

LAICITE, SIGNES RELIGIEUX ET AMENAGEMENTS LIES A L'APPARTENANCE RELIGIEUSE

Giorgio Malinverni

I. La liberté religieuse

La liberté religieuse comporte deux aspects.

La composante *individuelle* tend à conférer à chacun le droit subjectif de croire ou de ne pas croire, de pratiquer la religion de son choix, et d'exprimer ses convictions religieuses : c'est la liberté de conscience et de croyance, qui détermine les relations entre l'Etat et les convictions religieuses de chaque individu, comme le prévoit l'art. 15 al.2 Cst. féd.

L'art. 9 CEDH énumère de son côté les principales formes que peut revêtir la manifestation d'une religion : le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement de rites.

La composante *institutionnelle* vise quant à elle à garantir la paix religieuse grâce à la neutralité religieuse de l'Etat, à la tolérance religieuse et à l'égalité des religions. Il s'agit ici de définir les relations entre l'Etat et les différentes communautés religieuses.

L'art. 261 CP, qui punit les atteintes à la liberté de croyance et des cultes, vise précisément à promouvoir le respect mutuel et la tolérance en matière religieuse. Le TF a précisé que cette disposition pénale ne protège pas seulement la paix publique, mais également les convictions religieuses des particuliers et des Eglises¹.

II. La neutralité religieuse de l'Etat

Ramené à l'essentiel, le principe de la neutralité religieuse de l'Etat signifie que celui-ci ne doit pas s'identifier à une religion déterminée. Il interdit donc à l'Etat de s'immiscer dans les affaires religieuses ou de prendre parti pour ou contre une religion donnée.

Ce principe n'est cependant pas consacré par la Constitution fédérale, pas plus d'ailleurs que par la CEDH ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. C'est le TF qui, en 1987, l'a déduit directement de la liberté religieuse².

C'est ainsi la jurisprudence qui, en Suisse, a conféré valeur constitutionnelle à ce principe, dont on peut penser qu'il est appelé à jouer un rôle toujours plus important au fur et à mesure que le pluralisme religieux se répand dans la société civile. En vertu de

¹ ATF 120 Ia 220.

² ATF 113 Ia 304.

ce principe l'Etat doit s'abstenir de toute considération confessionnelle susceptible de compromettre la liberté religieuse des citoyens dans une société pluraliste³.

Le TF a par exemple jugé il y a une dizaine d'années que le refus de naturaliser une personne au motif qu'elle portait le voile islamique était contraire au principe de la neutralité religieuse de l'Etat⁴.

Il avait déjà jugé auparavant qu'en refusant à 19 détenus musulmans le droit d'organiser une prière commune les vendredis, parce que le règlement pénitentiaire ne prévoyait la possibilité d'une telle prière que pour les cultes catholiques et protestants, les autorités cantonales avaient méconnu le principe de la neutralité religieuse de l'Etat. La reconnaissance étatique d'une communauté religieuse ne peut en effet pas servir de critère pour l'admissibilité d'un office religieux⁵.

Au début des années 2000, le Conseil d'Etat du canton de Genève avait licencié un enseignant, au motif qu'il avait publié un article justifiant la lapidation des femmes adultères selon le droit musulman.

La commission de recours du personnel enseignant de l'Instruction publique du canton de Genève a annulé cette mesure, la jugeant excessive. Elle a cependant souligné le devoir de réserve qui incombe aux enseignants de la fonction publique⁶.

Quant à la Cour de Strasbourg, elle a affirmé à plusieurs reprises que la neutralité oblige l'Etat à ne pas privilégier une religion déterminée ou à exprimer son appréciation sur la légitimité des croyances⁷.

L'Etat doit tout faire pour garantir les conditions qui rendent possible le pluralisme et la tolérance réciproque entre les individus et les organisations⁸.

Les juges européens ont ainsi jugé dans un arrêt de 2008 que l'exclusion définitive d'un établissement scolaire d'une élève musulmane de 12 ans en raison de son refus d'ôter le foulard islamique durant les cours d'éducation physique ne contrevient pas à l'art. 9 CEDH⁹.

Dans une affaire plus récente¹⁰, la Grande Chambre de la Cour a eu l'occasion de se prononcer de manière détaillée sur le devoir d'impartialité et de neutralité de l'Etat à l'égard des confessions religieuses.

³ ATF 116 Ia 252.

⁴ ATF 134 I 49.

⁵ ATF 113 Ia 304.

⁶ ZBl. 2004 663.

⁷ Metropolitan Church of Bessarabia c. Moldova du 13 décembre 2001 ; Serif c. Grèce du 14 décembre 1999.

⁸ Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005 ; Refah Partisi c. Turquie du 13 février 2003.

⁹ Kervanci c. France du 4 novembre 2008.

¹⁰ Izzetin Dogan et autres c. Turquie, du 26 avril 2016.

Les requérants étaient des adeptes de la confession alévie à qui les autorités turques avaient refusé la prestation du même service public religieux que celui accordé à la majorité des citoyens affiliés à la branche sunnite de l'islam. Ils alléguaient une violation des articles 9 et 14 CEDH.

La Grande Chambre ne s'est pas limitée au seul grief de discrimination, mais a constaté également une violation séparée de l'article 9 pris isolément. Elle a conclu que le refus, par les autorités, de voir dans la confession alévie une religion, et le maintien de celle-ci parmi les ordres soufis interdits, s'analyse en un refus opposé à la communauté alévie de la reconnaissance qui aurait permis à ses membres de jouir de leur liberté religieuse. Elle a en particulier constaté que ce refus a eu pour effet de nier l'existence autonome de la communauté alévie et a mis ses membres dans l'impossibilité d'utiliser ses lieux de culte.

La Grande Chambre a saisi cette occasion pour rappeler un certain nombre de principes cités dans des arrêts antérieurs de la Cour et a souligné notamment deux aspects de l'obligation de neutralité et d'impartialité de l'Etat en matière religieuse.

D'abord, si le rôle joué par l'Etat doit lui permettre d'apprécier certains éléments objectifs comme « le degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » d'une religion, le principe de la neutralité exclut toute appréciation de sa part sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci¹¹.

Le droit consacré par l'art. 9 se révélerait en effet éminemment théorique et illusoire si la latitude accordée aux Etats leur permettait de donner à la notion de culte une définition restrictive, au point de priver d'une protection juridique une forme non traditionnelle et minoritaire d'une religion¹².

Ensuite, le corollaire du devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est le principe de l'autonomie des communautés religieuses. Seules les autorités spirituelles suprêmes d'une communauté religieuse peuvent déterminer de quelle confession celle-ci relève et ce n'est que pour des raisons très graves et impérieuses qu'une intervention de l'Etat en la matière peut se justifier¹³.

Enfin, citant les exigences et les valeurs d'une société pluraliste, la Cour reconnaît que le respect de la liberté religieuse présente certainement l'un des défis les plus importants d'aujourd'hui. C'est pourquoi les autorités doivent percevoir la diversité religieuse non pas comme une menace, mais comme une richesse.

¹¹ Manoussakis c. Grèce du 26 septembre 1996 ; Hassan et Tchaouch c. Bulgarie du 26 octobre 2000 ; Fernandez Martinez c. Espagne du 15 mai 2012.

¹² Kimlya c. Russie du 1^{er} octobre 2009 ; Magyar Keresztény Mennonita Egyház c. Hongrie du 8 avril 2014.

¹³ Mirolubovs c. Lettonie du 15 septembre 2009 ; Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas c. Autriche, du 31 juillet 2008.

Le principe de la neutralité religieuse de l'Etat présente toutefois un caractère relatif. En Suisse, les cantons peuvent par exemple reconnaître des Eglises nationales et leur reconnaître des privilèges divers.

Par ailleurs, la législation sur le travail le dimanche, le Jeûne fédéral, les prestations de serment et autres invocations solennelles de Dieu dans les préambules des constitutions fédérale et cantonales sont là pour indiquer que l'Etat n'est pas totalement indifférent au phénomène religieux. Mais s'il tient compte des convictions religieuses, il doit le faire de façon impartiale et égalitaire.

Ainsi, qu'un canton reconnaisse certaines Eglises comme « Eglises nationales » ne signifie pas que la doctrine des celles-ci devienne religion d'Etat.

III. Les tenues vestimentaires

Tenues vestimentaires et préceptes religieux entrent souvent en conflit. Ainsi dans un arrêt rendu il y a plus de vingt ans déjà, le TF a-t-il jugé que l'obligation, pour les motocyclistes, de porter un casque, ne porte pas atteinte à la liberté religieuse des sikhs, dont la religion interdit à ses adeptes de se dénuder la tête en public¹⁴.

L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait déjà rendu une décision allant dans le même sens : l'impossibilité, pour un motocycliste sikh, de porter le turban était à ses yeux justifiée par le but légitime de protéger sa vie et sa santé¹⁵.

Mais la jurisprudence récente concerne principalement le port du voile islamique et de la burqa.

A. Le voile islamique

Selon la Cour, certaines prescriptions vestimentaires peuvent revêtir, pour certaines communautés religieuses, une importance telle qu'elles doivent bénéficier de la protection de la liberté religieuse¹⁶.

Quant au TF, il a affirmé que le port du foulard manifeste l'appartenance à une religion déterminée et à la volonté de se comporter conformément à ses prescriptions. Pour lui, c'est même un symbole religieux « fort », à savoir un signe immédiatement visible pour les tiers, indiquant clairement que celle qui le porte adhère à une religion déterminée. Il est dès lors protégé par la liberté religieuse¹⁷.

¹⁴ ATF 119 IV 260.

¹⁵ Commission européenne, X. c. R.-U., décision du 12 juillet 1978.

¹⁶ Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005.

¹⁷ ATF 123 I 296.

Pour cette raison, le refus de naturaliser une personne au motif qu'elle porte un foulard en tant que symbole religieux la lèse de manière inadmissible et ne repose pas sur une base juridique suffisante.¹⁸

Naturellement, à l'instar de tous les droits fondamentaux, cet aspect de la liberté religieuse est soumis à des restrictions.

Déjà l'ancienne Commission avait par exemple jugé que l'obligation, pour une étudiante, de figurer sur la photo de sa carte d'étudiante sans le voile islamique n'entraînait pas une violation de l'art. 9 CEDH.

En effet, en s'inscrivant dans une université laïque, la requérante avait accepté de se soumettre à ses règles¹⁹.

Le TF et la Cour ont tenu le même raisonnement dans une affaire qui a fait beaucoup parler d'elle, la fameuse affaire Dahlab.

En octobre 1996, le Conseil d'Etat du canton de Genève avait interdit à une enseignante de l'école primaire de porter le foulard islamique dans sa classe. En dernière instance, le TF avait rejeté son recours contre cette décision.

Tout en reconnaissant que le port du voile est un symbole religieux fort qui bénéficie de la protection de la liberté religieuse, il a estimé que la loi cantonale, qui garantissait le respect des convictions religieuses des élèves et de leurs parents, constituait une base légale suffisante pour limiter la liberté de l'enseignante. La défense de la paix religieuse et le maintien de la neutralité confessionnelle de l'école constituaient également des intérêts publics importants, qui devaient l'emporter sur l'intérêt de la requérante à manifester sa religion.²⁰

Saisie par l'intéressée, la Cour a par la suite déclaré la requête irrecevable parce que manifestement mal fondée.²¹

Dans un autre arrêt célèbre, et pour les mêmes motifs, la Cour a jugé que l'interdiction faite aux étudiantes des universités turques de porter le voile islamique constitue une restriction nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits et libertés d'autrui et au respect de l'ordre. Elle ne contrevient par conséquent ni à la liberté religieuse ni au droit à l'instruction.²²

La licéité de l'interdiction de porter le voile dans les écoles et les édifices publics a été confirmée encore récemment par la Cour dans deux affaires qui concernaient la France.

¹⁸ ATF 134 I 56

¹⁹ Commission européenne, Karaduman c. Turquie, décision du 3 mai 1993

²⁰ ATF 123 I 296

²¹ Dahlab, décision du 15 janvier 2001.

²² Leyla Sahin du 10 novembre 2005.

Dans la première²³, les requérantes étaient deux jeunes filles françaises de confession musulmane qui avaient été exclues de leur établissement scolaire en raison de leur refus de retirer le foulard durant les cours d'éducation physique.

Pour la Cour, la limitation du droit des requérantes de manifester leur conviction religieuse avait pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité à l'école. En outre, la conclusion des autorités nationales, selon laquelle le port du foulard n'est pas compatible avec la pratique du sport pour des raisons de sécurité et d'hygiène, n'est pas déraisonnable.

L'ingérence litigieuse était donc justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé.

Dans la deuxième affaire²⁴, la Cour a jugé que le non-renouvellement d'un contrat de travail d'une assistante sociale qui travaillait dans un hôpital public parce qu'elle avait refusé d'ôter son voile n'est pas contraire à la Convention.

Pour la Cour en effet, le port du voile doit être considéré comme une manifestation ostentatoire de la religion incompatible avec l'obligation de neutralité des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions.

C'est donc l'impératif de la protection des droits et libertés d'autrui, c'est-à-dire la liberté religieuse de tous, qui a fondé la décision litigieuse prise par les autorités nationales.

Les choses se présentent toutefois sous un jour différent lorsque le voile est porté non pas dans les écoles ou les édifices publics, mais sur la voie publique. Ici, l'interdiction a été jugée contraire au principe de proportionnalité. En effet l'argument tiré de l'influence que le port du voile est susceptible d'exercer sur les élèves, surtout dans les écoles primaires, ne peut plus être invoqué.

La Cour a également jugé, dans le même sens, mais dans un contexte différent, que la condamnation pénale de personnes appartenant à un groupe religieux en raison de la tenue vestimentaire qu'ils avaient arborée en public était injustifiée²⁵. Les requérants s'étaient réunis pour une cérémonie religieuse et avaient parcouru les rues d'Ankara en portant les habits distinctifs de leur appartenance religieuse, à savoir un turban, une tunique et un bâton.

Dans cette affaire, la Cour insista sur le fait que la sanction pénale que contestaient les requérants leur avait été infligée pour le simple motif qu'ils avaient déambulé sur le domaine public, ouvert à tout le monde, dans leur tenue religieuse. Il en aurait été autrement s'ils avaient revêtu ces habits dans des établissements publics, où le principe de la neutralité religieuse doit l'emporter sur le droit de manifester sa propre religion.

²³ Dogru et Kervanci c. France du 4 décembre 2008.

²⁴ Ebrahimian c. France du 26 novembre 2015.

²⁵ Ahmet Arslan c. Turquie du 23 février 2010.

Par ailleurs, contrairement à une personne voilée qui déambule simplement dans la rue, une enseignante est une fonctionnaire de l'Etat, qui le représente. L'interdiction du voile se justifie donc par le principe de la neutralité religieuse de l'Etat, qui lie également les fonctionnaires.

B. La burqa et le niqab

Si l'interdiction de porter le voile islamique dans l'espace public a été jugée contraire à la Convention, parce que disproportionnée, tel n'a pas été le cas pour le port de la burqa, qui, contrairement au voile, dissimule tout le visage de celle qui le porte.

C'est ce qu'a jugé la Grande Chambre de la Cour dans un arrêt récent²⁶. L'affaire concernait une ressortissante française de confession musulmane qui se plaignait de ne pas pouvoir porter publiquement le voile intégral suite à l'entrée en vigueur de la loi interdisant de dissimuler son visage dans l'espace public.

Les juges européens ont commencé par affirmer que l'ingérence dans la liberté religieuse de la requérante poursuivait un but légitime prévu à l'art. 9 par. 2 CEDH : la protection des droits et libertés d'autrui.

Ils ont donc admis que la clôture qu'oppose aux autres le fait de porter un voile cachant le visage dans l'espace public puisse porter atteinte au « vivre ensemble ». En effet, le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Les personnes qui se trouvent dans des lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie en société. Or la clôture qu'oppose aux autres le voile intégral est susceptible de porter atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble.

Sous l'angle du principe de proportionnalité, la Grande Chambre a relevé d'abord que, la loi contestée relevant d'un choix de société et en l'absence de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe sur cette question, l'Etat défendeur disposait d'une ample marge d'appréciation.

L'interdiction contestée pouvait donc passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation du « vivre ensemble ».

C. La croix à un collier

La liberté religieuse peut également être invoquée à propos de signes religieux moins ostentatoires.

²⁶ S.A.S. c. France du 1^{er} juillet 2014.

Dans l'affaire Eweida et autres²⁷, la première requérante était une employée de British Airways qui alléguait que son employeur lui avait interdit de porter, sur son lieu de travail, de manière visible, autour du cou et par-dessus son uniforme, un collier muni d'une croix chrétienne.

Étaient donc en balance, d'une part, le désir de la requérante de manifester sa foi et, d'autre part, le souhait de son employeur de véhiculer une certaine image de marque.

La Cour commença par affirmer que la liberté religieuse implique celle de manifester sa religion également sur le lieu de travail, et elle conclut que, dans cette affaire, les autorités britanniques n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre le désir de la requérante de manifester sa foi et le souhait de l'employeur de véhiculer une image de marque.

Elle fut cependant d'un avis différent pour ce qui concernait la deuxième requérante, Mme Chaplin, infirmière dans le service de gériatrie d'un hôpital, à qui ses supérieurs avaient également demandé de retirer la croix qu'elle portait autour du cou. Ici, en effet, le motif invoqué, à savoir la protection de la santé et de la sécurité en milieu hospitalier était autrement plus important que celui qui avait été opposé à Mme Eweida. Le bijou en question pouvait en effet être source de lésions pour les patients. L'obligation faite à la requérante de retirer la croix n'a donc pas enfreint la Convention.

Le TF a précisé de son côté qu'il est irrelevant que la personne qui exhibe un signe ou un symbole religieux appartienne effectivement à une communauté religieuse donnée. La liberté religieuse ne protège en effet pas seulement les membres de telles communautés, mais également toute personne qui, individuellement souhaite manifester une croyance religieuse.

Ainsi, la croix gammée, signe et symbole religieux du janaïsme, peut-elle être portée même par une personne qui n'appartient pas à cette communauté religieuse.²⁸

IV. Les signes et symboles religieux

Sans contraindre formellement une personne à adhérer à une communauté religieuse, l'Etat peut être tenté d'adopter des règles qui donnent l'apparence d'une adhésion collective et systématique à une religion particulière. Ces règles contreviennent en principe à la liberté religieuse.

Ainsi, il y a quarante ans déjà, le TF avait-t-il jugé qu'un règlement communal en vertu duquel seules les croix sont admises comme monuments funéraires dans un cimetière violait la liberté de conscience et de croyance²⁹.

²⁷ Eweida c. R.-U. du 15 janvier 2013.

²⁸ ATF 9C_301/2008, du 2 juillet 2008, RSDIE 2009, p. 455.

²⁹ ATF 101 Ia 392.

Mais c'est sans doute la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques qui constitue la question la plus difficile à traiter. En effet, l'enseignement public doit pouvoir être suivi par des élèves de toute confession sans qu'ils soient lésés d'aucune façon dans leur liberté de conscience et de croyance.

Et pourtant, le traitement jurisprudentiel du problème des signes religieux dans les écoles n'est pas cohérent.

Dans une célèbre affaire jugée il y a près de trente ans, le TF a jugé que l'apposition du crucifix dans les salles de classe des écoles primaires du canton du Tessin violait le principe de la neutralité de l'Etat et la liberté religieuse, car il n'était pas exclu que certains élèves se sentent lésés dans leurs convictions religieuses par la présence constante du symbole d'une religion avec laquelle ils ne s'identifient pas.³⁰

C'est à la même conclusion, et en suivant à peu près le même raisonnement, qu'est parvenue une chambre de la Cour dans une affaire qui concernait l'Italie : le crucifix dans les salles de classe des écoles publiques est contraire au droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions et au droit des enfants à l'exercice de leur liberté religieuse.³¹

Cet avis n'a cependant pas été partagé par la Grande Chambre de la Cour, à laquelle l'affaire avait été renvoyée par le Gouvernement défendeur.

Pour elle, la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques n'est pas incompatible avec l'obligation de l'Etat de respecter, dans l'exercice des fonctions qu'il assume dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, les droits des parents d'assurer à leurs enfants une éducation et un enseignement conformes à leurs convictions religieuses et philosophiques. La simple exposition de ce symbole religieux n'a pas un effet d'endoctrinement.³²

V. Les dispenses scolaires

La question des dispenses scolaires pour motifs religieux concerne principalement l'obligation de suivre des leçons ou de passer des examens le samedi pour les adeptes de certaines confessions, ainsi que celle de participer à des cours de natation mixtes. La jurisprudence a subi une importante évolution, fondée sur le respect de la liberté religieuse, qui a atténué le caractère absolu des pratiques plus anciennes.

A) Les examens du samedi

Dans un arrêt de 1940, qui portait sur le refus d'une demande de dispense d'un élève adventiste de fréquenter l'école le samedi, le TF nia une violation de la liberté religieuse, au motif que la fréquentation de l'école, telle que prévue par la législation cantonale, était un devoir civique. Dans la mesure où cette législation ne prévoyait pas la possibilité

³⁰ ATF 116 Ia 252.

³¹ Lautsi c. Italie du 3 novembre 2009.

³² Lautsi c. Italie (GC) du 18 mars 2011.

d'accorder une telle dispense, la liberté de culte n'était pas violée. Celle-ci n'était en effet garantie que dans les limites de l'ordre public, qui inclut le respect de la législation cantonale (sic)³³.

La réglementation cantonale des dispenses scolaires manifestait donc autrefois peu de compréhension pour les préoccupations des minorités religieuses.

Depuis une trentaine d'années, cependant, la jurisprudence ne se limite heureusement plus à constater l'existence d'une base légale, mais elle exige de surcroît que les conditions de l'intérêt public et de la proportionnalité soient respectées. Elle devient ainsi, par la force des choses, plus nuancée, mais avec des avancées et des reculs.

Les avancées sont intervenues, au début, en lien avec le principe de l'égalité de traitement. Ainsi, lorsque la législation cantonale accorde aux élèves de confession juive quatre jours consécutifs de congé scolaire par an, l'autorité compétente ne peut pas refuser aux adeptes d'une autre communauté religieuse un congé de cinq jours, minimum imposé par leur culte.³⁴

Le principe de proportionnalité a ensuite pris le relai. Ainsi, une loi cantonale qui, pour garantir le fonctionnement régulier d'un gymnase, ne prévoit aucune exception à l'obligation de fréquenter l'école le samedi pour des motifs religieux, viole le principe de proportionnalité³⁵. Pour le TF, dans cette affaire, les autorités cantonales n'avaient pas démontré en quoi une dispense pouvait poser des problèmes organisationnels insurmontables. On pouvait donc attendre de l'administration scolaire qu'elle réponde aux demandes sérieuses des minorités religieuses.

Au fil des ans, la jurisprudence est devenue toujours plus réceptive aux exigences découlant de la liberté religieuse.

Ainsi le TF a-t-il jugé il y a quelques années que le refus d'accorder une dispense à un élève faisant partie de l'Eglise adventiste du septième jour, qui avait demandé à pouvoir reporter trois examens de maturité agendés pour des samedis, constitue une restriction disproportionnée de leur liberté religieuse, car l'intérêt à pouvoir faire du samedi un jour de repos l'emporte sur celui d'organiser des examens ce jour-là, même si l'on prend en considération le travail de préparation à double et le travail supplémentaire requis pour organiser un examen de remplacement³⁶.

B) Les cours de natation mixtes

Dans une affaire qui a fait beaucoup parler d'elle en son temps, le TF eut à se prononcer sur la question de la dispense des cours de natation mixtes à l'école primaire.

³³ ATF 66 I 157.

³⁴ ATF 114 Ia 129.

³⁵ ATF 117 Ia 311 ; voir également Zbl. 1992, 281

³⁶ ATF 134 I 114.

Les autorités du canton de Zurich avaient en effet refusé une telle dispense à une jeune fille musulmane, au motif que ces cours faisaient partie du programme obligatoire de l'enseignement primaire.

Le TF conclut que l'obligation imposée à la jeune fille constituait une ingérence dans sa liberté religieuse, dans la mesure où la foi islamique lui interdisait de se baigner avec des garçons. Prévues certes par un ensemble de dispositions légales et réglementaires, pareille obligation pouvait être regardée comme un devoir civique au sens de l'art. 49 al. 5 aCst. féd. Encore fallait-il cependant qu'elle réponde à un intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité.

Savoir nager est assurément important et l'enseignement de la natation peut donc être obligatoire. Dans le cas d'espèce cependant, le refus d'accorder la dispense mettait la jeune fille dans une situation difficile, placée qu'elle était devant l'alternative de violer un règlement scolaire ou de ne pas respecter une prescription religieuse.

La natation n'étant pas une branche scolaire indispensable et les problèmes d'organisation scolaire n'étant pas insurmontables, les juges fédéraux conclurent que le refus de la dispense était disproportionné.³⁷

Une quinzaine d'années plus tard, le TF est cependant revenu sur cette jurisprudence, en jugeant que les obligations scolaires poursuivent un intérêt public qui l'emporte sur les prescriptions religieuses, lorsque ceux-ci entrent en collision. Le refus d'accorder une dispense constitue donc une ingérence admissible dans la liberté religieuse.³⁸

Dans ce dernier arrêt, aux antipodes de celui qu'il avait rendu précédemment, le TF n'opère pas la distinction, pourtant nécessaire, entre les situations où des aménagements sont demandés pour rendre possible l'exercice d'un droit fondamental et celles où il s'agit simplement d'aménager des préférences personnelles.

Fondé sur le constat d'une réalité scolaire multiculturelle, ce jugement met en avant la nécessité de favoriser l'intégration des minorités. Il insiste donc sur l'importance de veiller à ce que celles-ci ne soient pas marginalisées déjà à l'école.

Alors que dans le premier arrêt le TF exige que les difficultés organisationnelles résultant d'une demande de dispense soient bien établies, notamment à l'aide d'indications sur le nombre de demandes, il s'est contenté dans le deuxième de constater l'augmentation de la population musulmane en Suisse et de la nécessité de l'intégrer, face à une réalité scolaire multiculturelle.³⁹

Dans un arrêt encore plus récent, notre Cour suprême a de nouveau insisté sur l'importance que revêt l'enseignement scolaire pour l'intégration des élèves ainsi que

³⁷ ATF 119 Ia 178.

³⁸ ATF 135 I 79.

³⁹ Voir Maya Hertig Randall, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable, in *Les Minorités et le droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson*, Genève/ Zurich 2016 pp. 265-287.

sur la primauté des obligations scolaires sur le respect des croyances religieuses d'une partie de la population.

Il était d'autant plus fondé à le faire que, dans ce cas, l'école en question avait tout entrepris pour accommoder les souhaits des requérants : cours de natation séparés pour les garçons et pour les filles, cabines individuelles pour les douches et pour se changer et, même, autorisation de porter un bourkini.⁴⁰

Dans une autre affaire, insistant à nouveau sur la nécessité d'intégrer la minorité musulmane, le TF a affirmé que peu importe que les enfants pour lesquels une dispense a été demandée suivent des cours de natation hors de l'école. La fonction intégrative et sociale de l'école exige en effet que les cours de natation soient obligatoires pour tous et que les dispenses ne soient accordées que dans des cas tout à fait exceptionnels.⁴¹

C) Les cours d'éducation sexuelle.

La question des cours d'éducation sexuelle dans les écoles a donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour.

Déjà dans la célèbre affaire Handyside de 1976, statuant sous l'angle de la liberté d'expression, la Cour a jugé que l'interdiction de publier « Le petit livre rouge à l'usage des écoliers », dont une bonne partie concernait l'éducation sexuelle, n'avait pas enfreint l'art. 10 de la Convention.⁴²

Plus tard, dans l'affaire Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen était en cause l'éducation sexuelle obligatoire dans les écoles primaires publiques. Statuant cette fois principalement sous l'angle de l'art. 2 du Protocole 1, la Cour arriva à la conclusion que la législation danoise en cause ne constituait pas une tentative d'endoctrinement et ne s'attachait pas à inciter les élèves à se livrer à des pratiques dangereuses pour leur équilibre et leur santé, ou répréhensibles aux yeux de beaucoup de parents.⁴³

Dans une affaire plus récente, les requérants, membres de l'Eglise évangélique baptiste, étaient opposés au contenu du manuel d'éducation sexuelle destiné à leurs enfants. Ils le considéraient en partie pornographique et contraire à l'éthique sexuelle chrétienne, selon laquelle les relations sexuelles ne sont permises que dans le cadre du mariage.

La Cour déclara la requête irrecevable parce que manifestement mal fondée, car les cours contestés visaient la transmission neutre de connaissances sur la procréation, la contraception, la grossesse et l'accouchement à partir des normes scientifiques et éducatives actuelles. Ces cours sont nécessaires pour permettre aux élèves de former

⁴⁰ ATF 2C_1079/2012, du 11 avril 2013, RSDIE 2012, p.433.

⁴¹ ATF 2C_667/2011 du 7 mars 2012, RSDIE 2011, p.592.

⁴² Affaire Handyside c. R.-U. du 7 décembre 1976.

⁴³ Arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen du 7 décembre 1976.

leurs propres convictions morales ainsi qu'une attitude indépendante envers leur propre sexualité.⁴⁴

D) Les cours d'instruction religieuse

Le refus d'accorder à des parents une dispense totale d'un cours sur le christianisme, la religion et la philosophie a été au centre d'un arrêt rendu par la Grande Chambre en 2007. Les requérants se plaignaient de ce que ce refus les aurait empêchés d'assurer à leurs enfants une éducation conforme à leurs convictions religieuses et philosophiques.

Statuant de nouveau sous l'angle de l'art. 2 du Protocole 1, la Cour a relevé que l'intention qui a présidé à l'introduction du cours contesté était que le fait d'enseigner ensemble le christianisme et les autres religions et philosophies permettait d'établir un environnement scolaire ouvert accueillant tous les élèves, quels qu'en fussent le milieu social, la foi religieuse ou la nationalité. Cette intention est à l'évidence conforme aux principes de pluralisme et d'objectivité consacrés par l'art.2 du Protocole 1⁴⁵.

E) Les cours de yoga

Même les cours de yoga à l'école ont été contestés, au motif qu'ils pourraient aller à l'encontre des sentiments religieux des élèves.

Le TF a toutefois, et fort justement, tenu à préciser que ces cours sont tout à fait neutres du point de vue religieux. Dans le contexte scolaire, ils ne constituent en aucune manière l'expression d'une croyance quelconque et ne sauraient être assimilés à un enseignement religieux. Contrairement à ce qu'avançaient les recourants, ils ne visent aucunement à convertir les élèves.⁴⁶

⁴⁴ Affaire Dojan c. Allemagne, du 23 septembre 2011 ; voir également l'ATF 2C_105/2012, du 29 février 2012, RSDIE, 2011, p. 592-93.

⁴⁵ Affaire Folgero c. Norvège, du 29 juin 2007 (GC).

⁴⁶ ATF 2C_897/2012, du 14 février 2013, RSDIE 2012, p. 433.