

Liberté religieuse et enseignement

François Bellanger

La relation entre la liberté religieuse, garantie par l'article 15 Cst. féd., et l'enseignement est un sujet délicat, qui voit souvent les clivages politiques traditionnels s'effacer. Sous l'angle du droit, ce domaine sensible fait l'objet d'une abondante jurisprudence, et présente différentes facettes. Le présent article a pour but de rappeler les principes fondamentaux de la liberté religieuse afin de fixer ensuite ses effets au regard de l'enseignement et, en particulier, la nécessaire neutralité de son contenu. Il abordera ensuite l'étendue des limitations à la liberté religieuse des enseignant-e-s en raison de leur fonction.

Zusammenfassung

Die Beziehung zwischen der Religionsfreiheit – garantiert durch Art. 15 BV – und dem Religionsunterricht ist delikat und reisst oft traditionelle politische Gräben auf. Aus rechtlicher Sicht ist dieser sensible Bereich Gegenstand einer umfangreichen Rechtsprechung und zeigt verschiedene Facetten. Dieser Artikel hat zum Ziel, auf die grundlegenden Prinzipien der Religionsfreiheit hinzuweisen, um daran anschliessend die Auswirkungen auf den Unterricht, insbesondere die Notwendigkeit der Neutralität der Unterrichtsinhalte, festzulegen. Daran anschliessend spricht der Artikel die durch ihre berufliche Funktion begründeten Grenzen der Religionsfreiheit der Lehrpersonen an.

Summary

The relationship between religious freedom, guaranteed by Article 15 of the Swiss Federal Constitution, and education is a delicate subject, over which the traditional political divisions are often effaced. In legal terms, this area is the object of a considerable body of case law, and has many several different facets. This article first sets out the fundamental principles of religious freedom, before turning to its effects for education and, particular, the necessary neutrality of its content. It then considers the extent of the limits placed on the religious freedom of teachers by virtue of their role.

1 Introduction

Le régime des cultes en Suisse est marqué par un double héritage : le poids des religions traditionnelles et les réminiscences de la confrontation entre une majorité anticléricale et une minorité catholique à la fin du 19^e siècle.

L'importance numérique des deux religions traditionnelles, catholique et protestante, qui représentaient respectivement 38,2% et 26,9% de la population suisse selon le dernier recensement fédéral de la population 2011-2013, se traduit dans l'ordre juridique (OFS, 2015).¹ Les régimes cantonaux des cultes favorisent l'une ou l'autre, voire les deux confessions, en fonction de la ou des croyance-s dominante-s au sein de la population. Les autres confessions sont toutefois respectées par les autorités, mais ne bénéficient souvent pas du même statut. Les cantons de Genève et de Neuchâtel sont dans une situation un peu particulière car ils n'ont pas octroyé un statut de droit public à ces communautés. Elles ont une organisation privée, mais bénéficient de quelques avantages comme par exemple, à Genève, la perception par l'État de l'impôt ecclésiastique pour le compte des trois Églises « reconnues » qui en font la demande, soit l'Église nationale protestante, l'Église catholique romaine et l'Église catholique chrétienne.

Par ailleurs, il subsiste en droit fédéral ou dans les droits cantonaux certaines dispositions discriminatoires, adoptées à la fin du siècle dernier dans un climat de lutte contre l'Église catholique et l'autorité du Saint-Siège. Le maintien dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101 ; ci-après « Cst. féd. ») de l'article 72, alinéa 3, soumettant à autorisation la création d'évêchés sur le territoire suisse illustre à l'époque la sensibilité toujours présente de certaines autorités ou organisations face à l'Église catholique. Cet article a ensuite été supprimé pour être remplacé en 2009 par l'interdiction des minarets.

¹ À titre de comparaison, 21,4% de la population se déclare sans appartenance religieuse, 5,6% indique appartenir à une autre communauté chrétienne (néo-piétiste, évangélique, pentecôtiste, adventiste, apostolique, orthodoxe, etc.), 5% à la religion musulmane, 0,5% à l'hindouisme, 0,5% au bouddhisme, 0,3% à la communauté juive et 0,3% à d'autres communautés religieuses.

La relation entre les enseignant-e-s et la religion est un sujet très délicat. Du point de vue politique, c'est typiquement une question transversale où les clivages traditionnels s'effacent. Sous l'angle du droit, la sensibilité du domaine est à l'origine d'une abondante jurisprudence. En effet, l'action enseignante fait partie des missions de l'État. À ce titre, les enseignant-e-s doivent respecter les libertés individuelles comme l'ensemble des autres agent-e-s de l'État. Dans le domaine des croyances, la liberté religieuse des élèves comme de leurs parents constitue une limite importante à l'action enseignante. Parallèlement, la liberté religieuse des enseignant-e-s peut constituer une limite aux obligations que l'État leur impose. À l'inverse, dans l'intérêt de l'enseignement, les élèves doivent également subir des restrictions à leur liberté.

Cet exposé a pour but de rappeler les principes fondamentaux de la liberté religieuse afin de fixer ensuite ses effets au regard de l'enseignement et, en particulier, la nécessaire neutralité de son contenu. Il abordera ensuite l'étendue des limitations à la liberté religieuse des enseignant-e-s en raison de leur fonction.

2 La liberté religieuse

2.1 La portée de la liberté religieuse

La liberté religieuse est garantie par l'article 15 Cst. féd., Elle est également protégée par l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101 ; ci-après « CEDH ») ainsi que par l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2 ; ci-après « Pacte ONU II »). Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que ces normes conventionnelles ne donnent pas de garanties supplémentaires par rapport à la garantie constitutionnelle.²

Le droit à la liberté religieuse est imprescriptible et inaliénable. Il protège chaque citoyenne et citoyen contre toute ingérence de l'État de nature à gêner ses convictions religieuses.³ Il impose également à l'État un devoir de neutralité confessionnelle en interdisant aux autorités étatiques d'intervenir dans le choix des croyances d'un individu ou de limiter de manière injustifiée la pratique ou l'expression des convictions religieuses.⁴

Ce devoir de neutralité n'est toutefois pas absolu. Les conceptions religieuses de la majorité de la population ont une influence sur certaines réglementations.⁵ Dans ce sens, il suffit de relever que la nouvelle Constitution a non seulement maintenu dans son préambule l'invocation au « Dieu Tout-Puissant » mais a ajouté la mention de la responsabilité du peuple et des cantons « envers la Création ». Dans le même esprit, les autorités cantonales privilégient certaines communautés religieuses, notamment par des mesures fiscales.⁶ Ces avantages ne doivent cependant pas entraîner de discrimination à l'égard des autres croyances.

La neutralité de l'État s'applique également dans le domaine de l'enseignement. Les écoles publiques, placées sous la responsabilité de la Confédération, des cantons et des communes, doivent appliquer strictement le principe de la neutralité confessionnelle.

L'abstention de l'État garantit à chaque individu le droit d'avoir une conviction religieuse ou métaphysique et de la diffuser, de l'exprimer et de la mettre en pratique, ou d'adopter des comportements qui sont l'expression directe de cette conviction.⁷ La garantie de l'exercice de la religion comprend les cultes et les besoins religieux, de même que les autres expressions directes de la vie religieuse ou de convictions métaphysiques⁸, comme par exemple le port de vêtements particuliers.⁹ Cette liberté garantit également le droit de ne pas croire en un Dieu et de le proclamer.

2 ATF 114/1988 la 129/132, M. R. ; ATF 116/1990 I 252/258, *Comune di Cadro* ; ATF 123/1997 I 296/301, X.

3 ATF 101/1975 I 392/397, *Einwohnergemeinde Hünenberg* ; ATF 116/1990 la 252/257, *Comune di Cadro*.

4 ATF 118/1992 la 46/52, *Verein Scientology Kirche Zürich gegen Verein infoSekta*.

5 Voir notamment les exemples cités par le Tribunal fédéral dans l'ATF 116/1990 la 252, *Comune di Cadro*.

6 ATF 113/1987 la 304/307, *Nehal Ahmed Syed*.

7 La liberté religieuse ne protège pas les professions de foi religieuse qui servent en réalité d'arguments de vente dans des annonces à caractère commercial (Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme, ci-après « DR », 1979/16, p. 68/78, X. et *Church of Scientology*).

8 ATF 119/1993 IV 260/263, B.

9 ATF 119/1993 la 178/184, A. et M.

En revanche, le sentiment religieux en général n'est pas protégé.¹⁰

La notion de croyance est interprétée de manière large ; elle couvre toutes les manières pour un individu de concevoir les rapports de l'être humain à la divinité ou au transcendant (Auer, Malinverni & Hottelier, 2013, vol. II, n° 471 et ss). Sont donc protégées, toutes les croyances ayant une certaine signification essentielle ou philosophique et exprimant une vision globale du monde. Cette protection intervient indépendamment du nombre d'adeptes de cette croyance¹¹ et de sa dénomination. Il suffit que cette croyance soit identifiable comme telle.¹²

Pour ces motifs, le Tribunal fédéral a clairement précisé qu'il doit s'abstenir de se prononcer sur la valeur théologique des prescriptions religieuses et d'interpréter les textes qui fondent la croyance, sous réserve d'un éventuel arbitraire. En revanche, le Tribunal fédéral s'estime libre de se déterminer sur les aspects ou effets sociaux de la pratique d'une religion. Il définit si une règle de comportement est l'expression directe et obligatoire¹³ d'une conviction religieuse ou si elle est fondée sur d'autres motifs.¹⁴ Dans le premier cas, cette règle serait protégée par la liberté religieuse, dans le second cas, elle ne le serait pas.

Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que le choix libre d'une alimentation végétarienne relève d'une conception éthique et philosophique ne présentant qu'un rapport lointain avec la religion. En conséquence, le droit à une telle alimentation est protégé par la liberté personnelle et non par la liberté religieuse.¹⁵

La liberté religieuse protège les individus contre les ingérences éventuelles de l'État dans leur sphère de liberté (effet vertical). En revanche, elle ne déploie pas d'effet horizontal direct dans les relations entre les particulières et les particuliers. Elle ne confère pas un droit à être protégé·e· de confrontations avec d'autres conceptions religieuses ou métaphysiques, ainsi que de critiques de tierces personnes. Dans cette perspective, la liberté religieuse peut toutefois avoir un effet horizontal indirect dans le cadre de l'interprétation de certaines dispositions légales,¹⁶ comme par exemple l'article 261 du Code pénal sur l'atteinte à la liberté de croyance et de culte.¹⁷

2.2 Les limites de la liberté religieuse

Comme toutes les libertés individuelles, la liberté religieuse peut être restreinte par une mesure fondée sur une base légale¹⁸, poursuivant un intérêt public et respectant le principe de la proportionnalité comme celui de l'égalité de traitement (art. 36 Cst. féd.). Ces conditions doivent être appliquées à la lumière de la jurisprudence relative à l'article 9, § 2, CEDH, qui précise que

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, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. (ATF 119/1993 la 178, A. et M., dans JdT 1995/I, p. 290/295)

Le régime cantonal des cultes doit respecter la liberté religieuse. Ainsi, lorsque le droit cantonal impose certains devoirs civiques aux citoyennes et aux citoyens, comme celui de fréquenter l'école, il ne peut restreindre la liberté religieuse au-delà de ce que requièrent l'intérêt public et les principes de la proportionnalité ou de l'égalité de traitement.¹⁹ Dans le même sens, le droit cantonal ne peut imposer des limitations excessives pour l'exercice de leur

10 ATF 116/1990 la 316/318, A.

11 ATF 119/1993 la 178/184, A. et M.

12 DR 1978/11, p. 55/57, X., dans lequel la Commission n'a constaté aucun fait permettant de conclure à l'existence d'une religion « Wicca ».

13 Le Tribunal fédéral a par exemple admis que la liberté d'un pratiquant de la religion sikh n'est pas violée par l'obligation de porter un casque s'il circule à moto, car cette religion n'impose pas le port du turban en permanence et il a la faculté de substituer son turban à son casque hors de la vue du public (ATF 119/1993 IV 260/264-265, B. ; voir également DR 1979/14, p. 234/236, X.).

14 ATF 119/1993 la 178/185, A. et M.

15 ATF 118/1992 la 360/361, N.

16 ATF 118/1992 la 46/56, Verein Scientology Kirche Zürich.

17 ATF 120/1994 la 220/225, Scientology Kirche Zürich.

18 Une base légale formelle est nécessaire pour toute mesure entraînant une atteinte grave à la liberté religieuse. Subjectivement, une atteinte grave existe lorsqu'une personne est empêchée d'observer les prescriptions de sa religion. Objectivement, l'appréciation de l'intensité de l'atteinte est plus délicate, elle dépend des circonstances du cas d'espèce, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'ayant pas défini de critères précis sur ce point. Comme pour les autres libertés fondamentales, l'exigence de base légale est assouplie en présence d'un rapport de droit spécial (ATF 119/1993 la 178/188, A. et M.).

19 ATF 119/1993 la 178/183, A. et M.

culte par des minorités religieuses.

Selon l'article 72, alinéa 2, Cst. féd., la Confédération et les cantons, dans les limites de leurs compétences respectives, peuvent également prendre les mesures nécessaires au maintien de la paix entre les membres des communautés religieuses. Cette disposition rappelle le devoir de ces collectivités publiques de garantir la paix religieuse (Winzeler, 2015, n° 54 ad art. 72 Cst.). En effet, il est possible d'exiger de toutes les communautés religieuses et de leurs adhérent·e·s un certain degré de tolérance réciproque à l'égard des manifestations de cultes extérieures. Toutefois, pour que la paix confessionnelle soit troublée et qu'une intervention des autorités soit justifiée, il faut un risque concret de perturbation ou de menace en raison d'une manifestation en public et que ce risque entraîne un état de tension préjudiciable.²⁰ À défaut de tels éléments, un canton ne pourrait empêcher une cérémonie publique organisée par une minorité.

2.3 Les titulaires de la liberté religieuse

Un dernier point important est la question de la titularité de la liberté religieuse.

Les personnes physiques sont titulaires de la liberté religieuse et peuvent s'en prévaloir personnellement dès l'âge de seize ans.

Jusqu'à l'âge de seize ans révolus, conformément à l'article 303 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210 ; ci-après « CC »), la personne exerçant l'autorité parentale ou tutélaire sur un·e enfant a le droit de décider de son éducation ou de ses pratiques religieuses.²¹ Ce régime légal signifie que l'enfant de moins de seize ans dispose d'un droit au respect de sa liberté religieuse, mais ne peut le faire valoir directement. La personne titulaire de l'autorité parentale agissant comme représentante légale de l'enfant exerce seule ce droit. De plus, la ou les personnes titulaires de l'autorité parentale d'un·e enfant peuvent également se prévaloir de leur propre liberté religieuse, dans la mesure où celle-ci garantit leur droit de choisir l'éducation religieuse de leur enfant jusqu'à ce qu'il ou elle ait atteint l'âge de seize ans.²²

En outre, pendant de nombreuses années, le Tribunal fédéral a considéré que les personnes morales ne pouvaient invoquer la liberté religieuse car elles n'ont ni conscience ni croyance (Auer et al., vol. II, n° 466). Toutefois, depuis 1971, la jurisprudence a évolué ; les personnes morales qui poursuivent, à teneur de leurs statuts, des objectifs religieux ou ecclésiastiques, peuvent se référer à cette liberté dans la mesure où deux conditions cumulatives sont réalisées.²³ D'une part, elles contestent des actes étatiques qui touchent directement les intérêts de leurs membres, elles- et eux-mêmes protégé·e·s par cette liberté à titre individuel. D'autre part, la sauvegarde des intérêts des membres fait partie des tâches de la personne morale. Le Tribunal fédéral a ainsi transposé aux organisations religieuses les conditions usuelles pour admettre la qualité pour recourir d'une association.²⁴

3 L'enseignement

Selon l'article 15, alinéa 4, Cst. féd., les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérent·e·s de toutes les confessions, sans atteinte à leur liberté religieuse.²⁵ Cette disposition constitutionnelle a pour but de garantir le respect de la sensibilité des enfants et adolescent·e·s de confessions diverses, comme de leurs parents, jusqu'à ce qu'ils ou elles atteignent l'âge de seize ans.

20 ATF 49/1923 I 138/154-156, *Vogel*. Voir également l'ATF 108/1982 Ia 41/44, *Rivara*.

21 ATF 119/1993 Ia 178/181-182, *A. et M.*

22 ATF 119/1993 Ia 178/182, *A. et M.*

23 ATF 97/1971 I 221/228, *Neuapostolische Kirche in der Schweiz* ; JAAC 1983, p. 580. ; DR 1979/16, pp. 68/76, *X. et Church of Scientology* ; ATF 118/1992 Ia 46/52, *Verein Scientology Kirche Zürich*.

24 Voir, par exemple, l'ATF 114/1988 Ia 452/456-457, *Schweiz. Vereinigung für Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruches*.

25 ATF 125/1999 I 347, *X. und Mitbeteiligte*.

Cette norme particulière protège les droits des minorités confessionnelles et des personnes professant l'athéisme, l'agnosticisme ou l'indifférence religieuse de manière supérieure à la liberté religieuse²⁶ : sans imposer une neutralité absolue – et impossible à atteindre – de l'enseignement, elle tend à empêcher que l'école ne devienne un lieu de confrontation entre les différentes convictions et donc à limiter l'exposition d'un-e élève aux convictions religieuses d'autrui.

La neutralité confessionnelle de l'État dans l'enseignement public est appréhendée par la jurisprudence sous trois aspects : du point de vue de l'enseignement qui est prodigué (*infra* 3.1), dans ses rapports avec la liberté religieuse des enseignant-e-s (*infra* 3.2), et avec celle des élèves (*infra* 3.3).

3.1 La neutralité de l'enseignement

Sont prohibés les programmes, formes ou méthodes d'enseignement, ou toute organisation scolaire, ayant une orientation confessionnelle, ou étant favorable ou hostile à une confession religieuse. En conséquence, seul un enseignement dépourvu de connotations religieuses est conforme au principe de la neutralité confessionnelle.²⁷ En conséquence, l'enseignement religieux à l'école ne peut être que facultatif.

Pour ces motifs, la présence d'un crucifix dans une salle de classe est contraire à la neutralité confessionnelle de l'école, car celui ou celle qui fréquente l'école peut voir dans ce symbole la volonté de se référer à des conceptions chrétiennes dans le cadre de l'enseignement.²⁸ Il n'y a pas eu de jurisprudence récente sur cette question.

En ce qui concerne le contenu de l'enseignement religieux, la Cour constitutionnelle du canton du Jura a jugé conforme au principe de neutralité confessionnelle une norme de la loi scolaire cantonale qui prévoit à l'école primaire un « enseignement de l'histoire biblique et religieuse conforme aux principes du christianisme », dans la mesure où cet enseignement porte sur l'histoire de la religion chrétienne et non sur la religion elle-même, et qu'il est dispensé avec la distance critique inhérente à tout enseignement historique.²⁹

Un arrêt du Tribunal fédéral a porté sur le contenu de l'enseignement religieux dans le canton de Thurgovie.³⁰ Une initiative populaire rédigée y avait été lancée, qui visait à compléter la loi scolaire par un alinéa indiquant que « les livres scolaires, y compris dans le domaine religieux, ne doivent être ni misogynes, ni racistes, ni faire l'apologie du meurtre ». L'exposé des motifs de cette initiative prévoyait expressément qu'elle avait spécifiquement pour but d'éviter que les textes religieux musulmans ne soient enseignés aux élèves. Le Grand Conseil invalida cette initiative pour violation du droit supérieur, ce qui fut confirmé par le Tribunal fédéral sur recours du comité d'initiative. Le Tribunal fédéral releva que le texte de l'initiative, interprété à la lumière de son exposé des motifs, ne visait que les textes religieux musulmans, était ainsi clair et pouvait être mis en œuvre.³¹ Sur cette base, il jugea que l'initiative violait les articles 8, alinéa 2 (interdiction des discriminations en raison des convictions religieuses), et 15 Cst. (liberté religieuse). Il rappela en particulier que l'article 15 Cst. confère à l'individu une prétention à la neutralité confessionnelle de l'État, notamment dans le domaine scolaire. Celle-ci interdit à l'État de prendre position pour ou contre une religion déterminée, ainsi que de traiter différemment des croyant-e-s d'une certaine religion en raison de leurs convictions.³² L'invalidation totale de l'initiative fut donc confirmée.

Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral nia que des exercices de yoga dans une école enfantine constituent un enseignement religieux, car s'ils peuvent certes être compris comme ayant une dimension religieuse, ils peuvent aussi être considérés d'un point de vue purement gymnastique et ludique.³³

26 ATF 116/1990 la 252/260-261, *Comune di Cadro*.

27 ATF 119/1993 la 178/180, *A. et M.*

28 ATF 116/1990 la 252/262-263, *Comune di Cadro*.

29 Arrêt de la Cour constitutionnelle jurassienne du 7 mars 2008, in : RDAF 2009 I 188.

30 ATF 139/2013 I 292, *Initiativ-Komitee Volksinitiative gegen frauenfeindliche, rassistische und mörderische Lehrbücher und Mitb.* (trad. RDAF 2014 I 244).

31 ATF 139/2013 I 292/298-302, *Initiativ-Komitee Volksinitiative gegen frauenfeindliche, rassistische und mörderische Lehrbücher und Mitb.* (trad. RDAF 2014 I 244).

32 ATF 139/2013 I 292/303-305, *Initiativ-Komitee Volksinitiative gegen frauenfeindliche, rassistische und mörderische Lehrbücher und Mitb.* (trad. RDAF 2014 I 244).

33 Arrêt TF 2C_897/2012 (trad. JdT 2013 I 100).

3.2 La liberté religieuse des enseignant-e-s

Les enseignant-e-s doivent également respecter à titre personnel un devoir de neutralité. Une institutrice de confession musulmane n'a pas le droit de porter à l'école publique un foulard qui est un signe religieux fort. En effet, par sa fonction d'enseignante dans l'école obligatoire, une institutrice détient une part de l'autorité scolaire et personnifie l'école aux yeux de ses élèves, facilement influençables étant donné leur jeune âge. Le port du foulard est donc contraire au caractère laïc de l'école publique.³⁴ C'est le fameux arrêt DAHLAB que tout le monde connaît.

Il n'y a pas eu de nouvelle jurisprudence depuis cet arrêt. Il sert donc en l'état de référence.

3.3 La liberté religieuse des élèves

Les rapports entre la neutralité confessionnelle de l'État et la liberté religieuse des élèves ont donné lieu à un nombre relativement élevé de cas, la liberté religieuse des élèves pouvant être touchée sur plusieurs points dans le cadre scolaire.

Le consensus général prévalant en Suisse est déterminant pour l'organisation de l'enseignement public. Sur la base de ce dénominateur commun, les autorités effectuent une pesée d'intérêts entre les contraintes de l'organisation de l'enseignement obligatoire pour toute la population scolaire et les exigences du respect des croyances. Comme l'organisation scolaire est adaptée aux contraintes des religions traditionnelles, il est évident que les religions minoritaires sont le plus souvent confrontées à des difficultés.

Pour les dispenses fondées sur des motifs religieux, la protection de la liberté religieuse est déterminante, dès lors que la neutralité confessionnelle de l'enseignement n'est pas en cause et que les requérant-e-s souhaitent un traitement particulier en raison de leur confession.³⁵ La jurisprudence récente du Tribunal fédéral oblige donc les autorités scolaires à montrer une grande souplesse en la matière, considérant que le corps enseignant et l'administration scolaire doivent s'adapter dans une certaine mesure aux exigences religieuses des minorités, lorsqu'elles portent sur des questions sérieuses.³⁶

La prise en considération de prescriptions religieuses particulières est limitée uniquement par la contrainte du maintien d'une activité scolaire efficace. Lorsque la loi prévoit une obligation générale de suivre les cours le samedi, les personnes dont la confession l'interdit doivent demander une dispense. Cette dernière ne peut être refusée sans être justifiée par un intérêt public prépondérant,³⁷ par exemple par la démonstration de motifs d'organisation insolubles ou de l'impossibilité d'assurer un enseignement régulier et efficace. Dans cette hypothèse, la seule protection de la liberté religieuse est la faculté de suivre un enseignement conforme aux convictions en cause dans une institution privée.³⁸

Ont été traitées par la jurisprudence les questions suivantes : dispense de certains enseignements (natation, éducation sexuelle, événements culturels chrétiens) (*infra* 3.3.1), prise en compte du samedi comme jour de repos (*infra* 3.3.2), port du foulard (*infra* 3.3.3).

3.3.1 Dispense de suivre certains enseignements pour motifs religieux

La jurisprudence du Tribunal fédéral a évolué sur la prise en compte de la liberté religieuse des élèves dans le cadre scolaire en ce qui concerne la dispense de l'enseignement de natation pour motifs religieux.

Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral avait admis la dispense du cours de natation pour des élèves musulmanes, qu'il jugea constituer une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse des élèves concernées.³⁹ Il est revenu sur cette jurisprudence dans des arrêts plus récents, jugeant que l'obligation de participer aux cours de piscine

34 ATF 123/1997 I 296/311-312, X.

35 ATF 119/1993 Ia 178/181, A. et M.

36 ATF 117/1991 Ia 311/315, E. et H. S.

37 ATF 117/1991 Ia 311/315, E. et H. S.

38 ATF 114/1988 Ia 129/133-134, M. R.

39 ATF 119 Ia 178, A. und M.

constitue une atteinte justifiée à la liberté religieuse des élèves musulmanes, en raison notamment des exigences d'intégration, et de la possibilité de prévoir des mesures d'accompagnement (maillots de bain couvrants, vestiaires et douches non mixtes).⁴⁰ Cette jurisprudence est suivie par les arrêts récents des autorités cantonales.⁴¹

En ce qui concerne les cours d'éducation sexuelle, le Tribunal fédéral a admis que la liberté religieuse des personnes qui invoquaient leur opposition aux cours d'éducation sexuelle en raison de « convictions morales et éthiques » est atteinte par les cours litigieux, la liberté religieuse protégeant aussi des convictions intimes qui ne se rattachent pas directement à une religion. Toutefois, les conditions de justification de cette atteinte étaient néanmoins remplies en l'espèce⁴², ce qui permettait d'imposer que les cours soient suivis.

S'agissant des événements culturels chrétiens, le Tribunal fédéral a aussi jugé qu'une dispense générale accordée à des élèves membres de l'Église chrétienne palmarienne des Carmélites de la Sainte-Face pour des visites, dans le cadre scolaire, de lieux de culte, de cinémas, de concerts ainsi que d'autres manifestations culturelles, de la participation aux courses d'école, ainsi qu'à des chants religieux de Noël et de Pâques ne se justifiait pas au regard de leur liberté religieuse. Les autorités sont néanmoins tenues d'accorder aux élèves concerné·e·s des dispenses ponctuelles en lien avec une activité particulière lorsque cela se justifie au regard de leur liberté religieuse.⁴³

3.3.2 Prise en compte du samedi comme jour de repos

En 2008, le Tribunal fédéral a admis le recours d'un élève membre de l'Église adventiste du septième jour, qui observe un jour de repos le samedi, concernant l'obligation de passer des examens de maturité ce jour-là. Cette obligation constitue une atteinte à la liberté religieuse de l'élève concerné. Elle est justifiée par une base légale suffisante, la loi scolaire cantonale prévoyant expressément que les examens de maturité peuvent avoir lieu le samedi, ainsi que par un intérêt public prépondérant, celui à ce que toutes et tous les élèves passent en même temps le même examen ; cependant, cette obligation n'est pas proportionnée, car l'organisation d'un examen un autre jour est possible, des examens de réserve devant de toute manière être prévus pour les élèves absent·e·s pour d'autres causes comme la maladie ou l'accident.⁴⁴

3.3.3 Port du foulard

Le Tribunal fédéral a été saisi en 2013 de la question de la constitutionnalité de l'interdiction du port du foulard pour les écolières. Il a jugé que cette interdiction constitue une atteinte grave à la liberté religieuse, qui doit par conséquent reposer sur une base légale formelle expresse. En l'espèce, l'interdiction reposait sur les dispositions générales de la loi scolaire cantonale et sur la compétence communale d'édicter les prescriptions réglementaires de fonctionnement de l'école, dans le cadre d'un rapport de puissance publique spécial. Pour le Tribunal fédéral, ces fondements ne sont pas suffisants et ne respectent pas l'exigence de précision ; l'exigence de la base légale n'était donc pas respectée en l'espèce.⁴⁵ Il faut donc une loi cantonale spéciale destinée à interdire le port du foulard pour qu'une telle interdiction soit envisageable.

En effet, même avec une telle loi, cette interdiction n'est pas forcément conforme à la liberté religieuse. Dans un arrêt de novembre 2014, le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall a jugé que l'interdiction du foulard pour les écolières, prévue cette fois par une base légale formelle, ne respectait pas le principe de la proportionnalité, et autorisa l'écolière en question à porter le foulard.⁴⁶ Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 11 décembre 2015.⁴⁷

40 ATF 135/2009 I 79, X. und Y. (trad. SJ 2009 I 329), confirmé par les arrêts TF 2C_1079/2012 ainsi que 2C_666/2011.

41 Arrêt de la Cour d'appel du Canton de Bâle-Ville, in : BJM 2012 255 (amende infligée aux parents pour absence des enfants au cours de natation).

42 Arrêt TF 2C_132/2014.

43 Arrêt TF 2C_724/2011 (trad. RDAF 2013 I 392).

44 ATF 134/2008 I 114, A. (trad. RDAF 2009 I 399).

45 ATF 139/2013 I 280, Volksschulgemeinde Bürglen (trad. JdT 2014 I 118).

46 Arrêt du Tribunal administratif du canton de Saint-Gall B 2014/51.

47 Arrêt TF 2C_121/2015.

4 Conclusion

Le domaine des cultes et des croyances reste sans aucun doute l'un des secteurs les plus sensibles du droit. Toute nouvelle mesure ou toute modification d'un état antérieur est perçue comme une atteinte potentielle aux droits des citoyen-ne-s ou comme une source possible de trouble à la paix religieuse. Les membres des autorités exécutives ou législatives, fédérales ou cantonales, réagissent avec une grande réserve dans ce domaine, qui est l'un des rares où les clivages politiques traditionnels s'effacent.

Cette réserve est sensible dans le domaine de l'enseignement.

Il est indéniable qu'une ouverture sur le fait religieux à l'école publique est admissible du point de vue du droit. Face à celle-ci, pour garantir les droits des élèves, les enseignant-e-s sont soumis-e-s à des règles strictes.

À l'inverse, on constate que la jurisprudence est plus tolérante pour les élèves.



À propos de l'auteur

François Bellanger exerce la double fonction de professeur à l'Université de Genève et d'avocat. Il a obtenu le titre de Docteur en droit en juin 1990 et un Diplôme d'études supérieures en droit communautaire européen en 1994. Son enseignement porte sur différents domaines du droit administratif. François Bellanger est le Président du Centre intercantonal d'information sur les croyances de Genève et l'auteur de nombreux articles dans le domaine des religions et du droit, par exemple sur le statut des minorités religieuses, sur la liberté religieuse et sur les dérives sectaires.
francois.bellanger@unige.ch

Références

Auer, A., Malinverni, G. & Hottelier, M. (2013). *Droit constitutionnel suisse : vol. 2, Les droits fondamentaux*. Berne : Stämpfli.

Office fédéral de la statistique (OFS). 2015. Appartenance religieuse, 2011-2013. Récupéré le 22 mars 2016 du site de l'Office fédéral de la statistique : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/05/blank/key/religionen.html>

Winzeler, C. (2015). Article 72 Cst. Dans Waldmann, B., Belser, E. M. & Epiney, A. (dir.). *Bundesverfassung*, Bâle : Helbing Lichtenhahn.

Textes normatifs

Arrêts du Tribunal fédéral (ATF) et arrêts non publiés. La plupart des arrêts peuvent être consultés à partir du site du Tribunal fédéral : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction.htm>

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101). Récupéré le 22 mars 2016 du site de la Confédération suisse : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH).
Récupéré le 4 avril 2016 du site de la Confédération suisse :
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19500267/index.html>

Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme (DR). La plupart des décisions et rapports peuvent être consultés à partir du site de la Cour européenne des droits de l'homme : <http://hudoc.echr.coe.int/fre#>

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II). Récupéré le 4 avril 2016 du site de la Confédération suisse :
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19660262/index.html>