une attitude contraire aux points énoncés ci-dessus ou qui encouragent par leurs paroles, leurs écrits ou leurs activités une telle attitude feront l'objet d'une procédure en vertu des dispositions du



règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants. »

#### 4. *Le règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants*

35. Le règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants, publié au *Journal officiel* le 13 janvier 1985, prévoit cinq sanctions disciplinaires, à savoir l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire d'une semaine à un mois, l'exclusion temporaire d'un à deux semestres et l'exclusion définitive.

36. Le simple fait de porter le foulard islamique dans l'enceinte des universités n'est pas constitutif d'une infraction disciplinaire.

37. En vertu de l'article 6 a) du règlement « le fait d'avoir un comportement et une attitude qui ne s'écrit pas à la dignité que nécessite la qualité d'élève » constitue un acte ou comportement appelant un avertissement. Un blâme sera infligé entre autres lorsqu'un étudiant a une attitude de nature à ébranler le sentiment d'estime et de confiance que nécessite la qualité d'étudiant ou lorsqu'il dérange l'ordre des cours, séminaires, travaux pratiques, en laboratoire ou en atelier (article 7 a) et e)). Un étudiant qui restreint directement ou indirectement la liberté d'apprendre et d'enseigner et qui a une attitude de nature à rompre le calme, la tranquillité et l'atmosphère de travail des établissements de l'enseignement supérieur ou qui se livre à des activités politiques dans un tel établissement est sanctionné par une exclusion temporaire allant d'une semaine à un mois (article 8 a) et c)). En vertu de l'article 9 j), le fait d'organiser ou de participer à des réunions non autorisées dans l'enceinte universitaire est puni d'une exclusion d'un à deux semestres.

38. La procédure d'enquête disciplinaire est régie par les articles 13 à 34 du règlement en question. Selon les articles 16 et 33, les droits de la défense des étudiants doivent être respectés et le conseil disciplinaire doit prendre en considération la raison qui a conduit l'étudiant à se livrer à une activité contraire au règlement. Par ailleurs, toutes les sanctions disciplinaires peuvent être soumises au contrôle des tribunaux administratifs.

#### 5. *Le pouvoir réglementaire des organes de direction des universités*

39. Les universités étant des personnes morales de droit public en vertu de l'article 130 de la Constitution, elles sont dotées d'une autonomie, sous le contrôle de l'Etat, qui se traduit par la présence à leur tête d'organes de

direction, tel le recteur, disposant des pouvoirs dévolus par les lois.

L'article 13 de la loi n° 2547, dans ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

« (...) b. Pouvoirs, compétences et responsabilités du recteur :

1. Présider les conseils de l'université, exécuter les décisions de ces derniers, examiner les propositions des conseils universitaires et prendre les décisions nécessaires, et assurer le fonctionnement coordonné des établissements rattachés à l'université ; (...)

5. Assurer la surveillance et le contrôle des unités de l'université et de son personnel de tous niveaux.

C'est le recteur qui est principalement compétent et responsable pour prendre, le cas échéant, des mesures de sécurité ; pour assurer la surveillance et le contrôle administratifs et scientifiques dans le fonctionnement de l'enseignement (...)

40. Le pouvoir de contrôle et de surveillance accordé au recteur par l'article 13 de la loi n° 2547 est soumis au principe de légalité et au contrôle du juge administratif.

#### C. *La force contraignante de la motivation des arrêts de la Cour constitutionnelle*

41. Dans son arrêt du 27 mai 1999 (E. 1998/58, K. 1999/19), publié au *Journal officiel* le 4 mars 2000, la Cour constitutionnelle déclara notamment :

« Le législatif et l'exécutif sont liés tant par le dispositif des arrêts que par leur motivation dans son ensemble. Les arrêts, avec leur motivation, contiennent les critères d'appréciation des activités législatives et en définissent les lignes directrices. »

#### D. *Droit comparé*

42. Depuis plus d'une vingtaine d'années, la place du voile islamique dans l'enseignement public suscite en Europe la controverse. Dans la majorité des pays européens, le débat concerne principalement les établissements d'enseignement du primaire et du secondaire. En revanche, en Turquie, en Azerbaïdjan et en Albanie, ce débat tourne non seulement autour de la liberté personnelle mais également de la signification politique du voile islamique. En effet, dans ces trois seuls pays, le port de celui-ci est réglementé dans l'espace universitaire.

43. En France, où la laïcité est considérée comme un des fondements des valeurs républicaines, a été adoptée la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de



laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Cette loi insère dans le code de l'éducation un article L. 141-5-1 ainsi rédigé : « 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. Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève. »

La loi s'applique à l'ensemble des écoles et établissements scolaires publics, y compris aux formations post-baccalauréat (classes préparatoires aux grandes écoles, sections de technicien supérieur). Elle n'est pas applicable aux universités publiques. En outre, elle ne concerne, comme l'indique la circulaire du 18 mai 2004, que « les signes (...) dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse, tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive. »

44. En Belgique, il n'existe pas de norme générale d'interdiction du port de signes religieux dans les écoles. Dans la communauté française, le décret du 13 mars 1994 définit la neutralité de l'enseignement. Les élèves sont en principe autorisés à arborer un signe religieux. D'une part, cette liberté s'exerce à la seule condition que soient sauvegardés les droits de l'homme, la réputation d'autrui, la sécurité nationale, l'ordre public, la santé et la moralité publique, et que soit respecté le règlement d'ordre intérieur. D'autre part, l'enseignant doit veiller à ce que, sous son autorité, ne se développe ni le prosélytisme religieux ou philosophique ni le militantisme politique organisés par ou pour les élèves. Ce décret mentionne comme motif de restriction admissible le règlement d'ordre intérieur de l'établissement. En outre, le 19 mai 2004, la communauté française a adopté un décret relatif à la mise en œuvre de l'égalité de traitement. En ce qui concerne la communauté flamande, la situation des établissements n'est pas uniforme quant à la question de l'acceptation du port de signes religieux. Certains établissements l'interdisent, d'autres l'autorisent. Dans ce dernier cas, des restrictions sont admises sur la base de critères d'hygiène et de sécurité.

45. Dans d'autres pays, parfois après un long débat juridique, l'enseignement public accepte en principe les jeunes filles musulmanes qui portent le foulard islamique (Allemagne, Autriche, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse).

46. En Allemagne, où le débat s'était concentré sur le

port du foulard islamique par les enseignantes, la Cour constitutionnelle a indiqué le 24 septembre 2003 dans une affaire opposant l'une d'elles au Land de Bade-Wurtemberg que l'absence d'interdiction législative explicite permettait le port du foulard par les enseignantes. Par conséquent, elle a imposé aux *Länder* l'obligation de réglementer la tenue vestimentaire des enseignants quand ils veulent leur interdire le port du foulard islamique dans les écoles publiques.

47. En Autriche, il n'y a pas de législation spécifique sur le port du foulard, du turban et de la kippa. Il est en général considéré que l'interdiction du port du voile est uniquement justifiée lorsque la santé ou la sécurité des élèves est en cause.

48. Au Royaume-Uni, une attitude tolérante prévaut à l'égard du port de signes religieux par les élèves. Des difficultés en relation avec le port du voile islamique ne surviennent que rarement. La question a également été débattue dans le cadre du principe d'élimination de la discrimination raciale à l'école en vue de protéger le caractère multiculturel des établissements d'enseignement (voir notamment l'affaire *Mandla v. Dowell, The Law Reports* 1983, 548-570). La Commission pour l'égalité raciale, dont les avis ne constituent que des recommandations, s'est également prononcée sur la question du foulard islamique en 1988 à l'occasion de l'affaire de la *grammar school de D'Altrincham* qui a abouti à un compromis entre l'école et la famille de deux sœurs souhaitant porter le foulard islamique dans une école privée. L'école a accepté le port du voile islamique, à condition que celui-ci soit dépourvu de toute décoration et soit de couleur bleu marine, comme l'uniforme de l'école, et maintenu serré au niveau du cou.

Dans l'affaire *R. (On the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2004], la *High Court of Justice* de Londres a été appelée à trancher une affaire opposant une élève musulmane souhaitant porter le *jilbab* (ample toge couvrant tout le corps) à l'école. Cette dernière imposait aux élèves un uniforme, dont une des options correspondait au port du voile et une longue tenue traditionnelle du sous-continent indien (*shalwar kameez*). En juin 2004, le tribunal a débouté l'élève et n'a discerné aucune violation de la liberté de religion. Toutefois, ce jugement a été infirmé en appel en mars 2005 par la *Court of Appeal*, qui a accepté l'existence d'une ingérence dans la liberté de religion de l'élève, étant donné qu'une minorité des musulmans au Royaume-Uni estimait qu'il y avait une obligation religieuse de porter le *jilbab* à partir de l'âge de la puberté et que l'élève s'y ralliait sincèrement. Cette



ingérence n'avait pas été justifiée par les autorités scolaires parce que la procédure de décision n'était pas compatible avec la liberté de religion.

49. En Espagne, la législation n'interdit pas d'une façon expresse le port de couvre-chefs religieux par les élèves dans l'enseignement public. Deux décrets royaux du 26 janvier 1996, applicables par défaut dans l'enseignement primaire et secondaire en l'absence de mesures prises par les communautés autonomes, compétentes en la matière, accordent aux conseils d'établissement la compétence pour adopter le règlement intérieur, qui peut notamment comporter des dispositions sur la tenue vestimentaire. Dans l'ensemble, le port du foulard est accepté par les établissements scolaires publics.

50. En Finlande et en Suède, le foulard islamique a été admis à l'école. Toutefois, une distinction est faite entre la *bourca* (désigne le voile intégral couvrant l'ensemble du corps et du visage) et le *niqab* (voile recouvrant tout le haut du corps à l'exception des yeux). Notamment en Suède, des directives contraignantes ont été adoptées en 2003 par l'agence nationale de l'éducation. Elles autorisent une école à interdire la *bourca* et le *niqab*, mais à condition que pareille mesure soit prise dans un esprit de dialogue sur les valeurs communes d'égalité des sexes et de respect du principe démocratique sur lequel se base le système éducatif.

51. Aux Pays-Bas, où la question du foulard islamique est appréhendée non pas sous l'angle de la liberté de religion mais sous celui de la discrimination, le foulard islamique est généralement toléré. En 2003, une directive non contraignante a été élaborée. Les écoles peuvent imposer des uniformes aux élèves à condition que les exigences ainsi prévues ne soient pas discriminatoires, qu'elles figurent dans le guide de l'école et que leur méconnaissance ne soit pas sanctionnée de manière disproportionnée. Par ailleurs, il est considéré que l'interdiction de la *bourca* est justifiée pour permettre d'identifier les élèves ou d'assurer la communication avec elles. En outre, la commission pour l'égalité de traitement a estimé, en 1997, qu'interdire le port du voile durant des cours de gymnastique pour des motifs de sécurité n'était pas discriminatoire.

52. Il apparaît que, dans plusieurs autres pays, le foulard islamique n'a encore jamais été l'objet d'une discussion juridique approfondie, et il est admis dans l'école (Russie, Roumanie, Hongrie, Grèce, République tchèque, Slovaquie, Pologne).

### ***E. Les textes pertinents du Conseil de l'Europe relatifs à l'enseignement supérieur***

53. Concernant les divers textes adoptés par le Conseil de l'Europe dans le domaine de l'enseignement supérieur, il y a lieu tout d'abord de citer, parmi les travaux de l'Assemblée parlementaire, la Recommandation 1353 (1998) portant sur l'accès des minorités à l'enseignement supérieur, adoptée le 27 janvier 1998, ainsi que, parmi les travaux du Comité des ministres, la Recommandation n° R (98) 3 sur l'accès à l'enseignement supérieur, adoptée le 17 mars 1998.

En la matière, il convient également de mentionner une convention conjointe du Conseil de l'Europe et de l'UNESCO, à savoir la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne, qui a été signée à Lisbonne le 11 avril 1997 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1999.

54. Dans son préambule, la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne énonce :

« Conscientes du fait que le droit à l'éducation est un droit de l'homme et que l'enseignement supérieur, qui joue un rôle éminent dans l'acquisition et dans le progrès de la connaissance, constitue une exceptionnelle richesse culturelle et scientifique, tant pour les individus que pour la société (...) »

55. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 17 mars 1998 la Recommandation n° R (98) 3 sur l'accès à l'enseignement supérieur. En vertu du préambule de ce texte :

« l'enseignement supérieur a un rôle essentiel à jouer dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et dans le renforcement de la démocratie pluraliste et de la tolérance [et] (...) l'élargissement des possibilités de participation à l'enseignement supérieur aux membres de tous les groupes de la société peut contribuer à garantir la démocratie et à instaurer la confiance dans des situations de tension sociale (...) »

56. De même, l'article 2 de la Recommandation 1353 (1998) portant sur l'accès des minorités à l'enseignement supérieur, adoptée le 27 janvier 1998 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, est ainsi libellé :

« L'éducation est un droit fondamental de la personne et, par conséquent, l'accès à tous les niveaux d'enseignement, y compris supérieur, devrait être ouvert dans les mêmes conditions à tous les résidents permanents des



Etats signataires de la Convention culturelle européenne. »

## EN DROIT

### I. Sur la violation alléguée de l'article 9 de la Convention

57. La requérante soutient que l'interdiction de porter le foulard islamique dans les établissements de l'enseignement supérieur constitue une atteinte injustifiée à son droit à la liberté de religion, en particulier à son droit de manifester sa religion.

Elle invoque l'article 9 de la Convention, ainsi libellé :

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

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

#### A. Arrêt de la Chambre

58. La chambre a constaté que la réglementation de l'Université d'Istanbul, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions, et les mesures d'application y afférentes ont constitué une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit de manifester sa religion. Elle a conclu que cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait l'un des buts légitimes énoncés dans le deuxième paragraphe de l'article 9 et était justifiée dans son principe et proportionnée aux buts poursuivis, et pouvait donc être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » (paragraphe 66-116 de l'arrêt de la chambre).

#### B. Thèses des parties devant la Grande Chambre

59. Dans sa demande de renvoi à la Grande Chambre du 27 septembre 2004 et dans sa plaidoirie à l'audience, la requérante a contesté les considérations qui ont conduit

la chambre à conclure à l'absence de violation de l'article 9 de la Convention.

60. En revanche, dans ses observations présentées à la Grande Chambre le 27 janvier 2005, la requérante a combattu l'idée d'obtenir la reconnaissance juridique du port du foulard islamique en tout lieu pour toutes les femmes, et a notamment dit ceci : « L'arrêt de section implique l'idée que le port du foulard n'est pas toujours protégé par la liberté de religion. [Je] ne conteste pas cette approche. »

61. Le Gouvernement demande à la Grande Chambre d'entériner le constat de la chambre selon lequel il n'y a pas eu violation de l'article 9.

#### C. Appréciation de la Cour

62. La Cour doit rechercher s'il y a eu ingérence dans le droit de la requérante garanti par l'article 9 et, dans l'affirmative, si cette ingérence était « prévue par la loi », poursuivait un but légitime et était « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 9 § 2 de la Convention.

##### 1. Sur l'existence d'une ingérence

63. La requérante déclare que son habillement doit être traité comme l'observance d'une règle religieuse, qu'elle considère comme une « pratique reconnue ». Elle soutient que la restriction litigieuse, à savoir la réglementation du port du foulard islamique dans l'enceinte universitaire, constitue une ingérence manifeste dans son droit à la liberté de manifester sa religion.

64. Le Gouvernement ne s'est pas prononcé sur cette question devant la Grande Chambre.

65. En ce qui concerne l'existence d'une ingérence, la Grande Chambre souscrit aux constats suivants de la chambre (paragraphe 71 de son arrêt) :

« Selon la requérante, en revêtant un foulard, elle obéit à un précepte religieux et, par ce biais, manifeste sa volonté de se conformer strictement aux obligations de la religion musulmane. Dès lors, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et, sans se prononcer sur la question de savoir si cet acte, dans tous les cas, constitue l'accomplissement d'un devoir religieux, la Cour partira du principe que la réglementation litigieuse, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions de lieu et de forme dans les universités, a constitué une ingérence dans l'exercice par



la requérante du droit de manifester sa religion. »

## 2. Prévues par la loi

### a) Thèses des parties devant la Grande Chambre

**66.** La requérante fait valoir l'absence de règle de « droit écrit » interdisant à une femme vêtue d'un foulard islamique de poursuivre ses études à l'université, au moment de son inscription à l'université en 1993 et dans la période qui s'en est suivie. Elle explique notamment qu'en vertu du règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants, le simple fait de porter le foulard islamique n'est pas constitutif d'une infraction (paragraphe 49 et 50 ci-dessus). En effet, le premier acte réglementaire restrictif applicable à son égard sera, quatre ans et demi plus tard, la circulaire du rectorat du 23 février 1998.

**67.** Selon la requérante, l'on ne peut pas prétendre que la source légale de la réglementation litigieuse était la jurisprudence des tribunaux turcs, étant donné que ces derniers, seuls habilités à appliquer la loi, n'ont pas compétence pour élaborer de nouvelles règles de droit. Dans ses arrêts des 7 mars 1989 et 9 avril 1991 (paragraphe 39 et 41 ci-dessus), la Cour constitutionnelle n'a certes pas excédé ses pouvoirs en posant une interdiction à l'égard des particuliers. Toutefois, le législateur n'a pas déduit du premier arrêt de la Cour constitutionnelle une injonction d'interdire le port du foulard islamique. Or, aucune disposition des lois en vigueur n'interdit aux étudiantes de porter un foulard dans l'enceinte des établissements de l'enseignement supérieur, et la motivation développée par la Cour constitutionnelle pour appuyer sa conclusion n'a pas de valeur juridique.

**68.** Selon la requérante, il ne fait aucun doute que les autorités universitaires, y compris les rectorats et décanats, peuvent exercer les compétences qui leur sont attribuées par le droit. Par ailleurs, l'étendue, les limites, les procédures d'exercice ainsi que les mesures destinées à éviter un exercice abusif de ces compétences sont également définies par le droit. Or en l'espèce, ni les lois en vigueur ni le règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants n'attribuent au rectorat la compétence et le pouvoir de refuser aux étudiantes « portant le foulard » l'accès aux locaux de l'établissement ou aux salles d'examen. Au demeurant, selon elle, le pouvoir législatif n'a jamais adopté une position générale interdisant le port de signes religieux dans les écoles et les universités et, à aucun moment, ne s'est constituée au Parlement une telle volonté, nonobstant le fait que le port du foulard islami-

que était l'objet d'une très vive controverse. Par ailleurs, dans aucun règlement d'ordre général les autorités administratives n'ont adopté de dispositions prévoyant l'application de sanctions disciplinaires aux étudiantes portant un foulard dans un établissement de l'enseignement supérieur, ce qui signifie l'absence d'une telle interdiction.

**69.** Aux yeux de la requérante, l'ingérence dans son droit n'avait pas de caractère prévisible et ne reposait pas sur une « loi » au sens de la Convention.

**70.** Le Gouvernement s'est borné à demander à la Grande Chambre d'entériner le constat de la chambre sur ce point.

### b) Appréciation de la Cour

**71.** La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'expression « prévue par la loi » veut d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais a trait aussi à la qualité de la loi en question : cette expression exige l'accessibilité de la loi aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé et de régler leur conduite (*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, § 64, CEDH 2004-...).

**72.** La Cour observe que les arguments de la requérante relatifs à l'imprévisibilité alléguée du droit turc ne concernent pas la circulaire du 23 février 1998 sur laquelle était fondée l'interdiction d'accès aux cours, stages et travaux pratiques aux étudiantes voilées. En effet, ce texte émanait du recteur de l'Université d'Istanbul, qui a agi en tant que personne principalement compétente et responsable, chargée d'assurer la surveillance et le contrôle administratifs et scientifiques dans le fonctionnement de l'université ; il a adopté la circulaire en question dans le cadre légal défini par l'article 13 de la loi n° 2547 (paragraphe 52 ci-dessus) et conformément aux textes réglementaires adoptés antérieurement.

**73.** Selon la requérante, toutefois, ce texte n'est pas compatible avec l'article 17 provisoire de la loi n° 2547 dans la mesure où ledit article n'interdisait pas le port du foulard islamique, et il n'existe aucune règle législative susceptible de constituer la source légale d'une disposition réglementaire.

**74.** La Cour doit donc rechercher si l'article 17 provisoire de la loi n° 2547 peut constituer le fondement légal



de la circulaire en question. Elle rappelle à cet égard qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et appliquer le droit interne (*Kruslin c. France*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A, p. 21, § 29). Or, les tribunaux administratifs, pour écarter le moyen tiré de l'illégalité du texte litigieux, se sont appuyés sur la jurisprudence constante du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle (paragraphe 19 ci-dessus).

75. Par ailleurs, en ce qui concerne l'expression « prévue par la loi » figurant aux articles 8 à 11 de la Convention, la Cour rappelle avoir toujours entendu le terme « loi » dans son acception « matérielle » et non « formelle » ; elle y a inclus à la fois du « droit écrit », comprenant aussi bien des textes de rang infralégislatif (*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 45, § 93) que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome (*Bartold c. Allemagne*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90, p. 21, § 46) et le « droit non écrit ». La « loi » doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le « droit élaboré » par les juges (voir, entre autres, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 30, § 47, *Kruslin*, précité, § 29 *in fine*, et *Casado Coca c. Espagne*, arrêt du 24 février 1994, série A n° 285-A, p. 18, § 43). En résumé, la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété.

76. Il convient dès lors d'examiner la question sur la base, non seulement du libellé de l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, mais aussi de la jurisprudence pertinente des tribunaux internes.

A cet égard, à la lecture dudit article, comme la Cour constitutionnelle l'a souligné dans son arrêt du 9 avril 1991 (paragraphe 41 ci-dessus), la liberté vestimentaire dans les établissements de l'enseignement supérieur n'est pas absolue. Aux termes dudit article, la tenue des étudiants est libre « à condition de ne pas être contraire aux lois en vigueur ».

77. Le différend porte alors sur la signification des mots « lois en vigueur » figurant dans la disposition précitée.

78. La Cour rappelle que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. Il faut en plus avoir à l'esprit qu'aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire, car il faudra toujours élucider les

points obscurs et s'adapter aux circonstances particulières. A lui seul, un certain doute à propos de cas limites ne suffit pas à rendre l'application d'une disposition légale imprévisible. En outre, une telle disposition ne se heurte pas à l'exigence de prévisibilité aux fins de la Convention du simple fait qu'elle se prête à plus d'une interprétation. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne (*Gorzelik et autres*, précité, § 65).

79. La Cour note à cet égard que, dans son arrêt précité, la Cour constitutionnelle a considéré que les termes « lois en vigueur » englobent nécessairement la Constitution. Il ressort par ailleurs de cet arrêt que le fait d'autoriser les étudiantes à « se couvrir le cou et les cheveux avec un voile ou un foulard pour des raisons de conviction religieuse » dans les universités était contraire à la Constitution (paragraphe 41 ci-dessus).

80. Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ayant force contraignante (paragraphe 29 et 54 ci-dessus) et étant accessible dès lors qu'elle avait été publiée au *Journal officiel* le 31 juillet 1991, complétait la lettre de l'article 17 provisoire et s'alignait sur la jurisprudence constitutionnelle antérieure (paragraphe 39 ci-dessus). Au surplus, depuis de longues années déjà, le Conseil d'Etat considérait que le port du foulard islamique par les étudiantes n'était pas compatible avec les principes fondamentaux de la République, dès lors que celui-ci était en passe de devenir le symbole d'une vision contraire aux libertés de la femme et aux principes fondamentaux (paragraphe 37 ci-dessus).

81. Pour ce qui est de l'argument de la requérante selon lequel le pouvoir législatif n'a jamais adopté une telle interdiction, la Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un Etat défendeur pour réglementer tel ou tel domaine ; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention (*Gorzelik et autres*, précité, § 67).

82. En outre, la Cour estime que, si l'Université d'Istanbul ou d'autres universités ont appliqué plus ou moins strictement une règle existante, tel l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, lu à la lumière de la jurisprudence pertinente, en fonction du contexte et des particularités des formations proposées, une telle pratique, à elle seule, ne rend pas cette règle imprévisible. En effet, dans le



système constitutionnel turc, les organes directeurs des universités ne peuvent en aucun cas apporter une restriction aux droits fondamentaux sans une base légale (voir l'article 13 de la Constitution, paragraphe 29 ci-dessus). Leur rôle se limite à adopter les règles internes d'un établissement d'enseignement dans le respect du principe de légalité et sous le contrôle des juges administratifs.

83. Par ailleurs, la Cour peut admettre que, dans un domaine tel que les règles internes d'une université, il peut se révéler difficile d'élaborer des lois d'une très grande précision, voire inopportun de formuler des règles rigides (voir, *mutatis mutandis*, *Gorzelik et autres*, précité, § 67).

84. De même, il est hors de doute que le port du foulard islamique était réglementé au moins dès 1994 à l'Université d'Istanbul, soit bien avant que la requérante ne s'y inscrive (paragraphe 43 et 45 ci-dessus).

85. Dans ces conditions, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse avait une base légale en droit turc, à savoir l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, lu à la lumière de la jurisprudence pertinente des tribunaux internes. La loi était aussi accessible et peut passer pour être libellée avec suffisamment de précision pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité. En effet, la requérante pouvait prévoir, dès son entrée à l'Université d'Istanbul, que le port du foulard islamique par les étudiantes était réglementé dans l'espace universitaire et, à partir du 23 février 1998, qu'elle risquait de se voir refuser l'accès aux cours et aux épreuves si elle persistait à porter le foulard.

### 3. *But légitime*

86. Eu égard aux circonstances de la cause et aux termes des décisions des juridictions internes, la Cour peut accepter que l'ingérence incriminée poursuivait pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre, ce qui ne prête pas à controverse entre les parties.

#### 4. « *Nécessaire dans une société démocratique* »

##### a) Thèses des parties devant la Grande Chambre

###### i. La requérante

87. La requérante conteste les considérations de la chambre. Dans ses observations du 27 septembre 2004 et

dans sa plaidoirie à l'audience, elle a souligné notamment que les notions de « démocratie » et de « république » ne sont pas similaires. Alors que beaucoup de régimes totalitaires se réclament de « la République », seule une véritable démocratie peut être fondée sur les principes de pluralisme et d'esprit d'ouverture. Selon elle, en Turquie, l'organisation des systèmes judiciaire et universitaire a été façonnée au gré des coups d'Etat militaires de 1960, 1971 et 1980. En outre, se référant à la jurisprudence de la Cour et à la pratique adoptée dans plusieurs pays européens, la requérante soutient que les Etats contractants ne doivent pas disposer d'une large marge d'appréciation en matière de tenue vestimentaire des étudiants. Elle explique notamment que dans aucun pays européen il n'est interdit aux étudiantes de porter le foulard islamique dans les universités. Par ailleurs, elle soutient qu'aucune tension n'est survenue dans les établissements de l'enseignement supérieur pour justifier une telle mesure radicale.

88. Toujours dans ses observations précitées, la requérante explique que les étudiantes sont des adultes disposant d'une faculté d'appréciation, de leur pleine capacité juridique et de celle de décider librement de la conduite à tenir. Est par conséquent dénuée de tout fondement l'allégation selon laquelle, en revêtant le foulard islamique, elle se montrerait irrespectueuse envers les convictions d'autrui ou chercherait à influencer les autres et à porter atteinte aux droits et libertés d'autrui. Elle n'a créé aucune entrave externe à une quelconque liberté avec le soutien ou l'autorité de l'Etat. Il s'agit en effet d'un choix fondé sur sa conviction religieuse, laquelle constitue le droit fondamental le plus important que lui accorde la démocratie pluraliste et libérale. Il est à ses yeux incontestable qu'une personne est libre de s'imposer des restrictions si elle les juge appropriées. Par ailleurs, il est injuste de considérer que le port du foulard islamique par elle-même est contraire au principe d'égalité des hommes et des femmes, étant donné que toutes les religions imposent de telles restrictions vestimentaires et que les individus sont libres de s'y conformer ou non.

89. En revanche, dans ses observations du 27 janvier 2005, la requérante a dit pouvoir accepter l'idée que le port du foulard islamique n'est pas toujours protégé par la liberté de religion (paragraphe 73 ci-dessus).

###### ii. Le Gouvernement

90. Le Gouvernement souscrit à la conclusion de la chambre (paragraphe 71 ci-dessus).



## b) Appréciation de la Cour

### i. Principes généraux

**91.** La Cour rappelle que, telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer (voir, entre autres, *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A, p. 17, § 3, et *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, § 34, CEDH 1999-I).

**92.** Si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. L'article 9 énumère les diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, § 73, CEDH 2000-VII).

L'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction (voir, parmi plusieurs autres, *Kalaç c. Turquie*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, p. 1209, § 27, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/75, décision de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et Rapports (DR) 19, p. 5, *C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, décision de la Commission du 15 décembre 1983, DR 37, p. 142, et *Tepeli et autres c. Turquie* (déc.), n° 31876/96, 11 septembre 2001).

**93.** Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun (*Kokkinakis*, précité, p. 18, § 33). Cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 9 et des obligations positives qui incombent à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute

personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention.

**94.** La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci (voir *Manoussakis et autres c. Grèce*, arrêt du 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1365, § 47, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, *Refah Partisi et autres*, précité, § 91), et considère que ce devoir impose à l'Etat de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent (*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I, § 57). Dès lors, le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent (*Serif c. Grèce*, n° 38178/97, § 53, CEDH 1999-IX).

**95.** Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une « société démocratique ». Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et évitant tout abus d'une position dominante (voir, *mutatis mutandis*, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 août 1981, série A n° 44, p. 25, § 63, et *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 112, CEDH 1999-III). Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, précité, pp. 21-22, § 45, et *Refah Partisi et autres*, précité, § 99). Si les « droits et libertés d'autrui » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société



démocratique » (*Chassagnou et autres*, précité, § 113).

96. Lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, précité, § 84, et *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1958, § 58). Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus, comme le démontre l'aperçu de droit comparé (paragraphe 55-65 ci-dessus), au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question. En effet, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, p. 19, § 50) et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes (voir, par exemple, *Dahlab c. Suisse* (déc.) n° 42393/98, CEDH 2001-V). La réglementation en la matière peut varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public (voir, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, précité, p. 1957, § 57). Dès lors, le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré (voir, *mutatis mutandis*, *Gorzelik*, précité, § 67 et *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, § 73, CEDH 2003-IX (extraits)).

97. Cette marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées (*Manoussakis et autres*, précité, § 44). Pour délimiter l'ampleur de cette marge d'appréciation en l'espèce, la Cour doit tenir compte de l'enjeu, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, les impératifs de l'ordre public, la nécessité de maintenir la paix civile et un véritable pluralisme religieux, indispensable pour la survie d'une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, *Kokkinakis*, précité, § 31, *Manoussakis et autres*, précité, p. 1364, § 44, et *Casado Coca*, précité, § 55).

98. La Cour rappelle également que, dans les décisions

*Karaduman c. Turquie* (n° 16278/90, décision de la Commission du 3 mai 1993, DR 74, p. 93) et *Dahlab*, précitée, les organes de la Convention ont considéré que, dans une société démocratique, l'Etat peut limiter le port du foulard islamique si cela nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique. Dans l'affaire *Karaduman* précitée, des mesures prises dans les universités en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion ont été considérées comme justifiées au regard de l'article 9 § 2 de la Convention. Par conséquent, il a été établi que des établissements de l'enseignement supérieur peuvent réglementer la manifestation des rites et des symboles d'une religion en fixant des restrictions de lieu et de forme, dans le but d'assurer la mixité d'étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui (voir, également, *Refah Partisi et autres*, précité, § 95). Dans le cadre de l'affaire *Dahlab* précitée, qui concernait une enseignante chargée d'une classe de jeunes enfants, la Cour a notamment mis l'accent sur le « signe extérieur fort » que représentait le port du foulard par celle-ci et s'est interrogée sur l'effet prosélytique que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Elle a également noté la difficulté de concilier le port du foulard islamique par une enseignante avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves.

## ii. Application de ces principes au cas d'espèce

99. L'ingérence litigieuse que constitue la réglementation du 23 février 1998, qui soumet le port du foulard islamique par les étudiantes, telle M<sup>lle</sup> Şahin, à des restrictions de lieu et de forme dans l'enceinte universitaire, était fondée, selon les juridictions turques (paragraphe 37, 39 et 41 ci-dessus) notamment sur les deux principes de laïcité et d'égalité.

100. Dans leur arrêt du 7 mars 1989, les juges constitutionnels ont estimé que la laïcité, qui constitue le garant des valeurs démocratiques, est au confluent de la liberté et de l'égalité. Ce principe interdit à l'Etat de témoigner une préférence pour une religion ou croyance précise, guidant ainsi l'Etat dans son rôle d'arbitre impartial, et implique nécessairement la liberté de religion et de conscience. Il vise également à prémunir l'individu non seu-



lement contre des ingérences arbitraires de l'Etat mais aussi contre des pressions extérieures émanant des mouvements extrémistes. Selon ces juges, par ailleurs, la liberté de manifester la religion peut être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes (paragraphe 39 ci-dessus).

**101.** Comme la chambre l'a souligné à juste titre (paragraphe 106 de son arrêt), la Cour trouve une telle conception de la laïcité respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention. Elle constate que la sauvegarde de ce principe, assurément l'un des principes fondateurs de l'Etat turc qui cadrent avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la démocratie, peut être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie. Une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester la religion et ne bénéficiera pas de la protection qu'assure l'article 9 de la Convention (*Refah Partisi et autres*, précité, § 93).

**102.** Après avoir examiné les arguments des parties, la Grande Chambre ne voit aucune raison pertinente de s'écarter des considérations suivantes de la chambre (paragraphe 107-109 de son arrêt) :

« (...) La Cour note que le système constitutionnel turc met l'accent sur la protection des droits des femmes. L'égalité entre les sexes, reconnue par la Cour européenne comme l'un des principes essentiels sous-jacents à la Convention et un objectif des Etats membres du Conseil de l'Europe (voir, par exemple, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 77, p. 38, § 78, *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 263, pp. 21-22, § 67, *Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 27, § 27, *Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 186, § 39 *in fine*, et *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II, p. 587, § 37), a également été considérée par la Cour constitutionnelle turque comme un principe implicitement contenu dans les valeurs inspirant la Constitution.

(...) En outre, à l'instar des juges constitutionnels (...), la Cour estime que, lorsque l'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arborent pas. Entrent en jeu notamment, comme elle l'a déjà souligné (*Karaduman*, décision précitée, et *Refah Partisi et autres*, précité, § 95), la protection des « droits et libertés

d'autrui » et le « maintien de l'ordre public » dans un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane. Une limitation en la matière peut donc passer pour répondre à un « besoin social impérieux » tendant à atteindre ces deux buts légitimes, d'autant plus que, comme l'indiquent les juridictions turques (...), ce symbole religieux avait acquis au cours des dernières années en Turquie une portée politique.

(...) La Cour ne perd pas de vue qu'il existe en Turquie des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société tout entière leurs symboles religieux et leur conception de la société, fondée sur des règles religieuses (...). Elle rappelle avoir déjà dit que chaque Etat contractant peut, en conformité avec les dispositions de la Convention, prendre position contre de tels mouvements politiques en fonction de son expérience historique (*Refah Partisi et autres*, précité, § 124). La réglementation litigieuse se situe donc dans un tel contexte et elle constitue une mesure destinée à atteindre les buts légitimes énoncés ci-dessus et à protéger ainsi le pluralisme dans un établissement universitaire »

**103.** Vu le contexte décrit ci-dessus, c'est le principe de laïcité tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle (paragraphe 39 ci-dessus) qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités. Dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi considéré comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique.

**104.** Il reste à déterminer si, en l'occurrence, il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs légitimes poursuivis par l'ingérence contestée.

**105.** D'emblée, à l'instar de la chambre (paragraphe 111 de son arrêt), il convient de constater que les parties admettent que, dans les universités turques, les étudiants musulmans pratiquants, dans les limites apportées par les exigences de l'organisation de l'enseignement, peuvent s'acquitter des formes habituelles par lesquelles un musulman manifeste sa religion. Il ressort par ailleurs de la décision du 9 juillet 1998 adoptée par l'Université d'Istanbul que toutes sortes de tenues religieuses sont égale-



ment interdites dans l'enceinte universitaire (paragraphe 47 ci-dessus).

**106.** Il importe aussi d'observer que, lorsque la question du port du foulard islamique par les étudiantes s'est posée en 1994 à l'Université d'Istanbul dans le cadre des formations de santé, le recteur de l'université a rappelé aux étudiants la raison d'être des règles régissant la tenue vestimentaire. Soulignant le dévoiement de la revendication visant à obtenir l'autorisation de porter le foulard islamique dans tous les espaces de l'université et faisant valoir les exigences liées au maintien de l'ordre public imposées par les formations de santé, il a demandé aux étudiants de respecter ces règles, qui étaient en conformité avec la législation et la jurisprudence des hautes juridictions (paragraphe 43-44 ci-dessus).

**107.** Par ailleurs, le processus de mise en application de la réglementation en question ayant débouché sur la décision du 9 juillet 1998 s'est déroulé sur plusieurs années et a été marqué par un large débat au sein de la société turque et du monde éducatif (paragraphe 35 ci-dessus). Les deux hautes juridictions, le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle, ont pu élaborer une jurisprudence constante en la matière (paragraphe 37, 39 et 41 ci-dessus). Force est de constater que, tout au long de ce processus décisionnel, les autorités universitaires ont cherché à adapter leur attitude à l'évolution du contexte pour ne pas fermer leurs portes aux étudiantes voilées, en continuant à dialoguer avec celles-ci tout en veillant au maintien de l'ordre public et, en particulier, des exigences imposées par la formation dont il s'agit.

**108.** A cet égard, la Cour ne souscrit pas à l'argument de la requérante selon lequel le fait que le non-respect du code vestimentaire n'était pas passible de sanction disciplinaire équivaut à l'absence de règle (paragraphe 81 ci-dessus). S'agissant des moyens à employer pour assurer le respect des règles internes, il n'appartient pas à la Cour de substituer sa propre vision à celle des autorités universitaires. Ces dernières, étant en prise directe et permanente avec la communauté éducative, sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les besoins et le contexte locaux ou les exigences d'une formation donnée (voir, *mutatis mutandis*, *Valsamis c. Grèce*, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2325, § 32). Du reste, ayant constaté la légitimité du but de la réglementation, la Cour ne saurait appliquer le critère de proportionnalité de manière à rendre la notion de « norme interne » d'un établissement vide de sens. L'article 9 ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction reli-

gieuse (*Pichon et Sajous c. France* (déc.), n° 49853/99, CEDH 2001-X) et il ne confère pas aux individus agissant de la sorte le droit de se soustraire à des règles qui se sont révélées justifiées (voir l'avis de la Commission, § 51 – formulé dans son rapport du 6 juillet 1995 –, arrêt *Valsamis*, précité, p. 2337).

**109.** A la lumière de ce qui précède et compte tenu de la marge d'appréciation des États contractants en la matière, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé.

**110.** Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention.

## II. Sur la violation alléguée de l'article 2 du Protocole n° 1

### A. Sur la nécessité d'un examen séparé du présent grief

#### 1. Position des parties

**111.** La Cour constate que si, devant la chambre, la requérante a invoqué certains articles de la Convention (articles 8, 10 et 14 ainsi que 2 du Protocole n° 1), l'intéressée a plaidé pour l'essentiel la violation de l'article 9 de la Convention. Dans sa demande de renvoi, M<sup>lle</sup> Şahin a prié la Grande Chambre de conclure à la violation des articles 8, 9, 10 et 14 de la Convention ainsi que de l'article 2 du Protocole n° 1, en ne présentant aucun argument juridique quant à l'article 10.

**112.** Dans son mémoire du 27 janvier 2005, la requérante semble toutefois placer son argumentation concernant la réglementation du 23 février 1998 sous un éclairage différent de celui qu'elle avait adopté notamment devant la chambre. Dans son mémoire précité, elle a « [allégué] au principal une violation de l'article 2 du premier protocole et demand[é] à la Grande Chambre de trancher en ce sens ». Elle a notamment prié la Cour de « constater que la décision litigieuse d'interdire l'accès de l'université à la requérante portant, le cas échéant, le voile islamique, constitue en l'espèce une violation du droit à l'instruction, tel que garanti par l'article 2 du premier protocole lu à la lumière des articles 8, 9 et 10 de la Convention ».

**113.** Quant au Gouvernement, il soutient qu'il n'y a pas eu violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1.



## 2. Arrêt de la Chambre

**114.** La chambre a conclu que nulle question distincte ne se posait sous l'angle des articles 8, 10 et 14 de la Convention ainsi que de l'article 2 du Protocole n° 1, invoqués par la requérante, les circonstances pertinentes étant les mêmes que pour l'article 9, au sujet duquel elle a conclu à l'absence de violation.

## 3. Appréciation de la Cour

**115.** La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence désormais bien établie, « l'affaire » renvoyée devant la Grande Chambre englobe nécessairement tous les aspects de la requête que la Chambre a examinés précédemment dans son arrêt, aucun fondement ne permettant un renvoi simplement partiel de l'affaire (voir, en dernier lieu, *Cumpana et Mazare c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, § 66, CEDH 2004-... et, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, §§ 140-141, CEDH 2001- VII). L'« affaire » dont est saisie la Grande Chambre est la requête telle qu'elle a été déclarée recevable.

**116.** La Cour estime que le grief tiré de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 peut être considéré comme distinct de celui tiré de l'article 9 de la Convention, compte tenu des circonstances propres à l'affaire et de la nature fondamentale du droit à l'instruction ainsi que de la position des parties, nonobstant le fait que ce grief équivaut en substance à une critique de la réglementation du 23 février 1998 comme cela était le cas au regard de l'article 9.

**117.** En conclusion, la Cour examinera ce grief séparément (voir, *mutatis mutandis*, *Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97, § 46, CEDH 2002-V).

### B. Sur l'applicabilité

**118.** La requérante allègue la violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, ainsi libellée :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. (...) »

#### 1. Champ d'application de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1

##### a) Thèses des parties devant la Grande Chambre

**119.** La requérante ne doute pas que le droit à l'instruction, tel que prévu par la première phrase de l'article 2 du

Protocole n° 1, s'applique à l'enseignement supérieur, étant donné que cette disposition concerne l'ensemble des établissements existant à un moment donné.

**120.** Le Gouvernement ne s'est pas prononcé sur cette question.

##### b) Appréciation de la Cour

**121.** Aux termes de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. Bien que ce texte ne fasse aucune mention de l'enseignement supérieur, rien ne tend non plus à indiquer qu'il n'est pas applicable à tous les niveaux d'enseignement, y compris le supérieur.

**122.** En ce qui concerne le contenu du droit à l'instruction et l'étendue de l'obligation qui en découle, la Cour rappelle avoir dit dans l'affaire *Linguistique belge* ((au principal), arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6, p. 31, § 3) que « [l]a formulation négative signifie, et les travaux préparatoires le confirment, que les Parties contractantes ne reconnaissent pas un droit à l'instruction qui les obligerait à organiser à leurs frais, ou à subventionner, un enseignement d'une forme ou à un échelon déterminés. L'on ne saurait pourtant en déduire que l'Etat n'a aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. Puisque « droit » il y a, celui-ci est garanti, en vertu de l'article 1 de la Convention, à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat contractant. »

**123.** La Cour ne perd pas de vue que le développement du droit à l'instruction, dont le contenu varierait dans le temps et dans l'espace en fonction des circonstances économiques et sociales, dépend essentiellement des besoins et des ressources de la communauté. Cependant, il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire. En outre, elle est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 19, § 41, *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 14-15, § 26, et en dernier lieu, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 121, 4 février 2005). Or si la première phrase de l'article 2 énonce pour l'essentiel l'accès aux établissements de l'enseignement du primaire et du secondaire, nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction. En effet, dans plusieurs textes adoptés récemment, le Conseil de l'Europe a souligné le



rôle essentiel et l'importance du droit à l'accès à l'enseignement supérieur dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le renforcement de la démocratie (voir notamment la Recommandation R (98) 3 et la Recommandation 1353 (1998), paragraphes 68 et 69 ci-dessus). Comme le souligne la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne (paragraphe 67 ci-dessus), l'enseignement supérieur « joue un rôle éminent dans l'acquisition et dans le progrès de la connaissance » et « constitue une exceptionnelle richesse culturelle et scientifique tant pour l'individu que pour la société ».

**124.** Partant, on concevrait mal que les établissements de l'enseignement supérieur existant à un moment donné échappent à l'empire de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. Ledit article n'astreint certes pas les États contractants à créer des établissements d'enseignement supérieur. Néanmoins, un État qui a créé de tels établissements a l'obligation de veiller à ce que les personnes jouissent d'un droit d'accès effectif à ceux-ci. Dans une société démocratique, le droit à l'instruction, indispensable à la réalisation des droits de l'homme, occupe une place si fondamentale qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition (voir, *mutatis mutandis*, *Linguistique belge*, précité, p. 33, § 9, et *Delcourt c. Belgique*, arrêt du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 14, § 25).

**125.** Cette approche est conforme à la position retenue dans l'affaire *Linguistique belge* (arrêt précité, p. 22) par la Commission qui, dès 1965, déclarait que, bien que le champ d'application du droit protégé par l'article 2 du Protocole n° 1 ne soit pas défini ou précisé par la Convention, celui-ci comprenait, « aux fins de l'examen de la présente affaire », « l'accès à l'enseignement gardien, primaire, secondaire et supérieur ».

**126.** Plus tard, dans plusieurs décisions, la Commission a relevé que « le droit à l'instruction, au sens de l'article 2, vise au premier chef l'instruction élémentaire et pas nécessairement des études supérieures comme celles de technologie » (*X. c. Royaume-Uni*, n° 5962/72, décision de la Commission du 13 mars 1975, DR 2, p. 50, et *Kramelius c. Suède*, n° 21062/92, décision de la Commission du 17 janvier 1996). Dans les affaires plus récentes,

en laissant la porte ouverte à l'application de l'article 2 du Protocole n° 1 à l'enseignement universitaire, elle s'est penchée sur la légitimité de certaines restrictions à l'accès aux établissements de l'enseignement supérieur (voir, en ce qui concerne un système d'enseignement supérieur limité, *X. c. Royaume-Uni*, n° 8844/80, décision de la Commission du 9 décembre 1980, DR 23, p. 228 ; en ce qui concerne des mesures d'exclusion temporaire ou définitive d'un établissement d'enseignement, *Yanasik c. Turquie*, n° 14524/89, décision de la Commission du 6 janvier 1993, DR 74, p. 14, et *Sulak c. Turquie*, n° 24515/94, décision de la Commission du 17 janvier 1996, DR 84, p. 98).

**127.** Quant à la Cour, à la suite de l'affaire *Linguistique belge*, elle a déclaré irrecevables plusieurs affaires concernant l'enseignement supérieur, non parce que la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 ne s'y appliquait pas mais en se fondant sur un autre motif d'irrecevabilité (grief d'une personne handicapée n'ayant pas rempli les conditions d'accès à l'université, *Lukach c. Russie* (déc.), n° 48041/99, 16 novembre 1999 ; absence d'autorisation de se préparer et de se présenter à l'examen final du diplôme de droit à l'université pendant une détention, *Georgiou c. Grèce* (déc.), n° 45138/98, 13 janvier 2000 ; interruption des études supérieures en raison d'une condamnation régulière, *Durmaz et autres c. Turquie* (déc.), n° 46506/99, 4 septembre 2001).

**128.** De l'ensemble des considérations qui précèdent, il ressort que les établissements de l'enseignement supérieur, s'ils existent à un moment donné, entrent dans le champ d'application de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, étant donné que le droit à l'accès à ces établissements constitue un élément inhérent au droit qu'énonce ladite disposition. Il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations : elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase dudit article, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18, p. 18, § 36).

**129.** Partant, la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 trouve à s'appliquer en l'espèce. La manière dont elle le fait dépend toutefois à l'évidence des particularités du droit à l'instruction.



## C. Sur le fond

### 1. Thèses des parties devant la Grande Chambre

#### a) La requérante

**130.** Pour la requérante, il est évident que l'interdiction du port du foulard islamique émanant des autorités publiques constitue une ingérence dans son droit à l'instruction, qui a consisté dans le refus de l'accès aux épreuves d'oncologie le 12 mars 1998, le refus de l'inscription administrative le 20 mars 1998 et le refus de l'accès au cours de neurologie le 16 avril 1998 et aux épreuves écrites du cours de santé populaire le 10 juin 1998.

**131.** La requérante admet que, de par sa nature, le droit à l'instruction nécessite d'être réglementé par l'Etat. A ses yeux, la réglementation doit suivre les mêmes critères que ceux valant pour les ingérences autorisées par les articles 8 à 11 de la Convention. A cet égard, elle souligne l'absence d'une disposition en droit interne turc empêchant la poursuite d'études supérieures, et déclare que les lois en vigueur n'attribuent pas au rectorat la compétence et le pouvoir de refuser l'accès à l'université aux étudiantes revêtues du foulard.

**132.** L'intéressée souligne avoir pu s'inscrire à l'université alors qu'elle portait le foulard et y poursuivre ses études de la sorte sans encombre pendant quatre ans et demi. Ainsi, elle soutient qu'il n'existait aucune source juridique interne qui, au moment de son inscription à l'université et pendant la période où elle poursuivait ses études, aurait permis de prévoir que, quelques années plus tard, elle ne pourrait plus accéder aux salles de cours.

**133.** Tout en réaffirmant que les moyens employés en l'espèce étaient disproportionnés au but poursuivi, la requérante admet que les établissements de l'enseignement supérieur peuvent, en principe, aspirer à fournir un enseignement dans un climat de sérénité et de sécurité. Toutefois, comme en témoigne l'absence de poursuite disciplinaire à son encontre, elle affirme qu'en portant le foulard islamique, elle n'a nullement troublé l'ordre public ni porté atteinte aux droits et libertés des autres étudiants. En outre, selon elle, les autorités compétentes de l'université ont à leur disposition suffisamment d'instruments pour garantir la protection de l'ordre public, tels que des mécanismes disciplinaires ou la saisine des

juridictions répressives, si le comportement de l'étudiant est constitutif d'une infraction pénale.

**134.** La requérante soutient que le fait de conditionner la poursuite de ses études à la suppression du foulard et de lui refuser l'accès aux établissements d'enseignement en cas de non-respect de cette condition porte effectivement et abusivement atteinte à la substance du droit à l'instruction et rend ce droit inutilisable. Cela vaut d'autant plus qu'elle est une jeune adulte ayant construit sa personnalité et intégré des valeurs de nature sociale et morale et qu'elle s'est vue privée de toute possibilité de continuer ses études en Turquie en accord avec ses convictions.

**135.** Pour l'ensemble de ces raisons, la requérante soutient que, quelle que soit la portée de la marge d'appréciation qui lui a été accordée, l'Etat défendeur en a outrepassé les limites et a violé son droit à l'instruction, lu à la lumière des articles 8, 9 et 10 de la Convention.

#### b) Le Gouvernement

**136.** Se référant à la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement rappelle que les Etats contractants disposent d'une marge d'appréciation pour adopter des réglementations en matière d'enseignement.

**137.** Il fait valoir également que la requérante s'était inscrite à la faculté de médecine de Cerrahpaşa de l'Université d'Istanbul alors qu'elle poursuivait depuis cinq ans ses études à la faculté de médecine de l'université de Bursa, où elle portait le voile. Par une circulaire, le recteur de l'Université d'Istanbul avait interdit le port du voile dans l'université. Cette interdiction se fondait sur les arrêts de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat. Comme l'indiquent la requête et la demande de renvoi, l'intéressée ne s'est heurtée à aucun obstacle lorsqu'elle s'est inscrite à la faculté de médecine de Cerrahpaşa. Cela prouve qu'elle a bénéficié de l'égalité de traitement en matière de droit d'accès aux établissements d'enseignement. Quant à l'ingérence qu'elle a subie en raison de la mise en œuvre de la circulaire du 23 février 1998, le Gouvernement se contente de souligner que celle-ci avait été contrôlée par les instances judiciaires.

**138.** En conclusion, en demandant que soit confirmé l'arrêt de la chambre, le Gouvernement soutient que la réglementation litigieuse n'était pas contraire à la jurisprudence de la Cour, compte tenu de la marge d'appré-



ciation accordée aux Etats contractants.

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) Principes généraux

**139.** Le droit à l'instruction, tel qu'il est prévu par la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, garantit à quiconque relève de la juridiction des Etats contractants « un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné » ; mais l'accès à ces derniers ne forme qu'une partie de ce droit fondamental. Pour que ce droit « produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat, sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies » (*Linguistique belge*, précité, pp. 30-32, §§ 3-5 ; voir également *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 23, pp. 25-26, § 52). De même, le membre de phrase « nul ne peut (...) » implique le principe d'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice du droit à l'instruction.

**140.** Le droit fondamental de chacun à l'instruction vaut pour les élèves des établissements de l'enseignement public comme des établissements privés, sans aucune distinction (*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, série A n° 247-C, p. 58, § 27).

**141.** Pour important qu'il soit, ce droit n'est toutefois pas absolu ; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il « appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat » (*Linguistique belge*, précité, p. 32, § 5 ; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Golder*, précité, pp. 18-19, § 38, et *Fayed c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 septembre 1994, série A n° 294-B, pp. 49-50, § 65). Certes, des règles régissant les établissements d'enseignement peuvent varier dans le temps en fonction entre autres des besoins et des ressources de la communauté ainsi que des particularités de l'enseignement de différents niveaux. Par conséquent, les autorités nationales jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention. Afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. Toutefois, à la différence des articles 8 à 11 de la Convention, elle

n'est pas liée par une énumération exhaustive des « buts légitimes » sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1 (voir, *mutatis mutandis*, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 36, CEDH 2002-II). En outre, pareille limitation ne se concilie avec ledit article que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

**142.** De telles limitations ne doivent pas non plus se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention et les Protocoles (*Linguistique belge*, précité, p. 32, § 5, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1982, série A n° 48, p.19, § 41, et *Yanasik*, décision précitée). Les dispositions de ceux-ci doivent être envisagées comme un tout. Dès lors, il faut lire, le cas échéant, la première phrase de l'article 2 à la lumière, notamment, des articles 8, 9 et 10 de la Convention (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, précité, p. 26, § 52 *in fine*).

**143.** Le droit à l'instruction n'exclut pas en principe le recours à des mesures disciplinaires, y compris des mesures d'exclusion temporaire ou définitive d'un établissement d'enseignement en vue d'assurer l'observation des règles internes des établissements. L'application de sanctions disciplinaires constitue l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but dans lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves (voir, notamment, *Campbell et Cosans*, précité, p.14, § 33 ; voir aussi, en ce qui concerne l'exclusion d'un élève de l'école militaire, *Yanasik*, décision précitée, ou l'exclusion d'un étudiant pour fraude, *Sulak*, décision précitée).

### b) Application de ces principes au cas d'espèce

**144.** Par analogie avec son raisonnement concernant l'existence d'une ingérence sur le terrain de l'article 9 (paragraphe 78 ci-dessus), la Cour peut admettre que la réglementation litigieuse sur laquelle était fondé le refus d'accès à plusieurs cours ou épreuves opposé à l'intéressée en raison de son foulard islamique a constitué une limitation au droit de celle-ci à l'instruction, nonobstant le fait que l'intéressée a eu accès à l'université et pu suivre le cursus de son choix en fonction de ses résultats à l'examen d'entrée à l'université. Cependant, une analyse de l'affaire au regard du droit à l'instruction ne saurait en l'espèce se dissocier de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue plus haut sous l'angle de l'article 9 (paragraphe 122 ci-dessus). En effet, les considérations énoncées à cet égard valent à l'évidence pour le grief tiré de l'article 2 du Protocole n° 1, lequel constitue une critique de la régle-



mentation incriminée présentée dans une optique semblable à celle formulée au regard de l'article 9.

**145.** A ce sujet, la Cour a déjà établi que la limitation litigieuse était prévisible pour le justiciable et poursuivait les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public (paragraphe 98 et 99 ci-dessus). Cette limitation avait manifestement pour finalité de préserver le caractère laïque des établissements d'enseignement.

**146.** En ce qui concerne le principe de proportionnalité, la Cour rappelle avoir jugé aux paragraphes 118 à 121 ci-dessus qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, en se fondant notamment sur les éléments suivants qui sont, à l'évidence, pertinents en l'espèce. D'une part, il est manifeste que les mesures en question ne constituent pas une entrave à l'exercice par les étudiants des obligations qui constituent les formes habituelles d'une pratique religieuse. D'autre part, le processus décisionnel concernant la mise en application des règlements internes a satisfait, dans toute la mesure du possible, à un exercice de mise en balance des divers intérêts en jeu. Les autorités universitaires ont judicieusement cherché à trouver des moyens appropriés sans préjudice de l'obligation de protéger les droits d'autrui et les intérêts du monde éducatif pour ne pas fermer les portes des universités aux étudiantes voilées. Enfin, il apparaît aussi que ce processus était assorti de garanties – principe de légalité et contrôle juridictionnel – propres à protéger les intérêts des étudiants (paragraphe 95 ci-dessus).

**147.** Il est par ailleurs artificiel de penser que la requérante, étudiante en médecine, ignorait les règles internes de l'Université d'Istanbul qui apportaient une restriction de lieu au port des tenues religieuses, et n'était pas suffisamment informée de leur justification. Elle pouvait raisonnablement prévoir qu'elle risquait de se voir refuser l'accès aux cours et épreuves si elle persistait à porter le foulard islamique à partir du 23 février 1998, comme cela s'est produit plus tard.

**148.** Partant, la limitation en question n'a pas porté atteinte à la substance même du droit à l'instruction de la requérante. En outre, à la lumière de ses conclusions au regard des autres articles invoqués par la requérante (paragraphe 122 ci-dessus et 166 ci-dessous), la Cour observe que la limitation en question ne se heurte pas davantage à d'autres droits consacrés par la Convention et ses Protocoles.

**149.** En conclusion, il n'y a pas eu violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1.

### III. Sur la violation alléguée des articles 8, 10 et 14 de la Convention

**150.** Comme devant la chambre, la requérante allègue une violation des articles 8, 10 et 14 de la Convention : la réglementation dont elle se plaint porterait atteinte à son droit au respect de sa vie privée ainsi qu'à son droit à la liberté d'expression, et constituerait également un traitement discriminatoire.

**151.** La Cour ne discerne cependant nulle violation des articles 8 et 10 de la Convention, l'argumentation tirée de ceux-ci n'étant que la reformulation du grief exprimé sur le terrain de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1, aux sujets desquels la Cour a conclu à l'absence de violation.

**152.** En ce qui concerne le grief tiré de l'article 14, pris isolément ou combiné avec l'article 9 de la Convention et la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, la Cour relève que celui-ci n'a pas été exposé de manière approfondie dans les plaidoiries de la partie requérante présentées à la Grande Chambre. Par ailleurs, comme cela a déjà été noté (paragraphe 99 et 158 ci-dessus), la réglementation concernant le port du foulard islamique ne vise pas l'appartenance de la requérante à une religion, mais poursuit notamment le but légitime de protection de l'ordre et des droits et libertés d'autrui et a manifestement pour finalité de préserver le caractère laïque des établissements d'enseignement. Par conséquent, les considérations à l'appui des conclusions de la Cour selon lesquelles nulle violation ne peut être constatée au regard de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1 valent sans conteste pour le grief tiré de l'article 14, pris isolément ou combiné avec lesdites dispositions.

**153.** Partant, la Cour conclut que les articles 8, 10 et 14 de la Convention n'ont pas été enfreints.



## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention ;

2. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 ;

3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;

4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention ;

5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention.

(...)

### Note :

#### Le droit à l'accès à l'instruction entre confirmations et nouvelles pistes

##### Introduction

##### 1. Introduction, les arrêts de la Cour E.D.H. dans l'affaire "Leyla Şahin c. Turquie"<sup>1</sup>

L'interdiction de porter le voile pour les étudiants pour assister aux cours à l'université respecte-t-elle le droit à l'instruction garanti par la Convention européenne des droits de l'homme? Leyla Şahin, une étudiante en médecine à l'université d'Istanbul, se vit refuser l'accès aux cours tant qu'elle serait voilée et porta ce litige contre son université jusqu'à Strasbourg. Nous aborderons cette problématique uniquement sous l'angle du droit à l'accès à l'instruction dans la C.E.D.H. (article 2, première phrase, du Premier Protocole additionnel à la Convention<sup>2</sup>).

Dans un premier arrêt dans cette affaire, la Cour

E.D.H. opta pour la non-violation du droit à l'instruction tout en observant à l'unanimité qu'aucune question distincte ne se posait à cet égard par rapport à la non violation de la liberté de religion (article 9 C.E.D.H.)<sup>3</sup>. Dans le second arrêt, la Grande Chambre de la Cour E.D.H. confirma l'absence de violation du droit à l'accès à l'instruction, par analogie à la liberté de culte. La Cour reconnut néanmoins l'autonomie de ce grief par rapport à la liberté de religion<sup>4</sup>. Même si l'absence de consensus entre les Etats membres sur la question du voile à l'école empêche la Cour d'apporter une prise de position sur le fond de cette problématique sensible<sup>5</sup>, cet arrêt de la Grande Chambre constitue néanmoins un arrêt important quant au droit à l'accès à l'instruction.

##### 2. Plan

Cet arrêt de principe a tout d'abord le mérite de lever le voile sur l'étendue du champ d'application du droit à l'instruction (§ 1). Il pose en outre la question de l'articulation de la liberté de religion et du droit à l'accès à l'instruction sous un autre angle. La Cour y aborde également une nouvelle grille de lecture de l'article 2-P1, première phrase de la C.E.D.H. (§ 2). Nous concluons enfin avec une proposition de réponse à la question du voile à l'école dans nos démocraties européennes.

##### § 1. Champ d'application de l'article 2-P1, première phrase, de la C.E.D.H.

##### 3. Etat actuel de la jurisprudence en matière de droit à l'accès à l'instruction

Le droit à l'accès à l'instruction<sup>6</sup> est traditionnellement reconnu aux enfants de l'école primaire et de l'enseigne-

<sup>1</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98. Cet arrêt ainsi que les autres décisions ou arrêts cités sont disponibles sur le site internet officiel de la Cour européenne des droits de l'homme, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>2</sup> Le droit à l'instruction recouvre traditionnellement le droit à l'accès à l'instruction (article 2-P1, première phrase) et le droit des parents au respect de leurs convictions éducatives (article 2-P1, seconde phrase).

Nous désignerons ensuite cet article pour plus de facilité comme "article 2-P1", disponible sur le site du bureau des traités du Conseil de l'Europe, STE n°009, <http://conventions.coe.int>.

<sup>3</sup> Cour E.D.H., 29 juin 2004, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98 ; S. VAN DROOGHENBROECK, "Strasbourg et le voile", *Journ. jur.*, 2004, n°34, p. 10.

<sup>4</sup> La Cour conclut tant à la non violation de l'article 2-P1 C.E.D.H. par voix 16 voix contre une qu'à la non violation de l'article 9 C.E.D.H. par le même nombre de voix.

<sup>5</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 55 à 65, § 109 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, "Le voile à l'école : une Europe divisée", *Rev. Trim. D. H.*, 2004, p.951 et s.

<sup>6</sup> Article 2-P1, première phrase de la C.E.D.H. : "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction." ; C. BROCAL, "Entre les devoirs



ment secondaire<sup>7</sup>. Les Etats ne sont cependant tenus d'assurer l'accès à l'instruction dans leur réseau d'enseignement qu'à l'égard des établissements existant au moment des faits litigieux.<sup>8</sup> Aucune obligation positive de créer de nouveaux établissements ne peut être mise à charge des Etats membres. Cette jurisprudence se fonde toutefois sur le postulat de l'existence d'un réseau d'établissements d'enseignement présentant les garanties suffisantes (nombre suffisant de professeurs<sup>9</sup>, enseignement dans l'une des langues nationales<sup>10</sup>, ...). Le droit à l'accès à l'instruction implique en outre le droit à la reconnaissance du diplôme décerné par l'établissement scolaire étatique ou reconnu par les pouvoirs publics.<sup>11</sup>

La Cour considère enfin de manière constante que les sanctions disciplinaires prises par les établissements scolaires comme partie intégrante de l'instruction. Les mesures disciplinaires ne portent en principe pas préjudice au droit à l'accès à l'instruction, même lorsqu'il s'agit de mesures d'expulsion temporaire voire définitive pour autant que d'autres alternatives soient à la disposition des étudiants.<sup>12</sup> Les mesures disciplinaires s'interprètent de manière constante comme "l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but dans lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves."<sup>13</sup> Cette jurisprudence est

confirmée en l'espèce quant à la question de l'interdiction d'accès aux cours reconnue conforme l'article 2-P1.<sup>14</sup>

#### 4. *Consécration officielle du droit d'accès à l'instruction dans l'enseignement supérieur et universitaire*

La Cour ne s'était pas encore prononcée explicitement sur l'accès à l'instruction dans l'enseignement supérieur et universitaire. La Cour avait cependant déjà déclaré recevables les requêtes d'étudiantes universitaires dont Leyla Şahin lors de son premier arrêt.<sup>15</sup> L'accès à l'enseignement supérieur était donc implicitement reconnu.

La décision de la Grande Chambre de la Cour consacrer explicitement et à plusieurs reprises le droit à l'accès à l'instruction dans l'enseignement supérieur,<sup>16</sup> lequel n'est toutefois pas absolu<sup>17</sup>. Le ton de principe de la Cour ne trompe pas, la Cour tend pourtant à minimiser cette avancée qu'elle considère déjà comme partie intégrante de sa jurisprudence. Il ne s'agit pas d'une interprétation extensive mais d'un élément *inhérent* au droit à l'instruction. Aucune nouvelle obligation n'est mise à charge des Etats membres, seuls sont concernés les établissements

de l'Etat et la liberté des parents, il y a le droit à l'instruction des enfants, Analyse de la jurisprudence de l'article 2, première phrase, du premier protocole additionnel de la C.E.D.H.", *C.P.D.K.*, 2005, p. 50 à 76.

<sup>7</sup> Cour E.D.H., 10 mai 2001, "Chypre c. Turquie", req. n°25781/94, § 277 à 280 et Cour E.D.H. (recev.), 25 mars 2003, "Vikulov et autres c. Lettonie", req. n°16870/03, n°11.

<sup>8</sup> J. LATHOUWERS et L. VENY, "Artikel 2 Eerste Protocol, Recht op onderwijs", in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (eds.) *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelwijze Commentaar*, Volume II, Antwerpen, Intersentia, 2004, n°14 à 17, p. 415 à 418.

<sup>9</sup> Cour E.D.H., 10 mai 2001, "Chypre c. Turquie", req. n°25781/94, § 274, 276 et 279.

<sup>10</sup> Cour E.D.H., 23 juillet 1968, "affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique", req. n°1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64 ; § I 3 et Cour E.D.H., 10 mai 2001, "Chypre c. Turquie", req. n°25781/94, § 277 à 280.

<sup>11</sup> Cour E.D.H., 23 juillet 1968, "affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique", req. n°1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, § 3 à 5 et Cour E.D.H., 7 décembre 1976, "Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark", req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72, § 52.

<sup>12</sup> Cour E.D.H., 25 février 1982, "Campbell et Cosans c. Royaume-Uni", req. n°7511/76, 7743/76, § 33 ; Comm. E.D.H. (recev.), 6 janvier 1993, "Yanasik c. Turquie", n°14524/89, § 3 en ce qui concerne l'exclusion d'un élève de l'école militaire ; Comm. E.D.H. (recev.), 17 janvier 1996, "Sulak c. Turquie", n°24515/94, quant à l'exclusion d'un étudiant pour fraude.

<sup>13</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 156.

<sup>14</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 156.

<sup>15</sup> Cour E.D.H., 29 juin 2004, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 102 ; Cour E.D.H., 29 juin 2004, "Zeynep Tekin c. Turquie", req. n°41556/98 (radiation du rôle).

<sup>16</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 134 à 142.

<sup>17</sup> Comm. E.D.H. (recev.), 9 décembre 1980, "X. c. Royaume-Uni", n°8844/80 ; Comm. E.D.H. (recev.), 6 janvier 1993, "Yanasik c. Turquie", n°14524/89 ; Comm. E.D.H. (recev.), 17 janvier 1996, "Sulak c. Turquie", n°24515/94 ; Cour E.D.H. (recev.), 16 novembre 1999, "Lukach c. Russie", n°48041/99 ; Cour E.D.H. (recev.), 13 janvier 2000, "Georgiou c. Grèce", n°45138/98 ; Cour E.D.H. (recev.), 4 septembre 2001, "Durmaz et autres c. Turquie", n°46506/99.



existant au moment des faits.<sup>18</sup>

La Cour souligne encore le caractère évolutif du droit à l'instruction dans le temps et l'espace pour y justifier l'inclusion de l'enseignement supérieur dans son champ d'application.<sup>19</sup> La Cour rappelle en outre à cet égard le caractère fondamental du droit à l'accès à l'instruction dans l'enseignement supérieur, à l'aune d'instruments récents du Conseil de l'Europe. La Cour et le Conseil de l'Europe soulignent ainsi à raison "le rôle essentiel et l'importance du droit à l'accès à l'enseignement supérieur dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le renforcement de la démocratie" en tant que véhicule de connaissances et de richesses culturelles.<sup>20</sup>

### 5. *Etablissements d'enseignement privé et public également soumis au droit à l'accès à l'instruction*

La Cour apporte une précision supplémentaire quant à l'inclusion des écoles privées dans le champ d'application de l'article 2-P1, première phrase de la C.E.D.H.. Une décision de la Cour avait en effet déjà considéré que les établissements d'enseignement privés relevaient du champ d'application de l'article 2-P1 de la C.E.D.H..<sup>21</sup> Cette dernière était passée relativement inaperçue et recourait au mécanisme de l'imputabilité de l'Etat pour pouvoir juger des agissements des écoles privées. La Grande Chambre de la Cour consacre explicitement ce droit sans toutefois justifier la soumission des établissements d'enseignement privés à l'article 2-P1 de la C.E.D.H..<sup>22</sup> Les établissements d'enseignement privés sont désormais clairement soumis au droit à l'accès à l'instruction, *sans aucune distinction*.

La formulation emphatique de la Cour E.D.H. ban-

nit clairement les discriminations entre les établissements d'enseignement privés et publics.<sup>23</sup> Cette nouvelle inflexion devra toutefois encore trouver écho dans la jurisprudence ultérieure de la Cour E.D.H.. Elle pourra éventuellement avoir, en Belgique, des répercussions sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de liberté d'enseignement (art. 24 Const.) et les différences de régime entre les établissements officiels et libres.

### § 2. *Articulation de la liberté de culte (art. 9 C.E.D.H.) et du droit à l'instruction (art. 2-P1 C.E.D.H.)*

#### 6. *Article 2-P1 C.E.D.H., lex specialis de l'article 9 C.E.D.H.?*

L'arrêt de la Chambre avait conclu qu'aucune question distincte ne se posait sous l'angle de l'article 2-P1 car les circonstances pertinentes sont les mêmes que pour l'article 9 dont la violation n'a pas été constatée.<sup>24</sup> La Grande Chambre de la Cour examine par contre séparément le grief sur la base de l'article 2-P1. Elle reconnaît ainsi expressément l'autonomie de l'article 2-P1 C.E.D.H.. La Grande Chambre de la Cour E.D.H. se départit ainsi de l'arrêt de la Chambre et "estime que le grief tiré de la première phrase du Protocole n°1 peut être considéré comme distinct de celui tiré de l'article 9 de la Convention, compte tenu des circonstances propres à l'affaire et de la *nature fondamentale du droit à l'instruction* ainsi que de la position des parties, nonobstant le fait que ce grief équivaut en substance à une critique de la réglementation du 23 février 1998 comme cela était le cas au regard de l'article 9."<sup>25</sup> Cette reconnaissance du caractère fondamental fut en outre réitérée dans un arrêt ultérieur.<sup>26</sup> Ce changement d'approche profite indubitable-

<sup>18</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 141.

<sup>19</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 136.

<sup>20</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 136. La Cour cite la Recommandation n°R (98) 3 du Conseil de l'Europe sur l'accès à l'enseignement supérieur et la Recommandation 1353 (1998) portant sur l'accès de minorités à l'enseignement supérieur, adoptée le 27 janvier 1998 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, disponibles sur [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>21</sup> Cour E.D.H., 25 mars 1993, "Costello-Roberts c. Royaume-Uni", req. n°13134/87, § 26 à 28, Note de B. VANLERBERGHE, *T.O.R.B.*, 1993-1994, p. 49.

<sup>22</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 153 et Cour E.D.H., 25 mars 1993, "Costello-Roberts c. Royaume-Uni", req. n°13134/87, § 27.

<sup>23</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 153.

<sup>24</sup> Cour E.D.H., 29 juin 2004, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 116 et 117; Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 127.

<sup>25</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 129. C'est nous qui soulignons.

<sup>26</sup> Cour E.D.H., 13 décembre 2005, "Timishev c. Russie", req. n°55762/00 et 55974/00, § 64 : "Article 2 of Protocol No. 1 prohibits



ment au droit à l'accès à l'instruction, lequel n'apparaît plus comme le parent pauvre de l'article 9 dans le cadre de cette problématique.

Le verdict de la Cour en matière de liberté de culte implique-t-il toujours la même solution à l'égard du droit à l'accès à l'instruction lorsqu'ils se basent sur un même complexe de faits?

La question des rapports entre les articles 9 et 2-P1 de la C.E.D.H. s'était déjà posée par le biais du concept de *convictions religieuses*, figurant également à la seconde phrase de l'article 2-P1 de la C.E.D.H.<sup>27</sup> Si les convictions religieuses semblaient bien recouvrir la même réalité dans les deux articles différents<sup>28</sup>, aucun rapport clair de subordination n'existe a priori entre ces dispositions. Ainsi l'article 2-P1, seconde phrase, pouvait tantôt s'analyser comme une *lex specialis* de l'article 9<sup>29</sup> tantôt de manière tout à fait indépendante. Les arrêts Leyla Şahin et Zeinep Tekin soulignaient à cet égard déjà les rapports entre ces deux dispositions *sous l'angle de l'article 9*<sup>30</sup>

tandis que d'autres arrêts traitent du rapport entre ces articles *sous l'angle de l'article 2-P1*.<sup>31</sup>

Nous pensons qu'en matière de droit à l'accès à l'instruction (article 2-P1, première phrase C.E.D.H.) qu'il s'agit généralement de deux garanties indépendantes. La volonté de la Cour d'y voir des griefs distincts renforce cette indépendance. L'analogie de ces griefs soulignée par la Cour s'explique néanmoins en l'espèce, outre l'identité des faits, car elle impose aux Etats en matière de culte et d'instruction certaines obligations semblables. Ainsi, incombe-t-il aux Etats en vertu de l'article 9 un devoir de neutralité et d'impartialité à l'égard des différentes pratiques religieuses sur leur territoire. Ce rôle "d'organisateur neutre et impartial" "contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique".<sup>32</sup> Ceci est également transposable *mutatis mutandis* au domaine du droit à l'instruction quant l'organisation de l'enseignement.<sup>33</sup> Les Etats se voient donc imposer un même

the denial of the right to education. This provision has no stated exceptions and its structure is similar to that of Articles 2 and 3, Article 4 § 1 and Article 7 of the Convention ("No one shall..."), which together enshrine the most fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. In a democratic society, the right to education, which is indispensable to the furtherance of human rights, plays such a fundamental role that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 would not be consistent with the aim or purpose of that provision (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 137, ECHR 2005-...). This right is also to be found in similar terms in other international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights (Article 26), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 13), the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Article 5(e)(v)), and the Convention on the Rights of the Child (Article 28). There is no doubt that the right to education guarantees access to elementary education which is of primordial importance for a child's development."; Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 137.

<sup>27</sup> C. BROCAL, "L'éducation des parents sous contrôle démocratique – Analyse de la jurisprudence de l'article 2, seconde phrase, du premier protocole additionnel de la C.E.D.H.", *C.D.P.K.*, 2005, n°10, p. 499 et 500.

<sup>28</sup> Cour E.D.H., 25 février 1982, "Campbell et Cosans c. Royaume-Uni", req. n°7511/76, 7743/76, § 36 et Cour E.D.H., 18 décembre 1996, "Efstratiou c. Grèce", req. 24095/94, § 26 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, "Valsamis c. Grèce", req. n°21787/93, § 25 et Comm. E.D.H. (recev.) 8 septembre 1993, "Bernard et autres c. Luxembourg", req. n°17187/90, p. 7 et 8. Voyez en outre G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de religion*, Paris, Economica, 1997, p. 11 à 25 ; C. GRABENWARTER, "Europäische Menschenrechtskonvention", München, C.H. BECK MANZ, 2003, p. 248, n°60.

<sup>29</sup> G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de religion*, Paris, Economica, 1997, p. 15 à 25, 29.

<sup>30</sup> Cour E.D.H., 29 juin 2004, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 102; Cour E.D.H., 29 juin 2004, "Zeynep Tekin c. Turquie", req. n°41556/98 (radiation du rôle).

<sup>31</sup> Cour E.D.H., 7 décembre 1976, "Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark", req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72, § 50 à 54; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, "Efstratiou c. Grèce", req. 24095/94, § 27 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, "Valsamis c. Grèce", req. n°21787/93, § 26 et Cour E.D.H., 25 mai 1993, "Kokkinakis c. Grèce", req. n°14307/88, § 32.

<sup>32</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 107. Voyez également H. VUYE, "Liberté des cultes: la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation sur des longueurs d'ondes différentes?", *C.D.P.K.*, 2004, p. 3 à 17.

<sup>33</sup> P.-M. DUPUY et L. BOISSON de CHARZOUNES, "Article 2", in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2<sup>e</sup> édition, 1999, p. 1006 ; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 3<sup>e</sup> éd., 1998, p. 649 et 650 ; J. DE GROOF et G. LAUWERS, "Niemand kan het recht op (een eigen identiteit in)



devoir d'organiser de manière active un cadre neutre pour l'enseignement et le culte dans le respect du pluralisme.

### 7. *Articles 9 et 2-P1, première phrase de la C.E.D.H., une même grille de lecture*

La Cour reconnaît de manière constante une large marge d'appréciation aux Etats membres dans l'organisation du droit à l'instruction, sur la base de "limitations implicitement admises". La Cour déduit en effet du droit à l'instruction qu'il "appelle de par sa nature même une réglementation de l'Etat".<sup>34</sup>

La Haute juridiction précise aujourd'hui cependant pour la première fois davantage les contours de son contrôle.<sup>35</sup> La Cour répond ainsi à un écho de la doctrine en faveur de l'alignement du contrôle des Etats en matière de droit à l'instruction sur le même mode que les articles 8 à 11 de la Convention.<sup>36</sup> La Cour exige en conséquence que les ingérences tolérées au droit à l'accès à l'instruction soient "prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. Toutefois, à la différence des articles 8 à 11 de la Convention, elle n'est pas liée par une énumération exhaustive des "buts légitimes" sur le terrain de l'article 2 du Protocole n°1 (voir, *mutatis mutandis*, *Podkolzina c. Lettonie*, n°46726/99, § 36, CEDH 2002-II). En outre pareille limitation ne se concilie avec ledit article que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé."<sup>37</sup>

La Cour harmonise ainsi le contrôle des articles 2-P1

et 8 à 11 de la Convention. Cette démarche est en outre conforme à l'interprétation systémique de la Convention chère à la Cour.<sup>38</sup> Selon cette technique d'interprétation constante et volontairement fédératrice, les limitations reconnues à un droit consacré par la Convention ne peuvent violer un autre droit reconnu par la Convention ou ses protocoles. Et la Cour de conclure que "dès lors, il faut lire, le cas échéant, la première phrase de l'article 2 à la lumière, notamment, des articles 8, 9 et 10 de la Convention."<sup>39</sup>

Cette harmonisation se heurte toutefois au texte même de l'article 2-P1, même si la Cour est bien consciente de l'absence d'énumération exhaustive des buts légitimes. Les prochains arrêts de la Cour nous dévoileront ces différents buts légitimes admis dans le cadre du droit à l'instruction. La protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public sont également reconnus en l'espèce comme buts légitimes au sens de l'article 2-P1 de la C.E.D.H..<sup>40</sup> La Cour y ajoute la préservation du caractère laïque des établissements d'enseignement.<sup>41</sup> Cet apport augmentera de manière bénéfique à terme la prévisibilité de la jurisprudence de la Cour. Nous pensons toutefois que la liste de ces buts légitimes s'apparentera grandement avec les énumérations retenues dans les articles 8 à 11 de la Convention. Rien n'empêchera cependant la Cour, dans la large marge d'appréciation qu'elle s'est découverte, d'élargir cette liste en l'absence de toute contrainte du texte de l'article 2-P1 de la C.E.D.H..

Le recours à cette nouvelle grille de lecture n'appor-

onderwijs worden ontzegd, Juristische knelpunten omtrent het vrij uiten van godsdienstopvatting in het onderwijs middels de hoofdoek", *T.O.R.B.*, 2004-2005, p. 14, n°15 ; Cour E.D.H., 7 décembre 1976, "Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark", req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72, § 53 et 54. Pour des faits similaires : Cour E.D.H. (recev.), 25 mai 2000, "Jimenez Alonso et Jimenez Merino c. Espagne", req. n°51188/99, § 1 (irrecevable) ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, "Efstratiou c. Grèce", req. 24095/94, § 29 ; Cour E.D.H., 18 décembre 1996, "Valsamis c. Grèce", req. n°21787/93, § 28.

<sup>34</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 154.

<sup>35</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 154.

<sup>36</sup> L. WILDHABER, "Right to Education and Parental Rights", in R. St. J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 537 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, R.P.D.B., 1990, p. 374, n°782.

<sup>37</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 154 in fine.

<sup>38</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 155 ; Cour E.D.H., 23 juillet 1968, "affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique", req. n°1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, § 5 ; Cour E.D.H., 7 décembre 1976, "Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark", req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72, § 52 in fine ; Cour E.D.H., 25 février 1982, "Campbell et Cosans c. Royaume-Uni", req. n°7511/76, 7743/76, § 41 ; Comm. E.D.H. (recev.), 6 janvier 1993, "Yanasik c. Turquie", n°14524/89

<sup>39</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 155 ; Cour E.D.H., 7 décembre 1976, "Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark", req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72, § 52 in fine.

<sup>40</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 158.

<sup>41</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 165.



tera cependant pas, selon nous, de garantie supplémentaire puisque la Cour effectuait déjà un contrôle de proportionnalité auparavant. Cette innovation correspond davantage à un objectif de valorisation du droit à l'instruction parmi les différentes garanties de la C.E.D.H.<sup>42</sup>

## Conclusion

### *Le port du voile et le droit à l'accès à l'instruction, quelle solution?*

L'absence de consensus entre les Etats membres quant au port du voile en matière de liberté de culte<sup>43</sup> et, par analogie selon la Cour, en matière de droit à l'accès à l'instruction empêche qu'une prise de position quant au fond soit apportée à cette problématique. La Cour a toutefois déjà avalisé, outre les arrêts "Leyla Şahin"<sup>44</sup>, l'interdiction de porter le voile à l'égard d'une enseignante à l'école<sup>45</sup>, à l'égard d'autres étudiants universitaires en vue d'endiguer les pratiques fondamentalistes<sup>46</sup>.

En matière de droit à l'instruction, l'interdiction de porter le voile n'appellerait pas selon nous une réponse unique mais une politique différenciée gagnant en souplesse avec l'âge des étudiants. Ainsi une interdiction de signes religieux distinctifs pourrait se concevoir en présence de jeunes enfants qui n'ont pas encore d'esprit critique développé et sont donc soumis à un risque d'en-

doctrinement et de prosélytisme important.<sup>47</sup> Par contre, des étudiants mûres, tels que ceux qui fréquentent l'enseignement supérieur ou l'université, sont eux capables de se forger leur propre opinion. Ainsi une politique d'interdiction stricte ne se justifierait plus en pareil cas. Cette souplesse préserverait en outre le message de la Convention E.D.H., à savoir la sauvegarde du pluralisme démocratique.<sup>48</sup>

### *Un arrêt de principe, entre confirmations et nouvelles pistes*

Même si cet arrêt de la Grande Chambre n'apporte pas de réponse sur le fond de la problématique des signes distinctifs, il constitue néanmoins un arrêt important au regard du droit à l'accès à l'instruction. Ainsi furent confirmées l'extension du champ d'application du droit à l'accès à l'instruction aux étudiants de l'enseignement supérieur et aux établissements d'enseignement privés. Cette extension du champ d'application de l'article 2-P1, première phrase de la C.E.D.H. à l'enseignement supérieur a par ailleurs été rappelée récemment par la Cour pour les deux volets du droit à l'instruction.<sup>49</sup>

Quant aux nouvelles tendances en matière du droit à l'accès à l'instruction, mentionnons la découverte par la Cour du "principe d'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice du droit à l'instruction".<sup>50</sup> Ce principe est cependant déjà consacré par l'article 14 de la

<sup>42</sup> Quant à la reconnaissance du caractère fondamental du droit à l'accès à l'instruction : Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 129 ; Cour E.D.H., 13 décembre 2005, "Timishev c. Russie", req. n°55762/00 et 55974/00, § 64.

<sup>43</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 55 à 65, § 109 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, "Le voile à l'école : une Europe divisée", *Rev. Trim. D. H.*, 2004, p.951 et s.

<sup>44</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 112 à 123 ; Cour E.D.H., 29 juin 2004, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 116 et 117.

<sup>45</sup> Cour E.D.H. (recev.), 15 février 2001, "Dahlab Lucia c. Suisse" et Cour E.D.H., Bilan de la jurisprudence de la Cour pour l'année 2001, 17 avril 2002, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), p. 52.

<sup>46</sup> Comm. E.D.H. (recev.), 3 mai 1993, "Karaduman c. Turquie", n°16278/90.

<sup>47</sup> Voyez *mutatis mutandis* le raisonnement appliqué par la Cour en matière de droit des parents au respect de leurs convictions éducatives (article 2-P1, seconde phrase, C.E.D.H.) : C. BROCAL, "L'éducation des parents sous contrôle démocratique – Analyse de la jurisprudence de l'article 2, seconde phrase, du premier protocole additionnel de la C.E.D.H.", *C.D.P.K.*, 2005, p. 494 et s. ; Cour E.D.H., 7 décembre 1976, "Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark", req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72, § 53 ; Cour E.D.H. (recev.), 17 juin 2004, "ÇYFTÇY c. Turquie", req. n°71860/01, irrecevable, p. 4.

<sup>48</sup> Ainsi la France n'avait-elle pas étendu l'interdiction du voile à l'enseignement universitaire. S. VAN DROOGHENBROECK, "Strasbourg et le voile", *Journ. jur.*, 2004, n°34, p. 10 ; V. FABRE-ALIBERT, "La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque", *R.T.D.H.*, 2004, p. 589 ; Opinion dissidente de Madame la Juge TULKENS, sous l'arrêt Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 3.

<sup>49</sup> Cour E.D.H., 7 février 2006, "Mürsel Eren c. Turquie", req. n°60856/00, § 41.

<sup>50</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 152.



C.E.D.H.. Ceci n'était donc pas nécessaire car tous les Etats membres du premier protocole additionnel sont nécessairement membres de la C.E.D.H.. La principale innovation de cet arrêt reste cependant l'alignement du mode de contrôle de l'article 2-P1 sur la grille de lecture des articles 8 à 11 de la C.E.D.H.. Cette nouveauté valorise certainement le caractère fondamental du droit à l'accès à l'instruction en tant qu'ingrédient de base du pluralisme démocratique.<sup>51</sup>

Catherine Brocal

Assistante aux F.U.N.D.P. de NAMUR

"Protection juridique du citoyen (PROJUCIT). Centre de recherche fondamentale"<sup>52</sup>

## Noot:

### Het recht van leerlingen om een hoofddoek te dragen op school: recente ontwikkelingen

Hoewel de meeste Belgische scholen het dragen van een islamitische hoofddoek zowel voor leerlingen als voor leerkrachten verbieden, is de rechtspraak hierover schaars. Dit heeft mogelijk te maken met het gegeven dat de hoofddoekdraagsters doorgaans in het ongelijk worden gesteld.<sup>53</sup> Dit is niet anders in de meest recente rechtspraak, met name een arrest van het Antwerpse Hof van Beroep van 14 juni 2005<sup>54</sup> en twee arresten in kort geding van de Raad van State<sup>1</sup>.

In deze noot wordt nagegaan hoe de Belgische rechtspraak in deze materie zich verhoudt tot het internationaal recht van de mensenrechten. In de eerste plaats is er de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die ruimte lijkt te laten voor een hoofddoekverbod<sup>2</sup>. Maar het is niet onbelangrijk om ook verder te kijken, naar de mensenrechteninstanties van de Verenigde Naties, die zich zeer kritisch opstellen ten aanzien van hoofddoekverboden<sup>3</sup>.

## 1. Relevante rechtsbronnen

Wie het recht opeist om een islamitische hoofddoek te dragen, kan zich beroepen op de vrijheid van godsdienst, aangezien het dragen van een hoofddoek een uitdrukking is van het islamitisch geloof of het navolgen van een godsdienstige regel. De vrijheid van godsdienst is onder meer gewaarborgd in de Belgische Grondwet (artikel 19) het EVRM (artikel 9), het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (artikel 18) en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (artikel 14).

Een andere manier om dezelfde problematiek aan te kaarten, is via het verbod van discriminatie op grond van godsdienst, dat onder meer vervat ligt in de artikels 10 en 11 van de Grondwet, artikel 14 (+ 9) EVRM, artikel 26 IVBPR en artikel 2 IVRK. Ook de Wet Bestrijding Discriminatie van 25 februari 2003 verbiedt discriminatie op grond van geloof.

Wie omwille van het dragen van een hoofddoek de toegang tot de school of tot de lessen wordt ontzegd, kan zich tenslotte beroepen op de vrijheid van onderwijs. Deze problematiek wordt hier niet behandeld, aangezien ze het voorwerp uitmaakt van een andere bijdrage in dit nummer.

## 2. België: geen recht om een hoofddoek te dragen

Zowel voor de gewone rechtscollages als voor de Raad van State gaat het bij hoofddoekzaken meestal om procedures in kort geding.

Het Antwerpse Hof van Beroep behandelde op 14 juni 2005 het beroep tegen een uitspraak van de voorzitter van de rechtbank van Eerste Aanleg van Hasselt van 5 oktober 2004. Deze had de vordering tot staking afgewezen die was ingesteld door een aantal meisjes en ouders tegen de Provincie Limburg, wegens de invoering van een algemeen verbod op hoofddeksels in de Provinciale

<sup>51</sup> Cour E.D.H., grande chambre, 10 novembre 2005, "Leyla Şahin c. Turquie", req. n°44774/98, § 129 ; Cour E.D.H., 13 décembre 2005, "Timishev c. Russie", req. n°55762/00 et 55974/00, § 64.

<sup>52</sup> [www.projucit.be](http://www.projucit.be)

<sup>1</sup> Voor een overzicht van vroegere rechtspraak, zie onder meer: B. BLERO, "Du droit d'extérioriser son appartenance religieuse à l'école. L'interdiction du foulard islamique face à la liberté de religion", *Revue du droit des étrangers*, 1996, 3-26; E. BREMS, "Geen doekjes winden om integratie: over de houding van recht en beleid tot de islamitische hoofddoek", *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 1997, 351-373; E. BREMS, "De hoofddoek als constitutionele kopzorg", *TBP* 2004, 323-360; K. MEERSCHAUT en N. VANSWEEVELT, "De hoofddoek opnieuw uit de kast: godsdienstvrijheid op school in een democratische rechtsstaat", *Mensenrechten. Jaarboek ICM* 1998-2000, 43-82.

<sup>2</sup> Antwerpen, 14 juni 2005, verder gepubliceerd in dit nummer.

<sup>3</sup> R.v.St., 2 september 2005, nr. 148.566, gepubliceerd elders in dit nummer; R.v.St., 2 september 2005, nr. 148.567.



Handelsschool te Hasselt. De appellanten brachten de zaak enerzijds aan onder de Wet Bestrijding Discriminatie, en anderzijds onder artikel 9 EVRM.

Het Hof oordeelde dat de Wet Bestrijding Discriminatie niet van toepassing is op het onderwijs, omdat dit niet uitdrukkelijk is vermeld in artikel 2 § 4 van de wet, dat de toepassingsfeer beschrijft. Deze redenering is betwistbaar, aangezien het onderwijs zonder veel moeite zou kunnen worden gebracht onder categorieën die in deze bepaling vermeld staan, zoals 'een economische sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek', of 'het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek'. Dat het onderwijs buiten het toepassingsgebied van de wet valt, wordt echter door de meeste commentatoren beaamd op grond van een andere redenering, met name omdat het onderwijs een gemeenschapsbevoegdheid is, en de Wet Bestrijding Discriminatie enkel binnende federale bevoegdheidsdomeinen geldt.<sup>4</sup>

Het Hof lijkt een aanzet te maken tot toetsing aan het discriminatieverbod in de Grondwet en/of het EVRM, maar maakt deze redenering niet af.

Onder artikel 9 EVRM aanvaardt het Hof vooreerst dat het dragen van een hoofddoek binnen de beschermingsfeer van de godsdienstvrijheid valt. Zoals de meeste mensenrechten is de godsdienstvrijheid echter niet absoluut. Artikel 9 EVRM bepaalt dat beperkingen mogelijk zijn, mits deze gebaseerd zijn op een algemene regel, en evenredig zijn met een wettig doel, met name de bescherming van de rechten van anderen, de openbare orde, de gezondheid en de zedelijkheid. Het Antwerpse Hof meent dat het algemeen hoofddoekverbod in deze zaak gerechtvaardigd is omwille van de bescherming van de openbare orde. Het verbod werd namelijk ingevoerd als gevolg van ordeverstoring door het militant optreden van een aantal moslimmeisjes. Het Hof maakt in dit verband gewag van 'ernstige ordeverstoring resp. verstoring van het normaal verloop van de onderwijsactiviteiten'. Het blijkt niet uit de feiten dat de appellantes bij de ordeverstoorders hoorden.

De Raad van State deed op 2 september uitspraak in 2 gelijkaardige zaken betreffende een vordering tot schorsing van de bepalingen van een schoolreglement op grond waarvan het dragen van een hoofddoek verboden werd. De zaken betroffen athenea in Charleroi en Gilly. Beide reglementen verbieden het dragen van een hoofd-

deksel. In het atheneum van Charleroi is daarenboven het dragen van alle politieke of religieuze tekenen verboden. Behalve de bepalingen in het reglement vochten de verzoekende ouders en meisjes ook de ministeriële beslissing tot goedkeuring van het reglement aan, evenals in één van beide zaken de weigering tot inschrijving.

Aangezien het om vorderingen tot schorsing ging, moest een moeilijk te herstellen ernstig nadeel worden aangetoond. De Raad oordeelde dat dit niet het geval was. Het is opmerkelijk dat de Raad van State in zijn redenering in het geheel niet ingaat op de problematiek van godsdienstvrijheid of discriminatie. Er moet mijns inziens van worden uitgegaan dat een schending van mensenrechten sowieso een 'ernstig nadeel' uitmaakt. Aangenomen moet dus worden dat de Raad van State van oordeel is dat dit nadeel in dit geval niet moeilijk te herstellen is. Indien men zou aanvaarden dat een hoofddoekverbod een schending van de godsdienstvrijheid uitmaakt, valt nochtans moeilijk in te zien hoe deze schending zou kunnen worden rechtgezet door na verloop van tijd de hoofddoek alsnog toe te laten.

Het enige element dat de Raad van State onderzoekt, betreft de gevolgen van de verandering van school. Aangezien er binnen een redelijke afstand (er is sprake van een tiental kilometer) scholen zijn die hoofddoeken toelaten, is er geen risico op onderbreking van de schoolloopbaan. De verandering zelf en de langere reistijd naar school worden niet als voldoende 'ernstige' nadelen beschouwd om een schorsing te verantwoorden. Een moreel nadeel doordat de meisjes zich als slachtoffers van uitsluiting zouden kunnen beschouwen wordt niet aanvaard.

### 3. Straatsburg: ruimte voor verschillende benaderingen

De uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 10 november 2005 in het arrest *Leyla Şahin t. Turkije* moet als bijzonder gezaghebbend worden beschouwd.<sup>5</sup> Het arrest is namelijk gewezen door een Grote Kamer van 17 rechters, nadat verzoekster beroep aantekende tegen het arrest van een gewone kamer van 7 rechters van 29 juni 2004.

Ook de Grote Kamer oordeelde echter dat het verbod op het dragen van een hoofddoek aan een Turkse open-

<sup>4</sup> L. M. VENY, "De Wet Bestrijding Discriminatie in de ambtenarij", in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 116-117.

<sup>5</sup> Hof Mensenrechten, arrest Leyla Şahin van 10 november 2005, gepubliceerd elders in dit nummer.



bare universiteit geen schending uitmaakt van artikel 9 EVRM.<sup>6</sup>

Voor toekomstige hoofddoekgeschillen in België zijn voornamelijk de volgende elementen van belang.

*Ten eerste*, het Hof bevestigt (§ 78) dat een algemeen hoofddoekverbod een inmenging uitmaakt in het recht om een godsdienst te belijden. Mogelijk is het dragen van een hoofddoek niet in ieder geval religieus gemotiveerd, maar wanneer het gaat om een algemeen verbod treft men sowieso ook de religieus gemotiveerde hoofddoekdraagsters. Bovendien was in het geval van verzoekster niet betwist dat zij de hoofddoek droeg om te gehoorzamen aan een religieuze regel. Dit betekent dus dat het niet meer mogelijk is om te stellen dat een hoofddoekverbod geen inmenging in de godsdienstvrijheid zou inhouden, bv. omdat op basis van sommige interpretaties van de Islam het dragen van een hoofddoek niet verplicht is.<sup>7</sup> Een uitzondering dient enkel te worden gemaakt voor een individueel verbod jegens een persoon waarvan men kan aantonen dat ze de hoofddoek niet uit godsdienstige overwegingen draagt.

*Ten tweede*, is er wel eens geopperd dat omwille van de vereiste van een 'wettelijke basis' in artikel 9 (2) EVRM, het niet zou volstaan dat een hoofddoekverbod in een schoolreglement is opgenomen. Een interventie van de wetgever zou vereist zijn. Het is vanuit die overtuiging dat in Frankrijk het verbod op religieuze kledij en symbolen in het openbaar onderwijs is opgenomen in de 'code de l'éducation'.<sup>8</sup> In *Leyla Şahin* wordt deze hypothese ontkracht. Het hoofddoekverbod is niet uitgevaardigd door de Turkse wetgever, maar door de vice-rector van de universiteit, die hiertoe de formele bevoegdheid had, en die zich inzake de inhoud van de regel baseerde op de Turkse grondwet, zoals deze geïnterpreteerd wordt door de hoogste Turkse rechtscolleges. Deze oordeelden immers dat het toelaten van een hoofddoek in het onderwijs in strijd was met de grondwettelijke principes van secularisme en gelijkheid. Ook in België is niet betwist dat het schoolreglement regels over de kledij van de

leerlingen mag bevatten. De Belgische Grondwet bevat weliswaar geen vergelijkbare bepaling met het Turkse principe van secularisme, en er is evenmin rechtspraak van de hoogste rechtscolleges die het toelaten van een hoofddoek ongrondwettig zou achten. Het volstaat echter dat de Belgische grondwet en relevante wetgeving in de huidige stand van zaken niet door de hoogste rechtscolleges geïnterpreteerd worden op een wijze die zich verzet tegen een hoofddoekverbod. Hoofddoekverboden in schoolreglementen kunnen dus niet worden aangevochten wegens het ontbreken van een wettelijke basis in de zin van artikel 9 EVRM. Om een dergelijk hoofddoekverbod aan te vechten onder deze bepaling kan men enkel argumenteren dat het verbod niet evenredig is met de nagestreefde legitieme doelstelling (de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of de openbare orde).

Het derde relevante element betreft de redenering van het Europees Hof ivm deze evenredigheidsvereiste. Het Hof opteert namelijk voor het toekennen van een ruime appreciatiemarge aan de nationale instanties (§ 109). Dit heeft tot gevolg dat het slechts een marginale controle uitoefent op de evenredigheidsafweging die op nationaal vlak is gemaakt. Er kunnen vele redenen zijn om de nationale overheid een ruime beleidsmarge te gunnen inzake de beperking en bescherming van mensenrechten.<sup>9</sup> In dit geval gaat het om het erkennen van verschillende historische achtergronden, beleidskeuzes en gevoeligheden inzake de verhouding tussen Kerk en Staat in Europa. Tussen de 46 lidstaten van de Raad van Europa zijn er (zoals Turkije en Frankrijk) die een uitgesproken keuze maken voor een sterk doorgevoerd secularisme, maar er zijn er ook met heel andere opties, tot zelfs een staatsgodsdienst of een sterk bevoorrechte positie voor een bepaalde godsdienst.<sup>10</sup> Het Europees Hof meent dat deze diversiteit legitiem is, en wenst hierin geen uniformiteit op te leggen.

Een arrest van Straatsburg dat vaststelt dat er geen schending is, op basis van een redenering die gestoeld is

<sup>6</sup> En evenmin van artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

<sup>7</sup> Zie bv. Kort Ged. Luik, 26 september 1994, *J.T.* 1994, 831, hervormd in Luik, 23 februari 1995, *J.T.* 1995, 720.

<sup>8</sup> Artikel L. 151-5-1 ingevoegd bij wet van 15 maart 2004.

<sup>9</sup> Zie over dit onderwerp onder meer E. BREMS, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, 56/1-2, 240-314 en E. BREMS, "The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity within Europe", in David P. FORSYTHE en Patrice C. McMAHON (eds.), *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, Lincoln/London, University of Nebraska Press, 2003, 81-110.

<sup>10</sup> Bv. de Anglikaanse kerk is 'the Church of England', met de koning(in) aan het hoofd, sinds de Act of Supremacy van Henry VIII in 1534; in Denemarken, Noorwegen, IJsland en Finland is de Evangelisch-Lutheraanse Kerk de officiële kerk; in Griekenland en Bulgarije is de orthodoxe Kerk volgens de GW 'the prevailing religion' of 'the traditional religion'.



op een ruime nationale appreciatiemarge, biedt slechts een beperkte leidraad aan een rechtscollège in een ander land dat op nationaal vlak met dezelfde problematiek geconfronteerd wordt. In de eerste plaats moet het nagaan of er in de specifieke casus geen factoren voorhanden zijn die maken dat er ondanks de ruime appreciatiemarge toch een schending kan worden vastgesteld (*cf. infra*). Indien dat niet het geval is, en men dus oordeelt dat een Belgisch hoofddoekverbod vergelijkbaar is met het hoofddoekverbod in *Leyla Şahin*, betekent dit echter geenszins dat men *Leyla Şahin* zou moeten 'volgen' door net als het Europees Hof geen schending van de godsdienstvrijheid vast te stellen. Het betekent enkel dat het oordeel dat er geen schending is, een legitiem oordeel is. Maar dat geldt net zo goed voor het oordeel dat er wel een schending is. Het Hof gaat er van uit dat er op nationaal vlak verschillende appreciaties gemaakt worden van het hoofddoekverbod, en hanteert precies daarom de ruime appreciatiemarge. Nationale rechtscollèges worden verondersteld hun eigen interpretatie en redenering op te bouwen in verband met de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM, in het licht van de historische en constitutionele ontwikkelingen en de maatschappelijke gevoeligheden in hun land. Er zijn verschillende redeneringen mogelijk die kunnen leiden tot het oordeel dat een algemeen hoofddoekverbod in een school wel degelijk een schending uitmaakt van artikel 9 EVRM. Een rechtscollège zou zich hiervoor bv. kunnen laten inspireren door de uitspraken van een aantal mensenrechteninstanties van de Verenigde Naties (*cf. infra*, 4.). Een andere mogelijke redenering is de gene die er van uitgaat dat een 'evenredige' beperking van een mensenrecht per definitie de 'minst bezwarende maatregel' moet zijn. Met andere woorden, als de orde voldoende bewaard kan worden of de rechten van anderen adequaat beschermd kunnen worden door een alternatieve maatregel die minder ingrijpend is dan een algemeen hoofddoekverbod, moet voor dat alternatief gekozen worden. Als men die redenering volgt, komt men tot de conclusie dat een algemeen hoofddoekverbod slechts zelden verantwoord is. Doorgaans zal het volstaan om een specifieke maatre-

gel (hoofddoekverbod of een andere sanctie) te treffen ten aanzien van de meisjes die verantwoordelijk zijn voor het verstoren van de orde of die andere meisjes onder druk zetten.

Een dergelijke evenredigheidsafweging ligt in de lijn van deze die gevolgd werd door de Franse Conseil d'Etat tussen 1989 en 2004. In 1989 stelde de Conseil d'Etat in een advies dat het dragen door leerlingen van tekens waarmee ze uitdrukken dat ze een bepaalde godsdienst aanhangen niet op zichzelf onverenigbaar is met het grondwettelijk principe van 'laïcité', in de mate dat het een uitdrukking is van de godsdienstvrijheid. De vrijheid om de godsdienstige overtuiging te uiten kan leerlingen echter niet toestaan om godsdienstige tekens te dragen die door hun aard, door de omstandigheden waarin ze individueel of collectief gedragen worden, of door hun ostentatief of revendicatief karakter een daad vormen van drukking, provocatie, proselytisme of propaganda, inbreuk maken op de waardigheid of de vrijheid van de leerling of van andere leden van de educatieve gemeenschap, hun gezondheid of veiligheid in het gedrang brengen, of het verloop van de onderwijsactiviteiten, de educatieve rol van de leerkrachten, de orde in de instelling of de normale werking van de openbare dienst verstoren.<sup>11</sup> Deze principes zijn overgenomen in de rechtspraak van de Conseil d'Etat wanneer deze optreedt als administratief rechtscollège naar aanleiding van klachten over sancties tegen hoofddoekdraagsters. Met name stelde de Conseil d'Etat dat een schoolreglement geen absoluut verbod op religieuze tekens mag bevatten,<sup>12</sup> en evenmin een algemeen verbod op hoofddeksels dat zonder meer op de hoofddoek wordt toegepast.<sup>13</sup> De Conseil d'Etat weigerde om de islamitische hoofddoek te beschouwen als een teken dat uit zichzelf een ostentatief of revendicatief karakter zou hebben, en om het loutere dragen van een hoofddoek te beschouwen als een daad van drukking of proselytisme.<sup>14</sup> Sancties voor hoofddoekdraagsters waren volgens de Conseil d'Etat enkel gerechtvaardigd wanneer één van de uitzonderingsgronden van toepassing was in het individuele geval.

Wanneer men deze redenering toepast op de zaak die

<sup>11</sup> Conseil d'Etat, Avis 27 november 1989, *A.J.D.A.*, 1990, 39.

<sup>12</sup> Conseil d'Etat, 2 november 1992, *Kherouaa e.a.*, *Recueil Dalloz Sirey*, Jur., 1993, 108, met noot G. KOUBI; *Gazette du Palais*, 1993, 525, met noot D. MARDESSON; *J.C.P.*, II, 1993, 61, met noot P. TEDESCHI.

<sup>13</sup> Conseil d'Etat, 14 maart 1994, *Yilmaz*, *A.J.D.A.*, 1994, 415; *Recueil Dalloz Sirey*, Som., 1995, 135, met noot B. LEGROS; *R.D.P.S.P.*, 1995, 249, met noot A. LAJARTRE: « Le port de signes religieux dans les établissements scolaires », 221.

<sup>14</sup> Conseil d'Etat, 9 oktober 1996, *Unal*, nr. 172725; Deze formulering wordt sedertdien systematisch herhaald in de rechtspraak: o.m. Conseil d'Etat, 27 november 1996, *Akbaba*, *Rev. fr. Droit adm.*, 1997, 171, noot C. DURAND-PRINBOGNE; Conseil d'Etat, 27 november 1996, *Khalid en Sefiani*, *Dr. Adm.*, januari 1997, 6, noot R.S.; Zie ook Conseil d'Etat, 20 mei 1996, *Ali*, *A.J.D.A.*, 1996, 709, noot G. KOUBI; Conseil d'Etat, 20 mei 1996, *Houta*, nr. 172718; Conseil d'Etat, 20 mei 1996, *Outamghart*, nr. 172717;



voorlag voor het Antwerpse Hof van Beroep (*cf. supra*), moet men een schending van de godsdienstvrijheid vaststellen. Er was immers een algemeen hoofddoekverbod ingevoerd naar aanleiding van de ordeverstoring door enkele meisjes. De meisjes die het verbod aanvochten behoorden niet tot de ordeverstoorders. Volgens het principe van de 'minst ingrijpende maatregel' had het verbod enkel de ordeverstoorders mogen treffen.

*Tenslotte* moet men er rekening mee houden dat ondanks de ruime appreciatiemarge, het Europees Hof nog steeds een supervisie uitoefent, en dat afhankelijk van de context en de aard van de maatregel sommige restrictieve maatregelen ten aanzien van religieuze kledij of symbolen nog steeds als een schending van artikel 9 EVRM kunnen worden bestempeld. Daarom is het relevant om na te gaan welke factoren een rol spelen in de evaluatie door het Hof van het Turkse hoofddoekverbod. Wat de Turkse context betreft, hecht het Hof groot belang aan twee factoren. Ten eerste, de historische en constitutioneel verankerde keuze voor een strikte opvatting van de seculiere staat (§ 114 en § 116); en ten tweede, de reële dreiging van fundamentalistische stromingen in Turkije, waardoor het dragen van een hoofddoek door sommige meisjes een bijzondere druk kan uitoefenen op andere meisjes (§ 115). Beide factoren zijn niet in dezelfde mate aanwezig in de Belgische context. De verhouding tussen Kerk(en) en Staat in België is gekenmerkt door scheiding in de zin van wederzijdse niet-inmenging, maar ook door een belangrijke rol voor de overheid in het (financieel) faciliteren van de godsdienstbeoefening van de erkende erediensten. Moslimfundamentalisme is niet geheel onbekend in België, maar de situatie is niet te vergelijken met Turkije. De Islam is in België een minderheidsgodsdienst, en anders dan in Turkije is er geen sprake van een sterke politieke stroming die streeft naar een samenleving gebaseerd op islamitische principes.

Ten gevolge van deze verschillen is het in principe mogelijk dat het Europees Hof een hoofddoekverbod in België strenger zou beoordelen dan in Turkije.

Het gunstige oordeel van het Hof over het Turkse hoofddoekverbod heeft behalve met de context, ook te maken met de modaliteiten van het verbod. In dat verband betreft het Hof uitdrukkelijk een aantal factoren bij de evenredigheidsafweging. Ten eerste is de maatregel beperkt omdat andere vormen van godsdienstbeleving wel toegelaten zijn aan de universiteit. Ten tweede is de

maatregel niet-discriminerend, omdat kledij en symbolen van alle godsdiensten verboden zijn. Tenslotte nam het Hof ook het proces van totstandkoming van de reglementering onder de loep. Het stelde vast dat het hoofddoekverbod aan de universiteit niet uit de lucht kwam vallen, maar samenging met een ruim maatschappelijk debat en in overeenstemming was met rechtspraak van de hoogste Turkse rechtscollleges. Het besluitvormingsproces dat leidde tot de invoering van het hoofddoekverbod nam verschillende jaren in beslag gedurende dewelke de universitaire overheid de dialoog met de betrokkenen onderhield. Voor nationale rechtscollleges die – bv. in België – een hoofddoekverbod moeten beoordelen in het licht van de godsdienstvrijheid, zijn dit relevante factoren die zonder grote moeite in rekening kunnen worden gebracht. Het algemene kader van de godsdienstvrijheid in het openbaar onderwijs zal in België in de regel gunstig moeten worden beoordeeld, aangezien er zelfs onderdicht wordt gegeven in de erkende erediensten. Het principe van non-discriminatie maakt dat een reglement dat enkel hoofddoeken verbiedt, maar symbolen van andere erediensten toelaat, problematisch is. Dit geldt ook als het reglement niet specifiek hoofddoeken viseert, maar alle hoofddekseksels verbiedt. Aangezien de uiterlijke symbolen van andere godsdiensten (met name de meerderheidsgodsdienst) niet per se op hoofddekseksels betrekking hebben, beperkt een dergelijk verbod slechts de godsdienstvrijheid van sommige leerlingen.<sup>15</sup> Tenslotte is er het procedurele aspect. Dit maakt dat het Hof strenger zal oordelen over een hoofddoekverbod dat onaangekondigd wordt ingevoerd, zonder voorafgaande dialoog en zonder dat er incidenten aan voorafgingen, of druk werd uitgeoefend vanuit de overheid of de samenleving.

#### *4. De Verenigde Naties: bezorgd om de godsdienstvrijheid*

##### *4.1. Het IVRK*

Het EVRM is bij juristen ongetwijfeld het best bekende mensenrechtenverdrag, maar het is niet het enige waarmee in de Belgische rechtsorde rekening moet worden gehouden.

Op het niveau van de Verenigde Naties is met name het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) bijzonder relevant in deze materie. Artikel

Conseil d'Etat, 20 mei 1996, Mabchour, nr. 170398; Conseil d'Etat, 20 oktober 1999, Ait Ahmad, *A.J.D.A.*, 2000, 165, noot F. DE LA MORENA.

<sup>15</sup> Behalve moslimmeisjes (hoofddoek) kan men in dit verband ook denken aan joodse jongens (keppel) en Sikh jongens (tulband).



14 IVRK beschermt de godsdienstvrijheid van kinderen in termen die grotendeels overeenkomen met die van artikel 9 EVRM, met dien verstande dat het tweede lid erin voorziet dat de ouders het kind begeleiden in de uitoefening van dit recht, in functie van diens capaciteit.

Het toezicht op de naleving van het IVRK berust bij het Comité voor de Rechten van het Kind. Aangezien er onder het IVRK geen individueel klachtenmechanisme voorzien is, is een rechtstreekse vergelijking van de opvattingen van het IVRK-Comité met die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet mogelijk. De opvattingen van het Comité kunnen echter wel worden afgeleid uit de commentaren ('concluding observations') die het geeft naar aanleiding van de meerjaarlijkse statenrapportage over de tenuitvoerlegging van het IVRK.

In juni 2004 boog het Comité zich met name over het Franse hoofdboekverbod in het licht van artikel 14 IVRK.<sup>16</sup>

« 25. Le Comité constate que la Constitution garantit la liberté de religion et que la loi de 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État interdit toute discrimination fondée sur l'appartenance à une religion. Le Comité reconnaît également l'importance que l'État partie accorde à l'école publique laïque. Toutefois, compte tenu des articles 14 et 29 de la Convention, le Comité est préoccupé par les allégations faisant état d'une montée de la discrimination, notamment de la discrimination fondée sur la religion. Le Comité craint aussi que la nouvelle loi (no 2004-228 du 15 mars 2004) relative au port de signes et de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles publiques n'aille à l'encontre du but recherché en négligeant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de l'enfant à l'éducation, et ne permette pas d'obtenir les résultats escomptés. Le Comité note avec satisfaction que les dispositions de cette loi doivent faire l'objet d'une évaluation un an après son entrée en vigueur.

26. Le Comité recommande à l'État partie, lorsqu'il évaluera les effets de cette loi, de retenir la jouissance des droits de l'enfant tels qu'ils sont consacrés par la Convention comme critère déterminant du processus d'évaluation et aussi d'examiner d'autres moyens, notamment la médiation, d'assurer la laïcité des écoles publiques tout en garantissant que les droits individuels ne soient pas bafoués et que les enfants ne soient pas exclus ni défavorisés à l'école et dans d'autres milieux par suite de telles dispositions législatives. Peut-être serait-il préférable que les écoles publiques fixent elles-mêmes leurs normes vestimentaires, en encourageant

*la participation des enfants. Le Comité recommande en outre à l'État partie de continuer de suivre de près la situation des filles exclues des écoles par suite de la nouvelle loi et de s'assurer qu'elles jouissent du droit à l'éducation.*»

Deze negatieve interpretatie van het hoofdboekverbod door het IVRK contrasteert scherp met het hierboven besproken oordeel van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Verschillende factoren kunnen deze uiteenlopende interpretaties van gelijkkluidende normen verklaren. Eén daarvan is het verschil tussen het Europese en het universele perspectief. Het valt op dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich al enkele keren uitgesproken negatief heeft uitgelaten over de Islam.<sup>17</sup> In het Europese mensenrechtenbeschermingssysteem leeft de gedachte dat mensenrechten deel uitmaken van een gemeenschappelijk Europees cultureel erfgoed. De indruk bestaat dat de Islam daarentegen niet wordt beschouwd als behorend tot het Europees cultureel erfgoed, en dat daarom Islamitische normen en symbolen vrij gemakkelijk onwenselijk worden geacht. Een mensenrechteninstantie op het universele niveau kan zich een dergelijk oordeel niet veroorloven.

Een andere factor betreft de aard van de respectieve toezichtsmechanismen. In een gerechtelijke procedure dient het rechtcollege (het Europees Hof voor de Rechten van de Mens) een enkel individueel geval te beoordelen en dient het bovendien volgens een strikte juridische redenering een eenduidig antwoord te bieden op de vraag of er al dan niet sprake is van een schending van mensenrechten. In het kader van een rapportageprocedure daarentegen beoordeelt het toezichthoudend orgaan (het Comité voor de rechten van het kind) een algemene situatie. Het hoeft zich daarenboven niet aan een juridisch redeneringspatroon te houden en kan een meer genuanceerde opinie uitdrukken.

Tenslotte is ook het specifieke perspectief van de kinderrechten verantwoordelijk voor de verschillende interpretaties van beide organen. Leyla Şahin was een universiteitsstudente en dus meerderjarig, zodat het Europees Hof geen reden had om kinderrechten in rekening te brengen. Maar ook bij nationale rechtscollages die zich over deze materie uitspreken merkt men dat het perspectief van de rechten van het kind systematisch onderbelicht blijft. Nochtans noopt het in rekening brengen van kinderrechten tot enkele duidelijke accenten.

In de eerste plaats bepaalt artikel 3(1) IVRK dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van

<sup>16</sup> IVRK Comité, *Observations Finales: France* (UN Doc. CRC/C/15/Add.240, 2004), paras. 25-26.

<sup>17</sup> Bv. Hof Mensenrechten, *Leyla Şahin t. Turkije*, 10 november 2005, § 111, citerend uit Hof Mensenrechten, *Dahlab t. Zwitserland*, 15 februari 2001. Zie ook Hof Mensenrechten, *Refah Partisi t. Turkije*, 13 februari 2003, § 123.



het kind de eerste overweging moeten vormen. Bij nationale rechtscolleges die een hoofddoekverbod beoordelen, komt dit element onrechtstreeks aan bod wanneer het gaat om de rechten van de leerlingen die geen hoofddoek dragen. De druk die op hen zou kunnen worden uitgeoefend is soms een reden om een hoofddoekverbod te aanvaarden. Bovendien wordt er soms impliciet van uitgegaan dat het in het belang is van alle leerlingen (ook de vrome moslims) om naar school te gaan in een omgeving die vrij is van religieuze symbolen. Hoewel rechten en belangen van kinderen dus zeker een rol spelen bij de meeste rechterlijke uitspraken, is een expliciete aandacht voor het belang van het kind dat een hoofddoek wenst te dragen toch bijzonder zeldzaam in de rechtspraak.

In de tweede plaats merkt men dat er in de rechtspraak voornamelijk wordt gedacht in termen van het beschermen van kinderen. Het Europees Hof wil zelfs de meerderjarige Turkse studentes beschermen. In het IVRK is de godsdienstvrijheid (artikel 14) echter een autonomie recht.<sup>18</sup> Het kind oefent dit recht zelf uit, met steun van de ouders.<sup>19</sup> Deze steun neemt echter af, en de autonomie van het kind neemt toe, naarmate het kind ouder wordt. Dit concept van graduele autonomie vindt men zelden terug in de rechtspraak over hoofddoeken. Het impliceert dat het beschermingsargument meer steek houdt naarmate de leerlingen jonger zijn. Binnen de dynamiek van het IVRK is de bescherming van kinderen echter in de eerste plaats een taak voor de ouders. Wanneer een hoofddoekverbod wordt ingevoerd om jonge kinderen (die geen hoofddoek dragen) te beschermen tegen religieuze druk, moet dit dus gebeuren op initiatief van en in samenspraak met de ouders van deze kinderen. Indien de ouders de hoofddoek niet als bedreigend ervaren, is er vanuit het IVRK bekeken geen grond voor de staat om dit te doen. Naarmate de kinderen ouder worden, is het aan henzelf om deze analyse te maken, in plaats van hun ouders.

Een ander belangrijk kenmerk van het IVRK, dat tevens blijkt uit het citaat van het IVRK-Comité mbt Frankrijk, is het participatierecht van kinderen. Op grond van artikel 12 IVRK hebben kinderen die in staat zijn een eigen mening te vormen, het recht deze vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die hen betreffen, waarbij aan de

mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid. Het IVRK-Comité concretiseert dit door voor te stellen dat vestimentaire regels niet door het Parlement zouden worden bepaald maar op het niveau van de school, mét participatie van de leerlingen. De leerlingenraad lijkt daarvoor het orgaan bij uitstek. Aan de procedurele vereisten die het Europees Hof formuleert moet vanuit het IVRK dan ook de vereiste worden toegevoegd van leerlingenparticipatie bij de totstandkoming van de relevante regel.

In zijn commentaar op het Franse rapport drukt het IVRK-Comité tenslotte ook de bezorgdheid uit dat het recht op onderwijs in het gedrang zou komen wanneer meisjes omwille van het dragen van een hoofddoek worden uitgesloten uit een school. Dit is een factor die in rekening moet worden gebracht bij het evalueren van de evenredigheid van een hoofddoekverbod. Het valt op dat het Europees Hof – dat wel een apart onderzoek verricht onder het recht op onderwijs – in haar evenredigheidsanalyse geen melding maakt van de ernst van de sanctie van uitsluiting. Wanneer er geen inschrijving mogelijk is in een andere school die de hoofddoek wel toelaat, kunnen sommige orthodoxe gelovigen beslissen om niet langer naar school te gaan. Een variant op deze problematiek, die zich in de Belgische context vaker voordoet, is de situatie waarbij in een bepaalde regio enkel BSO of TSO scholen de hoofddoek toelaten. Een meisje dat ASO volgt en een hoofddoek wil dragen komt dan voor een moeilijke keuze te staan, en riskeert haar kansen op toegang tot het hoger onderwijs in het gedrang te brengen.

#### 4.2. *De bijzondere verslaggeefster van de Verenigde Naties over Vrijheid van Godsdienst*

Het Franse hoofddoekverbod werd bovendien bekritiseerd door de ‘Special Rapporteur on freedom of religion or belief’ van de Verenigde Naties, de Pakistaanse Asma Jahangir. Zij bezocht Frankrijk in september 2005, onder meer naar aanleiding van de ophef rond het verbod van religieuze symbolen op school. In haar verslag aan de Mensenrechtencommissie van de Verenigde Naties<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Zie E. BREMS, “Article 14. The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion”, in André ALEN, Johan VANDE LANOTTE, Eugene VERHELLEN, Fiona ANG, Eva BERGHMANS en Mieke VERHEYDE (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 39 p.

<sup>19</sup> Artikel 14 (2) IVRK bepaalt: “De Staten die partij zijn, eerbiedigen de rechten en plichten van de ouders en, indien van toepassing, van de wettige voogden, om het kind te leiden in de uitoefening van zijn of haar recht op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind.”

<sup>20</sup> VN Doc. E/CN.4./2006/5/Add.4, 8 maart 2006, §§ 98-104.



schrijft ze over deze kwestie het volgende:

“98. *Law 2004-228 of 15 March 2004 on the wearing of conspicuous religious symbols in public schools is widely supported by the political apparatus as well as by the population. Although the law is intended to apply equally to all persons, the Special Rapporteur is of the opinion that it has mainly affected certain religious minorities, and notably, people of a Muslim background. The Special Rapporteur believes that the wide political support for the law has conveyed a demoralizing message to religious minorities in France.*

99. *The law is appropriate insofar as it is intended, in accordance with the principle of the best interests of the child, to protect the autonomy of minors who may be pressured or forced to wear a headscarf or other religious symbols. However, the law denies the right of those minors who have freely chosen to wear a religious symbol to school as part of their religious belief.*

100. *The Special Rapporteur is of the opinion that the direct and, in particular, the indirect consequences of this law may not have been thoroughly considered. Although many interlocutors at the governmental level are satisfied with the results of the implementation of the law, she noticed that the figures are often disputed, including because the criteria used for the assessment vary. Moreover, the Special Rapporteur considers that aside from statistics, the issue is one of principle.*

101. *The concerns of the Special Rapporteur are more serious with regard to the indirect consequences of Law 2004-228 in the longer term. The implementation of the law by educational institutions has led, in a number of cases, to abuses that have provoked humiliation, in particular amongst young Muslim women. According to many sources, such humiliation can only lead to the radicalization of the persons affected and those associated with them. Moreover, the stigmatization of the headscarf has provoked instances of religious intolerance when women wear it outside school, at university or in the workplace. Although the law was aimed at regulating symbols related to all religions, it appears to mainly target girls from a Muslim background wearing the headscarf.*

102. *The Special Rapporteur encourages the Government to closely monitor the way educational institutions are implementing the law, in order to avoid the feelings of humiliation that were reported to her during her visit. She also recommends a flexible implementation of the law which would accommodate the schoolchildren for whom the display of religious symbols constitutes an essential part of their faith.*

103. *In all circumstances, the Government should uphold the principle of the best interests of the child and guarantee the fundamental right of access to education, as*

*has been recommended by several United Nations treaty-monitoring bodies.*

104. *Moreover, the Government should take appropriate measures to better inform school authorities, and more generally the French population, about the exact nature and purpose of the law. It should be made clear that the wearing or display of religious symbols is an essential part of the right to manifest one's religion or belief that can only be limited under restrictive conditions. The Government should also promptly provide redress in any situation where persons have been the victim of discrimination or other act of religious intolerance because of their religious symbols, including by prosecuting the perpetrators of such acts in the relevant cases.”*

Aangezien de Special Rapporteur haar redenering niet hoeft op te bouwen aan de hand van een specifieke verdragsbepaling of op basis van een concrete casus, is ze vrij om onder meer opmerkingen te maken over de symbolische impact van het verbod, en over de onrechtstreekse gevolgen ervan. In vergelijking met de andere mechanismen valt hier op dat een verband wordt gelegd met de algemene achtergestelde positie van de islamitische minderheid, en het risico op versterking van stigmatisering en discriminatie. Ze lijkt te vrezen dat de wet een verkeerd signaal stuurt aan de ‘autochtone’ bevolking, als zou intolerantie ten aanzien van moslims geoorloofd zijn. Bovendien wijst ze op het gevaar van radicalisering bij de moslims ten gevolge van dit signaal van uitsluiting.

In § 99 betreft de Special Rapporteur uitdrukkelijk de kinderrechten, en met name het autonomie-recht van kinderen die al dan niet een hoofddoek willen dragen.

Uiteindelijk dringt de Special Rapporteur niet aan op intrekking van het verbod op religieuze symbolen op school. Ze bepleit enkel een uitzondering voor zeer gelovige kinderen (§ 102) en een verandering in het discours en de beeldvorming rond het verbod en in het bijzonder rond de islamitische hoofddoek.

## 5. Besluit

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat ruimte aan rechtscolleges (en wetgevers) op nationaal niveau om een hoofddoekverbod in het openbaar onderwijs al dan niet in strijd te achten met de vrijheid van godsdienst (artikel 9 EVRM). Uit het arrest *Leyla Şahin t. Turkije* kan één en ander worden afgeleid over de omstandigheden waarin het Hof zélf zou oordelen dat een hoofddoekverbod niet door de beugel kan.

De Belgische rechtspraak over hoofddoekverboden in het onderwijs is tot op heden schaars. Er is met name nog geen uitspraak ten gronde van het Hof van Cassatie of de Raad van State.



De tendens in de rechtspraak gaat momenteel in de richting dat een hoofddoekverbod in naam van de openbare orde of de bescherming van de rechten van anderen een evenredige beperking uitmaakt van de vrijheid van godsdienst.

Rechters die een andere koers willen volgen kunnen zich bijvoorbeeld laten inspireren door de rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat tot 2004 en het principe van de 'minst belastende maatregel'. In ieder geval verdient het aanbeveling om naast de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook rekening te houden met de kritische uitspraken van andere internationale mensenrechteninstanties. Wanneer het over min-

derjarigen gaat, mogen met name de rechten van het kind niet uit het oog worden verloren.

Eva Brems  
Docent Mensenrechten, Universiteit Gent

---

**Note:**

Voir aussi Conseil d'état (IVe chambre), n° 148.566, 2 septembre 2005 et Anvers (6e chambre), 14 juin 2005, publié dans ce numéro.

