

La neutralité religieuse de l'Etat dans l'instruction publique

BRAUNE, Victor Sebastian

Abstract

L'Etat fait face, dans le domaine de l'instruction publique tout particulièrement, à d'importantes difficultés dans l'application de la liberté religieuse et du principe subséquent de neutralité religieuse de l'État. Ce mémoire a pour objectif d'illustrer la difficulté de la mise en oeuvre de la liberté religieuse et du principe de neutralité religieuse de l'État dans l'instruction publique, la diversité des approches cantonales en la matière et les arguments invoqués dans les principales jurisprudences fédérales.

Reference

BRAUNE, Victor Sebastian. *La neutralité religieuse de l'Etat dans l'instruction publique*. Master : Univ. Genève, 2017

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:98837>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Mémoire en vue de l'obtention de la Maîtrise universitaire en droit

La neutralité religieuse de l'État dans l'instruction publique

par Victor S. BRAUNE

sous la direction du Prof. Michel HOTTELIER

Année académique 2016-2017

Semestre de printemps

Date de dépôt: 26 mai 2017

Je tiens à remercier le Prof. Michel HOTTELIER, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Genève, ainsi que Mme Véronique DUBOSSON, assistante de la Faculté, pour leur disponibilité, l'encadrement et l'évaluation de ce travail.

Table des matières

Introduction	1
I. La liberté religieuse en droit suisse	2
A. L'évolution historique de la liberté religieuse	2
B. La liberté religieuse: ses sources conventionnelles et constitutionnelles	5
1. Art. 18 et 27 du Pacte ONU II	6
2. Art. 14 CDE	6
3. Art. 9 et 14 CEDH	7
4. Art. 15 Cst.....	10
C. La neutralité religieuse de l'État.....	15
1. Le concept de neutralité religieuse de l'État.....	15
2. Le cadre fédéral	17
3. La diversité des approches cantonales	18
II. La mise en œuvre de la liberté religieuse dans l'instruction publique ...	18
A. La compétence des cantons en matière d'instruction publique et la diversité des législations cantonales	19
B. L'exemple du canton de Genève	19
1. La Constitution genevoise et la conception de laïcité du canton de Genève	19
2. La loi genevoise sur l'instruction publique	20
C. L'exemple du canton de Fribourg.....	21
1. La Constitution fribourgeoise	21
2. La loi sur la scolarité obligatoire	22
D. L'exemple du canton de Vaud.....	24
1. La Constitution vaudoise	24
2. La loi sur l'enseignement obligatoire	24
III. Casuistique des principales problématiques portées devant les tribunaux suisses et européens	25
A. Le port du voile islamique par les enseignants et par les élèves	25
1. La jurisprudence du Tribunal fédéral	26
2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	29
B. Le crucifix dans les établissements scolaires publics	30
1. La jurisprudence du Tribunal fédéral	31
2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	32
C. Les cours de natation	34
1. La jurisprudence du Tribunal fédéral	34
2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	36
Conclusion	38

Bibliographie

Abréviations

aCst.	=	Constitutions fédérales de la Confédération suisse de 1874
ACEDH	=	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
ATF	=	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	=	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CDE	=	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (Convention des droits de l'enfant)
CEDH	=	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)
CF	=	Conseil fédéral
Cf.	=	<i>Confer</i> (voir)
CourEDH	=	Cour européenne des droits de l'homme
CP	=	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
Cst.	=	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
Cst. FR	=	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004
Cst. GE	=	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012
Cst. VD	=	Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003
DCEDH	=	Décision de la Cour européenne des droits de l'homme
Édit.	=	Éditeur(s)
<i>Idem</i>	=	le/la même (référence)
n.	=	Note(s) de bas de page
RS	=	Recueil systématique du droit fédéral
RSF	=	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	=	Recueil systématique de la législation genevoise
RSV	=	Recueil systématique de la législation vaudoise
s.	=	Et suivant
ss.	=	Et suivant(s)
TF	=	Tribunal fédéral

Introduction

L'*Invocatio Dei*² reproduite ci-dessus reflète bien la difficulté, pour un État moderne et démocratique, de fixer un cadre précis aux limites à imposer aux pratiques religieuses, alors même qu'une phrase à forte connotation chrétienne figure en tête du préambule de la Constitution fédérale.

Le conseiller national zougais Gerhard Pfister affirmait dans une interview que « dans un État qui a connu les Lumières, il convient de fixer des limites à la sphère religieuse »³. Or fixer des limites à la sphère religieuse protégée par la liberté de conscience et de croyance, au nom d'intérêts publics et parfois privés multiples, se relève être un défi important pour notre système juridique dans une société suisse multiculturelle et pluriconfessionnelle. Les discussions autour de la liberté religieuse sont ainsi intensifiées par la croissance de la migration en provenance de cultures non-chrétiennes avec l'accroissement de l'importance de l'intégration⁴. À cela s'ajoute une grande diversité cantonale dans la relation aux questions religieuses comme le montre le concept genevois de laïcité⁵, fort différent des modèles que l'on peut rencontrer dans la plupart des autres cantons suisses⁶.

C'est en particulier dans le domaine de l'instruction publique que l'État a fait et fait encore face à d'importantes difficultés dans l'application de la liberté religieuse et du principe subséquent de neutralité religieuse de l'État. Cette dernière prend en effet, comme le rappellent nos juges fédéraux, « une importance particulière en matière d'école publique, car l'enseignement est obligatoire pour tout un chacun, sans aucune différence entre les confessions »⁶. Une multitude d'arrêts fortement médiatisés et discutés dans les sphères politiques forment une jurisprudence éclairante mais néanmoins évoluant au fur et à mesure des années comme des problématiques rencontrées. Aux difficultés strictement constitutionnelles et découlant des droits fondamentaux s'ajoutent celles des préoccupations politiques et sociétales plus larges comme par exemple le principe d'intégration, intimement lié aux problématiques qui seront évoquées. Les autorités politiques, les établissements scolaires et les enseignants sont confrontés à ces problématiques de manière tout à fait pratique⁷.

Dans un récent communiqué, le Département genevois de l'instruction publique donnait un éclairage sur les difficultés rencontrées : « Malgré son importance la laïcité à l'école est bousculée par un contexte social et politique extrêmement sensible : hésitations du terrain sur l'application des principes de la laïcité ; attention publique exacerbée aux questions liées à la

¹ Préambule de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

² BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 99, N 5.

³ Arthur Grosjean, « Si je savais comment stopper ce déclin, nous l'aurions fait ! », 24Heures, (<http://www.24heures.ch/suisse/Si-je-savais-comment-stopper-ce-declin-nous-l-aurions-fait/story/14317131>), consulté le 11.04.2016.

⁴ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 25.

⁵ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 452 et N 458.

⁶ ATF 116 Ia 252 consid. 6, in JdT 1992 I 5.

⁷ DIP GE, La laïcité à l'école, p. 7.

place de la religion dans la vie commune ; débats vifs autour de la diversité culturelle et de l'intégration »⁸.

Ce mémoire a pour objectif d'illustrer la difficulté de la mise en œuvre de la liberté religieuse et du principe de neutralité religieuse de l'État dans l'instruction publique, la diversité des approches cantonales en la matière et les arguments invoqués dans les principales jurisprudences fédérales et européennes. Après un rappel du cadre historique, conventionnel et constitutionnel de la liberté religieuse telle qu'appliquée en Suisse (I), nous présenterons des exemples de l'application de ce droit fondamental et des principes en découlant dans les constitutions et législations cantonales régissant l'instruction publique (II) avant de présenter l'évolution et l'état actuel de la jurisprudence suisse et européenne sur des questions fondamentales illustrant les difficultés d'application du principe de neutralité religieuse de l'État dans l'instruction publique (III). Une conclusion viendra présenter l'évolution sans doute souhaitable de l'application du principe de neutralité religieuse dans le domaine scolaire.

I. La liberté religieuse en droit suisse

La consécration de la liberté religieuse dans le droit suisse doit être comprise et présentée en tenant compte de la hiérarchie des normes helvétiques, adaptée au système fédéral qui est le nôtre. Après une brève présentation de l'évolution historique de cette notion (A), notamment au regard du droit de l'instruction publique, la notion de liberté religieuse sera détaillée et présentée selon les interprétations des sources conventionnelles et constitutionnelles (B) qui la consacrent avant de préciser la notion de neutralité religieuse de l'État, présente dans le titre de ce mémoire, en corrélation avec celle-ci (C).

A. L'évolution historique de la liberté religieuse

Ce bref aperçu se concentrera uniquement sur l'apparition de la liberté religieuse moderne dont il sera question dans ce mémoire.

En Suisse régnait depuis longtemps le principe de la territorialité (*cuius regio, eius religio*) établi lors de la paix de Westphalie en 1648⁹ et qui accordait au pouvoir politique la capacité d'imposer à ses sujets la religion de son choix¹⁰. C'est avec l'invasion de la Suisse par Napoléon I^{er} (Bonaparte) dès 1792 et l'instauration de la République helvétique que se développe la notion de « liberté de conscience » au sens moderne, c'est-à-dire « illimitée »¹¹. Cette conception était totalement étrangère aux traditions cantonales¹². Ce changement de paradigme sera fondamental dans le développement ultérieur jusqu'à nos jours de la notion de liberté de conscience et marque une rupture¹³. Cette évolution fondamentale de la notion a lieu dans un contexte plus large de laïcisation de l'État dans une époque suivant les

⁸ Communiqué de presse du département de l'instruction publique, de la culture et du sport de la République et canton de Genève, La laïcité à l'école: une brochure de référence pour la rentrée 2016, 19 août 2016.

⁹ BELSER/WALDMANN, Vol II, p. 97, N 1.

¹⁰ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 1.

¹¹ GONIN, p. 6-7.

¹² AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 441.

¹³ GONIN, p. 6.

aspirations du mouvement des Lumières¹⁴. L'acte fondateur de la République helvétique (1798) comme l'Acte de Médiation (1803), tous deux imposés par la Première République française, sont exempts de toute référence religieuse qui fera son retour par la suite pour être aujourd'hui encore présente dans le Préambule de la Constitution fédérale¹⁵.

L'art. 6 de la Constitution de 1798¹⁶ consacre la liberté de conscience moderne et la garantit pour la première fois en des termes clairs: « la liberté de conscience est illimitée »¹⁷. Cette liberté est ici inscrite principalement vis-à-vis de l'Église catholique¹⁸. La lettre de l'article précise néanmoins que cette liberté, toute illimitée qu'elle puisse être, est subordonnée à des restrictions pour des motifs d'intérêt public ou liés au maintien de la paix confessionnelle⁶. GONIN et ZIMMERMANN considèrent qu'avec l'avènement de la liberté de conscience moderne naît également, bien que non expressément mentionné par l'art. 6, le principe de neutralité de l'État en matière confessionnelle¹⁹. La question de l'enseignement public, « obstacle à l'influence des Églises sur les jeunes esprits, ne trouve aucune mention dans la première Constitution de l'Helvétique »²⁰.

Une tentative de garantir par une loi scolaire la liberté de conscience dans le domaine scolaire en s'assurant que les enfants ne soient pas contraints de suivre un enseignement religieux contraire aux convictions de leurs pères et limitant l'enseignement religieux aux seuls ecclésiastiques est cependant tenue en échec par la Sénat et repoussée à une date ultérieure²¹.

La nouvelle Constitution du 25 mai 1802, considérée comme *fédéraliste*, qui voit plus tard le jour est formellement approuvée et entre en vigueur mais ne sera jamais réellement mise en œuvre²². Celle-ci prévoit un retour à l'inégalité religieuse par son article premier qui précise que « la religion chrétienne dans les communions catholique et réformée est la religion de l'État »²³. La liberté de conscience disparaît, comme toutes les libertés individuelles, du nouveau texte constitutionnel. Malgré des tentatives infructueuses, la laïcité de l'instruction publique demeure une utopie²⁴.

Un rétablissement de structure confédérale a lieu avec l'Acte de Médiation de 1803²⁵, engendrant une disparition d'une « liberté religieuse générale »²⁶. Ce texte se relevant très lacunaire sur les libertés personnelles, c'est vers les constitutions cantonales imposées aux cantons qu'il faut se tourner pour trouver non pas une liberté de croyance, mais une « liberté des cultes » s'appliquant exclusivement aux confessions chrétiennes (catholiques et protestantes)²⁷. Certains cantons ne garantissent cette dernière liberté qu'aux religions

¹⁴ ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 23.

¹⁵ ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 23.

¹⁶ Constitution de la République helvétique du 28 mars 1798.

¹⁷ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 97, N 1; ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 25.

¹⁸ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 2.

¹⁹ GONIN, p. 7; ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 25.

²⁰ ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 26.

²¹ *Idem*, p. 27.

²² GONIN, p. 8.

²³ *Idem*, p. 7.

²⁴ ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 27.

²⁵ MAHON, Vol. I, N 65.

²⁶ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 97, N 1.

²⁷ ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 30.

effectivement pratiquées, d'autres recourent au principe d'unité confessionnelle pour leur ordre juridique cantonal. On constate un rapprochement entre l'État et l'Église débouchant parfois même sur une incorporation²⁸.

L'avènement du Pacte fédéral de 1815, consécutif à la déroute napoléonienne, ne conduit qu'à l'adoption de quelques dispositions en matière religieuse, visant notamment la « paix confessionnelle »²⁹. Les libertés qui étaient apparues avec la Constitution de 1798 sont toujours absentes de ce texte, les cantons adoptant des dispositions semblables (certains renonçant même à la liberté des cultes pour revenir au principe d'unité confessionnelle)³⁰. Une rivalité féroce naît à cette période entre l'Église et l'État sur la question de la démocratisation de l'enseignement primaire: l'école obligatoire et son corolaire, la gratuité, créent de vifs débats au début du XIX^{ème} siècle³¹.

Une multitude de révisions constitutionnelles cantonales a lieu durant la Régénération (1830-1848): celles-ci introduisent, réintroduisent ou développent des libertés individuelles³². La liberté religieuse, lorsqu'elle fait partie du catalogue constitutionnel cantonal, n'est souvent que limitée à la religion chrétienne ou restreinte par une autre norme³³. Les constitutions de la Régénération sont encore très réservées et fort peu libérales en matière de liberté de religion³⁴.

Après la Guerre du Sonderbund de 1847 ayant résulté des conflits confessionnels, est rédigée et imposée à de nombreux cantons récalcitrants la Constitution fédérale de 1848 dont le préambule (cité dans l'introduction de ce mémoire) montre, que « la question religieuse marque dès les premières lignes le nouveau texte fondamental »³⁵. L'un des objectifs fondamentaux de cette nouvelle constitution est de garantir la paix religieuse au sein de l'État fédéral naissant³⁶. Les art. 41, 44 et 48 garantissent la liberté des cultes, la liberté d'établissement et l'égalité de traitement entre citoyens de religions différentes mais uniquement pour les citoyens d'une des religions chrétiennes³⁷. Pour les constituants, les constitutions cantonales protègent alors suffisamment les droits fondamentaux et ils ne considèrent pas nécessaire de dresser un catalogue complet fédéral³⁸.

La liberté religieuse individuelle va gagner toujours davantage en importance³⁹. L'adoption d'une nouvelle Constitution fédérale en 1874⁴⁰ (ci-après: aCst.) a lieu dans un climat de tensions religieuses liées notamment au *Kulturkampf* qui a profondément marqué le processus d'adoption⁴¹ et conduit à l'introduction de l'art. 49 qui consacre et proclame pour la première fois depuis la République helvétique la liberté de conscience et de croyance mais, comme le

²⁸ GONIN, p. 9.

²⁹ *Idem*, p. 10.

³⁰ ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 31-32.

³¹ *Idem*, p. 34.

³² *Idem*, p. 34-36.

³³ *Idem*, p. 35-36.

³⁴ KÖLZ, p. 368-369.

³⁵ GONIN, p. 12.

³⁶ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 97, N 2.

³⁷ KIENER/KÄLIN, p. 314 ; GONIN, p. 12.

³⁸ MAHON Pascal, Vol. II, p. 18, N 12.

³⁹ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 98, N 5.

⁴⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, RS 1 3.

⁴¹ GRISEL, N 340.

relèvent AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, « davantage pour affaiblir la religion catholique que pour protéger les croyants »⁴². De nombreuses dispositions aux art. 49, 50 et 75 aCst. traitent de la neutralité religieuse de l'État⁴³.

Pour la question traitée par ce mémoire, il faut également souligner l'introduction dans ce nouveau texte fondamental de l'art. 27 al. 3 et 4 aCst. qui précise que « les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance ». Cette garantie nouvelle de neutralité de l'État (en l'occurrence des cantons) dans sa gestion des écoles publiques est une révolution: l'instruction publique est une des tâches fondamentales des cantons et cet article limite, surtout pour l'époque, grandement leur marge de manœuvre dans ce domaine⁴⁴. En mentionnant divers exemples de normes cantonales de cette époque, ZIMMERMANN démontre que malgré cet article « le caractère confessionnel des écoles publiques a mis quelques temps avant de disparaître »⁴⁵.

La constitution suivante, actuellement en vigueur, est la Constitution fédérale du 18 avril 1999 dont l'ouverture du préambule est identique à celle de la Constitution de 1874. Cette nouvelle constitution présente un catalogue complet mais pas exhaustif des droits fondamentaux⁴⁶. Après l'évolution historique brièvement développée ci-dessus il est important de souligner que les différents articles touchant à la liberté religieuse, à savoir les art. 27 al. 3 aCst. (neutralité de l'école publique), 49 al. 1, 2, 4 et 6 aCst. (liberté de conscience et de croyance au sens étroit) et l'art. 50 al. 1 aCst. (liberté des cultes) ont été « fusionnés » dans l'article « général » 15 Cst. (liberté de conscience et de croyance)⁴⁷. Le droit des parents à l'éducation religieuse de leurs enfants, auparavant garanti par l'art. 49 al. 3 aCst., l'est désormais par l'art. 303 CC⁴⁸. L'art. 15 Cst. porte davantage sur le « droit individuel à la liberté religieuse » que sur la « garantie (historique) de la paix religieuse »⁴⁹.

B. La liberté religieuse: ses sources conventionnelles et constitutionnelles

La liberté de conscience et de croyance ou liberté religieuse est, si l'on reprend la définition d'AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, « un ensemble de garanties constitutionnelles et conventionnelles qui se rapportent à la religion et à son libre exercice. Ces normes tendent à laisser à chaque individu le soin de trancher librement les questions relatives à sa religion. Chacun doit pouvoir penser, vouloir et agir conformément à sa croyance en l'existence – ou en l'inexistence – d'un être transcendant »⁵⁰. MAHON, lui, cite la définition suivante selon laquelle cette liberté « protège le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté »⁵¹.

⁴² AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 444.

⁴³ SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst., N 1.

⁴⁴ GONIN, p. 15.

⁴⁵ ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle, p. 63.

⁴⁶ MAHON, Vol. II, N12.

⁴⁷ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 7 ; AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, N 446.

⁴⁸ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, N 446.

⁴⁹ *Idem*, N 440.

⁵⁰ *Idem*, N 437.

⁵¹ MAHON, vol. II, N 175.

À noter que les termes « liberté de conscience et de croyance » et « liberté religieuse » se rejoignent et ne font pas varier l'étendue de la protection⁵².

Dans la cohabitation entre l'État, l'individu et les différentes communautés croyantes, la liberté religieuse comporte un double aspect: un aspect individuel et un aspect institutionnel⁵³. L'*aspect individuel* confère à chacun un droit subjectif de croire et de pratiquer la religion selon le choix que lui dicte sa conscience (regroupant ainsi la liberté de conscience et de croyance ainsi que la liberté de culte)⁵⁴. L'*aspect institutionnel* vise à garantir la paix religieuse à travers la neutralité religieuse de l'État, la tolérance religieuse et l'égalité des religions⁵⁵.

Comme le rappelle la Conférence suisse des directeurs de l'instruction publique (CDIP), il est important de se référer aux accords internationaux en vigueur en Suisse dans l'interprétation et mise en œuvre des droits constitutionnels en matière d'instruction publique⁵⁶. C'est pourquoi nous présenterons les sources conventionnelles de la liberté religieuse (art. 18 et 27 du Pacte ONU II, art. 14 CDE, art. 19 et 14 CEDH) avant de présenter la source constitutionnelle suisse (art. 15 Cst.) de celle-ci. Le Tribunal fédéral a rappelé que les sources conventionnelles étaient applicables car formant partie du droit suisse⁵⁷.

1. Art. 18 et 27 du Pacte ONU II

L'art. 18 § 2 du Pacte ONU II⁵⁸, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, exprime le principe de protection selon lequel « nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ». Particulièrement intéressant dans le domaine de l'instruction publique, le § 4 contraint les États « à respecter la liberté des parents de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ». Cet aspect ne se retrouve qu'implicitement dans les art. 9 CEDH et 15 Cst.⁵⁹.

L'art. 27 du Pacte ONU II protège explicitement les minorités:

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. »

2. Art. 14 CDE

La Convention des droits de l'enfant (CDE), liant la Suisse, impose la prise en considération du bien de l'enfant dans toute décision le concernant (art. 3 al. 1 CDE)⁶⁰. Elle oblige ainsi à

⁵² BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 11.

⁵³ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 438.

⁵⁴ *Idem*, N 438.

⁵⁵ *Idem*, N 438.

⁵⁶ CDIP, Liberté de conscience et de croyance à l'école, p. 4.

⁵⁷ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 24 avec référence à l'ATF 120 Ia 247, consid. 5a.

⁵⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2 (cité: Pacte ONU II).

⁵⁹ BELSER/WALDMANN, Vol II, p. 100, N 9; KIENER/KÄLIN, p. 312.

⁶⁰ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997

son art. 14 al. 1 CDE les États à respecter « le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». L'art. 14 al. 3 CDE précise également que ces libertés ne peuvent être soumises qu'à des restrictions cumulativement « prescrites par la loi » et « nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui ». L'alinéa 1 du même article prévoit de garantir à un mineur de moins de 16 ans capable de discernement la possibilité d'invoquer la liberté religieuse, surtout lorsqu'elle concerne des domaines particulièrement personnels de celle-ci⁶¹. L'éducation religieuse des parents doit en outre être apportée « d'une manière qui corresponde au développement de l'enfant » (al. 2)⁶².

3. Art. 9 et 14 CEDH

La Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »)⁶³, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, garantit à son art. 9 §1 CEDH la liberté de pensée, de conscience et de religion:

Art. 9 Liberté de pensée, de conscience et de religion

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

C'est avec la ratification de la CEDH que la liberté religieuse a été garantie en Suisse par un engagement international⁶⁴. Le *contenu* de cet article se différencie peu de celui de l'art. 15 Cst⁶⁵. Il confère à chaque personne la liberté de pensée, de conscience et de religion⁶⁶ avec un sens plus large que les seules religions traditionnelles car comme les juges de Strasbourg l'ont eux-mêmes souligné « il n'appartient manifestement pas à la Cour de décider dans l'abstrait si un ensemble de convictions et les pratiques associées peuvent être considérées ou non comme une religion au sens de l'art. 9 de la convention »⁶⁷. Cependant, concernant les convictions, celles-ci doivent « atteindre un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »⁶⁸.

Le premier paragraphe a été tout d'abord conçu comme une pure liberté individuelle contenant le droit pour tout un chacun de croire, ou de ne pas croire, sans interférence de l'État⁶⁹. L'art. 9, contrairement aux art. 18 du Pacte ONU II et 15 Cst., se limite à la définition des aspects positifs de la liberté religieuse (et non les négatifs)⁷⁰. De par l'indépendance des notions on pourrait toutefois imaginer que la protection de l'art. 9 CEDH s'étende parfois au-delà de celle de l'art. 15 Cst.⁷¹.

⁶¹ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 102, N 12.

⁶² *Idem*.

⁶³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

⁶⁴ SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst., N 5.

⁶⁵ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 24.

⁶⁶ KÜHLER, p. 16

⁶⁷ ACEDH *Kimlya c. Russie* du 1 octobre 2009, § 79.

⁶⁸ ACEDH *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982 au §36, cité par GONIN, p. 43.

⁶⁹ GONIN, p. 31.

⁷⁰ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 473.

⁷¹ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1414.

En Suisse, le Tribunal fédéral n'accordait à l'origine pas de valeur indépendante à la CEDH⁷². Désormais il juge une violation de la liberté religieuse aussi bien au regard de la Constitution fédérale que de la Convention européenne des droits de l'homme⁷³. Une restriction à la liberté religieuse doit dès lors être analysée au regard de l'art. 9 CEDH comme de celui de l'art. 15 Cst.⁷⁴. Les juges de Mon-Repos se réfèrent de surcroît à la CEDH lors du nécessaire apport de la prééminence d'un intérêt public comme condition d'une restriction d'une liberté ou lors d'une pesée des intérêts entre intérêts publics et privés⁷⁵. Au-delà de la hiérarchie des normes, ils précisent également que l'art. 9 § 2 CEDH est prioritaire par rapport à l'art. 36 Cst. (restriction d'un droit fondamental), car il autorise moins de restrictions que le droit suisse et confère ainsi une plus grande protection aux titulaires du droit⁷⁶. Ce second paragraphe décrit précisément les quatre conditions d'une restriction:

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 ».

Nous ne saurions présenter l'art. 9 CEDH sans mentionner, même s'il n'a jamais été ratifié par la Suisse, le Protocole additionnel n°1 de la CEDH⁷⁷ traitant notamment des obligations des États en matière d'éducation et qui contient un art. 2 particulièrement intéressant pour le sujet traité dans ce mémoire:

Art. 2 Droit à l'instruction

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

Ce protocole joue par ailleurs un rôle central dans l'évolution de la liberté religieuse en Europe⁷⁸. Et, bien que la Suisse ne l'ait jamais ratifié, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont jugé utile de rappeler dans l'arrêt *Lautsi c. Italie*⁷⁹ que les principes pertinents applicables sous l'angle de l'art. 2 du Protocole n°1 le sont aussi pour l'art. 9 CEDH car le premier fait partie intégrante du second⁸⁰. Une jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme précisait que cette disposition a comme double objectif « d'interdire l'endoctrinement des enfants par l'autorité et de garantir la survie du pluralisme et de la tolérance propres à toute société véritablement démocratique »⁸¹.

Le respect de la proportionnalité est central dans la mise en œuvre de la disposition: il impose par exemple de ne pas attendre de parents demandant une dispense pour des enseignements scolaires publics portant sur la religion pour leurs enfants d'exposer inutilement leur vie

⁷² PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1414.

⁷³ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 24.

⁷⁴ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1414.

⁷⁵ SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst., N 5.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales du 20 mars 1952 tel qu'amendé par le Protocole n°11.

⁷⁸ GONIN, p. 25.

⁷⁹ ACEDH *Lautsi c. Italie* du 18 mars 2011. (cité: ACEDH *Lautsi c. Italie*)

⁸⁰ GONIN, p. 56-57; ACEDH *Lautsi c. Italie*, § 90-91.

⁸¹ GONIN, p. 95.

privée et leurs pensées religieuses intérieures, mesure qui sera disproportionnée au regard de l'art. 2 du Protocole n°1 avec une interprétation à la lumière de l'art. 9 dont il est question⁸².

Intéressant notamment au regard des considérants des arrêts du Tribunal fédéral rendus en la matière qui mettent volontiers en avant des fondements sociétaux opposés aux droits individuels des parents dans une balance des intérêts, cet article 2 garantit un réel droit des parents à l'instruction de leurs enfants avec leurs convictions religieuses développé par la Cour: « *Respecter* (...) signifie plus que *reconnaître* ou *prendre en considération*: en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'État une certaine obligation positive »⁸³.

Les premières affaires portées devant la Cour l'ont toutefois obligé à circonscrire l'étendue de la disposition :

« La seconde phrase de l'article 2 du Protocole (...) n'empêche pas les États de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique. Elle n'autorise pas même les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire, sans quoi tout enseignement institutionnalisé courrait le risque de se révéler impraticable. (...). La seconde phrase de l'article 2 (...) implique en revanche que l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser »⁸⁴.

La Convention garantit à son art. 14 CEDH, en sus des libertés évoquées par l'art. 9 CEDH, le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés:

Art. 14 Interdiction de discrimination

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

Parmi les sources de discriminations potentielles explicitement évoquées dans le libellé de cet article se trouve la « religion ». La Cour EDH se penche sur des discriminations directes comme indirectes dans le cadre de violations de cet article⁸⁵. Dans le domaine religieux, les minorités comme les agnostiques, les sceptiques et les indifférents ne doivent pas subir de discriminations au sens de celui-ci⁸⁶. Tendant à la promotion de l'égalité à travers l'élimination des discriminations, l'art. 14 CEDH doit être invoqué en lien avec l'invocation d'un autre droit consacré par la Convention ou l'un de ses protocoles additionnels⁸⁷. Dans le domaine scolaire, le principe engendre l'obligation pour les États de garantir l'accès sans discrimination aux établissements scolaires et aux classes spéciales ainsi que, au moins, l'absence d'endoctrinement religieux⁸⁸.

⁸² GONIN, p. 51, citant notamment l'ACEDH *Folgero c. Norvège* du 29 juin 2007, §100-102.

⁸³ ACEDH *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992, § 37.

⁸⁴ ACEDH *Kjeldsen, Budk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, § 53.

⁸⁵ GONIN, p. 82.

⁸⁶ ZIMMERMANN, Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école, p. 117-118

⁸⁷ *Idem*, p. 120-121.

⁸⁸ *Idem*, p. 126.

Les arrêts en matière scolaire relatifs à l'art. 14 CEDH, invoqué en lien avec l'art. 9 de la Convention⁸⁹, sont rarement centrés sur cette disposition mais un arrêt de 2007 mérite d'être relevé dans lequel la Cour a considéré que le placement de plus de 50% des enfants *roms* dans des écoles pour enfants avec des besoins particuliers alors que la moyenne statistique pour les enfants d'autres origines atteint seulement 2% constitue une violation de l'art. 14 CEDH lu avec l'art. 2 du Protocole n°1⁹⁰. Dans l'arrêt *Lautsi c. Italie*, la requérante a invoqué l'art. 14 CEDH en estimant que ses enfants, non-catholiques, subissaient une différence de traitement discriminatoire par rapport aux enfants et parents catholiques par l'exposition à un crucifix se trouvant dans la salle de classe⁹¹.

4. Art. 15 Cst.

L'art. 15 Cst. est la disposition constitutionnelle fédérale protégeant la liberté religieuse et se présente comme suit:

Art. 15 Liberté de conscience et de croyance

¹ La liberté de conscience et de croyance est garantie.

² Toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté.

³ Toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux.

⁴ Nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux.

La *notion* de l'art. 15 Cst. met davantage l'accent sur le droit individuel de la liberté religieuse alors que la garantie de la paix religieuse a été transférée dans l'art. 72 Cst. La liberté religieuse telle que conçue en droit suisse oblige l'État à prendre des mesures positives afin de rendre possible l'exercice de ce droit fondamental⁹². Le seul destinataire « direct » de ce droit fondamental est donc l'État et non les personnes privées⁹³. Liberté inaliénable et imprescriptible⁹⁴, la liberté religieuse remplit trois fonctions principales dans des sociétés pluriconfessionnelles: la protection de la liberté de l'individu, la promotion de la tolérance vis-à-vis des membres d'autres communautés religieuses et particulièrement des minorités religieuses ainsi que la facilitation de l'intégration des personnes de religions différentes dans une vie de société commune⁹⁵. La notion et sa protection doivent être comprises largement, s'étendant à des matières religieuses et non-religieuses⁹⁶. A titre d'exemple, si la participation à des séances d'informations sur la sexualité dans le cadre de l'école obligatoire affecte une personne dans ses croyances non-religieuses, celle-ci est en droit d'invoquer l'art. 15 Cst.⁹⁷.

Sous l'angle *systématique*, il faut souligner d'emblée que l'art. 15 Cst., en qualité de *lex specialis*, prévaut sur d'autres droits fondamentaux plus généraux comme la liberté

⁸⁹ GONIN, p. 81.

⁹⁰ ACEDH *D.H. c. République Tchèque* du 13 novembre 2007, § 190 et 210.

⁹¹ ACEDH *Lautsi c. Italie*, § 38-40.

⁹² GRISEL, Droits fondamentaux, N 349.

⁹³ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 104, N 15-16

⁹⁴ GRISEL, Droits fondamentaux, N 352.

⁹⁵ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 100-101, N 10-11 ; KIENER/KÄLIN, p. 313

⁹⁶ SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst., N 9.

⁹⁷ STÖCKLI A., p. 550.

personnelle (art. 10 Cst.) et la liberté d'expression (art. 16 Cst.)⁹⁸. Un lien direct au regard du contenu existe entre les art. 15 et 8 al. 2 Cst., ce dernier prohibant une discrimination des croyances et pensées religieuses⁹⁹. En dehors des normes constitutionnelles de nombreuses dispositions du droit civil « comprennent » la liberté religieuse ou la spécifient, à l'instar de l'art. 27 CC protégeant les droits de la personnalité ou de l'art. 303 CC¹⁰⁰.

Sous l'angle de la *titularité*, la liberté appartient à toute personne physique sans distinction de son origine, de son âge, de sa nationalité, de rapports spécifiques qu'elle entretiendrait avec l'État¹⁰¹ ou d'appartenance à une communauté de croyance ou religieuse, peu importe son importance¹⁰². Ne traitant ici que de l'instruction publique, la question de la titularité des personnes morales ne sera pas développée.

Les enseignants, les élèves ainsi que le personnel non-enseignant des établissements peuvent dès lors se prévaloir de la liberté religieuse au sens de l'art. 15 Cst. qui s'applique également aux personnes dans un rapport de droit spécial avec l'État¹⁰³. Il est important de rappeler que pour les enfants âgés de moins de 16 ans existe une « double titularité » en ce sens que se rejoignent d'une part la liberté religieuse de leurs parents qui peuvent invoquer la leur dans l'éducation et l'activité religieuse de leurs enfants¹⁰⁴ jusqu'à 16 ans (comme précisé par l'art. 18 § 4 du Pacte ONU II et l'art. 303 al. 1 et 3 CC) et d'autre part la liberté religieuse du mineur qu'il ne peut toutefois pas exercer sans le consentement de ses représentants légaux avant l'âge de 16 ans¹⁰⁵.

Nous rappelons que l'application de ses dispositions doit toujours se faire en ayant en tête l'art. 14 al. 2 CDE, mentionné précédemment, et qui oblige les États à respecter « le droit et le devoir des parents, ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ». On peut aisément imaginer les problèmes que cette double titularité peut poser en pratique lorsque l'on se trouve face à un conflit triangulaire entre l'élève capable de discernement mais âgé de moins de 16 ans, ses parents et l'établissement scolaire (conflit de loyauté)¹⁰⁶. Dans certaines situations l'exercice de la liberté de croyance et de conscience pourrait engendrer une violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP) des parents¹⁰⁷.

Si les enseignants et les autres employés de l'État au sein des établissements scolaires publics sont bien titulaires de la liberté religieuse protégée par l'article constitutionnel, celle-ci peut néanmoins entrer en conflit avec leur devoir de réserve de fonctionnaires de l'État¹⁰⁸. Ils

⁹⁸ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 100, N 9 ; GRISEL, N 348 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 12.

⁹⁹ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 13.

¹⁰⁰ *Idem*, N 16-22.

¹⁰¹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 464.

¹⁰² BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 102, N 12.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst., N 14.

¹⁰⁵ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 465 ; MAHON Pascal, Droit constitutionnel, vol. II, N 74 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 19.

¹⁰⁶ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1422.

¹⁰⁷ STÖCKLI C., p. 231-233.

¹⁰⁸ VERNIORY/WAELTI, p. 828

doivent dans tous les cas éviter toute forme de prosélytisme en service lorsqu'ils s'adressent aux élèves, à leurs parents, aux partenaires de l'administration et à leurs collègues (avec plus de nuances pour ces derniers)¹⁰⁹.

Au regard du *contenu* de ce droit fondamental, la liberté religieuse protège la conscience, la croyance, la conviction religieuse et la conviction idéologique sans nécessité et possibilité d'une délimitation entre elles¹¹⁰. Cela englobe comme précisé par la jurisprudence « la liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps et de manière quelconque ses propres convictions religieuses, ainsi que la liberté extérieure d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites »¹¹¹. Cette définition englobe l'athéisme, l'agnosticisme ou l'indifférence religieuse¹¹². Contrairement aux art. 9 CEDH et 18 Pacte ONU II, l'art. 15 Cst. ne protège pas la pensée, excluant ainsi une protection (par cet article tout du moins) de la pensée qui ne soit pas transcendante¹¹³. La « religion » est une notion à appréhender comme « phénomène social »¹¹⁴ mais la taille numéraire des communautés de croyants n'a pas d'influence¹¹⁵.

La jurisprudence donne un sens large au contenu: en effet « toutes les convictions et les conceptions spirituelles ou intellectuelles relatives aux rapports entre l'être humain et la divinité sont ainsi protégées »¹¹⁶. Cependant la liberté religieuse ne protège pas « n'importe quelle croyance ou sentiment de caractère religieux », notamment en l'absence d'une « certaine signification essentielle et philosophique »¹¹⁷. Il faut notamment que cette croyance soit identifiable comme telle¹¹⁸. Si ces conditions sont remplies, toute personne peut diriger tout son comportement selon ses convictions intérieures et ses principes de croyance¹¹⁹. L'État ne peut limiter l'expression et la pratique des convictions religieuses qu'avec une justification¹²⁰.

Par cette définition élargie, la liberté religieuse comporte deux aspects: l'aspect positif, ancré dans l'art. 15 aux alinéas al. 2 et 3, confère à son titulaire le droit de faire usage de sa liberté dans les limites de la loi¹²¹. L'aspect négatif, ancré dans l'alinéa 4 du même article, protège les particuliers contre toute contrainte étatique en matière religieuse¹²². Exprimé plus simplement, la liberté religieuse confère le droit de croire (aspect positif) et de ne pas croire (aspect négatif)¹²³. L'aspect négatif fait partie du noyau dur, de l'essence (*Kerngehalte*) de la liberté religieuse¹²⁴.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 828-829

¹¹⁰ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 105, N 17.

¹¹¹ ATF 119 Ia 178, consid. 4c.

¹¹² KIENER/KÄLIN, p. 315 ; BELLANGER, p.155.

¹¹³ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 105, N 18.

¹¹⁴ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 29.

¹¹⁵ SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst., N 7.

¹¹⁶ ATF 119 Ia 178, consid. 4b.

¹¹⁷ MAHON, vol. II, N 75.

¹¹⁸ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 477 ; BELLANGER, p.158-159.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ ATF 118 Ia 46, consid. 3b.

¹²¹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 473 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 34-36.

¹²² AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II N 488.

¹²³ MAHON, Vol. II, p. 128, N 75.

¹²⁴ KIENER/KÄLIN, p. 318

L'*aspect positif* de la liberté religieuse comprend dans sa dimension externe le droit d'orienter son comportement et d'agir en fonction de ses convictions religieuses dans toutes ses dimensions¹²⁵. Cet aspect est celui qui confère également le droit d'orienter toute sa vie ou une partie de celle-ci en fonction de ses convictions¹²⁶. En matière scolaire, l'aspect positif de cette liberté a donné lieu à de nombreuses jurisprudences dont l'évolution a atténué, au fur et à mesure des décennies, le caractère absolu des premières pratiques du Tribunal fédéral en se fondant notamment sur l'art. 9 CEDH et sur ses interprétations européennes¹²⁷. Dans le domaine problématique des dispenses scolaires pour motifs religieux, les conditions de l'intérêt public et de la proportionnalité doivent être depuis la fin des années 80 « scrupuleusement respectées »¹²⁸.

L'*aspect négatif* de la liberté religieuse est également important en matière scolaire, car il vise à empêcher l'État d'adopter des règles qui « donnent l'apparence d'une adhésion collective et systématique à une religion particulière » ce qui est contraire à la liberté protégée par l'art. 15 Cst¹²⁹. Cet aspect comprend en particulier l'art. 15 al. 4 Cst. qui interdit à l'État de forcer quiconque à suivre un enseignement religieux. Par « enseignement religieux », nous devons entendre « une instruction qui a pour objet les rapports entre les hommes et Dieu, quelle que soit la confession »¹³⁰. Il ne s'agit pas d'une interdiction absolue: cet enseignement peut être offert dans les écoles publiques, il faut cependant qu'il soit facultatif et séparé des autres enseignements¹³¹. Ce qui est déterminant dans l'analyse est le contenu concret de l'enseignement religieux¹³². Comme signalé auparavant, la décision de participer ou de ne pas participer aux enseignements facultatifs revient jusqu'à 16 ans aux parents¹³³. L'application se veut stricte: un élève formellement dispensé d'un enseignement religieux ne peut ainsi pas être obligé à demeurer dans la classe même s'il est occupé à un travail différent¹³⁴. Une pression de fait à participer à un enseignement religieux dans un établissement public n'est pas admissible¹³⁵.

La question de l'enseignement religieux reste particulière. La tendance parmi les cantons suisses va vers un cours obligatoire d'enseignement des religions dans leur diversité¹³⁶. La dénomination et le contenu ont été adaptés avec le temps: le canton de Vaud a ainsi transformé l'enseignement appelé « Histoire biblique »¹³⁷ en « Éthique et cultures religieuses »¹³⁸. En 1993, le Département vaudois de l'instruction publique considérait encore le cours appelé « Histoire biblique » comme obligatoire et excluant toute forme de

¹²⁵ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 481.

¹²⁶ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 35.

¹²⁷ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 484.

¹²⁸ *Idem*, N 484.

¹²⁹ *Idem*, N 490.

¹³⁰ GRISEL, N 358.

¹³¹ MAHON, Vol. II, N 75.

¹³² PLOTKE, p. 200.

¹³³ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 42.

¹³⁴ GRISEL, N 358.

¹³⁵ SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst., N 15.

¹³⁶ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1417.

¹³⁷ Art. 53 de la loi scolaire du canton de Vaud du 12 juin 1984

¹³⁸ Art. 4 du règlement d'application de la loi sur l'enseignement obligatoire du 7 juin 2011, RSV 400.02.01

dispense¹³⁹. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la conformité à la Constitution de cours traitant de diverses religions ou d'éthique¹⁴⁰.

La liberté religieuse ne peut faire l'objet que de *restrictions* limitées: les art. 9 § 2 CEDH et 18 § 3 du Pacte ONU (et de ce fait l'art. 15 Cst.) n'admettent en effet que des restrictions pour la liberté de manifester sa religion ou ses convictions (expression extérieure d'une croyance ou d'une conviction) et non pour les autres aspects de cette liberté¹⁴¹. La liberté religieuse n'est pas *absolue* en ce sens qu'elle protège ses titulaires uniquement contre les ingérences *injustifiées* de l'État¹⁴².

Autrefois soumises à des règles de restrictions spéciales¹⁴³, les conditions d'une restriction sont aujourd'hui celles fixées par l'art. 36 Cst.: le fondement sur une base légale suffisante et formelle s'il s'agit d'une restriction grave (al. 1), la justification par un intérêt public ou la protection des libertés d'autrui (al. 2), le respect de la proportionnalité au regard du but visé (al. 3) et l'absence de violation de l'essence de la liberté (al. 4)¹⁴⁴. Il est important de souligner qu'aucune atteinte ou restriction au « noyau », à « l'essence de la liberté » (art. 36 al. 4 Cst.) ne saurait être admissible et conforme à la Constitution fédérale¹⁴⁵. S'agissant particulièrement de la condition de la base légale, il faut préciser que la distinction objective entre des *atteintes graves* et des *atteintes légères* justifie une exigence de formalité de la base légale plus ou moins élevée¹⁴⁶. De nombreuses atteintes dans le domaine de l'instruction publique sont considérées comme *graves*, à l'instar du rejet partiel d'une demande de dispense scolaire pour la participation à une fête religieuse¹⁴⁷. La confrontation des restrictions à différentes religions ne les a pas étendues mais elles sont désormais plus nombreuses¹⁴⁸.

L'ordre public, une des conditions pour l'admissibilité d'une restriction, englobe ce que MAHON nomme les « devoirs civiques »¹⁴⁹. Or, la scolarité obligatoire constituant un devoir civique, elle entre parfois en conflit avec la liberté religieuse et c'est alors le juge qui est appelé à trancher¹⁵⁰. Pour le Tribunal fédéral, le principe de neutralité religieuse à l'école répond à un intérêt public important¹⁵¹. Parmi les intérêts publics scolaires spécifiques, les juges fédéraux citent l'obligation de scolarisation de chaque élève, le respect d'un enseignement bien organisé et de qualité, l'intégration sociale d'écoliers d'origine étrangère et principalement la nécessité de transmettre les connaissances indispensables à l'épanouissement intellectuel de tout enfant, fille ou garçon, afin de garantir une certaine

¹³⁹ PLOTKE, p. 202.

¹⁴⁰ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 43.

¹⁴¹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 521.

¹⁴² MAHON, Vol. II, N 79.

¹⁴³ GRISEL, N 365.

¹⁴⁴ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 178.

¹⁴⁵ BELSER/WALDMANN, Vol. I, p. 143, N 22

¹⁴⁶ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 178 et 522.

¹⁴⁷ ATF 114 Ia 129.

¹⁴⁸ WINZELER, p. 11

¹⁴⁹ MAHON, Vol. II, N 79.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ ATF 123 I 296, cons. 4.

égalité des chances¹⁵². Dans tout litige porté devant leur juridiction, les tribunaux doivent respecter au mieux le principe de proportionnalité dans toutes ses facettes¹⁵³.

Respectant les conditions de restriction, la liberté religieuse est limitée ou spécifiée par le droit ordinaire, notamment le droit civil et pénal à l'instar de l'art. 27 CC protégeant les droits de la personnalité ou de l'art. 303 CC déjà évoqué¹⁵⁴.

C. La neutralité religieuse de l'État

1. Le concept de neutralité religieuse de l'État

Le principe de neutralité religieuse de l'État n'est pas consacré dans un texte fondamental mais a été, au moins implicitement, déduit des art. 15 et 8 al. 2 Cst.¹⁵⁵. AUER/MALIVERNI/HOTTELIER pensent « qu'il peut être appelé à jouer un rôle toujours plus important, au fur et à mesure que le pluralisme religieux se répand dans la société civile »¹⁵⁶.

De la liberté religieuse découle l'exigence d'une neutralité confessionnelle de l'État qui est toutefois relative¹⁵⁷. L'État ne doit pas s'identifier à une croyance, confession ou convention religieuse identifiable¹⁵⁸. Pour déterminer si le principe a été violé, il faut dès lors déterminer le « degré d'identification de l'État avec une croyance ou une confession donnée et selon les effets d'une intervention de l'État sur la liberté religieuse des personnes »¹⁵⁹ (dans le domaine scolaire, celle des parents, des élèves et du personnel de l'État). L'État doit traiter toutes les orientations de croyance et communautés religieuses de manière égale¹⁶⁰. Certains auteurs regrettent que la doctrine décrive l'obligation de neutralité religieuse de l'État de manière vague, rendant difficile l'estimation de l'étendue de son application¹⁶¹.

Les individus peuvent se prévaloir du principe de neutralité religieuse de l'État en invoquant l'art. 15 Cst.¹⁶². Ce sont par l'art. 35 al. 2 Cst. l'ensemble des entités et personnes exerçant des tâches étatiques qui doivent respecter la liberté religieuse et ainsi la neutralité confessionnelle¹⁶³. Les écoles publiques, institutions étatiques, y sont par conséquent évidemment intégrées¹⁶⁴.

Les cantons sont libres d'adopter le régime de la neutralité confessionnelle ou le régime de la laïcité (ou séparation stricte des sphères publiques et religieuses), liberté confirmée par le rejet par le peuple et les cantons en votation populaire de l'inscription de la séparation de l'Église

¹⁵² GONIN, p. 119.

¹⁵³ GRISEL, N 75-96.

¹⁵⁴ MAHON, Vol. II, N 79 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 16-22

¹⁵⁵ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 110, N 27

¹⁵⁶ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 494.

¹⁵⁷ GONIN, p. 111.

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 499.

¹⁶⁰ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 110, N 27.

¹⁶¹ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1413.

¹⁶² KIENER/KÄLIN, p. 318.

¹⁶³ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 45.

¹⁶⁴ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1413.

et de l'État dans la Constitution fédérale¹⁶⁵. La « neutralité confessionnelle » est un régime qui doit garantir aux citoyens un libre choix de leurs convictions religieuses dans une société pluraliste mais qui permet à l'Etat, dans une certaine mesure, d'accorder des préférences à certaines communautés religieuses sans enfreindre la liberté religieuse¹⁶⁶. La « laïcité » est le régime connaissant la séparation la plus stricte et place l'État dans une position d'indifférence face à la religion¹⁶⁷. Les juges de Mon-Repos considèrent en outre que « la neutralité religieuse et philosophique de l'État n'est pas déjà établie lorsqu'une séparation stricte de l'État et de la religion est réalisée (tradition de l'État laïc); elle suppose en outre une attitude également réceptive à l'égard de diverses idéologies et professions de foi (neutralité de l'État) »¹⁶⁸.

La neutralité religieuse joue un rôle particulièrement important dans les écoles publiques¹⁶⁹. L'ancien art. 27 al. 3 aCst. en vigueur jusqu'en 1999 prévoyait d'ailleurs explicitement que « les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance ». La neutralité religieuse de l'État s'applique non seulement aux écoles primaires et secondaires mais également à l'enseignement public postobligatoire et aux universités, même si dans une plus faible mesure¹⁷⁰. Dédit directement de l'art. 15 Cst. et indirectement des art. 19 et 62 al. 2 Cst.¹⁷¹, le principe impose des écoles publiques laïques et interdit de ce fait les écoles publiques confessionnelles¹⁷². L'enseignement public, de la part de l'État comme des enseignants, ne doit être ni en faveur ni en défaveur d'une ou de plusieurs croyances et se fonder sur la tolérance¹⁷³. Ce principe implique également l'interdiction d'autorités scolaires et d'autorités de surveillance confessionnelles (cela concerne tout particulièrement les *Schulgemeinden* courantes en Suisse alémanique)¹⁷⁴.

Le principe de neutralité religieuse de l'État doit être appliqué avec le plus de soin possible dans les écoles publiques de niveau primaire. En effet l'enseignement de base et gratuit, ouvert à tous et prévu par l'art. 62 al. 2 Cst., doit pouvoir être suivi par des élèves aux religions, croyances et confessions diverses sans être restreints ou atteints dans celles-ci¹⁷⁵. Une neutralité plus stricte doit être appliquée pour des élèves n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité religieuse de 16 ans¹⁷⁶.

L'enseignement public est traditionnellement relativement perméable aux fondements et pratiques des confessions chrétiennes majoritaires: on peut ainsi relever des législations scolaires cantonales avec une référence explicite aux principes chrétiens, à la possibilité de

¹⁶⁵ ZIMMERMANN, La laïcité à Genève, p. 30 et p.57.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 59.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 32.

¹⁶⁸ ATF 142 I 49, cons. 3.3.

¹⁶⁹ KIENER/KÄLIN, p. 319 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 49.

¹⁷⁰ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1415.

¹⁷¹ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 113, N 32.

¹⁷² MAHON, vol. I, N 77.

¹⁷³ PLOTKE, p. 191.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 196.

¹⁷⁵ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 503.

¹⁷⁶ ATF 116 Ia 252.

l'engagement de personnel enseignant ecclésiastique (néanmoins interdit dans le canton de Genève comme nous le verrons) ou à la prière scolaire¹⁷⁷.

Comme prévu notamment par l'art. 29 al. 1 CDE, l'enseignement ne doit pas seulement transmettre des savoirs mais également des valeurs¹⁷⁸. En pratique, il doit être fondé sur la tolérance et sur le respect des minorités ce qui implique une nécessaire retenue¹⁷⁹. La tolérance et le respect des minorités ne sont limités que par des pratiques qui s'éloigneraient sensiblement des pratiques largement considérées comme usuelles et courantes¹⁸⁰.

La conformité au principe de neutralité religieuse de l'État de certaines dispositions cantonales, constitutionnelles ou législatives qui prévoient que « l'école publique s'inspire des principes chrétiens » (comme l'exemple fribourgeois, illustré plus bas) peut être remise en question¹⁸¹. PLOTKE considère au contraire que le « fondement chrétien » de l'instruction publique, parfois inscrit dans les constitutions cantonales ou dans les lois scolaires, doit se comprendre comme l'insertion de l'école publique dans une société véhiculant des fondements et des normes éthiques imprégnées de christianisme qu'il s'agirait de transmettre aux élèves dans un processus d'intégration dans la société¹⁸².

2. Le cadre fédéral

L'art. 72 al. 1 Cst. confère en ces termes aux cantons la compétence de la détermination des rapports entre les Églises et l'État: « la réglementation des rapports entre l'Église et l'État est du ressort des *cantons* ». Les cantons sont donc souverains en la matière, n'étant limités que par la liberté religieuse et le principe d'égalité¹⁸³, et leur droit conserve une grande importance en la matière¹⁸⁴. On constate néanmoins une tendance à une certaine convergence des réglementations vers une séparation financière entre l'État et l'Église ainsi que vers une grande autonomie des Églises traditionnelles¹⁸⁵. En théorie, lorsque le droit cantonal impose certains devoirs civiques aux citoyens comme celui de fréquenter l'école, la liberté religieuse de ceux-ci ne peut être restreinte au-delà de ce que requièrent l'intérêt public et les principes constitutionnels, notamment le principe de proportionnalité et d'égalité de traitement¹⁸⁶.

L'art. 72 al. 2 Cst. permet à la Confédération et aux cantons de prendre des mesures pour assurer la paix confessionnelle¹⁸⁷, les éventuelles mesures subsidiaires de la première prenant le dessus¹⁸⁸. Ces mesures éventuelles constituent dès lors des restrictions à la liberté religieuse¹⁸⁹. Historiquement, l'art. 72 Cst. est d'ailleurs une référence au maintien de la paix

¹⁷⁷ AUER/MALIVERNI/HOTTELIÉ, Vol. II, N 504-505.

¹⁷⁸ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 51.

¹⁷⁹ PLOTKE, p. 191.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 192.

¹⁸¹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIÉ, Vol. II, N 496.

¹⁸² PLOTKE, p. 193.

¹⁸³ ZIMMERMANN, La laïcité à Genève, p.57.

¹⁸⁴ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 100, N 8.

¹⁸⁵ AUER/MALIVERNI/HOTTELIÉ, Vol. II, N 456.

¹⁸⁶ BELLANGER, p.157.

¹⁸⁷ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 14.

¹⁸⁸ WINZELER, p. 18.

¹⁸⁹ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 14.

entre religions qui était autrefois étroitement lié à l'art. 15 Cst¹⁹⁰. Son importance est cependant déclaratoire au vu du contenu de l'art. 3 Cst. et en l'absence de réglementation fédérale développée¹⁹¹.

Cette répartition autorise au moins implicitement les cantons à accorder un statut de droit public à des communautés religieuses avec un droit à l'autonomie reconnu dans diverses constitutions cantonales¹⁹². Ces communautés peuvent dès lors bénéficier de soutien dans leurs activités religieuses¹⁹³.

3. La diversité des approches cantonales

La plupart des constitutions cantonales disposent d'un article protégeant la liberté religieuse mais dont le contenu ne diffère guère des dispositions constitutionnelles fédérales et conventionnelles¹⁹⁴. Pour des raisons historiques et confessionnelles une grande diversité d'approches en la matière existe: peuvent être ainsi classifiés les cantons traditionnellement catholiques, traditionnellement réformés évangéliques et originairement paritaires¹⁹⁵. Le poids des religions traditionnelles et le fait que les régimes cantonaux favorisent l'une ou l'autre des religions traditionnelles (catholique et protestante) sont à relever¹⁹⁶. La majorité des cantons usent du droit qui, comme nous venons de le voir, leur est conféré en accordant un statut particulier aux églises catholiques et réformées évangéliques, leur conférant par la même occasion des droits¹⁹⁷.

Comme le rappelle le Tribunal fédéral: « le droit constitutionnel des cantons suisses s'inspire de traditions marquées aussi bien par la neutralité confessionnelle que (parfois) par la laïcité »¹⁹⁸. Cette dernière n'est toutefois que peu présente en Suisse, les cantons de Genève et de Neuchâtel étant les seuls qui connaissent une « laïcité » qui se rapproche d'une réelle séparation entre l'Église et l'État¹⁹⁹.

II. La mise en œuvre de la liberté religieuse dans l'instruction publique

La liberté religieuse et ses restrictions sont mises en œuvre dans différents domaines du droit comme le droit civil, le droit pénal ou encore le droit des obligations. Mais elles le sont tout particulièrement, pour l'instruction publique dont il est question, dans les législations cantonales relatives à celle-ci. Après avoir exposé les principes de compétence en matière d'instruction publique dans notre système fédéral et la diversité normative ainsi créée, nous

¹⁹⁰ MAHON, Vol. II, N 73.

¹⁹¹ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 99, N 4.

¹⁹² GRISEL, N 347.

¹⁹³ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 111, N 29.

¹⁹⁴ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 23.

¹⁹⁵ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 452-455.

¹⁹⁶ BELLANGER, p.155.

¹⁹⁷ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 112, N 29.

¹⁹⁸ ATF 142 I 49, consid. 3.3.

¹⁹⁹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 458.

illustrerons les dispositions adoptées par les cantons de Genève, de Fribourg et de Vaud et choisies pour les différences d'intégration du fait religieux dans l'instruction publique.

A. La compétence des cantons en matière d'instruction publique et la diversité des législations cantonales

Dans le système fédéral suisse la formation est une compétence traditionnellement et historiquement du ressort des cantons²⁰⁰ comme le précise l'art. 62 Cst.:

Art. 62 Instruction publique

¹ L'instruction publique est du ressort des cantons.

² Les cantons pourvoient à un enseignement de base suffisant ouvert à tous les enfants. Cet enseignement est obligatoire et placé sous la direction ou la surveillance des autorités publiques. Il est gratuit dans les écoles publiques.

(...)

Les obligations réglées à l'art. 62 al. 2 Cst. sont une compétence déléguée, tâche spécifiquement confiée aux cantons par la Confédération²⁰¹. Les compétences fédérales prennent ici la forme de garanties minimales notamment concernant la suffisance et la gratuité de l'instruction publique²⁰². Ce second alinéa garantit, en lieu et place de l'art. 27a Cst. 1874, l'ouverture de l'enseignement à l'ensemble des enfants peu importe leur confession²⁰³. L'art. 62 al. 2 Cst., lu avec les art. 15 et 19 Cst., garantit en effet indirectement un enseignement obligatoire public « religieusement neutre » afin d'être ouvert à l'ensemble des enfants²⁰⁴. La matière de la scolarité obligatoire doit être connue de tout enfant capable de la recevoir²⁰⁵ mais ce principe ne peut pas être invoqué par les individus devant les tribunaux²⁰⁶. Cet article est en principe la base légale pouvant justifier le refus d'une dispense scolaire pour motifs religieux²⁰⁷. Celle-ci constitue néanmoins en principe l'instrument adéquat pour éviter dans certains cas une atteinte à la liberté religieuse²⁰⁸.

Il s'ensuit que chaque canton est libre de façonner son système éducatif à sa guise, dans les limites du droit fédéral et intercantonal. Cela concerne également la place du fait religieux dans le système éducatif, avec la diversité illustrée par les exemples que nous présentons.

B. L'exemple du canton de Genève

1. La Constitution genevoise et la conception de laïcité du canton de Genève

La République et canton de Genève connaît depuis 1907 un système qui se rapproche d'une séparation de l'État et de l'Église²⁰⁹. Elle a ainsi opté pour une nette séparation de l'Église et

²⁰⁰ MAHON, Vol. I, N 106.

²⁰¹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. I, N 1067.

²⁰² MAHON, Vol. I, N 106.

²⁰³ GONIN, p. 19.

²⁰⁴ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 99, N 5.

²⁰⁵ SGK BV- EHRENZELLER, ad art. 15 Cst., N 18.

²⁰⁶ PLOTKE p. 102.

²⁰⁷ SCHWARZENBERGER, p. 68.

²⁰⁸ *Idem*, p. 67.

²⁰⁹ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 458.

de l'État qui se traduit notamment par une laïcité marquée dans l'enseignement public²¹⁰. Le modèle genevois est dès lors très proche du modèle laïc français malgré certaines différences²¹¹. L'art. 3 al. 1 Cst. GE²¹² consacre ce principe de laïcité:

L'État est laïque. Il observe une neutralité religieuse.

La Constitution cantonale genevoise consacre explicitement à son art. 193 al. 1 Cst. GE l'application de ce principe à l'instruction publique:

L'État organise et finance un enseignement public, laïque et de qualité.

L'application de la laïcité (à distinguer de la neutralité confessionnelle selon les définitions données précédemment) dans l'instruction publique est ainsi exprimée de manière univoque au niveau constitutionnel.

2. La loi genevoise sur l'instruction publique

Les principes de laïcité de la Constitution genevoise sont explicitement énoncés dans la loi genevoise sur l'instruction publique (LIP)²¹³ aux art. 11, 15 al. 4 let. d et 123:

Art. 11 Respect des convictions politiques et religieuses

¹ L'enseignement public garantit le respect des convictions politiques et religieuses des élèves et des parents.

² À cet égard, toute forme de propagande politique et religieuse est interdite auprès des élèves.

³ Les enseignants ne doivent pas porter de signe extérieur ostensible révélant une appartenance à une religion ou à un mouvement politique ou religieux.

Art. 15 Objectifs de la scolarité obligatoire

(...)

⁴ Les dispositions suivantes sont applicables en matière de politique des langues :

(...)

d) le département soutient les cours de langue et de culture d'origine organisés par les pays et les différentes communautés linguistiques dans le respect de la neutralité religieuse et politique.

Art. 123 Attitude générale

¹ Les membres du personnel enseignant doivent observer dans leur attitude la dignité qui correspond aux missions, notamment d'éducation et d'instruction, qui leur incombent.

² Ils sont tenus au respect de l'intérêt de l'État et doivent s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice.

³ Ils doivent respecter la laïcité.

⁴ Ils doivent être laïques et ne doivent pas exercer une fonction ecclésiastique ou un rôle religieux prépondérant au sein d'une religion ou d'un mouvement religieux.

L'art. 11 et l'art. 15 al. 4 let. d LIP/GE concrétise le respect de la liberté religieuse des élèves et des parents (al. 1) en interdisant explicitement toute forme de prosélytisme (al. 2). Les enseignants doivent appliquer en toutes circonstances ce respect des convictions religieuses pour « favoriser (...) le vivre ensemble »²¹⁴: la loi genevoise prévoit de ce fait que les enseignants doivent « respecter la laïcité » (art. 123 al. 3 LIP/GE) mais également être « laïques » (al. 4). L'actuelle loi sur l'instruction publique n'évoque pas la question de

²¹⁰ ATF 123 I 296, consid. 4cc.

²¹¹ PAHUD DE MORTANGES, *Religiöse Neutralität*, p. 11-12.

²¹² Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, RS 131.234.

²¹³ Loi sur l'instruction publique de la République et canton de Genève du 17 septembre 2015, RSG C 1 10.

²¹⁴ Département de l'instruction publique, de la culture et du sport de la République et canton de Genève, *La laïcité à l'école: une brochure de référence pour la rentrée 2016*, p. 19.

l'enseignement religieux mais un projet de loi sur la laïcité de l'État (LLE)²¹⁵ prévoit que soit « dispensé l'enseignement du fait religieux dans sa diversité ».

Contrairement aux enseignants, les élèves sont des usagers du service public que constitue l'école et ils ne sont de ce fait pas soumis à une obligation de neutralité religieuse de par la loi²¹⁶. Le canton de Genève connaît ainsi une laïcité stricte qui se reflète dans la législation scolaire strictement laïque et qui insiste tout particulièrement sur l'absence de port de symboles religieux ostensibles par des enseignants qui doivent être laïcs.

C. L'exemple du canton de Fribourg

1. La Constitution fribourgeoise

La Constitution du canton de Fribourg²¹⁷ protège à son art. 15 Cst. FR la liberté de conscience et de croyance:

Art. 15 Conscience et croyance

¹ La liberté de conscience et de croyance est garantie.

² Toute personne a le droit de choisir librement sa religion et de se forger des convictions philosophiques ainsi que de les professer individuellement ou en communauté.

³ Toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse, d'y appartenir ou de la quitter, et de suivre un enseignement religieux.

⁴ Toute contrainte, tout abus de pouvoir et toute manipulation sont interdits.

Nous rappelons que les dispositions constitutionnelles cantonales qui protègent elles aussi la liberté de conscience et de croyance ont malgré des termes différentes le même contenu²¹⁸. Autre rappel du fait religieux, la reconnaissance du « rôle important » des Églises et communautés religieuses à l'art. 140 Cst. FR:

Art. 140 Principes

¹ L'État et les communes reconnaissent le rôle important des Églises et des communautés religieuses dans la société.

L'art. 64 Cst. FR consacre l'obligation d'un enseignement de base avec un alinéa 4 dont la teneur est la suivante:

Art. 64 Enseignement de base

(...)

⁴ L'enseignement respecte la neutralité confessionnelle et politique. Les Églises et les communautés religieuses reconnues ont le droit d'organiser un enseignement religieux dans le cadre de l'école obligatoire.

Cet alinéa nous indique que l'enseignement public doit respecter la « neutralité confessionnelle ». Contrairement à l'exemple genevois, la Constitution parle bien de neutralité confessionnelle et non de laïcité. Il autorise de surcroît explicitement les Églises et communautés reconnues d'organiser un enseignement religieux dans le cadre de l'école obligatoire. Sa mise en œuvre est détaillée par les art. 23 et 42 LS/FR que nous présentons au point 2 « La loi sur la scolarité obligatoire ».

²¹⁵ Projet de loi sur la laïcité de l'État (PL 11764), déposé le 04.11.2015 devant le Grand Conseil de la République et canton de Genève par le Conseil d'État, en cours de traitement (au 10.05.2017).

²¹⁶ ZIMMERMANN, La laïcité à Genève, p.73.

²¹⁷ Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, RS 131.219.

²¹⁸ Cf. *supra* n. 194.

Par « Églises et communautés reconnues » il faut entendre au sens de la Constitution fribourgeoise les Églises catholique-romaine et évangélique-réformée à qui l'État accorde un statut de droit public (art. 141 al. 1 Cst. FR). C'est notamment le statut de droit public qui confère aux églises précitées le droit d'organiser un enseignement religieux « dans le cadre de l'école obligatoire », par quoi il faut entendre dans les locaux scolaires publics et pendant les horaires obligatoires²¹⁹.

2. La loi sur la scolarité obligatoire

La loi sur la scolarité obligatoire (LS)²²⁰ reconnaît dans ses finalités un ancrage chrétien mais également un respect de la neutralité confessionnelle et politique:

Art. 2 Finalités de l'école

¹ L'école assume une mission globale et générale de formation et de socialisation qui comprend des tâches d'enseignement et d'éducation. Elle seconde les parents dans leur responsabilité éducative.

² Ancrée dans une tradition chrétienne, l'école est fondée sur le respect des droits fondamentaux et sur le principe de réciprocité entre droits et devoirs.

³ L'école respecte la neutralité confessionnelle et politique.

Bien que l'art. 2 al. 3 LS/FR souligne que l'école « respecte la neutralité confessionnelle », la loi scolaire fribourgeoise est une des rares à encore ancrer le fondement de l'école « dans une tradition chrétienne » (al. 2), par quoi il faut entendre une « référence aux valeurs de notre culture »²²¹. La Direction de l'instruction publique, de la culture et des sports du canton estime que « la tâche de formation et d'intégration ainsi que l'orientation de l'école fribourgeoise (...) implique que tous les élèves soient invités à se familiariser avec les valeurs et les traditions culturelles de la civilisation dans laquelle nous vivons. Le fait que certaines traditions soient d'origine culturo-religieuse ne remet pas en cause la neutralité confessionnelle de l'école »²²². L'interprétation, semblable à celle du préambule de la Constitution fédérale, reste admissible d'un point de vue constitutionnel²²³. Sa conformité aux principes constitutionnels fédéraux n'en reste pas moins remise en question²²⁴.

Le canton de Fribourg est également d'un des rares cantons, notamment en Suisse romande, qui connaît encore un enseignement religieux « confessionnel » tel que prévu par l'art. 23 LS/FR²²⁵:

Art. 23 Enseignement religieux confessionnel

¹ L'horaire hebdomadaire comprend un temps mis à la disposition des Églises et des communautés religieuses reconnues pour l'enseignement religieux confessionnel. À cet effet, les Églises et les communautés religieuses reconnues ont le droit d'utiliser gratuitement les locaux scolaires.

² L'État peut participer à la rémunération des personnes chargées de l'enseignement religieux confessionnel selon des modalités fixées par convention. La convention détermine également le statut de ces personnes.

³ Les parents peuvent, sans indication de motifs, déclarer par écrit que leur enfant ne suivra pas les cours d'enseignement religieux confessionnel. Les élèves âgés de 16 ans révolus peuvent agir par eux-mêmes.

²¹⁹ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 112, N 29.

²²⁰ Loi sur la scolarité obligatoire du canton de Fribourg du 9 septembre 2014, RSF 411.0.1.

²²¹ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1417.

²²² DICS/FR, Diversité religieuse et culturelle à l'école, p. 10.

²²³ SCHWARZENBERGER, p. 33

²²⁴ Cf. *supra* n. 181 et n. 182.

²²⁵ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1417 (encore cité sous le régime de l'art. 27 LS/FR).

L'art. 23 LS/FR autorise ainsi expressément les Églises et communautés religieuses reconnues (dont nous avons constaté qu'il s'agissait des Églises catholique-romaine et évangélique-réformée) à offrir un enseignement religieux confessionnel durant le temps scolaire usuel et dans les locaux scolaires publics (al. 1). Une possibilité de dispense est toutefois offerte par l'al. 3 aux parents « sans indication de motifs » ainsi qu'aux élèves dès 16 ans (en conformité avec leur maturité religieuse au sens de l'art. 303 CC). L'organisation de cet enseignement est précisé dans l'art. 42 du règlement d'application de la loi scolaire²²⁶:

Art. 42 Enseignement religieux confessionnel

¹ La Direction détermine le nombre d'unités réservé à l'enseignement religieux confessionnel, après avoir pris l'avis des Églises et des communautés religieuses reconnues.

² À la demande des autorités ecclésiastiques compétentes, la direction d'établissement accorde aux élèves qui souhaitent se préparer aux actes culturels importants jusqu'à deux jours de congé par acte, choisis d'un commun accord.

³ La déclaration écrite des parents selon laquelle leur enfant ne suivra pas le cours d'enseignement religieux confessionnel est adressée, avant le début de l'année scolaire, à la direction d'établissement. Les élèves âgés de 16 ans révolus peuvent agir par eux-mêmes.

⁴ Les élèves dispensés restent sous la responsabilité et la surveillance de l'école.

L'alinéa 2 est particulièrement intéressant. En effet « à la demande des autorités ecclésiastiques » et avec l'accord des élèves, ces derniers peuvent bénéficier de deux jours de congé par acte culturel important. Or à teneur du texte ces congés ne sont accordés qu'aux élèves participant aux actes des Églises et des communautés reconnues par le droit fribourgeois, alors même que l'art. 37 al. 1 let. b du règlement prévoit un congé exceptionnel « pour une fête religieuse importante ou la pratique d'un acte religieux important » et uniquement si les motifs sont « dûment attestés »:

Art. 37 Congé à un ou une élève

¹ Un congé peut être octroyé à un ou une élève pour des motifs justifiés. Sont seuls pris en considération les motifs dûment attestés pouvant exceptionnellement l'emporter sur l'obligation de fréquenter l'école tels que :

...

b) une fête religieuse importante ou la pratique d'un acte religieux important ;

Cette différence de traitement peut à tout le moins susciter des interrogations, tout comme la communication systématique de renseignements sur les élèves aux Églises et communautés religieuses prévue par l'art. 106 al. 2 dudit règlement:

Art. 106 Communications systématiques

...

² Les directions d'établissement communiquent aux Églises et aux communautés religieuses reconnues le nom des élèves participant au cours d'enseignement religieux confessionnel ainsi que leur classe et le nom de l'enseignant ou de l'enseignante titulaire.

Le canton de Fribourg connaît ainsi une législation scolaire très éloignée en matière religieuse du modèle laïc genevois présenté précédemment. Une place importante est accordée à la religion chrétienne dont l'enseignement public doit porter les valeurs et aux Églises chrétiennes qui se voient reconnaître un droit d'enseignement confessionnel au sein même des écoles publiques.

²²⁶ Règlement de la loi sur la scolarité obligatoire (RLS) du 19 avril 2016, RSF 411.0.11.

D. L'exemple du canton de Vaud

1. La Constitution vaudoise

Le canton de Vaud fait partie des cantons, traditionnellement réformés évangéliques, qui ont toujours connu des liens particulièrement étroits entre l'Église et l'État²²⁷. La Constitution du canton de Vaud de 1845²²⁸ énonçait encore que « l'enseignement dans les écoles publiques doit être conforme aux principes du christianisme et de la démocratie »²²⁹. Aujourd'hui, la Constitution vaudoise²³⁰ consacre à son art. 16 Cst. VD la liberté de conscience et de croyance dont la teneur est quasiment identique à celle de l'art. 15 Cst. FR avec l'exception notable que son alinéa 3 ne parle pas explicitement d'un droit à suivre un enseignement religieux:

Art. 16 Liberté de conscience et de croyance

Liberté de conscience et de croyance

¹ La liberté de conscience et de croyance est garantie.

² Toute personne a le droit de choisir librement sa religion, ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté.

³ Toute personne a le droit de se joindre à la communauté de son choix ou de la quitter.

⁴ Toute contrainte, abus de pouvoir ou manipulation en matière de conscience et de croyance sont interdits.

Parallèlement, elle reconnaît également aux Églises évangélique réformée et catholique romaine le statut d'« églises de droit public » (art. 170 al. 1 Cst. VD).

L'enseignement public est, à teneur de l'art. 45 al. 2 Cst. VD, confessionnellement neutre:

Art. 45 Enseignement public

¹ L'État, en collaboration avec les communes, organise et finance un enseignement public.

² Cet enseignement est neutre politiquement et confessionnellement.

Le canton de Vaud a ainsi adopté la terminologie de la neutralité confessionnelle et non de la laïcité.

2. La loi sur l'enseignement obligatoire

La loi sur l'enseignement obligatoire (LEO)²³¹ rappelle le principe de neutralité de l'art. 45 al. Cst. VD à son art. 9 LEO/VD ainsi que le respect dû aux convictions religieuses des élèves et de leurs parents:

Art. 9 Neutralité de l'enseignement

1 L'enseignement est neutre du point de vue religieux et politique.

2 L'école respecte les convictions religieuses, morales et politiques des élèves et de leurs parents

L'art. 11 LEO/VD interdit spécifiquement toute forme de prosélytisme:

Art. 11 Propagande

1 Toute forme de propagande politique, religieuse et commerciale est interdite auprès des élèves.

²²⁷ AUER/MALIVERNI/HOTTELIÉ, Vol. II, N 454.

²²⁸ Constitution du canton de Vaud du 10 août 1845.

²²⁹ KÖLZ, p. 515.

²³⁰ Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, RS 131.231.

²³¹ Loi sur l'enseignement obligatoire du canton de Vaud du 7 juin 2011, RSV 400.02.

L'interdiction de toute forme de prosélytisme est en sus rappelée dans l'art. 4 du règlement d'application²³² concernant le cours d'éthique et cultures religieuses:

Art. 4 Éthique et cultures religieuses

1 L'enseignement éthique et cultures religieuses est dispensé à tous les élèves, dans le respect des convictions de chacun. Il est dénué de tout prosélytisme.

Le règlement d'application renforce encore une fois l'interdiction de prosélytisme dans la communication avec les parents:

Art. 7 Propagande (LEO art. 9 et 11)

1 Les élèves ne peuvent pas être utilisés pour la transmission à leurs parents d'informations à caractère de propagande politique, syndicale, religieuse ou commerciale. Ils ne peuvent être enrôlés dans des manifestations visant ces buts.

Si le canton de Vaud ne parle pas de laïcité au sens du droit genevois mais plutôt d'une neutralité confessionnelle, son modèle met en avant une nécessité de neutralité religieuse stricte dans le domaine de l'instruction publique. Si l'État vaudois reconnaît un statut de droit public à deux églises, il n'en interdit pas moins un enseignement religieux confessionnel comme le prévoit le droit fribourgeois et offre à ses élèves un cours d'éthique et cultures religieuses dénué de connotation confessionnelle chrétienne.

III. Casuistique des principales problématiques portées devant les tribunaux suisses et européens

La jurisprudence a contribué et contribue toujours au façonnement de la liberté religieuse²³³. Bien que fortement médiatisées et discutées, les jurisprudences issues de conflits « religieux » restent relativement rares en Suisse car la plupart des conflits rencontrés sont résolus par le dialogue, la recherche de solutions pragmatiques et des concessions des parties²³⁴. Nous exposons dans les pages qui suivent les arrêts de principe du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière afin d'illustrer la difficulté de mise en œuvre du principe de neutralité religieuse dans l'instruction publique et la diversité des arguments invoqués et des solutions retenues.

A. Le port du voile islamique par les enseignants et par les élèves

Le port de vêtements religieux, particulièrement voyants au quotidien, cristallise grandement les débats sur les problématiques religieuses et l'environnement scolaire n'y échappe guère. Or, de tous les symboles religieux portés par les enseignants comme par les élèves, le voile islamique est celui sur lequel portent le plus d'arrêts et qui a fait couler le plus d'encre. Nous nous attarderons particulièrement sur l'ATF 123 I 296 (le port du voile islamique par les enseignants de l'État) et l'ATF 142 I 49 (le port du voile islamique par les élèves).

²³² Règlement d'application de la loi du 7 juin 2011 sur l'enseignement obligatoire (RLEO), RSV 400.02.1.

²³³ GONIN, p. 17.

²³⁴ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 27.

1. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Les arrêts majeurs en matière de port du voile par les enseignants sont l'ATF 123 I 296 rendu 1997 (*X. c. Conseil d'Etat du canton de Genève*) puis son recours à la CourEDH de Strasbourg (*Dahlab c. Suisse*²³⁵) en 2001. Ces arrêts ont précisé des points essentiels pour comprendre pourquoi le port de vêtements religieux peut être, pour le Tribunal fédéral et la CourEDH, problématique au regard de la neutralité religieuse de l'Etat dont les enseignants sont les agents.

L'ATF 123 I 296, rendu en 1997, concernait une ressortissante suisse qui officiait comme institutrice primaire pour l'Etat de Genève depuis 1990. Convertie plus tard à l'islam, elle a commencé à porter « un voile ou un foulard lui couvrant le cou et les cheveux » (qualifié dès lors de « foulard islamique »), comportement auquel la direction du département a formellement demandé de mettre fin car « en contradiction avec le respect de l'art. 6 de la loi sur l'instruction publique » et ceci dans le cadre des ses activités professionnelles. En effet, l'Etat considérait qu'elle ne devait pas avoir recours à « des attributs vestimentaires investis d'un sens confessionnel incompatible avec les impératifs de notre système scolaire »²³⁶.

L'enseignante considérait son habillement comme usuel et courant, argument balayé par les juges de Mon-Repos pour qui « il ne fait aucun doute que la recourante porte le foulard et des vêtements amples non pas pour des raisons esthétiques mais afin d'obéir à une exigence religieuse »²³⁷. Le voile islamique est même qualifié de « symbole religieux fort », c'est-à-dire « un signe immédiatement visible pour les tiers, indiquant clairement que son porteur adhère à une religion déterminée »²³⁸.

Suivant toutefois une partie de la doctrine, divisée sur la question, notre Cour suprême considère qu'en qualité de manifestation religieuse extérieure, le suivi de ces prescriptions vestimentaires n'appartient pas au noyau intangible de la liberté religieuse et ceci « même s'il est particulièrement important aux yeux de l'intéressée et (...) obéit à une exigence impérative » ce qui emporte pour conséquence que cette manifestation religieuse peut être limitée aux autres conditions de l'actuel art. 36 Cst.²³⁹.

Le TF estime que « lorsqu'une atteinte à la liberté de conscience et de croyance est constituée par une prescription de comportement très particulière, voire secondaire à l'aune du citoyen moyen (...), on ne saurait exiger une base légale trop précise », autre condition pour admettre une restriction²⁴⁰. Cette position serait justifiée par le rapport spécial des fonctionnaires à l'Etat et auquel ils ont librement adhéré²⁴¹.

Sous l'angle de l'intérêt public, les juges considèrent qu'en « arborant un signe religieux fort dans l'enceinte de l'école, voire en classe, la recourante peut porter atteinte aux sentiments

²³⁵ ACEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

²³⁶ ATF 123 I 296, consid. 1.

²³⁷ *Idem*, consid. 2a.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ *Idem*, consid. 2cc.

²⁴⁰ *Idem*, consid. 3.

²⁴¹ *Idem*.

religieux de ses élèves, des autres élèves de l'école et de leurs parents »²⁴². Cela constituerait une atteinte contre l'évolution spirituelle des élèves²⁴³. Allant plus loin, il ajoute que « l'école risquerait de devenir un lieu d'affrontements religieux »²⁴⁴. Les juges ajoutent en sus que « le port du foulard est difficilement conciliable avec l'égalité de traitement des sexes » qui est « une valeur fondamentale de notre société, consacrée par une disposition constitutionnelle expresse (...) qui doit être prise en compte par l'école »²⁴⁵.

Les juges de Mon-Repos considèrent ainsi finalement que ces différents intérêts publics, majoritairement regroupés sous la neutralité religieuse de l'État, sont prépondérants vis-à-vis de la liberté religieuse individuelle de l'enseignante que l'interdiction de porter le foulard dans le cadre de ses activités d'enseignante ne viole dès lors pas²⁴⁶.

L'intérêt de l'État au maintien de la neutralité confessionnelle de l'école a donc pesé plus lourd que l'intérêt de la recourante au respect de sa liberté religieuse²⁴⁷ sans toutefois lui être contraire²⁴⁸. Cet arrêt a rencontré une forte critique dans une partie de la doctrine qui avance entre autres comme argument le fait que les enfants sont d'ores et déjà confrontés aux symboles religieux tels que le foulard dans la rue et la vie quotidienne, le fait que dans la pratique genevoise des enseignants soient autorisés à porter des croix chrétiennes autour du cou, l'idée selon laquelle le foulard islamique ne serait qu'un vêtement et non un symbole religieux clair tel qu'une croix, le port de symboles religieux sans identification intérieure à la religion concernée ou encore un nécessaire esprit de tolérance²⁴⁹.

À également été critiqué en doctrine le rapprochement avec l'ATF 116 Ia 252 portant sur le crucifix car pour différents auteurs l'enseignante ne représente pas l'autorité étatique et le pouvoir public au même titre que l'État lui-même (qui tolère un crucifix)²⁵⁰. Le recourant ne personnifierait pas à ce point l'État que le TF l'a considéré²⁵¹. De surcroît, la paix confessionnelle ne serait menacée ni à Genève ni en Suisse²⁵². Sont également critiqués « l'interdiction de travail de fait » pour l'enseignante ainsi que la distinction entre symboles religieux « forts » et « faibles » (*a contrario*) qui serait en pratique difficile à effectuer pour de nombreux symboles²⁵³. Ce qui différencie cet arrêt des autres en matière de neutralité religieuse de l'État est le fait qu'en l'espèce l'enseignante invoquait une atteinte à sa propre liberté religieuse²⁵⁴. Pour SCHWARZENBERGER, la conclusion de notre Cour suprême aurait dès lors sans doute été différente si l'ATF 123 I 296 avait été jugé vis-à-vis du système religieux d'un autre canton²⁵⁵ (ne connaissant pas le système laïc).

²⁴² ATF 123 I 296, consid. 4a.

²⁴³ *Idem*, consid. 4aa.

²⁴⁴ *Idem*, consid. 4bb.

²⁴⁵ *Idem*, consid. 4cc.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 506.

²⁴⁸ MAHON, Vol. II, N 75.

²⁴⁹ PLOTKE, p. 611, qui cite notamment HANGARTNER, KARLEN, MAHON, MÜLLER J., HALTER.

²⁵⁰ SCHWARZENBERGER, p. 56, qui cite notamment KARLEN.

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² *Idem*.

²⁵³ SCHWARZENBERGER, p. 63-64, citant notamment RICHLI et EPINEY/MOSTERS/GROSS.

²⁵⁴ WINZELER, p. 17.

²⁵⁵ SCHWARZENBERGER, p. 66.

Certaines estiment que le port d'un vêtement religieux tel que le voile est une atteinte de faible intensité à la liberté religieuse même d'élèves jeunes car celui-ci n'oblige personne à relativiser ou à modifier ses croyances²⁵⁶. D'autres critiquent le fait que l'interdiction faite à l'enseignante de porter le voile n'a pas été donnée suite à une plainte d'élèves ou de parents, mais uniquement de par la fonction de la personne²⁵⁷. WINZELER estime que si en l'espèce l'interdiction portait sur une base légale, tous les cantons n'ont pas une laïcité dans le domaine de l'instruction publique comme celle que connaît Genève²⁵⁸. VERNIORY/WAELTI estiment que l'ATF 123 I 96 ne conduit pas à un bannissement du port de tous les signes religieux dans tous les cas: les cas devraient s'apprécier en prenant en compte l'ensemble des éléments comme le contact avec le public (évidemment donné pour les enseignants), le signe ou le vêtement dont le port est envisagé (notamment son caractère plus ou moins voyant)²⁵⁹.

La question du port du voile par les élèves a été portée devant notre juridiction suprême quelques années plus tard dans l'ATF 142 I 49 de 2015 (*Commune scolaire de Sankt-Margrethen c. A et B.D. et Département de la formation du canton de Saint-Gall*). Dans cette affaire une élève de religion musulmane, âgée de 13 à 14 ans au moment des faits, a porté le voile islamique en accord avec les croyances de ses parents qui ont fait recours contre la décision de l'établissement scolaire puis du département cantonal de la formation qui, se reposant sur le règlement scolaire de l'établissement que fréquentait l'élève, ne lui ont pas accordé une dispense vestimentaire.

Le Tribunal fédéral s'appuie 18 ans après l'ATF 123 I 296 davantage sur les principes de tolérance, « d'intégration de chacun dans la communauté » et de « pluralisme religieux »²⁶⁰. Se référant notamment à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il fait sien la considération selon laquelle « une société démocratique intacte doit tolérer et soutenir la diversité et le pluralisme, aussi en considération du droit de chacun de placer sa religion au nombre des préoccupations centrales de sa vie et de le faire savoir à autrui »²⁶¹. Les juges constitutionnels sont également sensibles à l'argument selon lequel l'enfant peut être lourdement atteint par les tensions résultant du conflit entre le respect d'une prescription étatique et celui d'une prescription religieuse transmise par son origine et sa famille; cela affecterait son bien (protégé notamment par l'art. 3 CDE)²⁶².

Parmi les intérêts publics invoqués par la commune recourante, le port d'un vêtement religieux par un élève ne rentre pour les juges pas dans les catégories généralement prohibées des vêtements « importuns » ou « choquants »²⁶³. L'intérêt public « inhérent à la fonction intégrative et à la neutralité de l'école » n'est à leur sens pas violé par le port du voile d'une élève car non seulement la neutralité concerne en premier lieu les autorités, mais l'obligation d'égalité de traitement qui en découle est ici respectée²⁶⁴.

²⁵⁶ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1425.

²⁵⁷ WINZELER, p. 128.

²⁵⁸ *Idem*, p. 129.

²⁵⁹ VERNIORY/WAELTI, p. 829

²⁶⁰ ATF 142 I 49, consid. 3.2, *in* JdT 2009 I 343.

²⁶¹ *Idem*, consid. 4.5.1.

²⁶² *Idem*, consid. 7.2.

²⁶³ *Idem*, consid. 8.2.1.

²⁶⁴ *Idem*, consid. 9.4.3.

Les juges lausannois estiment que la protection des droits fondamentaux de tiers peut justifier la restriction de la liberté religieuse notamment dans le sens que cela peut « influencer les élèves et engendrer des conflits avec leurs parents, ce qui peut conduire à une perturbation de la paix à l'école et entraver l'accomplissement de la mission éducative de l'école » mais qu'en l'espèce le port du voile n'entraîne pas d'inégalité ou d'atteinte excessives au préjudice des camarades²⁶⁵.

L'égalité des sexes, argument invoqué par les juges dans l'ATF 123 I 296 pour justifier une interdiction du port du voile par l'enseignante en question, est également mentionné mais avec l'avis opposé selon lequel « le port du voile islamique n'exclut en tout cas pas d'emblée l'autonomie et l'égalité juridique de la femme dans la société »²⁶⁶.

Parmi les intérêts publics majeurs enfin, il faut souligner que le Tribunal fédéral a considéré qu'une interdiction générale des couvre-chefs imposée aux élèves était inapte à garantir la neutralité religieuse de l'État, soulignant qu'au contraire des enseignants, les élèves étaient en quelque sorte les « usagers » d'un service public²⁶⁷. Après la pesée des intérêts de tous les intérêts évoqués, les juges de Mon-Repos arrivent à la conclusion que « dans une école publique ouverte aux convictions athées et à celles des diverses religions, l'interdiction du voile (*pour les élèves*) est disproportionnée »²⁶⁸.

Il est intéressant de souligner dans cet arrêt que les juges ont estimé que l'interdiction de porter le voile était une restriction grave²⁶⁹. Le Département de la formation et de la jeunesse vaudois considère dans une directive que le TF est « beaucoup plus libéral vis-à-vis des élèves »²⁷⁰. GROSZ comme d'autres auteurs regrettent que le Tribunal fédéral ait fait l'économie d'un développement de la question de la conformité du port du voile avec l'égalité des sexes, question pourtant soulevée dans l'ATF 123 I 296²⁷¹ et de celle d'une éventuelle discrimination²⁷².

Soulignons encore que l'ATF 139 I 280, concernant également la question du port du foulard islamique par les écolières, a précisé que l'interdiction de celui-ci dans les écoles doit reposer sur une base légale formelle la législation générale sur l'école publique ne suffisant pas²⁷³.

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Invoquant les art. 9 et 14 CEDH, l'enseignante à laquelle il a été interdit de porter le voile a porté une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a rendu la décision *Dahlab c. Suisse* (et non un arrêt, pour cause d'irrecevabilité)²⁷⁴. Après avoir entendu les arguments de la requérante ainsi que du gouvernement suisse, la Cour a particulièrement suivi le Tribunal fédéral sur l'argumentation suivante: « il a tenu compte de la nature même de la

²⁶⁵ ATF 142 I 49, consid. 8.2.2. et consid. 9.4.3., in JdT 2009 I 343.

²⁶⁶ *Idem*, consid. 8.2.3.

²⁶⁷ *Idem*, consid. 9.1.

²⁶⁸ *Idem*, consid. 10.2.

²⁶⁹ *Idem*, consid. 6 et 7.

²⁷⁰ DFJC VD, Pratiques en matière religieuse, p. 6.

²⁷¹ GROSZ, p. 969.

²⁷² *Idem*, p. 972.

²⁷³ ATF 139 I 280, consid. 5.

²⁷⁴ DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

profession d'enseignant de l'école publique, détenteur de l'autorité scolaire et représentant de l'État, mettant ainsi en balance la protection du but légitime que représente la neutralité de l'enseignement public et la liberté de manifester sa religion »²⁷⁵.

Si la Cour admet dans ses considérations « qu'il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge », le port du foulard islamique pose particulièrement problème à son sens « dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves. »²⁷⁶. Joignant cette considération à celles du Tribunal fédéral, la Cour estime que la mesure était proportionnée et entrainait dans la marge de manœuvre des États²⁷⁷.

PLOTKE critique cette décision en mettant en avant que le « risque d'atteinte des sentiments religieux des élèves » serait un argument de peu de valeur dans le cas précis car aucune plainte des parents ou des élèves n'a été adressée aux autorités ou s'est faite entendre par voie médiatique²⁷⁸. Il ajoute que le foulard islamique est aujourd'hui « à ce point visible dans les rues qu'il est entré dans la vie quotidienne »²⁷⁹. Il conclut enfin en considérant que les élèves seraient davantage heurtés ou cela provoquerait davantage d'interrogations religieuses s'ils voyaient leur enseignante en dehors des cours avec son foulard²⁸⁰. BELSER/WALDMANN s'interrogent sur le ressenti réel des élèves (et de leurs parents) à la vision d'un symbole religieux porté par un enseignant et donc sur les conclusions des arrêts précités²⁸¹. Ils considèrent que les cas de la burqua et d'autres recouvrements du visage par les enseignantes seraient différents et justifieraient une interdiction car, si l'État ne viole selon eux pas nécessairement son obligation de neutralité religieuse, le port de tels vêtements rend plus difficile la communication entre l'enseignante et ses élèves²⁸².

B. Le crucifix dans les établissements scolaires publics

L'apposition de symboles religieux dans les établissements scolaires publics, en particulier de crucifix, a soulevé dans les deux dernières décennies des problématiques auxquelles le Tribunal fédéral (ATF 116 Ia 252 *Commune de Cadro c. Bernasconi et Tessin*) et la Cour européenne des droits de l'homme (ACEDH *Lautsi et autres c. Italie*²⁸³) ont donné des réponses différentes qui seront explicitées ci-dessous.

²⁷⁵ DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, p. 14.

²⁷⁶ *Idem*, p. 15.

²⁷⁷ *Idem*, p. 16.

²⁷⁸ PLOTKE, p. 611-62.

²⁷⁹ *Idem*.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 115, N 34.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ ACEDH de Grande Chambre *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011.

1. La jurisprudence du Tribunal fédéral

L'ATF 116 Ia 252 est l'arrêt de principe du Tribunal fédéral en matière de crucifix dans les établissements scolaires publics. La commune de Cadro (TI) avait décidé de placer un crucifix dans les salles de classe de l'école primaire, suscitant les recours d'un instituteur, d'une association et de parents. Cet arrêt, datant de 1990, a également été rendu sous le régime de l'art. 27 al. 3 aCst²⁸⁴.

Pour les juges de Mon-Repos, la question déterminante est celle de savoir si la présence de crucifix dans les salles de classe viole le principe de la neutralité confessionnelle de l'école en relation avec la liberté de conscience et de croyance²⁸⁵. Le principe d'égalité de traitement est également évoqué²⁸⁶.

Ils affirment que « la liberté de conscience et de croyance n'exige pas la neutralité absolue de l'État en matière religieuse », justifiant cette approche en considérant que « soutenir le contraire reviendrait à remettre en question l'aménagement actuel des rapports entre l'Église et l'État dans les cantons »²⁸⁷. Ce point de vue est soutenu selon les juges par la prise en considération par le législateur fédéral des traditions religieuses de la majorité de la population (interdiction du travail le dimanche ou célébration officielle du « Jeûne fédéral par exemple »²⁸⁸). Cela dément « l'indifférence de l'État à l'égard des phénomènes religieux »²⁸⁹ bien que le Tribunal fédéral rappelle ensuite le principe de laïcité de l'État et ce qu'il implique²⁹⁰.

Les juges relèvent que la neutralité confessionnelle de l'État « prend une importance particulière en matière d'école publique, car l'enseignement est obligatoire pour tout un chacun, sans aucune différence entre les confessions »²⁹¹.

La décision de fixer un crucifix dans une salle d'école peut être considérée selon le Tribunal fédéral comme un « attachement à la tradition et aux bases chrétiennes de la civilisation et de la culture occidentale »²⁹². Se ralliant toutefois à la doctrine récente²⁹³, ils estiment que si l'État manifeste son propre attachement à une confession alors qu'il devrait l'éviter, il préjuge des « convictions des citoyens des diverses confessions » avec le risque que ceux qui fréquentent l'école publique voient dans ce symbole la volonté de lier l'enseignement à l'influence d'une religion²⁹⁴. Certaines personnes pourraient même se sentir lésées dans leurs convictions religieuses par le symbole présent en permanence d'une religion qui n'est pas la leur et les élèves voir leur évolution spirituelle affectée²⁹⁵. Les juges de Mon-Repos concluent

²⁸⁴ ATF 116 Ia 252 consid. 6, in JdT 1992 I 5.

²⁸⁵ *Idem*, consid. 5.

²⁸⁶ *Idem*.

²⁸⁷ *Idem*, consid. 5d.

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ *Idem*.

²⁹⁰ *Idem*, consid. 5e.

²⁹¹ *Idem*, consid. 6.

²⁹² *Idem*, consid. 7b.

²⁹³ *Idem*, consid. 7a.

²⁹⁴ *Idem*.

²⁹⁵ *Idem*, consid. 7a.

à la lumière de ces arguments que « la présence de crucifix dans les salles de classe ne satisfait pas à l'exigence de neutralité » confessionnelle de l'État²⁹⁶.

Contrairement à certains auteurs cités qui reprochent au Tribunal fédéral d'avoir adopté une position absolue en « faisant fi de la réalité sociale et religieuse propre au cas d'espèce » et qui proposent de retirer les crucifix apposés sur demande expresse d'un individu, ZIMMERMANN approuve l'approche du Tribunal fédéral en considérant que l'approche pratique proposée « conduirait une fois de plus les membres des minorités religieuses à faire part de leur inconfort en présence de ce symbole et conséquemment révéler leurs convictions »²⁹⁷. PLOTKE rejette la critique d'une partie de la doctrine qui affirme que la croix ou le crucifix seraient aujourd'hui davantage un symbole de la culture occidentale qu'un symbole religieux chrétien: à ses yeux n'importe quel élève ou parent d'une autre religion identifierait l'école comme rattachée au christianisme²⁹⁸.

Plusieurs auteurs critiquent l'ouverture laissée dans l'*obiter dictum* à la présence de crucifix dans les locaux scolaires communs comme le hall d'entrée, la cantine ou les couloirs; dans tous ces espaces publics et donc fréquentés par les élèves, ils seraient confrontés à ce « symbole de la culture chrétienne occidentale »²⁹⁹. Cela mettrait également à mal le principe d'intégration dont l'importance croît³⁰⁰. WINZELER estime que cet arrêt, bien que ne concernant pas l'islam, lui porte indirectement atteinte³⁰¹. Parmi les critiques présentes dans la doctrine nous pouvons également relever le fait que pour certains auteurs le Tribunal fédéral ait placé la liberté religieuse négative devant la liberté religieuse positive et qu'il n'ait pas traité la question de l'emplacement du crucifix dans la salle de classe elle-même modifiant possiblement son effet³⁰² (il pourrait être placé au-dessus de la porte ou au fond de la classe).

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

L'arrêt *Lautsi c. Italie* de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme³⁰³ rendu en 2011, soit 21 ans après l'ATF 116 Ia 252, arrive à une solution singulièrement différente de celle du tribunal suprême helvétique. Le premier arrêt *Lautsi c. Italie* de la Chambre de la Cour européenne de 2009 avait conclu à une violation des art. 2 du Protocole n°1 et de l'art. 9 CEDH, solution diamétralement opposée à celle finalement retenue par la Grande Chambre et développée ci-dessous³⁰⁴.

À l'origine de l'arrêt se trouve la requête de parents dont les enfants sont scolarisés dans une école publique en Italie et qui demandent le retrait des crucifix présents dans les salles de classe en tant que symboles religieux³⁰⁵. Saisi par la mère (Mme Lautsi) des enfants qui invoque le principe de laïcité, le tribunal administratif de Vénétie rejette le recours en

²⁹⁶ ATF 116 Ia 252 consid. 7a, in JdT 1992 I 5.

²⁹⁷ ZIMMERMANN, Le crucifix dans la salle de classe, p. 1491.

²⁹⁸ PLOTKE, p. 204

²⁹⁹ ZIMMERMANN, Le crucifix dans la salle de classe, p. 1491 ; PLOTKE p. 204 ; PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1418.

³⁰⁰ ZIMMERMANN, Le crucifix dans la salle de classe, p. 1491.

³⁰¹ WINZELER, p. 16

³⁰² SCHWARZENBERGER, p. 52-55, citant notamment HAFNER, HAFNER/LORETAN/SCHWANK et KARLEN.

³⁰³ ACEDH *Lautsi c. Italie*, §1-2.

³⁰⁴ GONIN, p. 100.

³⁰⁵ ACEDH *Lautsi c. Italie*, §1-2.

concluant que les deux décrets imposant l'apposition du crucifix dans les classes scolaires ne heurte pas le principe de laïcité³⁰⁶.

S'il admet que le crucifix est « indéniablement un symbole religieux », le tribunal considère qu'il s'agit également d'un symbole « historico-culturel, pourvu à ce titre d'une « valeur identitaire » pour le peuple italien » et qu'il est même « un symbole d'un système de valeurs qui innervent la charte constitutionnelle italienne »³⁰⁷. Le Conseil d'État italien, également saisi par voie de recours, adhère à ce point de vue en estimant que le crucifix remplit une « fonction symbolique hautement éducative, indépendamment de la religion professée par les élèves »³⁰⁸.

La Cour constate tout d'abord que « dans une très nette majorité des États membres du Conseil de l'Europe, la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique »³⁰⁹.

Dans ses considérations, elle précise que pour elle aucun élément ne peut raisonnablement attester une influence éventuelle que l'exposition d'un symbole religieux dans les salles de classe pourrait avoir sur les élèves dont les convictions ne sont pas encore fixées³¹⁰. La perception subjective de la requérante d'un manque de respect de l'État à l'égard de ses convictions, bien que compréhensible, ne suffit pas pour les juges européens à caractériser une violation³¹¹.

Eu égard au principe de neutralité, les juges s'appuient sur l'appréciation selon laquelle le crucifix apposé serait un symbole essentiellement passif: ils estiment qu'on ne saurait notamment lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses³¹². La Cour arrive par déduction à la conclusion que le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation des États, renforcée dans cette position par l'absence de consensus européen sur la question³¹³.

Il nous paraît opportun d'évoquer l'opinion dissidente du juge suisse Giorgio Maliverni (à laquelle se rallie le juge Kalaydjieva) qui arrive à la conclusion que l'Italie a violé l'art. 2 du Protocole n°1 et l'art. 9 de la CEDH³¹⁴. En effet il estime que pour garantir une protection effective des droits découlant de ces dispositions l'État doit faire preuve de la plus stricte neutralité confessionnelle: celle-ci doit s'appliquer aux programmes scolaires mais également à l'environnement scolaire³¹⁵ dont font partie les symboles religieux comme le crucifix³¹⁶. Le juge Maliverni considère que « l'instruction primaire et secondaire étant obligatoire, l'État ne

³⁰⁶ ACEDH *Lautsi c. Italie*, § 3.

³⁰⁷ *Idem*.

³⁰⁸ *Idem*.

³⁰⁹ *Idem*, § 8-9.

³¹⁰ *Idem*, § 25.

³¹¹ *Idem*,

³¹² *Idem*, p. 12, §31.

³¹³ *Idem*, p. 11, §28-29.

³¹⁴ *Idem*, p. 21, opinion dissidente du juge Maliverni, §8.

³¹⁵ *Idem*.

³¹⁶ *Idem*, p. 19, opinion dissidente du juge Maliverni, §3-4.

saurait imposer à des élèves, contre leur volonté et sans qu'ils puissent s'y soustraire, le symbole d'une religion dans laquelle ils ne se reconnaissent pas³¹⁷.

La doctrine ne fait pas une lecture unanime des conséquences pour la jurisprudence fédérale suisse de l'arrêt *Lautsi*. ZIMMERMANN considère que la présence de crucifix dans les bâtiments scolaires est une « atteinte crasse » au principe de neutralité confessionnelle de l'État³¹⁸. Il ne voit pas sur quel fondement l'État serait légitimé à exercer la liberté de manifester la conviction de certains de ses citoyens, n'étant pas titulaire de la liberté religieuse³¹⁹. Il relève également que la présence du crucifix est indubitablement une manifestation de l'État, qui n'est pas titulaire mais uniquement destinataire de la liberté religieuse (et de ce fait soumis à la neutralité religieuse)³²⁰. Soutenant l'opinion dissidente du juge Maliverni, il lui paraît étrange que, seul une poignée d'États prévoyant l'absence de crucifix dans les salles de classe, les juges en déduisent une absence de consensus européen³²¹.

Les solutions différentes retenues par la Chambre et la Grande Chambre dans les arrêts *Lautsi c. Italie* peuvent sembler symboliques des difficultés théoriques et pratiques qu'engendre la grande marge d'appréciation laissée aux États et les difficultés à cerner le sens et contours de l'art. 2 du Protocole n°1³²². GONIN considère, en invoquant notamment la forte proximité culturelle, sociétale et religieuse du Tessin et de l'Italie, qu'il faut sérieusement songer à un réexamen de l'approche du Tribunal fédéral suite à l'arrêt³²³. ZIMMERMANN considère que la position « respectueuse de la liberté religieuse » du Tribunal fédéral ne doit pas être remise en question³²⁴. BELSER/WALDMANN rappellent que, notamment au regard des arrêts illustrés ci-dessus, l'étendue de la neutralité religieuse de l'État reste controversée³²⁵.

C. Les cours de natation

1. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a été appelé à se prononcer pour la première fois en 1993 sur la question d'une dispense de cours de natation à l'école publique pour des motifs religieux et a rendu l'ATF 119 Ia 178³²⁶ dont les principes et conclusions ont prévalu pendant 15 ans. Sa jurisprudence ayant été modifiée par l'ATF 135 I 79, ce arrêt ne fera l'objet que d'une brève présentation.

À l'origine de l'ATF 119 Ia 178 se trouve le refus d'accorder aux parents d'une fille fréquentant une école primaire de Dietikon (ZH) une dispense pour les cours obligatoires de

³¹⁷ ACEDH *Lautsi c. Italie*, p. 21, opinion dissidente du juge Maliverni, §8.

³¹⁸ ZIMMERMANN, *Le crucifix dans la salle de classe*, p. 1491.

³¹⁹ *Idem*.

³²⁰ *Idem*, p. 1495.

³²¹ *Idem*, p. 1498.

³²² GONIN, p. 80.

³²³ *Idem*, p. 112.

³²⁴ ZIMMERMANN, *Le crucifix dans la salle de classe*, p. 1503.

³²⁵ BELSER/WALDMANN, Vol. II, p. 114, N 33.

³²⁶ ATF 119 Ia 178, in JdT 1995 I 290.

natation. Les parents fondaient leur demande de dispense sur leurs croyances religieuses selon lesquelles la foi islam prohibait la natation mixte mais ont essuyé un refus.³²⁷

Comme le résume de manière claire et concise la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral « a estimé, à la lumière du principe de proportionnalité, qu'une éducation des enfants conforme aux convictions religieuses des parents primait en l'espèce sur le caractère obligatoire des cours de natation »³²⁸ qui ne menaçait pas sa future vie professionnelle³²⁹. Le faible nombre de demandes de dispense auquel il faut s'attendre n'implique pas une surcharge de travail ou des problèmes d'organisation³³⁰. La Cour fait la lecture suivante de la conclusion de l'arrêt selon lequel « on ne pouvait déduire du principe d'intégration une règle juridique imposant à des élèves d'origine étrangère une restriction de nature disproportionnée de leurs idées et de leurs convictions religieuses et culturelles »³³¹. Des auteurs ont critiqué le choix de placer la liberté religieuse au-dessus du principe d'intégration³³². D'autres ont estimé que si la tolérance était louable, elle était peut-être excessive au regard des intérêts de l'enfant et de ses besoins d'intégration³³³.

Appelé à se prononcer une nouvelle fois sur des demandes de dispenses de cours de natation pour des motifs religieux en 2008, le Tribunal fédéral a renversé en quelque sorte sa jurisprudence en rendant l'ATF 135 I 79 avec une argumentation modifiée. À l'origine de cet arrêt se trouve la demande refusée de dispense d'un père des cours obligatoires de natation pour ses fils scolarisés en 4^{ème} et 5^{ème} année primaire dans le canton de Schaffhouse. Le Tribunal fédéral saisi doit répondre à la question est de savoir si les deux enfants de sexe masculin ont le droit d'être dispensés, en invoquant la liberté de conscience et de croyance, des cours de natation mixtes obligatoires et organisés par l'école primaire dans laquelle ils sont scolarisés³³⁴.

Les juges de Mon-Repos vont analyser si un changement de jurisprudence s'impose comme l'a conclut l'instance précédente et que contestent les requérants³³⁵.

Les juges fédéraux concluent tout d'abord à ce que l'obligation de participer aux cours de natation mixte constitue une atteinte à la liberté de conscience et de croyance des requérants³³⁶. La cour reconnaît d'emblée que l'obligation de suivre les cours de natation mixtes ne touche pas au noyau intangible de la liberté religieuse et qu'il y a « conflit entre certaines règles de comportement ancrées dans la culture et la religion, mais touchant néanmoins la vie quotidienne, et l'ordre juridique établi en Suisse »³³⁷.

Les juges fédéraux voient un intérêt public important à la participation aux cours de natation qui participe à l'instauration de l'égalité des chances entre tous les enfants mais également

³²⁷ ATF 119 Ia 178, consid. 2, in JdT 1995 I 290.

³²⁸ ACEDH *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse* du 10 janvier 2017 (cité: ACEDH *Osmanoglu c. Suisse*), § 28.

³²⁹ *Idem*.

³³⁰ *Idem*, § 28 ; ATF 119 Ia 178, consid. 8c, in JdT 1995 I 290.

³³¹ ACEDH *Osmanoglu c. Suisse*, § 28

³³² WINZELER, p. 17.

³³³ GRISEL, N 366.

³³⁴ ATF 135 I 79, consid. 2, in JdT 2009 I 343.

³³⁵ *Idem*, consid. 2.2 et 3.

³³⁶ *Idem*, consid. 4.5 et 4.6.

³³⁷ *Idem*, consid. 5.2.

entre les deux sexes³³⁸. La participation à ces cours ne contribue pas seulement à l'instauration des égalités précitées mais « favorise en outre l'intégration de personnes de pays, de cultures et de religions différents », intérêt public jugé « très important »³³⁹. Se basant sur des statistiques et sur les évolutions législatives récentes, les juges de la Cour estiment que la réalité démographique suisse exige davantage que par le passé des efforts d'intégration des jeunes et une sensibilisation « aux conditions sociales de notre pays »³⁴⁰. L'école joue de ce point de vue un rôle particulièrement important d'intégration³⁴¹.

Dans cette pesée d'intérêts entre les droits des recourants et les intérêts publics mentionnés, le Tribunal fédéral relève que les deux jeunes hommes ne pourront pas éviter d'être confrontés aux tenues vestimentaires ayant libre cours en Suisse et pouvant être employées dans de nombreuses situations de la vie quotidienne³⁴². Admettre un droit général à une dispense entraverait de ce point de vue « l'accoutumance de ces enfants à la proximité de l'autre sexe qui est habituelle dans notre société »³⁴³. Le Tribunal fédéral rejette ainsi le recours et confirme la décision précédente³⁴⁴.

Les arrêts récents des autorités cantonales suivent désormais cette jurisprudence³⁴⁵. PAHUD DE MORTANGES rappelle vis-à-vis de l'intégration, principe invoqué en l'espèce par les juges, que le régime étatique d'intégration est un élément important de la liberté religieuse, notamment car celle-ci incorpore la liberté de culture, non-ancrée dans la Constitution³⁴⁶. Si beaucoup d'auteurs adhèrent aux conclusions du nouvel arrêt, certaines critiques doctrinales se maintiennent notamment concernant la prise en considération du bien de l'enfant ou encore le constat selon lequel l'apprentissage de la natation ne serait pas essentiel dans un apprentissage scolaire³⁴⁷. Le bien de l'enfant peut être considéré comme mis à mal en particulier par un conflit de loyauté avec ses parents³⁴⁸. L'argument selon lequel la fréquentation des cours de natation est nécessaire au bien des enfants n'est pas tout à fait convaincant³⁴⁹. Les juges de Mon-Repos auraient sans doute dû étayer leur argumentation en précisant en quoi concrètement la participation aux cours de natation améliorerait l'intégration des enfants³⁵⁰.

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Rendu récemment (janvier 2017), l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*³⁵¹ est venu appuyer le revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral.

³³⁸ ATF 135 I 79, consid. 7.1, in JdT 2009 I 343.

³³⁹ *Idem*, consid. 7.1.

³⁴⁰ *Idem*, consid. 7.2.

³⁴¹ *Idem*.

³⁴² *Idem*.

³⁴³ *Idem*.

³⁴⁴ *Idem*, consid. 7.2.

³⁴⁵ BELLANGER, p.161.

³⁴⁶ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 26.

³⁴⁷ SCHWARZENBERGER, p. 66, citant notamment TSCHENTSCHER, HANGARTNER et KELLER/BÜRLLI.

³⁴⁸ KELLER/BÜRLLI, p. 105-106 ; SCHWARZENBERGER, p. 66 ; PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1410.

³⁴⁹ KELLER/BÜRLLI, p. 106.

³⁵⁰ *Idem*, p. 106-107.

³⁵¹ ACEDH *Osmanoglu c. Suisse*.

Les requérants à l'origine de cet arrêt, parents musulmans de deux filles scolarisées dans une école primaire de Bâle, refusaient que leurs filles participent aux cours de natation au motif que la participation à des cours mixtes était interdite par leurs croyances³⁵². Leurs filles n'étant pas pubères, ils considèrent que leur croyance leur commande de préparer celles-ci aux préceptes qui leur seront applicables dans le futur³⁵³. Le Tribunal fédéral a rejeté leur recours le 7 mars 2012 en estimant leur liberté religieuse pas atteinte.

S'inspirant de l'ATF 135 I 79, les juges fédéraux ont à nouveau admis que le refus de dispense constituait une atteinte à la liberté de religion mais aussi que l'intérêt public de l'intégration était primordial³⁵⁴ et donc qu'il fallait « reconnaître, en principe, la primauté des obligations scolaires sur le respect des commandements religieux »³⁵⁵.

Les requérants, invoquant l'art. 9 CEDH, estiment l'obligation imposée à leurs filles de fréquenter les cours de natation mixtes comme contraire à leurs croyances religieuses et à l'art. 9 CEDH, soutenant que le refus de dispense ne repose sur aucune base légale valable, sans but légitime et disproportionné³⁵⁶.

Les deux parties sont opposées sur la question du but légitime de l'ingérence. Elles s'accordent tout d'abord sur le constat que le besoin d'intégration des populations étrangères a « significativement » augmenté et que celles-ci doivent accepter l'ordre juridique, les principes et données sociales et sociétales de l'État d'accueil³⁵⁷. Les requérants reprochent cependant au Tribunal fédéral de placer dans son approche « l'intégration au-dessus de la question de la croyance »³⁵⁸. Cette critique est appuyée selon leurs dires par l'intégration réussie des parents de la famille, démontrant que l'intégration ne dépend pas seulement de la participation à des cours de natation dispensés dans le cadre scolaire³⁵⁹. Ils estiment en outre que les étrangers sont prêts à davantage s'intégrer dans la société locale si le pays d'accueil fait preuve de tolérance envers leurs convictions religieuses³⁶⁰. L'ingérence ne se fonde selon les requérants donc pas sur un but légitime valable³⁶¹.

Les juges strasbourgeois partagent l'avis du gouvernement suisse en jugeant que le « but d'intégration des enfants étrangers de différentes cultures et religions, ainsi que le bon déroulement de l'enseignement, le respect de la scolarité obligatoire et l'égalité entre les sexes » est un but légitime au sens de la CEDH³⁶².

Pour l'exigence de la nécessité dans une société démocratique, la Cour rappelle d'emblée que parmi les principes applicables, le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture caractérisent une société démocratique³⁶³. Devant l'impossibilité de discerner à travers les États européens

³⁵² ACEDH *Osmanoglu c. Suisse*, § 8-9.

³⁵³ *Idem*.

³⁵⁴ *Idem*, § 16-19.

³⁵⁵ *Idem*, § 19-20.

³⁵⁶ *Idem*, § 33.

³⁵⁷ *Idem*, § 59.

³⁵⁸ *Idem*.

³⁵⁹ *Idem*, § 60.

³⁶⁰ *Idem*, § 59.

³⁶¹ *Idem*, § 62.

³⁶² *Idem*, § 64-65.

³⁶³ *Idem*, § 84.

une « conception uniforme de la signification de la religion dans la société » et l'impact des faits religieux dans le domaine public³⁶⁴, elle rappelle une fois encore son attachement à la « marge d'appréciation considérable s'agissant des questions relatives aux rapports entre l'État et les religions et à la signification à donner à la religion dans la société » dont disposent les États³⁶⁵. Lors de la mise en balance des intérêts, la Cour arrive à la conclusion que « l'intérêt des enfants à une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie selon les mœurs et coutumes locales prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées de cours de natation mixtes »³⁶⁶. Elle adhère ainsi aux arguments et à l'approche du Tribunal fédéral, concluant à l'absence de violation de l'art. 9 CEDH³⁶⁷. Cette décision ayant été rendue récemment, aucune source doctrinale critique n'a pu être citée dans le présent mémoire.

Conclusion

Les commentaires doctrinaux, les arrêts et les exemples cités dans ce mémoire conduisent indubitablement à la conclusion que la mise en œuvre de la liberté religieuse et de son principe de la neutralité religieuse reste délicate dans le domaine de l'instruction publique. Le Tribunal fédéral a reconnu en 1997, et ce constat s'applique sans doute encore aujourd'hui, que la paix religieuse restait fragile³⁶⁸. L'arrêt *Osmanoglu c. Suisse* rendu en janvier 2017 et l'aboutissement d'une initiative cantonale avec pour intitulé « pour des élèves tête nue dans les écoles publiques valaisannes » en Valais³⁶⁹ nous rappellent l'actualité de cette problématique constitutionnelle.

Face à la diversité des situations concrètes auxquelles une réponse doit être apportée et face à la diversité des intérêts évoqués et mis en balance nous pouvons, comme certains auteurs, regretter l'absence de définition et de délimitation claire du principe de neutralité religieuse qui rend parfois difficile son application dans le domaine de l'instruction publique³⁷⁰. ZIMMERMANN estimait sans doute à juste titre que « la diversification religieuse croissante de la société suisse doit bien plutôt conduire à un renforcement du principe de neutralité religieuse au sein des établissements scolaires publics pour parvenir à une meilleure intégration des minorités religieuses dans la société suisse, car le pluralisme est une condition nécessaire à toute société démocratique »³⁷¹.

En même temps, l'opinion de PAHUD DE MORTANGES et TAPPENBECK selon laquelle la neutralité religieuse dans l'instruction publique doit être davantage mise en œuvre parallèlement à la liberté religieuse des personnes concernées qu'en tant que principe « abstrait »³⁷² peut également apporter des réponses cohérentes à certaines problématiques.

³⁶⁴ ACEDH *Osmanoglu c. Suisse*, § 88.

³⁶⁵ *Idem*, § 95.

³⁶⁶ *Idem*, § 97.

³⁶⁷ *Idem*, § 105.

³⁶⁸ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 447.

³⁶⁹ « L'initiative UDC contre le voile à l'école a abouti en Valais », Tribune de Genève, 04.03.2016, <http://www.tdg.ch/suisse/suisse-romandeinitiative-ludc-valaisanne-abouts/story/27531652>, consulté le 20.05.2017

³⁷⁰ PAHUD DE MORTANGES/TAPPENBECK, p. 1413.

³⁷¹ ZIMMERMANN, Le crucifix dans la salle de classe, p. 1486.

³⁷² *Idem*, p. 1419.

Une clarification de la neutralité religieuse, allant vers une laïcité plus stricte ou vers une plus grande largesse, permettrait d'éviter des débats politiques polémiques ainsi qu'une série d'arrêts discutés au point où certains auteurs se demandent parfois si les juges de Strasbourg ne semblent pas conférer le même poids aux symboles religieux de la religion chrétienne et de la religion musulmane³⁷³.

Le Tribunal fédéral disait que « la tolérance, la liberté et l'intégration religieuse s'expriment dans la plupart des pays dotés d'une constitution d'inspiration occidentale par le principe de la neutralité idéologique et religieuse de l'État »³⁷⁴. Si ces principes sont hautement louables et reflétés dans bien des jurisprudences, leur maniement et mise en œuvre se relève délicats.

Nous restons convaincus que dans la majorité des problèmes rencontrés dans les écoles publiques un compris pragmatique, négocié avec les élèves et les parents et propre à chaque cas d'espèce reste sans doute la meilleure solution en la matière³⁷⁵.

Nous pouvons constater avec satisfaction que le Tribunal fédéral garde cette vision à l'esprit que « l'école doit offrir un environnement ouvert, conforme à la vie ordinaire de la société, et respecter de manière stricte les principes de la neutralité idéologique et de la laïcité »³⁷⁶. Puissent ces paroles inspirer l'évolution jurisprudentielle face à des questions aussi sensibles que celles touchant à la religion.

³⁷³ ZIMMERMANN, Le crucifix dans la salle de classe,, 1500.

³⁷⁴ ATF 142 I 49, cons. 3.3.

³⁷⁵ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst., N 27.

³⁷⁶ ATF 135 I 79, consid. 7.2.

Bibliographie

Ouvrages de doctrine

AUER Andreas/MALIVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, art. 15 Cst., 3^{ème} édition, Berne (Stämpfli) 2013 (cité: AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. I).

AUER Andreas/MALIVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, art. 15 Cst., 3^{ème} édition, Berne (Stämpfli) 2013 (cité: AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II).

BELSER Eva Maria/WALDMANN Bernhard/MOLINARI Eva, Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren, Zurich (Schulthess) 2012 (cité: BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Vol. I).

BELSER Eva Maria/WALDMANN Bernhard/MOLINARI Eva, Grundrechte II – Die Einzelnen Grundrechte, Zurich (Schulthess) 2012 (cité: BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Vol. II).

DE LA CORBIÈRE Matthieu/ZIMMERMANN Tristan/LAUENER Michael/MONNIER Victor/BILIARSKY Ivan, L'Histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse, Commentationes Historiae Ivris Helveticae Band VIII, Berne (Stämpfli) 2012, pp. 23-82 (cité: ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle).

EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer J./VALLENDER Klaus A., St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Vol. I, 3^{ème} édition, Zurich/St. Gallen (Dike et Schulthess) 2014 (cité: SGK BV-CAVELTI/KLEY, ad art. 15 Cst.).

GONIN Luc, La liberté religieuse - La situation juridique au sein du Conseil de l'Europe et en Suisse, collection quid iuris?, Zurich (Schulthess) 2013.

GRISEL Etienne, Droits fondamentaux: libertés idéales, Berne (Stämpfli) 2008.

KIENER Regina/KÄLIN Walter, Grundrechte, 2^{ème} édition, Berne (Stämpfli) 2013.

KÖLZ Alfred, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, Berne (Stämpfli) 2006.

MAHON Pascal, Droit constitutionnel, Vol. I, 3^{ème} édition, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015 (cité: MAHON, Vol. I).

MAHON Pascal, Droit constitutionnel, Vol. II, 3^{ème} édition, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015 (cité: MAHON, Vol. II).

PLOTKE Herbert, Schweizerisches Schulrecht, Berne (Haupt) 2003.

PAHUD DE MORTANGES René, Religieuse Neutralität – Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft, in FVRR Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht Band/Nr. 21, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2008 (cité: PAHUD DE MORTANGES, Religieuse Neutralität).

WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015 (cité: BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, ad art. 15 Cst.).

WINZELER Christoph, Religion im demokratischen Staat – Beiträge zum Religionsverfassungsrecht und zur Religionsfreiheit, in FVRR Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht Band/Nr. 27, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2012 (cité: WINZELER, Religion im Staat).

Articles

BELLANGER François, « Liberté religieuse et enseignement », Revue de didactique des sciences des religions (RDSR) N°2, 2016.

GROSZ Mirina, « Schweizerisches Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 11. Dezember 2015, 2C_121/2015 i.S. Schulgemeinde St. Margrethen gegen A. und B.D., Tragen des islamischen Kopftuchs im Schulunterricht », PJA 2016, pp. 958-973.

KELLER Helen/BÜRLI Nicole, « Religionsfreiheit in der multikulturellen Schulrealität BGE 134 I 114 ff. und BGE 135 I 79 ff. », recht 2009, p. 100.

KÜHLER Anne, « Das Grundrecht der Gewissensfreiheit – Ein Beitrag zum Verständnis von Art. 15 der Bundesverfassung unter Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe, des UNO-Menschenrechtsausschusses und im Rechtsvergleich », ASR Nr. 782, 2012.

SCHWARZENBERGER Scarlett, « Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Kontext der öffentlichen Schule – Rechtliche Leitplanken zu religiöser und weltanschaulicher Identität, Toleranz und Neutralität », WAZ Nr. 2, 2011.

TAPPENBECK Christian R./PAHUD DE MORTANGES René, « Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule », PJA 2007, pp. 1413-1426.

VERNIORY Jean-Marc/WAELTI Fabien, « Le devoir de réserve des fonctionnaires – spécialement sous l’angle du droit genevois », PJA 2008, pp. 810-832.

ZIMMERMANN Tristan, « La laïcité et la République et canton de Genève », SJ 2011, pp. 29-77 (cité: ZIMMERMANN, La laïcité à Genève).

ZIMMERMANN Tristan, « Le crucifix dans la salle de classe: l’arrêt *Comune di Cadro* revisité à la lumière de l’affaire *Lautsi* », PJA 2011, pp. 1485-1504 (cité: ZIMMERMANN, Le crucifix dans les salles de classe).

ZIMMERMANN Tristan, « Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l’école: l’humeur inégale du juge européen », in BAHAR Rachid, TRIGO TRINDADE Rita (édit.), L’égalité de traitement dans l’ordre juridique : fondements et perspectives, Genève (Schulthess) 2013, p. 107 (cité: ZIMMERMANN, Les symboles religieux à l’école).

Autres publications

Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, « Liberté de conscience et de croyance à l'école: bases légales et matériel d'information » (dossier thématique), Berne 2017 (cité : CDIP, Liberté de conscience et de croyance à l'école).

Département de la formation et de la jeunesse, « Pratiques en matière de liberté religieuse dans l'école publique vaudoise » (directive), Lausanne 2010 (cité : DFJC VD, Pratiques en matière de liberté religieuse).

Département de l'instruction publique de la République et canton de Genève, « La laïcité à l'école » (brochure), Genève 2016 (cité: DIP GE, La laïcité à l'école).

Direction de l'instruction publique, de la culture et des sports du canton de Fribourg, « Diversité religieuse et culturelle à l'école » (brochure), Fribourg 2010 (cité: DICS FR, Diversité religieuse et culturelle à l'école)

Déclaration anti-plagiat au sens de la Directive de la Faculté de droit sur le plagiat

"Je déclare que je suis bien l'auteur-e de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets."

Genève, le 25 mai 2017

Victor Sebastian BRAUNE