

Etudes en l'honneur de Tristan Zimmermann : constitution et religion,
les droits de l'homme en mémoire

BERNARD, Frédéric (Ed.), MCGREGOR, Eleanor (Ed.), GRISEL, Diane-Emmanuelle (Ed.)

Reference

BERNARD, Frédéric (Ed.), MCGREGOR, Eleanor (Ed.), GRISEL, Diane-Emmanuelle (Ed.).
*Etudes en l'honneur de Tristan Zimmermann : constitution et religion, les droits de
l'homme en mémoire*. Genève : Schulthess, 2017

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:104661>

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



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Recueils
de textes

Études en l'honneur de Tristan Zimmermann

Constitution et religion
Les droits de l'homme en mémoire

Édité par
Frédéric Bernard
Eleanor McGregor
Diane Vallée-Grisel



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



C
Collection
Genevoise

Frédéric Bernard / Eleanor McGregor /

Diane Vallée-Grisel (éds)

Études en l'honneur de Tristan Zimmermann



Recueil de textes

Études en l'honneur de Tristan Zimmermann

Constitution et religion
Les droits de l'homme en mémoire

Édité par
Frédéric Bernard
Eleanor McGregor
Diane Vallée-Grisel

Citation suggérée de l'ouvrage : FRÉDÉRIC BERNARD / ELEANOR MCGREGOR / DIANE VALLÉE-GRISEL (éds), Études en l'honneur de Tristan Zimmermann, Genève / Zurich 2017, Schulthess Éditions Romandes

Photographie de couverture: © Romain Graf

ISBN 978-3-7255-8665-3

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2017

www.schulthess.com

Diffusion en France Lextenso Editions, 70 rue du Gouverneur Général Eboué FR – 92131 Issy les Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek. La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.



Préface

Tristan est né à Genève, ville à la fois calviniste et multiculturelle. Après des études classiques au collège de Candolle, il s'est dirigé vers des études de commerce, HEC à Lausanne, qui n'ont pas réellement répondu à ses attentes. Tristan a ensuite bifurqué vers des études de droit à la faculté de Genève où il a trouvé des valeurs qui lui correspondaient davantage. Dans le contexte juridique, son sens de l'équité s'est développé et l'a mené à son combat pour les droits humains et contre la discrimination qui était précisément le sujet de sa thèse.

Tant son parcours universitaire que son parcours sportif ont favorisé une tendance à la discipline et une approche pragmatique pour appréhender les événements. Son esprit d'analyse l'amenait à trouver clairement la réponse aux questions et il défendait ses convictions fermement en restant ouvert au dialogue et en respectant son interlocuteur sans dissimuler un esprit taquin. Tristan a côtoyé des personnes de milieux intellectuel, sportif, culturel et artistique très variés ; il s'y mouvait avec aisance. Son ouverture d'esprit était appréciée.

Ses prises de position, parfois piquantes mais toujours pertinentes, lors des séances de la Constituante, dénotaient un intérêt à réactualiser une Constitution à certains égards obsolète et un investissement à la rendre en adéquation avec notre société.

A l'ère des tablettes, il privilégiait l'immersion dans la lecture de livres papier qu'il dévorait avec concentration et détermination pour en retenir l'essentiel grâce à son excellente mémoire. Sa soif de connaissance était insatiable.

Sa curiosité l'a incité à voyager, à partir à la découverte de nouvelles cultures et à faire des rencontres parfois enrichissantes. A son retour, il racontait des anecdotes avec l'humour qui le caractérisait. Tristan partageait avec un plaisir pédagogue ses expériences et ne manquait jamais d'autodérision dans ses récits.

Les circonstances ont conféré à Tristan le sens des responsabilités. L'influence féminine de son entourage lui a transmis sa sensibilité : il était à l'écoute, s'efforçait de comprendre les gens et leur prodiguait son empathie.

Idéaliste peut-être, humaniste certainement !

Sabine Kern et Samantha Zimmermann

Genève, janvier 2017

Avant-propos

Tristan Zimmermann nous quittait le 6 avril 2012, un Vendredi saint. Il avait 32 ans. Le 27 avril 2012, nous lui rendions un hommage discret à l'Université. La cérémonie que nous avons alors organisée s'achevait sur un air écrit pour l'actrice américaine Judy Garland et reprise par le chanteur hawaïen Israel Kamakawiwo'ole : « *Somewhere Over the Rainbow*. »

*« Quelque part par-delà l'arc en ciel
Volent des merlebleus
Et les rêves auxquels tu as tellement rêvé
Et bien, ils deviennent réalité
Un jour à la vue d'une étoile, je ferai un vœu
Pour me réveiller là-bas, tout loin par-delà les nuages
Là-bas où les peines fondent comme du sorbet au citron
Tout loin au-dessus des cheminées
C'est là que vous pourrez me retrouver
Quelque part par-delà l'arc-en-ciel. »*

Quatre ans plus tard, entre Jeûne genevois et Jeûne fédéral, le Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève organisait, le 14 septembre 2016, un colloque scientifique à la mémoire de Tristan Zimmermann. Intitulé « Constitution et religion : les droits de l'homme en mémoire », il a permis de rappeler l'engagement de Tristan en faveur des droits fondamentaux et, en particulier, son rôle dans la promotion du principe de laïcité dans la nouvelle Constitution genevoise. Comme le titre du présent ouvrage – « Constitution et religion. Etudes à la mémoire de Tristan Zimmermann » – le suggère, le colloque en formait le prélude. Qu'il me soit permis d'exprimer à ce propos la reconnaissance de la Faculté aux professeurs Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Thierry Tanquerel, de même qu'aux éditeurs de cet ouvrage – M^{mes} Eleanor McGregor et Diane Vallée-Grisel, et M. Frédéric Bernard – trois anciens assistants et collègues de Tristan, qui ont pris l'initiative de cette très heureuse entreprise. Je profite également de remercier très vivement M^{mes} Sandra de Lorenzi, Isabella Tonna, ainsi que Sarah de Santiago, secrétaires, respectivement assistante, auprès du département de droit public, qui ont œuvré en coulisse tant pour l'organisation du colloque que pour la présente publication.

Tristan Zimmermann a obtenu une maturité classique au collège de Candolle à Genève en 1999, puis une licence en droit dans notre Faculté en 2004, tout en effectuant des séjours de mobilité en 2002 à l'Université de Vienne (Autriche) et à l'Université de Sheffield (Grande-Bretagne) en 2003. Il a obtenu ensuite un LL.M à la très réputée Duke University, School of law, à Durham (USA) en mai 2005. Assistant à la Faculté de droit depuis décembre 2005, il a rédigé en un temps record de nombreux articles autour de la liberté religieuse, des droits fondamentaux et de la démocratie. Depuis 2006, il préparait une thèse de doctorat sous ma direction consacrée à la liberté religieuse dans le domaine scolaire. Il m'avait donné le 8 février 2012, deux mois avant son départ vers les merlebleus, son plan et son titre définitif : « *La liberté de conscience et de croyance à l'école obligatoire* ». Les cinq parties de son plan sont demeurées inachevées.

Πάντα ρεῖ (panta rhei) confiait Tristan, à l'aube de son envol, à une amie : « tout coule, tout passe, tout change, tout devient, rien ne demeure » selon les mots du philosophe grec

Héraclite. « Le jour devient la nuit, et la nuit le jour ; l'argile dont les choses sont faites revêt sans cesse de nouvelles formes ». Et si je vous disais que les pages de son plan de thèse étaient en argile, celles-ci prendraient donc de nouvelles apparences. C'est exactement le sens du colloque et du présent ouvrage : ne pas laisser le plan de Tristan demeurer en plan, ne pas abandonner ses articles et autres études scientifiques dans les archives de nos bibliothèques, mais les faire « devenir » ; les transformer, leur donner une nouvelle tournure, une nouvelle vie, différente dans la forme mais pas dans l'esprit, en les laissant couler entre les lettres et l'esprit des contributions de cet ouvrage.

Comme dans la chanson,

*« Quelque part par-delà l'arc en ciel
Volent des merlebleus
Et les rêves auxquels tu as tellement rêvé
Et bien, ils deviennent réalité. »*

Prof. Alexandre Flückiger, Vice-Doyen

Remerciements

L'idée de ce livre est née en 2012, peu après le décès de Tristan. Elle était à l'origine portée par David Krähenbühl qui voulait rendre hommage à notre collègue et ami, parti avant d'avoir pu transmettre tout ce qu'il avait à dire. Son enthousiasme et engagement sans réserve nous ont encouragés à poursuivre cette belle initiative. Dès le départ, le projet a obtenu le soutien chaleureux de la famille et un accueil très positif du Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Très vite, il a été reçu avec beaucoup de générosité par les contributeurs, qui ont tous, à leur manière, entouré Tristan.

Dans un premier temps, un colloque s'est tenu le 14 septembre 2016 et a été l'occasion de riches échanges et d'évocations émouvantes. Le présent ouvrage vient concrétiser la deuxième étape du projet.

Les réflexions de Tristan, de même que ses figures de référence, traversent les différentes contributions réunies. Du juge de la Cour suprême des Etats-Unis Antonin Scalia, dont le portrait était placardé sur la porte de son bureau, au philosophe Will Kymlicka, affiché en fond d'écran sur son ordinateur, en passant par la Juge Françoise Tulkens, inspiratrice (involontaire) de son sujet de thèse ou encore le théologien Roger Williams, dont les idées novatrices résonnent sans doute à ses oreilles. Qu'elle s'exerce dans les écoles, les hôpitaux, les prisons, la nature, sur le domaine public ou les écrans, la liberté religieuse peut être abordée sous l'angle de la laïcité, de la transparence ou du multiculturalisme. Garantie par la Constitution ou inscrite dans un préambule, on peut tenter d'en extraire le noyau dur, la mesurer aux droits sociaux ou étudier son impact en droit successoral. En un mot, quelle que soit l'approche ou le point de vue, ces thématiques auraient toutes pu trouver leur place dans une thèse demeurée inachevée.

Le présent ouvrage ne rend évidemment justice qu'à quelques facettes de la personnalité de Tristan, en premier lieu son importante activité académique ainsi que la générosité des positions qu'il y a défendues. Il reste, en revanche, muet sur bien d'autres aspects de la personnalité de Tristan, en particulier sa passion pour les voyages (pour l'Inde tout spécialement), sans oublier son amour invétéré du sport (à la fois comme pratiquant – course à pied et natation – et comme supporter – notamment football et hockey sur glace). Sa curiosité illimitée et son enthousiasme inépuisable lui conféraient une forme d'esprit universel, qui le conduisait à s'intéresser à (presque) tout et à sans cesse vouloir apprendre davantage.

Colocataire comme nous d'un bureau au cinquième étage d'Unimail, Tristan, en affichant son sourire si bienveillant et ses yeux pétillants, nous incitait le soir à ne pas trop prolonger la journée de travail. Mais c'est aussi lui qui, notre fin de thèse s'éternisant, nous mettait la pression pour relire notre manuscrit. Et sa relecture nous toucha profondément. Pertinente et taquine, elle fut également extrêmement minutieuse, relevant le moindre espace superflu, alors même que sa vision était déjà amoindrie par la maladie.

Nous sommes très heureux que ce double hommage à Tristan ait pu se concrétiser. Il a été rendu possible par le généreux soutien de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Tout le long de cette aventure, nous avons été touchés par les nombreux messages d'amitié et les beaux souvenirs qui ont ressurgi. Nous tenons en particulier à remercier le Prof. Michel Hottelier qui a assuré l'organisation du colloque et coordonné l'édition de cet ouvrage. L'énergie et la disponibilité qu'il a consacrées à ce projet ont été indispensables pour sa réalisation. Nos sincères remerciements vont également aux Prof. Maya Hertig Rendall, Alexandre Flückiger et Thierry Tanquerel pour leur soutien et leur enthousiasme. Nous devons également la richesse du colloque aux excellentes interventions des Prof. Michel Grandjean et Michel Hottelier ainsi que de Fanny Matthey. Enfin, nous remercions Romain

Graf pour l'illustration de la couverture ainsi que la famille de Tristan d'avoir accepté de vivre cette aventure à nos côtés.

Frédéric Bernard, Eleanor McGregor et Diane Vallée-Grisel

Sommaire

Préface.....	VII
Avant-propos.....	IX
Remerciements	XI
JOËLLE BECKER/PHILIPP FISCHER	
Liberté d'expression vs. liberté religieuse	1
FRÉDÉRIC BERNARD	
Liberté religieuse et multiculturalisme	13
ARUN BOLKENSTEYN	
La reconnaissance des communautés religieuses en droit vaudois	31
GREGOR T. CHATTON	
Les droits sociaux fondamentaux vus à travers le prisme de la liberté religieuse : questions choisies.....	45
ALEXANDRE FLÜCKIGER	
L'obligation de transparence des Eglises et autres communautés religieuses	61
OLIVIER GAILLARD	
Les droits des successions musulmans et leur application par le juge suisse.....	73
MAURICE GARDIOL	
Liberté du culte, de religion et de conscience dans les prisons et les hôpitaux genevois ?	93
LUC GONIN	
Constitution, préambule et religion : une « trinité sui generis » - Approche comparée en Occident	103
MICHEL GRANDJEAN	
Entre siècle des Réformes et Lumières : la liberté religieuse selon Roger Williams (env. 1603-1683)	119

MAYA HERTIG RANDALL

Aux antipodes du juge Scalia : L'arrêt « St. Margrethen » du 11 décembre 2015 sur l'interdiction du port du voile par une élève dans une perspective comparative 129

MICHEL HOTTELIER

L'exigence de laïcité au regard de la Constitution genevoise du 14 octobre 2012 151

ROBERT KOLB

La primauté du « droit interne » sur le droit international : à propos de l'initiative de l'UDC sur « l'autodétermination » 167

FRANCESCA MAGISTRO

La liberté religieuse et le droit à un environnement sain : points d'intersection 179

PASCAL MAHON

Laïcité « inclusive » et laïcité « exclusive » : la laïcité, une ou plurielle ? 187

FANNY MATTHEY

La notion du « noyau dur » : une rencontre entre liberté de religion et droit des réfugiés 207

ELEANOR MCGREGOR

Le point sur les écoles enfantines musulmanes en Suisse 221

IRÈNE RENFER

Laïcité et dispositions constitutionnelles genevoises : synthèse des travaux de l'assemblée constituante 237

THIERRY TANQUEREL

L'expression religieuse sur le domaine public 245

A. GISELLE TOLEDO VERA

Le droit à la santé des personnes détenues : entre dignité humaine, égalité et responsabilité collective 261

DIANE VALLÉE-GRISEL

La religion des arbitres : l'éclairage donné par l'affaire Jivraj v. Hashwani 277

Liste des publications de Tristan Zimmermann 291

Liberté d'expression vs. liberté religieuse

Une restriction nécessaire « dans une société démocratique » - ou théocratique ?

JOËLLE BECKER*/PHILIPP FISCHER**

Introduction

Nous gardons le souvenir d'un Tristan qui, sur les bancs de l'Université et de l'Assemblée constituante, s'intéressait beaucoup à la liberté religieuse, et plus particulièrement à son volet institutionnel¹. De temps à autre, nous avons eu l'occasion de débattre de ces sujets avec lui. Nous conservons ainsi un souvenir lumineux d'un trajet en train de Schaffhouse à Genève, considérablement raccourci par une discussion à bâtons rompus sur le principe de neutralité confessionnelle dans la Constitution genevoise, à l'époque en chantier.

Pour lui rendre hommage, nous avons choisi de proposer quelques réflexions sur un sujet proche, à savoir le conflit de libertés qui peut exister entre la liberté d'expression de l'artiste et la liberté religieuse des personnes dont les sentiments religieux sont heurtés par une œuvre artistique.

Nous précisons d'emblée qu'il s'agit là de questions dont les méandres échappent très largement à des civilistes comme nous. Nous nous exprimons donc en tant que simples citoyens d'un monde en proie à des tensions religieuses sans précédent. Ces lignes doivent donc être lues à la lumière de ce *caveat*. Nous espérons toutefois que Tristan nous pardonnera les imprécisions qui parsèment sans doute cette contribution.

* Docteure en droit, avocate au Barreau de Genève.

** Avocat au Barreau de Genève, LL.M. (Harvard).

¹ TRISTAN ZIMMERMANN, La laïcité et la République et Canton de Genève, *SJ* 2011 II pp. 29-77; TRISTAN ZIMMERMANN, 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 PJA) ; TRISTAN ZIMMERMANN, Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école: l'humeur inégale du juge européen, in : Rashid Bahar/Rita Trigo Trindade (éd.), L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives, Schulthess, Genève 2013, pp. 107-151.

I. Aperçu des forces en présence

1. Point de départ : la liberté d'expression artistique

La création artistique constitue une « opinion » protégée par la liberté d'expression². Toute restriction à cette liberté doit donc nécessairement être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée³. A maintes reprises, le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme ont rappelé que la liberté d'expression constitue un pilier essentiel de toute société démocratique⁴.

Dans le cadre de la présente contribution, nous analyserons la situation particulière dans laquelle l'« intérêt public » qui peut fonder une restriction à la liberté d'expression artistique est une autre liberté, à savoir la liberté religieuse. Pour ce faire, il nous paraît important, dans un premier temps, de distinguer les différentes facettes qui composent la liberté religieuse.

2. Les différentes facettes de la liberté religieuse

La liberté religieuse « protège le citoyen de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses »⁵.

La doctrine⁶ distingue traditionnellement deux composantes de la liberté religieuse, soit (i) une dimension individuelle, à savoir le droit de tout un chacun de croire (ou de ne pas croire) et de pratiquer une religion (ou d'y renoncer)⁷, et (ii) une dimension institutionnelle⁸, qui se concrétise par le principe de la neutralité religieuse de l'Etat. La dimension individuelle de la liberté religieuse a trait au rapport entre l'Etat et l'individu, la dimension institutionnelle au rapport entre l'Etat et les communautés religieuses⁹. A vrai dire, la dimension institutionnelle est une garantie de l'Etat de droit, bien plus qu'elle n'est une liberté¹⁰.

Dans le cadre de la présente contribution, nous tenterons d'analyser la dimension individuelle de la liberté religieuse dans une approche légèrement différente de l'approche classique focalisée sur le droit de croire ou de ne pas croire. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a, de notre point de vue, dégagé une autre composante de cette liberté, à savoir le « droit [dirigé contre l'Etat, comme toute liberté] de ne pas voir un sentiment religieux blessé inutilement par autrui ». De notre point de vue, ce volet se distingue de la dimension individuelle classique, dans la mesure où il ne s'agit plus du droit d'un individu d'exprimer son sentiment religieux subjectif (ou l'absence d'un tel sentiment) sans ingérence indue de l'Etat. Il s'agit plutôt de la question de savoir si un individu peut exiger de l'Etat une

² ATF 117 Ia 472, consid. 3c) ; Cour EDH, *Müller et autres contre Suisse*, n° 10737/84 (1988), § 27.

³ Article 36 Cst.

⁴ Voir notamment Cour EDH, *Handyside contre Royaume-Uni*, n° 5493/72 (1976), § 49 et ATF 96 I 586, consid. 6.

⁵ ATF 123 I 296, consid. 2 b) aa).

⁶ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux*, Stämpfli, Berne 2013, N 438.

⁷ Article 15 Cst.

⁸ L'on peut considérer que la dimension institutionnelle de la liberté religieuse est consacrée par les réglementations cantonales, auxquelles l'article 72 al. 1 Cst. renvoie. Le Tribunal fédéral déduit le principe de la neutralité religieuse de l'Etat directement de la liberté religieuse (ATF 123 I 296, consid. 4 b) bb)).

⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 6), N 438.

¹⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 6), N 499 ; ZIMMERMANN PJA (note 1), p. 1490.

protection contre une ingérence émanant d'une autre personne privée. La jurisprudence de la Cour européenne relie toutefois la dimension individuelle classique et ce volet de « protection » en affirmant que des « méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peuvent aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer »¹¹.

Ainsi, dans un cas qui va au-delà de la question qui nous occupe ici, la Cour a considéré que l'omission des autorités géorgiennes de réagir à une attaque d'une congrégation de témoins de Jéhovah par un groupe de religieux orthodoxes constitue une violation de la liberté religieuse¹². Dans cette mesure, il paraît en effet légitime, et même essentiel, que l'Etat protège activement le droit de croire ou de ne pas croire. Cette obligation est bien, à notre sens, à charge de l'Etat, et ne relève pas d'un hypothétique effet horizontal de la liberté religieuse. L'analyse d'une éventuelle « horizontalisation »¹³ de la liberté religieuse dépasse le champ de cette contribution¹⁴.

De notre point de vue, ce volet de la liberté religieuse peut être appréhendé dans une perspective positive et négative. Dans une perspective positive, il permet à tout un chacun d'exiger de l'Etat que ce dernier prenne des mesures afin de permettre l'exercice de la liberté religieuse sans ingérence indue de la part de tiers. Dans une perspective négative, ce volet de la liberté religieuse peut être utilisé pour servir de « motif justificatif » d'une atteinte portée par l'Etat à une autre liberté¹⁵ :

- Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que certains noms à connotation religieuse doivent être exclus de la protection du droit des marques dans le but de respecter la liberté religieuse d'autrui¹⁶.
- Une question similaire s'est posée dans le cadre d'un film sur l'interruption volontaire de grossesse. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a jugé que le fait que la projection d'un film soit propre à heurter le sentiment religieux de la population n'était pas un « motif suffisant pour interdire la publicité en faveur de ce film »¹⁷. Dans cet arrêt, la liberté religieuse n'a donc pas pu être utilisée comme « intérêt public » permettant une restriction à la liberté d'expression.

Ce volet particulier de la liberté religieuse pose donc la question du conflit de libertés et nous amène à nous interroger sur la marche à suivre utilisée par la jurisprudence pour résoudre un tel conflit.

3. Méthode de résolution d'un conflit de libertés

Un conflit de libertés naît dans une situation dans laquelle l'exercice d'une liberté par une personne se heurte à l'exercice d'une autre liberté par une autre personne¹⁸. Il convient toutefois de garder à l'esprit que les libertés sont dirigées *contre l'Etat*. Dans le cas d'un conflit

¹¹ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut contre Autriche*, n° 13470/87 (1987), § 47.

¹² Cour EDH, *Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres contre Géorgie*, n° 71156/01 (2007), § 134.

¹³ NATHANAËL PÉTERMANN, Obligations positives de l'Etat fondées sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Revue de l'avocat* 2015 pp. 474-481, p. 478.

¹⁴ Cf., notamment, PÉTERMANN (note 13), p. 478, qui considère que certaines libertés peuvent intégrer « une dimension horizontale par la médiation des obligations positives ».

¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 6), N 526.

¹⁶ ATF 136 III 474, consid. 4.2 (*Madonna*).

¹⁷ ATF 101 Ia 252, consid. 3 c).

¹⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 6), N 276 ss.

de libertés, ce sont donc les actions de l'Etat qui peuvent restreindre une liberté au profit d'une autre. En théorie, l'arbitrage entre ces deux libertés est donc du ressort du législateur. En pratique, un tel conflit est souvent résolu par les tribunaux, qui, dans l'application d'une norme, doivent peser les intérêts en présence.

L'exemple que nous évoquerons dans le cadre des développements ci-dessous est celui de l'interdiction (prononcée par l'Etat) d'exposer ou de publier une œuvre jugée blasphématoire afin de protéger le sentiment religieux de certains croyants. Nous partons du postulat qu'une telle interdiction est fondée sur une *base légale*, à savoir une norme prohibant le blasphème qui a été édictée par le législateur. Dans le périmètre des actes prohibés par cette norme, le législateur a ainsi privilégié la liberté religieuse par rapport à la liberté d'expression. Cela étant dit, encore faut-il que l'autorité qui, dans un cas concret, applique cette base légale respecte les autres conditions d'une restriction valable à une liberté, à savoir l'intérêt public et la proportionnalité. Ainsi, même si la loi peut limiter une liberté pour en protéger une autre, il n'en demeure pas moins que, dans l'interprétation de la loi, l'autorité (puis le juge) doit tenir compte des autres conditions nécessaires à la restriction d'une liberté¹⁹. Le conflit de libertés n'est donc tranché par le législateur que dans l'abstrait. Dans chaque cas concret, il conviendra d'examiner si la (seconde) liberté invoquée à titre d'intérêt public peut véritablement fonder une restriction à la (première) liberté.

Comme indiqué ci-dessus, nous avons décidé de nous intéresser aux cas dans lesquels la liberté religieuse, dans sa dimension de « protection » exposée au chiffre 2 ci-dessus, est utilisée pour justifier une atteinte à la liberté d'expression. Pour ce faire, nous avons sélectionné trois arrêts dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme s'est penchée sur cette question. Nous résumerons ces trois arrêts ci-après avant de nous demander s'il n'est pas temps de procéder à un ré-arbitrage des libertés en présence.

II. Jurisprudences typiques de la CEDH

1. Affaire Otto-Preminger-Institut contre Autriche

La première affaire²⁰ que nous traiterons faisait suite à la saisie puis à la confiscation, par les autorités autrichiennes, d'un film qu'entendait projeter une association de droit privé autrichien ayant pour but de promouvoir la créativité, la communication et le divertissement par les médias audiovisuels, *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung* (« OPI »). Le film « représent[ait] Dieu le Père comme un vieillard infirme et impotent, Jésus-Christ comme un "enfant à sa maman" doté d'une faible intelligence et la Vierge Marie, qui tir[ait] manifestement les ficelles, comme une dévergondée sans scrupules »²¹, tous trois pactisant avec le diable afin d'infliger un châtement à l'humanité.

Selon les autorités autrichiennes, la saisie du film, fondée sur la norme pénale autrichienne interdisant le blasphème²², était justifiée dans la mesure où la liberté artistique était

¹⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 6), N 279.

²⁰ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11).

²¹ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 21.

²² L'article 188 du Code pénal autrichien prévoyait :

« Quiconque dénigre ou bafoue, dans des conditions de nature à provoquer une indignation légitime, une personne ou une chose faisant l'objet de la vénération d'une Eglise ou communauté religieuse établie dans le pays, ou une doctrine, une coutume autorisée par la loi ou une institution autorisée par la loi de cette Eglise ou

nécessairement limitée par les droits d'autrui à la liberté de religion et par le devoir de l'Etat de garantir une société fondée sur l'ordre et la tolérance. La jurisprudence autrichienne retient notamment qu'une œuvre d'art peut constituer un abus de la liberté d'expression artistique si elle empiète sur la liberté de culte²³.

Les autorités étatiques sont parvenues à la conclusion que l'indignation que soulevait la projection du film était légitime, puisque cette dernière était de nature à blesser les sentiments religieux d'une personne moyenne dotée d'une sensibilité religieuse normale²⁴. Saisie d'une requête d'OPI, la Cour a commencé par rappeler que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et qu'elle comprend le droit de communiquer au public des idées sujettes à controverse. Elle a toutefois relevé que chacun a l'obligation, dans l'exercice de cette liberté, d'éviter autant que possible de heurter le sentiment d'autrui de manière gratuite, sans que l'opinion exprimée ne contribue « à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain »²⁵. Dans cette mesure, l'absence d'intervention de l'Etat pourrait, dans certains cas extrêmes, revenir à nier le droit de jouissance de l'article 9 CEDH à ceux qui professent des croyances religieuses. La liberté religieuse garantit en effet le respect des sentiments religieux des croyants, lesquels peuvent être violés « par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse »²⁶.

Dès lors, la Cour a considéré que les autorités autrichiennes avaient valablement saisi le film litigieux et restreint la liberté d'expression d'OPI.

Ce faisant, la Cour a pris en compte la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales, en se fondant principalement sur l'absence de conception européenne uniforme quant au rôle de la religion dans la société²⁷. Dans le cas d'espèce, il semble que le fait que la religion catholique romaine soit très majoritairement pratiquée au Tyrol ait été déterminant dans l'appréciation des autorités autrichiennes. La nécessité de préserver la paix religieuse a été considérée comme un motif suffisant pour justifier l'interdiction prononcée. L'opportunité de protéger de manière particulière les opinions religieuses majoritaires dans une société donnée nous paraît toutefois discutable (cf. *infra* III.3).

La décision de la Cour ne nous paraît, par ailleurs, pas tenir réellement compte des particularités liées aux modalités de diffusion du film. Celui-ci devait en effet être projeté dans une salle de cinéma spécialisée, devant un public averti, constitué de personnes intéressées par la culture progressiste. Il était interdit aux moins de dix-sept ans. Comme cela ressort de l'opinion dissidente, une interdiction complète de diffusion du film ne saurait à notre sens être prononcée, sous l'angle de la proportionnalité, « que si le comportement incriminé atteint un niveau tellement élevé d'insulte et se rapproche tellement d'une dénégation de la liberté de religion d'autrui qu'il perd pour lui-même le droit d'être toléré par la société »²⁸. Nous sommes d'avis que les mesures prises par OPI étaient déjà, en tant que telles, propres à éviter une atteinte à la liberté religieuses de tiers.

communauté encourt une peine d'emprisonnement de six mois au plus ou une peine pécuniaire de 360 jours-amendes au plus. »

²³ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 26.

²⁴ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 13.

²⁵ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 49.

²⁶ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 47.

²⁷ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 50.

²⁸ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), opinion dissidente, § 7.

2. Affaire Wingrove contre Royaume-Uni

La Cour est parvenue à une conclusion identique dans l'affaire *Wingrove contre Royaume-Uni*²⁹, s'agissant d'un film érotique représentant le Christ et sainte Thérèse d'Avila, intitulé *Visions of Ecstasy*. Selon son réalisateur, Monsieur Wingrove, le film en question s'inspirait des visions extatiques que sainte Thérèse d'Avila avait eues de Jésus-Christ. Les autorités étatiques et la Cour ont toutefois retenu que le film se contentait de mettre en scène ces visions sous un angle érotique, sans toutefois les placer dans un quelconque contexte historique³⁰.

Afin d'être autorisé à distribuer *Visions of Ecstasy*, son réalisateur déposa une demande de visa auprès de l'Office britannique des visas cinématographiques. Celui-ci refusa la délivrance dudit visa, au motif que le film enfreignait le droit pénal sur le blasphème, dans la mesure où le corps du Christ crucifié n'était présenté que comme un objet de désir, traitant de manière inacceptable un sujet sacré. Malgré leur décision négative, les autorités britanniques concédèrent que le thème traité pouvait revêtir un intérêt légitime pour le réalisateur en tant qu'artiste³¹.

Après avoir épuisé les instances de recours internes, le réalisateur a saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme en invoquant une atteinte à sa liberté d'expression (art. 10 CEDH).

La Cour est arrivée à la conclusion que la restriction des droits du réalisateur était conforme à l'article 10 par. 2 CEDH, en ce qu'elle était prévue par la loi et était nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits d'autrui, soit de la liberté religieuse de citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux.

A cet égard, la Cour a relevé que le droit anglais relatif au blasphème ne protège que les adeptes de la religion chrétienne et, plus particulièrement, ceux de l'Eglise établie d'Angleterre³². Il est dès lors intéressant de constater que, dans ce cadre restreint, les obligations positives de l'Etat visant à protéger la liberté religieuse, ne sont véritablement reconnues que pour défendre la religion majoritairement pratiquée sur le territoire en question, et non pour la protection des minorités religieuses. La Cour n'a toutefois pas pu se prononcer *in abstracto* sur la conformité à la CEDH de cette législation britannique interne.

L'analyse de la Cour quant à la légitimité – et surtout à la nécessité – de la restriction à la liberté d'expression de Monsieur Wingrove se retrace en réalité, dans une certaine mesure, derrière le fait que les autorités étatiques seraient plus à même d'estimer quelles restrictions seraient « nécessaires » pour protéger les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds pourraient être gravement offensés. A nouveau, se pose la question de savoir si une telle différenciation entre les croyances et convictions des citoyens des Etats parties à la CEDH peut valablement se justifier. Nous y reviendrons (cf. *infra* III.3).

Selon la Cour, c'est en réalité la manière de défendre les idées de Monsieur Wingrove, plus que leur contenu en soi, qui a ici fait l'objet d'une restriction. La Cour a indiqué protéger le principe de la liberté d'expression mais ne pas cautionner la présentation du film. Un tel jugement paraît toutefois se concentrer davantage sur une appréciation morale du film *Visions of ecstasy* qu'apprécier véritablement la nécessité de la restriction, au regard de critères objectifs.

Il est à ce titre intéressant de constater que la Cour se fonde également sur le fait qu'il n'y avait « pas encore, dans les ordres juridiques et sociaux des Etats membres du Conseil de l'Europe,

²⁹ Cour EDH, *Wingrove contre Royaume-Uni*, n° 17419/90 (1996).

³⁰ *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 8-10.

³¹ *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 13.

³² *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 28.

une concordance de vues suffisante pour conclure qu'un système permettant à un Etat d'imposer des restrictions à la propagation d'articles réputés blasphématoires n'est pas en soi nécessaire dans une société démocratique, et s'avère par conséquent incompatible avec la Convention » (mise en évidence par les auteurs)³³. La Cour semble donc, en 1996, réserver une évolution – sociétale ou morale ? – qu'elle ne paraît pas avoir considéré comme réalisée dans la jurisprudence postérieure (et notamment dans l'affaire *I.A. contre Turquie* résumée *infra* II.3).

3. Affaire I.A. contre Turquie

La dernière affaire³⁴ que nous souhaitons évoquer, qui est également la plus récente, se rapporte à la publication, en Turquie, d'un ouvrage romanesque et philosophique, critique de la religion au sens large et, plus particulièrement, de la religion musulmane.

Le directeur de la maison d'édition du livre en question a fait l'objet d'une procédure pénale pour violation de l'article 175 du Code pénal turc³⁵, au terme de laquelle il a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans et à une peine d'amende. La peine d'emprisonnement a été commuée en une amende d'un montant équivalent à USD 16.-³⁶. Les autorités turques ont considéré que la condamnation « répondait à un besoin social impérieux dans la mesure où l'ouvrage litigieux constituait une attaque offensante contre la religion, notamment contre l'islam et heurtait et outrageait les sentiments religieux »³⁷.

L'éditeur a saisi la Cour d'une requête fondée sur la violation de son droit à la liberté d'expression, en arguant que l'auteur du livre incriminé ne faisait qu'exprimer ses idées. Le différend ne portait plus que sur la question de savoir si la restriction était nécessaire dans une société démocratique. En reprenant le raisonnement conduit dans les affaires *Otto-Preminger-Institut contre Autriche*³⁸ et *Wingrove contre Royaume-Uni*³⁹, la Cour a rappelé la large marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants s'agissant de la protection de la liberté religieuse, en raison de l'absence d'une conception européenne uniforme dans le domaine⁴⁰. Sa position à cet égard demeure dès lors constante.

La Cour est arrivée à la conclusion que l'ouvrage litigieux constituait une attaque injurieuse contre la personne du prophète de l'islam et donc que la condamnation de son éditeur était nécessaire, dans une société démocratique, afin d'assurer une protection contre des attaques offensantes concernant des questions jugées sacrées par les musulmans⁴¹. Elle a également

³³ *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 57. Cf. également *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 49.

³⁴ Cour EDH, *I.A. contre Turquie*, n° 42571/98 (2005).

³⁵ Cette disposition prévoyait :

« Quiconque insulte Dieu, l'une des religions, l'un des prophètes, l'une des sectes ou l'un des livres sacrés [...] ou bien vilipende ou outrage une personne en raison de ses croyances ou de l'accomplissement des obligations religieuses [...] sera puni d'une peine d'emprisonnement de six mois jusqu'à un an et d'une amende lourde de 5000 jusqu'à 25000 livres turques.

La peine est doublée lorsque l'acte incriminé prévu dans le troisième alinéa du présent article est commis par voie de publications. »

³⁶ *I.A. contre Turquie* (note 34), § 13.

³⁷ *I.A. contre Turquie* (note 34), § 20.

³⁸ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11).

³⁹ *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29).

⁴⁰ *I.A. contre Turquie* (note 34), § 25.

⁴¹ *I.A. contre Turquie* (note 34), § 29 s.

relevé – de manière discutable, selon nous (cf. *infra* III.2) – que le caractère insignifiant de l'amende finalement prononcée rendait la mesure proportionnée aux buts visés.

III. Vers un nouvel arbitrage des intérêts en présence ?

Dans les trois jurisprudences résumées ci-dessus, la liberté d'expression de l'artiste a été restreinte au motif que son exercice porterait atteinte au sentiment religieux d'autrui. Pourtant, à d'innombrables reprises, la Cour a rappelé que la liberté d'expression constitue un « fondement essentiel de la société démocratique » et que cette liberté vaut en particulier pour les idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁴². Cette liberté jouit donc d'une importance particulière. Il n'est d'ailleurs pas anodin que les opinions dissidentes aux arrêts exposés ci-dessus fassent état de la contradiction entre les droits reconnus par la Cour en matière de liberté d'expression et les restrictions dont celle-ci fait l'objet.

De notre point de vue, il en découle que l'« intérêt public » qui permet de la restreindre doit être interprété avec sévérité.

En gardant toujours à l'esprit le *caveat* qui figure en tête de la présente contribution, nous nous permettons de jeter un regard critique sur la jurisprudence en la matière, en nous attardons sur les trois questions suivantes : (i) les modalités de l'« atteinte » au sentiment religieux, (ii) les modalités de l'« atteinte » à la liberté d'expression et (iii) la question de la marge nationale d'appréciation.

1. Modalités de l'« atteinte » au sentiment religieux

Comme nous l'avons vu, le volet de « protection » de la liberté religieuse permet de justifier une restriction à la liberté d'expression, notamment artistique. Encore faut-il toutefois qu'il existe un rapport raisonnable entre l'ampleur de la restriction apportée à la liberté d'expression et la gravité de l'atteinte portée au sentiment religieux des personnes concernées. Dans les cas présentés ci-dessus, la restriction à la liberté d'expression était grave, dans la mesure où il s'agissait de l'interdiction de projeter ou de distribuer un film, respectivement le prononcé d'une sanction pénale contre un éditeur. La restriction était d'autant plus grave qu'elle était préalable⁴³ et empêchait donc *ab initio* l'exercice de la liberté d'expression.

De notre avis, seule une atteinte grave au sentiment religieux des personnes concernées permet de justifier une restriction aussi importante. Dans le cadre de l'analyse, l'un des critères pertinents, à nos yeux, est la question de savoir si une personne dont le sentiment religieux est susceptible d'être atteint risque d'être confrontée à l'exercice de la liberté d'expression qui cause cette atteinte. Nous distinguons ainsi le cas d'une œuvre d'art exposée sur la place centrale d'une ville et qui porte atteinte au sentiment religieux de certains habitants, des cas dans lesquels la liberté d'expression s'exerce dans un cercle restreint de personnes qui ont pleinement conscience des caractéristiques de l'œuvre à laquelle elles seront confrontées.

Dans les cas analysés par la Cour dans les arrêts précités, l'atteinte consistait notamment en la projection d'un film dans une salle cinématographique, à laquelle n'avaient accès que des

⁴² *Handyside contre Royaume-Uni* (note 4), § 49.

⁴³ La Cour examine avec une attention particulière les restrictions préalables à la liberté d'expression (*Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 58).

cinéphiles ayant conscience du type de projection auquel ils s'exposaient, ou la distribution d'un film, qui présuppose une acquisition subséquente par un particulier. Il en va de la même de la publication d'un roman, qui implique une action positive de la part du lecteur. Dans ces trois cas, l'atteinte au sentiment religieux de la personne qui ne se rend pas dans le cinéma incriminé, qui n'achète pas le film ou qui n'ouvre pas l'ouvrage problématique est purement virtuelle. A notre avis, ces atteintes, pour autant qu'elles aient existées, étaient insuffisantes pour justifier de telles restrictions à la liberté d'expression.

2. Modalités de l'« atteinte » à la liberté d'expression

Dans les trois cas analysés, l'« atteinte » à la liberté d'expression était particulièrement grave, dans la mesure où il s'agissait d'une interdiction totale de projeter un film ou de distribuer un ouvrage. Ce constat nous amène aux deux points suivants :

- Dans les trois cas évoqués ci-dessus, la Cour n'examine pas véritablement la question de savoir si une atteinte moins grave aurait permis d'atteindre le même but. Il aurait sans doute été envisageable d'exiger des personnes en charge de la projection cinématographique ou de la distribution de l'ouvrage d'informer les spectateurs et lecteurs potentiels du contenu de l'œuvre, de manière à minimiser le risque que l'atteinte virtuelle mentionnée ci-dessus ne se transforme en atteinte effective⁴⁴.
- Par ailleurs, l'argument selon lequel la sanction infligée à l'éditeur dans l'affaire *Î.A. c. Turquie* serait légère nous semble particulièrement spécieux⁴⁵. La sanction pénale en tant que telle – peu importe sa gravité objective – constitue une restriction grave à la liberté d'expression. Toute sanction induit un *chilling effect*⁴⁶ qui limite la liberté d'expression effective dans une société démocratique. La lutte contre le *chilling effect* constitue le cœur de la jurisprudence *Handyside*, qui précise que la liberté d'expression vaut en particulier pour les idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁴⁷.

3. La marge nationale d'appréciation se justifie-t-elle ?

Finalement, nous nous interrogeons sur l'importance (ou non) que devrait revêtir la localisation géographique de l'atteinte :

- Dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut contre Autriche*, la Cour semble accorder une grande importance à la prédominance de la religion catholique au Tyrol⁴⁸, ce qui permettrait de « justifier » l'atteinte à la liberté d'expression de l'artiste.

⁴⁴ La question d'un « avertissement » à insérer sur le boîtier du film est évoquée brièvement dans l'arrêt *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 63, pour être rapidement écartée au « vu [d]es multiples formes [...] de transmission des films vidéo. »

⁴⁵ *Î.A. contre Turquie* (note 34), § 32 : « Quant à la proportionnalité de la mesure litigieuse, la Cour tient compte du fait que les juridictions nationales n'ont pas décidé la saisie du livre et estime par conséquent que la condamnation à une peine d'amende insignifiante paraît proportionnée quant aux buts visés. »

⁴⁶ *Î.A. contre Turquie* (note 34), opinion dissidente, § 6.

⁴⁷ *Handyside contre Royaume-Uni* (note 4), § 49.

⁴⁸ *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 56 : « La Cour ne peut négliger le fait que la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité des Tyroliens. » Dans ce même arrêt, la Cour mentionne que « [c]omme pour la « morale », il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société » (§ 50).

- Une telle tendance est confirmée par l'arrêt *Wingrove contre Royaume-Uni*, dans lequel la Cour fait expressément référence à la « marge d'appréciation [qui] est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion »⁴⁹. En sus, la Cour se fonde sur le développement de l'industrie vidéo au Royaume-Uni pour expliquer que le film litigieux pouvait atteindre un public qu'il aurait pu offenser⁵⁰.
- De même, l'opinion de la population turque – partagée, selon la Cour, entre laïcité et intolérance face aux attaques contre les croyances religieuses – a constitué le fondement de l'analyse dans le cadre de l'affaire *İ.A. contre Turquie*⁵¹.

Tristan estimait⁵² que la marge de manœuvre⁵³ que la Cour octroie aux Etats parties est incompatible avec une notion aussi universelle que celle des droits de l'homme. Selon l'expression – brillante ! – de Tristan, la jurisprudence de la Cour résultait en une « protection des droits fondamentaux à géométrie variable *ratione loci* »⁵⁴.

De notre point de vue, les trois arrêts évoqués ci-dessus reflètent cette tendance. Est-ce que la Cour aurait accepté que les autorités tyroliennes interdisent la publication d'un ouvrage offensant pour la religion musulmane ? Est-ce qu'un film mettant en scène des personnages centraux de la religion chrétienne devrait ou pourrait être interdit en Turquie ? Une approche universaliste des droits de l'homme permettrait de faire abstraction de telles questions.

Ainsi, nous partageons l'avis de Tristan. Si les droits fondamentaux sont universaux, les modalités de leurs restrictions doivent l'être aussi. La liberté d'expression est la même au Tyrol, au Royaume-Uni et en Turquie et les restrictions à cette liberté doivent donc également être appréciées de manière uniforme à travers tous les Etats parties à la CEDH.

⁴⁹ *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 58. La Cour s'empresse toutefois d'ajouter que « [b]ien entendu, cela n'exclut pas au bout du compte un contrôle européen, d'autant plus nécessaire que la notion de blasphème est large et évolutive et que, sous couvert de mesures contre des articles réputés blasphématoires, se cache le risque de porter une atteinte arbitraire ou excessive à la liberté d'expression. »

⁵⁰ *Wingrove contre Royaume-Uni* (note 29), § 63.

⁵¹ *İ.A. contre Turquie* n° 42571/98 (note 34), § 29 : « Nonobstant le fait qu'une certaine tolérance règne au sein de la société turque, profondément attachée au principe de laïcité, lorsqu'il s'agit de la critique des dogmes religieux, les croyants peuvent légitimement se sentir attaqués de manière injustifiée et offensante par les passages suivants : [...] »

⁵² ZIMMERMANN PJA (note 1), pp. 1496 ss. Cette critique était formulée dans le cadre de l'arrêt de la Cour EDH *Lautsi et autres contre Italie*, n° 30814/06 (2011). Dans cet arrêt, la Cour avait considéré que la présence d'un crucifix au mur d'une salle de classe ne constitue pas une atteinte au devoir de neutralité confessionnelle de l'Etat dans le cadre de l'éducation publique. Selon la Cour, il n'existe pas de consensus au sein des Etats membres quant à la réglementation des symboles religieux dans le domaine scolaire. Les Etats membres (l'Italie en l'espèce) disposent donc d'une large marge d'appréciation, qui n'est limitée que par la prohibition de l'endoctrinement de la part de l'Etat membre.

⁵³ *İ.A. contre Turquie* (note 34), § 25 : « Le manque d'une conception uniforme, parmi les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses, élargit la marge d'appréciation des Etats contractants, lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion [...] »

⁵⁴ ZIMMERMANN PJA (note 1), p. 1496.

Conclusion

Pour les motifs exposés ci-dessus, il est, à notre sens, grand temps de revenir sur la jurisprudence de la Cour s'agissant du lien entre liberté d'expression et liberté religieuse. La liberté religieuse contient une composante spécifique qui impose à l'Etat de prendre des mesures de « protection ». De telles mesures peuvent résulter en une restriction à une autre liberté. Nous sommes d'avis que la gravité de l'atteinte qui pourrait être portée à la liberté religieuse faute de protection étatique doit être particulière⁵⁵ pour légitimer une restriction à une autre liberté, telle que la liberté d'expression. Il convient dès lors, à notre sens, d'examiner la question de la proportionnalité avec circonspection. De notre point de vue, cela n'a pas toujours été le cas dans les arrêts présentés ci-dessus.

Certains cas relèvent à notre sens de la responsabilité individuelle et ne nécessitent pas une protection étatique. Il ne nous paraît ainsi pas nécessaire, dans une société démocratique, de protéger chaque individu contre toute potentielle atteinte à son sentiment religieux dont il pourrait se préserver lui-même en évitant de s'y confronter, pour autant qu'il ait les moyens de le faire.

Nous rejoignons donc l'appel vers un changement de jurisprudence, tel que formulé dans l'opinion dissidente de l'affaire *İ.A. contre Turquie* en des termes plus poignants que tous ceux que nous pourrions écrire : « [I] est peut-être temps de « revisiter » cette jurisprudence, qui nous semble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse. »⁵⁶

En l'état, la jurisprudence de la Cour nous paraît trop empreinte du reflet de la morale dominante, appréciée de surcroît en fonction de particularités locales. Or la morale ne doit, ni ne peut, constituer un « intérêt public » pour restreindre une liberté. Le passé nous l'a enseigné à maintes reprises.

⁵⁵ Selon les termes de Madame le Juge Palmet et de Messieurs les Juges Pekkanen et Makarczyk dans leur opinion dissidente à l'arrêt *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* (note 11), § 7 : « La nécessité d'une action répressive prenant la forme d'une interdiction complète de l'exercice de la liberté d'expression ne peut être acceptée que si le comportement incriminé atteint un niveau tellement élevé d'insulte et se rapproche tellement d'une dénégation de la liberté de religion d'autrui qu'il perd pour lui-même le droit d'être toléré par la société. »

⁵⁶ *İ.A. contre Turquie* (note 34), opinion dissidente, § 8.

Liberté religieuse et multiculturalisme

FRÉDÉRIC BERNARD*

Introduction

Dans le monde anglo-saxon, les droits fondamentaux sont souvent décrits, en reprenant l'expression de H.L.A. HART¹, comme « *open-textured* »². Même si la portée exacte de ce terme fait l'objet de débats³, son idée centrale est claire : en règle générale, les normes garantissant les droits fondamentaux ne sont pas rédigées de manière suffisamment précise pour dicter au juge des solutions dans des cas concrets⁴. Ce dernier doit donc les *interpréter* et peut, ce faisant, être amené à les inscrire dans un contexte philosophique et politique plus large⁵.

La liberté religieuse, à laquelle TRISTAN ZIMMERMANN a consacré de nombreux articles ainsi que son projet de thèse, ne fait pas exception à ce constat.

Ainsi, l'art. 15 Cst., intitulé « Liberté de conscience et de croyance », est rédigé comme suit :

« 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.

* Docteur en droit, avocat au Barreau de Genève, chargé de cours à l'Université de Genève.

¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, pp. 128-136. Voir, sur ce point, FREDERICK SCHAUER, A critical guide of vehicles in the park, *New York University Law Review* 2008 [vol. 83], pp. 1109-1134 ; BRIAN BIX, H.L.A. Hart and the « Open Texture » of Language, *Law and Philosophy* 1991 [vol. 10], pp. 51-72.

² Voir, par exemple, ERWIN CHEMERINSKY, *Interpreting the Constitution*, Praeger, New York 1987, p. 129.

³ DAVID LYONS, *Moral Aspects of Legal Theory : Essays on Law, Justice and Political responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, pp. 150 et ss.

⁴ DAVID A. STRAUSS, Foreword : Does the Constitution Mean What It Says ?, *Harvard Law Review* 2015 [vol. 129], pp. 1-61.

⁵ RONALD DWORKIN, « 'Natural' Law Revisited », *University of Florida Law Review* 1982 [vol. 34], pp. 165-188, p. 165 : « *Judges should decide hard cases by interpreting the political structure of their community in the following, perhaps special way: by trying to find the best justification they can find, in principles of political morality, for the structure as a whole, from the most profound constitutional rules and arrangements to the details of, for example, the private law of tort or contract* ». Lire toutefois la critique Richard POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge 2008, p. 175 : « *[I]t is a stretch to call Dworkin a legalist, for really what he has done is relabel his preferred policies "principles" and urged judges to decide cases in accordance with those "principles" and ignore (other) "policies", which are consigned to the legislature.* »

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. »

Lue pour elle-même – ainsi qu'en conjonction avec l'art. 36 Cst. qui énonce les conditions générales de restriction des droits fondamentaux –, cette disposition est singulièrement impropre à déterminer, à elle seule, son application par le juge.

L'art. 9 CEDH encadre de manière un peu plus détaillée la liberté de religion, mais reste insuffisant pour fournir des lignes directrices précises :

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

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

Les principales sources de la liberté religieuse en Suisse ne sont donc pas rédigées de telle sorte qu'elles pourraient déterminer de manière (quasi-)automatique les réponses à apporter à des cas concrets. Que l'on pense par exemple aux questions suivantes : est-il licite pour l'Etat d'interdire le port du foulard islamique dans les écoles publiques ? Il s'agit certes de la manifestation d'une religion telle que visée à l'art. 9 § 1 CEDH, mais sa limitation est-elle nécessaire à la protection de l'ordre ou des droits et libertés d'autrui ? la réponse est-elle identique selon que la personne portant un foulard est une élève ou une enseignante ? les jeunes filles musulmanes peuvent-elles être dispensées des cours obligatoires de natation ? la liberté de religion protège-t-elle le droit des élèves de ne pas serrer la main de leur maîtresse ?

Pour répondre à ces questions, il est possible que le juge se fonde sur une certaine *conception* de la liberté religieuse, susceptible d'orienter son jugement⁶. Ainsi, par exemple, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme est amenée à examiner des restrictions en matière de liberté d'expression, elle ancre systématiquement sa réflexion dans une certaine conception de la démocratie : « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.* »⁷

Cette conception de la démocratie sous-tend la manière dont la Cour tranche les cas concrets qui lui sont soumis, dans le sens, par exemple, d'une très forte protection de la liberté d'expression « *dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général* »⁸.

Dans le cadre de la présente contribution, nous nous proposons de rappeler tout d'abord les fondements et les justifications de la liberté religieuse (cf. *infra* I). Nous montrerons que les orientations qui en résultent laissent une grande marge d'appréciation au juge, permettant donc à celui-ci, le cas échéant, d'inscrire son raisonnement dans des considérations philosophiques et politiques plus larges.

⁶ La perspective peut être renversée, en ce sens que ce seraient les jugements rendus successivement par les tribunaux, selon un processus de tâtonnements (*trial and error*), qui rendraient possible l'émergence d'une doctrine. Voir DAVID A. STRAUSS, *The Living Constitution*, OUP, Oxford 2010, p. 53 : « *The story of the emergence of the American constitutional law of free speech is a story of evolution and precedent, trial and error.* » Cela étant, compte tenu des exigences de la présente contribution, il est volontairement fait abstraction de la problématique du respect du précédent judiciaire, qui oriente le juge en l'obligeant à suivre, dans ses décisions, les principes précédemment élaborés par sa juridiction et les juridictions qui lui sont supérieures et à fournir, au besoin, des raisons sérieuses de s'en écarter. Voir, à ce sujet, DANIEL A. FARBER/SUZANNA SHERRY, *Judgment Calls : Principles and Politics in Constitutional Law*, OUP, Oxford 2009, pp. 63-86.

⁷ Cour EDH (GC), *Perinçek c. Suisse*, no 27510/08 (2015), § 196.

⁸ *Ibid.*, § 197.

Sur cette base, nous examinerons les vues défendues par Tristan Zimmermann au sujet de la liberté de religion et suggérerons que celles-ci peuvent être rattachées à une mouvance de philosophie politique appelée *multiculturalisme* (cf. *infra* II). Nous présenterons ensuite les principaux éléments de ce mouvement de pensée, tout en soulignant les dangers de repli communautariste qui pourraient être causés par une mise en œuvre trop radicale (cf. *infra* III).

Enfin, nous examinerons la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, afin de déterminer si celle-ci accueille en son sein certains des principes défendus tant par Tristan Zimmermann que par le multiculturalisme (cf. *infra* IV).

I. La liberté religieuse

Il convient de commencer par rappeler, dans les grandes lignes, les caractéristiques et objectifs de la liberté de religion. Cette liberté embrasse, en effet, un ensemble de fonctions et de dimensions qui rendent d'autant plus complexe son application pratique.

1. Sources

Les sources de la liberté religieuse sont nombreuses : celle-ci est notamment garantie, comme mentionné ci-dessus, par la Constitution fédérale et par la CEDH, mais elle l'est également par tous les traités internationaux généraux protégeant les droits de l'homme (voir, p. ex., art. 18 Pacte II, art. 12 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou art. 8 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples).

Au surplus, en Suisse, la liberté de religion est garantie dans la plupart des constitutions cantonales (voir, par exemple, art. 25 Cst. GE)⁹.

2. Fonctions

L'analyse des modalités de la reconnaissance progressive de la liberté de religion dans les ordres juridiques occidentaux montre que celle-ci poursuit trois fonctions principales.

Premièrement, la liberté de religion joue un rôle clé dans le maintien de la paix religieuse (*Toleranzgebot*)¹⁰. Apparue au 17^{ème} siècle, en plein milieu des guerres confessionnelles provoquées par l'apparition de la Réforme, la liberté de conscience et de croyance s'est vu confier dès son origine la mission d'encourager la tolérance¹¹.

⁹ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux*, 3^{ème} éd., Stämpfli, Berne 2013, p. 219.

¹⁰ REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, 2^{ème} éd., Stämpfli, Berne 2013, p. 313.

¹¹ Voir, par exemple, JOHN LOCKE, *The Works of John Locke, vol. 5 : Four Letters Concerning Toleration*, 12^{ème} éd., Rivington, Londres 1824, p. 51 : « "The sum of all we drive at is, that every man enjoy the same rights that are granted to others." Is it permitted to worship God in the Roman manner? Let it be permitted to do it in the Geneva form also. » VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Gallimard Folio, Paris 1994, p. 492, ouvre le chapitre qu'il consacre à la tolérance de la manière suivante : « *Qu'est-ce que la tolérance ? C'est l'apanage de l'humanité. Nous sommes tous pétris de faiblesse et d'erreurs ; pardonnons-nous réciproquement nos sottises, c'est la première loi de la nature.* » Le deuxième paragraphe de ce chapitre mérite également d'être cité *in extenso* : « *Qu'à la bourse d'Amsterdam, de Londres, ou de Surate, ou de Bassora, le guèbre, le baniau, le juif, le mahométan, le déicole chinois, le bramini, le chrétien grec, le chrétien romain, le chrétien protestant, le chrétien quaker, trafiquent ensemble, ils ne lèveront pas le poignard les uns sur les autres pour gagner des*

Deuxièmement, la liberté de religion, à l'image des autres libertés classiques, répond à la volonté d'ériger des limites au pouvoir de l'Etat en créant des espaces soustraits à son intervention, dans lesquels les individus sont libres de se comporter de manière autonome (*Freiheitsschutz*)¹². Dans cette optique, la liberté de religion protège notamment le droit de chacun(e) de croire ou de ne pas croire au Dieu de son choix, de vivre ses convictions religieuses et de les exprimer ou encore de ne pas se faire imposer de religion¹³.

Troisièmement, la liberté de religion se voit également attribuer une fonction d'intégration (*Integrationsfunktion*)¹⁴. De ce point de vue, la liberté religieuse poursuit l'objectif d'éviter l'exclusion des adeptes de minorités religieuses et de faciliter leur intégration dans la communauté¹⁵.

Enoncer les trois fonctions de la liberté de religion conduit à constater que celles-ci peuvent entrer en conflit dans des cas concrets : il est, par exemple, fréquent que les Etats cherchent à limiter l'expression de ses croyances par un individu (deuxième fonction), dans le but de préserver la paix religieuse (première fonction). Ainsi, en France, l'exposé des motifs du projet de loi No 2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, présenté le 19 mai 2010, expose la problématique de la manière suivante : « *Si la dissimulation volontaire et systématique du visage pose problème, c'est parce qu'elle est tout simplement contraire aux exigences fondamentales du « vivre ensemble » dans la société française* »¹⁶.

En raison de ces tensions internes, la liberté de religion s'avère particulièrement complexe, notamment en comparaison d'autres libertés classiques plus univoques telles que la liberté d'expression.

3. Dimensions

En sus de la pluralité de ses fonctions, la liberté de religion se distingue aussi des autres grandes libertés classiques – droit au respect de la vie privée, liberté d'expression et liberté de réunion / manifestation –, par le fait qu'elle comporte deux dimensions : l'une individuelle et l'autre institutionnelle¹⁷.

La dimension individuelle de la liberté de religion comporte tout d'abord le droit de chacun(e) de choisir librement ses convictions religieuses et philosophiques, de les modifier, de les professer, d'appartenir ou non à une communauté religieuse ou encore de ne pas suivre un enseignement religieux¹⁸. Cette dimension correspond à la deuxième fonction énoncée ci-dessus, visant à limiter les intrusions de l'Etat dans la sphère individuelle.

De ce point de vue, la liberté de religion ne peut être touchée par l'Etat que moyennant le respect des trois conditions classiques de restriction des libertés : l'existence d'une base légale (qui, en cas d'atteinte grave, doit être formelle, c'est-à-dire revêtir la forme d'une loi), la

âmes à leur religion. Pourquoi donc nous sommes-nous égorgés presque sans interruption depuis le premier concile de Nicée ? ».

¹² GREGORIO PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris 2004, p. 181.

¹³ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, Ides et Calendes, Neuchâtel 1967, pp. 712-713.

¹⁴ KIENER/KÄLIN (note 10), p. 313.

¹⁵ ATF 142 I 49 = JT 2016 I 67 c. 3.2.

¹⁶ Projet de loi No 2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, 19 mai 2010, p. 3.

¹⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, (note 9), pp. 214-215.

¹⁸ ATF 123 I 296 c. 2.b/aa.

poursuite d'un intérêt public suffisant et le respect du principe de la proportionnalité (art. 36 al. 1-3 Cst. féd. et 9 § 2 CEDH)¹⁹.

La dimension institutionnelle de la liberté religieuse vise à garantir les trois fonctions identifiées ci-dessus – paix religieuse, liberté individuelle et intégration²⁰. Elle contient, pour l'essentiel, des exigences relatives à la manière dont l'Etat doit se comporter vis-à-vis des phénomènes religieux²¹.

Dans les Etats occidentaux, ces relations s'inscrivent, de manière schématique, entre les deux « modèles » suivants²² :

- le régime de la *neutralité confessionnelle*, qui exige principalement de l'Etat qu'il se montre ouvert de manière égale à l'égard de toutes les convictions religieuses et philosophiques²³ ;
- la *laïcité*, d'origine française, dont l'interprétation est extrêmement malléable mais qui désigne, de manière générale, un régime séparant strictement l'Etat de la religion, cette dernière étant renvoyée dans la sphère privée²⁴.

Ces deux modèles, présentés ici de manière schématique, n'offrent toutefois que des repères très imparfaits entre une attitude de l'Etat accueillante à l'égard des religions et une attitude d'exclusion de la sphère publique : dans la pratique, en effet, les Etats peuvent adopter des comportements très différents vis-à-vis des religions et ce, quel que soit leur « modèle » de départ. Ainsi, on peut envisager un Etat professant une laïcité de type ouvert ou, à l'inverse, un Etat suivant le régime de la neutralité confessionnelle de manière particulièrement sévère²⁵.

A l'image des fonctions de la liberté de religion, ses dimensions peuvent entrer en conflit dans des cas concrets : que l'on songe à la limitation de la liberté d'un individu au nom de la neutralité confessionnelle de l'Etat, comme tel est le cas, par exemple, d'une interdiction de porter le voile imposée aux fonctionnaires, en tant qu'agents de l'Etat. A l'inverse, en cas d'autorisation du port du voile par les membres de la fonction publique, nous serions en présence d'une diminution de la neutralité confessionnelle de l'Etat au nom de la protection de la liberté individuelle.

¹⁹ FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^{ème} éd., Presses universitaires de France, Paris 2016. Par ailleurs, la liberté religieuse offre l'un des (rares) exemples de noyau dur au sens de l'art. 36 al. 4 Cst., c'est-à-dire de l'essence même d'un droit que l'Etat ne peut jamais atteindre : le for intérieur des individus (leurs croyances intimes). Voir ATF 101 Ia 392 c. 3.b (rendu sous l'empire de l'art. 49 aCst.). TRISTAN ZIMMERMANN a consacré un article à ce sujet : Le noyau intangible des droits fondamentaux : la quête d'une définition, in : Eleanor Cashin Ritaine/Arnaud Elodie (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Schulthess, Genève 2008, pp. 299-326.

²⁰ ATF 142 I 49 (note 15) c. 3.3.

²¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 9), p. 214.

²² TRISTAN ZIMMERMANN, La laïcité et la République et canton de Genève, *SJ* 2011 II pp. 29-78, pp. 29-30.

²³ KIENER/KÄLIN (note 10), pp. 318 et ss.

²⁴ CONSEIL D'ETAT, *Réflexions sur la laïcité*, in : *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, La Documentation française, Paris 2004, pp. 241-426.

²⁵ Voir la définition de la laïcité proposée par le Vice-président du Conseil d'Etat français JEAN-MARC SAUVÉ, Laïcité et République, *Conférence Olivaint*, 6 décembre 2016, p. 6 : « [Le Conseil d'Etat] a par conséquent fait du principe de laïcité, non pas une source de restriction des opinions religieuses et de leur expression notamment culturelle, mais l'affirmation de la liberté de conscience religieuse de tous et de la neutralité des personnes publiques en la matière. » Cette définition est singulièrement proche de celle de la neutralité confessionnelle de l'Etat.

4. Récapitulation

D'une structure complexe et traversée d'aspirations / fonctions potentiellement contradictoires, la liberté de religion est fréquemment dans l'impossibilité de dicter des réponses précises à des questions concrètes, en particulier lorsque le juge est amené à effectuer une pesée des intérêts entre liberté individuelle, d'une part, et exigences collectives, d'autre part. Dans le raisonnement judiciaire, une (grande) partie de la réponse pourra donc s'appuyer sur des considérations externes, d'ordre par exemple philosophique et / ou politique.

Le juge saisi pourra ainsi témoigner d'une méfiance générale envers les phénomènes religieux, ce qui le conduira à privilégier une « laïcité de combat » ou une « neutralité religieuse sévère ». A l'inverse, il se montrera peut-être conciliant avec les croyances religieuses et sera ainsi davantage enclin à en accueillir les manifestations dans la sphère publique²⁶.

Parmi les nombreuses postures philosophiques et politiques susceptibles d'encadrer la décision du juge, nous nous proposons à présent de chercher à déterminer celle qui était au cœur des convictions de Tristan Zimmermann.

II. La vision de Tristan Zimmermann

La vision de Tristan Zimmermann du rôle de l'Etat vis-à-vis des religions s'exprime, en filigrane, dans nombre d'articles qu'il a publiés. Pour la plupart d'entre eux, ceux-ci traitent de la place qui doit être réservée aux minorités, en particulier d'appartenance musulmane, dans les sociétés occidentales, notamment dans le domaine scolaire.

Ainsi, dans les remarques conclusives de son article consacré à la laïcité dans le canton de Genève, Tristan Zimmermann écrivait-il :

« La laïcité est revenue dans le débat public français à la fin des années 80 avec l'apparition des différends relatifs au foulard. Ceci n'est pas étonnant, dans la mesure où volens nolens la notion de laïcité est employée pour refuser les différences culturelles et religieuses qui sont toujours davantage présentes au sein d'une société toujours plus hétérogène. Elle sert de bouclier à des relents xénophobes qui tendent à l'exclusion pure et simple du droit à la différence des communautés religieuses. Cette approche est cohérente avec une politique assimilationniste dans laquelle le xenos doit abandonner toutes ses caractéristiques pour être accepté dans la société qui l'accueille. »²⁷

Cet article se poursuit ainsi :

« La laïcité doit dès lors se comprendre comme un principe respectueux des différences et ne doit pas tendre à la discrimination des minorités religieuses (...) En ce sens, il serait

²⁶ Voir l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), dans lequel celle-ci a estimé que la présence annuelle d'une crèche, d'un arbre de Noël et d'une maison du Père Noël dans un parc situé au cœur du quartier commercial d'une ville ne violait pas le devoir de neutralité de l'Etat. Selon les mots du *Chief Justice WARREN BURGER*, qui a rendu l'arrêt de la Cour : « *The Court has sometimes described the Religion Clauses as erecting a "wall" between church and state (...). The metaphor has served as a reminder that the Establishment Clause forbids an established church or anything approaching it. But the metaphor itself is not a wholly accurate description of the practical aspects of the relationship that in fact exists between church and state (...). The Constitution [does not] require complete separation of church and state; it affirmatively mandates accommodation, not merely tolerance, of all religions, and forbids hostility toward any.* » Voir également GLENN S. GORDON, *Lynch v. Donnelly* : Breaking Down the Barriers to Religious Displays, *Cornell Law Review* 1985 [vol. 71], pp. 185-208.

²⁷ ZIMMERMANN (note 22), p. 75.

souhaitable de parler de laïcité d'ouverture ou de reconnaissance. (...) La tolérance doit guider notre définition de la laïcité, car " l'intolérance est la guerre de l'humanité ". »²⁸

Dans une contribution relative à l'histoire constitutionnelle de la liberté de religion en Suisse, Tristan Zimmermann s'exprimait ainsi :

« [L]a liberté religieuse est d'une actualité brûlante dans notre société toujours plus hétérogène et composée de nombreuses minorités religieuses ou spirituelles. Ce droit fondamental est notamment appelé à garantir la protection de ces dernières, " la majorité ne [pouvant] prétendre réduire la minorité au silence ". La diversité ne doit pas être perçue comme une menace mais bien plutôt comme une source d'enrichissement pour la société dans son ensemble (...). En conséquence, l'État est tenu de prendre en considération de la manière la plus générale et satisfaire autant que faire se peut les différentes convictions qui cohabitent sur son sol. »²⁹

Enfin, dans son dernier article, consacré aux symboles religieux dans le milieu scolaire³⁰, Tristan Zimmermann se montrait critique envers la jurisprudence rendue en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme :

« L'école ne doit pas renoncer à sa raison d'être en excluant certains de ses membres au motif qu'ils revêtent un symbole que la majorité n'apprécie pas. (...) [L]interdiction des symboles religieux portés par les élèves en milieu scolaire discrimine au premier chef les membres de la communauté musulmane qui se voient éventuellement privés de leur droit à l'éducation. Quant à l'école, elle ne peut remplir sa mission d'intégration. »³¹

« Le respect des minorités doit conduire au bannissement de tout symbole qui pourrait faire sentir des membres de la communauté scolaire comme étrangers. La majorité ne doit pas imposer ses vues, même subrepticement, aux personnes qui n'appartiennent pas à la confession majoritaire. »³²

Il ressort de ces différentes prises de position que, pour Tristan Zimmermann, la liberté de religion devait (1) être guidée par les notions de tolérance et d'ouverture, (2) ne pas être détournée afin d'imposer les valeurs de la majorité et (3) faire une place aux minorités religieuses pour que celles-ci ne se retrouvent pas *de facto* exclues de la sphère publique.

Cette posture philosophique est renforcée par les valeurs sous-tendant l'opinion dissidente de la juge Françoise Tulkens dans l'arrêt de la CourEDH *Leyla Şahin c. Turquie* (2005)³³, relatif au port du voile à l'université en Turquie, que Tristan Zimmermann citait comme l'un des facteurs déclencheurs de sa décision de consacrer ses recherches au thème de la liberté religieuse :

« L'université donne l'expérience concrète d'un savoir libre et affranchi de toute autorité. C'est une telle expérience qui forme les esprits à la laïcité et à l'égalité plus efficacement qu'une obligation imposée sans adhésion. Le dialogue interreligieux et interculturel, fondé sur la tolérance, est une éducation et il est dès lors paradoxal de priver de cette éducation les jeunes filles qui portent le foulard et en raison de celui-ci. Vouloir la liberté et l'égalité pour les femmes ne peut signifier les priver de la chance de décider de leur avenir. L'interdiction et l'exclusion résonnent en écho au fondamentalisme que ces mesures veulent combattre. Ici comme ailleurs, les risques en sont connus : la radicalisation des croyances, les exclusions silencieuses, le retour

²⁸ *Ibid.*, pp. 76-77.

²⁹ TRISTAN ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse, *Commentationes Historiae Ivris Helveticae* 2012, pp. 9-82, pp. 81-82.

³⁰ TRISTAN ZIMMERMANN, Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école : l'humeur inégale du juge européen, in : Rashid Bahar/Rita Trigo Trindade (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives*, Schulthess, Genève 2013, pp. 107-151.

³¹ *Ibid.*, p. 136.

³² *Ibid.*, p. 137.

³³ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, no 44774/98 (2005).

vers les écoles religieuses. Rejetées par la loi, les jeunes femmes sont renvoyées vers leur loi. Or, nous le savons tous, l'intolérance nourrit l'intolérance. »³⁴

Comme nous l'exposerons ci-dessous, il nous semble que cette vision peut être rattachée à un courant de philosophie politique dénommé, dans le monde anglo-saxon, *multiculturalisme*.

III. Le multiculturalisme

1. Définition et principes

Le terme de multiculturalisme se réfère tout d'abord à un constat objectif de la diversité et du pluralisme croissants des sociétés occidentales, tant dans le domaine culturel que religieux³⁵.

Toutefois, le courant doctrinal appelé multiculturalisme³⁶ va au-delà de cette étape descriptive pour prescrire à l'Etat et aux collectivités publiques certaines orientations devant permettre, selon les membres de ce courant, de tenir compte de manière adéquate de cette diversité³⁷.

Si le mouvement multiculturaliste comporte de nombreuses ramifications et fait l'objet de débats passionnés, il est possible d'en synthétiser l'essence de la manière suivante³⁸. Historiquement, les sociétés occidentales étaient construites sur l'ignorance des différences et sur la mise en avant d'un modèle « normal » façonné sur les caractéristiques de l'homme masculin blanc, hétérosexuel, chrétien et non-handicapé. Dans une telle conception, tout individu qui s'éloigne du modèle normal s'expose à être exclu, marginalisé, réduit au silence ou encore assimilé³⁹.

Le multiculturalisme s'oppose, de manière générale, à ces tendances assimilationnistes, en préconisant que les identités de chacun(e) soient reconnues (et non stigmatisées)⁴⁰ et que les différences fassent l'objet d'un accommodement (et non d'une exclusion)⁴¹.

Certains auteurs estiment que trois différents types de groupes minoritaires doivent être pris en considération: les peuples indigènes, les minorités nationales et les immigrés. Selon eux, les

³⁴ *Ibid.*, § 19 (opinion dissidente).

³⁵ AMY GUTMANN, Introduction, in : Amy Gutmann (éd.), *Multiculturalism : Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton 1994, pp. 1-24, p. 3 ; voir également ZIMMERMANN (note 22), p. 76.

³⁶ La dénomination de ce courant varie et inclut notamment les désignations suivantes : « politique de la différence », « politique identitaire » ou encore « politique de reconnaissance ». Voir WILL KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy : An Introduction*, 2^{ème} éd., OUP, Oxford 2002, p. 327.

³⁷ SARAH SONG, « Multiculturalism », Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016 ; disponible sur <https://plato.stanford.edu/entries/multiculturalism/> (consulté le 24 février 2017).

³⁸ L'exposé qui suit se fonde sur KYMLICKA (note 36), pp. 327-336.

³⁹ WILL KYMLICKA, *Multicultural Odysseys : Navigating the New International Politics of Diversity*, OUP, Oxford 2007, p. 65.

⁴⁰ CHARLES TAYLOR, The Politics of Recognition, in : Amy Gutmann (note 35), pp. 25-74, p. 25 : « A number of strands in contemporary politics turn on the need, sometimes the demand, for recognition. The need, it can be argued, is one of the driving forces behind nationalist movements in politics. And the demand comes to the fore in a number of ways in today's politics, on behalf of minority or "subaltern" groups, in some forms of feminism and in what is today called the politics of "multiculturalism." »

⁴¹ JOSEPH RAZ, Multiculturalism, *Ratio Juris* 1998 [vol. 11], pp. 193-205, p. 197 : « "Multiculturalism," means – among other things – the coexistence within the same political society of a number of sizeable cultural groups wishing and in principle able to maintain their distinct identity. »

défis relatifs à la reconnaissance et à l'accommodement des particularités culturelles et religieuses diffèrent en fonction de chacun de ces groupes⁴².

S'agissant des immigrés, le groupe le plus directement concerné par la problématique de recherche de Tristan Zimmermann, une approche multiculturaliste peut être conçue comme une démarche en deux étapes : tout d'abord, l'intégration des nouveaux arrivants au sein de la nation devrait être comprise dans une version « légère » (« *thin* ») : celle-ci devrait se limiter à exiger une intégration institutionnelle et linguistique, et non l'adoption de coutumes, convictions religieuses ou modes de vie spécifiques⁴³.

En tant que composante de l'identité des individus concernés⁴⁴, les convictions religieuses minoritaires devraient ainsi faire l'objet d'une attention particulière⁴⁵ :

*« The demand for recognition in these latter cases is given urgency by the supposed links between recognition and identity, where this latter term designates something like a person's understanding of who they are, of their fundamental defining characteristics as a human being. The thesis is that our identity is partly shaped by recognition or its absence, often by the misrecognition of others, and so a person or group of people can suffer real damage, real distortion, if the people or society around them mirror back to them a confining or demeaning or contemptible picture of themselves. Nonrecognition or misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning someone in a false, distorted, and reduced mode of being. »*⁴⁶

Simultanément, les institutions dans lesquelles il est demandé aux immigrés de s'intégrer, en premier lieu l'école, devraient faire l'objet d'un examen systématique, afin de s'assurer que leurs règles et symboles ne discriminent pas – même inconsciemment – les immigrés :

*« We need to ensure that the common institutions into which immigrants are pressured to integrate provide the same degree of respect, recognition, and accomodation of the identities and practices of immigrants as they traditionally have of the identities and practices of the majority group. »*⁴⁷

⁴² SONG (note 37). Cette distinction n'est pas unanimement admise et est notamment critiquée par SEYLA BENHABIB, notamment au motif qu'elle érige des barrières trop rigides entre ces groupes *The Claims of Culture : Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, Princeton 2002, p. 64.

⁴³ KYMLICKA (note 36), p. 362.

⁴⁴ BENOÎT XVI, The Regensburg Lecture, in : James V. Schall, *The Regensburg Lecture*, pp. 130-148, pp. 145-146. Voir également RÉGIS DEBRAY, *Le Feu sacré : fonctions du religieux*, Fayard, Paris 2003.

⁴⁵ JÜRGEN HABERMAS, Des fondements prépolitiques pour l'État de droit démocratique ?, in : Jürgen Habermas/Joseph Ratzinger, *Raison et religion : la dialectique de la sécularisation*, Paris 2010, pp. 33-60, p. 59 : « *La neutralité du pouvoir d'État quant aux conceptions du monde, qui garantit des libertés éthiques égales pour chaque citoyen est incompatible avec l'universalisation politique d'une vision du monde sécularisée* ». Notons que l'importance de la liberté religieuse pour l'individu n'est pas acceptée par tous. Voir, par exemple, les propos du philosophe britannique A.C. GRAYLING, Religions don't deserve special treatment, *The Guardian*, 19 octobre 2006 : « *It is time to refuse to tip-toe around people who claim respect, consideration, special treatment, or any other kind of immunity, on the grounds that they have a religious faith, as if having faith were a privilege-endowing virtue, as if it were noble to believe in unsupported claims and ancient superstitions. It is neither.* » Cette conception ne correspond bien évidemment pas à l'état objectif du droit qui, ainsi que rappelé plus haut, garantit expressément la liberté religieuse. Traduite en termes juridiques, elle semble appeler de ses vœux que les comportements religieux soient traités comme les autres, sans prise en compte d'une quelconque spécificité du religieux, dans le cadre des autres libertés classiques : respect de la vie privée et familiale, liberté d'expression et liberté de réunion. Voir aussi JACQUES BOUVERESSE, *Peut-on ne pas croire ? Sur la vérité, la croyance & la foi*, Agone, Marseille 2007.

⁴⁶ TAYLOR (note 40), p. 25.

⁴⁷ KYMLICKA (note 36), pp. 354-355.

Cet examen devra notamment porter sur les codes vestimentaires, les jours fériés et les vacances, le contenu des curricula scolaires, voire des restrictions de taille ou de poids⁴⁸.

2. Limites

Un des défis centraux de la mise en œuvre du multiculturalisme réside dans la fixation de ses limites. Autrement dit, le cœur du problème consiste à déterminer le point à partir duquel la prétention de groupes minoritaires à vivre selon leurs propres coutumes et / ou croyances religieuses doit céder le pas à d'autres intérêts publics légitimes poursuivis par l'Etat.

Que l'on songe, par exemple, aux situations suivantes : la pratique des mutilations génitales féminines devrait-elle être préservée au nom du multiculturalisme ou interdite parce qu'elle enfreint l'ordre public de l'Etat concerné⁴⁹ ? des élèves masculins peuvent-ils être autorisés, par égard pour leur foi, à refuser de serrer la main de leur enseignante⁵⁰ ?

Pour une approche raisonnée des limites qu'il convient de fixer au multiculturalisme afin que celui-ci s'intègre harmonieusement dans un Etat de droit, WILL KYMLICKA propose de distinguer entre les restrictions des droits fondamentaux qui sont le fait du groupe minoritaire concerné (« restrictions internes ») et celles provenant de la majorité de la population (« restrictions externes »)⁵¹.

La première hypothèse concerne le cas où les membres d'un groupe souhaitent restreindre la liberté de leurs membres, dans un but d'auto-préservation vue comme fidélité aux croyances et coutumes du groupe⁵². Tel est le cas, par exemple, des mutilations génitales féminines précitées. Un Etat de droit ne devrait pas, en principe, admettre de telles restrictions et défendre, au-dessus des intérêts du groupe, ceux de l'individu concerné⁵³.

La seconde hypothèse se rapporte aux situations dans lesquelles l'Etat restreint la liberté de membres de groupes religieux d'exprimer ou de manifester leurs croyances, motif pris du fait que celles-ci s'opposent aux valeurs fondamentales d'un ordre démocratique⁵⁴.

Dans les deux cas de figure, si les limites au multiculturalisme sont définies de manière trop laxiste, il existe un risque non négligeable d'éclatement de la communauté au profit d'une forme de repli communautaire⁵⁵, défini comme la fermeture de groupes humains sur eux-mêmes⁵⁶. Un tel repli s'avérerait contraire au but même du multiculturalisme.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 354-355.

⁴⁹ BILKIS VISSANDJÉE/SHEREEN DENETTO/PAULA MIGLIARDI *et al.*, Female genital cutting (FGC) and the ethics of care: community engagement and cultural sensitivity at the interface of migration experiences, *BMC International Health and Human Rights* 2014, 14 :13.

⁵⁰ CÉLINE ZÜND, Elèves musulmans dispensés de serrer la main : le tollé, *Le Temps*, 5 avril 2016.

⁵¹ KYMLICKA (note 36), pp. 340-341.

⁵² WILL KYMLICKA, Introduction, in : Will Kymlicka (éd.), *The Rights of Minority Cultures*, OUP, Oxford 1995, pp. 1-30, p. 14.

⁵³ KYMLICKA (note 36), p. 342. Certains auteurs admettent la possibilité de restrictions internes, pour autant qu'un droit de sortie soit garanti individuellement à tous les membres du groupe. Voir ANNAMARI VITIKAINEN, *The Limits of Liberal Multiculturalism : Towards and Individuated Approach to Cultural Diversity*, New York, Palgrave Macmillan 2015, pp. 127-151.

⁵⁴ JOSEPH H. CARENS, *Culture, Citizenship, and Community : A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, OUP, Oxford 2000, p. 101.

⁵⁵ Il convient de ne pas confondre cette notion de communautarisme avec le courant de philosophie politique anglo-saxon appelé *communitarianism*, emmené notamment par MICHAEL WALZER, *Spheres of Justice : A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York 1983, et AMITAI ETZIONI, *Communitarianism*, in : Michael T.

IV. Liberté religieuse et multiculturalisme

Comme évoqué précédemment, la liberté religieuse fournit au juge une sorte de boîte à outils. De par sa structure – énonciation d'un droit de principe, soumis ensuite à des possibilités de restriction par l'Etat, moyennant notamment le respect du principe de proportionnalité – cette liberté s'avère, *in abstracto*, neutre d'un point de vue de philosophie politique.

Ainsi, si le juge fait systématiquement primer la liberté religieuse individuelle sur les intérêts publics défendus par l'Etat, sa mise en œuvre aboutira à une forme extrême de multiculturalisme, voire même à un repli communautaire. A l'inverse, si, dans la pesée des intérêts, le juge donne toujours la préséance à l'intérêt public poursuivi par l'Etat, la liberté religieuse se révélera impuissante à empêcher un retour au modèle assimilationniste classique.

Il est donc incontournable d'examiner la jurisprudence rendue par les tribunaux, afin de déterminer si ceux-ci sont enclins ou non à interpréter la liberté religieuse à la lumière des valeurs du multiculturalisme.

A titre liminaire, il convient de relever qu'une fois n'est pas coutume, la Cour européenne des droits de l'homme adopte, dans ce domaine, une position en retrait⁵⁷. Se fondant sur l'inexistence d'un « consensus européen » en la matière, elle laisse ainsi aux Etats membres – dont la Suisse – une importante marge d'appréciation⁵⁸, qualifiée même par TRISTAN ZIMMERMANN de « *vertigineuse* »⁵⁹.

Ainsi, la Cour a avalisé la plupart des restrictions prononcées par les Etats au sujet de symboles religieux, les jugeant conformes à l'art. 9 CEDH⁶⁰ : on peut ainsi mentionner, parmi tant d'autres⁶¹, l'interdiction du port du voile par des enseignants⁶², l'interdiction du port du foulard islamique par des étudiantes à l'université⁶³, l'interdiction du port du foulard islamique par des élèves lors des cours d'éducation physique⁶⁴, le non-renouvellement d'un

Gibbons (éd.), *The Encyclopedia of Political Thought*, John Wiley & Sons, New York 2015, pp. 620-625, dont l'objectif est de contrebalancer les droits individuels par certains devoirs envers la collectivité.

⁵⁶ MICHEL WIEVIORKA, *Le printemps du politique : Pour en finir avec le déclinisme*, Robert Laffont, Paris 2007.

⁵⁷ TRISTAN ZIMMERMANN, Liberté religieuse à l'école : l'indiscrutable légèreté du contrôle européen, in : Christine Chappuis/Thomas Kadner Graziano/Bénédict Foëx (éd.), *L'harmonisation internationale du droit*, Schulthess, Genève 2007, pp. 377-397, p. 396 : « Cette étude aura révélé que le domaine du religieux quand il est associé à celui de l'instruction, prérogatives juridiques ô combien importantes aux yeux de l'Etat, limite dans une large mesure le contrôle européen (...) Cette approche est (...) critiquable, car en cas d'abus au niveau national, le juge européen ne semble pas remplir la fonction qui lui a été assignée à Rome en 1950 (...) Quant aux juges de Mon-Repos, ils peuvent dormir sur leurs deux oreilles, ce n'est pas demain que leurs décisions en la matière seront infirmées à Strasbourg. »

⁵⁸ DOMINIC MCGOLDRICK, Religion in the European Public Square and in the European Public Life : Crucifixes in the Classroom ?, *Human Rights Law Review* 2011 (vol. 11), pp. 451-502, pp. 476-497.

⁵⁹ GÉRARD GONZALEZ, Rideau sur le voile et autres signes ostensibles, *AJDA : l'actualité juridique Droit administratif* du 9 novembre 2009, pp. 2077-2082, p. 2080.

⁶⁰ ZIMMERMANN (note 30), p. 134 : « La jurisprudence de la Cour européenne [a] toujours confirmé l'interdiction du port du voile décidée par les autorités nationales. »

⁶¹ Voir Cour EDH, *El Morsli c. la France* (décision), no 15585/06 (2008) (requête déclarée irrecevable, la requérante se plaignant de s'être vu refuser la délivrance d'un visa d'entrée suite à son refus de retirer son voile) ; *Mann Singh c. la France*, no 24479/07 (2008) (requête déclarée irrecevable, le requérant, pratiquant sikh, se plaignant de l'obligation de produire une photographie « tête nue » sur son permis de conduire).

⁶² Cour EDH, *Dahlab c. la Suisse* (décision), no 42393/98 (2001). Voir également *Kurtulmus c. Turquie*, no 65500/01 (2006) (requête déclarée irrecevable, la requérante se plaignant de l'interdiction qui lui était faite de porter le foulard dans le cadre de son activité d'enseignante).

⁶³ Cour EDH, *Sahin* (note 33).

⁶⁴ Cour EDH, *Kervanci c. France*, no 31645/04 (2008) ; *Dogru c. France*, no 27058/05 (2008).

contrat de travail d'une assistante sociale dans un centre hospitalier, au motif qu'elle refusait d'enlever son voile⁶⁵, ou encore l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public⁶⁶.

A l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la présence de crucifix dans les salles de classe était, elle aussi, conforme à la CEDH⁶⁷.

Dans ce domaine, la CEDH joue donc son rôle original d'instrument subsidiaire⁶⁸, laissant aux Etats le soin de définir leur politique de manière prioritaire, sous quelques réserves très générales⁶⁹.

Nous nous proposons donc de nous concentrer sur la jurisprudence rendue ces dernières décennies par le Tribunal fédéral – dans le cadre de la marge d'appréciation que lui confère la CEDH –, afin d'examiner si celle-ci accueille certains principes issus du courant multiculturaliste. Nous chercherons ensuite à déterminer comment ceux-ci sont concrètement mis en œuvre, en nous concentrant sur le domaine de la liberté religieuse à l'école.

1. Influences multiculturalistes

En 1990, dans un arrêt relatif à l'apposition de crucifix dans les salles de classe⁷⁰, le Tribunal fédéral a indiqué que, de manière générale, « la laïcité de l'Etat se résout en une obligation de neutralité qui lui impose de s'abstenir, dans les actes publics, de toute considération confessionnelle susceptible de compromettre la liberté des citoyens dans une société pluraliste. »⁷¹

Il a ajouté, sur le thème plus précis de l'école publique :

« Le principe de la neutralité confessionnelle de l'enseignement garanti par l'art. 27 al. 3 [a]Cst. impose aux écoles publiques l'obligation d'accueillir les adhérents de toutes les confessions sans préjudice pour leur liberté de conscience et de croyance. (...) Cette disposition prévoit une protection accrue des droits des minorités confessionnelles non reconnues, ainsi que des personnes qui professent l'athéisme, l'agnosticisme ou l'indifférence en matière religieuse, à moins que des motifs d'ordre ou d'intérêt public n'imposent l'adoption de mesures restrictives, auxquelles sont aussi soumises les religions traditionnelles dominantes en Suisse. (...) C'est avant tout par la tolérance que la liberté de conscience et de croyance peut être garantie dans les écoles. »⁷²

⁶⁵ Cour EDH, *Ebrahimian c. France*, no 64846/11 (2015).

⁶⁶ Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, no 43835/11 (2014).

⁶⁷ Cour EDH (GC), *Lautsi c. Italie*, no 30814/06 (2011).

⁶⁸ ED BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights : From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, OUP, Oxford 2010, pp. 114-118 ; A. W. BRIAN SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire : Britain and the Genesis of the European Convention*, OUP, Oxford 2010, p. 654.

⁶⁹ Dans l'arrêt *Lautsi* précité (note 67), la Cour a ainsi posé que : « [L]es Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de concilier l'exercice des fonctions qu'ils assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement et le respect du droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. Cela vaut pour l'aménagement de l'environnement scolaire comme pour la définition et l'aménagement des programmes. La Cour se doit donc en principe de respecter les choix des Etats contractants dans ces domaines, y compris quant à la place qu'ils donnent à la religion, dans la mesure toutefois où ces choix ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement. » (§ 69). Le fait que la Cour fixe la limite de l'intervention étatique à un stade aussi avancé que l'endoctrinement montre bien son retrait en la matière.

⁷⁰ ATF 116 Ia 252 = JT 1992 I 5 *Comune di Cadro*.

⁷¹ *Ibid.*, c. 6.

⁷² *Ibid.*, c. 6.a.

De même, dans un arrêt de décembre 2015 relatif à une interdiction faite aux élèves de porter le voile à l'école⁷³, le Tribunal fédéral a posé, en majeure de son raisonnement, les principes suivants :

« La tolérance, la liberté et l'intégration religieuses 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'Etat. Les devoirs de neutralité et de tolérance de l'Etat résultent de la liberté religieuse et de la protection contre la discrimination du fait des convictions philosophiques ou religieuses. La neutralité religieuse et philosophique de l'Etat n'est pas établie déjà lorsqu'une séparation stricte de l'Etat et de la religion est réalisée (tradition de l'Etat laïc) ; elle suppose en outre une attitude également réceptive à l'égard de diverses idéologies et profession de foi (neutralité de l'Etat). »⁷⁴

Nous pouvons donc conclure de ces quelques extraits que des principes multiculturalistes imprègnent la jurisprudence du Tribunal fédéral. Reste à examiner comment celles-ci sont traduites dans la pratique, en particulier lorsqu'est en jeu la question des limites qu'il convient de leur imposer.

2. Mise en œuvre

Compte tenu des observations qui précèdent, le Tribunal fédéral devrait, en principe, reconnaître et accommoder les croyances de chacun, tout en rejetant toute velléité assimilationniste. Il convient toutefois d'examiner si cette posture se vérifie dans la jurisprudence de notre Haute Cour. Pour ce faire, nous proposons de distinguer entre les dimensions institutionnelle et individuelle de la liberté religieuse (voir *supra* I.3).

A) Dimension institutionnelle

A notre sens, l'issue d'un litige mettant en cause la dimension institutionnelle de la liberté religieuse – soit le positionnement de l'Etat vis-à-vis des religions et le principe de sa neutralité – dépend de savoir si cette dimension est seule concernée ou si la dimension individuelle de la liberté est également en cause.

Lorsque seule la dimension institutionnelle de la liberté religieuse est en jeu, le Tribunal fédéral n'hésite pas à contraindre l'Etat à ne pas exprimer ou cautionner certaines croyances. Cette position a clairement été adoptée par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 1990 relatif à la présence de crucifix dans les salles de classe⁷⁵.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la présence de crucifix dans les salles d'école violait la liberté religieuse, au motif que *« [l'Etat] ne peut pas se prévaloir de la faculté de manifester en toute circonstance, dans le cadre de l'enseignement, son propre attachement à une confession. Il doit éviter de s'identifier à une religion, qu'elle soit majoritaire ou minoritaire, en préjugant ainsi des convictions des citoyens de diverses confessions »⁷⁶.*

⁷³ ATF 142 I 49 (note 15).

⁷⁴ Ibid., c. 3.3 (références omises).

⁷⁵ ATF 116 Ia 252 (note 70) c. 7.b.

⁷⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position identique dans son arrêt de chambre dans l'affaire *Lautsi c. Italie*, no 30814/06 (2009). Cela étant, l'affaire *Lautsi* a été renvoyée à la demande du gouvernement italien devant la Grande Chambre, qui a pris le contrepied de cette position dans son arrêt. Voir Cour EDH (GC), *Lautsi* (note 67).

Parce qu'il rejette les tendances assimilationnistes inhérentes à l'apposition de crucifix, cet arrêt s'avère pleinement conforme aux principes du multiculturalisme⁷⁷.

La question devient plus complexe lorsqu'à la dimension institutionnelle vient s'opposer la dimension individuelle de la liberté religieuse.

Tel est le cas, en particulier, s'agissant du port du voile par des enseignantes dans le cadre de leur activité à l'école publique : celles-ci agissent certes comme représentantes de l'Etat (qui a l'obligation de demeurer neutre), mais elles bénéficient simultanément, à titre individuel, de la liberté religieuse⁷⁸.

Dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral a admis qu'il était conforme aux droits fondamentaux de faire primer la neutralité religieuse de l'Etat (dimension institutionnelle) sur le droit de l'enseignante à manifester ses convictions religieuses (dimension individuelle)⁷⁹.

Cette pesée des intérêts en faveur de la dimension institutionnelle de la liberté religieuse n'est toutefois pas inéluctable : la Cour constitutionnelle allemande a ainsi récemment jugé que les enseignantes devaient être autorisées à porter le voile dans les écoles publiques, sous réserve d'un danger concret pour la neutralité de l'Etat ou la paix scolaire, octroyant ainsi davantage de poids à la dimension individuelle de la liberté religieuse⁸⁰.

B) Dimension individuelle

La dimension individuelle de la liberté religieuse correspond à la deuxième fonction de la liberté religieuse, c'est-à-dire au droit fondamental d'exprimer et de manifester ses croyances (voir *supra* I.2). En application de l'art. 36 Cst. et 9 § 2 CEDH, ce droit ne peut être restreint par l'Etat que moyennant le respect des trois conditions classiques que sont l'exigence de base légale, la poursuite d'un intérêt public et le respect de la proportionnalité.

Parmi ces trois conditions, l'exigence de base légale ne se prête pas à des modulations de nature « philosophique » : elle constitue, en effet, un prérequis formel, découlant des principes fondateurs d'un Etat de droit⁸¹. En revanche, tant la condition de l'intérêt public poursuivi que celle de la proportionnalité peuvent se prêter à différentes interprétations selon l'appréciation du juge et les spécificités du cas concret.

Ainsi que nous l'avons évoqué plus haut, le cadre de la réflexion peut être posé comme suit : plus la liberté individuelle se voit accorder de respect, plus les valeurs multiculturalistes sont respectées, avec un risque de repli communautaire en cas d'application maximaliste.

Afin d'appréhender la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous proposons de suivre l'hypothèse suivante : le souci accordé au multiculturalisme par le Tribunal fédéral dépend, dans une large mesure, du rapport, dans chaque cas concret, entre les trois fonctions de la

⁷⁷ Un autre exemple réside dans l'obligation faite aux élèves de chanter des chants religieux avant Noël et Pâques, qui, selon le Tribunal fédéral, viole leur liberté religieuse si elle est excessive et implique une forme de conversion. Voir arrêt 2C_724/2011 du 11 avril 2012.

⁷⁸ FRANÇOIS BELLANGER, Liberté religieuse et enseignement, *RDSR* 2016, pp. 154-163, p. 160.

⁷⁹ ATF 123 I 296. Comme indiqué ci-dessus, cet arrêt a été confirmé par la Cour, cette dernière ayant déclaré irrecevable la requête formée à son encontre. Voir Cour EDH, *Dahlab* (note 62).

⁸⁰ Arrêt 1 BvR 471/10 – 1 BvR 1181/10 du 27 janvier 2015, § 101 : « Ein angemessener, der Glaubensfreiheit der sich auf ein religiöses Bedeckungsgebot berufenden Pädagoginnen hinreichend Rechnung tragender Ausgleich mit gegenläufigen verfassungsrechtlich verankerten Positionen erfordert für die vorliegende Fallgestaltung eine einschränkende Auslegung der schulfriedens- und neutralitätswahrenden Verbotsnorm dergestalt, dass zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegen muss. »

⁸¹ MAURICE DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel, vol. I : Les grands systèmes politiques*, 17^{ème} éd., PUF, Paris 1988, pp. 17-22.

liberté religieuse (voir *supra* I.2) : si celles-ci convergent, le respect accordé à la liberté religieuse individuelle, et donc aux croyances minoritaires, sera maximal ; en revanche, si elles divergent, il existe de fortes probabilités que le Tribunal fédéral fasse primer les objectifs de paix religieuse ou d'intégration sur le respect du libre choix individuel.

Un exemple du premier cas de figure est fourni par l'arrêt du Tribunal fédéral de décembre 2015 relatif à l'interdiction générale faite aux élèves dans une commune saint-galloise de porter le voile à l'école⁸². Il se distingue du port du voile par une enseignante examinée plus haut, dans la mesure où, ici, la dimension institutionnelle de l'Etat n'est pas (directement) concernée⁸³.

Dans cet arrêt, les parents d'une élève se plaignaient que celle-ci n'ait pas été mise au bénéfice d'une dispense à ladite interdiction, en invoquant la liberté religieuse individuelle. Rappelant qu'une mesure restreignant la liberté religieuse ne doit pas être plus grave que nécessaire d'un point de vue objectif, spatial, temporel et personnel, le Tribunal fédéral a tout d'abord relevé qu'une interdiction générale du port du voile n'était pas nécessaire pour assurer la paix religieuse ou la discipline scolaire⁸⁴.

Le Tribunal fédéral a ensuite insisté sur la fonction intégrative de la liberté de religion : « *Il n'apparaît ni souhaitable ni nécessaire, tant sous l'angle de l'égalité des sexes que de l'intégration, de subordonner la scolarisation ultérieure de l'élève à la renonciation au port d'un signe religieux. Il importe davantage de donner accès à l'enseignement scolaire aussi à une élève pratiquante, afin que celle-ci bénéficie de l'égalité des chances et de l'intégration dont la Commune recourante souligne elle-même la nécessité* »⁸⁵. Sur cette base, il a jugé l'interdiction générale du port de voile disproportionnée⁸⁶.

Cet arrêt présente certaines similitudes avec l'ordonnance du Conseil d'Etat français du 26 août 2016⁸⁷ relative à l'arrêté adopté, à l'instar d'une trentaine d'autres communes françaises, par la commune de Villeneuve-Loubet dans les Alpes-Maritimes et prohibant le port du *burkini* – un maillot de bain couvrant intégralement le corps mais laissant le visage apparent⁸⁸. En effet, dans son ordonnance, le Conseil d'Etat a constaté que la revendication religieuse individuelle ne s'opposait pas à la paix religieuse ou au maintien de l'ordre public⁸⁹.

⁸² ATF 142 I 2016 (note 15). Antérieurement, dans l'ATF 139 I 280 = JT 2014 I 118, le Tribunal fédéral avait déjà annulé une interdiction, adoptée par une commune, de porter le voile, mais uniquement parce que celle-ci ne reposait pas sur une base légale formelle.

⁸³ ANDREAS AUER, Le crucifix et le foulard devant le juge constitutionnel suisse : plaider pour un renversement de jurisprudence, in : *Recht - Ethik - Religion : der Spannungsbogen für aktuelle Fragen, historische Vorgaben und bleibende Probleme : Festgabe für Bundesrichter Dr. Giuseppe Nay zum 60. Geburtstag*, Exodius, Lucerne 2002, pp. 210-218.

⁸⁴ ATF 142 I 2016 (note 15) c. 9.

⁸⁵ *Ibid.*, c. 9.6.2.

⁸⁶ *Ibid.*, c. 10.2.

⁸⁷ Conseil d'Etat, Ordonnance nos 402742, 402777, 26 août 2016.

⁸⁸ Au cours de l'été 2016, 31 communes françaises ont adopté des arrêtés interdisant le port du *burkini* sur leurs plages. Voir *Burkini* : où en sont les 31 communes qui l'avaient interdit par arrêté ?, *L'Express*, 1^{er} septembre 2016.

⁸⁹ Ordonnance nos 402742 (note 87), c. 6 : « *Il ne résulte pas de l'instruction que des risques de trouble à l'ordre public aient résulté, sur les plages de la commune de Villeneuve-Loubet, de la tenue adoptée en vue de la baignade par certaines personnes. S'il a été fait état au cours de l'audience publique du port sur les plages de la commune de tenues de la nature de celles que l'article 4.3 de l'arrêté litigieux entend prohiber, aucun élément produit devant le juge des référés ne permet de retenir que de tels risques en auraient résulté. En l'absence de tels risques, l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée. Dans ces conditions, le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade alors qu'elles ne reposent ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public*

Qu'il s'agisse du port du voile à l'école ou du burkini à la plage, la fonction individuelle de la liberté religieuse – garantir le port d'un vêtement religieux – permet une intégration *différenciée* des individus concernés dans la communauté et ne met pas en danger l'ordre public⁹⁰. Les trois fonctions de la liberté religieuse convergent donc vers une primauté de la liberté religieuse individuelle.

La situation devient, en revanche, plus complexe si la revendication individuelle de liberté se heurte à l'une des autres fonctions de la liberté religieuse, ainsi que tel peut notamment être le cas si cette revendication présente un risque pour la paix religieuse et l'ordre public.

Ainsi, dans un arrêt relativement ancien, le Tribunal fédéral a jugé que, dans le cas d'une procession religieuse sur la voie publique, la liberté de religion pouvait être restreinte par l'Etat, pour autant que « *la vie en commun soit perturbée ou menacée par le déroulement de la manifestation en public et qu'il en résulte un état de tension préjudiciable. Tel sera le cas si la nature de la manifestation apparaît objectivement inopportune et provocatrice au regard des circonstances locales* »⁹¹.

Cette hypothèse est également remplie lorsque la revendication individuelle se heurte à la fonction d'intégration de la liberté religieuse. Ainsi, de manière générale, le Tribunal fédéral se montre réticent à accorder des dispenses permettant à des élèves de se soustraire, de manière générale, à l'enseignement de certaines branches, au nom de leur intégration⁹².

Par exemple, en matière de dispense de cours de natation⁹³, le Tribunal fédéral est revenu, par un changement de jurisprudence, sur la position extrêmement multiculturaliste qu'il avait initialement adoptée. Dans un arrêt de 1993, en effet, le Tribunal fédéral avait reconnu, de manière générale, un droit aux écolières musulmanes d'être dispensées des cours de natation⁹⁴.

En 2008, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence en considérant qu'il était conforme à la liberté religieuse d'imposer la fréquentation des cours de natation mixtes aux enfants musulmans (filles et garçons), le cas échéant en assortissant cette obligation de mesures d'accompagnement telles que l'autorisation d'utiliser un maillot de bain couvrant tout le corps, soit... un *burkini*⁹⁵.

Il est intéressant de s'arrêter sur la motivation de ce revirement jurisprudentiel. En effet, si le Tribunal fédéral admet une restriction à la fonction individuelle de la liberté religieuse, c'est au nom de sa fonction intégrative :

« La reconnaissance d'un droit à une dispense générale des cours de natation collectifs pour les enfants musulmans serait contraire aux multiples efforts entrepris pour intégrer cette partie de

ni, par ailleurs, sur des motifs d'hygiène ou de décence. L'arrêt litigieux a ainsi porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle. »

⁹⁰ Voir la notion d'ordre public définie par MAURICE HAURIUO comme « *l'ordre matériel et extérieur considéré comme un Etat de fait opposé au désordre, l'Etat de paix, opposé à l'Etat de trouble* ». Voir MAURICE HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., Sirey, Paris 1933, p. 549.

⁹¹ ATF 108 Ia 41 c. 2.a.

⁹² ATF 142 I 2016 (note 15) c. 4.3. Le Tribunal fédéral se montre, en revanche, plus ouvert à accorder des dispenses ponctuelles, par exemple lorsqu'une date d'examen coïncide avec un jour de fête religieuse. Voir ATF 134 I 114 = JT 2009 I 243 c. 6.2.

⁹³ Un autre exemple, qui n'a, à notre connaissance, pas (encore) fait l'objet de développements jurisprudentiels, concerne l'obligation faite aux élèves masculins musulmans de serrer la main de leur maîtresse. Voir Les écoliers de Therwil devront serrer la main, *Le Temps*, 25 mai 2016.

⁹⁴ ATF 119 Ia 178 = JT 1995 I 290.

⁹⁵ ATF 135 I 79 = SJ 2009 I 329 c. 7.3. Il est intéressant d'observer que le *burkini*, banni des plages françaises en 2016 au nom de la défense de l'ordre public, revêt, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, un rôle de facilitateur d'intégration.

la population. En particulier, les enfants concernés rencontreraient bien plus de difficultés pour sa familiariser avec la cohabitation naturelle des deux sexes telle qu'elle est pratiquée dans notre société. »⁹⁶

On peut observer une évolution similaire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : celle-ci admet, en effet, le principe selon lequel l'objectif d'intégration de la liberté religieuse puisse l'emporter sur sa dimension individuelle.

Ainsi, dans l'affaire *S.A.S.* précitée, la Cour a rejeté l'argument du gouvernement français selon lequel l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public était nécessaire pour protéger la sûreté ou la sécurité publiques⁹⁷. Elle a toutefois admis que cette interdiction pouvait être considérée comme justifiée dans la mesure où elle visait à garantir « *les conditions du " vivre ensemble "* »⁹⁸.

Pour aboutir à cette conclusion, il a fallu que la Cour procède à une redéfinition de ce qui peut constituer un intérêt légitime. En effet, en vertu de l'art. 9 § 2 CEDH, seules peuvent constituer un tel intérêt 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.

La Cour a donc dû interpréter l'art. 9 § 2 CEDH :

*« [L]a Cour estime (...) que, dans certaines conditions, ce que le Gouvernement qualifie de " respect des exigences minimales de la vie en société " – le " vivre ensemble ", dans l'exposé des motifs du projet de loi – peut se rattacher au but légitime que constitue la " protection des droits et libertés d'autrui ". »*⁹⁹

Conclusion

Tristan Zimmermann défendait une vision ouverte et inclusive de la liberté religieuse, s'inscrivant dans le mouvement de pensée *multiculturaliste*. Le chapitre précédent a tenté de montrer que le Tribunal fédéral, pour sa part, se montre enclin à accueillir cette vision dans sa jurisprudence, lorsqu'il est amené à interpréter la liberté religieuse.

Toutefois, en raison de la complexité de la liberté religieuse et de ses différentes aspirations, l'acceptation de ces valeurs ne conduit pas systématiquement le Tribunal fédéral à donner la priorité, dans un cas concret, à la revendication religieuse individuelle.

Ainsi, dans les cas où les différentes aspirations de la liberté religieuse sont alignées, la revendication individuelle sera généralement protégée. Tel est le cas du port du voile à l'école par les élèves, puisque le respect de la revendication individuelle – porter le voile – est simultanément favorable à l'intégration de l'élève.

Le respect de la dimension individuelle de la liberté religieuse n'est cependant pas garanti lorsque celle-ci s'oppose à ses autres fonctions. Le Tribunal fédéral pourra ainsi refuser de

⁹⁶ *Ibid.* Cette jurisprudence a ensuite été confirmée dans l'arrêt 2C_666/2011 du 7 mai 2012 et dans l'arrêt 2C_1079/2012 du 11 avril 2013. La première de ces deux affaires a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui a considéré, à l'unanimité, que l'art. 9 CEDH n'avait pas été violé. Voir Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, no 29086/12 (2017).

⁹⁷ Cour EDH, *S.A.S.* (note 66), §§ 138-139.

⁹⁸ *Ibid.*, §§ 142-159.

⁹⁹ *Ibid.*, § 121.

faire primer les droits individuels en se fondant sur la protection de l'ordre public ou sur un objectif d'intégration des membres de minorités religieuses dans la communauté. Cette deuxième situation a été illustrée par la problématique des dispenses de cours de natation, où le respect de la revendication individuelle aurait conduit à la mise à l'écart – c'est-à-dire à l'exclusion – de l'élève concerné.

Toutefois, le raisonnement atteint ici une forme d'aporie : le Tribunal fédéral fonde, de manière *a priori* justifiée, son rejet de la revendication individuelle sur un objectif d'intégration de l'élève. Or, si, suite à cette décision, les parents de ce dernier décident de le retirer de l'école publique pour l'inscrire dans une école (religieuse) privée, la décision se sera avérée, en fin de compte, contre-productive. En effet, ce n'est pas seulement d'une matière dont l'élève se verra alors privé, mais de l'ensemble du cursus de l'enseignement public.

Ce constat démontre qu'il est périlleux de chercher à déterminer, abstraitement et une fois pour toutes, les limites qu'il convient d'opposer à la mise en œuvre du multiculturalisme. En s'appuyant sur les valeurs défendues, de manière générale, par ce courant de pensée, il est ainsi hautement préférable de procéder à une analyse au cas par cas de chaque situation¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Voir la notion de justice comme équité développée par ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Librairie générale française, Paris 1992, pp. 230-231 : « Lors donc que la loi dispose d'une manière toute générale, et que, dans les cas particuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel, alors on fait bien, là où le législateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser et de suppléer son silence, et de prononcer à sa place, comme il prononcerait lui-même s'il était là (...) La nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre » (livre V, chap. 10. §§ 5-6).

La reconnaissance des communautés religieuses en droit vaudois

ARUN BOLKENSTEYN*

Introduction

La réglementation des rapports entre l’Eglise et l’Etat est du ressort des cantons, en vertu des art. 3 et 72 al. 1 Cst. Le terme d’« Eglise » au sens de cette dernière disposition vise non seulement les Eglises chrétiennes au sens strict, mais toutes les communautés religieuses¹.

La doctrine distingue deux formes de reconnaissance. La première, qualifiée de reconnaissance « tout court » (*öffentlich-rechtliche Anerkennung*), de reconnaissance qualifiée (*qualifizierte Anerkennung*) ou encore de grande reconnaissance (*grosse Anerkennung*), confère le statut de personne morale de droit public. Les communautés religieuses concernées disposent en outre, suivant les cantons, de la faculté de lever l’impôt ecclésiastique auprès de leurs membres, voire auprès des personnes morales. En cas de reconnaissance d’intérêt public (*öffentliche Anerkennung*), également qualifiée de reconnaissance simple (*einfache Anerkennung*) ou de petite reconnaissance (*kleine Anerkennung*), la communauté religieuse demeure régie par le droit privé ; par ailleurs, elle ne peut pas prélever d’impôt².

Dix-sept cantons prévoient la possibilité de reconnaître des communautés religieuses en plus de celles qui le sont directement par la constitution cantonale³.

Tous les cantons suisses, hormis Genève et Neuchâtel, reconnaissent les principales Eglises chrétiennes comme corporations de droit public⁴. La communauté israélite bénéficie d’une reconnaissance, simple ou qualifiée, dans six cantons⁵. Actuellement, le canton de Bâle-Ville

* Docteur en droit, greffière au Tribunal administratif fédéral.

¹ PHILIPPE GARDAZ, La reconnaissance des communautés religieuses : compétence, typologie, situation actuelle, in : René Pahud de Mortanges (éd.), *Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften : Zukunfts- oder Auslaufmodell ?*, Schulthess, Zurich 2015, pp. 383-390 (traduit en langue allemande aux pp. 1-10), p. 383, note 2.

² GARDAZ (note 1), pp. 385 s.

³ GARDAZ (note 1), p. 389. Pour un panorama dans l’ensemble des cantons ainsi que des extraits des dispositions constitutionnelles et législatives topiques, voir STEFAN KÖLBENER, *Das kantonale Anerkennungsrecht in der Schweiz*, in : Pahud de Mortanges (note 1), pp. 287-369.

⁴ GARDAZ (note 1), pp. 387 s.

⁵ GARDAZ (note 1), p. 388. Pour le surplus, voir STEFAN KÖLBENER/ELENA RABNER, *Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von jüdischen Gemeinden in der Schweiz*, in : Pahud de Mortanges (note 1), pp. 155-200.

est le seul à avoir reconnu une communauté autre que chrétienne ou juive, soit la communauté alevite⁶.

Dans le canton de Vaud, la Constitution du 1^{er} mars 1885 avait maintenu l'Église évangélique réformée comme institution nationale (cf. art. 13 al. 1). L'Église catholique romaine était régie par le droit privé ; depuis une révision constitutionnelle en 1970, elle a bénéficié d'un soutien financier pour les frais du culte catholique, proportionnel à celui assuré à l'Église réformée⁷. La Constitution vaudoise du 14 avril 2003⁸ dispose que l'Etat tient compte de la dimension spirituelle de la personne humaine et reconnaît de manière générale la contribution des Eglises et des communautés religieuses au lien social et à la transmission de valeurs fondamentales⁹. L'Église évangélique réformée et l'Église catholique romaine, telles qu'elles sont établies dans le canton, sont reconnues comme institutions de droit public dotées de la personnalité morale, et sont ainsi désormais mises sur un pied d'égalité¹⁰. La communauté israélite est reconnue comme institution d'intérêt public ; ce statut peut être reconnu, à leur demande et moyennant le respect de certaines conditions, à d'autres communautés religieuses¹¹.

La loi sur la reconnaissance des communautés religieuses et sur les relations entre l'Etat et les communautés religieuses reconnues d'intérêt public a été adoptée le 9 janvier 2007¹², soit dans le délai prévu par l'art. 177 al. 1 Cst. VD. Il aura cependant fallu encore attendre huit ans pour que le règlement d'application ne voie le jour¹³, ouvrant la voie au dépôt des demandes de reconnaissance. Début 2016, cinq communautés avaient fait part publiquement de leur intérêt à obtenir une reconnaissance, à savoir la Fédération évangélique vaudoise (FEV), l'Église anglicane, l'Église catholique chrétienne, l'Union vaudoise des associations musulmanes (UVAM) et les Communautés orthodoxes vaudoises¹⁴. Le 31 octobre 2016, les communautés anglicane et catholique-chrétienne, réunies pour l'occasion dans une nouvelle Fédération des Églises dans le canton de Vaud signataires de l'Accord de Bonn de 1931 (FACCV), ont formellement déposé la première demande de reconnaissance¹⁵.

⁶ GARDAZ (note 1), p. 388 ; CHRISTOPH WINZELER, Die neuere Anerkennungspraxis im Religionsverfassungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in : Pahud de Mortanges (note 1), pp. 25-37, p. 33. Pour le surplus, voir Conseil d'Etat du canton de Bâle-Ville, Bericht 10.5393.02 / 10.5395.0 zum Gesuch der Kulturvereinigung der Aleviten und Bektaschi Basel sowie des Alevitischen Kulturzentrums Regio Basel um kantonale Anerkennung gemäss § 133 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt (...), 14/15 août 2012, disponible en ligne sur http://www.inforel.ch/fileadmin/user_upload/dateien/i215e45.Gesuch.pdf (consulté le 31 janvier 2017).

⁷ Pour une présentation approfondie de la période bernoise à la Constitution vaudoise du 1^{er} mars 1885, voir PHILIPPE GARDAZ, Le statut juridique des Eglises réformée et catholique dans le canton de Vaud, in : Adrian Loretan (éd.), *Rapports Église-État en mutation*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Fribourg 1997, pp. 135-146, *passim*. Pour une présentation plus succincte, voir PHILIPPE CONOD, Liberté de croyance. Etat, Eglises et communautés religieuses, in : Pierre Moor (éd.), *La Constitution vaudoise du 14 avril 2003*, Stämpfli, Berne 2004, pp. 331-355, pp. 332-334.

⁸ Cst. VD ; Recueil systématique de la législation vaudoise (RS/VD) 101.01.

⁹ Cf. art. 169 Cst. VD ; CONOD (note 7), pp. 336-338 ; PHILIPPE GARDAZ, *Le statut des Eglises et communautés religieuses dans la nouvelle constitution vaudoise*, Annuaire suisse de droit ecclésiastique 2002, pp. 168-173, pp. 168 s.

¹⁰ Cf. art. 170 al. 1 Cst. VD ; CONOD (note 7), pp. 343 s. et 348 s. ; GARDAZ (note 9), pp. 169 s.

¹¹ Cf. art. 171 s. Cst. VD ; CONOD (note 7), pp. 344-347.

¹² LR/CR/VD (RS/VD 180.51).

¹³ Règlement d'application de la loi vaudoise du 9 janvier 2007 sur la reconnaissance des communautés religieuses et sur les relations entre l'Etat et les communautés religieuses reconnues d'intérêt public, du 24 septembre 2014 (RLR/CR/VD ; RS/VD 180.51.1), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

¹⁴ Conseil d'Etat du canton de Vaud, Réponse à la simple question Fabienne Despot (16_QUE_042) – Quelles sont les communautés religieuses intéressées à obtenir la reconnaissance d'intérêt public ?, 2 mars 2016.

¹⁵ Communiqué du Conseil d'Etat vaudois, « Dépôt d'une demande de reconnaissance par les communautés anglicane et catholique chrétienne », 1^{er} novembre 2016, disponible sur : <http://www.bicweb.vd.ch/communiqu.asp?pObjectID=601461> (consulté le 31 janvier 2017).

Par ailleurs, sur le plan politique, début 2017, l'initiative populaire cantonale « Contre l'intégrisme religieux » a été lancée¹⁶. Elle a été retirée le 8 mai 2017, faute d'avoir obtenu le nombre de signatures requis¹⁷. L'initiative visait à préciser dans la Constitution cantonale que « [l]a reconnaissance comme institution d'intérêt public ne donne, aux communautés reconnues et à leurs membres, aucun droit à l'octroi de concessions ou de dérogations motivées ou encouragées par la croyance ou la pratique religieuse (...) ».

Nous examinerons successivement les conditions d'octroi de la reconnaissance à d'autres communautés religieuses (I), la procédure applicable (II), ainsi que les effets qui en découlent (III).

I. Conditions de la reconnaissance

1. Généralités

Les conditions énumérées par la loi sont exhaustives. Néanmoins, tant le constituant que le législateur semblent avoir voulu exclure un droit à la reconnaissance¹⁸. Les demandes de reconnaissance doivent cependant être traitées en respectant notamment les principes de la neutralité confessionnelle de l'Etat – déduite de l'art. 15 Cst.¹⁹ –, de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) et de l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.)²⁰. Dans l'hypothèse d'un rejet d'une demande, quand bien même toutes les conditions seraient remplies, la communauté requérante risque en outre de se heurter à des difficultés d'ordre procédural : elle ne pourrait obtenir la reconnaissance directement en justice, celle-ci revêtant la forme d'une loi (cf. *infra* III/1/B et C).

Outre des conditions formelles et comptables (ch. 2), la communauté requérante doit respecter l'ordre juridique suisse (ch. 3) et être établie depuis une certaine durée dans le canton, en y remplissant un rôle d'une certaine importance (ch. 4).

2. Conditions formelles et comptables

La communauté requérante doit être formellement organisée et avoir son siège dans le canton. En outre, elle doit respecter le principe de la transparence financière, soit tenir ses comptes conformément aux dispositions sur la comptabilité commerciale du Code des obligations (cf. art. 9 LR/CR/VD).

¹⁶ Feuille des avis officiels du canton de Vaud (FAO/VD) du 10 janvier 2017, p. 14 (début de la récolte des signatures). Par décision du 23 novembre 2016, l'initiative avait été validée par le Conseil d'Etat (FAO/VD du 29 novembre 2016, p. 9).

¹⁷ FAO/VD du 12 mai 2017, p. 12.

¹⁸ Rapport de la commission, in : Bulletin des séances du Grand Conseil du Canton de Vaud, séance du mercredi après-midi 13 décembre 2006, pp. 6934-6956, 6 novembre 2006, pp. 6941 et 6951 ; CONOD (note 7), p. 354.

¹⁹ ATF 142 I 49 (= JT 2016 I 67) consid. 3.3 p. 53 ; ATF 139 I 280 (= JT 2014 I 118) consid. 5.5.2 p. 290 ; SIMON M. SCHÄDLER, *Der Schutz des religiösen Friedens als Staatsaufgabe*, thèse Zurich, Schulthess, Zurich 2014, p. 44 ; TRISTAN ZIMMERMANN, *Le voile versus le crucifix ou le conflit entre la liberté religieuse et la neutralité religieuse de l'Etat*, in : Jusletter 5 mars 2012, n° 7 s.

²⁰ REGINA KIENER/SEBASTIAN KEMPE, *Zwischen Tradition und Grundrechtsschutz: Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Glaubensgemeinschaften*, ZBl. 2016, pp. 567-587, pp. 576 ss.

3. Respect de l'ordre juridique suisse

La communauté requérante doit reconnaître le caractère contraignant de l'ordre juridique suisse. Ce principe, qui pourrait paraître trivial, a été décliné sous différentes facettes. Il est tout d'abord énoncé de manière générale à l'art. 5 LR/CR/VD, avec cependant un accent sur le respect des droits fondamentaux et l'interdiction de toute forme de discrimination, en particulier entre les femmes et les hommes.

La loi rappelle ensuite plusieurs points spécifiques que la communauté requérante est tenue de respecter, à commencer par les droits constitutionnels de ses membres, notamment la liberté de conscience et de croyance (cf. art. 6 LR/CR/VD). En particulier, toute personne a le droit de quitter la communauté²¹. Cette dernière doit par ailleurs respecter la paix confessionnelle et notamment s'abstenir de « propager toute doctrine visant à rabaisser ou à dénigrer une autre croyance » ainsi que de « tout prosélytisme contraire à l'ordre juridique suisse » (cf. art. 172 al. 2 Cst. VD et art. 7 LR/CR/VD). Elle doit en outre respecter les principes démocratiques, y compris s'agissant de son organisation interne (cf. art. 8 LR/CR/VD).

En ce qui concerne le respect des principes démocratiques, il convient de distinguer entre l'organisation temporelle et les activités spirituelles²². En effet, les Eglises et communautés reconnues jouissent de l'indépendance spirituelle (cf. art. 172 al. 2 Cst. VD). Leur reconnaissance, sur le plan temporel, est toutefois liée au respect des principes démocratiques²³. A titre d'exemple, la procédure de nomination des prêtres au sein de l'Eglise catholique romaine – qui peut prêter flanc à la critique, dans la mesure où les femmes ne sont pas éligibles à cette fonction – a été considérée par le constituant comme relevant de l'indépendance spirituelle²⁴ ; en revanche, la Fédération ecclésiastique catholique romaine du canton de Vaud (FEDEC-VD) est tenue de respecter les principes démocratiques²⁵.

En réalité, en insistant sur le respect de certains principes, le législateur ne s'est pas limité à rappeler quelques points fondamentaux de l'ordre juridique suisse, mais a posé un certain nombre de conditions supplémentaires, en particulier par rapport aux dispositions régissant les associations (cf. art. 60 ss CC). Ainsi, en vertu du Code civil, il est loisible à une association d'exclure les femmes de son sociétariat²⁶. Une communauté religieuse qui en ferait de même ne pourrait toutefois, à notre avis, pas être reconnue, l'interdiction de discriminer à raison du sexe étant expressément ancrée à l'art. 5 LR/CR/VD²⁷. Les travaux préparatoires confortent

²¹ Ce droit est expressément consacré par l'art. 16 al. 3 Cst. VD. Sur le plan fédéral, il découle de l'art. 15 al. 4 Cst. : ATF 134 I 75 (= JT 2009 I 236) consid. 4.2 p. 77.

²² Voir aussi GARDAZ (note 9), p. 172.

²³ Cf. art. 172 al. 3 Cst. VD. Cette exigence concerne tant les Eglises de droit public que les communautés religieuses reconnues (cf. Assemblée constituante du canton de Vaud, *Commentaire du projet de nouvelle Constitution*, mai 2002, p. 40).

²⁴ Cf. art. 172 al. 2 Cst. VD ; Assemblée constituante du canton de Vaud (note 23), p. 40. Voir DENISE BUSER, *Die unheilige Diskriminierung: Eine juristische Auslegeordnung für die Interessenabwägung zwischen Geschlechtergleichstellung und Religionsfreiheit beim Zugang zu religiösen Leitungssämtern*, LIT Verlag, Zurich 2014, *passim*.

²⁵ Cf. art. 172 al. 3 Cst. VD. D'ailleurs, à titre liminaire, le règlement général d'organisation du 13 juin 2007 de la FEDEC-VD précise expressément que toutes les fonctions mentionnées, hormis celles expressément réservées aux ecclésiastiques, « peuvent être occupées indistinctement par un homme ou une femme ». Voir aussi Conseil d'Etat, Exposé des motifs et projets de lois (354) sur les relations entre l'Etat et les Eglises reconnues de droit public (...), 10 mai 2006, in : Bulletin des séances du Grand Conseil du Canton de Vaud, séance du mercredi après-midi 13 décembre 2006, pp. 6839-6933 p. 6849.

²⁶ ATF 140 I 201 consid. 5 p. 204.

²⁷ Il est en revanche possible de prévoir, en sus de la communauté religieuse à proprement parler, des associations regroupant certaines catégories de membres, en fonction du sexe par exemple, comme l'a fait la CILV : « L'admission d'un membre dans la CILV entraînera son admission simultanée comme membre de la 'Hevrah s'il

l'appréciation selon laquelle cette disposition ne constitue pas, sur ce point, un simple renvoi au reste de l'ordre juridique mais a une portée propre. En effet, le projet de loi du Conseil d'Etat prévoyait déjà que la communauté requérante devait respecter « le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la société »²⁸. La commission parlementaire a tenu à la « mention explicite de l'absence de discrimination entre les femmes et les hommes, mais comme cas particulier de toute forme de discrimination » et proposé la formulation actuelle²⁹. De façon analogue, en vertu de l'art. 8 al. 3 LRRCR/VD, les membres de la communauté requérante se prononcent sur son fonctionnement. Cette formulation est susceptible d'impliquer un fonctionnement plus « démocratique » que celui prévu par les dispositions impératives du Code civil. A titre d'exemple, avant que la FACCV ne dépose sa demande de reconnaissance, les Eglises membres ont procédé à une révision de ses statuts, afin de priver l'évêque de son droit de veto sur les modifications statutaires votées par l'assemblée générale³⁰.

4. Rôle et durée d'établissement dans le canton

La communauté requérante doit avoir une activité cultuelle sur tout le territoire cantonal, soit disposer d'au moins un lieu de culte, ouvert à tous ses membres résidant dans le canton. De plus, elle doit s'engager en faveur de la paix sociale et religieuse et participer au dialogue œcuménique et/ou interreligieux. En outre, lorsqu'elle entend exercer un rôle social et culturel au sein de la société vaudoise, ses activités sociales et culturelles doivent être ouvertes « à un public plus large » que ses seuls membres (cf. art. 10 al. 1 et 3 LRRCR/VD et art. 3 al. 2 et 5 à 8 RLRCR/VD).

La communauté requérante doit être établie dans le canton depuis trente ans au moins, lors du dépôt de la demande de reconnaissance. Le nombre nécessaire d'adhérents est fixé de manière dégressive en fonction de la durée d'établissement de la communauté dans le canton, allant de 3% de la population vaudoise pour la durée minimale d'établissement de trente ans à 0,1% en cas de présence d'un siècle ou plus dans le canton. Si la communauté est constituée en une fédération d'associations, la date de fondation de l'association la plus ancienne est déterminante ; le nombre d'adhérents est alors déterminé par l'addition des adhérents des associations membres. Enfin, les responsables de la communauté doivent pouvoir s'exprimer en français et disposer de connaissances particulières en droit suisse ainsi que dans le domaine interreligieux (cf. art. 10 al. 2 et 3 LRRCR/VD et art. 9 à 13 RLRCR/VD).

s'agit d'un homme, de l'Entraide des Femmes israélites de Lausanne, s'il s'agit d'une femme. » (art. 3 al. 3 des statuts de la CILV du 25 janvier 1987).

²⁸ Conseil d'Etat (note 25), pp. 6870 et 6911.

²⁹ Rapport de la commission (note 18), pp. 6951 s. et 6991.

³⁰ Voir les propos tenus par Rosemary Raedler, trésorière de la Christ Church de Lausanne, dans l'émission Hautes fréquences de la RTS, Le grand huit pour devenir une "religion vaudoise", 6 novembre 2016, à partir de 3 :40, disponible sur : <https://www.rts.ch/religion/hautes-frequences/8110712-le-grand-huit-pour-devenir-une-religion-vaudoise-.html> (consulté le 31 janvier 2017).

II. Procédure de reconnaissance

1. Procédure ordinaire

A) Du dépôt de la demande au projet de loi ou de décret

La demande de reconnaissance doit être déposée auprès du département en charge des affaires religieuses, accompagnée en particulier des statuts de la communauté (cf. art. 18 LRRCR/VD). Elle n'est examinée qu'une fois que la communauté a signé une déclaration liminaire d'engagement. Celle-ci rappelle certains préceptes de l'ordre juridique suisse, tels que l'interdiction de la polygamie ou la mission de l'école publique, dont l'enseignement est neutre, tant sur le plan politique que confessionnel, et se fonde sur des réalités scientifiquement établies ainsi que les droits légalement attachés à la reconnaissance (cf. art. 17 LRRCR/VD et 14 RLRCR/VD). Le caractère particulièrement détaillé de cette déclaration³¹, alors que les communautés requérantes doivent être établies depuis trente ans au moins dans le canton (cf. *supra* I/4), traduit une certaine méfiance à leur égard.

Une fois la déclaration liminaire d'engagement signée, le département compétent examine si les conditions de la reconnaissance sont réunies. Cet examen peut être délégué à la commission consultative en matière religieuse, nommée par le Conseil d'Etat au début de chaque législature et composée de 7 à 9 experts en matière de religions, d'éthique ou d'insertion sociale³². Le préavis de cette commission ne lie pas le département (cf. art. 19a al. 2 LRRCR/VD).

Le règlement d'application prévoit une période d'observation de cinq ans, durant laquelle le respect des engagements de la communauté requérante est vérifié et des projets d'intégration la concernant sont mis en œuvre ; la clôture de la période de vérification du respect des conditions légales doit être annoncée à celle-ci (cf. art. 15 al. 2 et 16 al. 1 RLRCR/VD).

Ce délai de cinq ans est problématique à plusieurs égards. Tout d'abord, une fois la période d'examen écoulée, la procédure est loin d'être terminée : suivent encore l'examen du projet de loi ou de décret par le Conseil d'Etat, la procédure parlementaire, puis, le cas échéant, référendaire et judiciaire. Autrement dit, après la période d'observation de cinq ans, plusieurs années peuvent encore s'écouler avant que la communauté requérante ne soit définitivement fixée sur sa requête. Une procédure aussi longue est discutable compte tenu du principe constitutionnel de diligence, consacré à l'art. 40 Cst. VD. Par ailleurs, cette durée est disproportionnée. Dès lors que, au moment de la date du dépôt de la demande, la durée d'établissement de la communauté doit être supérieure à trente ans (cf. art. 9 RLRCR/VD), un examen rétrospectif peut être effectué. Enfin, une communauté reconnue est soumise à une surveillance étatique et des sanctions, pouvant aller jusqu'au retrait de la reconnaissance, peuvent le cas échéant être infligées (cf. *infra* III/2).

La communauté requérante doit être informée de l'avancement de la procédure, en particulier avant toute communication publique, et être entendue au préalable par le département si celui-ci entend proposer le rejet de la demande de reconnaissance (cf. art. 20 al. 2 LRRCR/VD et art. 16 RLRCR/VD).

³¹ Voir Déclaration liminaire d'engagement du 16 octobre 2016 de la FACCV, p. 2 ; disponible sur <http://www.bicweb.vd.ch/communiquer.aspx?pObjectID=601461> (consulté le 31 janvier 2017).

³² Cf. art. 30a al. 1 LRRCR-VD et art. 7 al. 1 du règlement vaudois sur la Commission consultative en matière religieuse, du 8 juillet 2015 (RCCreligieuse ; RS/VD 180.51.5).

La procédure préliminaire se termine par la soumission par le département au Conseil d'Etat d'un projet de loi reconnaissant la communauté si les conditions sont remplies ou, à défaut, par un projet de décret proposant le rejet de la demande de reconnaissance (cf. art. 20 al. 1 et 1bis LR/VD).

B) Procédure législative

Le projet de loi ou de décret est examiné par le Grand Conseil selon la procédure ordinaire³³. Le cas échéant, la loi reconnaissant la communauté, ou le décret rejetant la demande de reconnaissance, est soumise au référendum facultatif (cf. art. 84 al. 1 let. a Cst. VD).

En cas de refus du projet de loi reconnaissant une communauté, par le Grand Conseil ou en votation populaire, celle-ci ne dispose d'aucune voie de droit permettant un examen matériel des conditions de reconnaissance, faute d'acte attaquant³⁴. Il convient de préciser qu'en cas de votation populaire, le recours en matière de droits politiques ne permet de contester que la préparation, le déroulement ou le résultat du scrutin³⁵. Cette voie de droit ne permet donc pas de garantir le droit de recours consacré à l'art. 21 al. 2 LR/VD. Par conséquent, afin que ce droit soit respecté, le processus législatif doit être repris. Si le principe de la reconnaissance n'est pas contesté mais que seules les modalités des relations avec l'Etat sont litigieuses (cf. art. 20 al. 1 LR/VD), un autre projet de loi peut être envisagé ; sinon, c'est un projet de décret proposant le rejet de la demande de reconnaissance qui devra être soumis au Grand Conseil. A noter que le refus du projet de loi ne saurait être assimilé à un décret rejetant la demande de reconnaissance, puisque dans ce cas aucun acte juridique n'est adopté. Autrement dit, sur le plan juridique, un tel refus ne répond pas à la demande de reconnaissance, qui demeure pendante.

Si cette approche peut sembler formaliste, elle correspond au système voulu par le législateur. En effet, dans sa teneur initiale, l'art. 20 al. 1 LR/VD ne prévoyait pas la procédure à suivre si les conditions de la reconnaissance n'étaient pas remplies. C'est lors de l'élaboration du règlement d'application que le Conseil d'Etat a réalisé que la procédure à suivre en cas de refus de la demande posait des difficultés insurmontables, quant à l'autorité compétente et la voie de droit éventuelle. Partant, il a estimé qu'une modification de la loi s'imposait, afin de donner au Grand Conseil la compétence de refuser, par voie de décret, une demande de reconnaissance³⁶. Suite à l'introduction de l'art. 20 al. 1bis LR/VD pour préciser ce point, l'examen d'une telle demande aboutit toujours à l'adoption d'un acte par le Grand Conseil : une loi si les conditions de la reconnaissance sont réunies et, à défaut, un décret³⁷.

Quant au refus, par le corps électoral ou le parlement cantonal, d'un décret rejetant une demande, il n'entraîne pas pour autant la reconnaissance de la communauté religieuse concernée. Toutefois, dans ce cas de figure également, la demande de reconnaissance demeure pendante. L'examen de celle-ci doit donc être repris, en élaborant un projet de loi reconnaissant la communauté en question.

³³ Cf. art. 92 ss de la loi vaudoise sur le Grand Conseil, du 8 mai 2007 (LGC/VD ; RS/VD 171.01).

³⁴ Cf. art. 3 al. 2 let. a de la loi vaudoise sur la juridiction constitutionnelle, du 5 octobre 2004 (LJC/VD ; RS/VD 173.32) *a contrario*. Voir aussi Conseil d'Etat, Exposé des motifs et projet de loi modifiant la LR/VD (...), 23 juin 2010, in : Bulletin des séances du Grand Conseil du Canton de Vaud, Législature 2007-2012 : Tome 16/Conseil d'Etat, pp. 245-253, p. 246.

³⁵ Cf. art. 117 al. 1 de la loi vaudoise sur l'exercice des droits politiques, du 16 mai 1989 (LEDP/VD ; RS/VD 160.01).

³⁶ Conseil d'Etat (note 34), p. 245 s.

³⁷ Voir aussi CLAUDE CUENDET, La nouvelle Constitution vaudoise du 14 avril 2003 et ses effets dans le droit ecclésiastique vaudois (suite), Annuaire suisse de droit ecclésiastique 2010, pp. 135-143, p. 140.

Une partie de la doctrine considère que l'assujettissement des actes juridiques portant sur la reconnaissance des communautés religieuses au référendum n'est pas conforme aux droits fondamentaux, eu égard au droit d'être entendu de la communauté requérante³⁸. Nous ne partageons pas cet avis, du moins s'agissant du modèle vaudois. La soumission au référendum des décrets rejetant une demande de reconnaissance n'est guère problématique, puisque la communauté concernée peut recourir à cet instrument dans l'espoir (certes probablement tenu, en pratique) d'obtenir gain de cause devant le peuple. En cas de référendum contre une loi reconnaissant une communauté religieuse, il faut tout d'abord relever que la brochure explicative, éditée par la Chancellerie d'Etat en vue du scrutin, contient un texte présentant les arguments du comité référendaire, de sorte qu'une motivation sommaire est en principe garantie (cf. art. 24 al. 1 et 3 LEDP/VD). Surtout, comme exposé ci-dessus, si la loi est rejetée en votation populaire, l'examen de la demande de reconnaissance doit être repris, jusqu'à ce qu'un acte statuant sur celle-ci soit adopté.

C) Recours à la Cour constitutionnelle

La loi ou le décret adopté par le Grand Conseil est susceptible de recours à la Cour constitutionnelle (art. 21 al. 2 LR/CR/VD). S'agissant d'une loi reconnaissant une communauté religieuse, l'art. 21 al. 2 LR/CR/VD n'a pas de portée propre, l'ensemble des lois et décrets du Grand Conseil contenant des règles de droit pouvant faire l'objet d'un contrôle abstrait par la Cour constitutionnelle (art. 3 al. 1 et 2 lit. a LJ/CR/VD). En revanche, les décrets ne contenant pas de règles de droit ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un contrôle abstrait³⁹. Le « recours » consacré par l'art. 21 al. 2 LR/CR/VD contre les décrets rejetant la demande de reconnaissance d'une communauté religieuse, nonobstant leur nature décisionnelle, constitue ainsi une exception à cet égard⁴⁰.

Si l'acte attaqué est contraire au droit supérieur, il sera entièrement ou partiellement annulé⁴¹. L'annulation d'une loi reconnaissant une communauté et fixant ses relations avec l'Etat n'entraîne pas nécessairement un refus de la reconnaissance. En effet, il se peut que la communauté remplisse, en soi, les conditions de la reconnaissance mais que seules les dispositions législatives fixant les relations avec l'Etat sont contraires au droit supérieur. De même, l'annulation d'un décret rejetant une demande de reconnaissance n'entraîne pas pour autant la reconnaissance, puisque l'adoption d'une loi est nécessaire à cet effet. Dans un tel cas de figure, l'examen de la demande doit être repris.

2. Initiative parlementaire ou populaire ?

Il est loisible à une communauté religieuse de déposer une initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution (cf. art. 78 al. 1 Cst. VD), afin que celle-ci la reconnaisse directement, à l'instar de la communauté israélite (cf. art. 171 Cst. VD). De même, elle peut présenter une initiative populaire législative, conçue en termes généraux ou rédigée de toutes

³⁸ KIENER/KEMPE (note 20), pp. 583 s.

³⁹ ARUN BOLKENSTEYN, *Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales*, thèse Lausanne, Stämpfli, Berne 2014, p. 228.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Art. 16 à 18 LJ/CR/VD. Voir aussi BOLKENSTEYN (note 39), pp. 250 s.

pièces, tendant à sa reconnaissance, dès lors que chaque communauté est régie par une loi propre⁴².

De façon similaire, des députés pourraient sans autre requérir la reconnaissance par le biais d'une intervention parlementaire (initiative, motion ou postulat), en demandant une révision constitutionnelle. Une telle intervention tendant à la reconnaissance au niveau législatif est plus délicate, dès lors que l'art. 171 Cst. VD, de rang supérieur, exige expressément une *demande* de la communauté. Partant, à notre sens, une telle intervention n'est recevable que si la communauté concernée a déjà déposé une demande⁴³. Si cette dernière est encore pendante devant le département, l'initiative viserait à accélérer le processus ou à influencer sur le contenu de la loi régissant cette communauté. Si le Grand Conseil a refusé la reconnaissance par voie de décret ou qu'un projet de décret en ce sens a été élaboré, une telle initiative peut permettre, respectivement, de relancer le processus de reconnaissance ou d'éviter l'échec de celui-ci.

Enfin, lorsqu'une demande de reconnaissance a été déposée, est-il possible de s'y opposer en proposant, par voie d'initiative populaire ou d'intervention parlementaire, un décret proposant le rejet de la demande de reconnaissance ? En effet, l'initiative populaire peut avoir pour objet l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un décret du Grand Conseil sujet au référendum facultatif (cf. art. 78 al. 1 let. d Cst. VD). Au niveau parlementaire, l'initiative, le postulat et la motion pourraient entrer en ligne de compte (cf. art. 109 et 118 ss LGC/VD). La loi et le décret étant de même rang⁴⁴, il serait concevable qu'un décret déroge à la LRCR/VD. Cela étant, la procédure de demande de reconnaissance n'est pas uniquement régie par la législation, mais expressément ancrée à l'art. 171 Cst. VD. Bien que la décision de reconnaître une communauté religieuse revête également un aspect politique, la procédure n'en doit pas moins être équitable et le droit d'être entendu respecté (cf. art. 27 al. 1 et 2 Cst. VD ; art. 29 Cst.). Sur ce point, un parallèle avec la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de naturalisations ordinaires peut être établi⁴⁵. En particulier, conformément au principe de la bonne foi, la communauté requérante doit pouvoir partir de l'idée que la procédure légale, qui est rappelée dans la déclaration liminaire d'engagement⁴⁶, sera suivie. Par conséquent, une telle initiative devrait être invalidée.

⁴² Dans le même sens, voir CONOD (note 7), p. 354.

⁴³ Le Bureau devrait alors renvoyer l'intervention à ses auteurs (cf. art. 110 al. 1 LGC/VD). En cas de divergence, le Grand Conseil statue souverainement (cf. art. 110 al. 2 LGC/VD).

⁴⁴ Arrêt de la Cour constitutionnelle du canton de Vaud CCST.2008.0016 du 24 juin 2009, consid. 3 ; BOLKENSTEYN (note 39), p. 227 s.

⁴⁵ Voir notamment ATF 141 I 60 (= JT 2015 I 115) consid. 3.2 et 3.3 p. 64 ; ATF 140 I 99 (= JT 2014 I 211) consid. 3.1 et 3.4 à 3.6 p. 101 ; ATF 138 I 305 (= JT 2013 I 53) consid. 1.4.3 p. 310.

⁴⁶ Voir Déclaration liminaire d'engagement du 16 octobre 2016 (note 31), p. 3.

III. Effets de la reconnaissance

1. Prérogatives

A) Aumônerie

Une communauté reconnue peut exercer l'aumônerie dans les établissements hospitaliers et pénitentiaires, auprès de toute personne qui l'accepte, qu'elle y soit affiliée ou non⁴⁷.

B) Subvention étatique facultative

Ni les deux Eglises de droit public, ni les communautés reconnues n'ont la faculté de lever un impôt ecclésiastique. Cela étant, l'Eglise évangélique réformée et l'Eglise catholique romaine ont droit à un soutien financier de la part du canton pour l'accomplissement de leur mission au service de tous ; cette subvention est accordée dans le cadre d'une convention signée entre l'Etat et chacune des Eglises, conclue pour une durée de cinq ans⁴⁸. En revanche, les communautés religieuses d'intérêt public n'ont pas de droit à un soutien financier de la part du canton. Celui-ci peut toutefois leur octroyer une subvention dans la mesure où elles participent à une mission exercée en commun au sens de la loi sur les relations entre l'Etat et les Eglises reconnues de droit public⁴⁹. A ce titre, la Communauté israélite de Lausanne et du Canton de Vaud (CILV), seule communauté reconnue à ce jour, reçoit une subvention annuelle de CHF 135'500 pour la période de 2015 à 2019. A titre de comparaison, pour les années 2017 à 2019, l'Eglise évangélique réformée touche un montant annuel de CHF 35'082'904 et la Fédération ecclésiastique catholique romaine de CHF 25'909'600⁵⁰.

C) Exonération fiscale

L'exonération fiscale des communautés est régie par les législations fiscales fédérale et cantonale (cf. art. 13 LRRCR/VD ; art. 5 LCILV/VD). Alors que le droit fédéral prévoit certaines exonérations fiscales indépendamment d'une reconnaissance officielle, le droit cantonal en prévoit certaines spécifiques pour les communautés reconnues.

Les paroisses sont exonérées des impôts directs des cantons et des communes en vertu du droit fédéral (cf. art. 23 al. 1 let. c LHID). Il en va de même des personnes morales qui visent des buts culturels dans le canton ou sur le plan suisse, sur le bénéfice et le capital exclusivement et irrévocablement affectés à ces buts ; elles sont cependant soumises à l'impôt sur les gains immobiliers (cf. art. 23 al. 1 let. g et al. 4 LHID). Une exonération similaire est prévue pour l'impôt fédéral direct, à ceci près que seules les personnes morales qui visent des buts culturels

⁴⁷ Cf. art. 11 LRRCR/VD et art. 3 de la loi vaudoise sur la Communauté israélite de Lausanne et du Canton de Vaud, du 9 janvier 2007 (LCILV/VD ; RS/VD 180.41).

⁴⁸ Cf. art. 170 al. 2 Cst. VD et art. 13 ss de la loi sur les relations entre l'Etat et les Eglises reconnues de droit public, du 9 janvier 2007 (LREEDP/VD ; RS/VD 180.05). Sur le régime de subventions, fixé par différentes conventions, voir CUENDET (note 37), pp. 137 s.

⁴⁹ Cf. art. 12 LRRCR/VD et art. 4 LCIVL/VD.

⁵⁰ Voir Convention de subventionnement 2015-2019 pour la mission au service de tous conclue entre l'Etat de Vaud et l'Eglise évangélique réformée du Canton de Vaud du 30 septembre 2014, p. 4.

sur le plan suisse peuvent en bénéficier (cf. art. 56 let. c et h LIFD). A partir du 1^{er} janvier 2018, celles dont l'importance est uniquement locale ou régionale seront exonérées de l'impôt fédéral direct – au même titre que les autres personnes morales poursuivant des buts idéaux – pour autant que leur bénéfice n'excède pas CHF 20'000 et soit affecté exclusivement et irrévocablement à ces buts idéaux, avec l'entrée en vigueur du nouvel article 66a LIFD⁵¹.

Les églises et communautés reconnues de droit public, et disposant à ce titre du statut de personne morale de droit public, sont assimilées à des paroisses au sens de l'art. 23 al. 1 let. c LHID et de l'art. 56 let. c LIFD. En revanche, en cas de reconnaissance d'intérêt public, telle que le prévoit le droit vaudois, la communauté religieuse reste une personne morale de droit privé ; à ce titre, nonobstant la reconnaissance, son exonération fiscale demeure régie par l'art. 23 al. 1 let. g et al. 4 LHID ainsi que par l'art. 56 let. h LIFD⁵².

En ce qui concerne les impôts régis exclusivement par le droit cantonal, les communautés religieuses reconnues d'intérêt public sont soumises, à l'instar de l'impôt sur les gains immobiliers, à l'impôt complémentaire sur les immeubles⁵³. En revanche, elles sont exemptées de l'impôt sur les successions et sur les donations⁵⁴. Elles sont également dispensées, pour leurs immeubles directement affectés à leur but, du droit de timbre⁵⁵. En outre, le droit de mutation sur les transferts immobiliers entre vifs à titre onéreux n'est pas perçu sur les transferts immobiliers aux communautés religieuses reconnues d'intérêt public (cf. art. 3 let. c LMSD/VD). Par ailleurs, leurs immeubles sont exonérés de l'impôt foncier sans défalcation de dettes⁵⁶. Enfin, les communautés religieuses reconnues bénéficient d'une réduction de 75% de l'émolument dû pour les inscriptions au registre foncier⁵⁷.

D) Communication et traitement des données personnelles

La communauté reconnue reçoit des contrôles des habitants des communes ou du Registre cantonal des personnes des extractions de données des personnes ayant déclaré appartenir à la religion de la communauté en cause et ayant autorisé la transmission de ces données (cf. art. 14 al. 1 LRCR/VD et 6 al. 1 LCILV/VD). Cette transmission de données se fait d'office pour la CILV et sur requête pour les autres communautés⁵⁸. Seules les données énumérées à l'art. 22a al. 2 LCH/VD sont communiquées.

C'est le lieu de souligner que l'indication relative à l'appartenance à une communauté religieuse reconnue de droit public ou reconnue d'une autre manière par le canton, lors de l'enregistrement des nouveaux habitants, est facultative (cf. art. 4 al. 1 let. e et al. 2 LCH/VD). Le fait que cette information soit fournie n'implique pas pour autant l'accord qu'elle soit

⁵¹ Loi fédérale sur l'exonération des personnes morales poursuivant des buts idéaux, du 20 mars 2015 (RO 2015 2947) ; MARCO GRETER/ALEXANDER GRETER, Article 56 LIFD, in : Martin Zweifel/Michael Beusch, *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, pp. 1104-1144, p. 1141, n° 42.

⁵² Conférence suisse des impôts (CSI), Exonération fiscale des personnes morales qui poursuivent des buts de service public, d'utilité publique ou des buts cultuels - Déductibilité des libéralités : Informations pratiques à l'intention des administrations fiscales cantonales, 18 janvier 2008, pp. 20 s.

⁵³ Cf. art. 90 al. 1 let. h et al. 3 de la loi vaudoise sur les impôts directs cantonaux, du 4 juillet 2000 (RS/VD 642.11 ; LI/VD).

⁵⁴ Cf. art. 20 al. 1 let. *cbis* de la loi vaudoise concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations, du 27 février 1963 (RS/VD 648.11 ; LMSD/VD).

⁵⁵ Cf. art. 2 al. 1 let. c de la loi vaudoise sur le droit de timbre, du 10 décembre 2013 (RS/VD 652.11 ; LTim/VD).

⁵⁶ Cf. art. 19 al. 5 let. c de la loi vaudoise sur les impôts communaux, du 5 décembre 1956 (RS/VD 650.111 ; LICom/VD).

⁵⁷ Cf. art. 29a let. c de la loi vaudoise sur le registre foncier, du 9 octobre 2012 (RS/VD 211.61 ; LRF/VD).

⁵⁸ Cf. art. 22a al. 1 et 4 de la loi sur le contrôle des habitants, du 9 mai 1983 (RS/VD 142.01 ; LCH/VD).

transmise à la communauté concernée ; en effet, elle peut être renseignée uniquement à des fins statistiques (cf. art. 25 LRRCR/VD). Un audit mené en 2015 par la Cour des comptes a d'ailleurs mis en évidence que les bureaux de contrôle des habitants ne demandaient pas toujours l'accord explicite des personnes concernées avant de transmettre des données religieuses⁵⁹.

Par ailleurs, les communautés reconnues peuvent exploiter des fichiers informatiques, qui doivent alors être régulièrement mis à jour avec les données qui leur sont communiquées conformément à la procédure susmentionnée (cf. art. 14 al. 4 et 15 LRRCR/VD et art. 6 al. 4 et 7 LCILV/VD).

E) Droit d'être consulté

Le canton et les communes sont tenus de consulter les communautés reconnues sur tout projet qui les concerne (cf. art. 16 LRRCR/VD).

F) Carré confessionnel dans un cimetière ?

Lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution vaudoise, Philippe Conod était d'avis que la reconnaissance d'intérêt public offrait également « la possibilité aux communautés reconnues de pouvoir bénéficier de cimetières confessionnels »⁶⁰. Le législateur avait envisagé la mise à disposition, par district, d'un carré confessionnel, avant d'écarter cette possibilité, compte tenu des dispositions existantes, du risque de créer des inégalités de traitement entre communautés religieuses reconnues et non reconnues et de la sensibilité politique de la question⁶¹.

Il convient de relever qu'en droit vaudois, l'administration et la police des cimetières sont du ressort des autorités communales, sous la surveillance du département⁶². Des concessions peuvent être accordées de façon collective à des communautés religieuses, reconnues ou non, par l'autorité communale (cf. art. 64 al. 5 RDSPF/VD). En outre, moyennant l'approbation préalable du département, lesdites communautés peuvent créer des caveaux destinés à des inhumations collectives (cf. art. 65 RDSPF/VD). Enfin, les cimetières privés requièrent une autorisation spéciale du département (cf. art. 56 al. 6 RDSPF/VD).

G) Autres prérogatives ?

L'énumération des prérogatives liées à la reconnaissance (cf. art. 11 ss LRRCR/VD) est exhaustive. Au-delà de ces effets légaux, il ne faut toutefois pas en sous-estimer la portée symbolique : la communauté est reconnue comme faisant partie intégrante de la société vaudoise, qu'elle contribue à enrichir⁶³.

⁵⁹ Cour des comptes du Canton de Vaud, Audit du contrôle des habitants dans le canton de Vaud, Rapport n° 33 du 30 octobre 2015, p. 26 et 37.

⁶⁰ CONOD (note 7), p. 351.

⁶¹ Conseil d'Etat (note 25), pp. 6873 s.

⁶² Cf. art. 56 al. 1 du règlement vaudois sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres, du 12 septembre 2012 (RS/VD 818.41.1 ; RDSPF/VD).

⁶³ Dans le même sens, CONOD (note 7), pp. 351 et 355. Voir aussi les propos tenus par Rosemary Raedler, trésorière de la Christ Church de Lausanne : « La première raison pour laquelle nous demandons une

L'initiative populaire « Contre l'intégrisme religieux », de rang constitutionnel, visait à garantir que les communautés religieuses reconnues et leurs membres n'aient « aucun droit à l'octroi de concessions ou de dérogations motivées ou encouragées par la croyance ou la pratique religieuse » ; à titre d'exemples, elle mentionnait une prise en charge particulière dans le domaine des soins, des jours fériés ou des horaires particuliers, des régimes alimentaires spécifiques ou bien encore des dérogations vestimentaires⁶⁴. Lancée début 2017, l'initiative a été retirée, faute d'avoir obtenu le nombre de signatures requis⁶⁵.

Cette initiative ne remettait donc en cause aucune prérogative prévue par le droit actuel. Par conséquent, si elle avait abouti puis été acceptée, la portée pratique pour les communautés religieuses reconnues ainsi que pour leurs membres aurait sans doute été nulle. Le seul effet concret aurait été une réduction de la marge de manœuvre du législateur, dans l'hypothèse où celui-ci aurait souhaité étendre les prérogatives liées à la reconnaissance. Au demeurant, l'initiative n'aurait pas empêché l'octroi de tels avantages indépendamment de toute reconnaissance.

2. Surveillance et sanctions

Le département est chargé de s'assurer que les communautés respectent les conditions liées à la reconnaissance (cf. art. 22 LR/VD et art. 9 LCILV/VD). A cet effet, il peut requérir la présentation des comptes annuels, des statuts ou de tout autre élément pertinent, doit être avisé de toute modification statutaire et veille à ce que d'éventuelles subventions soient utilisées à bon escient (cf. art. 23, 24 et 26 LR/VD et art. 10 à 12 LCILV/VD).

En cas de violation de l'une des conditions liées à la reconnaissance ou de non-respect des dispositions en matière de surveillance, le Conseil d'Etat peut, après avoir accordé le droit d'être entendu à la communauté concernée, lui adresser un avertissement, voire lui retirer une ou plusieurs prérogatives, pour une durée d'un an au minimum (cf. 27 ss LR/VD et art. 13 ss LCILV/VD). S'agissant des communautés autres que la CILV, le Conseil d'Etat peut, en *ultima ratio*, proposer au Grand Conseil le retrait de la reconnaissance (cf. art. 27 let. c LRCV/VD). Le législateur a renoncé à prévoir cette possibilité pour la CILV, cette dernière étant reconnue directement par l'art. 171 Cst. VD⁶⁶. Le Conseil d'Etat pourrait néanmoins proposer, en ultime recours, le retrait de la reconnaissance de la CILV par le biais d'une révision constitutionnelle, en vertu de son droit général d'initiative (cf. art. 111 al. 1 et 2 et art. 120 al. 1 Cst. VD).

reconnaissance, c'est que les Anglo-Saxons ont joué un rôle important dans le canton (...) » (PATRICK CHUARD, Les anglicans veulent être reconnus, 24 Heures, 22.11.2016, disponible en ligne sous : <http://www.24heures.ch/vaud-regions/anglicans-veulent-reconnus/story/15500189> [consulté le 31 janvier 2017]).

⁶⁴ FAO/VD du 10 janvier 2017, p. 14 (début de la récolte des signatures). Par décision du 23 novembre 2016, l'initiative avait été validée par le Conseil d'Etat (FAO/VD du 29 novembre 2016, p. 9).

⁶⁵ FAO/VD du 12 mai 2017, p. 12.

⁶⁶ Conseil d'Etat (note 25), p. 6882.

Conclusion

La Constitution vaudoise du 14 avril 2003 reconnaît l'Église évangélique réformée et l'Église catholique romaine en tant qu'Églises de droit public. La communauté israélite est reconnue en tant qu'institution d'intérêt public ; ce statut peut être conféré, sur demande, à d'autres communautés religieuses. Il aura toutefois fallu près de douze ans pour élaborer le cadre législatif et réglementaire nécessaire. La première demande de reconnaissance a ainsi pu être déposée fin 2016 par la FACCV (communautés anglicane et catholique-chrétienne). Compte tenu de la période d'observation de cinq ans et de la procédure législative qui s'ensuit, la première loi reconnaissant une communauté religieuse pourrait donc être adoptée – pour autant que les conditions soient réunies – environ vingt ans après l'entrée en vigueur de la Constitution cantonale.

S'agissant des conditions de la reconnaissance, une pondération subtile entre le nombre d'adhérents de la communauté d'une part et la durée d'implantation de celle-ci dans le canton d'autre part a été prévue. Sur certains points, l'exigence du respect des principes démocratiques peut imposer un fonctionnement plus « démocratique » que ce que n'imposent les dispositions impératives du droit des associations. A titre d'exemple, l'exclusion des femmes du sociétariat est admissible en droit privé mais exclurait à notre avis la reconnaissance en tant qu'institution d'intérêt public.

La durée de la procédure de reconnaissance, qui comporte entre autres une période d'observation de cinq ans, est excessive, eu égard notamment à la surveillance dont les communautés reconnues font l'objet. Cette procédure soulève certaines questions délicates, comme l'illustre la révision de la LRCR/VD pour préciser l'autorité compétente et la voie de droit en cas de refus de la demande de reconnaissance qui a été nécessaire afin de pouvoir adopter le règlement d'application. Ainsi, une telle demande aboutit soit à un décret qui la rejette soit à une loi reconnaissant la communauté et fixant ses relations avec l'Etat. A l'instar des autres lois et décrets, l'acte adopté est assujéti au référendum. Par ailleurs, une communauté religieuse peut également demander à être reconnue par voie d'initiative populaire. En revanche, une initiative qui tendrait à l'adoption d'un décret rejetant une demande de reconnaissance pendant ne respecterait pas les droits procéduraux de la communauté requérante et devrait être invalidée. Enfin, nonobstant sa nature décisionnelle, un décret rejetant une demande de reconnaissance peut faire l'objet d'un recours à la Cour constitutionnelle.

Les prérogatives liées à la reconnaissance sont relativement modestes, en l'absence notamment de toute faculté de lever un impôt ecclésiastique ou d'un droit à une subvention étatique. En visant à empêcher que la reconnaissance ne déploie des effets qui ne sont pas prévus par le droit actuel, l'initiative populaire intitulée « Contre l'intégrisme religieux » a fait fausse route. Le retrait de cette initiative, faute d'avoir obtenu le nombre de signatures requis, doit donc être salué. Si d'aventure le parlement voulait conférer des prérogatives supplémentaires aux communautés religieuses reconnues, il serait toujours possible de les contester par référendum. Au demeurant, les communautés reconnues sont soumises à une surveillance étatique, des sanctions pouvant le cas échéant être prononcées. Il eût été néfaste d'institutionnaliser une certaine méfiance à l'égard des communautés reconnues et de leurs membres, que l'Assemblée constituante entendait au contraire mieux intégrer⁶⁷.

⁶⁷ Assemblée constituante du canton de Vaud (note 23), p. 39.

Les droits sociaux fondamentaux vus à travers le prisme de la liberté religieuse : questions choisies

GREGOR T. CHATTON*

Introduction

Dans l'ordre juridique suisse, la liberté religieuse, aussi dénommée « liberté de conscience et de croyance »¹, est expressément consacrée par plusieurs sources juridiques, à commencer par l'art. 15 Cst., en passant par diverses constitutions cantonales, notamment la Cst.GE à son art. 25, et en terminant par les art. 14 CDE, 18 Pacte II et 9 CEDH. Par ailleurs, l'art. 5 let. d ch. vii CEDR interdit toute discrimination raciale dans la jouissance de ce droit civil.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, « la liberté de conscience et de croyance protège le citoyen de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses. Elle confère au citoyen le droit d'exiger que l'Etat n'intervienne pas de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ses convictions religieuses. Cette liberté comporte la liberté intérieure de croire, ne pas croire et de modifier en tout temps sa religion et ses convictions philosophiques; elle comprend également la liberté d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites, ou de ne pas les partager (liberté extérieure). Cela englobe le droit pour le citoyen de se comporter conformément aux enseignements de sa foi et d'agir selon ses croyances intérieures – y compris celle de ne pas suivre de préceptes quelconques. Elle protège toutes les religions, quel que soit le nombre de leurs fidèles en Suisse ».²

Tel que notre regretté collègue et ami Tristan Zimmermann l'a pertinemment exposé dans ses écrits, la liberté religieuse possède ainsi deux composantes. La première comprend la liberté individuelle qui prémunit le particulier « au premier chef contre d'éventuelles ingérences étatiques »; elle peut être associée à deux paires de concepts : d'une part, la liberté intérieure – qui intègre le noyau intangible de ce droit fondamental – et la liberté de manifester ses convictions spirituelles; d'autre part, son volet positif (liberté d'avoir et de pratiquer la religion de son choix) et son volet négatif (protection contre les contraintes étatiques). La seconde

* Docteur en droit, LL.M. (Saarbrücken), titulaire du brevet d'avocat.

¹ TRISTAN ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse, *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. VIII, Stämpfli, Berne 2012, pp. 9-82, p. 52: historiquement, "l'expression liberté de conscience aurait été préférée à celle de liberté religieuse pour souligner la possibilité de l'individu de choisir sa foi ou de ne pas en choisir".

² ATF 142 I 49 consid. 3.4 p. 53; 142 I 195 consid. 5.1 pp. 206 s.

composante de la liberté religieuse aborde le principe de neutralité religieuse de l'Etat et représente donc la dimension institutionnelle de cette liberté.³

La liberté religieuse relevant traditionnellement des droits civils dits de la « première génération » des droits de l'Homme, l'on peine, au premier abord, à identifier les liens qui pourraient l'unir aux droits économiques, sociaux et culturels (sauf spécification contraire, ci-après : « les droits sociaux »), lesquels sont qualifiés de droits de la « deuxième génération ». En partant du concept de l'interdépendance des droits fondamentaux, nous illustrerons, cela dit, des situations dans lesquelles la liberté religieuse est prise en compte pour déterminer le contenu de certains droits sociaux, entre potentiellement en conflit avec ceux-ci ou joue un rôle a priori ambivalent par rapport à leur exercice.

I. L'interdépendance des droits fondamentaux

1. La Conférence mondiale de Vienne de 1993

A la clôture de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, tenue à Vienne du 14 au 25 juin 1993, les représentants de 171 Etats y réaffirmèrent le principe cardinal d'après lequel « [t]ous les droits de l'Homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés »⁴. A ce titre, BESSON fait correspondre le principe de l'indivisibilité y mentionné « à l'idée selon laquelle aucun droit de l'Homme ne peut être entièrement réalisé et donc effectif sans que les autres droits de l'Homme soient aussi entièrement réalisés », son rôle principal consistant « dans l'encadrement de la réalisation des droits de l'Homme », qu'il sied de « mettre en œuvre de front ».⁵ Il en découle que les droits civils et politiques sont indispensables à la revendication et à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, tout comme ces derniers sont indispensables à l'exercice par tous des premiers; partant, « l'interprétation et la mise en œuvre de chaque droit doit tenir compte de l'interprétation et de la mise en œuvre de chaque autre droit ».⁶

Les interactions susmentionnées révèlent, en outre, l'imperfection des différentes classifications des droits de l'Homme, en particulier de celle relative aux trois générations

³ TRISTAN ZIMMERMANN, Le voile versus le crucifix ou le conflit entre la liberté religieuse et la neutralité religieuse de l'Etat, *Jusletter* 5 mars 2012, n. 4 ss, pp. 2 s.; disponible sur <http://www.jusletter.ch>; TRISTAN ZIMMERMANN, Le noyau intangible des droits fondamentaux: la quête d'une définition, in : Eleanor Cashin Ritaine/Elodie Maître Arnaud (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Schulthess, Genève 2008, pp. 299-326, p. 308; voir aussi: ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3e éd., Stämpfli, Berne 2013, pp. 225 ss.

⁴ Déclaration et Programme d'action de Vienne, Assemblée générale des Nations Unies, publiés le 12 juillet 1993 in ONU doc. A/CONF.157/23, partie I, §5.

⁵ SAMANTHA BESSON, L'effectivité des droits de l'Homme – Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'Homme, in : Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali (éd.), *L'homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire*, Schulthess, Zurich 2011, pp. 53-83, pp. 79 ss.

⁶ JACQUES FIERENS, La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels, *RBDI (Revue belge de droit international)* 1999, pp. 46-57, p. 46; PATRICE MEYER-BISCH, Droits sociaux: le défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance – Déployer l'indivisibilité, in : Conseil de l'Europe (éd.), *Tous concernés – L'effectivité de la protection des droits de l'Homme 50 ans après la Déclaration universelle, Actes du colloque régional européen (Strasbourg, 2-4 septembre 1998)*, Strasbourg 1998, pp. 112-114, p. 113; GREGOR T. CHATTON, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Schulthess, Genève 2013, pp. 120 ss.

élaborée par VASAK,⁷ pour utiles qu'elles fussent, au demeurant, du point de vue didactique.⁸ Compte tenu du concept de l'interdépendance des droits de l'Homme, il n'étonnera donc plus que des passerelles puissent être jetées entre, d'une part, les droits sociaux et, d'autre part, la liberté religieuse, dont Tristan Zimmermann était assurément devenu l'un des fins connaisseurs en Suisse.

2. Les méthodes d'interprétation des droits de l'Homme

L'interdépendance des droits de l'Homme se révèle également au travers d'une méthode d'analyse qui est devenue classique. Développée, dans un premier temps, par la doctrine et la pratique aux fins de mieux saisir la portée des seuls droits sociaux, qui demeurait jadis encore fortement contestée, la théorie des strates s'est progressivement étendue à l'ensemble des droits de l'Homme. Ce modèle, forcément simplificateur mais néanmoins précieux, retient que chaque droit de l'Homme engendre différents types d'obligations, qui conditionnent le degré d'intervention possible ou attendu de l'Etat, ainsi que leur justiciabilité devant les organes de recours administratifs et judiciaires. Les trois strates obligationnelles exigent, premièrement, un comportement d'abstention de la part de l'Etat (« respect »), deuxièmement, la prise de mesures afin d'empêcher des tiers (groupes sociaux, etc.) de faire obstacle à l'exercice de leurs garanties par d'autres individus (« protection ») et, troisièmement, le devoir de l'Etat d'adopter des mesures appropriées, y compris d'ordres législatif et programmatique, pour assurer la pleine réalisation des droits de l'Homme (« mise en œuvre »).⁹

Une autre typologie, utile à la meilleure compréhension – mais cette fois-ci en principe uniquement – des droits sociaux qui portent sur l'accès à des biens ou à des prestations particuliers, peut-être désignée en tant que méthode qualitative. Elle cherche, en effet, à dégager certains traits substantiels communs à ces droits sociaux, c'est-à-dire certaines caractéristiques intrinsèques aux dites positions subjectives. Reprise et développée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, organe chargé de veiller à la correcte application du Pacte I (ci-après : le Comité du Pacte I), cette méthodologie identifie les exigences suivantes: la disponibilité (« *availability* »), l'accessibilité (« *accessibility* »), l'acceptabilité (« *acceptability* ») et l'adaptabilité (« *adaptability* »). Le critère de la disponibilité implique que les infrastructures et les ressources indispensables à la satisfaction d'un droit soient existantes en quantité suffisante, ainsi que fonctionnelles. Les droits sociaux doivent ensuite être physiquement et économiquement accessibles aux particuliers; l'accès doit en outre être garanti de façon non-discriminatoire et les individus doivent avoir connaissance de la possibilité qu'ils ont d'accéder, à certaines conditions, aux biens ou services garantis à travers ces droits fondamentaux (accessibilité informationnelle). Les biens et services garantis doivent non seulement répondre à des standards qualitatifs minimaux, mais également être acceptables, notamment du point de vue culturel, pour les personnes concernées. Enfin, les prestations garanties par les droits sociaux en cause doivent pouvoir être adaptées aux besoins de sociétés et de communautés en mutation, au gré des évolutions technologiques et sociales.¹⁰

⁷ Cf., parmi d'autres, KAREL VASAK, Les différentes catégories des droits de l'Homme, in : A. Lapeyre/F. de Tinguy/Karel Vasak (éd.), *Les dimensions universelles des droits de l'Homme*, vol. I, Bruylant, Bruxelles 1990, pp. 297-316.

⁸ Cf., à ce titre, MAYA HERTIG RANDALL, Typologie des droits de l'Homme, in : Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (dir.), *Introduction aux droits de l'Homme*, Schulthess, Genève 2014, pp. 39-54, pp. 47 ss; GREGOR T. CHATTON, *L'interdépendance des droits de l'Homme – Essai au-delà du dogme des trois générations*, Stämpfli, Berne 2012, pp. 151 ss.

⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 3) p. 682; CHATTON (note 6), pp. 275-284.

¹⁰ CHATTON (note 6), pp. 284-290.

Tel qu'on le verra, cette grille d'interprétation peut jouer un rôle important dans la perspective de coordonner la liberté religieuse avec certains droits sociaux.

II. La liberté religieuse et les droits à l'alimentation, à la santé et au logement

1. Le droit à l'alimentation

A son art. 11 par. 1 *in initio*, le Pacte I reconnaît « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants ». Son par. 2 souligne spécifiquement « le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim ». Dans son observation générale n° 12, qui reflète l'interprétation authentique de l'art. 11 Pacte I par l'organe d'experts indépendants chargé de veiller à sa mise en œuvre dans les Etats parties, le Comité du Pacte I commence par affirmer le caractère essentiel du droit à une nourriture suffisante, qui est « indissociable de la dignité intrinsèque de la personne humaine et est indispensable à la réalisation des autres droits fondamentaux consacrés dans la Charte internationale des droits de l'Homme ».¹¹

En vue de dégager le contenu normatif de ce droit, le Comité du Pacte I lui applique également la méthode qualitative que nous avons présentée auparavant. Il précise que la nourriture ne doit pas seulement être disponible en quantité et en qualité suffisantes, ou accessible à tout le monde; il faut en sus qu'elle soit « acceptable sur le plan culturel ou pour le consommateur ». Cela implique, selon le Comité du Pacte I, qu'il faut également « tenir compte, dans toute la mesure possible, des valeurs subjectives, n'ayant rien à voir avec la nutrition, qui s'attachent aux aliments et à la consommation alimentaire, ainsi que des préoccupations du consommateur avisé quant à la nature des approvisionnements alimentaires auxquels il a accès ».¹²

Or, selon nous, l'une des « valeurs subjectives » majeures susceptible d'impacter sur la concrétisation du droit à l'alimentation, sans pour autant relever du champ de protection de ce droit, consiste en les convictions religieuses, culturelles ou philosophiques des individus. En particulier, des tabous alimentaires, traduisant ce qui est « pur » ou « impur », voire « licite » ou « interdit » aux yeux de la communauté des fidèles, existent, à des degrés divers, dans la plupart des religions ou mouvances religieuses. Par exemple, les religions juive et musulmane prohibent la consommation de certaines viandes (porc) ou prescrivent que les animaux aient fait l'objet d'un abattage rituel; certains mouvements chrétiens observent ou encouragent le végétarisme, ou encore un régime particulier durant le carême; l'hindouisme, le bouddhisme et le jaïnisme exhortent à un régime végétarien, lorsqu'une variante ou interprétation littérale ne l'imposerait pas d'emblée. Dans les sociétés occidentales, telles que la Suisse, qui connaissent une immigration de personnes en provenance des horizons les plus variés, la confrontation de tels tabous alimentaires avec les normes ou avec les us et coutumes de la majorité ne sont dès lors pas rares.

¹¹ Observation générale n° 12, *Le droit à une nourriture suffisante (art. 11 du Pacte I)*, XXe session/1999 (ONU doc. E/C.12/1999/5), ci-après: OG 12/1999 (Pacte I). Pour des détails sur le droit à l'alimentation et sa justiciabilité, cf. notamment CHRISTOPHE GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruylant, Bruxelles 2011; ABDOULAYE SOMA, *Droit de l'Homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, Schulthess, Genève 2010.

¹² OG 12/1999 (Pacte I), § 11.

En conséquence, à chaque fois que l'Etat est tenu de respecter, de protéger ou de mettre en œuvre le droit à l'alimentation, il lui faudra, s'il entend pleinement se conformer au droit fondamental à l'alimentation garanti à chacun par le Pacte I, *tenir compte*, notamment, des interdits alimentaires qui vont de pair avec certaines croyances ou perceptions culturelles qu'appréhende la liberté religieuse. Cette prise en compte n'équivaut cependant pas, comme on le sait, à une application ni à une tolérance aveugles des préceptes alimentaires d'ordre religieux dans la vie de tous les jours. La réalisation du droit à l'alimentation doit avoir lieu, selon le Comité, « dans toute la mesure possible ». Il faudra, en conséquence, opérer constamment une pesée des intérêts souvent divergents de la société dans son ensemble, de la majorité, ainsi que des tenants des minorités religieuses en lice.

En Suisse, on peut, par exemple, songer au choix de société, dicté par la protection des animaux et par certaines considérations éthiques entourant la dignité de la créature,¹³ d'interdire l'abattage rituel des animaux, tout en tolérant la consommation et l'importation de la viande casher ou halal par les membres des communautés religieuses qui se considèrent comme étant soumis à ces exigences.¹⁴ Dans certains établissements publics – institutions hospitalières ou psychiatriques, prisons –, au sein desquels une partie de la population est « captive », respectivement particulièrement fragilisée, ce qui appelle des devoirs de protection accrus de la part de l'Etat,¹⁵ ce dernier doit, à notre sens, veiller à ce que ces personnes aient accès à un régime qui tienne aussi compte des préceptes religieux auxquels certaines d'entre elles se considèrent comme assujetties.

Autre semble être en revanche la situation des écoliers ou des étudiants. Qu'ils soient soumis à un rapport de droit spécial vis-à-vis de l'Etat n'en fait pas encore des êtres captifs, ni vulnérables au point que les cafétérias de certains établissements scolaires devraient se voir ou croire obligées de bannir certains aliments de leurs menus. L'offre d'un menu végétarien ou la possibilité de consommer en cantine des mets préparés chez soi peuvent constituer des alternatives moins incisives à un tel ban, qui semble davantage tenir du « politiquement correct » que d'un impératif juridique, et qui risque d'encourager certains mouvements démagogiques et intolérants au sein de la population.¹⁶

¹³ Cf., entre autres, l'ouvrage collectif de CHRISTOPH AMMANN/BIRGIT CHRISTENSEN/LORENZ ENGI (éd.), *Würde der Kreatur – Ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept*, Schulthess, Zurich 2015; SAMI A. ALDEEB ABU-SALIEH, Faux débat sur l'abattage rituel en Occident : ignorance des normes juives et musulmanes – le cas de la Suisse, *RDS (Revue de droit suisse)*, vol. 122, t. 1/2, pp. 247-267; ANNE PETERS, *Schächtfleisch als Verfassungsproblem*, *ius.full*, Zurich 2008, pp. 2-12; MARTIN SCHNEIDER, *Tierschutzrechtliche und ethische Problematik von rituellem Schächten: Schächten als Aspekt der Religionsfreiheit?*, Grin Verlag, Norderstedt 2016.

¹⁴ Art. 80 al. 2 let. f Cst.; art. 14 al. 1 et 21 LPA; arrêts 2C_1174/2012 du 16 août 2013 consid. 2; 2C_89/2007 du 14 novembre 2007 consid. 7; 6S.367/1998 du 26 septembre 2000 consid. 3; cf. aussi Cour EDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France [GC]*, du 27 juin 2000, req. 27417/95, Rec. 2000-VII, par. 80: « il n'y aurait ingérence dans la liberté de manifester sa religion que si l'interdiction de pratiquer légalement cet abattage conduisait à l'impossibilité pour les croyants ultra-orthodoxes de manger de la viande provenant d'animaux abattus selon les prescriptions religieuses qui leur paraissent applicables en la matière ».

¹⁵ Voir, p. ex., Cour EDH, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, du 14 mars 2002, req. 46477/99, Rec. 2002-II, par. 56. Cf. aussi MAYA HERTIG RANDALL, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable, in : Andreas R. Ziegler/Julie Kuffer (éd.), *Les minorités et le droit – Mélanges en l'honneur du professeur Barbara Wilson*, Schulthess, Genève 2016, pp. 265-287, p. 269.

¹⁶ Cf. le débat politique au sujet du bannissement de la viande de porc de certaines cantines scolaires en Allemagne: www.focus.de/politik/deutschland/es-geht-um-erfolgreiche-integration-nord-cdu-fraktionschef-verteidigt-vorstoss-zu-schweinefleisch-verbot-in-kantinen_id_5330225.html (site internet consulté le 22 janvier 2017); cf., pour une illustration extrême aux Etats-Unis d'Amérique, PHILIPP OEHMKE, Das PC-Monster, *Der Spiegel*, n° 49, du 3 décembre 2016, pp. 132-138.

2. Le droit à la santé

L'art. 12 par. 1 Pacte I garantit « le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ». Ce droit est également reconnu, en particulier, par l'art. 24 par. 1 CDE¹⁷ et par l'art. 11 (*cum* ch. 11 de la partie I) de la Charte sociale européenne révisée, convention non (encore) ratifiée par la Suisse.¹⁸ Si, au niveau de la Cst., le droit à la santé est relégué à l'état d'un simple but social non justiciable (art. 41 al. 1 let. b et al. 4 Cst.), certains de ses aspects s'en trouvent néanmoins garantis grâce à la liberté personnelle, qui protège notamment le droit à l'intégrité physique et psychique (art. 10 al. 2 Cst.).¹⁹

Dans son observation générale n° 14, le Comité du Pacte I rappelle, en premier lieu, que la santé « est un droit fondamental de l'être humain, indispensable à l'exercice des autres droits de l'être humain. Toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint, lui permettant de vivre dans la dignité. La réalisation du droit à la santé peut être assurée par de nombreuses démarches, qui sont complémentaires, notamment la formulation de politiques en matière de santé ou la mise en œuvre de programmes de santé tels qu'ils sont élaborés par l'Organisation mondiale de la santé (OMS), ou l'adoption d'instruments juridiques spécifiques ».²⁰ En deuxième lieu, le Comité interprète le droit à la santé comme « un droit global, dans le champ duquel entrent non seulement la prestation de soins de santé appropriés en temps opportun, mais aussi les facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'accès à l'eau salubre et potable et à des moyens adéquats d'assainissement, l'accès à une quantité suffisante d'aliments sains, la nutrition et le logement, l'hygiène du travail et du milieu et l'accès à l'éducation et à l'information relatives à la santé, notamment la santé sexuelle et génésique. Un autre aspect important est la participation de la population à la prise de toutes les décisions en matière de santé aux niveaux communautaire, national et international ».²¹ Cette perception du droit à la santé rejoint la définition holistique de la santé que l'OMS a retenue au titre de sa Constitution du 22 juillet 1946 et selon laquelle « [l]a santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». En troisième lieu, il ne suffit pas, selon le Comité, que le droit à la santé et les biens et services qu'il inclut existent en quantité suffisante, soient accessibles et qualitativement adéquats; encore faut-il que les « installations, biens et services en matière de santé [soient] respectueux de l'éthique médicale et (...) appropriés sur le plan culturel, c'est-à-dire respectueux de la culture des individus, des minorités, des peuples et des

¹⁷ « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services ». Ce traité est entré en vigueur pour la Suisse le 27 mars 1997 (RO 1998 2055).

¹⁸ La CSER, traité adopté le 3 mai 1996 sous les auspices du Conseil de l'Europe (STE n° 163), reconnaît le droit de toute personne « de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre ». S'agissant du projet d'adhésion de la Suisse à la CSE(R), cf. GREGOR T. CHATTON, *La Suisse prête à adhérer à la Charte sociale européenne (révisée)*. Les obstacles juridiques ont été levés; restent les risques de blocage politique, *Plaidoyer* 2/34, 2016, pp. 34-40.

¹⁹ Cf., déjà, ATF 99 Ia 747 p. 749; 90 I 29 p. 36.

²⁰ Observation générale n° 14, *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte I)*, XXIIe session/2000 (ONU doc. E/C.12/2000/4), ci-après: OG 14/2000 (Pacte I), § 1. Pour des détails sur le droit à la santé, cf. parmi d'autres: AUDREY R. CHAPMAN, *Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal Policies*, Cambridge University Press, Cambridge 2016; BRIGIT C. A. TOEBES, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia, Anvers 1999.

²¹ OG 14/2000 (Pacte I), § 11.

communautés, réceptifs aux exigences spécifiques liées au sexe et au stade de la vie et être conçus de façon à respecter la confidentialité et à améliorer l'état de santé des intéressés ».²²

Bien que l'exégèse susmentionnée ne se réfère pas explicitement à la prise en compte des préceptes et interdits religieux s'agissant de la concrétisation et de la mise en œuvre du droit de l'Homme à la santé, il est sans autre possible de les subsumer sous la notion « appropriés sur le plan culturel ». La religion fait, en effet, partie intégrante de la culture des populations et, dans certaines sociétés, les règles socio-culturelles sont (encore) fortement imprégnées, voire dominées par des concepts d'ordre religieux. Il s'ensuit que l'Etat est tenu, dans la mesure du possible, notamment à l'issue des pesées des intérêts qu'effectue une société libre fondée sur les principes de l'Etat de droit, de réaliser le droit à la santé des personnes qui se considèrent comme étant soumises à des impératifs religieux.

A cet égard, l'on peut songer aux contrôles routiniers de santé que des agents de l'Etat effectueraient sur des personnes à l'entrée sur le territoire suisse; lorsqu'il s'agit d'une personne de confession musulmane, ce contrôle devrait de préférence être opéré, par respect des conventions religieuses relatives à la pudeur, par un médecin ou infirmier du même sexe. Mentionnons également - ce qui est loin d'être anecdotique - l'invention par les Hôpitaux universitaires de Genève d'une solution alcoolique remplaçant le lavage des mains au savon, qui s'est avérée davantage hygiénique et pratique que les méthodes traditionnelles. Grâce à l'appui de l'OMS, cette méthode a été introduite dans de nombreux hôpitaux de la planète. Or, dans une partie du monde musulman, une telle solution à base d'alcool, un autre tabou religieux, risquait d'être rejetée par les autorités (religieuses) et par la population, raison pour laquelle un groupe de travail de l'hôpital a soumis ce produit à l'approbation du clergé islamique et, en parallèle, mis au point une solution alternative basée sur un type d'alcool qui n'est pas absorbé au travers de la peau et qui s'avère donc d'emblée conforme aux préceptes coraniques.²³

Tel que l'illustre, notamment, l'observation générale n° 22, c'est dans le domaine de la santé génésique et sexuelle que le droit à la santé et la liberté religieuse présentent des interfaces ou des points de contact (conflictuels) particulièrement nombreux. Certaines doctrines ou pratiques religieuses sont, en effet, susceptibles d'entraver l'accès non-discriminatoire des femmes à « une offre complète de services, de biens, d'éducation et d'information en matière de santé sexuelle et procréative ». ²⁴ Hormis l'éducation sexuelle ou certaines pratiques sexuelles problématiques, voire dangereuses (excision, etc.),²⁵ l'attitude de la société et/ou des autorités religieuses face à la contraception,²⁶ aux soins d'accouchement et de naissance, ainsi qu'aux avortements (non) médicalisés peut aussi donner lieu à des débats au sujet de la prise en compte ou non de traditions et concepts religieux dans la mise en œuvre du droit à la santé. A titre d'exemple, le Comité européen des droits sociaux (ci-après: le CEDS) chargé de veiller à

²² OG 14/2000 (Pacte I), § 12 let. c); voir également l'Observation générale n° 22, *Le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte I)*, 2016 (ONU doc. E/C.12/GC/22), ci-après: OG 22/2016 (Pacte I), § 20.

²³ UNIVERSITÉ DE GENÈVE, Hygiène des mains: le succès universel du modèle genevois, *Campus – le magazine scientifique de l'UNIGE*, n° 114, Genève (septembre 2013), p. 26 s., consultable sur le site www.unige.ch/campus/campus114/dossier3/.

²⁴ OG 22/2016 (Pacte I), § 28.

²⁵ Recommandation générale n° 14, *L'excision*, IXe session/1990 (ONU doc. A/45/38), ci-après: RG 14/1990 (CEDEF).

²⁶ Cf. Recommandation générale n° 15, *Non-discrimination à l'égard des femmes dans les stratégies nationales de prévention du syndrome d'immunodéficience acquise (sida) et de lutte contre cette pandémie*, IXe session/1990 (ONU doc. A/45/38), ci-après: RG 15/1990 (CEDEF); KATHRYN JOYCE, *The Catholic Church: Condoms, HIV & AIDS in Africa*, *Church & State*, vol. XXXIII, n° 3/2012, consultable sur le site internet <http://churchandstate.org.uk/2012/12/the-catholic-church-condoms-and-hiv-aids-in-africa/>; JONAS SIVELĀ, *Infected Condoms and Pin-Pricked Oranges: An Ethnographic Study of AIDS Legends in Two Townships in Cape Town*, *Cultural Analysis* vol. 11, The University of California 2012, pp. 45-66, consultable sur le site http://socrates.berkeley.edu/~caforum/volume11/vol11_Sivela.html.

la mise en œuvre du système de la Charte sociale européenne, en particulier de la Charte sociale européenne révisée, a été saisi d'une réclamation collective mettant en cause l'éducation sexuelle et génésique dispensée au sein des écoles publiques de Croatie, un pays catholique conservateur. A l'issue de son examen contradictoire, le CEDS a reconnu, d'une part, « que les normes culturelles et la religion, les structures sociales, le milieu scolaire et les facteurs économiques varient à travers l'Europe et affectent le contenu de l'éducation sexuelle et génésique ainsi que la façon dont elle est dispensée ». Cela ne permettait cependant pas aux Etats, d'autre part, de faire fi des standards quantitatifs et qualitatifs en matière d'éducation sexuelle; ils devaient au contraire, notamment, « s'assurer que les informations communiquées soient objectives, reposent sur des preuves scientifiques récentes et ne soient pas censurées, dissimulées ou délibérément mensongères, par exemple en ce qui concerne la contraception et les différents moyens de préserver sa santé sexuelle et génésique ». Or, au vu de propos discriminatoires et non avérés figurant dans le matériel pédagogique des programmes scolaires croates, le CEDS a retenu une violation du droit à la santé (art. 11 par. 2 CSE), en lien avec la clause de non-discrimination.²⁷

Cela étant, les interactions ou contradictions ne s'arrêtent pas au domaine de la médecine sexuelle ou sexo-spécifique. Que l'on pense, à titre d'exemple final, aux conflits pouvant surgir entre la liberté religieuse, d'une part, et l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 par. 1 CDE; art. 11 Cst.) ainsi que les droits à la santé et à l'intégrité corporelle, d'autre part, en présence d'un enfant dont les parents refuseraient, par conviction religieuse (notamment celle qui est en principe partagée par les témoins de Jéhovah), qu'il subisse une transfusion sanguine en cas d'urgence.²⁸

3. Le droit au logement

Le lien potentiel entre la liberté de religion et le droit au logement apparaît sans doute moins évident. Il est néanmoins présent. L'art. 11 par. 1 Pacte I garantit, entre autres aspects, le droit à un logement suffisant.²⁹ Or, dans son observation générale n° 4, le Comité du Pacte I a indiqué que le caractère adéquat du droit au logement dépendait aussi « de facteurs sociaux, économiques, culturels, climatiques, écologiques et autres ». ³⁰ En particulier, « le milieu culturel » devait être respecté, en ce sens que « l'architecture, les matériaux de construction utilisés et les politiques en la matière doivent permettre d'exprimer convenablement l'identité culturelle et la diversité dans le logement. Dans les activités de construction ou de modernisation de logements, il faut veiller à ce que les dimensions culturelles du logement ne soient pas sacrifiées et que, si besoin est, les équipements techniques modernes, entre autres, soient assurés ». ³¹ Des éléments d'ordre religieux peuvent, partant, influencer la réalisation du droit au logement dans le cadre de la prise en considération du « milieu culturel » susmentionné.

²⁷ DCEDS (RC 45/2007, fond), *INTERIGHTS c. Croatie*, du 30 mars 2009, par. 47 ss.

²⁸ Cf., notamment, ACEDH *Hoffmann c. Autriche*, du 23 juin 1993, req. 12875/87, série A255-C, par. 30; décision de la Commission européenne des droits de l'Homme en la cause *Khristiansko Sdruzhenie « Svideteli na Jehova » c. Bulgarie*, du 3 juillet 1997, req. 28626/95.

²⁹ Voir, pour des détails au sujet de ce droit de l'Homme: BARBARA E. WILSON, Le droit à un logement suffisant au sens du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, *RSDIE (Revue suisse de droit international et européen)*, vol. 18/2008, n° 5, pp. 431-456.

³⁰ Observation générale n° 4, *Le droit à un logement suffisant (art. 11 par. 1 du Pacte I)*, VI^e session/1991 (ONU doc. E/1992/23), ci-après: OG 4/1991 (Pacte I), § 8.

³¹ OG 4/1991 (Pacte I), § 8 let. g).

La position du CEDS sur la CSER, dont l'art. 31 garantit le droit au logement, est similaire à celle du Comité du Pacte I. En lien avec ce qu'il a eu l'occasion – dans le cadre de réclamations collectives dirigées contre des Etats européens – de qualifier de politique du logement ségrégationniste vis-à-vis des Roms, le CEDS a fait ressortir la dimension culturelle et familiale du droit au logement. Sous cet angle, il a averti les Etats concernés que « les logements sociaux proposés aux Roms devraient, dans la mesure du possible, être adaptés à leur culture. Le fait de reloger des familles roms dans des immeubles empêche souvent les réunions familiales et les rencontres entre amis, en ce qu'il est à l'opposé du mode de vie de la communauté rom et brise les liens de solidarité qui unissent les membres. De plus, les Roms se heurtent dans ces immeubles à l'hostilité du voisinage. Le Comité considère par conséquent qu'il faudrait tenir compte de ces problèmes lors de l'élaboration des politiques en la matière ».³²

Il s'ensuit que le droit social au logement intègre certains concepts culturels à son champ de protection. *Mutatis mutandis*, une politique du logement qui aurait pour but ou pour effet de créer, voire qui s'accommoderait, sans contre-mesures sérieuses, d'une situation de « ghettoïsation » ou de « banlieuérisation » à l'endroit d'une minorité religieuse, pourrait, selon nous, violer le droit au logement, tel qu'interprété à l'aune de la liberté religieuse. Il en irait probablement de même d'une politique du logement ou de modèles architecturaux développés par les autorités qui conduiraient à nier les spécificités culturelles ou religieuses de certains groupes de la population ou qui interdiraient à des groupements religieux, sans motifs objectifs liés à l'ordre public ou au droit de la construction et de l'aménagement du territoire, de bâtir des demeures individuelles ou leurs lieux de culte selon les préceptes de leur croyance, p. ex. en appliquant l'art taoïste du *feng shui* dans le domaine du bâti. En Suisse, ces considérations soulèvent évidemment aussi la question de la justification et de la conformité aux droits fondamentaux de l'interdiction constitutionnelle de construire des minarets (art. 72 al. 3 Cst.);³³ ce, non seulement en regard de l'interdiction de toute discrimination fondée sur des motifs ethniques ou religieux, mais également sous l'angle du droit matériel au logement interprété à l'aune de la liberté religieuse.

III. La liberté religieuse et le droit à l'éducation

Tandis que l'art. 19 Cst. se cantonne à la garantie du « droit à un enseignement de base suffisant et gratuit », l'art. 13 Pacte I vise à assurer à toute personne le plein exercice du droit à l'éducation non seulement dans l'enseignement primaire (par. 2 let. a), mais également dans les sections secondaire et supérieure de l'enseignement (par. 2 let. b et c). Les art. 28 et 29 CDE poursuivent un objectif tout aussi ambitionné que le Pacte I, qui est taillé sur mesure selon les besoins de l'enfant. Le droit à l'instruction est, en sus, garanti par l'art. 2 PA/CEDH n° 1,

³² DCEDS (RC 61/2010, fond), *CEDR c. Portugal*, du 30 juin 2011, par. 41 ss, par. 49. Voir aussi DCEDS (RC 58/2009, fond), *COHRE c. Italie*, du 25 juin 2010, par. 91. Comparer notamment avec l'arrêt de la Cour EDH *Chapman c. Royaume-Uni [GC]*, du 18 janvier 2001, req. 27238/95, Rec. 2001-I, par. 96; cf., de manière générale sur la situation des Tziganes, JOËLLE SAMBUC BLOISE, *La situation juridique des Tziganes en Suisse*, Schulthess, Genève 2007.

³³ Voir à ce sujet, parmi tant d'autres, GIOVANNI DISTEFANO/PASCAL MAHON, Interdiction des minarets et droit international, *Journal of Sharia & Law*, n° 45, 2011, pp. 69-84; PATRICK FREUDIGER, Das Minarettverbot ist anwendbar: auch in hängigen Verfahren, *Jusletter* 4 avril 2011, disponible sur <http://www.jusletter.ch>; STÉPHANE GRODECKI, Construction de minarets: une interdiction inapplicable, *Plaidoyer*, n° 1, 2010, pp. 56-61; Message du Conseil fédéral, du 27 août 2008, relatif à l'initiative populaire « contre la construction de minarets », in : FF 2008 6923. Voir aussi: ATF 139 I 16 consid. 4.2.2 pp. 24 s.; 138 III 641 consid. 4.4 p. 645; Cour EDH *Ligue des musulmans de Suisse et autres c. Suisse*, décision du 28 juin 2011, req. 66274/09.

instrument que la Suisse a signé le 19 mai 1976, mais qu'elle s'est jusqu'à présent abstenue de ratifier.³⁴

Dans son observation générale n° 13 relative à l'interprétation de l'art. 13 Pacte I, le Comité du Pacte I a pertinemment mis en exergue le rôle-clef revenant au droit à l'éducation en vue de l'exercice effectif de nombre d'autres droits fondamentaux. Ainsi, « [e]n tant que droit qui concourt à l'autonomisation de l'individu, l'éducation est le principal outil qui permette à des adultes et à des enfants économiquement et socialement marginalisés de sortir de la pauvreté et de se procurer le moyen de participer pleinement à la vie de leur communauté. L'éducation joue un rôle majeur, qu'il s'agisse de rendre les femmes autonomes, de protéger les enfants contre l'exploitation de leur travail, l'exercice d'un travail dangereux ou l'exploitation sexuelle, de promouvoir les droits de l'Homme et la démocratie, de préserver l'environnement ou encore de maîtriser l'accroissement de la population ».³⁵ L'un des buts du droit à l'éducation est, en outre, de « favoriser la compréhension entre tous les groupes "ethniques" ainsi qu'entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux »³⁶; ce droit fondamental tend, par conséquent, à propager la tolérance (y compris interreligieuse), le respect d'autrui. A contrario, une éducation qui chercherait à inculquer la haine de l'autre ou vis-à-vis des valeurs démocratiques d'une société ne saurait bénéficier de la protection du droit à l'éducation, ni être compatible avec le système des droits de l'Homme.

En Suisse, ces dernières années ont vu s'accroître et se multiplier les collisions entre le droit (culturel) à l'éducation et la liberté (civile) religieuse, au point de nécessiter l'arbitrage du juge constitutionnel ou conventionnel. D'un point de vue théorique, le Tribunal fédéral retient l'existence de telles collisions ou conflits de droits fondamentaux/libertés, « [I]orsque l'exercice d'un droit fondamental par une personne (voire la concrétisation d'un tel droit par une autorité à travers la poursuite d'un intérêt public) se heurte à l'exercice d'un ou de plusieurs autres droits fondamentaux par une autre personne ».³⁷ Pour résoudre un conflit de droits fondamentaux, le juge doit vérifier que la décision en cause « ménage un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu », en s'aidant des principes ainsi qu'en s'inspirant de la méthodologie sur les restrictions admissibles aux droits fondamentaux qui sont prévus à l'art. 36 Cst.³⁸

Les refus de dispenses scolaires ont occupé la Cour suprême helvétique à plusieurs reprises.³⁹ Par exemple, en 2008, le Tribunal fédéral a estimé qu'il était disproportionné de ne pas accorder à un élève une dispense de passer des examens écrits de maturité un samedi – jour durant lequel sa religion lui commandait d'observer strictement le repos –, dès lors que cette dispense serait ponctuelle et que l'école aménageait de toute façon certaines dates de rattrapage en faveur des élèves malades ou accidentés.⁴⁰ En 2012, le Tribunal fédéral a jugé que la liberté religieuse ne conférerait pas le droit de l'enfant à une dispense générale de la participation à tous les chants ou événements à connotation religieuse, ainsi qu'à toutes les excursions impliquant la visite de sites religieux, étant précisé que le mandat éducatif de l'école visait également à confronter l'enfant à des convictions religieuses différentes; il incombait cela dit aux autorités scolaires d'examiner les demandes de dispense au cas par cas,

³⁴ Protocole additionnel n° 1 à la CEDH, du 20 mars 1952 (STE n° 9).

³⁵ Observation générale n° 13, *Le droit à l'éducation (art. 11 du Pacte I)*, XXIIe session/1999 (ONU doc. E/C.12/1999/10), ci-après: OG 13/1999 (Pacte I), § 1.

³⁶ OG 13/1999 (Pacte I), § 4.

³⁷ ATF 140 I 201 consid. 6.6 p. 212; jurisprudence reprise in ATF 142 I 195 consid. 5.5 p. 210.

³⁸ ATF 140 I 201 consid. 6.7 p. 212; 142 I 195 consid. 5.6 p. 210 s.

³⁹ Cf. déjà: ATF 114 Ia 129 (congé scolaire pour participer à la fête des tabernacles; interdiction violant le principe de proportionnalité) et ATF 117 Ia 311 (refus d'accorder une dispense générale de l'enseignement scolaire le samedi pour des motifs religieux; renvoi à l'instance précédente pour examen de l'aune du principe de proportionnalité).

⁴⁰ ATF 134 I 114 consid. 6 pp. 120 ss.

à l'aune de la liberté religieuse des requérants.⁴¹ Le refus de dispenser un enfant fréquentant le jardin d'enfants des exercices de yoga qui y étaient pratiqués, au motif qu'il s'agirait d'une expression de la religion hindouiste, a été confirmé dans un arrêt du 14 février 2013.⁴² De même, le Palais de Mon-Repos a rejeté le recours formé par certains parents d'enfants fréquentant le jardin d'enfants ou l'école primaire à l'encontre du refus de dispenser ces derniers des cours d'éducation sexuelle.⁴³

Après avoir, pendant longtemps⁴⁴, privilégié le droit des parents d'enfants musulmans d'obtenir une dispense des cours de natation mixtes à l'école publique en faveur de leurs enfants, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt de principe datant de 2008, opéré un revirement important de sa jurisprudence en confirmant le refus de dispenser deux garçons pré-pubères desdits cours. Il a notamment justifié ce changement de paradigmes par l'augmentation en Suisse de migrants de confessions diverses, en général, et de confession musulmane, en particulier. Cela nécessitait qu'une importance particulière fût dorénavant réservée au principe d'intégration des étrangers et à la promotion de l'égalité des chances entre les enfants d'origines et de religions différentes.⁴⁵ Saisie d'une requête contre la position défendue (et confirmée depuis) par la Suisse à cet égard, la Cour EDH nia toute violation de l'art. 9 CEDH. Le Palais des droits de l'Homme rappela que l'école jouait un rôle spécial dans le processus d'intégration sociale, en particulier pour les enfants d'origine étrangère. A cette aune, l'intérêt des enfants à une scolarisation complète, permettant une intégration sociale réussie selon les coutumes locales devait, eu égard à la large marge d'appréciation nationale, l'emporter sur le vœu des parents de voir leurs enfants exemptés des classes de natation mixtes; ce, d'autant que les autorités scolaires avaient proposé des aménagements importants aux requérants, notamment la possibilité pour les enfants de porter le burkini durant les cours de natation.⁴⁶ Face à l'intransigeance des parents des élèves concernés, on peut se demander jusqu'où les autorités seraient tenues de « tout mettre en œuvre pour éviter qu'un individu se retrouve dans une situation où il doit choisir entre respecter l'obligation juridique qui lui est imposée et se conformer à l'obligation découlant de ses convictions religieuses ».⁴⁷ En fin de comptes, le succès du vivre-ensemble au sein d'une société démocratique ne dépend-il pas des efforts mutuels que sont disposés à consentir le « Léviathan » et ses « sujets », à savoir d'un pacte social bidirectionnel et équilibré ? Quoi qu'il en soit, les intérêts contradictoires et multiples qui opposent parfois l'enfant, ses parents et les intérêts généraux de la société requièrent qu'une pesée de tous les intérêts en présence soit effectuée en permanence par les autorités, afin d'éviter, tel que le redoute Hertig Randall, qu'une « question liée à l'exercice d'un droit fondamental [ne se mue] en une question de politique migratoire » ou que la pesée des intérêts ne se schématise, voire même ne devienne stéréotypée.⁴⁸

Le droit de la Suisse d'interdire le port du foulard islamique – un signe religieux extérieur fort – aux enseignantes de l'école publique, à tout le moins à celles travaillant dans le secteur

⁴¹ Arrêt 2C_724/2011 du 11 avril 2012 consid. 3, in RDAF 2013 I 392.

⁴² Arrêt 2C_897/2012 du 14 février 2013 consid. 4, in JdT 2013 I 100.

⁴³ Arrêt 2C_132/2014 du 15 novembre 2014 consid. 5, in RDAF 2016 I 439.

⁴⁴ ATF 119 Ia 178 consid. 6-8 pp. 187 ss.

⁴⁵ ATF 135 I 79 consid. 7.2 pp. 87 ss; cf. aussi arrêt 2C_1079/2012 du 11 avril 2013 consid. 3.5.2.

⁴⁶ Cour EDH *Osmanoğlu et Kocabaş contre Suisse*, du 10 janvier 2017, req. 29086/12, par. 94 ss; cf. aussi l'arrêt du Tribunal administratif fédéral allemand (BVerwG) 6 C 25.12 n° 63/2013 – VGH 7 A 1590/12, du 11 septembre 2013, consultable sur le site internet www.bverwg.de/entscheidungen.

⁴⁷ LUC GONIN, *La liberté religieuse – La situation juridique au sein du Conseil de l'Europe et en Suisse*, Schulthess, Genève 2013, p. 123.

⁴⁸ HERTIG RANDALL (note 15), pp. 282 ss. En revanche, nous ne reprenons pas à notre compte la critique spécifique de l'auteur à l'égard de l'ATF 135 I 79; à notre sens, les desiderata des recourants dans le cas d'espèce dépassaient, en effet, les limites objectives de ce qui pouvait être exigé des autorités en termes d'accommodement raisonnable.

primaire, n'apparaît plus contesté aujourd'hui. La Cour EDH a, en effet, suivi le raisonnement opéré par le Tribunal fédéral dans une affaire genevoise et retenu que le port du foulard par un enseignant pouvait avoir un « effet prosélytique » sur les enfants en bas âge, qui était difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes ou 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 ». ⁴⁹ En revanche, en Suisse, il n'est en principe pas possible d'interdire le port du foulard aux élèves et étudiants sur la base de l'obligation de neutralité religieuse de l'Etat ou d'une quelconque (autre) forme de laïcité. ⁵⁰ Après avoir jugé, dans un premier arrêt de principe, que l'interdiction du port du foulard à l'école constituait une atteinte grave à la liberté religieuse, qui exigeait une base légale formelle (art. 36 al. 1 in fine Cst.), ⁵¹ la Cour suprême helvétique a retenu, dans un arrêt datant de 2015 et se référant également aux arguments de Tristan Zimmermann, ⁵² que l'interdiction de porter le voile pour des écolières d'une institution éducative publique représentait (sauf circonstances spécifiques, non réunies en l'espèce) ⁵³ une ingérence disproportionnée et donc inadmissible dans leur liberté de conscience et de croyance. ⁵⁴

Les causes de ces conflits de droits fondamentaux sont multiples; elles ne sauraient être exposées, encore moins de façon extensive, dans le cadre de la présente étude, qui se borne à illustrer certains points de rencontre – tant dans le sens d'une interaction ou d'un renforcement mutuel, que dans celui de frictions – entre les droits sociaux et la liberté religieuse. On peut, cependant et sans porter de jugement de valeur à l'égard de tels phénomènes, ni en tirer des enseignements généraux de nature scientifique, énoncer trois thèses:

- Premièrement, ces conflits potentiels semblent être en quelque sorte « préprogrammés », voire même renforcés *in nuce* par la systématique même des droits de l'Homme. En traitant du droit à l'éducation et de la liberté religieuse, le constituant, respectivement les fondateurs des conventions de protection des droits de l'Homme ont, en effet, d'emblée cherché à tenir compte de la dimension religieuse en matière éducative, respectivement des implications de l'éducation sur la religion et vice versa, en introduisant des « portes de sortie » et d'autres garde-fous dans le droit à l'éducation. Hormis l'intérêt public des collectivités et l'intérêt de l'enfant qu'il ou elle bénéficie d'une éducation qui soit non seulement quantitativement et qualitativement adéquate, mais qui lui inculque aussi les valeurs fondamentales d'un Etat de droit démocratique et tolérant, le régime des droits de l'Homme reconnaît ainsi 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

⁴⁹ Cour EDH *Dahlab c. Suisse*, décision du 15 février 2001, req. 42393/98, Rec. 2001-V, ch. 1; ATF 123 I 296 consid. 4b pp. 305 ss; voir l'avis critique de TRISTAN ZIMMERMANN, Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école: l'humeur inégale du juge européen, Rashid Bahar/Rita Trigo Trindade (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives*, Schulthess, Genève 2013, pp. 107-151, p. 133.

⁵⁰ Cf. ATF 123 I 296 consid. 4b/bb pp. 308 ss; ZIMMERMANN 2012 (note 3), n. 13 s., p. 5. Voir, à l'opposé, les restrictions que connaissait la Turquie jusqu'au niveau universitaire, du moins avant les tentatives d'islamisation apparente entreprises par le gouvernement ERDOGAN: Cour EDH *Leyla Şahin c. Turquie [GC]*, du 10 novembre 2005, req. 44774/98, Rec. 2005-XI, par. 112 ss; voir AYMERIC JANIER, L'AKP cherche-t-il à islamiser la société turque?, *Le Monde*, du 22 février 2012, consultable sur le site internet http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2012/02/22/l-akp-cherche-t-il-a-islamiser-la-societe-turque_1646562_3218.html (visité le 5 février 2017). Cf., en France: Cour EDH *Dogru c. France*, du 4 décembre 2008, req. 27058/05, par. 73 ss; *Aktas c. France*, décision du 30 juin 2009, req. 43563/08, ch. 2.

⁵¹ ATF 139 I 280 consid. 5 pp. 284 ss.

⁵² TRISTAN ZIMMERMANN, La laïcité et la République et canton de Genève, *SJ (La Semaine judiciaire)* 2011 II, pp. 29-77, 73.

⁵³ Cf., notamment, ATF 142 I 49 consid. 8.2.1 et 8.2.2 p. 67 et consid. 9.4.2 p. 71.

⁵⁴ ATF 142 I 49 consid. 9 et 10 pp. 69 ss.

ses capacités ». ⁵⁵ Au droit à l'instruction, voire à la formation de l'enfant, ainsi qu'à l'intérêt crucial des sociétés démocratiques que l'éducation observe certaines valeurs de base du vivre-ensemble, s'oppose partant, à tout le moins potentiellement, la liberté des parents – qui est une composante de leur propre liberté de conscience et de croyance – ⁵⁶ d'assurer/de faire assurer l'éducation religieuse et philosophico-morale de leurs enfants conformément à des préceptes et convictions qui, certes rarement, peuvent entrer en conflit avec les objectifs et valeurs de base de l'Etat, de même qu'avec l'intérêt supérieur de l'enfant ⁵⁷ à pouvoir s'intégrer et s'épanouir dans la société dans laquelle il évolue. Ce conflit de droits fondamentaux doit être, avant tout, désamorcé par le législateur et, subsidiairement, en conformité avec la marge de manœuvre qui leur est laissée, par les autorités de protection des enfants, ainsi que par le juge, à l'issue de pesées des intérêts détaillées et respectueuses de l'autonomie tant individuelle que familiale. ⁵⁸

A cet égard, on peut, incidemment, s'interroger sur la constitutionnalité et la conventionnalité du choix du législateur, concrétisé à l'art. 303 CC, d'étendre la prérogative des parents de déterminer l'éducation religieuse et la confession de leur enfant jusqu'à ce que ce dernier ait atteint l'âge de seize ans révolus. A notre sens, une telle disposition est, de nos jours, difficilement compatible avec, entre autres, l'art. 11 al. 2 Cst., qui prévoit que les enfants « exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement »; ⁵⁹ c'est, du reste, à cette lumière que l'on pourrait analyser la tentative entreprise par le Tribunal fédéral d'interpréter l'art. 303 CC à l'aune de (et donc conformément à) l'art. 11 Cst. ⁶⁰

- Deuxièmement, il a été vu que la tendance vers une immigration accrue, en Suisse comme en Europe, de personnes appartenant à d'autres religions qu'aux « traditionnelles » religions judéo-chrétiennes, a conduit les autorités helvétiques, pour des motifs d'égalité de traitement et de praticabilité dans le milieu éducatif, à privilégier le principe d'intégration par rapport aux régimes dérogatoires (dispenses) en faveur des enfants des membres de minorités religieuses. Or, ce « resserrement de vis » a inévitablement suscité une augmentation des réactions et conflits judiciaires, expliquant, de surcroît, une certaine médiatisation de ces questions de société.

- Troisièmement, on semble assister – et ce pas uniquement parmi la communauté musulmane, mais également chez les adeptes d'autres (grandes) religions – à une montée (concernant des mouvances isolées, certes, mais néanmoins bien visibles) de l'intégrisme et de l'intolérance religieux. ⁶¹ Cela peut avoir pour corollaire que les membres de ces groupes instrumentalisent la politique éducative dans les sociétés démocratiques (voire aussi leurs propres enfants) aux fins de « tester » ou de défier (y compris du point de vue judiciaire) les

⁵⁵ Art. 14 par. 2 CDE; cf. aussi art. 18 par. 4 Pacte II; art. 2 P1/CEDH (non ratifié par la Suisse).

⁵⁶ ATF 129 III 689 consid. 1.2 p. 692.

⁵⁷ Cf. art. 3 par. 1 CDE: « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

⁵⁸ Cf., s'agissant de la théorie des conflits de droits fondamentaux, ATF 140 I 201 consid. 6.7 p. 212 s. Au sujet des limites au droit éducatif des parents, lorsque l'éducation religieuse de leurs enfants conduit à priver ceux-ci d'une éducation adéquate ou conforme à l'égalité des sexes, cf. REGULA KÄGI-DIENER, ad art. 19 Cst., in : Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Schulthess, Zurich 2014, n. 42, p. 472.

⁵⁹ Voir art. 16 et 305 al. 1 CC; art. 14 par. 2 *in fine* CDE: « Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents (...) de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière *qui corresponde au développement de ses capacités* » (passage mis en exergue); ATF 134 II 235 consid. 4.3 pp. 239 ss.

⁶⁰ Cf. ATF 142 I 49 consid. 5.3 p. 63: « *Neben dem Gesichtswinkel der religiösen Erziehung ist indessen auch ein innerer, persönlicher Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit zu achten, der bei jedem urteilsfähigen Kind mitzuberücksichtigenden ist* ».

⁶¹ Cf. déjà: GABRIEL A. ALMOND/R. SCOTT APPELBY/EMMANUEL SIVAN, *Strong Religion – The Rise of Fundamentalisms Around the World*, The University of Chicago Press, Chicago 2003.

limites et la réactivité de l'Etat de droit ainsi que, plus généralement, les sociétés démocratiques ouvertes.

Or, bien qu'elles connaissent le principe de l'interdiction de l'abus de droit jusque dans le domaine des droits de l'Homme,⁶² ces sociétés peuvent, avant de recourir à ladite *ultima ratio* d'ordre juridique,⁶³ aménager de nombreuses souplesses, même en faveur de celles ou de ceux qui méprisent ou combattent les valeurs fondamentales qui sont défendues par les conventions de droits de l'Homme. En matière d'éducation (religieuse), cette large tolérance se manifeste, notamment, à travers la liberté des parents ou tuteurs légaux « de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'Etat en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions »,⁶⁴ étant ajouté que « l'enseignement dans un établissement public d'une religion ou d'une conviction donnée est incompatible avec le paragraphe 3 de l'art. 13 [Pacte I], à moins que ne soient prévues des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents et des tuteurs »⁶⁵. Une autre forme de tolérance se manifeste par le biais de « la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement ». ⁶⁶ Cela dit, ces libertés, qui peuvent potentiellement bénéficier même aux adeptes d'un intégrisme religieux, sont garanties à la condition que « l'éducation donnée dans ces établissements [privés] soit conforme aux normes minimales qui peuvent être prescrites par l'Etat ». ⁶⁷ A notre sens, ces conditions que l'Etat surveillant ou régulateur⁶⁸ est en droit d'imposer ne se limitent pas à veiller à ce que les enfants suivant une école privée (y compris religieuse) reçoivent une éducation matériellement suffisante, mais aussi à ce que l'école véhicule, outre les fondamentaux religieux d'une communauté donnée, les valeurs de tolérance propres à un Etat de droit démocratique, dont l'égalité des sexes, le respect des droits des autres individus et la dignité humaine font incontestablement partie.

L'on peut percevoir une confirmation de ce fragile équilibre dans le récent arrêt 2C_807/2015 du 18 octobre 2016. Dans cette jurisprudence, les juges suprêmes helvétiques ont adhéré au refus intimé à une association musulmane de gérer un jardin d'enfants dans le canton de Zurich. Tout en reconnaissant une marge de manœuvre didactique (« *gewisse didaktische Freiheit* ») à cette association tout comme aux acteurs privés, le Tribunal fédéral a, cependant, indiqué que ni la Constitution, ni les droits de l'Homme conventionnels n'obligeaient l'Etat d'autoriser l'ouverture ou la gestion d'écoles privées dont les concepts éducatifs contrediraient les valeurs humanistes et démocratiques, de même que la vision d'une société pluraliste à la base de l'école publique.⁶⁹

⁶² Voir, p. ex., art. 17 CEDH: « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention (...) ».

⁶³ Pour un résumé de la jurisprudence relative à l'art. 17 CEDH: Cour EDH *Paksas c. Lituanie* [GC], du 6 janvier 2011, req. 34239/04, Rec. 2011, par. 86 ss.

⁶⁴ Art. 13 par. 2 Pacte I.

⁶⁵ OG 13/1999 (Pacte I), § 28.

⁶⁶ Art. 13 par. 4 Pacte I. Cf. aussi art. 22 par. 2 CDE.

⁶⁷ Art. 13 par. 4 Pacte I. Cf. aussi art. 22 par. 2 CDE.

⁶⁸ Cf. art. 35 al. 3 Cst.: « Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». Voir aussi: TRISTAN ZIMMERMANN, L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine, in : Jean Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), « *Le droit décloisonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Schulthess, Genève 2009, pp. 27-53, 40 ss et 50 s.

⁶⁹ Arrêt 2C_807/2015 du 18 octobre 2016 consid. 4.3. Cf. aussi, par ex., Cour EDH *Catan et al. c. République de Moldova et Russie* [GC], du 19 octobre 2012, req. 43370/04; 18454/05; 8252/05, Rec. 2012, par. 138 s.; FELIX

Conclusion

Pour autant que les autorités suisses finissent, un jour, par abandonner leur pratique obsolète consistant à nier, dans l'ignorance de leur interdépendance avec les droits civils et politiques, le caractère justiciable de la plupart des droits sociaux fondamentaux, des points de « synergie » intéressants sont susceptibles d'apparaître entre ceux-ci et, pour ne citer qu'elle, la liberté de croyance et de conscience. Qui s'émouvra, en effet, de ce que des concepts issus ou proches des sciences humaines, tels que la religion, les convictions philosophiques et morales ou la culture, puissent exercer une certaine influence sur la qualification du contenu ou sur l'exercice de droits fondamentaux qui, par leur essence même, visent à protéger l'individu « situé en société » et « confronté aux différentes pressions et aux pouvoirs sociaux »?⁷⁰ Concrétisant le principe de l'unité dans la diversité des droits de l'Homme, cette interaction des droits sociaux avec la liberté religieuse permet ainsi de mieux contextualiser les premiers dans leurs environnements historique et topographique particuliers. Ce, de manière, d'une part, à en accroître l'acceptation et l'ancrage culturels, tout en pérennisant, d'autre part, leur « socle d'humanité » qui en fait des droits universellement valables et dotés d'une importance intrinsèque.⁷¹

Si, nous l'avons vu, la religion et la prise en compte de la liberté religieuse peuvent ainsi renforcer ou concrétiser certains droits sociaux, un exercice inconsidéré de ces prérogatives risque aussi parfois, inversement, d'entraver celui des droits sociaux. Dans le domaine du droit social à l'éducation, le constituant, voire les hautes parties contractantes ou même le législateur ont prédéfini et priorisé certains critères en vue d'empêcher la survenance de tels conflits potentiels ou, à tout le moins, de faciliter, en amont, leur résolution. Là où ces critères viennent à manquer ou dans les interstices demeurés sans réponse normative, c'est en revanche à l'autorité administrative et, plus encore, au juge des droits fondamentaux que revient le rôle d'arbitrer les conflits relatifs à ces questions de société qui ne laissent personne indifférent. Cet arbitrage s'effectue non seulement au moyen de l'interprétation conforme, mais également et avant tout à l'aide de la pesée de tous les intérêts en présence. Pour Tristan, cette approche doit, à juste titre, demeurer l'instrument de prédilection destiné à concrétiser et à coordonner les droits fondamentaux, dans un monde imprégné d'objectifs, d'intérêts et de valeurs qui se trouvent, eux aussi, en perpétuel développement.⁷²

HANSCHMANN, *ad art. 2 P1/CEDH*, in : Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éd.), *EMRK-Handkommentar*, 4^e éd., Nomos, Baden-Baden 2017, n. 26, p. 781.

⁷⁰ CHATTON (note 8), p. 38.

⁷¹ Voir, à ce sujet, GREGOR T. CHATTON, L'universalité contextualisée de tous les droits de l'Homme – L'unité dans la diversité, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 10/2, 2007, pp. 101-157, pp. 151 s.

⁷² ZIMMERMANN 2008 (note 3), pp. 306 et 326.

L'obligation de transparence des Eglises et autres communautés religieuses

ALEXANDRE FLÜCKIGER*

Introduction

Tristan Zimmermann l'a rappelé¹ : les cantons sont libres dans l'aménagement des relations qu'ils entretiennent avec les communautés religieuses² (art. 72 al. 1^{er} Cst. féd.). Les liens avec l'Etat seront dès lors plus ou moins resserrés selon les cantons. Si les Eglises sont susceptibles de bénéficier d'avantages parfois aussi marquants que celui de lever l'impôt, elles devront souvent en contrepartie se plier à certaines obligations correspondantes à l'exemple du respect des droits fondamentaux.

On examinera ici l'une d'entre elles que l'actualité politique a mise en évidence : celle de la transparence, en particulier financière. Le Conseil fédéral a été interpellé pour « [f]aire la lumière sur le financement des mosquées et des associations musulmanes »³ demandant « comment faire pour insuffler une plus grande transparence dans le financement des mosquées et des associations musulmanes ? ». Une motion en cours de traitement exige d'imposer « l'obligation pour les centres musulmans de déclarer la provenance et l'utilisation des financements dont ils bénéficient » tout en interdisant les financements étrangers⁴.

La Confédération n'a pas en l'état actuel du droit la compétence de recueillir des informations sur le financement des mosquées et des associations musulmanes (art. 72 al. 1^{er} Cst.). La seule exception serait de démontrer que la sécurité intérieure est menacée. Tel serait le cas en présence d'actes préparatoires ou d'exécution relevant du terrorisme ou de l'extrémisme violent⁵.

Les cantons sont en revanche compétents pour prévoir des règles spéciales de transparence dans le cadre des conditions de reconnaissance des communautés religieuses. S'ils

* Professeur à l'Université de Genève.

¹ TRISTAN ZIMMERMANN, La laïcité et la République et canton de Genève, SJ 2011 II, pp. 29 ss, p. 57.

² Nous utilisons indistinctement le terme Eglise, organisation ou communauté religieuse dans le présent texte.

³ RUTH HUMBEL (Groupe PDC), Faire la lumière sur le financement des mosquées et des associations musulmanes, Interpellation N. 16.3274 du 26 avril 2016 (avis du Conseil fédéral du 29 juin 2016), liquidée le 30 septembre 2016 par le Conseil national.

⁴ LORENZO QUADRI (Groupe UDC), Lieux de culte musulmans. Interdiction des financements étrangers et obligation de transparence, Motion N. 16.3330 du 27 avril 2016 (avis du Conseil fédéral du 29 juin 2016), non traité au conseil (Etat au 1^{er} janvier 2017).

⁵ Cf. art. 5 de la loi fédérale sur le renseignement civil (LFRC; RS 121) qui autorise la collecte et le traitement de données dans les limites définies par la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (RS 120) (Interpellation HUMBEL, ch. 1 [cf. ci-dessus note 3]).

reconnaissent à ces dernières un statut de droit public (reconnaissance qualifiée)⁶, le public peut en principe accéder aux documents produits ou détenus par les Eglises dans la mesure où le canton connaît une loi générale sur l'accès aux documents officiels. Si les cantons ne leur reconnaissent qu'un intérêt public (reconnaissance simple)⁷, ils peuvent exiger une transparence financière au moment de fixer les droits et obligations liées à cette reconnaissance. Alors que les cantons ont tous reconnu à un titre ou à un autre les principales Eglises chrétiennes et parfois juives, aucun d'entre eux n'a reconnu à ce jour une communauté musulmane⁸.

Les Eglises non reconnues, s'organisant selon les formes du droit privé, ne sont pas tenues de communiquer leurs sources de financement aux autorités. Les seuls cas particuliers sont les communautés religieuses organisées en fondation. Elles doivent rendre compte de leur situation financière à l'autorité de surveillance fédérale, cantonale ou communale dans le cadre du rapport annuel (art. 84 CC). Les règles du droit public peuvent toutefois exempter les fondations ecclésiastiques du contrôle de l'autorité de surveillance (art. 87 al. 1^{er} CC).

Soumettre les seules mosquées à une obligation de transparence, alors même qu'elles ne font l'objet d'aucune reconnaissance par l'Etat, serait injustifiable du point de vue de l'égalité de traitement, constituerait une mesure discriminatoire prohibée (art. 8 al. 2 Cst.) et serait même arbitraire (art. 9 Cst.). Tel est également l'avis du Conseil fédéral :

« Il faut toutefois éviter de discriminer les communautés musulmanes et les imams et de les placer sous le sceau d'un soupçon généralisé. La liberté de religion, la liberté d'association et la liberté de la langue, entre autres, s'appliquent autant aux musulmans qu'aux personnes appartenant à une autre religion ou qui sont areligieuses. L'égalité de traitement doit s'appliquer entre musulmans et non musulmans, au niveau individuel comme à celui des associations. [...] Les restrictions de droits fondamentaux qui s'appu[i]eraient exclusivement sur l'orientation musulmane d'une personne ou d'une communauté seraient discriminatoires. C'est pourquoi le Conseil fédéral rejette toute interdiction généralisée du financement par des fonds étrangers des prédicateurs et lieux de prières musulmans [ainsi qu'] une obligation de transparence financière qu[i] serait limitée aux centres musulmans »⁹.

En d'autres termes, les cantons ne peuvent imposer aux mosquées que les seules exigences de transparence qu'ils appliquent dans un cadre semblable aux autres communautés religieuses. De telles exigences diffèrent selon que le canton confère un statut de droit public aux Eglises (I.) ou qu'il reconnaît ou non d'intérêt public les Eglises organisées selon les formes du droit privé (II.).

⁶ Cf. ci-dessous ch. I.1.

⁷ Cf. ci-dessous ch. II.1.

⁸ Avis du Conseil fédéral du 29 juin 2016 (Interpellation HUMBEL [cf. ci-dessus note 3]).

⁹ Avis du Conseil fédéral du 29 juin 2016 (Motion QUADRI [cf. ci-dessus note 4]).

I. La transparence des Eglises de droit public

1. Introduction

Tous les cantons, hormis Neuchâtel et Genève, connaissent des Eglises de droit public dont le fondement peut être constitutionnel ou légal¹⁰. L'ordre juridique leur reconnaît un statut de droit public (*öffentlich-rechtliche Anerkennung*; reconnaissance « de droit public »; « grande » reconnaissance; reconnaissance qualifiée)¹¹ qui leur confère la qualité d'une personne morale de droit public¹².

L'Eglise catholique romaine et l'Eglise évangélique réformée font l'objet de cette reconnaissance dans 24 cantons, l'Eglise catholique chrétienne dans neuf et la communauté israélite dans quatre¹³.

Différents cantons prévoient au niveau constitutionnel ou législatif la possibilité de reconnaître un statut de droit public à d'autres communautés religieuses en fixant un certain nombre de conditions¹⁴.

De telles Eglises entrent en principe dans le champ d'application des lois sur l'accès aux documents officiels dans les cantons qui les connaissent (ch. I.2). Pour le surplus, les cantons peuvent prévoir des règles spéciales en matière de transparence dans l'aménagement du régime de reconnaissance de droit public (ch. I.3).

2. L'assujettissement de principe aux lois sur l'accès du public aux documents officiels

Deux tiers des cantons garantissent à toute personne un droit d'accès aux documents officiels sous réserve d'exceptions d'intérêt public ou privé¹⁵. Ces législations sur la transparence comprennent les autorités publiques cantonales ainsi que les organismes de droit public dans leur champ d'application. Les églises de droit public y sont ainsi en règle générale assujetties en tant qu'organismes de droit public. Le public dispose dès lors du droit d'accéder en principe aux documents détenus par les Eglises de droit public, qu'il s'agisse de documents qu'elles ont produits ou qu'elles ont reçus de tiers.

La loi peut prévoir explicitement un tel assujettissement.

¹⁰ CHRISTOPH WINZELER, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (éd.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015, Art. 72 Cst. n° 16; URS JOSEF CAVELTI/ANDREAS KLEY, in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014, Art. 72 n° 11; REGINA KIENER/SEBASTIAN KEMPE, « Zwischen Tradition und Grundrechtsschutz: Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Glaubensgemeinschaften », ZBl 2016, pp. 567 ss, p. 570.

¹¹ WINZELER (note 10), n° 16; CAVELTI/KLEY (note 10), n° 7.

¹² CAVELTI/KLEY (note 10), n° 7; STEFAN KÖLBENER, Das kantonale Anerkennungsrecht in der Schweiz, in : René Pahud de Mortanges (éd.), Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell?, Zurich/Bâle/Genève 2015, pp. 287 ss.

¹³ BS, BE, FR et SG : cf. CAVELTI/KLEY (note 10), n° 11.

¹⁴ CAVELTI/KLEY (note 10), n° 12; WINZELER (note 10), n° 16; KIENER/KEMPE (note 10), pp. 567 ss.

¹⁵ Cf. ALEXANDRE FLÜCKIGER/DOMINIQUE HÄNNI, La transparence en matière d'activités accessoires dans les hautes écoles en Suisse : Régimes juridiques et droits d'accès, Jusletter 2016, ch. 3.3; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif Vol. 1 : Les fondements, 3^e éd., Berne 2012, pp. 947 s.

Par exemple dans le canton d'Argovie (« Öffentliche Organe sind [...] öffentlich-rechtlich anerkannte kirchliche Körperschaften »¹⁶) ou de Zoug (« Das Gesetz gilt für alle Behörden des Kantons und der Gemeinden [Einwohner-, Bürger-, Korporations- und Kirchgemeinden] »)¹⁷.

L'assujettissement peut cependant être partiel, voire même exclu selon la loi.

A Fribourg, la loi sur l'information et l'accès aux documents s'applique « aux Eglises reconnues dans la mesure suivante : a) elle ne s'applique aux corporations ecclésiastiques que si celles-ci n'ont pas adopté des dispositions en la matière ; b) elle ne s'applique pas aux personnes juridiques canoniques au sens de la loi concernant les rapports entre les Eglises et l'Etat » (art. 3 al. 2 LInf/FR¹⁸).

La doctrine peut le déduire des règles générales sur le champ d'application des lois sur la transparence.

A Zurich, les synodes de l'Eglise évangélique réformée, de l'Eglise nationale catholique romaine, les assemblées des communes ecclésiastiques ainsi que leurs commissions tombent sous le coup de la loi cantonale sur l'information et la protection des données en tant qu'organes législatifs (art. 3 al. 1^{er} let. a IDG/ZH)¹⁹. A Bâle-Ville, les organes des communes ecclésiastiques ainsi que les paroisses des églises de droit public (Eglise évangélique réformée, Eglise catholique romaine, Eglise catholique chrétienne, communauté israélite) sont à considérer comme des unités organisationnelles communales accomplissant une tâche publique au sens de l'article 3 al. 1^{er} let. a de la loi sur la transparence et de la protection des données (IDG/BS)²⁰. Plus globalement, les églises de droit public sont des organismes de droit public accomplissant une tâche publique au sens de l'article 3 al. 1^{er} let. b IDG/ZH au même sens que l'école (étatique) synodale²¹.

Elle peut aussi être d'un avis contraire.

Selon la chancellerie du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, qui se fonde sur l'autonomie organisationnelle des Eglises, l'Eglise réformée évangélique et l'Eglise catholique romaine, bien que constituées en corporations de droit public, seraient exclues du champ d'application de la loi sur la transparence : « Die Landeskirchen (ev.-ref. und röm.-kath.) gelten nach Art. 109 der Kantonsverfassung zwar als Körperschaften des öffentlichen Rechts; allerdings steht im selben Artikel auch, dass die Kirchen «ihre inneren Angelegenheiten selbständig regeln» und dass «Beschlüsse und Verfügungen kirchlicher Organe nicht an staatliche Stellen weitergezogen werden [können]». Laut Rechtsdienst der Kantonskanzlei sind die Kirchen dem Gesetz somit nicht

¹⁶ Art. 3 al. 1 let. c ch. 3 Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG), RS/AG 150.700.

¹⁷ Art. 2 al. 1^{er} Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), RS/ZG 158.1.

¹⁸ Loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf), RS/FR 17.5.

¹⁹ BRUNO BAERISWYL/BEAT RUDIN, Praxiskommentar IDG/ZH, Zurich 2012, Art. 3 n° 4.

²⁰ BEAT RUDIN/BRUNO BAERISWYL, Praxiskommentar IDG/BS, Zurich 2014, Art. 3 n° 5.

²¹ RUDIN/BAERISWYL (note 20), Art. 3 n° 7.

unterstellt »²². Cette opinion nous paraît d'autant plus surprenante que ces Eglises, en tant que collectivités de droit public autonomes, sont habilitées à percevoir des impôts auprès de leurs membres (art. 109 al. 2 Cst./AR) et que la loi cantonale limite la publicité aux seuls demandeurs qui présentent un intérêt légitime²³ sans l'ouvrir à quiconque comme c'est le cas dans les autres cantons et la Confédération.

Le Conseil d'Etat vaudois parvient à une même conclusion dans son exposé des motifs relatif au projet de loi sur l'information. Il relève, sans aucune justification, que « *les Eglises ne sont pas comprises dans le champ d'application du projet de loi sur l'information* »²⁴. Cette prise de position est tout aussi discutable, car si les Eglises vaudoises de droit public ne jouissent pas, il est vrai, d'une souveraineté fiscale, elles bénéficient d'un subventionnement cantonal²⁵, les frais de culte étant couverts par les impôts généraux²⁶.

Huit cantons n'ont pas entièrement ou en partie franchi le pas à ce jour²⁷. La loi fédérale sur le principe de la transparence de l'administration (LTrans)²⁸ ne s'appliquant qu'aux documents en mains des autorités fédérales, elle ne s'impose pas aux cantons ; ces derniers restaient jusqu'à peu libres de maintenir un régime de secret général ou limité à certaines entités administratives ou organismes. Le droit international vient toutefois d'évoluer: la Cour européenne des droits de l'homme déduit désormais de la liberté d'expression (art. 10 CEDH) un droit d'accès aux informations détenues par les autorités²⁹. Si tous les cantons sont dès lors astreints à se doter d'une loi sur la transparence satisfaisant au standard conventionnel³⁰, la Cour a laissé ouverte la question de la définition exacte des autorités assujetties³¹.

L'importance des prérogatives dont les Eglises disposent en tant que corporations de droit public impose selon nous leur assujettissement aux lois sur la transparence au même titre que les autres organismes de droit public. En pratique les exceptions protégeant les données personnelles sensibles (parmi lesquelles on compte les opinions ou activités religieuses)³² permettent d'assurer un équilibre entre la protection de la liberté religieuse et de la sphère privée par rapport à l'intérêt public à la transparence.

²² <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/francais/les-cantons/appenzell-rhodes-exterieures/#champ-dapplication> (consulté le 6 janvier 2017).

²³ Art. 9 Gesetz über Information und Akteneinsicht vom 28. April 1996, RS/AR 133.1.

²⁴ Conseil d'Etat du canton de Vaud, Exposé des motifs et projet de loi sur l'information (EMPL), p. 5.

²⁵ DANIEL KOSCH, *Le financement public de l'Eglise catholique en Suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 69.

²⁶ Administration fédérale des contributions, *L'impôt ecclésiastique*, Informations fiscales, Berne 2013, p. 2.

²⁷ Lucerne, Obwald, Nidwald, Glaris, Appenzell Rhodes-Intérieures, Thurgovie, Appenzell Rhodes-Extérieures (le droit d'accès est restreint aux personnes qui ont un intérêt légitime) et Grisons (les documents des régions et des communes ne font pas partie du champ d'application). Cf. ALEXANDRE FLÜCKIGER/DOMINIQUE HÄNNI (note 15), ch. 3.3.

²⁸ RS 152.3.

²⁹ CourEDH, arrêt Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie du 8 novembre 2016. On notera également en droit international la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus, RS 0.814.07).

³⁰ ALEXANDRE FLÜCKIGER/VALÉRIE JUNOD, « La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH : portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse », ch. 3.3.2.1.

³¹ FLÜCKIGER/JUNOD (note 30), ch. 3.3.2.2.

³² Art. 3 let. c ch. 1 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD), RS 235.1.

3. Les règles spéciales de transparence

Les lois organisant le régime concret des Eglises de droit public prévoient des obligations de transparence ponctuelles à l'égard des autorités³³, particulièrement en rapport avec la perception de l'impôt ecclésiastique ou des subventions à destination des Eglises. Les autorités ont entre leurs mains un certain nombre de documents et d'informations que les Eglises leur auront transmis sur ces bases.

Dans le canton de Vaud, selon la loi du 9 janvier 2007 sur les relations entre l'Etat et les Eglises reconnues de droit public (LREEDP)³⁴, les Eglises doivent fournir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de la convention de subventionnement (art. 14). Elles doivent remettre leurs comptes auprès de l'administration cantonale ainsi qu'un rapport sur l'exécution de leur mission (art. 26 al. 1^{er}) ; le canton pouvant demander en tout temps toute pièce utile (art. 26 al. 2).

Dans le canton du Valais, la loi du 13 novembre 1991 sur les rapports entre les Eglises et l'Etat prévoit notamment la mise à disposition des communes municipales la comptabilité des paroisses qui bénéficient de prestations communales (art. 9 ss).

Les autorités scolaires et universitaires détiendront également des documents en provenance des Eglises reconnues qui ont obtenu le droit de dispenser des enseignements religieux dans les écoles publiques ou qui disposent de droits de participation dans des Facultés de théologie³⁵. Il en va de même pour les autorités pénitentiaires ou hospitalières publiques dans le cadre des activités d'aumônerie qu'exercent de telles Eglises³⁶.

Comme les documents *reçus* par l'administration sont également compris dans le champ d'application des lois sur la transparence ainsi que de l'article 10 CEDH³⁷, ils seront par principe accessibles sous réserve d'exceptions. Ils le seront également si la loi qui confère un tel accès exclut les Eglises de droit public de son champ d'application personnel : les Eglises ne sont dans ce cas pas elles-mêmes assujetties au principe de transparence mais les documents qu'elles communiquent au canton sont des documents détenus par l'administration, accessibles en principe comme tout autre document en provenance de tiers.

II. La transparence des Eglises de droit privé

1. Introduction

Genève et Neuchâtel se distinguent des autres cantons en ce sens qu'aucune Eglise quelconque n'a un statut de droit public, pas même l'Eglise protestante. Les Eglises et autres communautés

³³ KIENER/KEMPE (note 10), p. 571.

³⁴ RS/VD 180.05.

³⁵ Cf. réf. cit. in KIENER/KEMPE (note 10), p. 571.

³⁶ Cf. réf. cit. in KIENER/KEMPE (note 10), p. 571.

³⁷ FLÜCKIGER/JUNOD (note 30), ch. 2.3.2.5.

religieuses y sont toutes organisées selon les structures du droit privé³⁸, souvent en association (art. 60 ss CC) ou en fondation (art. 80 ss CC)³⁹.

Les Eglises de droit privé peuvent être reconnues d'intérêt public par le droit cantonal (*öffentliche Anerkennung*, reconnaissance « d'intérêt public », « petite » reconnaissance ; reconnaissance simple)⁴⁰. Tel est le cas à Genève pour l'Eglise nationale protestante, l'Eglise catholique romaine et l'Eglise catholique chrétienne qui sont reconnues « publiques »⁴¹ ainsi qu'à Neuchâtel qui reconnaît l'Eglise réformée évangélique, l'Eglise catholique romaine et l'Eglise catholique chrétienne comme « institutions d'intérêt public » (art. 97 al. 2 et 98 al. 1^{er} Cst./NE). Tel est aussi la situation de la communauté juive dans les cantons de Zurich⁴² et de Vaud⁴³.

Les Eglises ainsi reconnues bénéficient de prérogatives, par exemple des exonérations fiscales, et peuvent accomplir des activités religieuses dans des institutions publiques (écoles, aumônerie dans les établissements hospitaliers ou pénitentiaires)⁴⁴. Sont-elles dès lors assujetties aux lois sur l'accès du public aux documents officiels ?

2. L'assujettissement possible aux lois sur l'accès du public aux documents officiels

Contrairement aux Eglises de droit public, les Eglises organisées selon les formes du droit privé ne sont en principe pas assujetties aux lois sur l'accès du public aux documents officiels. Elles peuvent cependant l'être au même titre que d'autres entités de droit privé si le droit cantonal le prévoit, par exemple si elles devaient accomplir des tâches publiques, si l'Etat devait y détenir des participations ou les subventionner.

La question ne se pose pas pour les Eglises privées non reconnues d'intérêt public puisqu'elles ne sont pas subventionnées et n'accomplissent aucune tâche publique.

De nombreuses lois sur la transparence assujettissent également les personnes morales de droit privé qui accomplissent des tâches publiques⁴⁵, de droit public⁴⁶ ou d'intérêt public⁴⁷. Doit-on considérer que le fait de reconnaître d'intérêt public une Eglise fait des activités de celle-ci des tâches publiques au sens des lois sur la transparence ? Il faut à notre avis analyser la question en fonction des tâches concrètement reconnues.

³⁸ WINZELER (note 10), n° 22.

³⁹ WINZELER (note 10), n° 17.

⁴⁰ WINZELER (note 10), n° 18 ; CAVELTI/KLEY (note 10), n° 14. Pour un tableau complet en droit suisse, cf. KÖLBENER (note 12), pp. 291 ss.

⁴¹ Règlement déclarant que trois Eglises sont reconnues publiques (REglises), RS/GE C 4 15.03.

⁴² Art. 131 Cst./ZH.

⁴³ Art. 171 Cst./VD ; Loi sur la Communauté israélite de Lausanne et du Canton de Vaud (LCILV) du 9 janvier 2007, RS/VD 180.41.

⁴⁴ Pour des exemples détaillés, cf. STEFAN KÖLBENER/ELENA RABNER, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von jüdischen Gemeinden in der Schweiz, in : René Pahud de Mortanges (éd.), *Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell ?*, Zurich/Bâle/Genève 2015, pp. 155 ss, pp. 177 ss.

⁴⁵ Par exemple dans le canton de Vaud : art. 2 al. 1^{er} let. f de la loi sur l'information (LInfo), RS/VD 170.21.

⁴⁶ Par exemple à Genève : art. 3 al. 2 let. b de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et de la protection des données personnelles (LIPAD), RS/GE A 2 08.

⁴⁷ Par exemple dans les cantons de Neuchâtel et du Jura : art. 2 let. d de la convention intercantonale des 8 et 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE).

Dans le canton de Genève, la loi sur la transparence s'applique par exemple aux personnes morales et autres organismes de droit privé avec une participation majoritaire des autorités ou subventionnés pour au moins la moitié de leur budget (art. 3 al. 2 let. a ch. 1 et 2 LIPAD). L'Etat en revanche ne salarie ni ne subventionne aucune activité cultuelle (art. 3 al. 2 Cst./GE) si bien que les Eglises genevoises ne sauraient être assujetties sur ce fondement.

Doit-on considérer l'aumônerie dans les établissements hospitaliers publics ou pénitentiaires comme une telle tâche ? Si les Eglises sont rémunérées par le canton pour exercer une telle activité, ou si le canton met à disposition des ressources à cet effet, la tâche devient à notre avis publique⁴⁸. Sinon, il s'agit d'un droit des croyants concernés qui leur est accordé sur la base de la liberté de la religion au sens de l'article 15 Cst. indépendamment de toute reconnaissance⁴⁹.

Qu'en est-il de la contribution ecclésiastique volontaire que les Eglises reconnues laissent percevoir auprès de leurs membres par l'administration cantonale des impôts, comme à Neuchâtel (art. 98 al. 2 Cst./NE) ou à Genève (loi du 7 juillet 1945 autorisant le Conseil d'Etat à percevoir pour les Eglises reconnues qui lui en font la demande une contribution ecclésiastique [LCEccl]⁵⁰) ? Cette contribution volontaire perçue par l'administration cantonale peut être considérée comme un « impôt facultatif » selon l'administration fédérale des contributions⁵¹. Pour les autorités genevoises, « [L]a contribution ecclésiastique versée à l'Etat pour le compte des Eglises reconnues [...] est considérée comme un don »⁵². À notre avis, la mise à disposition de l'infrastructure étatique pour percevoir une contribution facultative, fût-elle qualifiée de don, équivaut à reconnaître un caractère public à la tâche de financement qu'exercent les Eglises privées reconnues. La tâche de financer une Eglise privée non reconnue demeure en revanche de nature purement privée, ayant lieu en dehors de tout soutien logistique administratif cantonal.

La question de savoir si les personnes morales de droit privé subventionnées ou accomplissant des tâches publiques doivent rendre accessibles les informations qu'elles détiennent sur le fondement et aux conditions de l'article 10 CEDH n'a pas été tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme⁵³.

⁴⁸ Dans ce sens, cf. réf. cit. in KIENER/KEMPE (note 10), p. 571 : « Sodann dürfen sie mit der Seelsorge im Schul- und Gesundheitswesen sowie im Strafvollzug *öffentliche Aufgaben* wahrnehmen ».

⁴⁹ ATF 113 Ia 304, 306s ; KÖLBENER/RABNER (note 44), p. 181.

⁵⁰ RS/GE D 3 75.

⁵¹ « Il est à noter que l'obligation ou la faculté de prélever un impôt ecclésiastique ne doivent pas être confondues avec le fait que le contribuable puisse éventuellement refuser de payer ledit impôt » (Administration fédérale des contributions 2013 [note 26], ch. 3.4).

⁵² Art. 23 du Règlement d'application de la loi sur l'imposition des personnes physiques (RIPP) du 13 janvier 2010 (RS/GE D 3 08.01).

⁵³ FLÜCKIGER/JUNOD (note 30), ch. 3.3.2.2 let. A.

3. Les règles spéciales de transparence

Lorsque les Eglises de droit privé sont reconnues d'intérêt public, un certain nombre de documents doivent parvenir aux mains des autorités et deviennent publiquement accessibles dans la mesure et aux conditions définies par les lois sur l'accès aux documents officiels et la jurisprudence relative à l'article 10 CEDH.

Les lois spéciales de reconnaissance demandent aux Eglises concernées de livrer à l'administration cantonale un certain nombre d'informations et de documents en matière financière notamment. Le principe de transparence financière est une condition généralement posée en contrepartie de la reconnaissance d'intérêt public⁵⁴ :

« Les Eglises et les communautés religieuses de droit privé peuvent être reconnues par l'Etat et obtenir ainsi des droits spéciaux si [...] elles gèrent leurs finances de manière transparente » (art. 133 al. 1^{er} let. c Cst./BS).

« La reconnaissance est liée notamment au respect des principes démocratiques et à la transparence financière. » (art. 172 al. 3 Cst./VD).

A Neuchâtel, le projet de loi sur la reconnaissance des communautés religieuses pose en cinquième condition celle de la transparence :

« Cette condition, en complément des règles sur l'association, vise à s'assurer que la communauté remplit effectivement les exigences posées par sa forme juridique. Ces exigences se rapprochent de celles imposées aux partis politiques. Le Conseil d'Etat a également évalué la possibilité d'intégrer une exigence portant sur la provenance géographique des moyens financiers de l'association, mais y a finalement renoncé au motif qu'une telle disposition, outre son caractère suspicieux, pourrait aisément être contournée. Cette exigence ne pourrait pas non plus s'appliquer aux Eglises reconnues. »⁵⁵

A Genève, le projet de loi du Conseil d'Etat sur la laïcité de l'Etat (LLE)⁵⁶ pose les conditions suivantes en matière de transparence si les organisations religieuses souhaitent confier au canton la perception d'une contribution religieuse volontaire « sous forme d'un droit personnel fixe et de centimes additionnels sur les impôts cantonaux sur la fortune et sur le revenu des personnes physiques » :

« Pour bénéficier de cette perception, les organisations religieuses doivent [...] soumettre chaque année au département, le 30 juin au plus tard, leurs comptes annuels révisés par un réviseur externe ainsi que la liste des Etats, entités publiques et personnes morales ou physiques, suisses ou étrangères, lui ayant accordé des contributions en nature ou en espèces, de quelque manière que ce soit, dont la somme totale sur l'année en cause dépasse 5% des produits selon le compte de pertes et profits des comptes remis » (art. 6 al. 6 let. e).

⁵⁴ WINZELER (note 10), n° 18.

⁵⁵ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil (avant-projet) à l'appui d'un projet de loi sur la reconnaissance des communautés religieuses du 16 mars 2016, p. 11.

⁵⁶ Projet de loi sur la laïcité de l'Etat (LLE) du 4 novembre 2015 (PL 11764).

Si une Eglise refuse de se plier à de telles exigences de transparence, il lui suffit de ne pas demander sa reconnaissance. Simplement soumise au droit privé, elle ne bénéficiera en contrepartie pas des prérogatives liées à la reconnaissance d'intérêt public.

L'étendue concrète de cette transparence est déterminée par la loi spéciale. Ainsi à Genève, le projet de loi sur la laïcité renonce volontairement à soumettre les organisations religieuses aux mêmes règles de transparence que celles des partis politiques en excluant de rendre publics les noms des donateurs :

« Concernant la transparence, une partie des membres du GTL [Groupe de travail sur la laïcité] voulait soumettre les organisations religieuses aux mêmes règles que les partis politiques (publicité complète de tous les donateurs). Une autre partie voulait à l'inverse limiter cette publicité au nom des donateurs dépassant un certain seuil qui permet d'imaginer qu'ils puissent avoir une influence déterminante sur l'organisation. Leur souci était de protéger le droit à la discrétion de simples membres qui ne souhaitent pas que leur appartenance religieuse soit connue du public, voire de leurs proches, au simple motif qu'ils verseraient une contribution à une organisation.

Dans le contexte tendu que vit le monde sur le plan religieux, et étant donné que notre canton héberge des personnes issues de tous les pays du monde, y compris des pays traversés par des conflits confessionnels, le Conseil d'Etat a estimé que le droit des croyants à une certaine discrétion devait être respecté. Il n'a donc pas souhaité que les noms des donateurs soient accessibles au public. En revanche, il estime légitime et non dénué d'intérêt que les autorités puissent connaître des liens forts qui pourraient exister entre certaines personnes, certains Etats, certaines entités publiques ou privées, et les organisations religieuses avec lesquelles elles entretiennent des relations aussi étroites que celle prévue par cette perception. C'est le sens de la formulation de la lettre e. »⁵⁷

Les documents susceptibles d'être détenus par les autorités cantonales sont donc déterminés par les règles spécifiques contenues dans les lois de reconnaissance.

Dans le canton de Vaud, l'autorité cantonale détient en particulier les documents suivants : déclaration liminaire d'engagement (art. 17 de la loi du 9 janvier 2007 sur la reconnaissance des communautés religieuses et sur les relations entre l'Etat et les communautés religieuses reconnues d'intérêt public, LRCR) ; exemplaire des statuts de la communauté religieuse (art. 18 LRCR) ; comptes annuels, statuts ou tout autre élément pertinent (art. 23 LRCR).

Dans le canton de Neuchâtel, le projet de loi sur la reconnaissance des communautés religieuses⁵⁸ prévoit dans un article intitulé « transparence » (art. 13) l'obligation de communiquer les comptes de l'année précédente (al. 1^{er}) ainsi qu'un rapport annuel d'activités, contenant au minimum l'emplacement du ou des lieux de culte et la fréquence des services religieux, les activités sociales et culturelles de la communauté ainsi que le nombre des membres de la communauté.

⁵⁷ LLE (projet), Exposé des motifs *ad* art. 6.

⁵⁸ Conseil d'Etat, Projet de loi sur la reconnaissance des communautés religieuses du 16 mars 2016.

Conclusion

Les Eglises et autres communautés religieuses sont en général assujetties aux lois cantonales sur l'accès du public aux documents officiels si le droit cantonal leur reconnaît un statut de droit public (reconnaissance qualifiée). Les documents que celles-ci détiennent, qu'ils soient produits par les Eglises elles-mêmes ou reçus de tiers, sont donc en principe publics sous réserve d'exceptions d'intérêt public ou privé.

Les Eglises de droit privé peuvent également être assujetties à ces lois, mais à des conditions plus limitées, par exemple en cas de subventionnement ou d'exercice de tâches publiques, dans l'hypothèse où elles sont uniquement reconnues d'intérêt public (reconnaissance simple). Si elles ne font l'objet d'aucun régime de reconnaissance, elles ne peuvent en revanche jamais entrer dans le champ d'application personnel des lois sur la transparence.

On précisera que, même si les Eglises ne tombent pas dans le champ d'application personnel des lois sur la transparence, les documents que les autorités détiennent en provenance de ces Eglises tombent dans le champ d'application matériel de telles lois. Les administrations cantonales détiendront ainsi tous les documents en provenance des Eglises reconnues dont les lois de reconnaissance exigent la communication au canton, notamment les informations financières en rapport avec la perception de la contribution ecclésiastique. Les autorités cantonales détiendront en revanche très peu de documents en provenance des Eglises non reconnues.

Enfin, imposer des exigences de transparence spécifiques à une seule communauté religieuse, par exemple musulmane, sans lui accorder les prérogatives dont jouissent les autres Eglises reconnues serait anticonstitutionnel. Le moyen le plus adéquat pour imposer la transparence aux organisations islamiques, ou à d'autres communautés religieuses, consisterait à les reconnaître officiellement au même titre que les autres Eglises, avec les mêmes privilèges et les mêmes contraintes.

Les droits des successions musulmans et leur application par le juge suisse

OLIVIER GAILLARD*

Introduction

Le droit des successions constitue un domaine où se cristallisent les valeurs et les conceptions sociales et familiales d'un ordre juridique donné. Les droits musulmans ne font pas exception en la matière, loin s'en faut. Souvent considérés comme un symbole de l'identité islamique, les principes successoraux d'obédience coranique regorgent de spécificités fascinantes et inédites pour le juge suisse.

Nous esquisserons, dans un premier temps, un aperçu global des règles successorales générales du droit musulman classique et de ses concrétisations dans différents systèmes nationaux. Une attention particulière sera ensuite portée aux normes islamiques comportant des composantes discriminatoires fondées sur des critères tels que le sexe, la religion ou la naissance (I).

Ces considérations nous amèneront à appréhender les difficultés auxquelles le juge suisse peut être confronté lors de l'application de ces droits. Certaines hypothèses sont susceptibles de déclencher l'intervention de la réserve d'ordre public. L'utilisation de cette clause d'exception nous permettra de proposer des solutions visant à préserver certaines valeurs essentielles de l'ordre juridique suisse, tout en conservant autant que faire se peut le droit étranger normalement applicable (II).

Dans la présente contribution, nous aborderons, certes sous un angle plus privatiste, des thèmes chers à Tristan Zimmermann, à la mémoire duquel nous dédions ces quelques lignes.

I. Les droits musulmans des successions

1. Généralités

Les fondements du droit musulman classique sont de nature religieuse. La prise en considération de cette spécificité, en opposition diamétrale avec les ordres juridiques

* *Lic. iur.*, LL.M. (Harvard), titulaire des brevets d'avocat de Genève et New York, doctorant à l'Université de Genève.

occidentaux laïcs, est essentielle pour appréhender ce système dans toute sa globalité¹. Ses deux sources primaires² sont le Coran et la *Sunna* du Prophète Mahomet³.

Les versets coraniques comportant des normes juridiques sont dispersés dans plusieurs sourates, pour la plupart de l'époque médinoise. Les contradictions – seulement apparentes selon les juristes islamiques – entre différents versets sont résolues au moyen de la théorie dite de l'abrogation : les versets postérieurs abrogent ceux qui leur sont antérieurs et qui portent sur le même sujet. La *Sunna* comporte l'ensemble des dires et des faits attribués au Prophète Mahomet, lesquels sont complémentaires aux normes coraniques et nécessaires à leur compréhension⁴.

Sur ces bases, les juristes islamiques ont créé un ordre juridique indépendant. La science juridique islamique (*fiqh*) a pour objectif de faciliter l'application des règles coraniques aux actions humaines concrètes⁵.

Au vu de son origine divine, la validité de la *charia* ne saurait être remise en question par la science légale islamique. Ses règles et principes sont perçus comme parfaits et immuables, alors que les résultats de son interprétation, effectuée par des êtres humains faillibles, sont susceptibles de varier au fil du temps et des circonstances⁶. Si le Coran est identique pour tous les Musulmans, l'interprétation de ses injonctions a progressivement donné naissance à plusieurs écoles, regroupées en deux courants principaux, le sunnisme et le chiisme⁷.

Ces systèmes dits de droit révélé ont exercé une forte influence dans le processus de codification des pays musulmans, en particulier, ainsi que nous le verrons, en matière de droit successoral. Les droits positifs de ces États, s'ils présentent de nombreux éléments communs,

¹ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Droit musulman de la famille et des successions en Suisse, *Revue critique de droit international privé* 2007, pp. 491-538, pp. 494 ss. Pour un avis contraire, voir MOHAMED CHARFI, L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans, *RCADI* 1987, pp. 321-431, pp. 343 ss. Cet auteur expose que le droit musulman classique est un droit positif laïc qui n'entretient avec la religion que des rapports indirects et lointains.

² Ces deux sources sont en principe désignées par le terme *charia*. Il existe d'autres acceptions, plus ou moins larges, de cette expression ; MARIANNE BØE, *Family Law in Contemporary Iran – Women's Rights Activism and Shari'a*, I. B. Tauris, Londres 2015, pp. 14 et 18 ; MATHIAS ROHE, Application of Shari'a Rules in Europe – Scope and Limits, *Die Welt des Islams* 2004, pp. 323-350, p. 325 ; AHARON LAYISH, The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World, *Die Welt des Islams* 2004, pp. 85-113, pp. 86 ss. Sur la terminologie du droit islamique en général, voir *ex multis* RAMIN MOSCHTAGHI, The Relation between International Law, Islamic Law and Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran – A Multilayer System of Conflicts?, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2009, pp. 375-420, pp. 379 ss.

³ Sur les nombreuses sources secondaires : SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Introduction au droit arabe*, Centre de droit arabe et musulman, St-Sulpice 2012, pp. 13 ss ; DAVID J. KARL, Islamic Law in Saudi Arabia : What Foreign Attorneys Should Know, *The George Washington journal of international law and economics* 1991-1992, pp. 131-170, p. 135.

⁴ Le Coran souligne dans plusieurs versets le caractère infaillible du Prophète Mahomet ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 13 ss ; MOSCHTAGHI (note 2), pp. 379 ss.

⁵ Bien que remise en question, la théorie dite de la fermeture de « la porte de l'interprétation (*jithâd*) » indique que ce processus a pris fin à l'issue du X^e siècle ; LAYISH (note 2), pp. 87 ss. Nous nous servirons de l'expression de droit islamique ou musulman classique pour désigner ce système. Relevons toutefois que la terminologie est fluctuante ; BØE (note 2), pp. 14 ss.

⁶ HILMAR KRÜGER, Beharrung und Entwicklung im islamischen Rechtsbereich (unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Vermögensrechts), in : *Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg*, Sellier, Munich 2006, pp. 171-205, p. 135 ; BØE (note 2), p. 82 ; LAYISH (note 2), p. 88.

⁷ Au nombre d'au moins dix-neuf durant les premiers siècles de l'Islam, ces grandes écoles ne sont actuellement plus qu'au nombre de cinq ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 24 ss ; MOSCHTAGHI (note 2), p. 383 ; KRÜGER (note 6), pp. 173 ss. Sur les divergences entre le sunnisme et le chiisme, voir *ex multis* HAMID KHAN, *The Islamic Law of Inheritance – A Comparative Study of Recent Reforms in Muslim Countries*, Oxford University Press, Pakistan 2014, pp. 146 ss et 158 ss.

varient par conséquent les uns des autres⁸. Lors de l'utilisation d'exemples concrets, nous nous référerons principalement aux droits égyptien et iranien. Le premier, de tradition sunnite, constitue en effet un modèle juridique dans le monde arabe⁹; le Code civil égyptien a en effet servi d'inspiration à nombre de codifications dans les États musulmans¹⁰. Quant au droit iranien, de tradition chiite, il revêt une importance singulière pour la Suisse, en vertu de la Convention bilatérale conclue entre les deux États¹¹.

Le droit musulman classique n'a toutefois en rien perdu de son importance. En effet, la Constitution de la plupart des pays arabes mentionne l'Islam comme religion d'État et le droit musulman comme source principale du droit¹². Il s'ensuit que la législation interne de ces États doit être conforme aux normes musulmanes classiques¹³. Ces dernières ont de surcroît vocation à s'appliquer en cas de lacune dans le droit codifié¹⁴.

En dépit de ces dispositions constitutionnelles et de l'importance des principes du droit islamique classique, les États musulmans ont adopté nombre de lois inspirées des ordres légaux occidentaux, à commencer par leurs Constitutions elles-mêmes. Les droits de la famille et des successions font figure d'exception¹⁵.

2. Droit successoral

Les droits de la famille et des successions sont souvent considérés comme le dernier bastion de la *charia*. Les versets coraniques traitant de ces questions sont particulièrement explicites et détaillés. Ces domaines sont ainsi perçus comme le cœur le plus intangible du droit islamique, voire comme le symbole de l'identité islamique. Il s'agit souvent de matières où s'exprime le

⁸ « [T]he mere codification brings about the nationalization of the shari'a. », LAYISH (note 2), p. 96 ; BØE (note 2), pp. 16 ss ; KHAN (note 7), p. 37.

⁹ L'influence de l'Égypte est, bien entendu, également marquée dans d'autres domaines, à l'exemple de son dialecte arabe ou de sa production cinématographique.

¹⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), p. 57.

¹¹ Cf. *infra* II.1; HASSAN SIAHPOOSH, *Das Familien- und Erbrecht im Iran*, Peter Lang, Francfort-sur-le-Main 2006, p. 15.

¹² Art. 2 Cst-Égypte (2014) ; art. 1 Cst-Tunisie (2014) ; art. 3 et 41 Cst-Maroc (2011) ; MOHAMED LOUKILI, L'ordre public en droit international privé marocain de la famille, in : Nathalie Bernard-Maugiron/Baudouin Dupret (éd.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 127-159, p. 127 ; LAYISH (note 2), pp. 97 s. La Constitution libanaise constitue une exception notable. Pour une analyse des dispositions constitutionnelles pertinentes, voir ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 7 et 35 ss.

¹³ L'art. 4 Cst-Iran (1979) est à cet égard tout à fait explicite. Voir ég. ses art. 72 (interdiction pour le Parlement d'adopter des lois contraires à la religion officielle en Iran), 91 (instauration d'un conseil chargé de juger de la compatibilité des lois avec les principes islamiques) et 170 (injonction aux juges de ne pas appliquer de lois contraires aux lois de l'Islam) ; ABTEEN KARIMI, Iran, Democracy, and International Law, *Maryland Journal of International Law* 2012, pp. 304-322, pp. 317 s. ; MOSCHTAGHI (note 2), pp. 384 ss ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 15 s.

¹⁴ Voir l'art. 3 de la loi égyptienne 1/2000 qui prévoit qu'en cas de silence de la loi, le juge statuera selon les principes de l'école hanafite ; HOSSAM EL-EHWANY, Le droit égyptien de la famille et l'exception d'ordre public, in : Nathalie Bernard-Maugiron/Baudouin Dupret (éd.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 29-69, p. 29. Cf. ég. l'art. 400 du Code de la famille marocain de 2004, qui a une teneur similaire, *mutatis mutandis* en faveur des prescriptions du rite malékite ; LOUKILI (note 12), pp. 149 s. Certains États n'ont codifié leur droit de la famille que récemment (Qatar [2006] ; Émirats arabes unis [2005]), alors que d'autres, à l'instar de l'Arabie saoudite, n'ont pas édicté de règles dans ce domaine et utilisent donc les principes du droit musulman classique ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 54 ss.

¹⁵ Le Code civil iranien est fortement inspiré des droits européens, mais ses dispositions successorales peuvent être considérées comme des « simplifications et codifications » des opinions majoritaires de la doctrine chite ; BØE (note 2), p. 59 ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 15 et 201.

conservatisme, avec notamment l'application de normes presque inchangées depuis le VII^e siècle de notre ère¹⁶.

Soulignons toutefois que les dispositions islamiques sont en règle générale destinées à ne s'appliquer, selon le principe de la personnalité des lois, qu'aux Musulmans. Le statut personnel des autres groupes religieux est soumis aux règles en vigueur au sein de leur propre communauté, sous réserve de l'ordre public de l'État musulman concerné¹⁷. Le droit du statut personnel des Musulmans est toutefois considéré comme le droit commun, avec la vocation de s'appliquer en présence d'une religion non reconnue¹⁸ ou si les parties au rapport juridique sont de religion différente¹⁹.

Plusieurs réformes, plus ou moins récentes, ont toutefois été menées en droit de la famille musulman, en particulier dans l'optique d'améliorer la position des femmes. Nous pouvons mentionner le cas de la Tunisie, qui a adopté dès son indépendance son célèbre Code du statut personnel de 1956, considéré comme l'une des législations les plus progressistes du monde arabe. Ce Code s'écarte de certaines solutions traditionnelles. Il abolit notamment l'institution de la répudiation, assure à la femme un accès égalitaire au divorce, lui octroie davantage de droits dans la garde des enfants et interdit la polygamie²⁰. Une réforme similaire, quoique plus réservée, est également intervenue au Maroc avec l'adoption en 2004 d'un nouveau Code de la famille²¹. L'Iran avait également connu une « révolution blanche » dès 1963, sous l'égide du dernier Shah, MOHAMMAD REZA PAHLAVI, dans le cadre de laquelle avait notamment été promulguée une loi sur la protection de la famille, qui octroyait davantage de droits aux femmes (1967/1975)²²; cette loi a cependant été abrogée au lendemain de la Révolution islamique de 1979, dans la mesure où ses dispositions n'étaient pas compatibles avec les préceptes du droit musulman²³.

Force est de constater que les règles successorales n'ont été que peu touchées par ces réformes du droit de la famille. Même dans les États ayant connu les développements les plus progressistes, à l'instar de la Tunisie ou de l'Iran d'avant la Révolution islamique, ce domaine est demeuré particulièrement conservateur. Certaines règles à caractère discriminatoire ont été, ainsi que nous le verrons, maintenues en dépit de dispositions constitutionnelles prônant

¹⁶ « *As a key area of Shari'a, family law issues reveal struggles over fundamental aspects of national politics and religious issues, as well as identity politics* » ; BØE (note 2), p. 22 s. ; ADELINA ZULEIKA/NI PUTU DESINTHYA, *Islamic Inheritance Law (Faraid) and its Economic Implication, Tazkia Islamic Finance and Business Review* 2014, pp. 97-118, p. 97 ; MARTHE MUNDY, *The Family, Inheritance, and Islam : A Re-Examination of the Sociology of Farā'id Law*, in : Aziz Al-Azmeh (éd.), *Islamic Law – Social and Historical Contexts*, Routledge, Oxford 1988, pp. 1-123, p. 49.

¹⁷ Voir les versets 5:44 et 46. Certains États ont unifié leurs systèmes législatif et judiciaire pour tous leurs ressortissants, quelle que soit leur religion, à l'instar du Code de statut personnel tunisien ; EL-EHWANY (note 14), p. 29. L'Égypte a supprimé les juridictions distinctes pour les Chrétiens et les Juifs (loi 642/1955) et a unifié le droit successoral pour tous ses ressortissants (lois 77/1943, 71/1946 et art. 875-917 CC-Égypte) ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 54 ss.

¹⁸ Le cas le plus cité de religion non reconnue est celui du bahaïsme ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), p. 498 ; KARIMI (note 13), pp. 318 s.

¹⁹ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 55 ss ; EL-EHWANY (note 14), pp. 29 s.

²⁰ Ce Code a été considéré en Occident comme un modèle de progrès social, annonçant les prémices d'un printemps arabe ; MONIA BENJEMIA/SOURAYMA BEN ACHOUR/MERIEB BELLAMINE, *Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition*, in : Nathalie Bernard-Maugiron/Baudouin Dupret (éd.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 161-196, p. 162.

²¹ LÉON BUSKENS, *Le droit de la famille au Maroc*, in : Nathalie Bernard-Maugiron/Baudouin Dupret (éd.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 97-125, pp. 97 ss.

²² DOREEN HINCHCLIFFE, *The Iranian Family Protection Act, The International and Comparative Law Quarterly* 1968, pp. 516-521, pp. 516 ss.

²³ SIAHPOOSH (note 11), pp. 15 ss et 123 ss ; BØE (note 2), pp. 1 s. et 5 ss.

notamment l'égalité entre hommes et femmes. Seule la Turquie fait figure d'exception, puisqu'elle a abandonné, pour la majeure partie, ses règles de tradition musulmane en droit de la famille et des successions, en adoptant le Code civil suisse en 1926²⁴.

Le conservatisme des droits successoraux musulmans peut s'expliquer notamment de par les versets coraniques et les enseignements du Prophète, particulièrement détaillés dans cette matière, qui réduisent, en conséquence, drastiquement la marge de manœuvre des législateurs nationaux²⁵.

A) Présentation générale du droit successoral musulman

Le droit des successions musulman repose sur le principe de la solidarité au sein de la famille, telle que prescrite par le Coran. L'un de ses objectifs directeurs est la répartition de la succession entre un nombre élevé d'héritiers²⁶. Ce système permet d'éviter la concentration de la richesse, afin que les biens puissent circuler au sein de la société et, idéalement, bénéficier à tous. Les normes successorales islamiques sont à ce titre parfois qualifiées d'anticapitalistes, car elles visent à instaurer une redistribution juste et égalitaire des richesses²⁷.

L'importance du règlement des dettes du défunt et de la succession est un autre principe cardinal du droit musulman. Leur paiement doit impérativement s'effectuer avant la délivrance des legs, lesquels sont eux-mêmes prioritaires par rapport à la distribution des parts successorales aux héritiers²⁸.

Une autre caractéristique des droits des successions musulmans est la répartition des héritiers en divers groupes, selon une logique ne correspondant en rien au système des parentèles de droit suisse. La scission principale concerne les héritiers qui sont expressément mentionnés par le Coran, avec leur part successorale correspondante. Ces héritiers coraniques, principalement constitués de proches de sexe féminin, sont prioritaires. Le second groupe qu'il convient de mentionner est constitué des héritiers qui se partagent, selon des règles précises, le surplus de la succession, après satisfaction des parts coraniques. Il s'agit des principaux héritiers masculins tels qu'ils existaient dans les coutumes préislamiques. Dans la majorité des cas, il leur sera accordé, en tant qu'héritiers résiduels (ou universels), une part plus

²⁴ La réforme de 2001 a encore développé les principes d'égalité entre hommes et femmes. La Turquie a abandonné la plupart de ses anciennes règles successorales discriminatoires ; ALDEEB ABU-SAHLEH (note 3), pp. 51 ss ; ROHE (note 2), p. 325 ; KHAN (note 7), pp. 173 s.

²⁵ Il s'agit principalement des versets 4:11, 12 et 176 ; NOEL J. COULSON, *Succession in the Muslim Family*, Cambridge University Press, Cambridge 1971, pp. 3 ss ; SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Les successions en droit musulman : cas de l'Égypte*, 2^e éd., Centre de droit arabe et musulman, St-Sulpice 2012, pp. 75 ss ; MUNDY (note 16), pp. 3 et 49 s. ; KHAN (note 7), pp. 27 ss.

²⁶ « *The Islamic law of inheritance is one of the most comprehensive systems of intestate succession. It is exhaustive enough to meet most of the situations that might arise. It pays ample attention to the interests of all those who, from time to time, hold a natural place in the first rank of the affections of the deceased. It is difficult to find any other system of intestate succession containing such just and equitable rules* », KHAN (note 7), p. 25. Cette caractéristique est moins marquée dans les droits de tradition chiite ; MUNDY (note 16), p. 41.

²⁷ « *Faraïd [is] one of the economic instrument taught by Allah in Al-Qur'an to achieve a proper economic order of a society (...). [I]ts scientific and beautiful harmonious set of rules safeguards the sustenance and equal redistribution of wealth in a society* », ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), pp. 96 s. et 109 ss ; KHAN (note 7), pp. 151 ss. Cette vision avait notamment été mise en exergue par l'ayatollah KHOMEINI lors de la Révolution islamique iranienne de 1979. Voir ég. les institutions du *zakât* et du *waqf*.

²⁸ L'importance de cet acte obligatoire est mise en exergue par ses multiples répétitions dans le Coran. Un ordre précis dans lequel les dettes doivent être acquittées est prévu ; KHAN (note 7), pp. 30 ss.

importante que les héritiers coraniques²⁹. Les schémas nationaux élaborés sur cette base varient fortement, en particulier entre les systèmes sunnites et chiites³⁰, et sont tous empreints d'une grande complexité³¹. Il n'est dès lors guère surprenant que l'étude du droit des successions musulman ait historiquement joué un rôle important dans l'amélioration des connaissances algébriques³².

La désignation des héritiers *ab intestat* dans les systèmes musulmans ne se laisse guère résumer en quelques lignes³³. L'on retiendra que ces droits évoluent généralement à un niveau d'abstraction moindre que le système des parentèles, en nommant directement les différents bénéficiaires, plutôt que de désigner tout un groupe³⁴. De même, les codes nationaux peuvent prévoir de nombreux cas de figure concrets complexes, qui varient grandement selon la composition familiale³⁵. Enfin, l'on notera que les droits musulmans ignorent le principe de la représentation par ses propres descendants en cas de prédécès. Ainsi, le petit-fils du *de cujus* ne représente pas, en théorie, son père prédécédé dans la succession de son grand-père. Plusieurs codes nationaux ont toutefois instauré un système de legs obligatoire pour pallier cette situation qui peut paraître injuste³⁶.

Le de cujus a la possibilité de rédiger un testament pour modifier la répartition de ses biens. Étant donné qu'une partie substantielle du schéma *ab intestat* est directement déterminée par le Coran, sa liberté testamentaire n'est toutefois pas illimitée. Il ne lui est loisible de prévoir des legs testamentaires qu'à la hauteur maximale d'un tiers de ses biens³⁷. Selon la majorité des écoles, le *de cujus* n'est pas autorisé à faire un legs précipitaire, qui accroîtrait ainsi la part d'un héritier, à moins que tous les autres héritiers y consentent après le décès³⁸. Il s'agit là encore de ne pas venir troubler la répartition telle qu'elle est prévue par le Coran³⁹. Dans la

²⁹ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), p. 64. Les héritiers résiduaux héritent de l'intégralité de la succession en l'absence d'héritiers coraniques. Pour les groupes d'héritiers subsidiaires, dont le plus éloigné est le trésor public : ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), pp. 102 s. ; KHAN (note 7), pp. 94 ss et 121 ss.

³⁰ Les mêmes injonctions coraniques ont été interprétées différemment par les deux traditions. A titre d'exemple, lorsque le Coran indique que les filles héritent aux côtés du fils, les juristes chiites appliquent cette règle à un plus grand nombre de proches de sexe féminin, alors que la tradition sunnite interprète le texte plus restrictivement. La nièce du *de cujus* a ainsi une position plus favorable dans les droits chiites. Les divergences entre les deux systèmes sont également marquées dans la désignation des héritiers résiduaux ; KHAN (note 7), pp. 117 ss et 159 ss.

³¹ « *Farā'id law is intricate and beautiful but doomed by its very intricacy. In practice the law leads either to oppressive indivision or to the ruinous fragmentation of family property* », MUNDY (note 16), p. 49 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), pp. 74 s. Cet auteur mentionne la création de nombreux programmes informatiques pour faciliter la complexité de ces calculs pour le praticien.

³² ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), p. 96 ; voir ég. un *Hadith* du Prophète Mahomet, inclus dans le recueil d'IBN MAJA : « Acquérez la connaissance du droit des successions ! Enseignez-le à la jeunesse ! La connaissance du droit des successions constitue la moitié du savoir » (traduction libre).

³³ Pour une description exhaustive du droit égyptien, voir ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), pp. 53 ss. Pour le droit iranien, voir SIAHPOOSH (note 11), pp. 171 ss.

³⁴ A titre d'exemple, l'art. 358 ch. 11 du Code de la famille marocain évoque le « fils de l'oncle paternel germain », qui est évincé de la succession par « l'oncle paternel consanguin ».

³⁵ Voir le titre VII du Code de la famille marocain (art. 360 ss). L'art. 368 traite, par exemple, de l'hypothèse très particulière d'un concours entre l'épouse, deux filles, le père et la mère du *de cujus*.

³⁶ SAMI ALDEEB/ANDREA BONOMI (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess, Zurich 1999, p. 326 ; KHAN (note 7), pp. 237 ss.

³⁷ BUSKENS (note 21), pp. 113 s. ; ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), pp. 103 s. ; KHAN (note 7), p. 32.

³⁸ MUNDY (note 16), pp. 40 s. La tradition chiite et quelques États de tradition sunnite, à l'instar de l'Égypte, permettent toutefois au *de cujus* de faire un legs en faveur d'héritiers, sans le consentement des autres, pour autant qu'il ne porte que sur un tiers de la succession au plus ; art. 37 de la loi 71/1946 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), pp. 36 s. ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 194 s.

³⁹ ALDEEB/BONOMI (note 36), pp. 326 s. ; ZULEIKA/DESINTHYA (note 17), pp. 107 ss ; SIAHPOOSH (note 11), p. 173.

même logique, le legs ne peut servir qu'un mobile compatible avec les objectifs du législateur, à l'instar de l'aide aux plus indigents. Il ne doit pas, en théorie, avoir comme but principal de priver les héritiers d'une partie de leur part successorale⁴⁰.

En dépit de cette protection qui s'apparente, dans ses effets, à une sorte de réserve héréditaire généralisée, il n'existe pas, en droit musulman, d'instrument semblable aux réunions du droit suisse qui permettrait de remettre en question des actes effectués par le *de cuius* de son vivant⁴¹. Une exception existe pour les actions effectuées lors de la « dernière maladie » du *de cuius*, soit celle qui va mener à son décès. Dans cette ultime étape de la vie, ses libéralités sont assimilées à des legs et ne peuvent, en conséquence, dépasser le tiers de ses biens⁴².

Les droits musulmans connaissent des motifs d'incapacité successorale, qui excluent *ipso jure* l'héritier en question de la succession. Certains de ces motifs sont classiques, à l'instar de l'exclusion de celui qui, sans droit, cause la mort du *de cuius*⁴³, alors que d'autres se révèlent idiosyncratiques (indignité de l'esclave⁴⁴ ; serment d'anathème du *de cuius*⁴⁵). Nous traiterons plus en détails ci-après des causes d'exclusion, totale ou partielle, qui se fondent sur des critères discriminatoires, tels que le sexe, la religion ou la naissance.

B) Règles discriminatoires des droits successoraux musulmans

Rappelons à titre préliminaire que l'Islam condamne, d'une manière générale, toute forme de discrimination et adopte comme principe directeur l'égalité entre hommes et femmes, ainsi que cela ressort de plusieurs versets coraniques⁴⁶, de même que de nombreuses Constitutions nationales⁴⁷.

Ce nonobstant, force est de constater que certaines règles d'obéissance coranique commandent un traitement différencié, en particulier au niveau successoral, selon des critères dits suspects, tels que le sexe, la religion ou la naissance.

⁴⁰ La diminution de la part des héritiers ne peut être qu'une conséquence indirecte. Voir art. 4 de la loi égyptienne 71/1946 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), p. 31.

⁴¹ ALDEEB/BONOMI (note 36), p. 327 ; KHAN (note 7), pp. 39 et 151 ss. ; MUNDY (note 16), pp. 2 et 45. Ce dernier auteur souligne que la grande liberté du *de cuius* dans les transferts de propriété *inter vivos* permet de compenser la restriction de la liberté de disposer limitée à un seul tiers de la succession. Voir toutefois le cas particulier de l'art. 917 CC-Égypte ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), pp. 44 ss.

⁴² Art. 916 CC-Égypte. De même, si le mari répudie son épouse durant ladite période, la dissolution du lien conjugal est considérée comme abusive, car visant uniquement à exclure le conjoint de la succession ; ALDEEB/BONOMI (note 36), p. 327 ; ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), p. 113.

⁴³ Voir les art. 5 de la loi égyptienne 77/1943 et 17 de la loi 71/1946. L'époux qui tue sa femme, alors qu'il l'a surprise en train de commettre un adultère, est considéré comme légitimé et peut ainsi hériter. Les modalités exactes varient selon l'ordre juridique : SIAHPOOSH (note 11), pp. 189 s.

⁴⁴ KHAN (note 7), pp. 54 et 73.

⁴⁵ Le *de cuius* rejette, au terme d'une cérémonie spécifique, son épouse ou ses enfants, en particulier lorsqu'il a des soupçons d'adultère. Cf. art. 882 s. CC-Iran ; SIAHPOOSH (note 11), p. 189. Voir *infra* I.B.3 pour le cas particulier de l'anathème des enfants du *de cuius*.

⁴⁶ MOHAMED S. ABDEL WAHAB, L'ordre public en droit international privé égyptien de la famille, in : Nathalie Bernard-Maugiron/Baudouin Dupret (éd.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 71-95, p. 88 ; ROHE (note 2), p. 326.

⁴⁷ A titre d'exemples : art. 19 à 21 Cst-Iran (ce texte précise toutefois que ces droits doivent respecter les principes islamiques) ; art. 11 Cst-Égypte ; art. 21 Cst-Tunisie.

Ces formes de discrimination sont à la base de plusieurs réserves formulées par les États musulmans à des conventions⁴⁸. Plusieurs instruments internationaux ont été adaptés en vue d'être compatibles avec les principes du droit musulman, à l'instar de la Déclaration des droits de l'homme en Islam, adoptée au Caire le 5 août 1990 par l'Organisation de la conférence islamique⁴⁹.

1) *Discriminations envers la femme*

La discrimination la plus fréquemment mise en exergue est sans nul doute l'inégalité successorale entre hommes et femmes⁵⁰. Ce principe découle directement du Coran. Si le premier verset révélé dans ce contexte paraît prôner l'égalité successorale⁵¹, des versets postérieurs indiquent que, dans certaines hypothèses, la femme reçoit une part équivalant à la moitié de celle qui échoirait à un homme de même degré⁵². En conséquence de ces injonctions coraniques, les droits positifs consacrent cette inégalité⁵³, même dans les États musulmans ayant adopté une législation progressiste⁵⁴.

Cette inégalité s'applique aussi bien lorsque la femme hérite en concours direct avec des hommes (par ex. en présence simultanée de fils et de filles du *de cujus* ou entre frères et sœurs germains), que lorsqu'elle est seule dans son degré (par ex. l'épouse survivante qui reçoit la moitié de ce qu'aurait obtenu l'époux survivant). La discrimination peut également avoir des effets indirects, notamment lorsqu'un héritier de sexe masculin est lié au *de cujus* par le truchement d'une femme⁵⁵. Il convient de noter que l'inégalité n'est pas systématique ; il existe effectivement des états de fait où hommes et femmes de même degré obtiennent strictement la même part successorale⁵⁶.

⁴⁸ Les réserves émises dans le cadre de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant sont particulièrement révélatrices : plusieurs États musulmans déclarent se réserver le droit de ne pas appliquer les dispositions conventionnelles qui seraient incompatibles avec les principes islamiques ou leur droit interne (voir not. la réserve de l'Iran) ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), p. 108 ss ; MOSCHTAGHI (note 2), pp. 377 ss et 410 ss. Cet auteur indique que l'Iran a déjà refusé de remplir des obligations découlant d'une convention internationale au motif d'incompatibilité avec des principes islamiques, alors qu'aucune réserve n'avait été exprimée.

⁴⁹ Voir ég. la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme de septembre 1981 du Conseil islamique d'Europe et la plus progressiste Charte arabe des droits de l'Homme de mai 2004 de la Ligue des États arabes.

⁵⁰ Notons que les discriminations envers les femmes ne sont de loin pas confinées au seul droit des successions. Voir, à titre exemplatif, les inégalités liées au mariage (âge ; consentement ; polygamie ; mariage interreligieux), au divorce, à la répudiation, à la garde des enfants ou à la valeur des témoignages en droit procédural. Voir *ex multis* HALEH AFSHAR, Women and Islamic Laws in Iran, in : *Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, Bruxelles 2000, pp. 1-32, pp. 8 ss et 19 ss ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 67 ss et 484 ss ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 46 ss.

⁵¹ Verset 4:7 ; sur le contexte historique de la révélation de ce verset, voir ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), p. 99 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 95 s. ; KHAN (note 7), p. 68.

⁵² Versets 4:11 et 4:12 ; SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman, in : *Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé*, Schulthess, Zurich 1998, pp. 9-54, p. 48.

⁵³ Art. 11 de la loi égyptienne 77/1943 ; art. 907 al. 4, 911, 920 ss et 931 ss CC-Iran ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), pp. 54 s. ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 183 s. ; KHAN (note 7), pp. 43 s.

⁵⁴ Art. 103 ch. 3 du Code du statut personnel tunisien ; art. 316, 319, 351 ch. 3 et 360 ss du Code de la famille marocain.

⁵⁵ KHAN (note 7), pp. 76 s.

⁵⁶ En droit musulman classique, les frères et sœurs utérins (mais non les germains ou les consanguins) héritent d'une part égale. Il en va de même lorsque la mère et le père héritent de leur fils, en concours avec un descendant de ce dernier ; voir ég. art. 921 CC-Iran ; art. 14 de la loi égyptienne 77/1943 ; art. 365 du Code de la famille marocain. ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), pp. 56 ss ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 195 s. ; KHAN (note 7),

Les systèmes de tradition chiite apportent des restrictions supplémentaires aux droits successoraux de l'épouse. Ainsi, l'art. 949 CC-Iran prévoit que cette dernière obtient, en l'absence de tout autre héritier, uniquement le quart de la succession ; les trois quarts restants sont considérés comme une succession en déshérence et échoient à l'État. Dans les mêmes conditions, le mari hérite, quant à lui, de l'intégralité de la succession. De plus, l'épouse ne peut hériter, outre des biens mobiliers, que de la *valeur* correspondant aux constructions et aux arbres⁵⁷. Elle n'a pour le surplus aucune prétention, que ce soit en nature ou en valeur, sur les autres biens immobiliers⁵⁸. Le mari peut, en revanche, hériter de tous les biens successoraux, quelle que soit leur nature (art. 946 à 948 CC-Iran)⁵⁹.

La pertinence du sexe de l'héritier dans le partage de la succession ne supporte pas l'indétermination sexuelle. L'impérieuse nécessité de trancher les cas d'ambiguïtés donne lieu à des réglementations extrêmement détaillées. Certains systèmes prévoient des procédures complexes dans le but de déterminer le sexe dominant de l'héritier intersexué, afin de déterminer quelle part lui sera remise⁶⁰. La solution appliquée dans l'hypothèse où l'ambiguïté sexuelle persiste varie selon le système⁶¹.

Étant inscrite *expressis verbis* dans le texte immuable du Coran, ainsi que dans la *Sunna*, cette discrimination fait partie intégrante des normes successorales islamiques et n'est que rarement l'objet de critiques⁶². Ce constat contraste avec les dispositions constitutionnelles des États musulmans qui consacrent le principe d'égalité des sexes⁶³. Les tentatives de justification de ce traitement différencié sont nombreuses. La plupart des juristes musulmans soulignent que l'avènement de l'Islam, loin de péjorer la situation des femmes, a bien au contraire permis d'améliorer de manière remarquable leur statut, en leur permettant d'hériter aux côtés des proches du défunt de sexe masculin. En effet, dans les coutumes des tribus arabes de l'époque préislamique, seuls ceux qui étaient capables de prendre les armes et de combattre l'ennemi étaient susceptibles d'hériter. Les femmes, de même que les enfants mineurs, ne pouvaient devenir propriétaires et étaient totalement exclus des successions⁶⁴.

De surcroît, si le Coran prône expressément l'égalité entre hommes et femmes, il considère toutefois que le rôle attribué aux deux sexes au sein de la famille n'est pas identique, ce qui justifie un traitement adapté aux obligations de chacun. En effet, l'entretien financier de la famille n'incombe qu'au seul père de famille, même dans l'hypothèse où l'épouse posséderait

pp. 125 ss. Pour une hypothèse où la mère du défunt obtient même une part supérieure à celle du père : ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 95 s.

⁵⁷ L'épouse ne peut donc prétendre à l'obtention en nature des arbres et des constructions.

⁵⁸ SIAHPOOSH (note 11), pp. 184 et 197 ss.

⁵⁹ Pour d'autres désavantages de l'épouse : SIAHPOOSH (note 11), pp. 197 ss ; KHAN (note 7), pp. 91 s.

⁶⁰ Voir le système de droit égyptien : la première étape consiste en l'observation de l'évacuation de l'urine, afin de déterminer quel canal – organes masculins ou féminins – elle emprunte en premier. Si cet examen n'est pas concluant, il convient d'attendre la puberté pour observer quelles caractéristiques sexuelles secondaires se développent (art. 46 de la loi 77/1943). Le partage de la succession est alors suspendu jusqu'à la puberté ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), p. 68.

⁶¹ L'art. 46 de la loi égyptienne 77/1943 lui accorde la part la plus faible, soit dans l'immense majorité des cas, celle dévolue à une femme. L'art. 939 CC-Iran lui octroie la moyenne entre la part d'une femme et d'un homme de même degré ; ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), p. 105 ; KHAN (note 7), pp. 59.

⁶² ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 49 et 94 s. ; AFSHAR (note 50), pp. 7 s. ; BUSKENS (note 21), pp. 113 s.

⁶³ Cf. *supra* note 47 ; NOWRIN TAMANNA, Recognition of « Difference » in *Shari'a* : A Feminist Scrutiny through the Lens of Substantive Equality, *Journal of Social Welfare & Family Law* 2013, pp. 329-345, pp. 337 ss. Cette auteure expose en particulier la tension entre la Constitution du Bangladesh, qui prévoit expressément l'égalité des sexes, et certaines règles islamiques discriminatoires.

⁶⁴ « *Islam came as the defender of the weaker sex and the orphans, (...) putting widows and orphans on a level of equality with those who fought for the defense of the community and the country* », KHAN (note 7), pp. 31, 67 s. et 157 s. ; SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Unification des droits arabes et ses contraintes, in : *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires, Fribourg 1990, pp. 177-204, pp. 198 s.

une fortune plus importante. Il serait dès lors logique que l'homme reçoive davantage dans le cadre d'une succession⁶⁵. Paradoxalement, la situation de la femme est parfois perçue comme favorisée par rapport à celle de l'homme, puisqu'elle peut bénéficier d'une succession alors qu'aucune obligation financière envers la famille ne lui incombe⁶⁶.

Des auteurs modernes relèvent toutefois que la justification de la discrimination successorale de la femme n'est plus d'actualité, puisque la législation de plusieurs États musulmans prévoit la mise à contribution de l'épouse dans les finances familiales. Certains auteurs suggèrent une interprétation évolutionniste des versets coraniques, afin de donner tout son sens au principe d'égalité entre les sexes⁶⁷. Cette vision n'a toutefois pas encore reçu d'écho dans les droits positifs, en dépit de plusieurs réformes qui ont amélioré le statut de la femme⁶⁸.

2) *Discriminations fondées sur la religion*

Il n'est guère surprenant que le critère de l'appartenance religieuse joue un rôle central dans les droits de la famille musulmans. Il est ainsi interdit à une Musulmane d'épouser un homme appartenant à une autre communauté religieuse⁶⁹. Relevons que cette interdiction est unilatérale, puisqu'un Musulman est autorisé à épouser une femme non-musulmane⁷⁰.

En droit successoral, cette importance de la religion se concrétise par l'exclusion des héritiers non-musulmans de la succession d'un *de cuius* musulman, même si ce sont les parents les plus proches⁷¹. Cette interdiction est inscrite même dans les codifications les plus récentes⁷².

Cette interdiction de succession interreligieuse est fréquemment expliquée par les circonstances de la naissance de l'Islam, apparu au sein de peuples hostiles à cette nouvelle foi, mais aussi par les croisades plus tardives. Dans ce contexte, il était considéré comme impérieux d'exclure de la succession d'un Musulman ceux qui ne croyaient pas en cette religion⁷³. Certains auteurs soulèvent toutefois que cette interdiction ne figure pas

⁶⁵ « [L'Islam] prévoit des rôles différents dans la vie pour les hommes et pour les femmes. Ils ont été dotés de talents et d'aptitudes propres leur permettant de remplir leurs rôles de la manière la plus adéquate. Nier cette différence serait faire preuve d'injustice à l'égard de l'un d'entre eux ou des deux. Une justice absolue exige que les devoirs et responsabilités soient proportionnels aux rôles et talents », ABDEL WAHAB (note 46), p. 88 ; EL-EHWANY (note 14), p. 38 ; KHAN (note 7), pp. 157 s.

⁶⁶ AFSHAR (note 50), pp. 6 ss. Certains auteurs relèvent également que la part réduite accordée à la femme est également compensée par l'institution du douaire (*mahr*) ; sur cette institution, voir art. 1078-1101 CC-Iran ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 55 ss.

⁶⁷ ALDEEB ABU-SAHLEH (note 1), pp. 529 ss ; TAMANNA (note 63), pp. 329 ss.

⁶⁸ Sur l'échec de la réforme du droit des successions irakien (1959-1963), qui avait instauré l'égalité entre hommes et femmes, voir ALDEEB ABU-SAHLEH (note 64), p. 198 ; KHAN (note 7), pp. 173 s.

⁶⁹ Voir art. 39 ch. 4 du Code de la famille marocain ; art. 1059 CC-Iran. Un non-Musulman peut toutefois se convertir à l'Islam et ainsi épouser une Musulmane ; SIAHPOOSH (note 11), pp. 48 s.

⁷⁰ La femme doit toutefois appartenir à une « religion du Livre » (judaïsme, christianisme ou, en Iran, zoroastrisme). Relevons que l'épouse sera incitée à se convertir, notamment à cause des incapacités successorales fondées sur la différence de religion ; BUSKENS (note 21), p. 107 ; ALDEEB ABU-SAHLEH (note 1), pp. 504 ss et 529.

⁷¹ Art. 6 de la loi égyptienne 77/1943. L'interdiction de succéder est réciproque ; ALDEEB ABU-SAHLEH (note 3), p. 103. Les systèmes de tradition chiite permettent toutefois généralement au Musulman d'hériter d'un non-Musulman ; art. 881^{bis} CC-Iran *a contrario*. La successibilité entre non-Musulmans de religions différentes est controversée ; ALDEEB/BONOMI (note 36), pp. 311 ss.

⁷² Art. 332 du Code de la famille marocain ; BUSKENS (note 21), p. 118. L'existence de cette interdiction en droit tunisien est controversée ; BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE (note 20), pp. 168 s.

⁷³ KHAN (note 7), p. 156.

expressément dans le Coran⁷⁴. Ils soulignent, de surcroît, que la défense de la patrie rassemble désormais tous les citoyens d'un même État, quelle que soit leur religion, ne serait-ce que par le paiement des impôts⁷⁵.

La question se pose de savoir s'il est possible, en dépit de cet empêchement successoral, pour un Musulman de faire un legs en faveur d'un non-Musulman. Les solutions nationales varient, même si la majorité des États reconnaissent la validité de telles dispositions *causa mortis*⁷⁶.

Un cas particulier d'obstacle à la succession dû à la religion est l'hypothèse de l'apostat, soit le Musulman qui a abandonné l'Islam, que ce soit ou non au profit d'une autre religion. Plusieurs conséquences civiles, mais également pénales, sont prévues à son encontre. En droit musulman classique, l'homme qui abandonne l'Islam et refuse de se rétracter dans les trois jours doit être mis à mort⁷⁷. Ce crime est imprescriptible et ne peut faire l'objet d'une grâce des autorités ; seul le repentir, même s'il est motivé par la peur de la sanction, peut empêcher la mise à mort. Cette sanction est justifiée du fait que, parmi les cinq intérêts fondamentaux que l'Islam protège, la préservation de la religion a la priorité face à la protection de la vie⁷⁸. La femme apostate doit, quant à elle, être emprisonnée jusqu'à son décès ou son retour à l'Islam⁷⁹.

La plupart des États arabes ont toutefois abandonné les sanctions pénales du droit musulman classique, à l'exception de quelques pays qui continuent de les mettre en œuvre, à l'instar de l'Arabie saoudite pour les infractions de vol, d'adultère, d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique et, précisément, d'apostasie⁸⁰.

Du point de vue civil, la succession d'un homme apostat est considérée ouverte dès le moment où il quitte l'Islam, alors que celle d'une femme reniant cette religion s'ouvre à son décès réel⁸¹. Les conséquences de l'apostasie sur la dévolution successorale sont l'objet de divergences entre les systèmes islamiques. Les droits nationaux ne s'attardent toutefois que rarement sur cette problématique, de sorte que les lacunes sont comblées par le droit musulman classique. La tendance générale veut que les héritiers musulmans puissent obtenir les biens que l'apostat avait acquis avant son abjuration. Les biens acquis postérieurement échoient au Trésor public⁸². Les non-Musulmans ne participent jamais à sa succession. Les dispositions testamentaires prises par un apostat sont considérées comme nulles⁸³. Dans l'hypothèse d'une femme apostate, l'intégralité de ses biens revient à ses héritiers musulmans, indépendamment

⁷⁴ Le verset utilisé comme fondement pour cet empêchement (4:141) serait, selon ces auteurs, fréquemment cité de manière tronquée ; voir en particulier ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 103 ss.

⁷⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 62 s. et 103 ss ; LE MÊME (note 64), pp. 197 s.

⁷⁶ Art. 9 de la loi égyptienne 71/1946 (avec conditions et exceptions). Pour la solution d'autres États, voir ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), pp. 34 s. et 51 s. ; ALDEEB/BONOMI (note 36), pp. 314 ss ; ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), p. 105.

⁷⁷ C'est en vertu de cette règle que l'ayatollah KHOMEINI a émis la célèbre *fatwa* condamnant à mort l'écrivain SALMAN RUSHDIE pour la publication du roman « Les versets sataniques » (« *The Satanic Verses* ») ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 1), pp. 497 ss.

⁷⁸ Sur les cinq intérêts indispensables de l'Islam : ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 33 s.

⁷⁹ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), p. 97 ; KHAN (note 7), pp. 51 ss.

⁸⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 121 ss.

⁸¹ Parmi les autres conséquences civiles de l'apostasie, l'on peut mentionner l'interdiction de se marier (ou la dissolution du mariage de l'apostat déjà marié), le retrait de l'autorité parentale sur ses enfants et la confiscation de ses biens ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 51, 60 s. et 97 s.

⁸² Certains États, à l'instar du Koweït, prévoient que les biens reviennent aux héritiers musulmans de l'apostat, quel que soit le moment de leur acquisition (art. 294 du Code de la famille).

⁸³ Voir l'art. 217 *in fine* du Code de la famille koweïtien. La disposition testamentaire retrouve toutefois sa validité si l'apostat se repent avant son décès et retourne à l'Islam.

du moment de leur acquisition. L'apostat n'hérite, quant à lui, de personne⁸⁴. Les conséquences de l'apostasie sur un legs testamentaire en sa faveur sont controversées⁸⁵.

L'apostasie constitue l'un des défis majeurs pour les États musulmans dont les Constitutions garantissent la liberté de religion⁸⁶. Cette garantie ne peut être comprise que dans les limites des principes islamiques : chacun est ainsi libre de se convertir à l'islam, mais il s'agit toutefois d'une voie à sens unique.

3) *Discriminations envers les enfants nés hors mariage*

Les droits musulmans connaissent plusieurs spécificités relatives aux enfants, notamment en matière de liens de filiation avec le père. Ce dernier a la possibilité, sous certains conditions, de désavouer unilatéralement son enfant au terme d'une cérémonie dite d'anathème, en particulier lorsqu'il a des soupçons d'adultère de la part de son épouse. Dans ce cas, l'enfant n'hérite ni de son père, ni des proches de ce dernier et inversement⁸⁷.

Il est également à relever que le Coran interdit expressément l'adoption⁸⁸. Les droits musulmans nient donc en général la création de liens de filiation par cette institution. Une adoption, intervenue par hypothèse à l'étranger, n'entraîne aucun droit successoral entre l'adopté et sa famille adoptive ; seul un legs testamentaire peut remédier, dans la limite du tiers de la succession, à cette situation⁸⁹.

L'aspect qui nous intéressera le plus est le traitement discriminatoire dont sont victimes les enfants nés hors mariage, appelés parfois illégitimes ou naturels. D'une manière générale, un enfant issu d'une relation non maritale⁹⁰ est exclu de la succession de son père et inversement. Dans la tradition sunnite, les rapports successoraux entre l'enfant, sa mère et les proches de cette dernière demeurent toutefois intacts ; ils héritent l'un de l'autre, comme si l'enfant était né pendant le mariage de ses parents⁹¹. Dans les systèmes chiïtes, l'enfant né hors mariage est considéré comme un *nullus filius* et n'hérite d'aucun de ses parents⁹².

⁸⁴ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 64), pp. 199 ss ; KHAN (note 7), pp. 51 ss.

⁸⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 103 ss.

⁸⁶ Art. 12 Cst-Égypte ; art. 23 Cst-Iran. Le traitement de l'apostat s'est également révélé problématique lors de négociations d'instruments internationaux protégeant la liberté de changer de religion. Voir à cet égard les débats au sein des Nations Unies au sujet de l'art. 18 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou de l'art. 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 140 s.

⁸⁷ L'enfant désavoué hérite toutefois de sa mère et des proches de cette dernière ; art. 15 de la loi égyptienne 25/1929 et art. 47 de la loi 77/1943 ; art. 882 s. CC-Iran ; EL-EHWANY (note 14), p. 41 s. ; SIAHPOOSH (note 11), p. 189 ; LOUKILI (note 12), p. 155.

⁸⁸ Versets 33:4, 5 et 36. Sur les origines de cette interdiction : ALDEEB/BONOMI (note 36), pp. 252 ss. Le droit islamique connaît toutefois des diminutifs de l'adoption, tels que la *kafala* (« recueil »), sorte de tutelle légale qui ne crée aucun lien de filiation et, en conséquence, aucun droit successoral ; EL-EHWANY (note 14), p. 46 ; LOUKILI (note 12), p. 137.

⁸⁹ Art. 47 de la loi égyptienne 77/1943 ; art. 149 du Code de la famille marocain ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 25), p. 67 ; ZULEIKA/DESINTHYA (note 16), p. 105. La Tunisie a toutefois abandonné cette interdiction (art. 15 de la loi du 4 mars 1958) ; BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE (note 20), pp. 182 s.

⁹⁰ Si un mari renie son épouse par un serment d'anathème, leurs enfants deviennent *ipso facto* illégitimes ; SIAHPOOSH (note 11), p. 189. Les normes réglementant la naissance dans le mariage sont complexes ; BUSKENS (note 21), p. 114 ; EL-EHWANY (note 14), pp. 41 s.

⁹¹ Art. 146 et 148 du Code de la famille marocain ; BUSKENS (note 21), pp. 113 s. et 118. Dans certains systèmes, il est loisible au père de reconnaître son enfant, pour autant qu'il n'avoue pas que ce dernier est né hors mariage ; LOUKILI (note 12), pp. 144 s. ; EL-EHWANY (note 14), p. 43.

⁹² Art. 884 CC-Iran (avec des exceptions) ; SIAHPOOSH (note 11), p. 179 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 52), p. 48 ; KHAN (note 7), pp. 50 s.

Pour mitiger les effets sociaux et économiques négatifs de ce principe, certains États ont étendu les hypothèses dans lesquelles un enfant peut être considéré comme légitime⁹³. Ce nonobstant, la règle discriminatoire en question demeure inchangée⁹⁴, ce qui est susceptible de créer des tensions dans la législation interne d'États dont la Constitution interdit les inégalités liées aux circonstances de la naissance⁹⁵.

II. Application par le juge suisse

1. Cas d'application d'un droit successoral étranger

Les autorités suisses sont compétentes, à titre principal, pour régler la succession d'une personne dont le dernier domicile se trouvait en Suisse (art. 86 al. 1 LDIP) ; elles appliquent alors en principe le droit suisse (art. 90 al. 1 LDIP ; *Gleichlauf*). Il existe toutefois plusieurs hypothèses où le juge suisse doit appliquer un droit étranger. Le cas le plus courant découle de la possibilité pour le *de cuius* de procéder, dans un testament ou un pacte successoral, à une *professio juris* en faveur de l'un de ses droits nationaux, pour autant qu'il ait toujours cette nationalité à son décès et qu'il n'ait pas acquis la nationalité suisse (art. 90 al. 2 LDIP).

D'autres cas de figure, fondés sur des chefs de compétence subsidiaires, sont envisageables. Un ressortissant suisse domicilié à l'étranger peut soumettre le règlement de sa succession à la compétence des tribunaux suisses de son lieu d'origine, mais réserver expressément l'application du droit de son dernier domicile (art. 87 al. 2 *cum* 91 al. 2 LDIP). La désignation d'un droit étranger peut également découler de l'application, par les autorités du lieu de situation des biens en Suisse, des règles de conflit de l'État étranger du dernier domicile qui ne s'occuperait pas de cette partie de la succession (art. 88 *cum* 91 al. 1 LDIP). Le juge suisse peut également être confronté à un droit successoral étranger dans le cadre d'une procédure de reconnaissance ou d'*exequatur* d'une décision ou d'un document étranger (art. 96 LDIP).

L'application d'un droit étranger peut également découler de règles de Conventions bilatérales conclues par la Suisse. Deux traités sont susceptibles d'amener le juge suisse à appliquer des normes de tradition islamique : la Convention d'établissement du 25 avril 1934 avec l'Empire de Perse (Iran)⁹⁶ et la Convention d'établissement et de protection juridique du 1^{er} décembre 1927 avec la Grèce⁹⁷.

⁹³ L'art. 16 du Code de la famille marocain permet notamment de reconnaître l'existence d'un mariage même en l'absence de contrat de mariage ; à cette fin la présence d'un enfant ou une grossesse sont considérées comme des éléments de preuve d'un lien conjugal. Dans la même logique, si deux personnes sont à tort convaincues d'être liées par un mariage, leur erreur de bonne foi peut être considérée comme le fondement valide d'un lien de filiation légitime (art. 152 ch. 3 et 155) ; BUSKENS (note 21), pp. 114 s. ; ALDEEB/BONOMI (note 36), pp. 231 ss.

⁹⁴ L'art. 152 du Code du statut personnel tunisien a toutefois limité la portée de la règle discriminatoire aux seuls enfants adultérins. De surcroît, la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue a élargi les possibilités pour l'enfant né hors mariage d'intenter une action en paternité. La portée exacte de cette loi, en particulier en matière de droits successoraux, est controversée ; BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE (note 20), pp. 161 s.

⁹⁵ Voir not. le cas du Nigéria dont la Constitution de 1999 contient précisément une clause de non-discrimination sur la base de la naissance (art. 42 al. 2) ; V. E. ONUOHA/MICHAEL ATTAH, *The Right to Inherit : Illegitimacy and Constitutional Liberation in Nigeria – Just a Legal Shield?*, *Journal of Social Welfare & Family Law* 2014, pp. 226-240, pp. 226 ss.

⁹⁶ RS 0.142.114.362.

⁹⁷ RS 0.142.113.721. L'entrée en vigueur du Règlement de l'Union européenne n° 650/2012 n'affecte pas l'application de cette Convention (art. 75 par. 1 du Règlement).

L'art. 8 al. 3 de la Convention irano-suisse prévoit l'application du droit national du *de cuius*. La compétence directe est déterminée, en l'absence de disposition conventionnelle y relative, par les règles de conflit internes⁹⁸. Le juge suisse applique ainsi d'office le droit successoral iranien, en présence d'un ressortissant de cet État domicilié en Suisse à son décès.

La Convention irano-suisse focalise une certaine méfiance à son égard au vu de l'application du droit matériel auquel elle conduit⁹⁹. La Convention a survécu au changement de régime politique intervenu en 1979 avec la proclamation de la République islamique d'Iran ; aucun des deux États parties n'a en effet dénoncé le texte¹⁰⁰. Relevons que les fondements islamiques du droit des successions étaient déjà présents dans le droit iranien en vigueur lors des négociations de la Convention, de sorte qu'ils ne sauraient constituer un élément inattendu. Il convient de souligner que la jurisprudence relative à cette Convention porte presque exclusivement sur la compatibilité du droit iranien avec l'ordre public suisse¹⁰¹.

L'implication de la Convention avec la Grèce est moins évidente dans le contexte des droits islamiques. Ce texte contient une règle de conflit successorale qui prescrit l'application de la *lex patriae* du défunt pour trois questions fondamentales, à savoir la détermination des héritiers, de leurs parts respectives et de leurs réserves héréditaires (art. 10 al. 3)¹⁰². Les autres éléments sont, *a contrario*, soumis à la loi désignée par les règles de conflit nationales, de même que la compétence directe¹⁰³. Il en découle que le juge suisse est amené à appliquer le droit successoral grec¹⁰⁴ dans l'hypothèse d'un *de cuius* grec qui avait son dernier domicile en Suisse.

Toutefois, en raison de particularités historiques dans la construction de la Grèce moderne, les règles grecques de conflit interpersonnel peuvent conduire à l'application du droit successoral musulman. En effet, à la suite de son indépendance au début du XIX^e siècle, le nouvel État grec s'est engagé, notamment par la Convention d'Athènes de 1913 conclue avec l'Empire ottoman¹⁰⁵, à garantir, en échange de la rétrocession de territoires, le maintien des droits et coutumes des minorités turques musulmanes habitant lesdites régions¹⁰⁶. La subsistance du système légal islamique concerne en particulier le droit de la famille et des successions¹⁰⁷. Il est

⁹⁸ ATF 85 II 153, c. 3, JdT 1960 I 509 (rés. ; considérant non traduit) ; BERNARD DUTOIT/FRANÇOIS KNOEPFLER/PIERRE LALIVE/PIERRE MERCIER, *Répertoire de droit international privé suisse*, Vol. 3, Stämpfli, Berne 1986, p. 168.

⁹⁹ Voir not. la question 08.1129 du 15 décembre 2008 formulée par le conseiller national YVES NIDEGGER (UDC) au Conseil fédéral.

¹⁰⁰ Le Tribunal fédéral avait jugé que le changement de circonstances économiques et politiques – en l'espèce la réforme monétaire intervenue en Tchécoslovaquie en 1953 – n'était pas un motif valable pour que les tribunaux écartent ou restreignent l'application d'un traité international : ATF 81 I 222, c. 5, JdT 1956 I 180 ; DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER (note 98), p. 163.

¹⁰¹ ATF 129 III 250, c. 3.1 ss, JdT 2003 I 187 ; ATF 85 II 153, JdT 1960 I 509 (rés.) ; TF du 12 mars 2001, 5C.98/2000 ; TF du 27 décembre 2001, 5P.324/2001, c. 4 et 5.

¹⁰² Pour une analyse critique de cette norme *sui generis*, voir OLIVIER GAILLARD, Les relations entre la Grèce et la Suisse en matière successorale : la Convention d'établissement et de protection juridique du 1^{er} décembre 1927, *RSDIE* 2016, pp. 53-77.

¹⁰³ ATF 94 II 5, c. 2 ; GAILLARD (note 102), p. 61 ; DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER (note 98), p. 154.

¹⁰⁴ Sur le droit successoral grec : OLIVIER GAILLARD, Le droit grec des successions, *successio* 2016, pp. 48-81.

¹⁰⁵ Voir ég. les Traités de Lausanne du 24 juillet 1923 et de Constantinople du 2 juillet 1881, ainsi que l'art. 4 de la loi 147/1914 et la loi 2345/1910 ; ΓΙΑΝΝΗΣ ΚΤΙΣΤΑΚΙΣ [GIANNIS KTISTAKIS], *Ιερός νομός του Ισλάμ και μουσουλμάνοι έλληνες πολίτες – μεταξύ κοινοτισμού και φιλελευθερισμού* [Droit religieux de l'Islam et citoyens grecs musulmans – entre communautarisme et libéralisme], Sakkoula, Athènes 2006, pp. 27 ss et 89 ss ; KONSTANTINOS TSITSELIKIS, The Legal Status of Islam in Greece, *Die Welt des Islams* 2004, pp. 402-431, pp. 403 ss ; GAILLARD (note 104), p. 50.

¹⁰⁶ Sont principalement concernés les Musulmans de Thrace ; le champ d'application personnel précis de cette obligation est toutefois controversé ; ΚΤΙΣΤΑΚΙΣ (note 105), p. 35 ; ΤΣΙΤΣΕΛΙΚΙΣ (note 105), pp. 406 ss et 417 ss. Dans ce contexte, voir ACEDH *Serif c. Grèce* du 14 décembre 1999.

¹⁰⁷ La Convention d'Athènes réserve de même la juridiction des *muftis* dans ces domaines ; ΚΤΙΣΤΑΚΙΣ (note 105), pp. 47 ss ; ΤΣΙΤΣΕΛΙΚΙΣ (note 105), pp. 414 ss ; GAILLARD (note 104), pp. 50 s.

piquant de relever à cet égard que le droit des successions turc actuel est, après l'adaptation du Code civil suisse, fondamentalement différent du système qui est appliqué aux Musulmans d'origine turque en Grèce¹⁰⁸.

Il convient de relever que, parmi toutes ces règles, le droit international privé suisse n'utilise jamais directement la religion comme facteur de rattachement¹⁰⁹. Un Musulman suisse ou de la nationalité d'un autre État non-musulman ne pourra exiger qu'un droit islamique s'applique à sa succession. Il est toutefois possible que le critère de la religion soit indirectement pris en compte dans le cadre des règles de conflit interpersonnel de la *lex causae*¹¹⁰.

2. Difficultés dans l'application des droits musulmans

Le premier obstacle auquel est confronté le juge suisse dans l'application de droits musulmans concerne leurs sources. L'accès aux informations pertinentes peut, au-delà des considérations linguistiques, se révéler laborieux, en particulier s'agissant des décisions des tribunaux dont la diffusion n'est pas toujours idoine¹¹¹. L'extrême complexité des normes relatives à la dévolution successorale, de même que, en amont, l'imbroglio des règles de conflit interpersonnel constituent une difficulté supplémentaire.

Ce nonobstant, nous nous attarderons davantage sur les antagonismes profonds touchant à certaines valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse, telles que l'égalité entre hommes et femmes et l'interdiction des discriminations fondées sur la religion ou la naissance.

La réaction à adopter face à ces divergences ne peut toutefois pas se résumer à un rejet *in globo* de toutes les institutions islamiques qui ne correspondraient pas au droit suisse, notamment au motif qu'elles sont de nature religieuse. Il faut garder à l'esprit que, pour un ressortissant étranger musulman, l'application des normes successorales islamiques revêt généralement une importance cruciale. La prise en considération du droit au respect de son identité culturelle est un aspect qui joue un rôle toujours plus central dans les développements du droit international privé de nos sociétés multiculturelles¹¹².

Il s'agit par conséquent de trouver une *via media*, éloignée d'un rejet intransigeant et stérile des droits islamiques – ce qui serait susceptible de mener à ce que plusieurs auteurs décrivent comme un « conflit de civilisations »¹¹³ – tout en préservant les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse et international¹¹⁴. Les qualités inhérentes à l'exception de l'ordre public, dont en particulier sa flexibilité, permettent de répondre à ces exigences.

¹⁰⁸ ROHE (note 2), p. 342 ; GAILLARD (note 104), p. 51.

¹⁰⁹ IVO SCHWANDER, Die Anwendung und Anerkennung islamischen Rechts im Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, in : René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (éd.), *Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Éditions universitaires, Fribourg 2002, pp. 403-426, pp. 403 ss.

¹¹⁰ L'Institut de droit international parle dans ce cas de « laïcité tolérante » ; Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, 9^e commission de l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international* 2005, pp. 7-115, p. 108 et 2006, pp. 139-197 (rapporteur : PAUL LAGARDE) ; SCHWANDER (note 109), p. 411.

¹¹¹ ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 54 s. ; KRÜGER (note 6), pp. 173 ss.

¹¹² Sur ce concept, voir not. ERIK JAYME, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, *RCADI* 1995, pp. 9-267 ; Institut de droit international (note 110), pp. 19 s. et 84 s. ; ABDEL WAHAB (note 46), pp. 71 s.

¹¹³ Institut de droit international (note 110), p. 45 ; ALDEEB/BONOMI (note 36), p. 333 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 1), p. 531. Cette expression fait souvent écho au célèbre essai de SAMUEL HUNTINGTON, « Le choc des civilisations » (« *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* »).

¹¹⁴ La quête de cette voie du milieu – « entre un multiculturalisme généralisé acceptant toutes les différences au nom du respect des identités culturelles et une attitude de fermeture et de cloisonnement hermétique des ordres

A) La réserve d'ordre public

La réserve de l'ordre public (art. 17 ss et 27 al. 1 LDIP) joue le rôle de soupape de sécurité dans les systèmes de droit international privé dont les facteurs de rattachement fonctionnent sans égard au contenu du droit étranger désigné¹¹⁵. Échappant à toute définition statique, il est généralement admis que cette exception permet d'écarter une disposition d'un droit étranger ou de ne pas reconnaître une décision étrangère qui « heurterait de manière insupportable le sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse et violerait les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse »¹¹⁶. Dans son articulation, la clause d'ordre public intervient d'office, à titre correctif en fin de processus¹¹⁷.

L'intervention de l'ordre public connaît plusieurs tempéraments sous la forme de facteurs de relativité. Le juge doit ainsi s'attacher au résultat concret de l'application de la norme étrangère, ce qui exclut en principe un examen *in abstracto*¹¹⁸. Le degré d'intervention de la réserve d'ordre public dépend de surcroît de l'intensité des liens entre la cause et l'État du for ou de la reconnaissance (exigence de la *Binnenbeziehung*). La prise en considération de l'ordre public sera d'autant plus intensive que les liens seront étroits et inversement. De même, plus l'atteinte aux principes fondamentaux sera grave, moins les rapports avec la Suisse se devront d'être importants¹¹⁹. Dans le cadre d'une reconnaissance ou d'un *exequatur*, l'ordre public se manifeste généralement dans sa composante dite atténuée, soit de manière moins interventionniste¹²⁰.

La Convention irano-suisse contient une clause d'exception (art. 8 al. 3, deuxième phrase) qui est unanimement considérée comme une réserve d'ordre public analogue à l'art. 17 LDIP¹²¹.

La Convention gréco-suisse ne prévoit pas de clause générale d'ordre public, de sorte que son intervention dans le cadre de ce texte est controversée¹²². Plusieurs auteurs considèrent toutefois, avec raison, que la réserve d'ordre public est, en tant que principe général du droit international privé, systématiquement sous-entendue dans les traités qui n'abordent pas la

juridiques laïques et religieux, ayant pour résultat d'opposer l'exception d'ordre public à toute institution de la loi normalement applicable, qui serait étrangère aux conceptions culturelles du for » – a servi de leitmotiv aux débats de l'Institut de droit international (note 110, p. 107).

¹¹⁵ « *Verwiesen wird auf eine Rechtsordnung ohne Ansehen ihres Inhalts, ihrer Ergebnisse und Ideologie. Man springt ins Dunkle in der stillen Hoffnung auf eine glückliche Rettung. Wenn sich diese Hoffnung nicht erfüllt, muss eventuell ein allzu enttäuschendes Ergebnis korrigiert werden* », KURT SIEHR, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Schulthess, Zurich 2002, pp. 598 s.

¹¹⁶ ATF 102 Ia 574, c. 7d ; ATF 142 III 180, c. 3.2 ; ATF 134 III 661, c. 4.1 ; ATF 132 III 389, c. 2.1 ; ATF 129 III 250, c. 3.4, JdT 2003 I 187 ; ATF 125 III 443, c. 3d ; ATF 117 II 494, c. 7.

¹¹⁷ SIMON OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse – Personnes – Famille – Successions*, Schulthess, Zurich 1999, N 73 ss ; FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3^e éd., Berne 2005, N 350 ss.

¹¹⁸ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 117), N 353 ; OTHENIN-GIRARD (note 117), N 215.

¹¹⁹ ATF 126 III 327, c. 4c ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 117), N 366a ; OTHENIN-GIRARD (note 117), N 328 ss.

¹²⁰ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 117), N 361 ss ; OTHENIN-GIRARD (note 117), N 299 ss.

¹²¹ ATF 129 III 250, c. 3.1, JdT 2003 I 187 ; ATF 85 II 153, c. 7, JdT 1960 I 509 (rés. ; considérant non traduit) ; TF du 31 août 2007, 5A_197/2007, c. 3.5 ; TF du 12 mars 2001, 5C.98/2000, c. 2c ; TF du 27 décembre 2001, 5P.324/2001, c. 3a ; DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER (note 98), p. 169.

¹²² Le Tribunal fédéral a utilisé l'absence d'une telle clause dans la Convention gréco-suisse comme argument pour fonder sa décision d'exclure la réserve héréditaire suisse de la protection de l'ordre public (arrêt *Hirsch* ; ATF 102 II 136, JdT 1976 I 595). Pour une critique : OLIVIER GAILLARD, La protection de la réserve héréditaire des descendants à l'aune de l'ordre public, in : Pascal Pichonnaz (éd.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, Genève 2014, pp. 281-309, p. 302 s.

question¹²³. Il ne serait en effet pas concevable que des règles discriminatoires puissent avoir effet en Suisse, sous couvert de l'application d'une convention¹²⁴.

B) Application de l'ordre public aux droits successoraux musulmans

Si la question épineuse du rapport entre les réserves héréditaires du droit suisse et la clause d'ordre public est largement controversée¹²⁵, la réaction à adopter face à des discriminations successorales paraît plus proche du consensus.

Les droits fondamentaux mis à mal par les normes de droit musulman – égalité entre hommes et femmes et interdiction des discriminations fondées sur le sexe, la religion ou la naissance – jouissent d'une large reconnaissance dans la Constitution suisse et de très nombreuses Conventions internationales¹²⁶. Au vu de ces garanties, il est largement accepté que leur violation est susceptible de déclencher l'intervention de l'ordre public¹²⁷. Le respect de l'identité culturelle de la personne, qui constitue sans nul doute un élément essentiel à prendre en considération dans la théorie du droit international privé, doit ici céder le pas face à la préservation de valeurs primordiales de l'ordre juridique suisse et international¹²⁸.

Deux arrêts du Tribunal fédéral, traitant spécifiquement du rapport entre des droits musulmans et l'exception d'ordre public, méritent d'être mentionnés.

Une première affaire¹²⁹ portait sur l'attribution de l'autorité parentale après le divorce de deux ressortissants iraniens. Le droit iranien normalement applicable par le jeu de la Convention irano-suisse (art. 8 al. 3) prévoyait, sur la seule base de l'âge et du sexe de l'enfant, que l'autorité parentale soit attribuée au père, ce qui ne mettait, en l'espèce, aucunement en péril le bien de l'enfant. Le Tribunal fédéral a toutefois considéré qu'il serait « trop court » de nier une violation de l'ordre public suisse, au motif que le résultat concret auquel menait le droit

¹²³ ALEX MILLS, *The Dimensions of Public Policy in Private International Law*, *Journal of Private International Law* 2008, pp. 201–236, p. 201 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 117), N 374.

¹²⁴ GAILLARD (note 102), pp. 69 s.

¹²⁵ Sur la question, voir GAILLARD (note 122), pp. 298 ss.

¹²⁶ Mentionnons en particulier : art. 8 al. 2 et 3, 10, 11, 14 et 15 Cst. ; art. 8, 9, 12 et 14 CEDH ; art. 2, 3, 18 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) ; Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108) ; art. 2, 3 et 9 de la Convention de l'ONU du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107) ; art. 9 de la Convention européenne du 15 octobre 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (RS 0.211.221.131) ; art. 12 al. 3 de la Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants (RS 0.211.221.310).

¹²⁷ IVO SCHWANDER, *Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsrecht im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht*, *PJA* 1993, pp. 1400-1411, p. 1408 ; LE MÊME (note 109), p. 419 ; YVAN LEUPIN, *La prise en compte de la masse successorale étrangère en droit successoral suisse*, Schulthess, Genève 2010, p. 380 ; Institut de droit international (note 110), pp. 21 s. et sa résolution finale ; OTHENIN-GIRARD (note 117), N 948 s. ; ALDEEB/BONOMI (note 36), pp. 344 s. ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), pp. 12 s., 62 s. et 97 ; GAILLARD (note 122), p. 296 s. ; question laissée ouverte par l'Office fédéral de la justice dans un avis du 17 juillet 1980 (JAAC 1981 n° 31, pp. 171 s.).

¹²⁸ L'institut de droit international ([note 111], pp. 18 ss) indique ainsi que le recours à l'exception de l'ordre public est nécessaire « chaque fois que sous le voile de l'identité culturelle se dissimulent des institutions d'un autre âge, perçues aujourd'hui comme des atteintes à la dignité de la personne humaine, plus particulièrement de la femme ».

¹²⁹ ATF 129 III 250, JdT 2003 I 187.

iranien était acceptable. L'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁰ exigeait bien plus que l'attribution soit déterminée après avoir procédé à une appréciation circonstanciée de nombre d'éléments, afin de trouver la meilleure solution possible pour son épanouissement (c. 3.4).

La portée accordée à l'ordre public par cet arrêt a retenu l'attention de la doctrine. BUCHER relève que le Tribunal fédéral s'est écarté d'une conception traditionnelle de cette notion en tant que « seuil minimal » permettant d'évincer un résultat choquant. Il lui a conféré une portée résolument positive, visant la protection directe du bien de l'enfant¹³¹. SCHWANDER indique, quant à lui, que l'arrêt peut également être interprété sans remettre en question le critère du résultat concret (« *das Dogma von der Ergebnisbezogenheit* »). Il considère que la simple application d'une règle qui traite, de manière inégalitaire et sur la base de critères arbitraires, le père et la mère dans le processus d'attribution de l'autorité parentale est *per se* choquante dans son résultat¹³².

Le second arrêt¹³³ traitait de la reconnaissance d'un certificat d'héritier égyptien qui excluait l'épouse du *de cuius* musulman au seul motif qu'elle était de confession chrétienne. Le Tribunal fédéral a considéré que ce traitement discriminatoire fondé sur les convictions religieuses contrevient « clairement » à l'ordre public suisse. Alors que toutes les parties à la procédure et le défunt étaient de nationalité étrangère et que ce dernier était domicilié en Égypte, le Tribunal a exposé, d'une manière relativement lapidaire, que la simple présence d'actifs bancaires en Suisse constituait un lien suffisant pour permettre l'intervention de la réserve de l'ordre public (c. 3.3.5). L'exigence de la *Binnenbeziehung* a ainsi été fortement relativisée, alors même que l'ordre public se manifestait en l'espèce sous sa forme atténuée.

La jurisprudence fédérale présente ainsi une nette tendance protectionniste face à des traitements discriminatoires issus de l'application de droits musulmans, en renforçant la capacité d'intervention de l'ordre public.

Nous apporterons encore quelques remarques supplémentaires sur le traitement des différentes catégories de discriminations successorales musulmanes.

Plusieurs auteurs ont souligné qu'il était malaisé d'évincer au moyen de l'ordre public la discrimination de l'épouse dans la succession de son conjoint, puisque l'inégalité n'était alors qu'hypothétique¹³⁴. Il n'est toutefois pas pertinent, à notre avis, que la discrimination ne s'actualise pas dans le cas d'espèce ; il suffit en effet que la norme étrangère applicable octroie, dans son système, une part successorale moindre sur le critère du sexe, pour que le résultat soit considéré comme contraire à l'ordre public¹³⁵. De même, étant donné que le droit fondamental à préserver est l'égalité des sexes, il est indifférent que l'héritière discriminée soit ou non réservataire en droit suisse. Enfin, nous rejetons la proposition qui voudrait que l'ordre public ne s'applique pas d'office en cas de discrimination à l'égard des femmes, ce qui serait contraire à la théorie générale de cette notion¹³⁶.

¹³⁰ Le Tribunal fédéral souligne que le bien de l'enfant est consacré à l'art. 11 al. 1 Cst. et dans les art. 3 al. 1 et 9 al. 1 de la Convention de l'ONU relative droits de l'enfant (c. 3.4).

¹³¹ ANDREAS BUCHER, *Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille*, *RSDIE* 2003, pp. 373-438, pp. 389 ss.

¹³² IVO SCHWANDER, *Zuteilung der elterlichen Sorge im internationalen Verhältnis* : Art. 8 Abs. 3 des Niederlassungsabkommens zwischen der Schweiz und dem Kaiserreich Persien, *PJA* 2003, pp. 725-728, pp. 727 s.

¹³³ ATF 143 III 51 ; pour un commentaire, voir OLIVIER GAILLARD, ATF 143 III 51 : droit des successions égyptien et ordre public suisse, *PJA* 2017, pp. 796-803, pp. 797 ss.

¹³⁴ Institut de droit international (note 110), p. 83 ; ALDEEB/BONOMI (note 36), p. 318.

¹³⁵ Ce raisonnement s'inscrit dans l'interprétation donnée par SCHWANDER ([note 132], pp. 727 s.) à l'ATF 129 III 250, JdT 2003 I 187.

¹³⁶ Voir not. la proposition d'ALDEEB ABU-SAHLIEH (note 3), p. 530.

La contrariété de l'interdiction des successions interreligieuses avec l'ordre public suisse a été, ainsi que nous l'avons vu, récemment confirmée dans un arrêt du Tribunal fédéral. Ce raisonnement s'applique *a fortiori* à l'apostat, puisque la possibilité de changer de confession fait partie intégrante de la liberté de religion. Il a toutefois été soutenu que l'interdiction de succession entre Musulmans et non-Musulmans s'apparentait davantage à une séparation qu'à une réelle discrimination, puisque cette interdiction d'hériter était réciproque¹³⁷. Cet argument n'est, à notre sens, pas recevable ; une discrimination ne saurait en justifier une autre. De surcroît, l'interdiction de successions interreligieuses est susceptible d'inciter une personne à ne pas changer d'appartenance religieuse ou, au contraire, à se convertir à la religion du reste de sa famille, ce qui empiète manifestement sur sa liberté de religion¹³⁸.

Il est surprenant de constater que l'intervention de la réserve d'ordre public est envisagée avec davantage de réticence dans le cas de la discrimination des enfants illégitimes¹³⁹. Cette retenue provient certainement d'une réminiscence du traitement différencié des enfants naturels qui avait cours en droit suisse jusqu'à la révision du droit de la filiation en 1978¹⁴⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois condamné à de nombreuses reprises de telles discriminations depuis l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979¹⁴¹, de sorte qu'il convient de se montrer tout aussi vigilant à l'encontre d'exclusions fondées sur les circonstances de la naissance de l'enfant¹⁴².

Enfin, la question du droit à appliquer en lieu et place des normes évincées (*Ersatzrecht*) doit être soulevée. Dans l'optique de respecter autant que faire se peut le droit étranger normalement applicable, il est nécessaire que l'intervention de l'ordre public se limite à sa composante négative. Le juge écarte ainsi la norme discriminatoire et applique le droit musulman concerné pour le surplus¹⁴³. Ainsi, la part dévolue à une femme est déterminée à l'aune de la règle concernant l'héritier masculin de même rang et l'enfant né hors mariage est assimilé à l'enfant légitime. Les dispositions interdisant les successions interconfessionnelles sont ignorées. Ce faisant, la dévolution successorale telle que prévue par le droit musulman n'est pas dénaturée plus que nécessaire et continue de véhiculer les valeurs qui la sous-tendent.

Il convient toutefois de relever que des inégalités, notamment entre descendants, qui découlent de la volonté exprimée par le *de cuius* ne heurtent pas en soi l'ordre public. Il est en effet également possible de faire de même en droit suisse, si tant est que les réserves héréditaires soient respectées¹⁴⁴. Si le *de cuius* musulman manifeste sa volonté de ne donner à sa fille que le minimum légal, ce souhait doit être pris en considération, en ce sens que la part

¹³⁷ Institut de droit international (note 110), p. 83 ; avis du Max-Planck-Institut de 1977, cité par ALDEEB/BONOMI (note 36), pp. 319 s.

¹³⁸ Ce sera le cas, comme nous l'avons vu, de la femme non-musulmane qui a épousé un Musulman. La discrimination n'est de surcroît pas toujours bilatérale ; nous avons vu que les droits de tradition chiite n'interdisaient pas aux Musulmans d'hériter de non-Musulmans ; art. 881^{bis} CC-Iran.

¹³⁹ Cf. not. FRANK VISCHER, art. 17 LDIP, in : Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller *et al.* (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2^e éd., Schulthess, Zurich 2004, N 52 ; question laissée ouverte dans l'ATF 118 II 108.

¹⁴⁰ Voir art. 461 aCC. Sur ce changement législatif : Message concernant la modification du code civil suisse (filiation) du 8 juillet 1974, FF 1974 II 1-139, 10 ss.

¹⁴¹ Voir ég. les ACEDH suivants : *Fabris c. France* (7 février 2013) ; *Brauer c. Allemagne* (28 mai 2009) ; *Merger et Cros c. France* (22 mars 2005) ; *Camp et Bourimi c. Pays-Bas* (3 octobre 2000) ; *Mazurek c. France* (1^{er} février 2000) ; *Vermeire c. Belgique* (29 novembre 1991) ; *Inze c. Autriche* (28 octobre 1987) ; *Johnston et autres c. Irlande* (18 décembre 1986).

¹⁴² Du même avis : OTHENIN-GIRARD (note 117), N 948 ; SCHWANDER (note 128), p. 1408.

¹⁴³ SIEHR (note 115), p. 607 ; GAILLARD (note 122), pp. 296 s. ; voir ég. art. 22 al. 2 CC-Portugal. *Contra* : LEUPIN (note 127), p. 380, lequel préconise, dans de tels cas, l'application du droit suisse.

¹⁴⁴ Not. IVO SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht, Besonderer Teil, 2. Band*, Dike, Saint-Gall 1997, N 366 ; LE MÊME (note 109), p. 420.

de cette dernière sera réduite à la réserve telle qu'elle aurait été déterminée pour un homme dans la même situation. Le simple fait d'effectuer une *professio juris* en faveur d'un droit musulman ne saurait néanmoins justifier *per se* une réduction des héritières de sexe féminin à leur réserve héréditaire, quelle qu'elle soit. Un tel raisonnement ne ferait que consacrer, sous une autre forme, la discrimination successorale du droit musulman.

Conclusion

Les droits des successions musulmans présentent de nombreux aspects qui diffèrent fondamentalement des droits de tradition civile ou de *common law*. L'origine de ces divergences provient principalement des sources, religieuses par nature, des droits islamiques et de leur interprétation.

La scission entre héritiers coraniques et résiduaux, le nombre élevé de successibles, l'absence de représentation ou la limitation de la liberté testamentaire à un tiers de la succession sont quelques exemples de ces discrédances.

Les dispositions islamiques présentant un caractère discriminatoire fondé sur le sexe, la religion ou la naissance constituent sans nul doute le défi principal auquel est confronté le juge suisse lors de l'application de ces systèmes légaux. Pris en étau entre la protection de valeurs fondamentales de son ordre juridique et le respect du droit étranger applicable, qui est une composante de l'identité culturelle du *de cuius*, le juge peut s'en remettre à la flexibilité de l'ordre public pour trouver une solution équilibrée. La jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière met en exergue un côté particulièrement interventionniste de l'ordre public.

L'étude des droits successoraux d'obédience coranique permet en outre de souligner la relativité spatiale de l'ordre public¹⁴⁵. En effet, nous relèverons à titre de conclusion que les tribunaux des États musulmans font en général preuve de réticence dans l'application de droits étrangers qui s'écartent de la dévolution successorale telle que prévue par le droit islamique. Ces autorités évincent, au moyen de leur propre clause d'ordre public, les dispositions étrangères qui ne respectent pas leurs normes d'origine religieuse¹⁴⁶. Parmi les règles musulmanes qui bénéficient de cette protection figurent précisément celles qui comportent des discriminations fondées sur le sexe, la religion et la naissance. Des normes qui permettraient à un non-Musulman d'hériter *ab intestat* d'un Musulman ou qui n'excluraient pas l'enfant par hypothèse adultérin sont, en principe, considérées comme contraires à l'ordre public des États musulmans¹⁴⁷. Ces conceptions diamétralement opposées quant au contenu de l'ordre public constituent un défi majeur pour le droit international privé dans nos sociétés multiculturelles.

¹⁴⁵ Sur cette notion : OTHENIN-GIRARD (note 117), N 266 ss.

¹⁴⁶ Art. 28 CC-Égypte ; art. 975 CC-Iran. En conséquence, ces tribunaux sont sensiblement plus flexibles lorsqu'ils ont affaire à la succession de non-Musulmans. Voir par ex., Cour de cassation égyptienne du 26 juillet 1967, n° 8/23 ; ABDEL WAHAB (note 46), pp. 72 ss et 89 ss.

¹⁴⁷ ABDEL WAHAB (note 46), pp. 84 et 90 ; ALDEEB ABU-SAHLEH (note 3), pp. 60 s. De même, l'interdiction de mariage entre une Musulmane et un non-Musulman est protégée par l'exception de l'ordre public ; LOUKILI (note 12), pp. 147 ss. Sur le « double visage » de la notion d'ordre public en droit tunisien, extrêmement conservateur dans certains domaines (par ex. : adoption), mais particulièrement moderne dans d'autres (par ex. : filiation naturelle), voir MONIA BENJEMIA/SOURAYAMA BEN ACHOUR/MERIAM BELLAMINE, L'ordre public en droit international public tunisien de la famille, in : Nathalie Bernard-Maugiron/Baudouin Dupret (éd.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 197-238, pp. 219 ss.

Liberté du culte, de religion et de conscience dans les prisons et les hôpitaux genevois ?

Rôle et statut des aumôneries pénitentiaires et hospitalières au sein des établissements publics ou de droit public dans le cadre de l'article constitutionnel sur la laïcité

MAURICE GARDIOL*

Introduction

En introduisant dans la nouvelle Constitution genevoise l'article 3 sur la laïcité, les constituants ont cherché à tenir compte de la réalité genevoise prévalant depuis la suppression du budget des cultes en 1907 tout en insistant sur le fait que la neutralité de l'Etat ne signifiait pas une indifférence ou une ignorance de la présence des communautés religieuses et de leurs actions dans divers domaines.

Comme l'a écrit Tristan Zimmermann¹ :

« ...il serait souhaitable de parler de laïcité d'ouverture ou de reconnaissance, à savoir « une laïcité qui, tout en respectant ses principes fondamentaux, ne s'interdit pas de prendre en compte officiellement le rôle public des organisations philosophiques dans la vie démocratique des sociétés »². Cette conception permettrait de tenir compte de la réalité sociétale actuelle qui est plurireligieuse. Selon Habermas, nous évoluons au sein de « sociétés post-séculières » dans lesquelles les dispositions collectives réglant les relations mutuelles entre les croyants et les non-croyants ont toute leur importance³. Le philosophe allemand souligne que « [l]a neutralité du pouvoir d'Etat quant aux conceptions du monde, qui garantit des libertés éthiques égales pour chaque citoyen est incompatible avec l'universalisation politique d'une vision du monde sécularisée »⁴. Ce d'autant plus que notre société est empreinte de racines religieuses, puisque

* Constituant, Président du Conseil de l'Aumônerie Œcuménique des prisons.

¹ TRISTAN ZIMMERMANN, La laïcité et la République et Canton de Genève, *SJ* 2011 II pp. 29-78, à la p. 72.

Notes de l'Article de TZ :

² WILLAIME Jean-Paul, *Peut-on parler de « laïcité européenne » ?*, in Baubérot Jean (dir.), *La laïcité à l'épreuve. Religions et libertés dans le monde*, Paris 2004, p. 53-63, 62.

³ HABERMAS Jürgen, *Des fondements prépolitiques pour l'Etat de droit démocratique ?*, in Habermas Jürgen, Ratzinger Joseph, *Raison et religion. La dialectique de la sécularisation*, Paris 2010, p. 33-60, 35 et 56.

⁴ HABERMAS Jürgen, *Des fondements prépolitiques pour l'Etat de droit démocratique ?*, in Habermas Jürgen, Ratzinger Joseph, *Raison et religion. La dialectique de la sécularisation*, Paris 2010, p. 33-60, 59.

« tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés »⁵.

En outre, une laïcité stricte implique un renforcement de l'aspect de la neutralité institutionnelle. Ceci se fait nécessairement au détriment de la liberté religieuse de l'individu dans ce champ en perpétuelles tensions entre la liberté individuelle et la garantie de l'Etat de droit. »

Si les constituants ont introduit, dans cette disposition, un alinéa 3 précisant que « les autorités entretiennent des relations avec les communautés religieuses » dans l'article constitutionnel, c'est en partie pour éviter que lesdites communautés soient traitées différemment que d'autres associations ou organismes participant à la vie de la Cité sous prétexte de laïcité.

D'autant plus que la laïcité n'est pas une fin, mais un moyen de garantir la liberté de conscience et de croyance et de préserver la paix confessionnelle. Et justement, l'Etat qui garantit ces droits fondamentaux dans certains établissements publics ou de droit public se doit de soutenir les communautés religieuses qui participent dans ces lieux à la garantie de ces droits.

La possibilité de ce soutien a également été introduite par le fait que l'article 3 alinéa 2 Cst. GE a volontairement introduit une nuance dans sa formulation par rapport à l'ancienne constitution en remplaçant « ... ne soutient ni ne salarie aucun **culte** » par « ...aucune **activité culturelle** ». Justement afin de distinguer les activités religieuses de type strictement cultuel (cultes et prières, autres rituels et actes ecclésiastiques, catéchismes, etc.) de celles non-culturelles organisées en particulier dans les aumôneries ou dans le cadre de la formation. Ceci a été souligné dans un rapport de la sous-commission « laïcité » de l'Assemblée Constituante⁶ :

« Vu les relations traditionnelles et la convergence d'intérêts sur certains thèmes, il est souhaitable que les autorités rencontrent régulièrement les communautés religieuses (ou plutôt leurs représentants). Ainsi l'Etat doit pouvoir continuer d'agir en concertation avec des communautés religieuses, particulièrement pour ce qui concerne les aumôneries dans les établissements publics ou semi-publics.

Il faut se rappeler que des directives existantes au niveau européen ou international prévoient que les personnes détenues ou retenues pour diverses raisons dans des établissements publics doivent avoir accès aux représentants de leur culte et la possibilité de participer à des célébrations religieuses dans le cadre de ces établissements. La mise en place de tels services devrait se faire par le biais de conventions sans porter atteinte au principe de laïcité, ni à l'égalité de traitement entre les diverses communautés, ni à la liberté de croyance. »⁷

⁵ SCHMITT Carl, *Théologie politique : 1922, 1969, Paris 1988*, p. 46.

⁶ Rapport sectoriel no. 103, Laïcité et relations avec les communautés religieuses, 16 avril 2010, pp. 8 et 9.

⁷ Rapport 103 (note 6), p. 12 : « *Le Centre Social Protestant et CARITAS, ainsi que l'Office protestant de consultations conjugales, Couples et Familles, sont des associations indépendantes des Eglises. Dans ce cas, il n'y a pas de problèmes. De même pour le Centre Espoir ou les EMS de l'Armée du Salut, Emmaüs, le Caré, etc... Comme actuellement ces associations doivent pouvoir être subventionnées pour leurs activités d'intérêt général. Question plus délicate pour les aumôneries qui elles sont plus directement liées aux communautés religieuses. Certaines ont un statut d'association. Actuellement les Eglises assurent totalement leur financement et certains établissements publics mettent des locaux ou d'autres infrastructures à disposition (hôpital, prison, aéroport, etc...). Dans le cadre des formations ou d'accompagnements de soins, les aumôniers sont régulièrement sollicités pour apporter leurs compétences dans le cadre de démarches interdisciplinaires jugées aujourd'hui indispensables dans le cadre de soins palliatifs ou d'accompagnements psycho-sociaux. A l'avenir, des problèmes vont se poser par exemple pour les aumôneries des nouveaux lieux de détention. Celles-ci doivent pouvoir continuer à se développer sur une base interreligieuse et être intégrées à une démarche de type interdisciplinaire (en particulier CURABILIS). C'est quelque chose qui existe déjà en matière de soins palliatifs ou d'intervention en cas de catastrophe. Mais il est difficile aux communautés religieuses, de prendre seules en charge l'ensemble de ces frais et l'appui des pouvoirs publics doit pouvoir être envisagé dans ce cadre. »*

Comme mentionné dans l'annexe figurant en fin d'article, il y a plusieurs types d'aumôneries actives, à disposition de différents publics, dans divers espaces et établissements. Nous limiterons ici notre propos aux aumôneries pénitentiaires et hospitalières qui se situent précisément dans des lieux où l'Etat doit aussi assurer les libertés fondamentales déjà mentionnées. On peut considérer que l'Aumônerie auprès des réfugiés et à l'aéroport (AGORA) qui accompagnent des personnes dans des centres gérés par l'Hospice Général, l'Aéroport ou des établissements de mesures de contraintes, fait aussi partie de ce même type d'aumôneries.

I. Laïcité et aumôneries, quelques points de repère

1. Bases légales et réglementaires

L'existence des aumôneries au sein d'établissements publics, semi-publics ou de droit public relève de la garantie constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance (art. 25 Cst. GE/art. 15 Cst. féd.), celle-ci incluant également la liberté de culte communautaire (art. 25a. 2 Cst. GE). Le fait que l'Etat soit laïque et observe une neutralité religieuse ne doit pas l'empêcher de tout faire pour permettre l'exercice de ces droits fondamentaux dans les établissements qui sont placés sous sa responsabilité. C'est pourquoi il met à disposition des locaux appropriés à cet effet et il reste en relation avec les communautés religieuses pour la mise en place de services d'aumôneries.

En plus de l'obligation constitutionnelle rappelée ci-dessus, des règlements ou directives au niveau suisse et européen, obligent aussi le canton de Genève de prévoir un certain nombre de dispositions pour garantir ces droits. C'est en particulier le cas pour le soutien spirituel dans les prisons.

A) Dans les établissements pénitentiaires

Les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe, applicables en Suisse, précisent en leur article 29. 2 que le régime carcéral doit être organisé, autant que possible, de manière à permettre aux détenus de pratiquer leur religion et de suivre leur philosophie, de participer à des services ou réunions menés par des représentants agréés des dites religions ou philosophies, de recevoir en privé des visites de tels représentants de leur religion ou leur philosophie et d'avoir en leur possession des livres ou publications à caractère religieux ou spirituel.

Le commentaire du Conseil des ministres de ce même Conseil de l'Europe précise encore à ce sujet que dans la mesure du possible, des lieux de culte et de réunion doivent être fournis dans chaque prison aux détenus de diverses religions et confessions. Lorsqu'une prison contient un nombre suffisant de détenus appartenant à une même religion, un représentant de cette religion doit être agréé. Lorsque le nombre de détenus le justifie et si les conditions le permettent, la personne désignée devra remplir cette fonction à plein temps.

Les règlements des différentes prisons genevoises comprennent des articles relatifs à l'assistance spirituelle. Ci-dessous voici les précisions figurant à titre d'exemple dans celui de la prison de Champ-Dollon :

Art. 22 Aumôniers

Les aumôniers sont chargés de l'assistance spirituelle des détenus.

Art. 23 Désignation

1 Les aumôniers et leurs auxiliaires sont désignés par les autorités religieuses et agréés par le chef du département.

2 La direction fournit aux aumôniers les renseignements dont ils ont besoin pour remplir leur ministère.

Art. 24 Mission

1 Les aumôniers effectuent des visites et organisent des offices religieux.

2 Ils peuvent rendre visite aux familles des détenus, à condition de ne rien entreprendre qui puisse compromettre l'action de la justice ou le fonctionnement de la prison.

Art. 25 Autorisations spéciales

1 Les aumôniers doivent être au bénéfice d'une autorisation spéciale pour visiter les détenus qui dépendent d'une autorité fédérale.

2 Avec l'accord de la direction, les aumôniers peuvent visiter tous les autres détenus.

Art. 26 Entretiens et offices religieux

1 Le détenu peut s'entretenir avec un aumônier, librement et sans témoin.

2 Dans la mesure du possible, il est pourvu aux besoins spirituels des détenus appartenant à des confessions différentes.

3 Sauf ordre contraire de l'autorité dont il dépend ou de la direction, le détenu a la faculté d'assister aux services religieux.

4 Les détenus mis au secret ou en régime d'isolement ne peuvent assister ni aux services religieux, ni aux autres réunions.

B) Dans les établissements hospitaliers

La base légale se trouve dans la loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006 qui indique à l'art. 37 al. 4 « Le patient a droit en tout temps aux visites de l'aumônier de l'institution de santé ainsi qu'à celle de son conseiller spirituel extérieur ».

Les HUG ont établi depuis quelques années une convention avec leurs aumôneries permanentes afin qu'elles participent à une garde active pour les urgences. L'accompagnement offert par les aumôniers permet aux personnes en situation de souffrance, de crise, de rupture ou de détresse existentielle, mais aussi à celles qui, en diverses circonstances sont en quête de sens, de disposer d'un accueil et d'une écoute aptes à leur permettre de maintenir des liens et d'être reconnues dans leur dignité. La convention entre la direction des HUG et les communautés religieuses précise ainsi :

L'action des aumôneries s'intègre aux missions des HUG. En collaboration avec le personnel médical et soignant, avec l'accord du patient, les aumôneries répondent aux besoins spirituels ou religieux du patient et de son entourage, et, cela dans toutes les situations d'hospitalisation et de prise en soins y compris les situations d'extrême souffrance et de détresse. Elles le stimulent éventuellement à puiser dans ses ressources spirituelles les forces dont il a besoin (par les visites, célébrations de services religieux, de sacrements, de fêtes, par divers entretiens ou tout autre moyen jugé approprié). Elles ne cherchent pas à pratiquer de prosélytisme. Les aumôniers peuvent être appelés, en tant qu'experts, à participer aux réunions d'équipe pour apporter un éclairage sur la nature et l'expression des besoins spirituels à envisager dans certaines prises en soins spécifiques...

2. L'accompagnement spirituel comme mission particulière non-cultuelle

Même si la constitution genevoise n'a pas repris l'art. 169 al. 1 de la constitution vaudoise qui affirme que « L'Etat reconnaît la dimension spirituelle de l'être humain », il n'en demeure pas moins qu'en rappelant l'inviolabilité de la dignité humaine (art. 14), le droit à la sauvegarde de l'intégrité de la vie (art. 18 al. 1) et celui de se forger des convictions religieuses ou philosophiques (art. 25 al. 2), c'est bien de cette dimension spirituelle qu'il est aussi question. D'autant plus que le préambule mentionne aussi le spirituel parmi les héritages dont le peuple de Genève est reconnaissant.

« La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité », précise la définition bien connue de l'OMS. Celle-ci est encore réaffirmée dans ses principes généraux⁸. La dimension spirituelle fait partie de cette vision globale de la santé et les aumôniers sont amenés aujourd'hui à répondre à ces besoins spirituels au sens large de ce terme qui vont bien au-delà d'une appartenance ou d'une pratique religieuse particulière. Dans les établissements concernés, les aumôniers sont souvent les seuls qui ont le temps et les formations adéquates pour offrir un tel soutien spirituel et non-cultuel. Il existe cependant depuis quelques années des accompagnant-e-s ou des méditant-e-s laïques dans le cadre de divers groupes ou ateliers proposés par les HUG ou certains établissements pénitentiaires.

Aujourd'hui lorsque les aumôneries précisent ce qu'elles entendent en parlant d'accompagnement spirituel, elles envisagent une présence aux côtés de personnes blessées, démunies, exclues, victimes d'un mal commis ou d'un mal subi. Les aumôniers accordent donc une attention particulière aux personnes désorientées, en quête de sens et d'espérance, afin qu'elles puissent reprendre souffle. Ils cherchent à offrir une relation non-jugeante permettant une confrontation à la réalité de parcours de vie avec leurs zones d'ombres et de lumières.

Dans une prison ou un établissement hospitalier, en complément aux soins apportés par les divers professionnels de la santé, l'accompagnement spirituel implique une écoute centrée sur la personne, une attention à l'autre dans le respect de sa dignité et de son humanité. Il vise à offrir une relation de confiance construite grâce à une parole libre. Un tel dialogue peut permettre de cheminer vers une parole vraie. Il peut s'inscrire dans une perspective de justice restauratrice pour des personnes détenues ou vers un processus soutenant la guérison, la perte ou le deuil pour des personnes malades ou leurs proches.

Confrontées à des sentiments contrastés de peur ou de colère, d'injustice et de culpabilité, des questions brûlantes, des malaises et des mal-être, des stress liés aux procédures, aux conditions de détention, à la maladie, aux incertitudes face à l'avenir, bien des personnes souhaitent pouvoir partager leurs questionnements intérieurs avec des interlocuteurs de confiance.

Pour les personnes hospitalisées, ce sont les incertitudes liées à la maladie, son évolution, les questions relatives aux traitements proposés et à leurs effets, les espoirs de guérison ou la préparation d'une fin de vie qui remuent. Bien des gens se sentent seuls pour réfléchir sereinement à ces différentes questions et il n'est pas toujours facile d'en parler directement

⁸ « On qualifie de "spirituels" les aspects de la vie humaine liés aux expériences qui transcendent les phénomènes sensoriels. Ce n'est pas la même chose que le – religieux – quoique pour de nombreuses personnes la dimension spirituelle de leur vie comporte un élément religieux. L'aspect spirituel de la vie humaine... est souvent perçu comme ayant un rapport avec le sens et le but de l'existence... » (Principes méthodologiques généraux pour la recherche et l'évaluation relatives à la médecine traditionnelle, OMS, 2000).

avec des membres de sa famille ou ses amis qui eux-mêmes sont souvent décontenancés face à la personne malade ou en fin de vie.

Pour leur part, les personnes détenues sont souvent confrontées à des impasses multiples, héritées de passés et d'histoires chaotiques. Les conséquences de leurs actes, qu'elles ont souvent commis sans savoir pourquoi, faute de repères, faute de conscience structurante ou à cause de pulsions qui les dominent dans certaines circonstances ne font que les enfoncer dans ces impasses. Toutes ces pensées se bousculent dans leurs têtes, les enferment à l'intérieur d'elles-mêmes, dans une perte du lien avec soi, avec les autres, avec le monde, voire avec Dieu qu'elles que soient les images ou les compréhensions qu'elles en ont. Cette expérience douloureuse partagée dans un dialogue de cœur à cœur peut permettre d'ouvrir à une démarche pour retrouver des liens indispensables. L'accompagnement spirituel est alors une fenêtre qui s'ouvre et permet au souffle de pénétrer dans ce qui sent le renfermé ou dans ce qui est figé par l'obscurité de leurs peurs, de leurs haines et de leurs violences.

Pour répondre à ces attentes de soutien spirituel, il est nécessaire que les personnes qui rencontrent un aumônier se sentent accueillies en tant que personne (et non en tant que numéro, de cas, de détenu ou de malade avec un dossier). De là peut s'établir peu à peu une relation de confiance indispensable. Les aumôniers sont des témoins et non des prosélytes, en ce sens que pour eux leur regard sur l'autre est habité par la reconnaissance d'un accueil inconditionnel dont ils se savent eux-mêmes les bénéficiaires. Cet enracinement spirituel inspire un profond respect de qui est l'autre, de ce qu'il croit, ne croit pas ou cherche à croire. Dans les rencontres, les aumôniers tentent d'aménager un espace où paroles, silences et gestes symboliques peuvent aider à se relever, à se remettre en marche, à entrer dans un processus de reconstruction personnelle, de prise de conscience, voire de confession et de pardon lorsque cela est souhaité et possible.

Il y a divers modes d'expressions possibles en fonction des croyances, des doutes ou des questions des uns et des autres. Dans une prison préventive comme celle de Champ-Dollon, ces possibilités d'expressions sont limitées puisque, mis à part les célébrations dominicales avec les chrétiens ou les prières du vendredi avec les musulmans, les aumôniers ne peuvent offrir que des entretiens individuels. Une certaine créativité ne devrait cependant pas être impossible, même dans ce cadre. Dans d'autres lieux, des groupes de paroles, des espaces de méditation avec différentes approches, des ateliers d'expression menés avec divers intervenant-e-s ou, lorsque c'est possible, de manière interdisciplinaire, devraient permettre aux aumôniers de proposer leurs compétences et leurs approches de la spiritualité pour enrichir les divers accompagnements ou soins possibles.

Encore une fois, les accompagnements proposés par les aumôniers ne sont pas réservés aux croyants de telle ou telle religion. Certes, des personnes vivant cette expérience de la détention sont croyantes et sont alors en demande d'un soutien spirituel car leur foi est le plus souvent ébranlée par ce qu'elles sont en train de vivre. Mais tout être humain, quel que soit son « croire » ou son « non-croire », à un moment ou l'autre de sa vie se pose des questions existentielles qu'il a besoin de partager avec un vis-à-vis à l'écoute de ce qui surgit au plus profond de lui : « *Qui ne s'interroge pas sur soi-même ne vit pas une vie humaine* » (Platon, Apologie de Socrate I, 28). La dimension spirituelle de la personne humaine est une réalité anthropologique qui, dans un monde consumériste est souvent oubliée, voire niée. La prison est, pour la plupart des gens que nous rencontrons à l'aumônerie, un temps de crise où cette dimension réapparaît avec ses besoins et ses questions.

II. Réflexions en lien avec la mise en œuvre de l'article constitutionnel

1. Groupe de travail sur la laïcité

Le 21 août 2013 le Conseil d'Etat a décidé la constitution d'un Groupe de travail sur la laïcité (GTL) présidé par Monsieur Jean-Noël Cuénod. Dans son rapport rendu publié en novembre 2014, un point mentionne la question des rapports entre les aumôneries et l'Etat laïque (p. 8) :

« Des aumôneries sont présentes dans les institutions ou établissements au sein desquels des personnes peuvent être retenues pendant plusieurs jours pour des motifs de maladie, d'exécution de peine, de rétention, etc. Il s'agit des établissements suivants dépendant de l'Etat de Genève : Hôpitaux universitaires genevois (HUG), Etablissements médico-sociaux (EMS), Aéroport international de Genève (AIG), établissements relevant de l'Office cantonal de la détention (OCD). Le Groupe de travail suggère trois principes de base pour fonder les relations entre aumôneries et Etat : prise en compte du rôle social des aumôneries ; conformité aux principes de la laïcité et respect de l'égalité de traitement entre les communautés religieuses. »

Plus loin dans ce même rapport, le GTL précise encore (pp. 43-44) qu'il est « du devoir d'un Etat laïc de permettre à tous ses administrés de recevoir une assistance religieuse et/ou spirituelle au moment où ils traversent des épreuves physiques, psychiques ou morales ». Le rôle que les aumôniers peuvent jouer pour maintenir les liens et apaiser les tensions est souligné. En conséquence de quoi il conviendrait que l'Etat ne renonce pas à soutenir cette présence afin de ne pas « ... priver une partie de ses administrés d'un soutien religieux et/ou spirituel désiré et légitime, ce qui semble contraire à l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme et des principes qui fondent la laïcité. »

Sur la base de ces principes, le GTL énonce diverses propositions (p.9) touchant à l'information et à la sensibilisation du personnel sur les questions relatives à la religion, à la spiritualité et à la laïcité ; à l'établissement de conventions avec les aumôneries en veillant au respect de l'égalité de traitement entre les communautés ; à la formation des aumôniers et de leurs auxiliaires.

Lors de la consultation qui a suivi la publication du rapport GTL, les communautés concernées ont globalement approuvé ces conclusions et propositions tout en apportant une précision relative au soutien financier que l'Etat devrait pouvoir apporter aux aumôneries. A titre d'exemple, voici la réponse remise par la Plateforme interreligieuse de Genève :

« La liberté de culte et de pensée est un droit fondamental garanti par la Constitution.

Les aumôneries présentes dans les établissements de droit public permettent d'exercer cette liberté, mais aussi apportent le soutien spirituel souvent nécessaire dans certains lieux tels que les hôpitaux, les prisons ou les centres pour requérants d'asile. Ceci nécessite non seulement des lieux permettant les activités inhérentes dans le secteur précité, mais aussi du personnel compétent et formé à l'accompagnement spirituel (et non seulement religieux), avec une conscience et une pratique de la collaboration inter-religieuse indispensables.

Une telle prestation ne peut être laissée à la seule charge des communautés religieuses concernées et il conviendrait en conséquence que certaines prestations énumérées dans le cadre de conventions puissent être subventionnées par le budget respectif des établissements publics ou des départements des administrations cantonales et communales concernées.

Ceci ne contrevient pas, à notre sens, à la teneur de l'alinéa 2 de l'article 3 - puisqu'il s'agit de prestations non « culturelles » et qu'elles se déroulent dans des lieux certes publics mais où le droit fondamental précité doit être respecté. »

Ceci ne remet donc pas en cause le fait que l'Etat ne salarie ni ne subventionne aucune activité culturelle, mais les communautés précitées estiment que cette interdiction ne devrait pas empêcher le soutien possible à un certain nombre de prestations identifiées dans des conventions de partenariat comme non-culturelles, même lorsqu'elles sont assurées avec la collaboration d'aumôniers dont les compétences sont reconnues pour ce domaines.

A titre d'exemple nous mentionnerons la formation, l'encadrement et la supervision d'un groupe de visiteurs laïques dans les prisons, la garde et le soutien d'urgence dans les hôpitaux et en cas de catastrophe et, d'une manière plus générale le soutien ou l'accompagnement psycho-spirituel offert dans le cadre des aumôneries. Il faut relever qu'à la seule prison de Champ-Dollon, les conduites de personnes détenues à l'aumônerie pour de tels soutiens ou accompagnements, à leur demande, s'élèvent à plus de 2'000 par année.

2. Projets de loi

Après l'examen des réponses reçues sur le rapport GTL, le Conseil d'Etat a transmis pour examen au Grand Conseil un projet de loi sur la laïcité⁹. L'article 9 dudit projet s'intitule : « Accompagnement spirituel et religieux en milieu hospitalier, non hospitalier et carcéral ». Il comporte deux alinéas ainsi rédigés :

1 L'Etat de Genève, ainsi que les communes pour les établissements qui les concernent, favorisent l'accès gratuit à des prestations d'accompagnement spirituelles, culturelles ou non culturelles, pour les personnes accueillies au sein d'un établissement public médical, d'un établissement médico-social ou pour personnes handicapées, ainsi que pour celles retenues au sein d'un lieu de privation de liberté.

2 Ils peuvent soutenir une ou plusieurs organisations offrant ces prestations, pour la part non culturelle de celles-ci. Le Conseil d'Etat fixe les critères par règlement.

Il m'apparaît que la manière dont les choses sont formulées dans cet article du projet correspond bien à la volonté de la majorité des constituants et permet d'envisager, dans le respect de la laïcité, une meilleure reconnaissance de la mission des aumôneries et laisse ouverte la possibilité de soutenir leurs prestations non culturelles afin qu'elles puissent répondre aussi aux obligations de l'Etat en matière de liberté de conscience et d'accompagnement spirituel. Reste à voir quel sort sera réservé par les députés et éventuellement par le peuple à ce projet de loi et aux autres qui lui sont opposés.

Conclusion

Il est souvent fait référence, dans les débats sur la laïcité à Genève, à ce que la loi de 1905 a mis en place en France, même si le contexte était très différent des deux côtés de la frontière. Il est toutefois intéressant de relever que, dans la loi française, l'article 2, qui interdit toute subvention à un culte, prévoit pourtant que pourront être inscrites aux budgets des établissements concernés les dépenses relatives à des services d'aumônerie afin de permettre le

⁹ PL 11'764. Nous ne dirons rien dans le cadre de cet article sur les deux autres projets de loi déposés a posteriori par des députés de divers groupes dans la mesure où l'un (PL 11'766) exclut tout simplement un quelconque soutien de l'Etat aux aumôneries et l'autre revient au statu quo ante qui fait de même.

libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons. Il faut espérer que Genève puisse faire preuve de la même compréhension et de la même ouverture, au moins en prenant en compte les prestations considérées comme non culturelles des aumôneries.

Annexe

Les aumôneries actuellement en activité dans le canton de Genève

- Aumônerie œcuménique des prisons <http://prisons.epg.ch>
- Aumônier musulman (imam) et aumônier juif (rabbin) accrédités dans les prisons
- Aumôneries permanente des HUG (protestante et catholique romaine) <http://ecr-ge.ch/activites-pastorales/pole-solidarites/pastorale-sante>
- Aumôneries non permanentes des HUG et EMS (musulmane, juive, orthodoxe et catholique chrétienne)
- Aumôneries protestantes et catholiques dans les EMS et les cliniques privées
- Aumônerie genevoise œcuménique auprès des réfugiés et à l'aéroport (AGORA) <http://www.agora-asile.ch>
- Aumôneries universitaires <http://www.aumonerie-unige.com/>

Autres groupements ou communautés engagés dans un travail d'aumônerie et de soutien spirituel

- GI-SPI (groupement interreligieux d'intervention en cas de catastrophe). Intégré avec les psychologues de l'AGpsy-police dans le groupe de soutien d'urgence aux proches en cas de macro-catastrophe. <http://www.notfallseelsorge.ch/portal/genf>
- COPH (Communauté œcuménique genevoise des personnes handicapées et de leurs familles) La COPH regroupe depuis de nombreuses années des enfants, des jeunes et des adultes en situation de handicap ainsi que leurs familles et leurs proches. Elle est soutenue par les Eglises protestante (EPG) et catholique (ECR). Elle est reconnue par des institutions actives dans le domaine du handicap comme par exemple Clair Bois, Fondation Ensemble, Etablissement Pour l'Intégration, Point de Jour, etc. Elle permet aussi à des personnes et des familles de se rencontrer et d'échanger
- Pastorale des milieux ouverts, l'Oasis : Un espace œcuménique d'accueil hebdomadaire de jour pour des personnes vivant dans la rue <http://ecr-ge.ch/activites-pastorales/pole-solidarites>
- Pastorales du monde du travail

Les aumôniers sont actuellement engagés et salariés par leurs communautés respectives¹⁰. De nombreux bénévoles collaborent aux visites et aux animations des diverses aumôneries. Les aumôniers suivent des formations professionnelles spécifiques et continues. Ils sont aussi tenus d'avoir des supervisions personnelles et en groupe. Ils sont sollicités pour participer à la formation d'autres personnels et de bénévoles, à des colloques interdisciplinaires et à des

¹⁰ A noter que pour le moment les aumôniers qui font partie de l'Association de l'aumônerie musulmane ne sont pas salariés et sont engagés sur une base bénévole.

plateformes interinstitutionnelles ou inter-associatives pour la formation des bénévoles ou pour la prise en charge des accompagnements en fin de vie.

Constitution, préambule et religion : une « trinité sui generis » - Approche comparée en Occident

LUC GONIN*

Introduction

Les questions religieuses sont souvent traitées en lien avec les droits fondamentaux, l'éducation ou la séparation entre l'Eglise et l'Etat. Ces thématiques sont aussi importantes, pour soi, et essentielles en lien avec le libéralisme politique qui fonde notre ordre juridique¹. Nous souhaiterions cependant, dans cette contribution, nous arrêter sur une problématique connexe, probablement moins traitée, celle des interactions entre religion, au sens large du terme, et préambule au sein de Constitutions occidentales. On pourrait, en l'occurrence, parler de « trinité *sui generis* », religion et préambule s'inscrivant dans une loi fondamentale déterminée.

La question que nous désirons aborder nous paraît d'intérêt pour quatre raisons principales. Tout d'abord, il est fréquent de vouloir faire de l'Occident une entité juridique déterminée, ou alors de procéder à une seule césure majeure, dans cette entité, entre droits romano-germaniques et droits de *common law*². L'examen de divers préambules permettra de déterminer si les solutions retenues sont semblables, ou à tout le moins similaires, dans cette religion, ou s'il n'y a qu'apparence d'unité en la matière.

Deuxièmement, le sujet d'études retenu est d'intérêt en ce qu'il rend indispensable, de par la nature même de la thématique choisie, un recours au droit constitutionnel comparé³. Pareille approche permet non seulement d'enrichir ses connaissances juridiques en abordant d'autres ordres juridiques mais donne aussi fréquemment l'occasion, au chercheur et au lecteur, de découvrir de nouveaux éléments quant à son propre ordre juridique, au contact d'autres systèmes normatifs.

* Docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Fribourg. Anciennement chargé de cours suppl. à l'Université de Genève et chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel. Les propos énoncés dans cette contribution engagent exclusivement l'auteur, à l'exclusion de tout employeur passé ou présent.

¹ Sur l'importance des libertés, en Occident, depuis des temps immémoriaux, cf. déjà FERNAND BRAUDEL, *Grammaire des civilisations*, Flammarion, Paris 1993, pp. 421 ss. Cet auteur affirme notamment que « le destin de l'Europe a été commandé, de bout en bout, par le développement obstiné de libertés (...) » (*ibid.*).

² Certains auteurs distinguent encore la sous-catégorie des droits russes ainsi que celle des droits nordiques. Sur la première sous-catégorie mentionnée, cf. p. ex. RENÉ DAVID/CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e édition, Dalloz, Paris 2002, not. p. 183 ss.

³ Pour une introduction générale en la matière, cf. p. ex. MICHEL ROSENFELD/ANDRAS SAJO (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford 2012.

Troisièmement, la thématique abordée n'a pas encore fait l'objet d'un nombre impressionnant d'études et parutions, à tout le moins sous sa forme comparée, comme signalé au préalable. Ce constat découle probablement de la nature juridique spécifique du préambule, section constitutionnelle à laquelle le pouvoir constituant refuse, plus qu'à son tour, une pleine nature juridique⁴.

Enfin, quatrième et principalement, nous avons réfléchi un certain temps, voire un temps certain, avant de nous décider de façon définitive pour un sujet à traiter dans le cadre de cet ouvrage. Nous avons privilégié un sujet quittant les canons classiques, précités, dans le domaine religieux. Ce choix s'explique notamment par le fait que la personne à qui est dédié cet ouvrage ne cherchait pas la simplicité et, dans ses œuvres et son existence, appréciait l'originalité, bien comprise.

Que le lecteur nous donne encore l'occasion, en quelques mots, de préciser le plan de cet article. Dans un premier temps, nous nous permettrons quelques mots en lien avec Tristan Zimmermann (I.) ; nous poursuivrons avec un bref rappel de la nature, et de la valeur particulières, du préambule dans l'univers constitutionnel (II.) ; nous procéderons alors à une analyse comparée de la place de la question religieuse dans divers préambules d'Etats occidentaux, et dans celui du Traité sur l'Union européenne (III.). Cette partie nous amènera notamment des deux côtés de l'océan Atlantique, à Bruxelles, en France, en Pologne et en Allemagne. Enfin, nous entreprendrons une synthèse de la présence, ou de l'absence, du fait religieux dans les préambules analysés, ainsi que, lorsque la thématique est présente, de l'importance éventuelle de son traitement (IV.). Nous chercherons aussi à déterminer s'il est possible de voir, en Occident, une tendance à la neutralité confessionnelle des préambules au fil des générations, ou si tel n'est pas le cas.

I. Tristan Zimmermann

Parler d'une personne partie trop tôt est toujours extrêmement délicat. La tristesse, voire le dépit, peuvent conduire à retenir le mauvais substantif, l'adjectif erroné. De plus, comme le rappelle à juste titre la locution latine : *verba volant, scripta manent*. Toutefois, il ne nous était pas concevable de rédiger un article pour Tristan, sans nous arrêter quelques instants sur l'homme à qui cet ouvrage est dédié, même si cela signifie prendre quelques risques, notion fort peu helvétique.

Ce choix de s'arrêter sur l'homme s'explique notamment par le fait qu'il existait de nombreuses thématiques juridiques sur lesquelles nos esprits portaient un regard différent. Nos conceptions du *jus cogens*, par exemple, divergeaient passablement⁵. Et c'est tant mieux. Nous reviendrons sur ce point dans un instant. Nous avons notre bureau à côté du sien, mais s'il existait un mur physique, concret, il n'existait, en quelque sorte, pas de mur entre nos cerveaux. Tristan aimait le débat, la discussion nourrie ; c'était à nos yeux un intellectuel, au sens noble du terme, un homme qui cherchait à comprendre, qui n'hésitait pas à creuser la terre aride du droit à l'aide de sa pioche méthodologique et de sa « pelle de(s) connaissance(s) », si le lecteur nous concède cette expression.

Tristan nous a donné divers textes à relire, juste pour avoir notre avis, et cela nous a touchés, parce que nous savions qu'il connaissait nos approches à l'occasion complémentaires de certains chapitres du droit public, voire clairement opposées. Seulement, et c'est là notre avis tout à fait subjectif, Tristan aimait au-delà de tout la Science, celle qui ne se nourrit pas d'un

⁴ A ce sujet, cf. not. *infra* pt. II.

⁵ Sur la position de ZIMMERMANN à ce sujet, cf. TRISTAN ZIMMERMANN, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple ?*, *PJA* 2007, pp. 748 ss.

compromis académique accepté, parfois, un peu hâtivement et dont on ne peut exclure qu'il lui arrive, dans une circonstance ou l'autre, de négliger les racines du savoir, tubercules qui se nourrissent du choc incessant des idées. Nous croyons, en l'espèce, qu'il a été fortement imprégné par son séjour à *Duke University*, aux Etats-Unis, pays dans lequel le débat constitutionnel est vif, voire très vif, aussi sur des sujets de droit public centraux, tels que l'étendue exacte de la protection constitutionnelle octroyée aux ressortissants étrangers. Un pays dont nous avons parfois l'impression que nous connaissons, tous, les tares, mais dont nous oublions à l'occasion les richesses, un pays dans lequel même l'interprétation à faire de la Constitution n'est pas un sujet clos, près de 230 ans après son adoption⁶. A toutes fins utiles, il sied de relever que ces propos ont été rédigés avant une élection présidentielle récente.

Que le lecteur nous concède encore, brièvement, deux anecdotes en lien avec Tristan. Nous aimerions souligner, tout d'abord, que nous avons tendance à apprécier l'originalité, parce que la vie est riche et diverse. Ceci étant précisé, nous sommes arrivés à la Faculté de droit de l'Université de Genève, un matin, et avons constaté que nous portions exactement le même pull que Tristan. Alors que, d'habitude, cela nous aurait quelque peu ennuyé – parce que nous aimons « l'originalité » –, en l'espèce cela ne nous dérangeait pas... Cela est probablement dû au fait que nous avons un respect certain pour Tristan et que nous savions que l'homme en question partageait notre amour de la recherche – nous croyons que le terme n'est pas trop fort, en tout cas pour Tristan. Ensuite, s'il est vrai que nous étions capables de discuter de nombre de sujets de façon tout à fait détendue avec Tristan, demeure une thématique sur laquelle il nous était difficile de discuter en toute quiétude : l'importance effective du HC Genève-Servette. Nous mettrons cela sur le compte de nos racines biennoises qui, en sus de Rolex, partage la passion du hockey sur glace avec la cité de l'Escalade et de Calvin.

Si nous regrettons, incontestablement, que le droit public suisse ait perdu un espoir manifeste de la relève académique, c'est l'homme que nous pleurons, aujourd'hui encore. Parce qu'il avait développé des qualités remarquables, et intemporelles : curiosité, sincérité et intégrité.

II. La valeur particulière du préambule

Traditionnellement, on ne saurait faire découler du préambule d'une Constitution des droits directement invocables⁷. A l'inverse, un préambule fait bien plus ressortir l'esprit de la Constitution, les objectifs spécifiques poursuivis par l'ordre juridique ainsi créé, voire des caractéristiques de la population et de la région territoriale concernées⁸.

Cela ne signifie pas pour autant que cette section, fréquemment présente dans une loi fondamentale, soit dénuée de tout intérêt, tant s'en faut. Tout d'abord, un préambule possède une signification politique manifeste⁹ ; il se trouve, en quelque sorte, « à l'intersection du droit

⁶ Nous songeons naturellement, en l'occurrence, au débat entre « originalistes » et partisans d'une Constitution vivante. Pour un bref développement sur l'interprétation constitutionnelle aux Etats-Unis, cf. p. ex. JEFFREY GOLDSWORTHY, *Constitutional Interpretation*, in : Rosenfeld/Sajo (note 3), pp. 689-717, pp. 696 ss.

⁷ Sur le cas spécifique de la France, cf. cependant *infra* III.1.A.

⁸ En Suisse, le message du Conseil fédéral portant sur l'adoption de la Constitution fédérale de 1999 souligne que : « Dans la constitution, le préambule représente une *introduction cérémonieuse et solennelle*. Son contenu est symbolique. Il traduit, sous une forme condensée, "l'esprit de la constitution" et prépare au texte constitutionnel qui lui fait suite » (CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale [n° 96.091], du 20 novembre 1996, p. 124).

⁹ A ce sujet, MAHON relève que, paradoxalement, pour la Constitution helvétique, « l'intérêt manifesté pour le préambule est presque inversement proportionnel à sa portée juridique. C'est à propos du préambule que le Conseil fédéral a, lors de la consultation populaire, reçu le plus de réponses (...), et c'est également à ce sujet que les discussions dans les chambres fédérales ont été les plus longues » (PASCAL MAHON, *Préambule*, in :

et de la politique »¹⁰. De plus, un préambule porte en lui la signature d'une époque, de la conception déterminée d'une société juridiquement organisée à un temps x. En l'espèce, EHRENZELLER parle de « fonction historico-informative » de cette partie spécifique d'une constitution¹¹.

Selon une partie de la doctrine, le préambule peut, en outre, contribuer à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle faisant naître des droits et obligations¹²; en l'espèce, MAHON souligne toutefois que « la prudence paraît requise », eu égard, notamment, à la pratique prétorienne¹³.

Enfin, il va de soi que le préambule a une fonction, également, symbolique, précisant divers éléments essentiels au pouvoir constituant lors de l'adoption du texte constitutionnel¹⁴. Il est souvent, d'après une image fréquemment employée, comme un pont reliant les rives du passé aux rives du futur. En Suisse, cette fonction de pivot s'exprime notamment dans l'affirmation suivante : « Le peuple et les cantons suisses (...) conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures (...) »¹⁵. Si l'on file la métaphore et que de la rivière, ou des poutres du pont, l'on rejoint le sycomore se dressant sur la berge, le préambule forme fréquemment le tronc normatif dont découle l'ensemble du branchage constitutionnel.

On le constate dès lors sans autre, le préambule est un texte juridique à nul autre pareil, réceptacle fréquent des fondements juridico-politiques d'un ordre constitutionnel déterminé. Il sied dès lors d'examiner si la religion, au sens large du terme, a, plus qu'à son tour, trouvé grâce aux yeux du pouvoir constituant, ou si celui-ci n'a pas daigné lui octroyer voix au chapitre. Pour ce faire, nous nous tournerons tour à tour vers la France, les Etats-Unis d'Amérique¹⁶, l'Union européenne, dont de nombreuses normes sont de nature conventionnelle¹⁷, l'Allemagne, la Suisse, la Pologne et l'Irlande. On le constate, le choix est sélectif, et n'ambitionne dès lors pas d'être exhaustif ; le format de cette contribution ne le permettrait pas. Les ordres juridiques retenus reflètent toutefois notre désir de nous aventurer du côté de l'Oncle Sam, au sein d'une organisation juridique *sui generis*, ainsi qu'au cœur des îles britanniques, de l'Est européen et de son versant occidental. Tristan s'intéressait en effet tant au versant occidental qu'au versant oriental du continent.

Aubert/Mahon [éd.], *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2003, pp. 3-10, p. 5).

¹⁰ JUSTIN O. FROSINI, *Constitutional Preambles – At a Crossroads between Politics and Law*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2012, p. 21.

¹¹ BERNHARD EHRENZELLER, *Präambel*, in : Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, Schulthess, 3^e éd., Zurich 2014, pp. 53-62, p. 56 (notre traduction).

¹² En l'espèce, l'on peut indiquer que le préambule peut receler des éléments structurels et institutionnels, ou méta-normatifs, dont il convient de tenir particulièrement compte à l'heure de procéder à l'interprétation d'une disposition déterminée (sur les éléments structurels et institutionnels d'une Constitution, cf. not. LUC GONIN, *L'interprétation de la Constitution*, *PJA* 2016, pp. 462-475, pp. 467 s.).

¹³ MAHON (note 9), p. 5. Pour une argumentation en faveur d'une normativité croissante du préambule, cf. cependant et p. ex. EVA MARIA BELSER, *Präambel*, in : Waldmann/Belser/Epiney (éd.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015, pp. 31-44, p. 36.

¹⁴ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (note 8), p. 124.

¹⁵ Préambule de la Constitution fédérale suisse (ci-après : Cst./CH) du 18 avril 1999, 1^{er} et 5^e § (RS 101).

¹⁶ Ci-après : Etats-Unis.

¹⁷ Cf. *infra* pt. III.3.

III. Religion, préambule et Constitution en Occident : une approche de droit comparé

1. France

C) Une apparente simplicité

En France, le pouvoir constituant s'est décidé, lors de l'adoption de la V^e République, pour un préambule dénué de référence directe à la religion¹⁸. Ainsi, le préambule précise, dans une formulation remarquable, que :

« Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique »¹⁹.

Le choix de préambule effectué par le pouvoir constituant, en France, ne saurait étonner outre-mesure le lecteur, la République étant fréquemment citée comme modèle de système juridique laïque, désir de laïcité qui, à première vue, ne s'arrête pas aux portes du préambule²⁰. Il convient, néanmoins, de nuancer quelque peu le propos pour plusieurs raisons, nuance d'autant plus importante que, contrairement à ce qui a été précisé au préalable, « le Conseil constitutionnel a conféré valeur juridique au préambule de la Constitution de 1958 »²¹.

D) Un jugement à nuancer

Comme l'expérience de la vie le signale fréquemment, les apparences sont parfois trompeuses, même lorsqu'il semble être impossible de les remettre en cause. Cette assertion vaut également en lien avec le préambule français et le principe de laïcité, en raison de divers renvois auxquels procède ledit passage constitutionnel²². Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du

¹⁸ Ce choix s'explique notamment par le fait que la France, en tout cas dès la fin du XIX^e siècle, a mis en place de façon systématique des « institutions républicaines s'appuyant sur une laïcité militante séparant fortement l'espace public de l'espace privé que l'on veut tournée vers le progrès, l'usage de la science et de l'éducation comme autant de moyens de donner le jour à un homme nouveau, que l'on souhaite enfin libéré des dépendances d'autrefois » (GUY HERMET/BERTRAND BADIE/PIERRE BIRNBAUM/PHILIPPE BRAUD, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 7^e édition, Armand Colin, Paris 2010, p. 272).

¹⁹ Préambule de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958 (ci-après : Cst./FR).

²⁰ A ce sujet, l'on peut préciser que : « Bien que la séparation de l'Église et de l'État se retrouve dans les institutions de nombreux pays en Europe et en Amérique en particulier (...), la portée idéologique et conflictuelle de l'idée de laïcité apparaît toutefois spécialement grande en France (...) » (HERMET/BADIE/BIRNBAUM/BRAUD [note 18], p. 160) (c'est nous qui soulignons).

²¹ MAYA HERTIG RANDALL, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives, *RDS* 2010 pp. 221-380, p. 279. En la matière, cf. également LIAV ORGAD, The Preamble in Constitutional Interpretation, *International Journal of Constitutional Law* 2010, pp. 714-738, p. 726.

²² Cf. en part. préambule Cst./FR, 1^{er} §.

citoyen de 1789 met en exergue « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme »²³. De plus, le passage initial de cette Déclaration fait savoir, sans ambages, que « l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen »²⁴. Le fait religieux est dès lors présent, par ricochet, dans la Constitution actuelle même si c'est sous une forme particulièrement éthérée, la nature sacrée des droits protégés n'étant pas précisée plus avant et une référence étant faite, uniquement, à un « Être Suprême ».

L'assertion précédente se fonde aussi sur le renvoi au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, passage recourant, lui aussi, à la formulation « droits inaliénables et sacrés », sans que le second adjectif soit, derechef, défini plus précisément²⁵. Il faut, par souci d'exhaustivité, relever qu'en ce qui concerne la Charte de l'environnement de 2004, celle-ci ne fait aucune référence à la thématique religieuse au sens large du terme²⁶.

On se rend dès lors compte que, même en France, pays fort peu enclin, depuis des générations, à unir les destinées de la religion et du droit public, il n'y a pas suppression complète du fait religieux dans le préambule constitutionnel, ce dernier n'étant certes présent que par ricochet, mais étant présent néanmoins. Il sied désormais de se tourner vers un des géants du continent américain, les Etats-Unis, afin d'analyser la situation au sein de cette nation nettement plus marquée, de façon générale, par la religion²⁷.

2. Etats-Unis d'Amérique

A) Brièveté et absence du fait religieux

La Constitution des Etats-Unis, du 17 septembre 1787²⁸, est d'une brièveté certaine, comparée à diverses consœurs occidentales²⁹. Il n'en va pas autrement de son préambule, tenant sur moins de cinq lignes et dont la teneur est la suivante³⁰ :

"We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common Defence, promote the general Welfare, and secure the

²³ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, préambule, 1^{er} paragraphe. A ce sujet, cf. not. MAYA HERTIG RANDALL, Chapitre 1 : Histoire des droits de l'homme, in : Hertig Randall/Hottelier (dir.), *Introduction aux droits de l'homme*, Schulthess, Genève 2014, pp. 4-18, p. 9.

²⁴ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, préambule, 2^e paragraphe (c'est nous qui soulignons).

²⁵ Sur le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (de la IV^e République), cf. not. PHILIPPE TERNEYRE, Préambule de la Constitution de 1946, in : Duhamel/Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris 1992, pp. 791-782, p. 791s.

²⁶ Cette Charte « consacre une nouvelle génération de droits (ainsi que de devoirs), après les droits-libertés de 1789 et les droits économiques et sociaux de 1946 » (LOUIS FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, 12^e édition, Dalloz, Paris 2009, p. 131). Dans ses grandes lignes, elle est le fruit d'une commission présidée par Yves Coppens, paléontologue, et elle résulte d'une initiative prise par Chirac alors qu'il était Président (*ibid.*).

²⁷ En l'espèce, Kis affirme que : « (...) [*I*]n the United States (...), to put it bluntly, it is the kiss of death for a politician openly to confess to a lack of religious faith » (JANOS KIS, State Neutrality, in : Rosenfeld/Sajo [note 3], pp. 318-335, p. 334).

²⁸ Ci-après : Cst./USA.

²⁹ La Constitution originale ne compte pas plus de sept articles (uniquement complétés, en plus de deux cents ans, par vingt-sept amendements).

³⁰ En français, ce préambule se lit comme suit : « Nous, le Peuple des États-Unis, en vue de former une Union plus parfaite, d'établir la justice, de faire régner la paix intérieure, et pourvoir à la défense commune, de développer le bien-être général et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité, nous décrétons et établissons cette Constitution pour les États-Unis d'Amérique ».

*Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*³¹.

On le constate aisément, si ce préambule souligne les objectifs poursuivis par le pouvoir constituant en adoptant cette Constitution, il n'y est pas fait mention de la religion ou même d'un « Etre supérieur ». A l'instar des autres parties du texte constitutionnel des Etats-Unis, son introduction se nourrit d'une brièveté incontestable, qui ne procède, de plus, pas à des renvois, à l'inverse de son homologue français³². Ce constat est, à notre sens, assez intéressant.

L'émergence des Etats-Unis d'Amérique, et de leur Constitution, fait cependant suite, notamment, à la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776³³. Si celle-ci ne forme incontestablement pas le préambule au texte constitutionnel, elle en est, en quelque sorte, le prélude³⁴. Il peut, par conséquent, être intéressant d'analyser si ce texte, ingrédient noble et incontesté de la marmite de l'Histoire, contient éventuellement l'une ou l'autre référence au fait religieux.

B) Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776

Il est intéressant, et pour l'auteur de cette contribution légèrement surprenant, de relever que la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 procède à des références à la thématique religieuse tandis que le préambule examiné à l'instant y renonce manifestement³⁵. Cet étonnement provient notamment du fait que la période historique, à tout le moins à l'aune des siècles, est la même et que les cercles et milieux impliqués sont n'est-ce identiques, du moins similaires³⁶.

A titre d'exemple, la Déclaration fait référence « aux lois (...) du Dieu de la nature » dans le premier paragraphe déjà³⁷. Dans le passage suivant, c'est au Créateur de tous les hommes qu'il est expressément fait référence, le texte soulignant avec force, dans une formulation ayant traversé les âges, les océans et les idéologies, que :

³¹ En l'occurrence, on ne saurait sous-estimer l'importance du préambule de la Constitution des Etats-Unis, ORGAD allant jusqu'à affirmer que : « *The preamble to the United States Constitution has become a legend. The phrase "We the people of the United States" and the remaining forty-five words of the preamble are the most well-known part of the Constitution, and the section that has had the greatest effect on the constitutions of other countries* » (ORGAD [note 21], p. 714).

³² Cf. *supra* III.1.A et 1.B.

³³ Sur cette Déclaration, cf. not. PASCAL MAHON/ANNE BENOIT, *Droit constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique – Institutions et éléments de droits fondamentaux*, Helbing Lichtenhahn, Neuchâtel/Bâle 2011, pp. 20 ss.

³⁴ La date retenue pour la fête nationale des Etats-Unis, le 4 juillet, découle aussi de l'adoption de cette Déclaration d'indépendance et non pas de celle de la Constitution, à proprement parler, du pays. En la matière, LEVASSEUR n'hésite pas à avancer que « Cette "déclaration d'indépendance" (...) servira de fondement à la légitimité de la nouvelle nation américaine qui venait de proclamer, unilatéralement, son existence (...) » (ALAIN A. LEVASSEUR, *Le droit américain*, Dalloz, Paris 2004, p. 9).

³⁵ Cf. *supra* III.2.A.

³⁶ Sur cette période agitée de l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis, cf. p. ex. MARK TUSHNET, *The Constitution of the United States of America – A Contextual Analysis*, 2^e édition, Hart, Oxford et Portland 2015, pp. 9 ss.

³⁷ Cette formulation doit se lire dans le contexte suivant : « *When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation* » (c'est nous qui soulignons).

« *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness* »³⁸.

On relève ainsi que les droits inaliénables revenant aux hommes proviennent de leur Créateur. La référence à la religion, au sens large du terme, ne saurait être plus évidente. Le texte de la Déclaration, après la liste des griefs adressés au Royaume-Uni, métropole de l'époque, se clôt par ailleurs en prenant à témoin « le juge suprême de l'Univers » et en ayant une « ferme confiance dans la protection de la divine Providence »³⁹.

Par conséquent, la situation est particulièrement intéressante aux Etats-Unis d'Amérique, tout comme en France. Tandis que le préambule de la Constitution, nourri de concision, ne fait pas de référence explicite à la religion, *lato sensu*, la Déclaration qui conduisit à la création du Léviathan d'outre-Atlantique recourt, pour sa part, aux notions de « Créateur », de « juge suprême de l'univers », de « Providence divine » ou fait encore référence aux « lois (...) du Dieu de la nature ». Comme pour la situation en France, c'est donc un constat contrasté qu'il sied de faire en l'espèce, quoique cela soit pour d'autres raisons, la Déclaration d'indépendance se distinguant, dans le cas américain, nettement du préambule, aussi en ce qui concerne la présence de l'aspect métaphysique.

3. Union européenne

A) Propos liminaires

Nous sommes bien conscients que l'Union européenne ne forme pas un Etat, au sens classique du terme, mais qu'elle est bien plus une construction politique *sui generis*⁴⁰. Elle participe toutefois vigoureusement au développement du « droit convenstitutionnel », notion que nous précisons dans un instant, et, eu égard à l'ouverture d'esprit de Tristan ainsi qu'à l'importance de fait de l'Union européenne dans la sphère juridique contemporaine, nous nous permettons de la traiter brièvement dans cette contribution. En ce qui concerne le droit convenstitutionnel, il s'agit d'une forme de droit hybride, ni tout à fait droit constitutionnel, ni tout à fait droit international public classique, à moins d'adopter une position strictement formaliste⁴¹.

« Concrètement, appartient au droit convenstitutionnel toute norme dont on peut raisonnablement affirmer qu'elle relève, d'un point de vue matériel, du droit constitutionnel en raison de son importance, mais qui n'a pas été adoptée dans le cadre d'une procédure constitutionnelle classique. En d'autres termes, elle n'est ni le fruit d'un pouvoir constituant originaire ni celui d'un pouvoir constituant dérivé. Il s'ensuit que, malgré son contenu

³⁸ C'est nous qui soulignons. En français, le passage cité se lit comme suit : « Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur ».

³⁹ En anglais les expressions retenues sont respectivement « *Supreme Judge of the World* » et « *firm reliance on the protection of divine Providence* ».

⁴⁰ En l'espèce, BESSON met en exergue que : « Ni simple organisation internationale ni super-Etat, l'Union [européenne] a une identité politique et juridique sans précédent. On s'y réfère non seulement comme à une entité politique et à un ordre juridique *autonomes*, mais aussi *sui generis* » (SAMANTHA BESSON, *Droit constitutionnel européen*, 2^e édition, Stämpfli, Berne 2013, p. 30).

⁴¹ Sur ce néologisme, cf. not. LUC GONIN, La révolution du « droit convenstitutionnel » : du droit constitutionnel à son dépassement, *RDS* 2015, pp. 49-75, pp. 49 ss.

matériellement constitutionnel, elle appartient, techniquement, au droit international public »⁴².

B) Traité sur l'Union européenne

L'Union européenne s'est dotée d'un Traité sur l'Union européenne qui, au contraire de la Constitution des Etats-Unis, laisse une place importante au préambule⁴³. Ce passage, qui traite tant de libertés fondamentales⁴⁴, d'un renforcement de l'intégration européenne⁴⁵ que de libre circulation⁴⁶, par exemple, contient également un paragraphe qui se lit comme suit :

« S'inspirant des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit »⁴⁷.

On remarque dès lors la présence du fait religieux dans ce préambule, mais de façon fortement encadrée, puisqu'il est inséré dans l'expression « héritages culturels, religieux, et humanistes de l'Europe ». Cette formulation est reprise du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, du 18 juin 2004, et a fait l'objet de vifs débats⁴⁸ entre défenseurs d'une stricte laïcité d'un côté, « à la française » en quelque sorte, et partisans d'une approche ne reléguant pas plusieurs siècles d'histoire sous le tapis conventionnel⁴⁹. Il est intéressant de relever que le préambule souligne, à notre sens à juste titre, que les valeurs universelles dont le continent européen est fier découlent, entre autres, des héritages religieux et humanistes de cette région du monde.

Ledit préambule ne contient, par contre, pas d'autres références explicites à la religion, celle-ci étant toutefois implicitement contenue dans le septième paragraphe qui a la teneur suivante : « désireux d'approfondir la solidarité entre leurs peuples dans le respect de leur histoire, de leur culture et de leurs traditions »⁵⁰.

⁴² GONIN (note 41), p. 66.

⁴³ Traité sur l'Union européenne (version consolidée du 26 octobre 2012), in : Journal officiel de l'Union européenne (C 326/01) (ci-après : Traité/UE). Sur ce préambule, cf. not. RUDOLF GEIGER, Preamble, in : Geiger/Khan/Kotzur (éd.), *European Union Treaties – A Commentary*, C.H. Beck, Munich/Oxford/Portland 2016, pp. 1-9, pp. 1 ss; cf. également JOACHIM BITTERLICH, Präambel, in : Lenz/Borchardt (éd.), *EU-Verträge Kommentar – EUV/AEUV/GRCh*, 5^e édition, C.H. Beck, Cologne/Vienne 2012, pp. 2-7, pp. 2 ss.

⁴⁴ Cf. préambule du Traité/UE, not. 5^e §.

⁴⁵ Cf. préambule du Traité/UE, 2^e §.

⁴⁶ Cf. préambule du Traité/UE, 13^e §.

⁴⁷ Cf. préambule du Traité/UE, 3^e § (c'est nous qui soulignons). Quant à ce paragraphe spécifique, cf. not. WOLFF HEINTSCHEL VON HEINEGG, Präambel EUV, in : Vedder/Heintschel von Heinegg (éd.), *Europäisches Unionsrecht – EUV/AEUV/Grundrechte-Charta – Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden/Zurich/Vienne 2012, pp. 37-41, pp. 38 s. ; STEFAN KADELBACH, Präambel EUV, in : von der Groben/Schwarze/Hatje (éd.), *Europäisches Unionsrecht* (Tome I), 7^e édition, Nomos, Baden-Baden 2015, pp. 47-58, pp. 52 s.

⁴⁸ En l'occurrence, BELSER n'hésite pas à affirmer que : « [Es] wurde auf Ebene der EU höchst kontrovers über eine Anrufung Gottes diskutiert » (BELSER [note 13], p. 39).

⁴⁹ Cf. p. ex. EIVIND SMITH, Les fonctions symboliques des constitutions, in : Troper/Chagnollaud (éd.), *Traité international de droit constitutionnel – Théorie de la Constitution* (t. 1), Dalloz, Paris 2012, pp. 767-795, pp. 778 s.

⁵⁰ C'est nous qui soulignons.

C) Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

L'Union européenne se fonde aussi, en particulier, sur le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵¹. Quoique ce dernier possède un préambule relativement développé, long d'une douzaine de paragraphes, il sied de relever que la religion, au sens large du terme, n'y est pas mentionnée⁵².

On constate dès lors aisément que si le fait religieux est présent au sein du préambule du Traité sur l'Union européenne, c'est de façon discrète, ledit fait n'étant pas même mentionné au niveau du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. C'est donc encore un autre rapport entre religion, *lato sensu*, et préambule qu'en France ou qu'aux Etats-Unis qui se dessine au niveau continental.

4. Allemagne

En raison de son histoire particulière⁵³, l'Allemagne s'est dotée, après la Deuxième Guerre mondiale, d'une *Loi fondamentale*, le 23 mai 1949⁵⁴. Le préambule, long de trois paragraphes, débute comme suit⁵⁵ :

« *Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant* »⁵⁶.

Le pouvoir constituant allemand s'est donc décidé au sortir de la guerre pour une formulation combinant référence directe à Dieu, conscience et responsabilité. FROSINI affirme en l'occurrence que : « *It was considered to be necessary to recognize a collective responsibility which went beyond bowing one's head before all men* »⁵⁷.

L'élément religieux est donc manifestement présent dans le cas d'espèce. La formule retenue est une *nominatio dei* (ou *invocatio dei* au sens large du terme) ; dans un tel cas de figure, la référence à Dieu doit être comprise comme un rappel de la nature limitée de l'homme et de ses œuvres, à l'instar de l'ordre politique qu'il décide, avec les siens, de fonder⁵⁸. Le fait de retenir

⁵¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée du 26 octobre 2012), in : Journal officiel de l'Union européenne (C 326/01). Ci-après : TFUE.

⁵² Sur le préambule du TFUE, cf. p. ex. JÖRG PH. TERHECHTE, *Präambel AEUV*, in : von der Groben/Schwarze/Hatje (note 47), pp. 845-849, pp. 845 ss.

⁵³ Sur la création de la loi fondamentale allemande, cf. p. ex. MICHAEL SACHS, *Einführung*, in : Sachs (éd.), *Grundgesetz – Kommentar*, Munich 1996, pp. 51-62, pp. 54 ss.

⁵⁴ En allemand, c'est la formulation suivante qui a été retenue : « *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949* ».

⁵⁵ En allemand, ce paragraphe se lit comme suit : « *Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben* ».

⁵⁶ C'est nous qui soulignons. Sur ce paragraphe, cf. not. PETER M. HUBER, *Präambel*, in : Sachs (éd.), *Grundgesetz – Kommentar*, C. H. Beck, Munich 1996, pp. 63-72, pp. 70 s.

⁵⁷ FROSINI (note 10), p. 40.

⁵⁸ Dans le même sens : BELSER (note 13), pp. 37 s. En l'occurrence, il convient de relever la formulation particulièrement élégante de DREIER qui avance que : « *Richtig verstanden, erweist sich der Gottesbezug der Präambel als eine Art von Demutsformel. Nicht um eine transzendente Ueberhöhung der Verfassung (...) geht es, sondern um die Betonung der Weltlichkeit und damit der Immanenz, vor allem der Endlichkeit und Fehlbarkeit auch einer demokratischen Verfassungsordnung* » (HORST DREIER, *Präambel*, in : Dreier [éd.], *Grundgesetz – Kommentar* [Tome I – Art. 1-19], 2^e édition, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, pp. 1-38, pp. 14 s.).

une telle formulation, dont la teneur morale est incontestable, doit donc être compris comme la transcription normative de la volonté de rupture, nette, avec l'expérience nationale-socialiste du pays⁵⁹. Dans la suite du préambule, plus aucune mention à une divinité, ou autre, n'est par contre présente.

L'on constate, en conséquence, que malgré sa brièveté, le préambule de la loi fondamentale allemande fait une référence au fait religieux, référence à rattacher à la tradition d'une *nominatio dei*, et non pas d'une *invocatio dei* au sens étroit du terme⁶⁰. La situation, en Allemagne, se distingue donc de façon manifeste de la solution retenue, respectivement, par les Etats-Unis et l'Union européenne au niveau de leur préambule.

5. Suisse

En Suisse, le pouvoir constituant a décidé de doter la Constitution fédérale d'un préambule somme toute assez développé. Ce dernier contient notamment les passages suivants :

« Au nom de Dieu Tout-Puissant !

Le peuple et les cantons suisses,

Consentis de leur responsabilité envers la Création,

(...)

Arrêtent la Constitution que voici : »⁶¹.

Dans ce préambule, la référence à la religion est ainsi double, puisqu'il contient une *invocatio dei*, puis qu'il fait référence, peu après, à la Création⁶². Il est intéressant de relever que, par rapport à d'autres Constitutions, c'est donc non seulement une référence vague à un être métaphysique qui est effectuée, mais que c'est une formulation particulièrement solennelle qui est retenue. Celle-ci a des origines fort lointaines puisqu'on la retrouve déjà dans l'acte conduisant à la création de la Confédération helvétique, en 1291⁶³.

EHRENZELLER relève à juste titre, au sujet de l'*invocatio dei*, que celle-ci ne saurait être comprise comme un chèque en blanc pour les puissants d'aujourd'hui et les organes qu'ils servent ; bien au contraire, elle rappelle, dès les premiers mots de la Constitution, que tout Etat, toute puissance publique, est soumis à un ordre supérieur qui et le dépasse et le limite⁶⁴. Il y a donc certainement, en l'espèce, des liens à faire, en particulier, avec le préambule retenu par l'Allemagne.

⁵⁹ BELSER, en l'espèce, signale que : « [Die Formulierung] sollte einen Kontrapunkt zu den mit dem nationalsozialistischen Staat gemachten Erfahrungen setzen und als unwiderrufliche Absage an den Totalitarismus sowie als Ablehnung der in totalitären Systemen oft praktizierten Religionsverfolgung verstanden werden » (BELSER [note 13], p. 38).

⁶⁰ Sur d'autres formulations retenues en l'espèce, comme *commemoratio dei*, ou *provocatio ad deum*, cf. DREIER (note 58), p. 14.

⁶¹ En allemand, le texte se lit comme suit : « Im Namen Gottes des Allmächtigen ! Das Schweizer Volk und die Kantone, in der Verantwortung gegenüber der Schöpfung (...) geben sich folgende Verfassung: ».

⁶² Sur la notion d'*invocatio dei*, cf. p. ex. BELSER (note 13), p. 37.

⁶³ Seuls les tourments de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècles conduiront à la suppression, temporaire, de cette formulation (cf. p. ex. EHRENZELLER [note 11], pp. 58 s.).

⁶⁴ Cf. EHRENZELLER (note 11), pp. 59 s.

On relève ainsi que la Confédération helvétique va, en quelque sorte, plus loin que les préambules examinés ci-dessus, sans remettre en cause, nonobstant, la liberté de conscience et de croyance en Suisse⁶⁵.

6. Pologne

A) Constitution récente et préambule développé

La Pologne décide assez récemment, suite au recouvrement de ses pleines capacités décisionnelles, d'adopter une Constitution accordant une place certaine au préambule⁶⁶. Dans ce dernier, les références au fait religieux sont aussi nombreuses que marquées. Ainsi, le texte constitutionnel stipule en particulier que :

« (...) [N]ous, Nation polonaise – tous les citoyens de la République, *tant ceux qui croient en Dieu, source de la vérité, de la justice, de la bonté et de la beauté*, que ceux qui ne partagent pas cette foi et qui puisent ces valeurs universelles dans d'autres sources (...),

Reconnaissants à nos ancêtres (...) de la *culture ayant ses racines dans l'héritage chrétien de la Nation* et dans les valeurs humaines universelles (...),

Responsables de la transmission aux générations futures de tout ce qu'il y a de plus précieux *dans un patrimoine plus que millénaire* (...)

Conscients de la responsabilité devant Dieu ou devant notre propre conscience (...) »⁶⁷.

Ces formulations nous conduisent, naturellement aurions-nous envie d'écrire, à formuler plusieurs remarques en lien avec le fait religieux au sein du préambule de la Constitution polonaise.

B) Le fait religieux au sein du préambule

Tout d'abord, l'extrait ci-dessus souligne que la présence du divin est marquée dans le préambule en question, présence qui est, de plus, « source de la vérité, de la justice, de la bonté et de la beauté », selon le texte constitutionnel⁶⁸. Il est toutefois intéressant de constater que le préambule prévoit que ceux qui ne partagent pas cette foi puisent ces valeurs universelles dans d'autres sources. C'est donc un élément qui distingue le préambule de la République polonaise des solutions présentées au préalable, quoique le même souci ait très probablement conduit à la solution retenue par le Traité de l'Union européenne⁶⁹.

L'héritage chrétien de la nation polonaise est, par ailleurs, explicitement mentionné quelques lignes plus tard, le patrimoine acquis au fil des siècles devant, en outre, être transmis aux générations futures. La référence au fait religieux est, en l'espèce également, indéniable. Le même constat vaut pour ce qui est de la conscience, par le pouvoir constituant polonais, de la

⁶⁵ Pour rappel, la liberté religieuse est notamment garantie, en Suisse, par l'art. 15 Cst./CH et par l'art. 9 CEDH, la Confédération étant membre du Conseil de l'Europe.

⁶⁶ La Constitution polonaise actuelle date du 2 avril 1997.

⁶⁷ C'est nous qui soulignons.

⁶⁸ A ce sujet, cf. not. LECH GARLICKI, Chapter 1 : Constitutional Law, in : Frankowski (éd.), *Introduction to Polish Law*, Kluwer, La Haye/Cracovie 2005, pp. 1-36, pp. 4 s.

⁶⁹ Cf. *supra* pt. III.3.B.

responsabilité qui pèse sur ses épaules « devant Dieu ou [sa] propre conscience », c'est-à-dire une forme de *nominatio dei*, ou de *invocatio dei* au sens large du terme.

Il y a donc, en l'occurrence, volonté de signaler l'attachement culturel du pays à ses racines chrétiennes, tout en tenant compte de la situation spécifique de ceux qui ne professent pas la même foi, soient-ils athées, agnostiques ou autre⁷⁰. Il convient aussi de relever que Dieu est, en sus de la source de la justice, source de la bonté, de la vérité et de la beauté, dernière précision assez intéressante, parce que beaucoup plus rare dans le contexte constitutionnel. De plus, le préambule souligne *expressis verbis* le devoir de transmission du patrimoine plus que millénaire aux générations futures, patrimoine également constitué de l'élément religieux. Enfin, il est intéressant de relever que la césure communiste, de plusieurs décennies, ne semble pas avoir affaibli la présence du fait religieux dans l'enceinte publique, tant s'en faut.

7. Irlande

En Irlande, le pouvoir constituant s'est également décidé à adopter un préambule à l'heure de se donner une Constitution, le 1^{er} juillet 1937⁷¹. Dans ce dernier, la référence au fait religieux est manifeste puisque ce préambule contient, en particulier, la formulation suivante⁷² :

« *In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Eire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial (...)* »⁷³.

On le constate aisément, de tous les préambules examinés, c'est celui dans lequel le renvoi au fait religieux est le plus marqué. La formulation retenue est, en effet, nettement plus déterminée qu'en Allemagne, par exemple, ou qu'au sein de l'Union européenne puisque la référence au christianisme est manifeste : le passage débute avec une mention de la Trinité, propre au christianisme, et avec une référence au Christ, « Seigneur divin ».

Par ailleurs, à l'inverse de la situation constitutionnelle en Pologne par exemple, référence est uniquement faite au christianisme, sans qu'il n'y ait de variation de la même pensée pour les personnes athées, agnostiques ou d'autres confessions⁷⁴. De fait, l'*invocatio dei* retenue par le pouvoir constituant irlandais est à rapprocher de la solution helvétique, la « Très Sainte Trinité » remplaçant le « Dieu Tout-Puissant » de la Confédération helvétique⁷⁵.

Il s'ensuit qu'il s'agit en l'occurrence du préambule dans lequel le fait religieux a le plus de poids sans que, en l'espèce également, la liberté religieuse des ressortissantes et ressortissants irlandais ne soit d'aucune façon remise en cause, eu égard à la nature spécifique du

⁷⁰ Dès lors, on peut qu'abonder dans le sens de GARLICKI, lorsqu'il avance que : « *By and large, the Constitution draws on the principles and values that are typical of modern western democracies. Yet some of its part are clearly inspired by Poland's indigenous constitutional tradition and the country's often tragic past* » (GARLICKI [note 68], p. 4).

⁷¹ Pour une introduction quant à la Constitution irlandaise, cf. p. ex. JAMES CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, 2^e édition, Round Hall, Londres 1992, pp. 1 ss.

⁷² En français, le texte est formulé comme suit : « Au nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des Etats doivent se conformer, comme notre but suprême, nous, peuple de l'Irlande, reconnaissant humblement nos obligations envers notre Seigneur divin, Jésus-Christ, qui a soutenu nos pères pendant des siècles d'épreuves (...) ».

⁷³ Pour une explication historique des raisons ayant conduit à cette formulation, cf. not. FROSINI (note 10), p. 40.

⁷⁴ Cf. *supra* pt. III.6.A.

⁷⁵ Signalons, à ce sujet, que l'on retrouve une référence à la Trinité, également, dans le préambule de la Constitution grecque du 9 juin 1975, qui se lit comme suit : « Au nom de la Trinité sainte, consubstantielle et indivisible, la Cinquième Chambre des députés révisionnelle vote (...) » (cf. également ORGAD [note 21], p. 718).

préambule. La liberté religieuse est de plus, à l'instar de la situation dans nombre d'autres pays, explicitement protégée par la Constitution nationale en Irlande, en l'occurrence par son article 44⁷⁶.

Synthèse conclusive

La brève étude préalable permet de relever trois points en particulier. En premier lieu, si l'Occident possède certes une certaine conception du droit⁷⁷, et en particulier du droit public, cela n'empêche pas l'originalité et la diversité des solutions constitutionnelles d'apparaître, peut-être en particulier au niveau du préambule. Le développement précédent signale ainsi que, même si l'on devait ne pas prendre en considération un exemple de laïcité aussi classique que celui de la République française, les solutions retenues en matière de religion divergent fortement ; tandis que le pouvoir constituant, aux Etats-Unis, ne développe pas la question dans le préambule constitutionnel, la Pologne y consacre un espace majeur, nuancé, alors que l'Irlande y consacre un paragraphe particulièrement marqué d'un point de vue religieux. De même, alors que l'Allemagne allie préambule, conscience et divinité, le pouvoir constituant helvétique a décidé de faire débiter le texte constitutionnel avec une invocation du « Dieu Tout-Puissant ». L'on relève donc que les différences ne concernent pas uniquement la longueur du préambule, mais qu'elles portent, tout autant, sur la « densité religieuse » du préambule. On ne saurait, par conséquent, surestimer l'unité de l'espace normatif occidental, à tout le moins pour cette question spécifique qui fait ressortir, clairement, les variations nationales.

En deuxième lieu, l'analyse constitutionnelle comparative effectuée au préalable met en exergue le fait que la référence au fait religieux, et à son intensité, ne dépend pas de la période historique concernée. *A fortiori*, on ne saurait parler d'effacement de la question religieuse dans les préambules au fil des générations ; à l'inverse, alors que les Etats-Unis, à la fin du XVIII^e siècle, refusent toute référence à la thématique dans leur préambule, l'Irlande, peu avant 1940, l'Allemagne, après le séisme de la Deuxième Guerre mondiale, et bien plus récemment encore la Pologne y accordent une importance certaine, voire majeure. La Suisse, lors de sa révision de 1999, conserve également une empreinte indéniable du fait religieux dans son préambule. Il sera intéressant de prendre note des évolutions ultérieures, dans le domaine, au cours des prochaines années et décennies.

⁷⁶ Cet article se lit comme suit : « 1. *The State acknowledges that the homage of public worship is due to Almighty God. It shall hold His Name in reverence, and shall respect and honour religion.* 2/1 Freedom of conscience and the free profession and practice of religion are, subject to public order and morality, guaranteed to every citizen. 2/2 *The State guarantees not to endow any religion.* 2/3 *The State shall not impose any disabilities or make any discrimination on the ground of religious profession, belief or status.* 2/4 *Legislation providing State aid for schools shall not discriminate between schools under the management of different religious denominations, nor be such as to affect prejudicially the right of any child to attend a school receiving public money without attending religious instruction at that school.* 2/5 *Every religious denomination shall have the right to manage its own affairs, own, acquire and administer property, movable and immovable, and maintain institutions for religious or charitable purposes.* 2/6 *The property of any religious denomination or any educational institution shall not be diverted save for necessary works of public utility and on payment of compensation* » (c'est nous qui soulignons; cf. également CASEY [note 71], pp. 553 ss). Par ailleurs, il convient de rappeler en l'endroit que l'Irlande fait, elle aussi, partie du Conseil de l'Europe et est dès lors soumise à la Convention européenne des droits de l'homme qui protège, entre autres, la liberté religieuse (art. 9 CEDH).

⁷⁷ Avec les nuances apportées *supra*, dans l'Introduction.

En troisième lieu, il est passionnant de relever que même si le préambule n'a, très souvent, pas la même valeur juridique que le reste du texte constitutionnel, les débats à son égard sont parfois très vifs. A titre d'exemple, la Suisse n'a pas échappé à un débat nourri, et intense, à l'heure de mettre à jour sa Constitution au crépuscule du XX^e siècle⁷⁸ ; de même, sur un plan régional, la question de la référence au fait religieux, finalement intégrée au Traité sur l'Union européenne, a conduit à de vives discussions, comme on l'a relevé au préalable⁷⁹.

A l'heure d'un multiculturalisme croissant, la question de la place du fait religieux, dans la société, la Constitution, et son préambule ne manquera pas, à l'avenir encore, de faire des vagues, plus ou moins hautes, dans l'espace occidental. Cette brève contribution permet de constater, sans prendre position sur le fond de la thématique, que les options à disposition du pouvoir constituant, même au sein uniquement de l'Occident, sont d'une richesse certaine, allant d'une certaine forme de laïcisme à une empreinte religieuse marquée dans le préambule.

⁷⁸ A ce sujet, MAHON rappelle que : « C'est à propos du préambule que le Conseil fédéral a, lors de la consultation populaire, reçu le plus de réponses – près de 6400 individuelles et une centaine émanant d'institutions –, et c'est également à ce sujet que les discussions dans les chambres fédérales ont été les plus longues » (MAHON [note 9], p. 5).

⁷⁹ Cf. *supra* pt. III.3.B.

Entre siècle des Réformes et Lumières : la liberté religieuse selon Roger Williams (env. 1603-1683)

MICHEL GRANDJEAN*

Introduction

Dans le bel article qu'il a publié dans *La Semaine judiciaire* (2011), Tristan Zimmermann a fait le point sur la laïcité à Genève¹. Fort d'une méthode que sa formation scientifique, puisée aux meilleures sources, lui avait permis d'affiner, il faisait valoir ses capacités à mettre tout problème juridique dans un large contexte historique et, refusant de se limiter au seul cas de Genève, il analysait sommairement, mais avec une rare finesse, les conditions juridiques qui prévalent en France, ou à propos de ce qu'il appelait les « avatars » de la laïcité française, en Turquie ou aux Etats-Unis. C'est peu dire que les travaux juridiques et historiques menés par Tristan Zimmermann et qui ont trouvé un écho dans sa publication de 2011 permirent d'informer les membres de l'Assemblée constituante et de nourrir les débats qui aboutirent finalement à la rédaction de l'article 3 de la Constitution de la République et canton de Genève :

¹ L'Etat est laïque. Il observe une neutralité religieuse.

² Il ne subventionne ni ne subventionne aucune activité culturelle.

³ Les autorités entretiennent des relations avec les communautés religieuses².

Tristan Zimmermann eut entre autres l'occasion d'évoquer dans son article la fameuse formule de Thomas Jefferson sur ce « mur de séparation » qu'il importe de maintenir – ou d'ériger s'il n'existe pas – entre l'Etat et l'Eglise, non sans relever, à juste titre, que cette formule n'avait pas été inventée par Jefferson lui-même mais qu'elle remontait à un pasteur baptiste du XVII^e siècle, Roger Williams, fondateur de la colonie de Rhode Island³. Or, la figure de Roger Williams, quand bien même elle a été statufiée il y a un siècle à Genève sur le Monument international de la Réformation (connu à Genève comme le Mur des réformateurs), demeure généralement peu connue. Prenant pour guides de récents travaux comme ceux de Marc Boss,

* Professeur d'histoire du christianisme à la Faculté de théologie de l'Université de Genève.

¹ TRISTAN ZIMMERMANN, La laïcité et la République et Canton de Genève, *SJ* 2011 II pp. 29-78.

² Cst-GE, art. 3. La Constitution a été adoptée le 14 octobre 2012 par 54,1% des électrices et électeurs qui se sont prononcés. La voix de Tristan s'était hélas éteinte quelques mois plus tôt.

³ ZIMMERMANN (note 1), pp. 49-50 ; voir aussi JEAN BAUBÉROT, Roger Williams and Liberty of Conscience, in *Fides et libertas. Religions and Freedom of Religion: Contributions to Peace among all People*, International Religious Liberty Association, Silver Spring, Maryland 2013, p. 21 (en ligne : <https://www.irla.org/fides-2013.pdf>).

c'est elle qu'en hommage à la mémoire de Tristan Zimmermann, on se propose d'évoquer ici⁴. Il conviendra néanmoins de remonter d'abord au siècle des Réformes et à quelques-unes de ces autres statues du Mur des réformateurs qui renvoient le touriste ou le pèlerin à des hommes d'Eglise sans doute mieux connus que Williams, mais passablement moins que lui sensibles à l'exigence de liberté de conscience et de ce qu'aujourd'hui on appelle les droits de l'homme.

I. Le siècle des Réformes et les droits de l'homme

Ni Jean Calvin, ni Théodore de Bèze, ni Guillaume Farel, ni John Knox (pour nommer les quatre grands du Monument de Genève) n'ont jamais préconisé d'établir dans leur société, placée sous le signe d'un régime de « chrétienté obligatoire », quoi que ce soit qui s'apparenterait de près ou de loin aux droits de l'homme. La liberté de conscience n'entre tout simplement pas dans leur outillage mental, comme en témoignent – entre autres exemples – ces mots que Théodore de Bèze adresse les 18 juin 1570 à son correspondant André Dudith, ancien évêque hongrois passé à la Réforme quelques années plus tôt : « Allons-nous proclamer qu'il faut permettre la liberté aux consciences ? En aucune façon, dans le sens où est comprise cette liberté, comme si chacun pouvait adorer Dieu à sa guise. C'est là un dogme purement diabolique de prétendre qu'il est permis à chacun de périr, s'il le veut ainsi. »⁵

Aucun historien sérieux n'oserait aujourd'hui emboucher la trompette d'Emile Doumergue, auteur fameux en son temps d'une somme sur Calvin⁶, qui se faisait fort de pouvoir trouver chez le Réformateur de Genève les « vraies origines de la démocratie moderne ». Doumergue écrivait ainsi, en 1909, lors du quatrième centenaire de la naissance de Calvin :

S'il est incontestable que la Déclaration des Droits de l'homme est le drapeau qui flotte sur le plus de pays du monde, en attendant qu'il flotte sur tous, il n'est pas moins incontestable que cette Déclaration, non pas dans la forme exacte que lui donna accidentellement la Révolution, mais dans les éléments constitutifs et impérissables, ne vient ni de l'Amérique, ni de l'Angleterre. Elle vient tout d'abord des disciples français de Calvin et de Calvin lui-même.⁷

⁴ MARC BOSS (éd.), *Genèse religieuse de l'État laïque. Textes choisis de Roger Williams*, trad. Mireille Hébert, Labor et Fides, Genève 2013. Voir également : JOHN M. BARRY, *Roger Williams and the Creation of the American Soul. Church, State, and the Birth of Liberty*, Viking (Penguin Group), New York 2012 (biographie bien informée mais dont le style pêche par excès de vulgarisation); DAVID LITTLE, *Calvinism and American National Identity*, in : Thomas J. Davis (éd.), *John Calvin's American Legacy*, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 43-63.

⁵ « *Jactabimusne libertatem conscientis permittendam esse ? Minime, ut haec quidem libertas intelligitur, id est, ut quo quisquomodo volet Deum colat. Est enim hoc mere diabolicum dogma, sinendum esse unumquemque ut si volet pereat.* » (ALAIN DUFOUR/CLAIRE CHIMELLI/BÉATRICE NICOLLIER (éd.), *Correspondance de Théodore de Bèze*, t. 11 (1570), Droz, Genève 1983, lettre n° 780, p. 179 ; traduction empruntée à JOSEPH LECLERC, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Albin Michel, Paris 1994 (1^{re} éd. 1955), p. 333).

⁶ ÉMILE DOUMERGUE, *Jean Calvin. Les hommes et les choses de son temps*, 7 vol., Bridel, Lausanne, puis La Cause, Neuilly-sur-Seine 1899-1927.

⁷ Calvin, un grand Français, in : *Fête commémorative du quatrième centenaire de Jean Calvin...*, Commission du centenaire de la fête de Calvin, Paris 1910, p. 22. Sur toute cette question, voir VALENTINE ZUBER, *L'origine protestante des droits de l'homme. La controverse entre Georg Jellinek et Emile Boutmy et ses résonnances dans le protestantisme réformé français (fin XIX^e-début XX^e siècles)*, in : Philip Benedict/Hugues Daussy/Pierre-Olivier Léchet (éd.), *L'identité huguenote. Faire mémoire et écrire l'histoire (XVI^e-XXI^e siècle)*, Droz, Genève 2014, pp. 523-541. Je ne reviens pas ici sur la controverse, aujourd'hui largement dépassée, entre Georg Jellinek (selon qui les droits de l'homme viennent de la Réforme) et Émile Boutmy (pour qui ces droits viennent des Lumières et sont au contraire autorisés par le recul idéologique du christianisme) ; cf. MICHEL GRANDJEAN, « Droits de l'homme et religion », in : Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éd.), *Introduction aux droits de l'homme*, Yvon Blais, LGDJ, Schulthess, Cowansville, Genève, Zurich, Bâle 2013, pp. 675-688.

Les propos de Doumergue, même prononcés dans un contexte festif, trahissent une erreur de méthode historique. Soit l'on cherche des précurseurs aux droits de l'homme⁸ et Calvin apparaîtra alors comme l'un des éléments de toute une série, qui comprend de nombreuses étapes et qui remonte bien plus haut que lui, soit l'on reconnaît, avec Lynn Hunt et d'autres, que les droits de l'homme, en tant qu'invention conceptuelle, naissent quelque part au XVIII^e siècle (l'expression même se trouve semble-t-il pour la toute première fois sous la plume du Genevois Jean-Jacques Burlamaqui, professeur de droit à l'Académie, avant d'être reprise sous celle Rousseau)⁹.

Tout cela n'interdit pas, bien sûr, qu'on tente d'articuler « religion » et « droits de l'homme », ainsi que Tristan Zimmermann l'a lui-même montré. Mais si l'on veut chercher, en matière de droits de l'homme, un précurseur quelque peu consistant parmi les réformateurs du XVI^e siècle, ce n'est assurément pas à Farel, à Calvin ou à Bèze – pour s'en tenir au microcosme de Genève – qu'il faut penser, mais plutôt à Sébastien Castellion. Grand absent du Mur des réformateurs (la mémoire de Calvin et de Bèze, qui le détestaient cordialement, en aurait assurément été offusquée !), Castellion n'imprime sa marque dans le paysage mémoriel à Genève que depuis 2015¹⁰.

Quand Castellion intervient sur le terrain qui nous intéresse ici, au lendemain de l'exécution de Michel Servet (27 octobre 1553), il ne le fait pas pour se ranger sans autres du côté des idées professées par l'humaniste espagnol, mais pour dénoncer le fait même de sa condamnation à mort. Il rédige plusieurs textes, dont le plus important, le *Contre le libelle de Calvin*, ne sera imprimé en Hollande qu'un demi-siècle plus tard¹¹. En voici les mots les plus fameux, que sous-tend le projet de distinguer la paix sociale, à laquelle le pouvoir politique doit œuvrer quotidiennement, et la défense de la doctrine, de laquelle il n'a à se mêler sous aucun prétexte :

Tuer un homme, ce n'est pas défendre une doctrine, c'est tuer un homme. Quand les Genevois tuèrent Servet, ils ne défendirent pas une doctrine, ils tuèrent un homme. La défense de la doctrine n'est pas l'affaire du magistrat (qu'est-ce que le glaive peut avoir à faire avec la doctrine ?), c'est l'affaire des docteurs. L'affaire du magistrat, c'est de défendre le docteur comme il défend le paysan, l'artisan, le médecin, n'importe qui d'autre, contre les injustices. C'est pourquoi, si Servet avait voulu tuer Calvin, c'est à bon droit que le magistrat aurait pris la défense de Calvin. Mais Servet a combattu avec des arguments et des écrits : il fallait le combattre par des arguments et des écrits.¹²

Castellion n'est pas par principe hostile à la peine de mort. Mais il s'insurge en silence (puisque son manuscrit ne trouve pas d'imprimeur) contre l'idée même que la droite doctrine puisse faire l'objet d'une contrainte. C'est la même indignation qui traverse, quelques années plus tard, un autre des textes, imprimé certes celui-là, mais anonymement et en peu d'exemplaires, qui seront vite saisis : le *Conseil à la France désolée*¹³. Pour Théodore de Bèze, ce

⁸ Le point sur la question a été fait récemment par MAYA HERTIG RANDALL, Histoire des droits de l'homme, in : *Introduction aux droits de l'homme* (note 7), pp. 4-18.

⁹ LYNN HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, W.W. Norton, New York 2007; *L'invention des droits de l'homme. Histoire, psychologie et politique*, trad. Sylvie Kleiman-Lafon, Markus Heller, Genève 2013.

¹⁰ Un buste de Castellion, dû à François Bonnot, a été inauguré à Vandœuvres le 30 mai 2015, à l'occasion du 5^e centenaire de la naissance du théologien. Voir *Castellion à Vandœuvres (1515-2015)*, Droz, Genève 2017 ; FERDINAND BUISSON, *Sébastien Castellion. Sa vie et son œuvre (1515-1563)*, 2 vol., Hachette, Paris 1892 (rééd. Droz, Genève 2010).

¹¹ Le *Contra libellum Calvinii* de Castellion n'a été traduit – excellentement au demeurant – qu'il y a une vingtaine d'années : SÉBASTIEN CASTELLION, *Contre le libelle de Calvin. Après la mort de Michel Servet*, trad. Etienne Barillier, Zoé, Carouge-Genève 1998. Cf. MICHEL GRANDJEAN, 'Tuer un homme, ce n'est défendre une doctrine.' Castellion est-il notre contemporain ?, in : *Castellion à Vandœuvres* (note 10), pp. 61-74.

¹² CASTELLION (note 11), p. 161.

¹³ Seuls 5 exemplaires de l'édition originale de 1562 ont été conservés (dont l'un est visible sur <http://gallica.bnf.fr>). L'édition standard est celle de Marius F. Valkhoff : SÉBASTIEN CASTELLION, *Conseil à la France*

livre est le fait d'un ambitieux qui « conseille qu'un chacun croye ce qu'il voudra, ouvrant la porte par mesme moyen à toutes heresies et fausses doctrines »¹⁴.

En clair, Castellion dénonce la contrainte des consciences (sous sa plume : le « forçement des consciences ») comme la cause des maux qui ravagent la France : il écrit, rappelons-le, au lendemain du massacre de Wassy (1^{er} mars 1562), qui déclenche les guerres de religion. Nul n'accepterait de voir sa conscience contrainte par la force. Aussi la règle d'or interdit-elle également de contraindre la conscience d'autrui :

Et ne sçavés-vous pas que les consciences accuseront ou excuseront chacun au jour du juste Jugement ? Et sçavés-vous si le tort est petit que vous avés fait à vos frères ? Il est bien si petit qu'ilz ont mieux aimé endurer tous les maux que vostre cruauté (il faut qu'ainsi à la vérité je la nomme) a sceü inventer, que de faire (comme vous le requériés) chose contre leur conscience, ce qui est un signe que forcer la conscience d'un homme est pis que luy oster cruellement la vie, puisqu'un homme craignant Dieu ayme mieux se laisser oster cruellement la vie que de laisser forcer sa conscience.¹⁵

Et plus loin : « Aprenez de vos propres consciences à ne forcer celles d'autrui, et si vous ne pouvez endurer un moindre tort, n'en faites pas à autrui un plus grand. »¹⁶ Chacun étant susceptible d'être l'hérétique d'autrui, vouloir mettre à mort l'hérétique ne peut que déchaîner des violences sans fin. Les premiers chrétiens eux-mêmes, qui n'étaient pas toujours d'accord entre eux, se seraient entrégorgés. Castellion a ces mots définitifs : « Car de penser qu'une conscience puisse estre persuadée par force, c'est aussi grande folie comme qui voudroit atout [avec] une espée ou halebarde tuer la pensée d'un homme. »¹⁷

On a souvent montré que Castellion annonçait Pierre Bayle et son *Commentaire philosophique* de 1686. Chacun peut se tromper, écrira Bayle, qui défendra ainsi le droit de la « conscience errante ». Mais, s'il faut combattre l'erreur, ce ne peut être qu'à l'aide de la vérité :

Si l'on me demande donc bien précisément ce que je pense de certains Etats protestants qui ne souffrent qu'une religion ; je répons que s'ils le font par la seule vue de la fausseté qu'ils croient être dans les dogmes des autres religions, ils ont tort ; car qui a requis cela de leurs mains ? La fausseté doit-elle être combattue par d'autres armes que par celles de la vérité ? Combattre des erreurs à coups de bâton, n'est-ce pas la même absurdité que de se battre contre des bastions avec des harangues et des syllogismes.¹⁸

Comme Bayle connaît bien Castellion, à qui il consacre un article de son *Dictionnaire historique et critique*¹⁹, on peut sans difficulté établir entre les deux penseurs une archéologie de l'idée selon laquelle la contrainte est illégitime en matière de conscience et de croyance – idée qu'on appelle généralement « tolérance » sous l'Ancien Régime. Nul mieux que Voltaire ne saura se faire le héraut de cette tolérance, au lendemain de l'affaire Calas, quand il publiera son *Traité sur la tolérance*. La règle d'or (comme déjà chez Castellion) condamne à elle seule la posture du

désolée, Droz, Genève 1967 (deux éditions modernisées ont paru récemment : La Passe du Vent, Genouilleux 2015, Ampelos, Maisons-Lafitte 2015).

¹⁴ [Vie de Calvin], in : *Calvini opera*, t. 21, col. 27.

¹⁵ CASTELLION (note 13), p. 25.

¹⁶ CASTELLION (note 13), p. 26.

¹⁷ CASTELLION (note 13), p. 51.

¹⁸ *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ « Contrains-les d'entrer »*, 2^e partie, ch. 5 (éd. utilisée : PIERRE BAYLE, *De la tolérance. Commentaire philosophique (...)*, Jean-Michel Gros (éd.), Presses Pocket, Paris 1992, p. 245).

¹⁹ Ce *Dictionnaire* a connu de nombreuses éditions à partir de 1697 (voir HUBERT BOST, *Pierre Bayle*, Fayard, Paris 2006, pp. 462-463).

« Crois ce que je crois et ce que tu ne peux croire, ou tu périras »²⁰. Il conclura son réquisitoire contre l'intolérance par ces mots que ni Bayle ni Castellion n'auraient désavoués :

Le droit de l'intolérance est donc absurde et barbare ; c'est le droit des tigres ; et il est bien plus horrible, car les tigres ne déchirent que pour manger, et nous nous sommes exterminés pour des paragraphes.²¹

Or, entre Castellion et Voltaire, il est une figure anglo-saxonne dont l'évocation a toute sa place. C'est celle de ce Roger Williams vers lequel il nous faut à présent nous tourner.

II. Roger Williams, défenseur de la tolérance et précurseur de la laïcité

Concevant le Monument international de la Réformation, Charles Borgeaud a tenu à présenter la Réforme calvinienne non tant dans sa dimension théologique (comment rendre par la sculpture des concepts comme *sola gratia*, *sola fide*, *sola Scriptura* ou *solus Christus* ?), que dans sa dimension politique²². C'est ainsi que les quatre réformateurs qui ont exercé plus ou moins longtemps leur ministère à Genève ont été flanqués par les concepteurs du monument de six hommes politiques du monde de la Réforme provenant d'horizons aussi variés que possible afin d'exprimer le caractère international de la communauté des disciples de Calvin : l'amiral de Coligny, Guillaume d'Orange, l'électeur Frédéric-Guillaume de Brandebourg (en sa qualité d'hôte des réfugiés huguenots de la Révocation), Oliver Cromwell, Étienne Bocskaï (prince de Transylvanie et meneur de l'insurrection contre les Habsbourg), enfin Roger Williams, pour la figuration duquel on ne disposait d'aucune représentation et dont il a fallu purement et simplement inventer les traits.

Williams est né à Londres, probablement en 1603²³. Après des études à Cambridge, il espère travailler à renforcer l'aile puritaine de l'Église d'Angleterre, un projet que la nomination de William Laud comme archevêque de Cantorbéry compromet du tout au tout. Comme plusieurs autres, Williams cherche alors sous d'autres cieux un lieu où vivre librement son projet d'Église et quitte l'ancienne Angleterre pour la nouvelle. Il est dès 1631 pasteur dans le Massachussets, à Salem. En indécision avec les autorités coloniales du Massachussets (notamment du fait qu'il défend face aux colons les droits des Indiens, comme les Narragansett, à posséder les terres), Williams se réfugie à Plymouth, puis en territoire indien. Il est néanmoins convoqué devant la Cour générale de Boston, qui lui reproche quatre délits : il conteste la charte royale qui fonde la colonie ; il entend dispenser les habitants non croyants de prier ou de prêter serment ; il met en cause la légitimité des pasteurs qui n'ont pas rompu avec l'Église d'Angleterre ; enfin – ce n'est pas le moindre des reproches qu'on lui fait – il ose prétendre que le magistrat ne devrait exercer son pouvoir que sur les corps et les biens, à l'exclusion des consciences. Quittant définitivement le Massachussets, il fonde alors la Plantation de Providence (le nom officiel de cet Etat est aujourd'hui encore « Rhode Island and Providence Plantations ») ; c'est le plus petit des Etats-Unis, pour une surface légèrement inférieure à celle du canton de Vaud en Suisse ou du département du Rhône en France).

²⁰ VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, s.l. 1763, ch. 6, p. 48.

²¹ *Id.*, p. 49.

²² Sur ce monument, voir en dernier lieu ALEXANDRE FIETTE (éd.), *Faire le mur ? Le monument international de la Réformation à 100 ans*, Musées d'art et d'histoire, Genève 2017. Voir également LUC WEIBEL, *Les essais d'une vie. Charles Borgeaud (1861-1940)*, Alphil, Neuchâtel 2013 (ainsi que, du même auteur, mais d'une plume plus littéraire, *Le monument*, Zoé, Genève 1994).

²³ Je me fonde ici sur l'esquisse biographique donnée par Boss en introduction à la récente anthologie des textes de Williams : voir BOSS (note 4), pp. 18-25.

Williams fait à quelques reprises le voyage de Londres pour défendre les droits de cette nouvelle colonie et en profite pour y publier ses textes (lesquels sont à peu près la seule source par laquelle on le connait, le reste de ses archives ayant été détruit en Amérique lors d'une attaque d'Indiens et à Londres dans l'incendie de 1666). Sous le gouvernement de Williams, Providence se signale par l'accueil des dissidents : on y trouve en 1639 les premiers baptistes de toutes les colonies américaines ; en 1658 s'y établit la deuxième communauté juive d'Amérique du Nord (quatre ans seulement après la Nouvelle-Amsterdam) ; par la suite, Williams y accueillera des quakers, indépendamment du fait qu'il les combatte avec véhémence sur plusieurs points de doctrine. Il meurt en 1683.

À la défense de la liberté religieuse, Williams, sous couvert d'anonymat, publie en 1644 à Londres, un texte au titre effroyable : *The Bloody Tenent of Persecution, for cause of Conscience, discussed, in A Conference betweene Truth and Peace (...)*.²⁴ Cette *Doctrine sanguinaire* (ou *sanglante*), celle que le christianisme, pour Williams, a prêchée chaque fois qu'il a tenté de légitimer la persécution des hérétiques, ne va pas rester sans réplique. Un pasteur calviniste de la plus stricte orthodoxie, qui donna aux Églises presbytériennes du Massachusetts une ecclésiologie congrégationaliste et qu'on rattache à la mouvance puritaine, John Cotton (1585-1652), entreprit de dénoncer la position de Williams en montrant que le sang même du Christ a lavé cette doctrine de toutes ses souillures supposées. C'est ainsi que Cotton publia en 1647, également à Londres, une réponse cinglante : *The Bloody Tenent, Washed and Made White in the blood of the Lambe (...)*.²⁵

Williams n'étant pas homme à rester coi, il riposte ensuite sans craindre de filer plus loin encore la métaphore du sang et publie en 1652, cette fois à visage découvert, *La doctrine sanguinaire plus sanguinaire encore à la suite des efforts de M. Cotton pour la laver et la blanchir dans le sang de l'Agneau, lui dont le précieux sang a été versé par le sang de ses serviteurs et par le sang des multitudes, répandu dans les guerres de jadis et d'aujourd'hui au nom de la conscience (...)*.²⁶ Pour Williams, rien dans le christianisme ne permet de défendre l'idée que la conscience puisse être contrainte ou que Jésus-Christ, « prince de paix », puisse requérir le sang « des centaines de milliers de protestants et de papistes » qui a été versé dans les guerres de religion. Sous-jacente à cette conviction, on discerne la compréhension qu'a Williams du pouvoir civil, qu'il considère comme une instance totalement inapte à légiférer en matière de culte ou de doctrine :

(...) il est montré que tous les pouvoirs civils et leurs officiers de justice avec leurs constitutions et leurs administrations respectives sont civils par essence, et que par conséquent ils ne sont ni juges, ni gouverneurs, ni défenseurs de la condition et du culte spirituels ou chrétiens.²⁷

La liberté des consciences et des cultes doit donc être « garantie à tous, dans chaque nation et dans chaque pays », sans nulle restriction. Et Williams d'énumérer les « plus païens » (*the most Paganish*), les juifs, les Turcs (entendons les musulmans) et les antichrétiens (*Antichristians*,

²⁴ Publiée dans *The Complete Writings of Roger Williams*, vol. 3, Russell & Russell, New York 1963, pp. 1-425; quelques extraits traduits dans BOSS (note 4), pp. 61-73 (Boss a montré, sur la base d'une confrontation attentive aux éditions originales, que l'édition des Complete Writings est très loin d'être fiable).

²⁵ Matthew Symmons for Hannay Allen 1647 (le titre complet du livre de Cotton sera cité plus loin). Sur Cotton, voir EVERETT H. EMERSON, *John Cotton*, Twayne, New York 1965; LILIANE CRÉTÉ, *John Cotton, 1585-1652. Au cœur de l'émotion puritaine*, Labor et Fides, Genève 2007; MICHEL GRANDJEAN, « Puritanisme », in : Laurent Lemoine/Eric Gaziaux/Denis Müller (éd.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne*, Cerf, Paris 2013, pp. 1669-1678.

²⁶ *The Bloody Tenent yet More Bloody: by Mr Cottons endeavour to wash it white in the Blood of the Lambe; of whose Precious Blood, Spilt in the Blood of his Servants; and of the Blood of Millions Spilt in Former and Later Wars for Conscience sake (...)*, Giles Calvert, London 1652, publié dans *Complete Writings* (note 24), t. 4, Russell & Russell, New York 1963, pp. 1-547.

²⁷ WILLIAMS, *Bloody Tenent* (note 26), p. 3, trad. BOSS (note 4), p. 63.

probablement les athées). « Et on ne doit pas les combattre autrement qu'avec la seule épée capable de conquête (dans les affaires de l'âme), l'épée de l'Esprit de Dieu, la parole de Dieu. »²⁸ Concrètement, ce principe implique, pour Williams, le respect des religions indiennes. Considérant, contrairement à la majorité de ses contemporains, que rien n'indique que la fin des temps serait imminente, il renoncera même – cas probablement unique dans l'histoire de l'expansion du christianisme à l'époque moderne – à christianiser les Indiens de Rhode Island.

Quant au rôle de l'Etat, Williams est là encore d'une clarté limpide : si la tâche d'un chrétien est certes de sauver son âme, puis, aussitôt après, de travailler au salut de ses prochains, la tâche d'un magistrat est exclusivement de « sauver les corps et les biens »²⁹. Ainsi, dans le cas où le magistrat est chrétien, il lui appartient de distinguer par principe entre ce qu'il pratique en tant que croyant (par exemple : le repos dominical) et ce qu'il impose en tant que magistrat. Du vivant de Williams, aucune loi n'interdira par exemple à Rhode Island d'ouvrir les commerces le dimanche³⁰. C'est que la conscience humaine ne peut non seulement être contrainte, elle ne peut, selon des mots de Williams qui auraient tout aussi bien pu être ceux de Castellion, être violée : tous les hommes, les Indiens eux-mêmes, répugnent à l'idée « d'une épouse qui entrerait dans un lit de contrainte »³¹. Ou ailleurs, sans crainte de l'hyperbole mais dans un réquisitoire d'une rhétorique puissante adressé en 1644 au Parlement d'Angleterre :

(...) quelle que soit la voie que vos propres consciences vous persuadent de suivre pour rendre un culte à Dieu, que jamais, ni à Rome ni à Oxford, on ne puisse dire du Parlement d'Angleterre qu'il a commis quelque acte de violence sanguinaire sur les consciences d'autrui, car ce serait un plus grand viol que s'il avait forcé ou violenté les corps de toutes les femmes sur la terre ; et qu'il ne soit pas dit que ce Parlement (si renommé partout en Europe et dans le monde) aura fini par façonner les papistes, les prêtres, les presbytériens, les indépendants, les sociniens, les familistes, les antinomistes, etc., en confortant toutes ces consciences diverses par l'usage de la force et de la violence civiles.³²

En un mot comme en cent, « les consciences des hommes ne devraient être en aucune façon violées, harcelées ou contraintes »³³. Rejoignant sans la connaître probablement l'analyse de Castellion et anticipant celle de Bayle, Williams estime que l'histoire montre assez les ravages de la contrainte des consciences et qu'en conséquence la force employée à défendre ou à imposer une croyance, loin d'être une solution au problème d'une société plurielle, est ce problème même.

La logique de Williams force l'admiration : on pourrait à la limite imposer légitimement le vrai culte, mais à la condition expresse qu'on puisse être sûr qu'il s'agit bien du vrai culte. Or, nul ne peut être juge de soi-même. « Ne limitez pas le Saint Israël (c'est-à-dire Dieu), écrit Williams au Parlement, à vos compréhensions, vos débats, vos conclusions. »³⁴ Entre Dieu lui-

²⁸ *Ibid.*, trad. BOSS (note 4), *ibid.* Cf. Éphésiens 6,17. A noter que Williams, contrairement à ce que John Locke préconisera plus tard (A Letter Concerning Toleration, 1689), n'exclut pas les catholiques du champ de la tolérance religieuse.

²⁹ WILLIAMS, *Bloody Tenent* (note 26), p. 5 ; trad. BOSS (note 4), p. 65.

³⁰ Voir DAVID LITTLE, Constitutional Protection of the Freedom of Conscience in Colonial America. The Rhode Island and Pennsylvania Experiments, in : *Christianity and Freedom. Historical Perspectives*, vol. 1, Cambridge University Presse, Cambridge 2016, p. 246. LITTLE souligne encore que c'est à Rhode Island que fut promulguée la première loi des colonies nord-américaines contre l'esclavage (1652).

³¹ LITTLE (note 30), p. 242.

³² WILLIAMS, Adresse au Parlement (dans WILLIAMS, *Bloody Tenent*, note 26), trad. BOSS (note 4), p. 69.

³³ *Idem*, trad. BOSS (note 4), p. 68.

³⁴ *Idem*. Williams fait allusion au Psaume 78,41 dans la version autorisée de Jacques I^{er} (« *Yea, they turned back and tempted God, and limited the Holy One of Israel* »). Les traductions modernes ont plutôt « ils offensèrent » ou « ils affligèrent » le Saint d'Israël.

même, l'absolu, et ce que les humains en disent, se creuse une faille dans laquelle viennent se loger les interprétations et qui permet de relativiser tous les discours et tous les actes qui se réclament d'une révélation.

Pareil discours n'était pas audible pour la plupart des contemporains de Williams. On a mentionné le nom de son adversaire principal, John Cotton, l'homme fort du calvinisme de stricte obédience, le puritanisme, dans la colonie du Massachussetts. Cotton est certes prêt à défendre la liberté religieuse, mais uniquement dans la mesure où cette liberté bénéficie à ceux qui professent la saine piété et qui craignent Dieu en vérité. Voici d'ailleurs le titre même du livre de 1647 par lequel il entreprend de réfuter les arguments de Williams, titre qui en constitue proprement l'argument :

La doctrine sanguinaire lavée et blanchie dans le sang de l'Agneau, laquelle est discutée et disculpée de toute culpabilité sanguinaire par une juste défense, où est traitée la grande question de notre époque, à savoir : Dans quelle mesure la liberté de conscience doit-elle être accordée à ceux qui craignent Dieu en vérité ? Et dans quelle mesure doit-on réfréner les personnes séditeuses et pestilentielles qui ne se contentent pas d'attaquer le fondement de la piété mais qui troublent la paix civile ? En outre, dans quelle mesure le magistrat peut-il intervenir relativement aux commandements de la première table³⁵ ? Et que tous les magistrats doivent observer la parole et la volonté de Dieu, et organiser leur gouvernement en accord avec elles.³⁶

Pour Cotton, la position d'un Williams relève de la schizophrénie : si le magistrat est chrétien (et comment pourrait-il ne pas l'être ?), il doit agir en toute chose en tant que magistrat *et* en tant que chrétien. S'il respecte le commandement du jour du repos, il ne peut qu'interdire aussi l'ouverture des commerces le dimanche. Mais il y a plus : le fait que Cotton dénonce la persécution dont les puritains sont victimes en Angleterre n'empêche pas que, face aux dissidents de son propre entourage, il agisse tout autrement : la persécution est pour lui légitime face à quelqu'un qui persiste dans l'erreur malgré « une ou deux admonestations sagement et fidèlement dispensées ». En d'autres termes, l'hérétique ne peut, dans cette perspective, se prévaloir de sa propre conscience.

Le sophisme de ce raisonnement politique n'échappera pas à Williams : nul ne peut s'attribuer à soi-même le rôle d'un juge en matière d'orthodoxie ni, partant, condamner autrui pour hétérodoxie. Reprenant une quinzaine d'années avant La Fontaine la vieille fable d'Ésope du loup et de l'agneau, il défend ainsi ce sain principe méthodologique :

Or, pour ce qui est de la persécution de l'un par l'autre, je l'admets, le loup (le persécuteur) dévore la chèvre, le pourceau, oui, le renard lui-même et d'autres créatures aussi bien que la brebis et l'agneau inoffensifs ! Pourtant, comme le Seigneur Jésus a usé de cette excellente fable ou parabole d'un loup revêtu d'une peau de brebis³⁷, je peux opportunément utiliser celle du loup et du pauvre agneau descendus ensemble pour se désaltérer dans le même petit cours d'eau. Le loup cruel et fort boit en amont, sur la hauteur, l'agneau innocent et faible boit en contrebas. Le loup interpelle l'agneau et lui cherche querelle, lui reprochant de corrompre et de souiller l'eau. L'agneau (qui n'ose pas défendre sa cause en faisant remarquer combien il est plus aisé pour le loup de souiller l'eau, lui qui boit plus haut dans le courant) plaide l'improbabilité et l'impossibilité pour un cours d'eau de charrier la souillure vers l'amont. Voilà le litige, voilà le procès. Mais qui sera juge ? Même si jamais l'agneau

³⁵ Il s'agit des commandements de la première table de la loi, qui concernent le rapport à Dieu (interdit de célébrer d'autres dieux, de l'idolâtrie et du blasphème, respect du sabbat), par opposition aux commandements de la seconde table, qui concernent le rapport aux humains (interdit du meurtre, de l'adultère, du faux témoignage, etc., cf. Exode 20,1-17).

³⁶ Cf. note 25.

³⁷ Cf. Matthieu 7,15.

n'a été aussi innocent et sa cause aussi juste, son adversaire le loup sera son juge ; cruel et fort il mettra bientôt l'agneau en pièces.³⁸

La fable d'Ésope est ainsi convoquée au service de la liberté de conscience en cela qu'elle illustre l'injustice de quiconque voudrait être son propre juge. En conséquence, aucun chef d'Église ni, par extension, quelque dignitaire religieux que ce soit, ne peut sans offenser la raison imposer son catéchisme personnel à la communauté civile.

Conclusion

La leçon de Roger Williams ne comptera pas pour rien, au XVIII^e siècle, dans les déclarations d'indépendance des diverses colonies d'Amérique qui feront à la liberté de croyance une place toute particulière³⁹.

Mais revenons au Monument international de la Réformation de Genève. Dans un article publié en 1891, Charles Borgeaud évoquait une statue de Williams à Providence :

La ville de Providence a élevé un monument à la mémoire de son fondateur. La statue de Roger Williams le représente debout, comme prêt à parler dans une assemblée du peuple. Son bras gauche soutient et presse sur sa poitrine un livre sur lequel on lit, en gros caractères, deux mots et une date : Soul Liberty - 1636. Ces mots et cette date résument la gloire de Providence et de la république dont elle fut le premier centre.⁴⁰

Quinze ans plus, quand Borgeaud conçoit le Mur des réformateurs, il tient à faire une place au calvinisme états-unien. La logique aurait voulu qu'il y mît Cotton, thuriféraire de Calvin, partisan, comme Calvin, de ce régime de « chrétienté obligatoire ». Or, Borgeaud choisit au contraire d'ignorer Cotton et de statuer Williams⁴¹. Sur le livre de pierre que Williams porte depuis un siècle, on lit ces deux mots qui avaient ému Borgeaud à Providence : SOUL LIBERTY. La liberté de conscience, n'en déplaise aux quatre personnages centraux, a donc sa place, en lettres petites mais majuscules, sur le Mur des réformateurs de Genève. On le doit à Williams, on le doit à Borgeaud.

Dans son article de 2011, Tristan Zimmermann observait que « jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, tous les Etats occidentaux étaient de nature confessionnelle »⁴². Sans doute aurait-il accordé une exception pour la colonie de Rhode Island. Quoi qu'il en soit, l'appel qu'il lançait pour une laïcité guidée par l'idée de tolérance (ou de respect, comme il le suggérait aussi), est aujourd'hui plus que jamais d'actualité à Genève, en Europe et dans le monde.

³⁸ WILLIAMS, *Bloody Tenent* (note 26), dans l'excellente traduction de BOSS (note 4), pp. 79-80.

³⁹ Voir notamment DONALD S. LUTH, *The Origins of American Constitutionalism*, Louisiana State University Press, Baton Rouge et Londres 1988, p. 120 ; HUNT (note 9) ; GRANDJEAN (note 7).

⁴⁰ CHARLES BORGEAUD, Premières constitutions de la démocratie américaine, in : *Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*, 6^e année, Paris, 1891, p. 24.

⁴¹ Cf. BOSS (note 4), pp. 9-12.

⁴² ZIMMERMANN (note 1), p. 29.

Aux antipodes du juge Scalia : L'arrêt « St. Margrethen » du 11 décembre 2015 sur l'interdiction du port du voile par une élève dans une perspective comparative

MAYA HERTIG RANDALL*

Introduction

La liberté religieuse dans l'enceinte scolaire était au cœur des recherches doctorales de Tristan Zimmermann. Affichage des symboles religieux dans les salles de classe¹, interdiction du port du voile imposée aux enseignantes², dispense des cours de natation des élèves musulman-e-s ou port du burkini comme solution alternative³ – Tristan aimait débattre de ces questions et tester ses thèses, à la fois avec rigueur et passion. Habité par son sujet, il l'abordait toujours avec la préoccupation de la protection des minorités, en gardant à l'esprit les valeurs du pluralisme et de la tolérance. Cette démarche l'a amené, comme il nous l'a dit avec une bonne dose d'ironie qui lui était propre, à dormir avec la Torah et le Coran sur sa table de nuit. L'arrêt *St. Margrethen* du Tribunal fédéral du 11 décembre 2015⁴ y aurait sans doute également trouvé sa place. Tristan l'aurait attendu avec impatience, vu la question que le Tribunal fédéral avait à trancher : l'interdiction faite à une élève musulmane de porter le voile islamique à l'école publique est-elle compatible avec la liberté religieuse ?

* Professeure à l'Université de Genève. L'auteure remercie chaleureusement Olivia Le Fort, avocate, LL.M. (McGill), assistante auprès du Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève, de sa précieuse aide dans la mise au point du manuscrit.

¹ Voir à ce sujet ATF 116 Ia 252 *Commune de Cadro* = JdT 1992 I 5.

² Voir ATF 123 I 296 *Dahlab* ; Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (2001).

³ Voir ATF 119 Ia 178 = JdT 1995 I 290 (favorable aux dispenses); le Tribunal fédéral a opéré un revirement de jurisprudence dans ATF 135 I 79 = JdT 2009 I 343, portant sur une dispense demandée en faveur de deux garçons. Il a confirmé ultérieurement que son raisonnement s'applique également à des dispenses de filles. Voir arrêts 2C_1079/2012 du 11 avril 2013; 2C_666/2011 du 7 mars 2012. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé la nouvelle pratique restrictive à l'égard des dispenses conforme à la Convention, cf. Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, n° 29086/12 (2017), concernant un cas où les autorités scolaires avaient accepté le port du burkini pour tenir compte de la conviction religieuse de l'élève.

⁴ ATF 142 I 49 = JdT 2016 I 67. Pour un commentaire d'arrêt, cf. MIRINA GROSZ, 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.

Nous n'aurons jamais l'occasion de discuter l'arrêt *St. Margrethen* avec Tristan, nous faisons toutefois le pari que l'issue de l'arrêt, concluant à une violation de la liberté de conscience et de croyance, l'aurait enchanté. Bien avant que la question ne soit portée devant le Tribunal fédéral, Tristan s'en était saisi dans un article paru en 2012⁵. Les juges de Mon Repos citent par ailleurs dans l'arrêt *St. Margrethen* une autre contribution de Tristan, consacrée à la laïcité dans la République et le Canton de Genève⁶. Ledit article, paru en 2011, était déjà mentionné dans l'arrêt *Bürglen* du 11 juillet 2013⁷, lequel avait offert au Tribunal fédéral la première occasion de statuer sur un recours concernant le port du voile islamique par une écolière. La Cour suprême helvétique y a rejeté le recours de la commune faisant valoir une violation de son autonomie au motif que l'interdiction litigieuse ne reposait pas sur une base légale suffisante⁸, sans examiner les autres conditions de restriction⁹. La question épineuse du voile à l'école n'avait dès lors trouvé qu'un début de réponse. Se situant dans le prolongement de l'arrêt *Bürglen*¹⁰, l'arrêt *St. Margrethen*, rendu, comme l'arrêt du 11 juillet 2013, sur recours de la commune, apporte d'importants éclaircissements. Nous nous livrerons à quelques observations tant sur la méthode (I.) que sur le fond (II.), en comparant le raisonnement et l'approche du Tribunal fédéral à la pensée de Tristan et à nos propres réflexions, nourries par le droit international et comparé.

I. Observations sur la méthode

L'arrêt *St. Margrethen* aurait très probablement trouvé l'approbation de Tristan non seulement sur le fond mais également sur le plan méthodologique. Ouvert d'esprit, vif et curieux, Tristan aimait « s'oxygéner ailleurs »¹¹. Sa soif de savoir le conduisait naturellement à transcender les frontières nationales et à s'inspirer du droit comparé et du droit international. Attaché à la libre circulation des idées, il éprouvait peu de sympathie pour des réflexes de clôture. L'approche considérant l'ordre constitutionnel comme un système clos, incarnant une identité nationale menacée par le recours au droit international et comparé, était étrangère à Tristan. La lecture de l'opinion dissidente du juge Scalia dans l'arrêt *Roper v. Simmons* de la Cour

⁵ TRISTAN ZIMMERMANN, Le voile versus le crucifix ou le conflit entre la liberté religieuse et la neutralité religieuse de l'Etat, *Jusletter* 5 mars 2012.

⁶ Voir ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 69 = JdT 2016 I 67, p. 84, citant TRISTAN ZIMMERMANN, La laïcité et la République et Canton de Genève, *SJ* 2011 II pp. 29-78.

⁷ Voir ATF 139 I 280 consid. 5.5.1 p. 289 = JdT 2014 I 118, p. 126.

⁸ Cf. l'art. 36 al. 1 Cst.

⁹ Cf. l'art. 36 al. 2 à 4 Cst.

¹⁰ Surtout le raisonnement du Tribunal fédéral sur la portée de la neutralité religieuse (voir *infra*, II.1.), et sur l'exigence d'une base légale se fonde sur l'arrêt *Bürglen*. Quant au second point, le Tribunal fédéral confirme que l'interdiction du port du voile islamique constitue une atteinte grave à la liberté religieuse, qui doit être fondée sur une base légale formelle (ATF 142 I 49 consid. 7 = JdT 2016 I 67, pp. 79 ss; ATF 139 I 280 consid. 5 = JdT 2014 I 118, pp. 121 ss). Dans l'arrêt *Bürglen*, les autorités scolaires s'étaient fondées sur les articles consacrés aux objectifs de l'enseignement dans la loi scolaire cantonale, dispositions jugées insuffisantes pour justifier la mesure attentatoire à la liberté de conscience et de croyance par le Tribunal fédéral. Dans l'arrêt *St. Margrethen*, l'interdiction de fréquenter l'enseignement avec un couvre-chef était prévue dans le règlement scolaire sujet au référendum facultatif selon le droit cantonal. Relevant que l'instance antérieure avait considéré cette base légale comme étant suffisante, ce qui n'a pas été contesté par les intimés, le Tribunal fédéral estime que les exigences en matière de légalité étaient remplies (ATF 142 I 49 consid. 7.3 p. 65 = JdT 2016 I 67, p. 81; pour une analyse plus approfondie, cf. GROSZ [note 4], pp. 967 ss).

¹¹ Expression inspirée par l'intervention de l'ancienne juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Françoise Tulkens, à la journée d'études « Jusqu'où va la liberté d'expression ? Réflexions à propos de l'affaire Perinçek et du négationnisme », Genève, 20 février 2015.

suprême des Etats-Unis¹² l'a confronté à une telle vision, poussée à l'extrême¹³. Tristan a choisi d'afficher son désaccord en collant à la porte de son bureau le portrait du vénérable juge américain — portrait tiré d'un set de coloriage pour enfants.

L'arrêt *St. Margrethen* se situe aux antipodes d'une approche isolationniste préconisée par le juge Scalia. Il se distingue par de nombreuses références à la jurisprudence étrangère et internationale. Comme le Tribunal fédéral l'avait déjà fait dans le domaine de la liberté religieuse dans l'arrêt *Commune de Cadro*¹⁴, il cite la jurisprudence américaine et allemande¹⁵. Ces références ne sont pas uniquement une formalité. Ainsi que les observations sur le fond le montreront, le raisonnement du Tribunal fédéral s'inspire fortement d'un arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 27 janvier 2015¹⁶, rendu quelques mois avant l'arrêt *St. Margrethen*.

Les juges de Mon Repos passent aussi en revue la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme¹⁷. Leur analyse comparative les amène au constat que le port des symboles religieux reste largement permis, y compris dans

¹² Cour suprême des Etats-Unis, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Dans cette affaire, la décision de la majorité a franchi le pas de déclarer inconstitutionnelle la peine de mort pour les personnes condamnées pour un crime ayant été commis avant 18 ans au motif que la peine capitale fait partie des « châtiments cruels et exceptionnels » (« *cruel and unusual punishments* ») pros crits par le VIII^{ème} amendement. A l'appui de cette conclusion, la Cour se réfère entre autres au droit international et au droit comparé pour relever que les Etats-Unis étaient le seul pays au monde qui admettait encore officiellement la peine de mort pour les mineurs. La position totalement isolée des Etats-Unis n'a pas empêché le juge Scalia de rejeter le droit comparé et le droit international comme une source d'inspiration pour l'interprétation de la Constitution américaine : « *More fundamentally, however, the basic premise of the Court's argument — that American law should conform to the laws of the rest of the world — ought to be rejected out of hand.* » (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), p. 18, opinion dissidente du juge Scalia).

¹³ Pour les débats plus généraux aux Etats-Unis sur la légitimité de la prise en compte du droit comparé, cf. MARTHA MINOW, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, *Harvard International Law Journal Online* 2010, pp. 1-25 (avec des citations des juges à la Cour suprême les plus opposés au recours au droit comparé, Scalia et Thomas) ; pour une position différente, voir l'opinion dissidente de la juge O'Connor dans l'arrêt *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), p. 19 : « *But this Nation's evolving understanding of human dignity certainly is neither wholly isolated from, nor inherently at odds with, the values prevailing in other countries. On the contrary, we should not be surprised to find congruence between domestic and international values, especially where the international community has reached clear agreement — expressed in international law or in the domestic laws of individual countries — that a particular form of punishment is inconsistent with fundamental human rights. At least, the existence of an international consensus of this nature can serve to confirm the reasonableness of a consonant and genuine American consensus.* ».

¹⁴ ATF 116 Ia 252 consid. 7 p. 261, consid. 7.b) p. 262.

¹⁵ ATF 142 I 49 consid. 4.5.3 p. 61 = JdT 2016 I 67, p. 76, citant *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. ___ (2015) du 1^{er} juin 2015 concernant le port du voile par une employée dans le secteur privé, et BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, concernant l'interdiction générale du port du voile imposée à une enseignante, arrêt depuis lors publié, voir BVerfGE 138, 296. Pour un commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande, voir par exemple MATTHIAS MAHLMANN, *Religious Symbolism and the Resilience of Liberal Constitutionalism: On the Federal German Constitutional Court's Second Head Scarf Decision*, *German Law Journal* 2015, pp. 887-900 ; JOHANN RUBEN LEISS, *One Court, Two Voices: Case Note on the First Senate's Order on the Ban on Headscarves for Teachers from 27 January 2015: Case No. 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10*, *German Law Journal* 2015, pp. 901-916.

Pour le recours au droit comparé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits fondamentaux, cf. MAYA HERTIG RANDALL, *Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa*, *EuGRZ* 2014, pp. 5-18, pp. 13 s.

¹⁶ BVerfGE 138, 296.

¹⁷ ATF 142 I 49 consid. 4.5.1 s. pp. 58 ss = JdT 2016 I 67, pp. 74 ss ; concernant les communications du Comité des droits de l'homme, il est surprenant que le Tribunal fédéral n'ait pas cité la Communication n° 1852/2008, *Bikramjit Singh c. France*, du 16 décembre 2008, concluant que l'interdiction du port du keski imposée à un élève sikh en vertu de la loi française n° 2004-228 du 15 mars 2004 interdisant le port de signes ou tenues religieuses ostentatoires viole la liberté de religion garantie à l'art. 18 Pacte du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2 « Pacte ONU II »).

l'enceinte scolaire, abstraction faite des Etats attachés à une tradition de laïcité stricte et du port du voile intégral¹⁸. Au sujet de la jurisprudence européenne, le Tribunal fédéral relève la grande marge d'appréciation laissée aux Etats membres dans le domaine de la liberté religieuse, sans méconnaître le principe de faveur et celui de la subsidiarité¹⁹. Conscient que la Convention européenne des droits de l'homme ne fixe qu'un standard de protection minimal et n'a pas vocation à se supplanter à la protection des droits fondamentaux au niveau national, le Tribunal fédéral confère à la liberté religieuse, protégée à l'article 15 de la Constitution fédérale, une portée propre, allant au-delà des exigences minimales découlant de la jurisprudence européenne.

En optant pour une démarche comparative, l'arrêt *St. Margrethen* s'inscrit dans une tendance plus générale vers « des conversations transnationales sur les droits de l'homme »²⁰. Ce « dialogue des juges »²¹ est fréquent lorsque les tribunaux sont appelés à trancher des questions sensibles, comme celle du port des symboles et tenues religieuses. En plaçant sa décision dans un contexte comparatif, le juge constitutionnel cherche à étoffer ses arguments et à renforcer l'autorité de ses jugements²², montrant que l'argumentation retenue repose sur des principes partagés par d'autres instances. Dans l'arrêt *St. Margrethen*, le Tribunal fédéral ne se contente pas de situer sa décision dans l'espace²³, en tenant compte de la jurisprudence étrangère. Il s'efforce aussi d'ancrer son raisonnement dans le temps²⁴, une approche que Tristan a adoptée dans plusieurs de ses contributions²⁵. Pour souligner la continuité historique de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral passe en revue de nombreux arrêts en matière de

¹⁸ ATF 142 I 49 consid. 4.5.4 p. 61 = JdT 2016 I 67, p. 77.

¹⁹ Sur le principe de faveur, cf. art. 53 CEDH; MICHEL HOTTELIER, Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme, in : Andreas Auer/Alexandre Flückiger/Michel Hottelier (éd.), *Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni. Les droits de l'homme et la constitution*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2007, pp. 171-196.

²⁰ Cf. CHRISTOPHER MC CRUDDEN, A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, pp. 499-532.

²¹ Sur le « dialogue des juges », voir par exemple VICKY JACKSON, Comparative Constitutional Federalism and Transnational Judicial Discourse, *International Journal of Constitutional Law* 2004, pp. 91 ss; MELISSA A. WATERS, The Future of Transnational Judicial Dialogue, *ASIL Proceedings* 2010, pp. 464 ss; FRANÇOIS LICHÈRE/LAURENCE POTVIN-SOLIS/ARNAUD RAYNOUARD (éd.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité? Actes de la journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Bruylant, Bruxelles 2004; FRÉDÉRIC SUDRE (éd.), *Le dialogue des juges*, et GÉRARD GONZALEZ (éd.), *Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahiers de l'IDEDH n° 11, 2007, accessible sur <http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf> (consulté le 10 février 2017); JULIE ALLARD/LAURA VAN DEN EYNDE, Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme, in : Isabelle Hachez et al. (éd.), *Les sources du droit revisitées*, vol. III, Anthemis, Limal 2013, pp. 285-315; HERTIG RANDALL (note 15); Id., *Le dialogue entre le juge suisse et européen*, in : François Bellanger/Jacques de Werra (éd.), *Genève au confluent du droit interne et du droit international : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012*, Schulthess, Zurich 2012, pp. 19-59.

²² La doctrine anglo-saxonne utilise la notion de « *persuasive authority* » des jugements. Voir en lien avec le dialogue des juges, Cf. MICHAEL NUNNER, *Kooperation internationaler Gerichte. Lösung zwischengerichtlicher Konflikte durch herrschaftsfreie Diskurse*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, p. 122, p. 352; Sur ce concept plus généralement, cf. H. PATRICK GLENN, *Persuasive Authority*, *McGill Law Journal* 1987, pp. 261-298.

²³ Cf. EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques, in : Edouard Dubout/Sébastien Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 11-35, p. 18 : Les auteurs relèvent que le recours au droit comparé répond à un besoin d'asseoir la légitimité des jugements par l'appel à des principes « communs », en ajoutant « [à] la « chaîne de droit » temporelle imaginée par R. Dworkin (...) la chaîne de droit spatiale afin de fonder la décision du juge dans les cas difficiles. »

²⁴ GROSZ (note 4), p. 966.

²⁵ Cf. TRISTAN ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse, in : *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* 2012, pp. 9-82 ; Id. (note 6), pp. 33 ss, pp. 60 ss.

liberté religieuse²⁶, remontant jusqu'à des arrêts très anciens²⁷. Plus fondamentalement, les considérants en droit débutent par l'affirmation que la liberté religieuse est l'un des droits fondamentaux les plus anciens²⁸ et concluent avec une référence à la « longue tradition constitutionnelle »²⁹. Le Tribunal fédéral relève que les idées de tolérance et de liberté en matière de conscience et de croyance plongent leurs racines loin dans l'histoire³⁰. Contrastant ces idéaux avec la réalité historique, marquée par la contrainte en matière de foi et des affrontements confessionnels, il donne tout son sens aux trois fonctions contemporaines de la liberté religieuse³¹. Les juges fédéraux rappellent que la liberté de conscience et de croyance a d'abord pour mission de protéger la paix confessionnelle, par le biais de la tolérance religieuse (devoir de tolérance). Elle doit ensuite protéger la liberté individuelle (fonction individuelle), et sert enfin à éviter l'exclusion des minorités religieuses en facilitant leur intégration (fonction d'intégration, qui se rattache à une notion chère à Tristan, à savoir le pluralisme religieux).

Tolérance, liberté et intégration – ces trois valeurs guident le raisonnement du Tribunal fédéral et conduisent au constat selon lequel une interdiction générale du port de couvre-chefs imposée aux élèves viole la liberté religieuse.

II. Observations sur le fond

La conclusion, résolument protectrice de la liberté religieuse, à laquelle parvient le Tribunal fédéral, s'appuie sur un raisonnement riche et nuancé qui mériterait de plus amples développements. Notre choix de rendre hommage à Tristan en nous plaçant « aux antipodes du juge Scalia », nous amène à nous concentrer sur quelques points saillants. Nous mettrons en lumière, dans une approche comparative, le raisonnement du Tribunal fédéral sur la portée de la neutralité confessionnelle (1.), les aspects négatifs de la liberté religieuse et (2.) les considérations sur l'interdiction du port du voile et les garanties d'égalité (3.).

1. La portée de la neutralité confessionnelle

L'interdiction générale du port du voile imposée aux élèves se justifie-t-elle au nom de la neutralité confessionnelle, comme l'avait avancé la commune recourante ? En vue de répondre à cette question, le Tribunal fédéral commence par souligner le lien entre les fonctions de la liberté religieuse³² et la neutralité idéologique et religieuse de l'Etat : celle-ci sert à concrétiser la tolérance, la liberté et l'intégration religieuses³³. La neutralité confessionnelle, indique-t-il, ne suppose pas une séparation stricte entre Etat et religion, caractéristique d'une tradition

²⁶ ATF 142 I 49, surtout les consid. 4.2 à 4.4 = JdT 2016 I 67, pp. 72 ss.

²⁷ Le Tribunal fédéral cite les ATF 49 I 138 et ATF 12 93, cf. ATF 142 I 49 consid. 10.1 p. 75. Le fait de prendre du recul favorise aussi une approche prenant de la distance par rapport au signe religieux en question. Le Tribunal fédéral ne traite pas le foulard islamique comme un problème à part, mais souligne l'importance de l'égalité de traitement des différents signes et tenues religieuses, mentionnant à titre d'exemples d'autres signes, comme la kippa juive, l'habit de nonnes ou moines chrétiens, ou une croix ostensiblement portée (ATF 142 I 49 consid. 3.6 p. 55 et 10.2 p. 76 = JdT 2016 I 67, p. 71 et p. 90).

²⁸ ATF 142 I 49 consid. 3.2 p. 52 = JdT 2016 I 67, p. 68.

²⁹ ATF 142 I 49 consid. 10.1 p. 75 = JdT 2016 I 67, p. 89.

³⁰ ATF 142 I 49 consid. 3.2 p. 52 = JdT 2016 I 67, pp. 68 s.

³¹ Voir ATF 142 I 49 consid. 3.2 p. 52 = JdT 2016 I 67, p. 69.

³² Sur les fonctions de la liberté religieuse, voir *supra*, I.

³³ ATF 142 I 49 consid. 3.3 p. 53 = JdT 2016 I 67, p. 69.

laïque. Elle est également réalisée dans des Etats ayant une tradition de neutralité prônant l'ouverture égale vers toutes les religions et convictions³⁴. Tenant compte du fédéralisme helvétique, les juges fédéraux rappellent ensuite la diversité des traditions constitutionnelles cantonales, inspirées non seulement par la neutralité confessionnelle, mais parfois aussi par la laïcité, comme le montre le canton de Genève³⁵.

La neutralité confessionnelle, telle que protégée par la Constitution fédérale, implique selon le Tribunal fédéral en premier lieu le devoir de l'Etat de ne pas prendre parti pour ou contre une religion ou une conviction donnée, et de ne pas accorder un traitement particulier à des adhérents d'une religion en raison de leur conviction religieuse³⁶. Elle ne permet cependant pas de justifier une interdiction générale du port du voile par les élèves³⁷.

Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal fédéral rejette une application analogique de l'arrêt *Dahlab*³⁸, concernant l'interdiction du port du voile imposée à une enseignante dans le canton de Genève, ceci pour deux motifs³⁹: le premier tient à la diversité des traditions constitutionnelles des cantons, le second à la portée du principe de neutralité confessionnelle. Le Tribunal fédéral relève d'une part que l'arrêt *St. Margrethen* s'inscrit dans un contexte constitutionnel différent, concernant une commune du canton de Saint-Gall, qui ne suit pas le modèle genevois de laïcité mais se réclame des principes humanistes et chrétiens. D'autre part, il souligne que l'interdiction du voile ne porte dans l'affaire saint-galloise, à la différence de l'affaire *Dahlab*, pas sur une enseignante mais sur une élève. La distinction entre enseignante et élève, déjà opérée dans l'arrêt *Bürglen*⁴⁰, est fondamentale, étant donné qu'elle permet de limiter la portée de la neutralité confessionnelle. Contrairement aux enseignantes, les élèves ne représentent pas l'Etat. Le port d'un signe ou d'une tenue religieuse par des élèves ne peut pour cette raison pas être interprété comme une identification de l'Etat avec une religion⁴¹. En d'autres termes, les élèves ne sont en principe pas les destinataires de la neutralité religieuse : « pour autant que par l'exercice de leur propre liberté religieuse les élèves n'entravent pas de manière inadmissible celle des tiers, ils ne sont soumis à aucun devoir de neutralité »⁴².

Dans une perspective de droit comparé, l'approche du Tribunal fédéral se situe entre celle adoptée dans deux de nos pays voisins, la France et l'Allemagne. D'une part, en insistant sur la distinction entre enseignante et élève, les juges de Mon Repos se distancient de la conception actuelle dominante en France, qui étend l'emprise de la laïcité aux usagers des établissements publics⁴³, reléguant le fait religieux à la sphère privée.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ ATF 142 I 49 consid. 3.3 p. 53 = JdT 2016 I 67, p. 70.

³⁶ ATF 142 I 49 consid. 3.5 p. 54 = JdT 2016 I 67, p. 71. Sur la neutralité confessionnelle en général, cf. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTETIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II, les droits fondamentaux*, 3^{ème} édition, Stämpfli, Berne 2013, pp. 236 ss ; ZIMMERMANN (note 6), pp. 57 ss ; et dans l'école, voir par exemple RENÉ PAHUD de MORTANGES/CHRISTIAN TAPPENBECK, *Religiöse Neutralität und Religionsfreiheit in der öffentlichen Schule*, *PJA* 2007, pp. 1401-1414.

³⁷ ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 70 = JdT 2016 I 67 p. 85 : « Le devoir de neutralité des autorités est inapte à justifier une interdiction générale des couvre-chefs imposée aux élèves ».

³⁸ ATF 123 I 296.

³⁹ Voir ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 69 = JdT 2016 I 67 p. 85.

⁴⁰ ATF 139 I 280 consid. 5.5.2 p. 290 = JdT 2014 I 118, p. 127.

⁴¹ ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 70 = JdT 2016 I 67 p. 84.

⁴² ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 70, cité selon JdT 2016 I 67, p. 84 ; ATF 139 I 280 consid. 5.5.2 p. 290 = JdT 2014 I p. 118, p. 127. Dans l'arrêt *Bürglen*, le Tribunal fédéral rejette la conception de neutralité avancée par la commune recourante en des termes encore plus clairs, relevant que « la recourante se méprend sur la portée et sur les destinataires du principe de la neutralité de l'enseignement public (...). » (ATF 139 I 280 consid. 5.5.2 p. 290, cité selon JdT 2014 I p. 118, p. 127).

⁴³ Voir la loi française de 2004 (note 17), proscrivant le port de signes et tenues religieux ostentatoires.

D'autre part, en admettant que le port d'un foulard par une enseignante soit compris comme une identification de l'Etat avec une religion, le Tribunal fédéral prête une autre signification au port du voile par une enseignante que les juges de Karlsruhe. En effet, dans l'arrêt du 27 janvier 2015, la Cour constitutionnelle allemande a considéré l'interdiction générale imposée au corps enseignant de porter le foulard islamique comme étant contraire à la liberté religieuse. Elle a relevé que le port du voile « ne porte pas sur un comportement à connotation religieuse imputable à l'Etat, mais sur l'exercice individuel de la liberté religieuse, ce qui est reconnaissable pour les tiers »⁴⁴. Ce raisonnement confirme celui adopté dans un arrêt antérieur : l'arrêt *Lüdin* du 24 septembre 2003⁴⁵ avait déjà refusé d'imputer le port du foulard par une enseignante à l'Etat⁴⁶. Distinguant cette situation de l'affichage de symboles religieux (comme le crucifix)⁴⁷ dans les salles de classe – acte imputable à l'Etat – la Cour constitutionnelle allemande a mis en avant que l'enseignante est titulaire de la liberté religieuse, à la différence des collectivités publiques⁴⁸. Comme l'a fait le Tribunal fédéral dix ans plus tard dans l'arrêt *Bürglen*⁴⁹, la Cour de Karlsruhe avait cependant opté pour une approche « minimaliste »: elle avait admis le recours de l'enseignante au motif que l'interdiction du port du voile ne reposait pas sur une base légale suffisante, laissant ouverte la question de la conformité aux autres conditions de restriction, question tranchée dans l'arrêt du 27 janvier 2015.

Tristan était familier avec cette stratégie judiciaire du « *judicial minimalism* »⁵⁰. Dans un terrain sensible comme celui de la liberté religieuse, le pouvoir judiciaire a tendance à avancer avec prudence, « *one case at a time* »⁵¹, se limitant à trancher les questions du cas d'espèce. Sur cette toile de fond, il n'est pas inutile de s'interroger sur la portée du raisonnement du Tribunal fédéral dans l'arrêt *St. Margrethen*. L'on peut se demander, en effet, quelle importance il convient d'accorder au fédéralisme et à la tradition constitutionnelle cantonale⁵², à savoir un des deux facteurs distinguant les arrêts *Dahlab* et *St. Margrethen*. Les cantons qui connaissent une conception des rapports entre l'Eglise et l'Etat inspirée par la notion française de laïcité, pourraient-ils suivre le modèle français et adopter une législation analogue à celle de la loi de 2004⁵³ interdisant le port de signes religieux ostentatoires dans les écoles publiques, au motif que l'arrêt *St. Margrethen* portait sur un canton avec une tradition chrétienne et humaniste ?

Il appartiendra à la jurisprudence de trancher cette question. Notons à cet égard que celle-ci ne pourra à notre sens pas être résolue par une simple transposition de la conception de laïcité

⁴⁴ Voir aussi BVerfGE 138, 296 (338), « *[Es steht nicht] ein dem Staat zurechenbares glaubensgeleitetes Verhalten in Rede (...), sondern eine erkennbar individuelle Grundrechtsausübung* » ; et (336 s.) : « *Der Staat, der eine mit dem Tragen eines Kopftuchs verbundene religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin oder einer pädagogischen Mitarbeiterin hinnimmt, macht diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen (...)* ».

⁴⁵ BVerfGE 108, 282. Pour un commentaire, voir par exemple MATTHIAS MAHLMANN, *Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case*, *German Law Journal* 2003, pp. 1099-1116.

⁴⁶ BVerfGE 108, 282 (305 s.). Voir aussi BVerfGE 138, 296 (340).

⁴⁷ Voir à ce sujet BVerfGE 93, 1.

⁴⁸ BVerfGE 108, 282 (305 s.).

⁴⁹ ATF 139 I 280 = JdT 2014 I 118.

⁵⁰ Sur le « *judicial minimalism* », cf. CASS R. SUNSTEIN, *One Case At A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1999; Id., *Burkean Minimalism*, *Michigan Law Review* 2006-2007, pp. 353-408. Tristan se réfère à ses deux contributions et au « *minimalisme judiciaire* » dans ZIMMERMANN (note 5), p. 6 n° 15.

⁵¹ Cf. SUNSTEIN 1999 (note 50).

⁵² Rappelons que selon l'art. 72 al. 1 Cst., « [l]a réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat est du ressort des cantons ».

⁵³ Voir note 17.

actuellement dominante en France mais qu'elle nécessite une réflexion sur le sens de la tradition laïque dans le contexte helvétique⁵⁴. Ajoutons par ailleurs que la laïcité est une notion à géométrie variable, pas seulement dans l'espace, mais aussi dans le temps⁵⁵. En France, notamment, sa signification et sa portée ont évolué. L'idée, par exemple, selon laquelle le port de signes religieux ostentatoires par les élèves est incompatible avec la laïcité ne s'est imposée que récemment. Cette vision d'une laïcité stricte ou militante, reflétée dans la loi française de 2004⁵⁶, contraste avec une autre vision, non hostile à l'expression du fait religieux dans la sphère publique, mais ouverte et accommodante à l'égard des différentes convictions et croyances. La seconde conception s'accorde avec celle de la neutralité de l'école avancée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *St. Margrethen*, neutralité « comprise comme un environnement ouvert aux diverses confessions »⁵⁷, y compris les convictions athées⁵⁸.

Dans le même ordre d'idées, la Cour constitutionnelle allemande considère l'expression de la diversité religieuse dans l'enceinte scolaire non seulement comme un risque, mais également comme une opportunité pour apprendre et exercer la tolérance réciproque dans le but de favoriser l'intégration des élèves⁵⁹. Cette vision diffère radicalement de celle avancée dans le rapport dit Stasi sur la laïcité en France⁶⁰. Selon les auteurs de ce rapport, le port de signes religieux semble difficilement conciliable avec l'intégration⁶¹ et la mission éducative de l'école, censée équiper les élèves des « outils intellectuels destinés à assurer à terme leur indépendance critique. »⁶² Contrairement aux juges constitutionnels allemands, l'école n'est pas vue comme un lieu reflétant la diversité de la société, permettant aux élèves de se préparer à la vie dans un environnement marqué par le pluralisme religieux, mais comme un « espace spécifique, soumis à des règles spécifiques, afin que soit assurée la transmission du savoir dans la sérénité. L'école ne doit pas être à l'abri du monde, mais les élèves doivent être protégés de la « fureur du monde » : certes elle n'est pas un sanctuaire, mais elle doit favoriser une mise à distance par rapport au monde réel pour en permettre l'apprentissage »⁶³.

La conception d'une « laïcité d'ouverture » ou « de tolérance » était celle que prônait Tristan pour le canton de Genève⁶⁴. Elle se garde de mettre l'Etat laïque en opposition à la liberté

⁵⁴ Pour des doutes quant à l'exportabilité de la notion française, voir ZIMMERMANN (note 6), pp. 32 s.

⁵⁵ ZIMMERMANN (note 6), p. 75.

⁵⁶ Voir note 17.

⁵⁷ ATF 142 I 49 consid. 9.4.2 p. 71, cité selon JdT 2016 I 67, p. 86. Cette conception s'accorde largement avec celle de la neutralité religieuse avancée par la Cour constitutionnelle allemande, voir BVerfGE 138, 296 (339) : « *Die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität ist indessen nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung* ».

⁵⁸ ATF 142 I 49 consid. 10.2 p. 76 = JdT 2016 I 67 p. 90.

⁵⁹ BVerfGE 108, 282 (310): « *Die Schule ist der Ort, an dem unterschiedliche religiöse Auffassungen unausweichlich aufeinander treffen und wo sich dieses Nebeneinander in besonders empfindlicher Weise auswirkt. Ein tolerantes Miteinander mit Andersgesinnten könnte hier am nachhaltigsten durch Erziehung geübt werden. Dies müsste nicht die Verleugnung der eigenen Überzeugung bedeuten, sondern böte die Chance zur Erkenntnis und Festigung des eigenen Standpunkts und zu einer gegenseitigen Toleranz, die sich nicht als nivellierender Ausgleich versteht (...). Es ließen sich deshalb Gründe dafür anführen, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung von gegenseitiger Toleranz zu nutzen, um so einen Beitrag in dem Bemühen um Integration zu leisten* ».

Pour des auteurs helvétiques favorables à cette conception, cf. GROSZ (note 4), p. 971, et les références citées.

⁶⁰ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. Rapport au Président de la République. Remis le 11 décembre 2003 (cité dorénavant Rapport Stasi, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>, consulté le 17 janvier 2017).

⁶¹ Cf. Rapport Stasi (note 60), p. 59.

⁶² Rapport Stasi (note 60), p. 28.

⁶³ Rapport Stasi (note 60), p. 56, et, dans ce sens également, p. 14.

⁶⁴ ZIMMERMANN (note 6), pp. 76 s.

religieuse des élèves, et considère, au contraire, que la laïcité est au service de la fonction individuelle de la liberté religieuse, ayant pour but de renforcer la liberté de conscience et de croyance des écoliers⁶⁵. Citant une contribution de Tristan, les juges fédéraux relèvent par ailleurs que la loi genevoise sur l'instruction publique, pertinente dans l'arrêt *Dahlab*, était précisément destinée à protéger les convictions religieuses des élèves⁶⁶.

Un raisonnement axé sur les fonctions, individuelle, intégrative et pacificatrice, de la liberté religieuse, comme l'a adopté le Tribunal fédéral dans l'arrêt *St. Margrethen*, milite contre une transposition de la conception française de laïcité aux cantons marqués par la tradition de l'Hexagone. A cela s'ajoute que la notion de laïcité est en France indissociable du concept français de nation, conçue comme une entité « une et indivisible »⁶⁷. Opposée à toute sous-division, la nation française a une visée assimilationniste qui est étrangère au concept helvétique d'une nation composée, fondée sur la reconnaissance et l'intégration des minorités linguistiques, religieuses et géographiques⁶⁸.

Il est intéressant de noter que dans le contexte constitutionnel canadien, imprégné par le multiculturalisme, un projet de réforme législative initié par le gouvernement québécois et inspiré par la conception française de laïcité, n'a jusqu'à présent pas abouti. Il a cédé le pas à une proposition plus libérale, jugée plus conforme à la liberté religieuse⁶⁹. En Suisse, une approche respectueuse de la diversité et de la liberté individuelle conduirait à la conclusion qu'une conception de la laïcité visant à bannir le fait religieux de l'enceinte scolaire est incompatible avec la liberté religieuse des élèves. Protégée à l'échelon fédéral, cette liberté trace le cadre à l'autonomie des cantons dans le domaine religieux.

Une interprétation de la neutralité confessionnelle axée sur les fonctions de la liberté religieuse amène par ailleurs le Tribunal fédéral à ne pas rejeter la neutralité confessionnelle de façon catégorique comme motif susceptible de justifier une atteinte à la liberté de conscience et de croyance provenant d'une interdiction de signes ou tenues religieux. Les juges fédéraux

⁶⁵ ZIMMERMANN (note 5), p. 6 n° 15.

⁶⁶ ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 69 = JdT 2016 I 67, p. 84 et ATF 139 I 280 consid. 5.5.1 p. 289 = JdT 2014 I 118, p. 126, citant ZIMMERMANN (note 6), p. 73.

⁶⁷ Cf. l'art. 1 de la Constitution montagnarde du 24 juin 1773: « La République française est une et indivisible »; voir aussi l'art. 1 de la Constitution française du 4 octobre 1958: « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

Il n'est pas une coïncidence que le Rapport Stasi (note 60) exprime tout au début la crainte de dérives communautaires, et souligne que « [l]a République est composée de citoyens ; elle ne peut être segmentée en communautés » (p. 2). Voir à ce sujet ZIMMERMANN (note 6), p. 39.

⁶⁸ Pour une étude comparant le concept français et helvétique de nation, cf. NICOLE TÖPPERWIEN, *Nation-State and Normative Diversity*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et al. 2001; MAYA HERTIG, *Die Auflösung der Tschechoslowakei. Analyse einer friedlichen Staatsteilung*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et al. 2001, pp. 10 ss. Pour une étude du concept français de nation, voir également ROGERS BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1998.

⁶⁹ Le 7 novembre 2013, le gouvernement du Québec avait déposé le projet de loi n° 60 intitulé « Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement ». Ce projet de loi prévoyait entre autres l'interdiction du port des signes religieux pour les personnes travaillant dans la fonction publique. Il a été vivement critiqué sous l'angle des droits de l'homme par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (voir notamment le mémoire de la Commission, adopté le 13 décembre 2013 [résolution COM-602-5.1.1En 2013] et le résumé de février 2014, documents disponibles sur le site <http://www.cdpj.qc.ca/fr/medias/notre-avis/Pages/charte-laicite.aspx>, consulté le 7 février 2016). Suite aux élections, le nouveau gouvernement a présenté en 2015 un nouveau projet de loi qui ne prévoit plus d'interdiction du port de signes religieux et se distance également au niveau de la terminologie d'une solution inspirée par la laïcité à la française (voir Projet de loi n°62, intitulée « Loi favorisant le respect de la *neutralité religieuse* de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes » (souligné par l'auteur ; le texte du projet et d'autres documents s'y référant sont disponibles via le site <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-62-41-1.html>, consulté le 7 février 2017).

réservent, en effet, le cas de figure où l'exercice de la liberté religieuse par les élèves perturbe la paix confessionnelle⁷⁰ ou porte atteinte aux droits fondamentaux des tiers⁷¹. Comme le montre le raisonnement du Tribunal fédéral sur les aspects négatifs de la liberté religieuse, le respect du principe de la proportionnalité exige cependant qu'un tel risque soit étayé par des éléments concrets, raison pour laquelle le devoir de neutralité a été déclaré « inapte à justifier une interdiction générale de couvre-chefs imposée aux élèves. »⁷²

2. Les aspects négatifs de la liberté religieuse

A) Généralités

A part la protection de la neutralité religieuse, les arguments fondés sur les aspects négatifs de la liberté religieuse jouent un rôle important dans les arrêts portant sur le port des tenues ou symboles religieux, de même que dans les jugements concernant l'affichage des symboles religieux dans l'enceinte scolaire⁷³. Alors que la liberté de conscience et de croyance garantit, dans ses aspects positifs, le droit de chacun d'avoir et de manifester ses croyances et convictions, ses aspects négatifs protègent les particuliers contre la contrainte en matière religieuse⁷⁴. La Constitution fédérale consacre explicitement les aspects négatifs de la liberté religieuse, stipulant que « [n]ul 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 »⁷⁵. Il en découle par exemple que l'enseignement religieux obligatoire serait contraire à la Constitution. La même conclusion s'impose aussi en vertu des conventions protectrices des droits de l'homme liant la Suisse⁷⁶.

B) Aperçu de jurisprudence internationale et comparée

Au-delà de l'enseignement religieux, la jurisprudence internationale et comparée montre une image disparate et parfois peu cohérente pour ce qui est des aspects négatifs de la liberté religieuse. Tel qu'un bref aperçu comparatif le montrera, les arrêts au sujet des habits et des symboles religieux divergent sur la question de savoir quel degré d'influence est nécessaire pour que l'impact d'un signe religieux soit, de par sa durée et de son intensité, problématique à l'aune des aspects négatifs de la liberté de conscience et de croyance. Les conclusions auxquelles aboutissent les diverses instances judiciaires se fondent de surcroît sur des interprétations différentes des signes ou tenues religieuses. Les approches varient en plus au

⁷⁰ ATF 142 I 49 consid. 8.2.3 p. 68 = JdT 2016 I 67, p. 83.

⁷¹ ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 70 = JdT 2016 I 67, p. 84 ; ATF 139 I 280 consid. 5.5.2 p. 290 = JdT 2014 I 118, p. 127.

⁷² ATF 142 I 49 consid. 9.2 p. 70, cité selon JdT 2016 I 67 p. 84 (souligné par l'auteur).

⁷³ Voir l'aperçu de la jurisprudence comparée ci-dessous, B.

⁷⁴ Sur les aspects négatifs de la liberté religieuse, voir par exemple AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 36), pp. 233 ss ; RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (éd.), *Basler Kommentar. Bundesverfassung*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2015, n° 36 ss.

⁷⁵ Art. 15 al. 4 Cst.

⁷⁶ Voir par exemple Cour EDH (GC), *Folgerø et autres c. Norvège*, n° 15472/02 (2007), § 84 ss ; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 22 : Le droit à la liberté de pensées, de conscience et de religion (art. 18) du 27 sept. 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, § 5 s.

sujet de la preuve requise : peut-on se contenter d'un risque abstrait d'influence ou faut-il au contraire apporter des éléments concrets, voire des études scientifiques, pour étayer le risque ?

1) Arrêts concernant l'affichage du crucifix

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur l'influence de crucifix affichés dans les salles de classe dans l'arrêt de Grande Chambre *Lautsi c. Italie*⁷⁷. Elle a opté pour une interprétation très étroite des aspects négatifs de la liberté religieuse, considérant que l'article 9 CEDH proscrit aux autorités scolaires « de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se situe pour les États la limite à ne pas dépasser (...) »⁷⁸. L'affichage de crucifix dans des salles de classe à lui seul n'atteint pas, selon la Grande Chambre, ce seuil élevé. A l'appui de cette conclusion, la Cour indique que « le crucifix apposé sur un mur est un symbole essentiellement passif », auquel « [o]n ne saurait (...) attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses »⁷⁹.

A la différence des juges européens, les juges de Karlsruhe ont attribué une plus grande influence au crucifix en salle de classe. Ils ont également conféré une portée plus large aux aspects négatifs de la liberté religieuse, laquelle ne se limite pas à protéger contre l'endoctrinement. D'autres éléments sont pertinents : la Cour constitutionnelle souligne le caractère obligatoire de l'école publique, ainsi que la durée pendant laquelle les enfants sont confrontés au symbole religieux de la croix⁸⁰. Pris ensemble, ces éléments ont pour conséquence que les élèves sont forcés à apprendre sous la croix, sans possibilité d'échapper à ce symbole. Un tel contexte diffère selon la Cour d'autres situations, qui n'impliquent qu'une rencontre passagère et furtive avec un symbole religieux, que les particuliers peuvent de surcroît facilement contourner (comme ce serait le cas d'un symbole religieux érigé sur le domaine public pendant la période des fêtes de fin d'année, ou, l'apposition d'une croix dans les couloirs de l'école).

Notons, entre parenthèses, que la jurisprudence du Tribunal fédéral contient aussi des passages sur l'influence du crucifix. Dans l'arrêt *commune de Cadro*⁸¹, les juges de Mon Repos ont principalement axé leur raisonnement sur la neutralité confessionnelle dans l'enceinte scolaire, puis ajouté que la présence constante d'un symbole religieux pourrait léser les convictions des élèves adhérant à d'autres croyances. Ceci pourrait « avoir des conséquences non négligeables spécialement sur l'évolution spirituelle des élèves et leur leurs convictions religieuses »⁸², ce que la neutralité confessionnelle cherche précisément à éviter.

2) Arrêts concernant le port du voile islamique

⁷⁷ Cour EDH (GC), *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06 (2011). Pour une analyse, voir TRISTAN ZIMMERMANN, 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.

⁷⁸ Cour EDH (GC), *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06 (2011), § 62.

⁷⁹ Cour EDH (GC), *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06 (2011), § 72 (sans les citations internes).

⁸⁰ BVerfGE 93, 1 (18).

⁸¹ ATF 116 Ia 252 = JdT 1992 I 5.

⁸² ATF 116 Ia 252 consid. 7.b. p. 262 *Commune de Cadro*, cité selon JdT 1992 I 5 p. 15.

Les arrêts concernant le port du voile islamique examinent aussi les aspects négatifs de la liberté religieuse des élèves. Dans la décision *Dahlab*⁸³, la Cour européenne des droits de l'homme fait sien le raisonnement du Tribunal fédéral, caractérisant le port du voile comme un signe religieux fort⁸⁴. Tout en admettant que l'impact d'un tel signe sur des enfants en bas âge est difficile à apprécier, la Cour estime que ces élèves sont « plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé (...) »⁸⁵. Dans ces circonstances, elle juge qu'on ne pourrait « dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes (...) »⁸⁶.

La Cour adopte également une attitude déférente à l'égard de la position des autorités nationales dans l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie*⁸⁷, acceptant l'argument selon lequel l'interdiction de porter le voile à l'université se justifie en vertu du principe de la laïcité, lequel ne se limite pas à protéger l'individu contre des ingérences arbitraires des autorités étatiques, mais vise également à les prémunir « contre des pressions extérieures émanant des mouvements extrémistes »⁸⁸. La Grande Chambre considère donc, dans le contexte turc, que le port du voile s'apparente à une expression d'un mouvement fondamentaliste attentatoire aux aspects négatifs de la liberté religieuse des autres étudiantes.

Notons que la loi française de 2004 interdisant le port des signes religieux ostentatoires à l'école⁸⁹ se fonde sur une conception semblable de la laïcité. Celle-ci ne met pas uniquement en jeu la fonction défensive de la liberté religieuse (commandant aux autorités de s'abstenir de toute mesure injustifiée portant atteinte à la liberté), mais aussi des obligations positives à la charge de la collectivité de protéger la liberté religieuse contre des atteintes de la part des privés⁹⁰. En d'autres termes, selon une telle conception de la laïcité, la liberté religieuse d'autrui n'est pas seulement un motif légitime justifiant la restriction de l'exercice de la liberté religieuse, mais elle devient également un motif commandant des mesures restrictives, jugées nécessaires au nom des obligations positives à la charge de l'Etat.

Dans l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie*, la juge Tulkens refuse d'endosser l'argumentation de la majorité et des autorités nationales. Dans son opinion dissidente, elle déplore l'association faite entre le port du foulard, d'une part, et le fondamentalisme et l'extrémisme, d'autre part, relevant en substance qu'il n'y avait aucun élément concret permettant d'étayer que la recourante (une étudiante majeure) avait subi des pressions pour porter le foulard ou faisait partie d'un mouvement extrémiste menaçant la liberté religieuse d'autrui⁹¹.

Dans le même ordre d'idées, la Cour constitutionnelle allemande a refusé de considérer le port du voile par une enseignante en soi, en dehors de toute analyse concrète, comme violant les

⁸³ Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (2001).

⁸⁴ Voir Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (2001), § 1 ; à comparer avec l'ATF 123 I 296 consid. 2.a) p. 300, consid. 4.a) p. 305.

⁸⁵ Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (2001), § 1.

⁸⁶ Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (2001), § 1.

⁸⁷ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005).

⁸⁸ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), § 113.

⁸⁹ Voir note 17.

⁹⁰ Voir à ce sujet le Rapport Stasi (note 60), p. 14 : « L'Etat laïque, garant de la liberté de conscience, outre la liberté de culte ou d'expression, protège l'individu ; il permet librement à tous de choisir, ou non, une option spirituelle et religieuse, d'en changer ou d'y renoncer. Il s'assure qu'aucun groupe, aucune communauté ne peut imposer à quiconque une appartenance ou une identité confessionnelle, en particulier en raison de ses origines. Il protège chacune et chacun contre toute pression, physique ou morale, exercée sous couvert de telle ou telle prescription spirituelle ou religieuse. La défense de la liberté de conscience individuelle contre tout prosélytisme vient aujourd'hui compléter les notions de séparation et de neutralité centrales dans la loi de 1905 ».

⁹¹ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), opinion dissidente de la juge Tulkens, § 10 et § 12.

aspects négatifs de la liberté religieuse des élèves⁹². A la différence de l'avis de la Cour de Strasbourg reflété dans les affaires *Lautsi*⁹³ et *Dahlab*⁹⁴, elle considère que l'on peut attribuer une plus grande influence à la croix qu'au voile, le premier étant de toute évidence un signe religieux. Bien que le foulard islamique soit, dans le contexte social allemand, perçu comme un signe d'appartenance religieuse, et partant, une tenue avec une connotation religieuse, il n'est susceptible de déployer un effet similaire à un symbole religieux qu'en présence d'autres facteurs.

Contrairement aux autres instances judiciaires faisant face au défi d'évaluer l'influence du voile sur les élèves, la Cour constitutionnelle se fonde dans l'arrêt *Lüdin* sur des expertises psychologiques. Elle conclut qu'il n'y a pas de bases solides permettant d'étayer que le simple fait d'être exposé à une enseignante voilée ait une influence sur les écoliers. Un effet négatif sur les élèves ne peut, selon les études considérées, être admis que si le port du foulard est source de conflit entre élèves et parents⁹⁵. Rappelant que la liberté religieuse ne confère pas un droit de ne pas être exposé à des manifestations d'une croyance et à des symboles religieux d'autrui⁹⁶, les juges de Karlsruhe estiment que des habits à connotation religieuse, comme le foulard, ne portent en principe pas atteinte aux aspects négatifs de la liberté de conscience et de croyance des élèves⁹⁷ ou des parents⁹⁸. Il en va autrement si le port de la tenue religieuse va de pair avec des tentatives de la part des enseignants d'influencer les élèves, notamment par la promotion verbale de leur foi⁹⁹. Compte tenu du fait qu'une enseignante voilée est elle-même titulaire de la liberté religieuse, l'interdiction de porter le foulard n'est, selon la Cour constitutionnelle, conforme au principe de la proportionnalité qu'en cas de menace ou perturbation suffisamment concrète des aspects négatifs de la liberté religieuse des élèves et des parents, d'une part, ou de la paix à l'école ou de la neutralité de l'Etat, d'autre part¹⁰⁰.

3) Synthèse

Cet aperçu comparatif montre qu'il existe peu de convergences entre les différentes instances sur la portée des aspects négatifs de la liberté religieuse en lien avec des symboles et tenues religieux. A cela s'ajoute que la jurisprudence d'une seule et même instance peut paraître incohérente. Les lecteurs des divers arrêts et décisions de la Cour de Strasbourg s'interrogeront peut-être sur comment concilier la qualification du crucifix comme signe passif, dénué d'une influence notable sur les élèves, avec la lecture du voile (qualifié de signe religieux fort susceptible d'influencer des enfants ou d'un signe prosélyte en faveur de mouvement extrémistes)¹⁰¹. Ils se demanderont sans doute aussi comment accorder les considérations de la Cour sur le seuil d'influence requis pour que les aspects négatifs de la

⁹² BVerfGE 138, 296 (336); BVerfGE 108, 282 (303).

⁹³ Cour EDH (GC), *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06 (2011).

⁹⁴ Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (1998).

⁹⁵ BVerfGE 138, 296 (336).

⁹⁶ BVerfGE 138, 296 (336).

⁹⁷ BVerfGE 138, 296 (337 s.).

⁹⁸ BVerfGE 138, 296 (338).

⁹⁹ BVerfGE 138, 296 (337).

¹⁰⁰ L'exigence d'un danger ou d'une perturbation suffisamment concrets est soulignée à maintes reprises dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Voir BVerfGE 138, 296 (327, 335 s., 338, 341 s.); la distinction entre un danger abstrait et un danger concret joue déjà un rôle important dans l'arrêt *Lüdin*, BVerfGE 108, 282 (303, 307).

¹⁰¹ A noter que la qualification des signes religieux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral est plus cohérente, étant donné que les juges fédéraux ont qualifié tant le crucifix que le voile islamique de signe religieux fort (voir ATF 123 I 296 consid. 4.b) p. 308).

liberté religieuse soient en jeu, étant donné qu'elle pose l'exigence élevée d'un endoctrinement dans l'arrêt *Lautsi*, mais se contente d'un risque abstrait d'une influence non clairement définie dans les affaires sur le port du voile. La réponse à ces questions est à rechercher dans ce que Tristan appelait « l'indicible légèreté du contrôle européen »¹⁰². En effet, au nom de la grande marge d'appréciation laissée aux Etats dans le domaine religieux, le juge européen se contente d'endosser les différentes conceptions des juridictions nationales, sans se soucier de leur cohérence.

C) Le raisonnement dans l'arrêt *St. Margrethen*

Dans l'arrêt *St. Margrethen*, les juges fédéraux ne cèdent pas à la tentation de se réfugier derrière le standard minimal établi par le juge européen. Ils parviennent à une solution autonome, tout en s'inspirant du droit comparé. Dans leur raisonnement, on décerne l'influence de leurs homologues de Karlsruhe, de même que l'effort d'ancrer leur conclusion dans l'histoire. Se référant à une « longue tradition constitutionnelle »¹⁰³, ils refusent de conférer une portée excessivement large aux aspects négatifs de la liberté religieuse, soulignant que « nul ne peut exiger d'être protégé de la perception de convictions religieuses ou philosophiques différentes »¹⁰⁴. Il ne se justifie de limiter l'exercice de la liberté religieuse « que si des intérêts publics ou les droits de tiers apparaissent directement lésés ou menacés, ce qui doit être évalué au regard du contexte social actuel (...) »¹⁰⁵.

Appliquant ces principes au port du voile dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral relève qu'il n'a pas été rendu vraisemblable que l'élève en question exerce une quelconque pression sur les autres élèves en vue de les amener à porter le voile ou d'autres signes religieux, pour enfin ajouter : « A lui seul, le port du voile – de même que celui de la kippa juive, de l'habit des nonnes ou moines chrétiens, ou de signes tels qu'une croix ostensiblement portée – n'entraîne encore aucun effet prosélyte ou missionnaire »¹⁰⁶. Il en découle que « de même qu'un élève croyant ne peut pas exiger de ses camarades appartenant à d'autres confessions qu'ils dissimulent leurs corps conformément aux prescriptions de sa propre croyance (...), on peut attendre d'un élève qu'il tolère le port de signes religieux par ses camarades »¹⁰⁷. Ceci également compte tenu du fait que « [l]es croyances individuelles sont en général relativisées et tempérées par la perception d'autres croyances religieuses ou d'autres conceptions philosophiques »¹⁰⁸. La conclusion contraire se heurterait à la neutralité de l'école, comprise comme un environnement tolérant et ouvert à l'égard du pluralisme religieux¹⁰⁹.

Ces passages montrent que le Tribunal fédéral refuse de conférer une portée très étendue aux aspects négatifs de la liberté religieuse, à l'instar des juges de Karlsruhe, et à la différence de la position française. Les aspects négatifs de la liberté de conscience et de croyance ne sont touchés que s'il existe des éléments concrets permettant d'établir, dans le cas d'espèce, une

¹⁰² TRISTAN ZIMMERMANN, Liberté religieuse à l'école : l'indicible légèreté du contrôle européen, in : Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Thomas Kadner Graziano (éd.), *L'harmonisation internationale du droit*, Schulthess, Genève 2007, pp. 377-397.

¹⁰³ ATF 142 I 49 consid. 10.1 p. 75 = JdT 2016 I 67 p. 89. Voir aussi *supra*, I.

¹⁰⁴ ATF 142 I 49 consid. 10.1 p. 75, cité selon JdT 2016 I 67, p. 89.

¹⁰⁵ ATF 142 I 49 consid. 10.1 p. 75, cité selon JdT 2016 I 67, p. 90.

¹⁰⁶ ATF 142 I 49 consid. 10.2 pp. 75 s., cité selon JdT 2016 I 67, p. 90.

¹⁰⁷ ATF 142 I 49 consid. 9.4.2 p. 71, cité selon JdT 2016 I 67, p. 86.

¹⁰⁸ ATF 142 I 49 consid. 9.4.2 p. 71, cité selon JdT 2016 I 67, p. 86.

¹⁰⁹ Cf. ATF 142 I 49 consid. 9.4.2 pp. 71 s. = JdT 2016 I 67, p. 86.

influence¹¹⁰, voire une pression sur les autres élèves, influence allant bien au-delà de la simple confrontation à un symbole d'une autre confession. Par la référence à la longue tradition constitutionnelle, le Tribunal fédéral invite les lecteurs à se souvenir de l'origine de la tolérance et de la liberté religieuse, exigeant des fidèles d'accepter de se voir exposés à des manifestations de croyances et convictions différentes des leurs, et de ce fait troublantes, voire choquantes. Justifier aujourd'hui l'interdiction du simple port de signes religieux au motif de vouloir protéger les aspects négatifs de la liberté religieuse, n'est-ce pas vider de son sens les aspects positifs de cette même liberté, âprement conquis dans l'histoire ?

3. Le port du voile et les garanties d'égalité

Les garanties d'égalité sont abordées dans l'arrêt *St. Margrethen* sous deux angles différents. Le Tribunal fédéral est d'une part confronté à l'argument, souvent avancé par les opposants du port du voile islamique, selon lequel l'interdiction du foulard à l'école se justifie au nom de l'égalité entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.). D'autre part, la commune recourante faisait valoir que le règlement scolaire contenait une interdiction générale de fréquenter l'école avec un couvre-chef, estimant qu'une exception à cette règle en faveur des élèves musulmanes constituerait une inégalité de traitement des autres élèves (art. 8 al. 1 Cst.).

A) L'égalité entre les sexes

Le raisonnement du Tribunal fédéral relatif à l'argument de l'égalité entre les sexes s'inscrit dans une évolution jurisprudentielle réjouissante. Dans l'arrêt *Dahlab*, rendu 19 ans avant l'arrêt *St. Margrethen*, le Tribunal fédéral avait relevé « que le port du foulard est difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des sexes »¹¹¹, qui est une valeur fondamentale de la société helvétique¹¹². Statuant sur la même affaire, la Cour européenne des droits de l'homme faisait sienne l'argumentation des juges fédéraux, portant le jugement négatif sur le foulard islamique encore plus loin. Le voile y est décrit comme une tenue qui « semble être imposée aux femmes par une prescription coranique »¹¹³, et qui semble difficilement conciliable avec « avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination (...) »¹¹⁴.

Se référant à la décision *Dahlab*, l'arrêt de Grande Chambre *Leyla Şahin c. Turquie*¹¹⁵, concernant l'interdiction du port du voile imposée à une étudiante à l'université, a confirmé ce raisonnement. Dans son opinion dissidente, qui a fortement marqué Tristan, la juge Tulkens met en exergue les faiblesses de cette argumentation. Elle relève d'une part qu'« [i]l n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse (...) »¹¹⁶, ce qui est du point de vue du droit constitutionnel suisse incompatible avec le devoir de neutralité religieuse¹¹⁷. S'inspirant

¹¹⁰ Voir aussi ATF 142 I 49 consid. 9.4.2 p. 71 = JdT 2016 I 67, p. 86: « En l'espèce, aucun élément ne dénote que l'élève concernée et ses parents tentent de diffuser leur croyance et d'influencer les autres élèves ».

¹¹¹ ATF 123 I 296 consid. 4 b) cc) p. 312.

¹¹² ATF 123 I 296 consid. 4 b) cc) p. 312.

¹¹³ Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (1998), § 1.

¹¹⁴ Cour EDH (déc.), *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98 (1998), § 1.

¹¹⁵ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005).

¹¹⁶ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), opinion dissidente de la juge Tulkens, § 12.

¹¹⁷ ZIMMERMANN (note 5), p. 7 note de bas de page 60 (citant l'opinion dissidente de la juge Tulkens).

de l'arrêt *Lüdin* de la Cour constitutionnelle allemande¹¹⁸, la juge Tulkens relève, d'autre part, que « le port du foulard n'a pas de signification univoque » et peut être inspirée « par des motivations variables »¹¹⁹. Ceci l'amène à rejeter la lecture simpliste réduisant le port du voile à un symbole de soumission de la femme à l'homme¹²⁰, lecture qui fait également l'objet de critiques d'auteures féministes s'inscrivant dans le mouvement postcolonial¹²¹. A l'instar de ce dernier courant, la juge belge s'oppose à une approche paternaliste¹²². Au lieu de rechercher l'opinion des femmes concernées et de les écouter¹²³, l'on prétend les sauver, sans se rendre compte à quel point cette attitude est ressentie comme condescendante, et nie aux femmes musulmanes le statut d'êtres autonomes¹²⁴. Qui plus est, les effets pervers découlant de ces mesures paternalistes, allant à l'encontre de l'objectif d'émancipation des femmes, ne sont que rarement discutés. Tristan relevait les dangers inhérents à des tentatives d'assimilation ou d'intégration forcée, conduisant souvent à une marginalisation des élèves concernées « qui se retrouvent déscolarisées et n'ont plus de contact avec la société en dehors de leur propre communauté. »¹²⁵ Dans le même ordre d'idées, l'opinion dissidente de la juge Tulkens relève la démarche paradoxale, consistant à exclure, au nom de la laïcité et de l'égalité, une étudiante portant le foulard de l'université, « d'un lieu d'émancipation où précisément le sens de ces valeurs peut se construire. »¹²⁶

Les critiques, telles qu'articulées par la juge Tulkens et Tristan, ont influencé la jurisprudence de la Cour européenne¹²⁷. Elles ont également permis par emporter la conviction des juges fédéraux. Confirmant la position articulée dans plusieurs arrêts postérieurs à l'arrêt *Dahlab*¹²⁸, l'arrêt *St. Margrethen* refuse toute appréciation générale et simpliste du port du voile, estimant que la vision qui associe le port du voile et l'oppression des femmes n'est pas suffisamment

¹¹⁸ BVerfGE 108, 282.

¹¹⁹ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), opinion dissidente de la juge Tulkens, § 11.

¹²⁰ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), opinion dissidente de la juge Tulkens, § 12.

¹²¹ Voir par exemple, RATNA KAPUR, *Precarious Desires and Ungrievable Lives: Human Rights and Postcolonial Critiques of Legal Justice*, *London Review of International Law* 2015, pp. 267-294, pp. 278 s.

¹²² Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), opinion dissidente de la juge Tulkens, § 12.

¹²³ Cf. Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), opinion dissidente de la juge Tulkens, § 11: « Dans ce débat, la voix des femmes est absente, celles qui portent le foulard comme celles qui choisissent de ne pas le porter ».

¹²⁴ Voir à ce sujet RATNA KAPUR, *Human Rights in the 21st Century: Take a Walk on the Dark Side*, *Sydney Law Review* 2006, pp. 665-687, pp. 678 s. L'auteur relève que cette approche paternaliste plonge ses racines dans la période coloniale, quand la mission civilisatrice de l'occident, destinée à assurer le progrès des peuples qualifiés de primitifs, renforçait l'attitude paternaliste à l'égard des femmes, justifiée par la faiblesse du genre féminin.

Pour une recherche destinée à favoriser une approche jurisprudentielle respectueuse des minorités, voir l'ouvrage EVA BREMS (éd.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, et, au sujet des minorités religieuses, la critique et les tentatives de reformulation de l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie* de PIERRE BOSSET, *Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey*, pp. 192-217 dans ledit ouvrage.

¹²⁵ ZIMMERMANN (note 5), p. 6 n° 16 ; voir aussi Id. (note 6), p. 76.

¹²⁶ Cour EDH (GC), *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 (2005), opinion dissidente de la juge Tulkens, § 19. La juge belge relève en plus que « [v]ouloir la liberté et l'égalité pour les femmes ne peut signifier les priver de la chance de décider de leur avenir. L'interdiction et l'exclusion résonnent en écho au fondamentalisme que ces mesures veulent combattre ».

¹²⁷ Voir Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, n° 43835/11 (2014), § 119: « La Cour estime en revanche qu'un Etat partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux ».

¹²⁸ ATF 134 I 49 consid. 3.2 p. 54; ATF 134 I 56 consid. 5.2 p. 63; voir aussi ATF 135 I 79 consid. 7.2 p. 90; ATF 139 I 292 consid. 8.4 p. 305.

nuancée¹²⁹. Se référant à l'argumentation de la Cour constitutionnelle allemande¹³⁰, et soucieux d'entendre la voix des femmes concernées, le Tribunal fédéral cite par ailleurs une étude empirique montrant l'hétérogénéité des motivations à la base du port du voile¹³¹.

Désireux de ne pas céder à des visions stéréotypées, reposant sur des allégations non étayées et des soupçons vagues, le Tribunal fédéral opte pour une appréciation fondée sur les circonstances du cas d'espèce. A la position de la commune, arguant qu'elle avait le devoir de protéger la fille contre « la conception juridique d'inspiration patriarcale »¹³² de son père, il oppose l'avis de la pédiatre, et l'absence de tout autre indice concret laissant croire que l'élève porte le voile sous la contrainte parentale. Dans le même ordre d'idées, les juges fédéraux reprochent à la commune recourante de ne pas avoir démontré en quoi l'interdiction générale du port du voile était nécessaire en vue d'assurer que l'élève puisse suivre l'enseignement. En effet, la transmission de « l'enseignement est indépendant[e] de la renonciation de l'élève à un signe religieux »¹³³ et « [o]n ne voit (...) pas que l'élève ne puisse recevoir l'instruction que moyennant une interdiction générale du voile (...) »¹³⁴.

Les considérations qui précèdent amènent le Tribunal fédéral à une conclusion conforme à la fonction d'intégration de la liberté religieuse¹³⁵: « Il n'apparaît ni souhaitable ni nécessaire, tant sous l'angle de l'égalité des sexes que de l'intégration, de subordonner la scolarisation ultérieure de l'élève à la renonciation au port d'un signe religieux. Il importe davantage de donner accès à l'enseignement scolaire aussi à une élève pratiquante, afin que celle-ci bénéficie de l'égalité des chances et de l'intégration dont la commune recourante souligne elle-même la nécessité »¹³⁶.

B) L'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations indirectes

L'exception à l'interdiction générale prévue au règlement scolaire de fréquenter l'école avec un couvre-chef est-elle un traitement de faveur accordé aux élèves musulmanes, contrevenant à l'égalité de traitement, comme l'allègue la commune recourante ? Fort heureusement, le Tribunal fédéral rejette ce grief. Il met en exergue, en substance, que la distinction opérée entre le port de symboles religieux, d'une part, et celui de casquettes à la mode ou de bonnets en laine, dépourvus de connotation religieuse, d'autre part, repose sur un critère pertinent. En effet, seuls les élèves portant des symboles ou tenues pour des motifs religieux peuvent se prévaloir de la liberté de conscience et de croyance¹³⁷. Dans un souci pédagogique et de sensibilisation, le Tribunal fédéral apporte des éclaircissements sur un autre argument invoqué par la commune recourante. A l'idée selon laquelle l'interdiction générale de couvre-chefs répond à la préoccupation de garantir le bon fonctionnement de l'école en proscrivant des vêtements importuns ou choquants, il rétorque que « d'ordinaire, le port de signes

¹²⁹ ATF 142 I 49 consid. 9.6.1 p. 74.

¹³⁰ ATF 142 I 49 consid. 9.6.1 p. 74, citant l'arrêt *Lüdin* (BVerfGE 108, 282 (304 s.).

¹³¹ Les juges fédéraux citent YSEMIN KARAKASOGLU, Die „Kopftuch-Frage“ an deutschen Schulen und Hochschulen, in : Marianne Krüger-Potratz (éd.), Reihe Interkulturelle Studien, Querformat vol. 6, Münster 2002, pp. 1 ss, p. 22 (voir ATF 142 I 49 consid. 9.6.1 p. 74). Pour une autre étude, voir EVA BREMS, *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

¹³² ATF 142 I 49 consid. 9.6 p. 73 = JdT 2016 I 67, p. 88.

¹³³ ATF 142 I 49 consid. 9.5.2 p. 73, cité selon JdT 2016 I 67, p. 87.

¹³⁴ ATF 142 I 49 consid. 9.5.2 p. 73, cité selon JdT 2016 I 67, p. 88.

¹³⁵ Sur la fonction d'intégration, voir *supra*, I.

¹³⁶ ATF 142 I 49 consid. 9.6.2 p. 74, cité selon JdT 2016 I 67, p. 89.

¹³⁷ ATF 142 I 49 consid. 9.4.3 p. 72 = JdT 2016 I 67, pp. 86 s.

religieux n'est pas motivé par le dessein de porter des vêtements importuns, mais par celui de se vêtir conformément aux prescriptions religieuses »¹³⁸.

La conclusion à laquelle aboutit le Tribunal fédéral correspond à celle de la Cour suprême canadienne dans l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*¹³⁹, qui avait retenu tout l'intérêt de Tristan¹⁴⁰. Sa passion pour son sujet de thèse et le multiculturalisme l'avait sans surprise amené à explorer la jurisprudence canadienne et à étudier cette décision de la Cour suprême du Canada. L'arrêt *Multani* porte sur l'interdiction faite à un élève sikh de fréquenter l'école avec un kirpan¹⁴¹, au motif que cet objet contrevient au règlement scolaire proscrivant le port d'armes et d'autres objets dangereux. La Cour suprême refuse de mettre sur le même plan le kirpan et les autres objets dangereux. Elle souligne que la décision des autorités scolaires est irrespectueuse d'une valeur fondamentale de la société canadienne — le multiculturalisme¹⁴² — pour ajouter ce qui suit:

La tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne. Si des élèves considèrent injuste que G puisse porter son kirpan à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie. La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres¹⁴³.

Les propos au sujet de la dévalorisation d'un symbole d'une minorité religieuse reflètent une conception que la Cour élabore davantage dans l'arrêt *Multani* et qui l'amène à conclure que la décision des autorités scolaires est inconstitutionnelle : loin d'être constitutive d'une inégalité de traitement, une exception aux règles généralement applicables pour tenir compte des besoins spécifiques des minorités est commandée par l'interdiction des discriminations. En d'autres termes, cette approche, qui constitue le fondement de la doctrine dite d'accommodement raisonnable au Canada¹⁴⁴, part du constat que l'ordre juridique n'est pas

¹³⁸ ATF 142 I 49 consid. 8.2.1 pp. 66 s. = JdT 2016 I 67, p. 82. Voir aussi JdT 2016 I 67, p. 85 : « Le port du voile, ressenti comme l'obéissance à une obligation religieuse de se couvrir, n'est cependant pas un comportement irrespectueux (...) ». Le Tribunal fédéral montre par ailleurs qu'il est conscient du fait que l'interdiction générale de couvre-chefs est souvent dirigée contre les musulmans : « Seulement dans la mesure où l'interdiction générale de porter un couvre-chef pendant la classe est une règle générale de bienséance dirigée contre les vêtements importuns ou choquants, et qu'elle ne vise pas spécialement ni de manière ciblée un groupe d'élèves désireux de respecter des prescriptions vestimentaires religieuses, cette interdiction entre en considération au titre de l'intérêt public au fonctionnement régulier de l'école (...) » (*ibid.*, souligné par l'auteure).

¹³⁹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, § 76.

¹⁴⁰ Cf. ZIMMERMANN (note 5), p. 6 note de bas de page 37.

¹⁴¹ Le kirpan est une arme symbolique s'apparentant à un poignard que les sikhs orthodoxes sont tenus de porter en permanence. Il doit être fait de métal et avoir une lame tranchante et pointue de 12 à 15 cm minimum (voir *Multani* (note 139), § 3 et 36. Voir aussi les informations disponibles sur http://www.sikhs.nl/main_french/LeKirpan.htm, consulté le 10 février 2017).

¹⁴² Le multiculturalisme est spécifiquement mentionné dans la Charte canadienne des droits et libertés de 1982. L'art. 27 dispose que toute interprétation de la charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

¹⁴³ *Multani* (note 139), § 79.

¹⁴⁴ Pour des présentations succinctes de l'accommodement raisonnable au Canada, cf. MYRIAM JÉZÉQUEL, L'obligation d'accommodement raisonnable : ses potentiels et ses limites, in : *Tendances de la cohésion sociale*, n° 21, Strasbourg 2009, pp. 21-36 ; PIERRE BOSSET, Réflexions sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse, 2005 (étude adoptée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec), (disponible sur http://www.cdpcj.qc.ca/publications/religion_accommodement_avis.pdf, consulté le 14 février 2017); *Id.*, Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation

neutre d'un point de vue religieux et culturel. Comme les normes juridiques sont le reflet des convictions et traditions de la majorité, leur application égale aux minorités conduit à des discriminations indirectes¹⁴⁵. Partant de ce constat, la théorie d'accommodement raisonnable fonde un droit subjectif des minorités à obtenir un traitement différencié. Elle poursuit donc une fonction corrective, visant à assouplir l'application des règles juridiques, conçues par la majorité et pour la majorité, pour tenir compte des besoins des minorités¹⁴⁶ et pour favoriser leur intégration¹⁴⁷.

Tristan était conscient du potentiel discriminatoire inhérent aux règles régissant les tenues et symboles religieux. Soucieux d'éviter que les communautés minoritaires ne soient marginalisées, il a écrit, au sujet de la législation française interdisant aux élèves le port de symboles religieux ostentatoires¹⁴⁸, qu'elle « portait davantage atteinte à des communautés allogènes »¹⁴⁹ et était constitutive d'une discrimination indirecte¹⁵⁰.

Le Tribunal fédéral analyse la question du port du voile essentiellement à la lumière de la liberté religieuse, sans l'examiner au regard de l'interdiction des discriminations indirectes. L'arrêt *St. Margrethen* montre, cependant, que les juges fédéraux n'ignorent pas cette problématique. Dans des considérants consacrés à une analyse de droit comparé, ils font mention du grief tiré de l'interdiction des discriminations indirectes, en se référant à l'argumentation de la Cour constitutionnelle allemande. Dans leur arrêt sur l'interdiction du port du voile du 27 janvier 2015, les juges de Karlsruhe avaient en effet relevé que cette règle portait dans les faits essentiellement préjudice aux femmes musulmanes.¹⁵¹ Celles-ci sont écartées de la profession d'enseignantes, ce qui est problématique à la lumière de l'égalité de fait entre les sexes¹⁵².

Un autre motif de discrimination – fondé sur la conviction religieuse – n'a pas été examiné. Le Tribunal fédéral l'a par contre analysé en lien avec le port du voile dans les arrêts *Buchs*¹⁵³

d'accommodement raisonnable (disponible sur le site de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec, http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/accommodements_fondements_juridiques.pdf, consulté le 14 février 2017) et également publié in : Myriam Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où*, Editions Yvon Blais, Cowanville 2007, pp. 3-28.

Pour une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'aune de l'accommodement raisonnable, cf. MAYA HERTIG RANDALL, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable, in : Andreas Ziegler/Julie Küffer (éd.), *Les minorités et le Droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson*, Schulthess, Zurich 2016, pp. 265-288. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cf. CHRISTINE HENRARD, Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: A closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality, *Erasmus Law Review* 2012, pp. 59-77, pp. 64 ss.

¹⁴⁵ Pour les fondements, voir p. ex. BOSSET 2007 (note 144).

¹⁴⁶ Voir p. ex. JÉZÉQUEL (note 144), p. 27.

¹⁴⁷ BOSSET 2007 (note 144), pp. 2 ss.

¹⁴⁸ Voir note 17.

¹⁴⁹ ZIMMERMANN (note 5), p. 13 n° 42.

¹⁵⁰ *IBID.* ; sur cette problématique, voir aussi TRISTAN ZIMMERMANN, Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école : l'humeur inégale du juge européen, in : Rachid Bahar/Rita Trigo Trindade (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique*, Schulthess, Genève 2013, pp. 107-151. Pour la notion de discrimination indirecte, voir par exemple ATF 138 I 205 consid. 5.5. pp. 213 s. : une discrimination indirecte « existe lorsqu'une réglementation, qui ne désavantage pas directement un groupe déterminé, défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe (...) l'atteinte doit revêtir une importance significative, le principe de l'interdiction de la discrimination indirecte ne pouvant servir qu'à corriger les effets négatifs les plus flagrants d'une réglementation étatique (...) ».

¹⁵¹ ATF 142 I 49 consid. 4.5.3. 61.

¹⁵² BVerfGE 138, 296 (354).

¹⁵³ ATF 134 I 49.

et *Birr*¹⁵⁴, rendus le 27 février 2008. Les juges fédéraux y relèvent que le refus de naturaliser des femmes musulmanes était fondé sur le seul motif qu'elles portaient le voile. Cette approche des autorités communales désavantageait ces femmes dans la procédure de naturalisation par rapport aux hommes et aux femmes musulmanes qui ne portent pas le voile, ainsi que par rapport aux femmes d'autres confessions¹⁵⁵. Elle pouvait même leur barrer l'accès à la nationalité suisse, ce qui n'était pas compatible avec l'art. 8 al. 2 Cst. Dans les arrêts *Birr* et *Buchs*, la violation de l'interdiction des discriminations était due au fait que les autorités avaient opéré une *distinction*, fondée sur un critère (le port du voile), qui portait dans les faits préjudice aux recourantes en raison d'un critère proscrit (la conviction religieuse). Comme le montre l'analyse de la Cour suprême canadienne, une violation de l'interdiction des discriminations peut aussi être le résultat d'une *assimilation* injustifiée, à savoir le refus d'accorder des exceptions aux règles généralement applicables (comme l'interdiction de porter des objets dangereux ou de fréquenter l'école avec un couvre-chef).

Notons qu'une intention discriminatoire (dans les faits souvent présente dans la législation réglementant le port de signes ou tenues) n'est pas un élément constitutif de l'interdiction des discriminations indirectes, l'effet disproportionné sur les minorités étant déterminant¹⁵⁶. Dans un contexte politique marqué par des tendances islamophobes, les effets discriminatoires des règles de droit méritent une attention accrue, pour évaluer la constitutionnalité d'initiatives, populaires ou parlementaires, qui prennent la minorité musulmane pour cible, bien qu'elles soient formulées de façon générale et abstraite pour se donner une apparence de neutralité¹⁵⁷. Le Tribunal fédéral franchira-t-il le pas de censurer ce type de règles se fondant sur l'interdiction des discriminations, comme l'avait proposé Tristan ? L'avenir nous le dira.

¹⁵⁴ ATF 134 I 56.

¹⁵⁵ Le fait que le Tribunal fédéral opère aussi une comparaison avec les hommes laisse entendre que le sexe est aussi un critère de discrimination pertinent, s'ajoutant à celui de la conviction religieuse. Dans cet ordre d'idées, des mesures interdisant le port du voile islamique peuvent être considérées comme étant constitutives d'une discrimination entrecroisée, fondée sur les critères du sexe et de la conviction religieuse, et, selon les cas, souvent aussi sur l'origine ethnique. Pour la notion de discrimination entrecroisée comme une sous-catégorie de discrimination multiple, cf. ELEANOR KLEBER, La discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen. Pour une analyse du port du voile sous l'angle des discriminations entrecroisées, voir FRÉDÉRIQUE AST/RIEM SPIELHAUS, Tackling Double Victimization of Muslim Women in Europe: the Intersectional Response, *Mediterranean journal of human rights* 2012, pp. 357-382. TITIA LOENEN, The headscarf debate. Approaching the intersection of sex, religion and race under the European Convention on Human Rights and EC equality law, in : Dagmar Schieck/Victoria Chege (éd.), *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Routledge-Cavendish, Abingdon/New York, 2009, pp. 313-328, pp. 314 s., et, dans le même ouvrage, LYNN ROSEBERRY, Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate, pp. 329-351.

¹⁵⁶ Voir la définition de la discrimination indirecte *supra*, note 150.

¹⁵⁷ Mentionnons à titre d'exemple le nouvel article art. 9a de la Constitution de la République et Canton du Tessin, adopté lors de la votation populaire du 22 septembre 2013, et interdisant la dissimulation du visage sur les voies publiques et dans les lieux ouverts au public ou affectés à un service public, et proscrivant de forcer une personne à se dissimuler le visage en raison de son sexe. L'argumentaire pendant la campagne, et les affiches politiques, montrent cependant que cette norme, libellée de façon générale, est dirigée contre le port du voile intégral. C'est aussi dans ce sens que l'initiative a été comprise dans les médias (voir par exemple, RTSInfo, La loi anti-burqa entre en vigueur en pleine saison touristique au Tessin, 1^{er} juillet 2016, accessible sous <http://www.rts.ch/info/regions/autres-cantons/7849187-la-loi-anti-burqa-entre-en-vigueur-en-pleine-saison-touristique-au-tessin.html> (consulté le 17 janvier 2017).

Propos finaux

Tristan était attaché à l'idéal d'une société ouverte et tolérante, une société dans laquelle le pluralisme religieux pouvait librement s'afficher. Il prônait une approche fondée sur le multiculturalisme¹⁵⁸, qui l'amenait à rejeter la vision de l'école comme un sanctuaire, reléguant l'expression des différentes croyances et convictions aux foyers. L'école ne devait selon Tristan pas engendrer « des élèves schizophrènes ou des élèves-Janus, présentant un visage dans l'espace public et un autre dans l'espace privé ».¹⁵⁹ Au lieu de marginaliser, voire d'exclure des élèves en raison de leur conviction religieuse, elle devait être un endroit d'intégration, où des enfants de différentes religions et convictions sont exposés à la diversité caractéristique des sociétés contemporaines et sont sensibilisés aux valeurs d'ouverture et de tolérance. La même vision de l'école est reflétée dans l'arrêt *St. Margrethen*. Le Tribunal fédéral y prône une conception de « la neutralité de l'école comprise comme un environnement ouvert aux diverses confessions »¹⁶⁰ ayant pour « tâche d'intégrer tous les enfants dans la transmission de l'enseignement, tâche incluse dans la mission éducative de l'école »¹⁶¹. Les valeurs de tolérance et d'ouverture amènent le Tribunal fédéral à également rejeter toute vision stéréotypée de la foi et du voile islamique. Suivant le raisonnement de la Cour constitutionnelle allemande, il soumet l'interdiction du port des signes religieux par des élèves à l'exigence qu'une atteinte aux intérêts publics ou des droits fondamentaux d'autrui soit établie de façon concrète, à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Des risques abstraits, reposant sur des allégations générales et des perceptions non étayées, ne sauraient suffire.

En jugeant l'interdiction générale du port du voile imposée à une élève saint-galloise inconstitutionnelle, le Tribunal fédéral émet un signe fort contre un développement menant les sociétés occidentales sur une pente glissante. Comme l'évolution dans certains pays le montre, une mesure dirigée contre le voile islamique a tendance à en appeler une autre, à l'image d'une tâche d'huile dans l'eau, faisant des cercles de plus en plus larges¹⁶² : après les enseignantes, sont visées les élèves, puis l'ensemble des fonctionnaires, voire l'ensemble des usagers de l'espace public, sans que ces législations mettent fin aux contestations. Des positions défendant l'interdiction du port du voile dans l'économie privée, au nom d'une « neutralité professionnelle des entreprises »¹⁶³, illustre cette tendance. Plus ces mesures prohibitives prolifèrent, plus le voile islamique est perçu comme une anomalie, justifiant des interdictions dans de nouveaux domaines¹⁶⁴, ou visant d'autres tenues (notamment les jupes

¹⁵⁸ FRÉDÉRIC BERNARD, Liberté religieuse et multiculturalisme, in : Frédéric Bernard/Eleanor McGregor/Diane Vallée-Grisel (éd.), *Constitution et religion : les droits de l'homme en mémoire*, Schulthess, Genève 2017, pp. 13 ss.

¹⁵⁹ ZIMMERMANN (note 6), p. 41 s.

¹⁶⁰ ATF 142 I consid. 9.4.2 p. 71, cité selon JdT 2016 I 67, p. 86.

¹⁶¹ ATF 142 I consid. 9.4.2 pp. 71 s., cité selon JdT 2016 I 67, p. 86.

¹⁶² Voir EVA BREMS, ECJ headscarf series (5) : The Field in which Achbita will Land – A Brief Sketch of Headscarf Persecution in Belgium, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2016/09/16/ecj-headscarf-series-5-the-field-in-which-achbita-will-land-a-brief-sketch-of-headscarf-persecution-in-belgium/> (consulté le 13 février 2017).

¹⁶³ Voir BREMS (note 162) ; voir à ce sujet deux arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne concernant la compatibilité du licenciement de deux femmes musulmanes portant le voile avec la législation antidiscriminatoire de l'Union européenne (CJUE (GC), aff. C-157/15, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV* du 14 mars 2017, ECLI:EU:C:2017:203; CJUE (GC), aff. C-188/15, *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contre Micropole SA* du 14 mars 2017 ECLI:EU:C:2017:204). Pour la Suisse, voir par exemple BLAISE MATTHEY, Foulard islamique en entreprise, *Le Temps* du 7 novembre 2016, p. 9 (réagissant à un jugement du Tribunal régional de Berne-Mittelland du 8 septembre 2016 désavouant une blanchisserie ayant licencié une employée au motif qu'elle portait le voile).

¹⁶⁴ Cf. BREMS (note 162), qui parle dans ce contexte de « *headscarf persecution* ».

longues ou les burkinis), érigées dans l'imaginaire populaire en symboles d'un islam fondamentaliste et hostile aux femmes. Dans ce contexte, l'arrêt *St. Margrethen* envoie un important message critique à l'égard de ces tendances, en rappelant les fondements historiques de la liberté religieuse et de ses fonctions classiques, axées sur la liberté, la tolérance et l'intégration.

L'exigence de laïcité au regard de la Constitution genevoise du 14 octobre 2012

MICHEL HOTTELIER*

« Paupières fatiguées, brûlure du travail, et puis le frais balancement de l'aube et le courage, par miracle, qui renaît ; oh non, rien n'est jamais complètement perdu, quand même un bâtiment comme la ville surgit des trombes de la nuit, vaincu, couvert de mousse et de blessures. »

GEORGES HALDAS, *La voie d'amour*, Neuchâtel 1949, p. 62

Introduction

Dans l'ouvrage fondateur qu'il a fait paraître en 1966 et qui porte le titre « *Les mots et les choses* », Michel Foucault s'interroge sur la définition et l'ordonnement du savoir en un système apparemment logique et cohérent, dans l'environnement social et culturel occidental depuis la Renaissance¹.

Ainsi, il y a les choses, et puis il y a les mots que l'on utilise pour les désigner, les représenter, pour les faire connaître et tenter de les comprendre².

Habitué à la rhétorique argumentative, le juriste n'est certainement pas indifférent à cette approche et à ce mode de fonctionnement d'ordre philosophique et philologique, ne serait-ce qu'en raison des liens qu'elle révèle entre loi et substrat sociétal (*ubi societas...*), entre norme et

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

¹ MICHEL FOUCAULT, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, in *Œuvres*, Bibliothèque de la Pléiade, vol. I, Gallimard, Paris 2015, p. 1035.

² Comme l'indique FOUCAULT (note 1), p. 1040 « les codes fondamentaux d'une culture – ceux qui régissent son langage, ses schémas perceptifs, ses échanges, ses techniques, ses valeurs, la hiérarchie de ses pratiques – fixent d'entrée de jeu pour chaque homme les ordres empiriques auxquels il aura affaire et dans lesquels il se retrouvera ».

idéologie, entre la formulation de la règle et la perception du langage qui l'habille³. Indifférent, le constitutionnaliste l'est sans doute moins encore, lui qui est rompu à l'art de s'interroger sur les quelques mots et les quelques phrases, souvent brèves, fréquemment elliptiques, pas toujours limpides ni dépourvues d'ambiguïté, qui composent une constitution.

Comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans un arrêt de principe, fondateur lui aussi, prononcé le 12 octobre 2012, « les dispositions constitutionnelles fixent le plus souvent l'essentiel et ne comportent qu'une faible densité normative. La Constitution n'est pas une unité mais un assemblage souvent historique de principes, garanties et mandats distincts qui ne sont pas toujours délibérément reliés et coordonnés. Tant que le constituant n'a pas expressément conféré la primauté à une règle spécifique, l'interprétation doit en principe tenir les diverses règles pour équivalentes. L'interprétation de la Constitution doit tenir compte, outre de la pluralité des méthodes déterminante pour l'interprétation des simples lois, des principes structurels, de la conformité au droit international et d'une cohérence minimale. La Constitution doit se révéler autant que possible exempte de contradictions, ce pourquoi les dispositions spécifiques ne peuvent pas recevoir exclusivement et isolément l'interprétation que les initiateurs leur attribuent »⁴.

La constitution considérée comme un objet d'étude présente, à cet égard, une originalité qui permet certainement de la distinguer et de la singulariser par rapport aux autres types d'actes normatifs⁵.

L'exigence de la laïcité au sens de l'article 3 de la Constitution genevoise du 14 octobre 2012⁶ s'inscrit en plein dans ce contexte. Conformément à l'approche légistique qui a été suivie pour rédiger la nouvelle constitution⁷, les phrases qui composent la disposition sont brèves, les mots se veulent précis, le sens est apparemment clair. L'interprétation juridique de la notion de laïcité n'est pourtant pas dépourvue d'équivoque. En France par exemple, des élèves musulmanes se trouvent exclues d'établissements publics d'enseignement au nom précisément de la laïcité de l'Etat, au seul motif qu'elles sont coiffées d'un foulard⁸. En Turquie, on fait de même à propos d'étudiantes à l'université⁹.

³ Dans la notice qui accompagne l'ouvrage de MICHEL FOUCAULT (note 1, p. 1576), PHILIPPE SABOT relève que le travail de cet auteur s'inscrit « dans le contexte d'un renouveau des sciences humaines marqué par l'émergence du structuralisme en linguistique et en ethnologie », en proposant « un diagnostic cohérent de l'état de la pensée contemporaine et, en particulier, du rôle déterminant que l'analyse du langage est appelée à jouer dans le domaine des sciences humaines (...) ».

⁴ ATF 139 I 16, 24 consid. 4.2.1 X. = JT 2013 I 167, 173.

⁵ Sur le droit constitutionnel perçu comme objet autonome d'investigation scientifique et de discours critique, qui renvoie plus généralement à la réflexion épistémologique en droit, voir l'intéressante contribution de XAVIER MAGNON, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel – », *AJJC* XXXI-2015, p. 13 ; voir également l'étude de RÉGIS PONSARD, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AJJC* XXXI-2015, p. 37.

⁶ Ci-après : Cst./GE ; Recueil systématique du droit genevois (RS/GE) A 2 00.

⁷ Sur le sujet, voir MICHEL HOTTELLIER/THIERRY TANQUEREL, « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 », *SJ* 2014 II 350.

⁸ *ACEDH Kervanci c. France, ACEDH Dogru c. France*, tous deux datés du 4 décembre 2008, par. 61 ss, en particulier par. 69, où la Cour européenne des droits de l'homme relève que « cette limitation de la manifestation d'une conviction religieuse avait pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité dans l'espace public scolaire (...) ».

⁹ *ACEDH Leyla Sahin c. Turquie*, du 10 novembre 2005, par. 112 ss., en particulier par. 116, où la Grande Chambre de la Cour indique que « c'est le principe de laïcité tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle (...) qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités. Dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi estimé comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard ».

Des pratiques de ce genre seraient impensables sinon en Suisse, du moins à Genève, au nom précisément du respect de la liberté religieuse et de la neutralité confessionnelle de l'Etat, bref au nom de l'exigence de laïcité. Le Tribunal fédéral s'est prononcé d'une manière exemplaire sur cette question à la faveur d'une affaire jugée le 11 décembre 2015, qui concernait le port du voile islamique par une écolière inscrite dans le système scolaire du canton de Saint-Gall¹⁰. La Haute Cour a jugé à cette occasion inadmissible l'ingérence dans la liberté religieuse qu'implique une interdiction de principe imposée aux élèves d'une école publique d'arborer un signe ostentatoire fort tel que le foulard islamique¹¹.

Tristan Zimmermann a été l'un des constituants qui s'est le plus engagé en faveur d'une garantie de la liberté de conscience empreinte d'ouverture et de tolérance dans la nouvelle constitution genevoise. Pour lui rendre hommage dans le sillage de cet engagement aussi constant que déterminé, qui a profondément influencé l'orientation des travaux de l'Assemblée constituante, nous aimerions consacrer quelques développements au principe de la laïcité tel qu'il se présente dans la Constitution genevoise du 14 octobre 2012.

I. La notion

Sur un plan littéral et général, la laïcité se définit comme ce qui est indépendant des conceptions religieuses ou partisans et qui exclut les Eglises de l'exercice du pouvoir politique ou administratif¹². En France, l'émergence du concept moderne de laïcité coïncide historiquement avec le programme de déconcessionnalisation des services publics et d'introduction de l'instruction publique gratuite, obligatoire, détachée de l'Eglise catholique qui a été entamé à la fin du 19^e siècle. On parle alors de séparation, au sens strict, des Eglises et de l'Etat¹³.

Comme l'a relevé Tristan Zimmermann, la laïcité se présente comme une notion polysémique, un concept dont l'interprétation et la mise en œuvre sont étroitement tributaires du contexte historique et politique. Partant, la laïcité ne connaît pas de définition juridique précise, au sens propre du terme¹⁴.

islamique ». Voir cependant l'opinion dissidente de la juge FRANÇOISE TULKENS, selon qui (par. 7) « si le principe de laïcité requiert un enseignement affranchi de toute manifestation religieuse et doit s'imposer aux enseignants, comme à tous les agents des services publics, qui se sont engagés volontairement dans un espace de neutralité, la situation des élèves et des étudiants me semble différente ».

¹⁰ ATF 142 I 49, 69 consid. 9.2 *Schulgemeinde St. Margrethen* : « Die Glaubens- und Gewissensfreiheit enthält zwar die Verpflichtung des Staates zu religiöser und konfessioneller Neutralität (Art. 15 Abs. 4 BV). Mit dem Auftrag an die öffentlichen Schulen, die für sie handelnden Lehrpersonen zu Neutralität und konfessioneller Gleichbehandlung anzuhaltend, geht jedoch nicht (auch) eine entsprechende Verpflichtung der Benutzer einher : Schülerinnen und Schüler sind – jedenfalls solange sie durch ihre Grundrechtsausübung die Grundrechte Dritter nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigen (...) – keiner Neutralitätspflicht unterworfen. Mit der Zulassung des Tragens eines religiösen Symbols durch eine Schülerin ist namentlich keine Identifizierung der öffentlichen Schule bzw. des Staates mit einem bestimmten Glauben verbunden (...). Die Neutralitätspflicht der Behörden ist nicht geeignet, ein allgemeines Kopfbedeckungsverbot für Schülerinnen und Schüler zu begründen ».

¹¹ L'arrêt *Volksschulgemeinde Bürglen*, ATF 139 I 280, prononcé le 11 juillet 2013, avait déjà permis au Tribunal fédéral d'indiquer que l'interdiction du port du foulard islamique imposée à une écolière représente une restriction grave à la liberté de conscience et de croyance qui exige, partant, une base légale formelle au sens de l'article 36 alinéa 1 Cst. féd.

¹² Dictionnaire *Le petit Larousse*, Paris 2016, p. 574.

¹³ Voir PIERRE-HENRI PRELOT, « Laïcité », in : Joël Andriantsimbazovina *et al.* (éd.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, Paris 2008, p. 597. Sur la laïcité en France, voir également EMMANUEL DECAUX, « Religion et laïcité », *AIDH* 2010, p. 205 ; MICHEL HOTTELIER/TRISTAN ZIMMERMANN, « Le statut des religions dans les Etats membres de l'Union européenne », *AIDH* 2010, p. 122 ss et les autres références citées.

¹⁴ TRISTAN ZIMMERMANN, « La laïcité et la République et canton de Genève », *SJ* 2011 II 31.

Sur le terrain du droit, la laïcité ne se présente pas comme une fin en soi. Elle consiste plutôt en un moyen en vue d'assurer le respect de l'individu, la tolérance et la paix confessionnelle. Sa reconnaissance par la constitution, puis sa concrétisation par le droit prétorien qui en découle fixent, fondamentalement, le rapport de l'individu et de la société face au pouvoir politique, à l'autorité et à la loi. Est ainsi laissée au libre arbitre de chaque individu la liberté de déterminer, en toute conscience – tel est précisément le sens premier attaché à la garantie éponyme –, les questions de nature confessionnelle, sans intervention ni contrainte de la part de l'État. Comme l'indique le philosophe français Luc Ferry, le fait religieux ainsi considéré se présente alors avant tout comme un fait privé, relevant du for intérieur de toute personne¹⁵.

A travers l'inscription du principe de laïcité dans une constitution, l'état d'indépendance des pouvoirs publics par rapport aux communautés religieuses accède, sur le plan institutionnel, à une qualité d'Etat. C'est du moins ce qu'a voulu l'Assemblée constituante genevoise. Ainsi considérée, la laïcité se présente comme un principe de droit politique, une règle fondatrice de l'ordre institutionnel et juridique.

Considérée sous cet angle, la laïcité apparaît comme une émanation et un complément du caractère démocratique et républicain de l'Etat. Appréhendée par le droit, elle impose un cadre institutionnel à l'intérieur duquel la loi se négocie sur la base d'une approche tout à la fois libre et humaniste, c'est-à-dire en fonction de choix opérés par les hommes et pour les hommes, sans l'imposition d'aucune contrainte ou exigence de nature confessionnelle. L'Etat est, partant, tenu d'afficher une position neutre et indépendante à l'égard des courants, doctrines et idées d'ordre religieux, de même qu'à l'égard de toutes les personnes qui y adhèrent ou qui les professent.

Pour mieux comprendre le sens que revêt l'exigence de laïcité dans la Constitution genevoise, il faut se référer au cadre constitutionnel général tel qu'il a cours en Suisse.

II. Le cadre constitutionnel fédéral

1. L'article 72 Cst. féd.

Le cadre général des rapports entre l'Etat et les Eglises est tracé par la Constitution fédérale. A teneur de l'article 72 alinéa 1 Cst. féd., la réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat est du ressort des cantons. La disposition, déjà présente dans la Constitution fédérale du 29 mai 1874¹⁶, a été reprise, sans être remise en cause, lors de la révision totale qui a conduit à l'adoption de la Constitution du 18 avril 1999¹⁷.

Le peuple et les cantons ont en particulier rejeté, lors du scrutin du 2 mars 1980, une proposition qui visait à réglementer la séparation de l'Eglise et de l'Etat sur le plan fédéral, en instituant une séparation complète de l'Eglise et de l'Etat¹⁸. C'est pourquoi l'article 72 alinéa 1 Cst. féd. réserve explicitement, aujourd'hui encore, la compétence des cantons en ce domaine.

¹⁵ LUC FERRY, « Les bienfaits de la laïcité », *CultureEnJeu*, décembre 2016, p. 5 (www.cultureenjeu.ch). L'auteur relève en particulier que la laïcité se présente comme le seul moyen d'organiser la coexistence pacifique des religions et de mettre un terme aux guerres de religion.

¹⁶ Sur le sujet, voir PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3^e éd., Stämpfli, Berne 1982, p. 2 et les références citées, qui rappelle que la conception moderne de la liberté religieuse en Suisse est issue des conflits qui ont historiquement opposé les catholiques aux protestants.

¹⁷ Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 291.

¹⁸ FF 1980 II 200.

En application de cette clause fédéraliste, chaque canton régleme le sujet de manière autonome, sur la base de l'ordre constitutionnel qui lui est propre¹⁹.

La disposition peut paraître étonnante, d'un point de vue constitutionnel s'entend, en ce qu'elle proclame une compétence cantonale, alors même que la règle posée par les articles 3 et 42 Cst. féd. exprime une vision inverse : selon le principe qu'énoncent ces dispositions, la Constitution fédérale n'est en effet censée énoncer que les compétences dont disposent les autorités fédérales, celles des cantons résultant précisément du silence de la loi fondamentale nationale²⁰.

L'article 72 alinéa 1 Cst. féd. énonce en fait un rappel dont la portée est purement déclaratoire et qui n'était certainement pas nécessaire sur le strict plan juridique²¹. La disposition a en réalité été ajoutée au texte de la Constitution fédérale dans le but de marquer aux cantons l'obligation qu'ils assument, en application de la clause de l'article 35 alinéas 1 et 2 Cst. féd., de respecter la liberté religieuse²² et le principe d'égalité, de même que les principes qui gouvernent l'activité de l'Etat régi par le droit au sens de l'article 5 Cst. féd.²³. Ces garanties sont toutefois interprétées comme n'étant pas réputées contraindre les cantons à observer une neutralité religieuse totale. Aussi, ces derniers peuvent-ils décider d'octroyer un statut de droit public à certaines communautés religieuses et non à d'autres²⁴.

Comme l'a relevé le Conseil fédéral il y a plus de vingt ans, les rapports entre l'Eglise et l'Etat ne connaissent plus le caractère explosif qui les caractérisait encore au 19^e siècle. Tous les cantons qui disposent d'une constitution récente ont cependant consacré un chapitre à ce sujet. Pour autant que cela soit visible, aucun n'a fondamentalement modifié ces rapports à l'occasion de la révision totale de sa constitution²⁵. Il existe par conséquent, comme l'a aussi relevé Tristan Zimmermann, une grande diversité en ce domaine²⁶.

2. Les systèmes cantonaux

Les pratiques cantonales en matière de réglementation des rapports entre les communautés religieuses et l'Etat sont empreintes d'une certaine complexité, mais elles peuvent pour l'essentiel se répartir en trois catégories.

Il y a d'abord les cantons, traditionnellement réformés évangéliques comme Zurich, Berne ou Vaud, qui voient l'Etat et l'Eglise entretenir des liens particulièrement étroits et qui, corrélativement, possèdent un système d'Eglise nationale, tout en conférant à d'autres communautés religieuses un statut de droit public. Il y a ensuite les cantons qui, traditionnellement catholiques comme Lucerne, Fribourg, le Tessin ou le Valais régleme

¹⁹ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd., Stämpfli, Berne 2008, p. 281.

²⁰ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'Etat*, 3^e éd., Stämpfli, Berne 2013, p. 346.

²¹ RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016, p. 278 ; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich 2003, p. 573.

²² Voir BERNHARD EHRENZELLER, « Glauben, Gewissen und Weltanschauung », in : Detlef Merten/Hansjürgen Papier (éd.), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, C. H. Beck, Heidelberg 2007, p. 305 : « Die Religionsfreiheit erweist sich als Leitplanke für die Gestaltung des Staat-Kirche-Verhältnisses ».

²³ CHRISTOPH WINZELER, « Artikel 72 », in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney (éd.), *Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015, p. 1233.

²⁴ FF 1997 I 158 et 291.

²⁵ FF 1997 I 64.

²⁶ ZIMMERMANN (note 14), pp. 57 ss.

par la loi les aspects financiers et organisationnels des communes ecclésiastiques et qui confèrent un statut de droit public aux Eglises. Il y a enfin les cantons originaires paritaires comme Glaris ou Saint-Gall où les deux confessions principales coexistent, mais où les rapports entre Eglise et Etat sont plus distendus²⁷.

III. Le contexte constitutionnel genevois

1. Généralités

Le système genevois s'inscrit dans un cadre différent de celui que connaissent les autres cantons²⁸. Genève connaît en effet depuis le 30 juin 1907, date de l'adoption d'une loi constitutionnelle « supprimant le budget des cultes », ainsi qu'elle était intitulée²⁹, une forme de séparation nette entre l'Eglise et l'Etat³⁰.

Conçue dans un esprit de tolérance – le terme est central –, encouragée par l'inscription de la garantie de la liberté de conscience et de croyance aux côtés de celle des cultes dans la Constitution fédérale du 29 mai 1874³¹, cette loi reprenait la garantie de la liberté des cultes qui figurait déjà dans la Constitution genevoise de 1847, tout en interdisant désormais qu'aucun culte fût salarié ni subventionné. En outre, nul ne pouvait être tenu de contribuer par l'impôt aux dépenses d'un culte³². Les dispositions de cette loi ont par la suite été intégrées dans la Constitution cantonale, à travers un titre spécifiquement consacré aux « cultes »³³.

Selon ce système original, il n'existe pas d'Eglise d'Etat, pas d'Eglise juridiquement reconnue par le droit public cantonal et bénéficiant, à ce titre, d'un statut spécial. Les communautés religieuses s'organisent à Genève exclusivement sur la base des règles de droit privé³⁴. L'Etat se borne à prêter son concours, qui demeure facultatif, pour certaines tâches comme le calcul et la perception de la contribution ecclésiastique, laquelle conserve du coup sa caractéristique de contribution essentiellement associative. L'élément permet d'illustrer le fait que la religion reste ainsi prioritairement considérée comme une affaire privée.

²⁷ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Stämpfli, Berne 2013, p. 219. Pour un aperçu historique, voir FRANÇOIS WALTER, « Les Eglises et l'Etat en Suisse : tradition territoriale et laïcité », in : Michel Grandjean/Sarah Scholl (éd.), *L'Etat sans confession. La laïcité à Genève (1907) et dans les contextes suisse et français*, Labor et Fides, Genève 2010, p. 103. Voir également ULRICH HÄFELIN, « Article 49 », in : Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Helbing & Lichtenhahn/Schulthess/Stämpfli, Bâle 1991, pp. 10 ss.

²⁸ WALTER (note 27), p. 120 parle à ce propos de « parangon bien atypique de la laïcité en Suisse ».

²⁹ Voir PIERRE BEAUSIRE, *La Constitution genevoise et ses modifications annotées*, Georg, Genève 1979, p. 520.

³⁰ THIERRY TANQUEREL, « Le cadre juridique : les institutions religieuses telles qu'elles résultent de la loi de 1907 », in : Grandjean/Scholl (note 27), p. 72 ; FRANCIS MESSNER, « Genève en 1907. Une séparation au cœur de l'Europe », in : Grandjean/Scholl (note 27), p. 219 ; MAURICE BATELLI, « Avant et après la suppression du budget des cultes à Genève », in : *Recueil de travaux publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des Juristes à Genève*, du 4 au 6 octobre 1952, Genève 1952, p. 307.

³¹ ALFRED KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, vol. II, Stämpfli, Berne 2013, p. 224 ; HÄFELIN (note 27), p. 5 et 8.

³² VÉRONIQUE METTRAL/PATRICK FLEURY, *Histoire de Genève par les textes. Des origines à nos jours*, Slatkine, Genève 2011, p. 273 s.

³³ Voir les articles 164 à 167 Cst./GE 1847. Pour plus de détails sur l'histoire de la laïcité à Genève, voir ZIMMERMANN (note 14), pp. 60 ss et les références bibliographiques citées.

³⁴ TANQUEREL (note 30), p. 80.

A teneur d'une loi votée le 7 juillet 1945 par le Grand Conseil, trois communautés religieuses sont reconnues à cet effet : l'Eglise nationale protestante, l'Eglise catholique romaine et l'Eglise catholique chrétienne³⁵. Ces communautés peuvent demander à l'Etat de percevoir la contribution ecclésiastique, dont le montant est calculé sur la base de l'impôt sur le revenu et la fortune des personnes physiques qui sont domiciliées dans le canton. A Genève, la reconnaissance de l'Eglise par la loi se limite à permettre une simple aide technique pour la perception de la contribution ecclésiastique, qui reste par ailleurs entièrement volontaire³⁶.

D'autres dispositions présentes dans la législation genevoise évoquent le statut de la laïcité. Reprenant et affinant des principes découlant de la législation antérieure, la loi sur l'instruction publique traite par exemple en son article 11 du respect, par le corps enseignant, des convictions politiques et religieuses³⁷. Selon le premier alinéa de cette disposition, l'enseignement public garantit le respect des convictions politiques et religieuses des élèves et des parents. A cet égard, toute forme de propagande politique et religieuse est interdite auprès des élèves (al. 2). Les enseignants ne doivent pas non plus porter de signe extérieur ostensible, révélant une appartenance à une religion ou à un mouvement politique ou religieux (al. 3). L'article 123 alinéa 3 LIP indique aussi que les membres du personnel enseignant sont tenus, au nombre des principes gouvernant leur attitude générale, de respecter la laïcité.

Le statut de la laïcité procède également de sources jurisprudentielles, en lien avec la conception de la liberté religieuse telle qu'elle a cours à Genève. Celles-ci sont au nombre de trois, comme nous le verrons plus loin : il y a la jurisprudence émanant des instances judiciaires genevoises, la pratique du Tribunal fédéral et celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

2. La neutralité religieuse

L'Assemblée constituante s'est référée à ces diverses sources normatives et jurisprudentielles pour concevoir et contextualiser les dispositions de la nouvelle constitution relatives aux rapports entre l'Etat et la religion. Les principes qu'énonce l'article 3 Cst./GE ne sont, à cet égard, pas vraiment nouveaux. La disposition présente toutefois une importance majeure en ce qu'elle affirme pour la première fois, d'une façon globale et désormais positive, le caractère fondamentalement laïque de l'Etat de Genève³⁸.

La neutralité religieuse qu'énonce l'article 3 alinéa 1 Cst./GE procède d'une vision à la fois littérale et étymologique. Comme l'a relevé Tristan Zimmermann, le terme neutre plonge ses racines dans les vocables latins « *ne uter* », qui signifient littéralement « ni l'un, ni l'autre »³⁹. Considérée sous cet angle, la neutralité signifie l'équidistance – mais pas l'indifférence – de l'Etat à l'égard des diverses communautés religieuses. Cela, l'Assemblée constituante l'a voulu également.

Une note de synthèse rédigée le 16 avril 2010 par la commission thématique de l'Assemblée constituante chargée d'examiner les principes généraux et les droits fondamentaux résume ce trait de manière caractéristique, en précisant que « dans le respect du droit fondamental sur la liberté de conscience et de croyance inscrit dans la Constitution fédérale, la commission désire ancrer le principe de la séparation entre l'Eglise et l'Etat dans la Constitution cantonale sous

³⁵ Loi autorisant le Conseil d'Etat à percevoir pour les Eglises reconnues qui lui en font la demande une contribution ecclésiastique (RS/GE D 3 75).

³⁶ TANQUEREL (note 30), p. 77.

³⁷ Loi sur l'instruction publique, du 17 septembre 2015 ; ci-après : LIP (RS/GE C 1 10).

³⁸ ZIMMERMANN (note 14), p. 64.

³⁹ ZIMMERMANN (note 14), p. 58, note 223.

forme d'un article énonçant des principes généraux (...). Cet article montre bien qu'il ne s'agit pas d'une laïcité d'opposition, mais de l'observation par l'Etat et ses services d'une neutralité en matière de religion. Les Eglises et communautés religieuses s'organisent sous les formes prévues par le droit privé et leur indépendance est garantie dans la mesure où elles respectent la légalité républicaine et la paix confessionnelle. Par ailleurs la neutralité de l'Etat en matière religieuse exclut l'octroi de privilèges à une religion plutôt qu'à une autre. Elle implique également que les lieux officiels ne peuvent arborer des symboles strictement religieux, ni les agents de l'Etat dans l'exercice de leur fonction des signes ostentatoires manifestant leurs convictions religieuses. Ceci devrait également concerner les personnes exerçant une charge élective permanente (conseillers d'Etat, juges, etc.) »⁴⁰.

La neutralité évoquée à l'article 3 alinéa 1 Cst./GE est conçue comme le principal vecteur de la paix confessionnelle telle qu'elle prévaut à Genève depuis la fin du 19^e siècle. Cet aspect spécifique de la laïcité trouve son expression majeure dans le respect, par les pouvoirs publics dans leur ensemble, des croyances personnelles ou communautaires, même si les sensibilités demeurent assurément toujours vives sur ce sujet⁴¹. L'article 25 Cst./GE traduit également ce trait historique fondamental à travers une consécration actualisée de la liberté de conscience et de croyance.

La neutralité confessionnelle implique, positivement, la séparation entre l'Etat et les communautés religieuses, dont l'organisation et le statut demeurent fondamentalement régis par le droit privé⁴². A cet égard, les établissements et les lieux officiels, quels qu'ils soient, ne sauraient arborer des symboles religieux, pas plus que les agents de l'Etat ne sauraient s'y référer d'une manière ou d'une autre dans l'exercice de leurs fonctions. Cette conception stricte de la laïcité de l'Etat a été déclarée conforme à la CEDH, dont l'article 9 protège la liberté de pensée, de conscience et de religion, par la Cour européenne des droits de l'homme⁴³. L'article 193 alinéa 1 Cst./GE rappelle par ailleurs que l'enseignement organisé par l'Etat doit impérativement présenter un caractère laïque. Considérée dans son sens négatif, la neutralité confessionnelle fait obstacle à l'octroi de quelconques avantages ou privilèges en faveur d'une religion ou de ses adhérents⁴⁴. C'est dans ce sens que l'article 3 alinéa 2 Cst./GE dispose que l'Etat ne salarie ni ne subventionne aucune activité culturelle.

IV. L'adoption de l'article 3 Cst./GE

Si les débats ont certes été nourris aussi bien en commission qu'en assemblée plénière, l'adoption de l'article 3 Cst./GE a procédé d'un accord transversal, largement convergent entre les divers groupes qui formaient l'Assemblée constituante. Il s'agit d'une disposition qui, en dépit de son importance, n'a pas véritablement occasionné de clivage sur le plan politique. Ainsi, lors du vote du 20 mai 2010 qui a marqué le premier débat en séance plénière sur les thèses votées au sein des commissions thématiques, la thèse concernant la laïcité présentée par la commission thématique 1 a été acceptée par 67 oui contre 2 non et 4 abstentions⁴⁵.

⁴⁰ BOAC XXVII, p. 14406. Voir également la note de synthèse rédigée par la sous-commission laïcité instituée au sein de la commission thématique 1 (www.ge.ch/constituante/doc/d87/f048583.PDF).

⁴¹ Rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, BOAC, tome IV, p. 1593.

⁴² KÖLZ (note 31), p. 225.

⁴³ Affaire *Dahlab c. Suisse*, req. n° 42393/98, décision d'irrecevabilité du 15 février 2001.

⁴⁴ Rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, BOAC, tome IV, p. 1594.

⁴⁵ Mémorial de la session ordinaire n° 9 de l'Assemblée constituante, du 20 mai 2010, p. 23.

Ont en revanche été rejetées les propositions qui tendaient à convertir la laïcité de tolérance qui prévaut à Genève en une laïcité militante. Il s'agit d'une forme de laïcité qui implique une intervention beaucoup plus marquée de l'Etat en vue d'assurer une neutralité absolue, de la part non seulement de l'Etat, mais aussi de la part des usagers des services publics. Soit une forme de laïcité qui tend à exclure tout contact entre l'Etat et les communautés religieuses.

Sur le plan systématique, les trois alinéas qui composent l'article 3 Cst./GE sont agencés sur la base d'un rapport alliant la généralité à la spécialité. Alors que le premier alinéa énonce le principe de laïcité de façon positive, comme indiqué précédemment, le deuxième alinéa reprend et actualise, sous une forme négative, la suppression du budget des cultes introduite dans la Constitution genevoise en 1907, qui reste ainsi considérée comme un principe cardinal de l'Etat moderne⁴⁶. Le troisième alinéa pose quant à lui le principe d'un dialogue entre l'Etat et les communautés religieuses⁴⁷.

Durant les travaux qu'elle a conduits, la commission thématique 1 a précisé que les relations traditionnelles et la convergence d'intérêts sur certains thèmes rendait souhaitable l'organisation de rencontres entre les représentants de communautés religieuses et les pouvoirs publics. Tel est par exemple le cas pour ce qui concerne les aumôneries installées dans des établissements de type carcéral, dès lors que les personnes privées de liberté doivent pouvoir accéder aux représentants de leur confession et bénéficier de célébrations religieuses. Selon les travaux préparatoires de la Constitution du 14 octobre 2012, la mise en place de services de ce genre devrait s'effectuer par le biais de conventions sans contrevenir au principe de la laïcité de l'Etat, dans le respect de la liberté religieuse et du principe d'égalité de traitement⁴⁸.

Les communautés concernées se définissent de manière plus large que la notion d'Eglise, de manière à inclure les communautés non chrétiennes⁴⁹. L'expression du dialogue entre l'Etat et les communautés religieuses qu'évoque l'article 3 alinéa 3 Cst./GE se limite à une vision minimale. Il ne saurait donc y avoir, à teneur de la disposition, d'Eglise d'Etat, dès lors que ce dernier se limite à entretenir des relations avec les communautés religieuses.

L'adoption de l'alinéa 3 de l'article 3 Cst./GE ne s'imposait pas, d'un point de vue ni juridique, ni même historique. La relation entre autorités étatiques et communautés religieuses peut en effet se déduire du principe qu'énonce de manière générale l'article 3 alinéa 1 Cst./GE. La formulation de la disposition a été choisie dans le souci de ne pas conférer une connotation exclusivement négative à la notion de laïcité comme l'a fort bien expliqué Tristan Zimmermann en commission⁵⁰. Elle poursuit aussi l'objectif d'affirmer une volonté de dialogue dans le but de prévenir toute tentative d'interpréter la laïcité dans un sens différent, mais aussi pour que ce dialogue permette de prévenir toute forme de repli communautaire⁵¹. La mention expresse d'un dialogue à l'article 3 alinéa 3 Cst./GE traduit la règle de l'article 72

⁴⁶ Rapport de la commission thématique 1 « Dispositions générales et droits fondamentaux », juillet 2011, BOAC, tome XIV, p. 7421 ; rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, BOAC, tome IV, p. 1597.

⁴⁷ Rapport de la commission thématique 1 « Dispositions générales et droits fondamentaux », juillet 2011 BOAC, tome XIV, p. 7421.

⁴⁸ Rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, BOAC, tome IV, p. 1599 s et les références citées.

⁴⁹ Rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, BOAC, tome IV, p. 1599.

⁵⁰ Procès-verbal de la séance de la commission 1 du 4 février 2010, p. 12 (www.ge.ch/constituante/doc/d56/f049455.PDF).

⁵¹ Voir la déclaration de MAURICE GARDIOL, rapporteur de la commission thématique n° 1, Mémorial de la session ordinaire n° 9 de l'Assemblée constituante, du 20 mai 2010, p. 25.

alinéa 2 Cst. féd., selon laquelle la Confédération et les cantons peuvent prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses⁵².

V. Les caractéristiques de l'article 3 Cst./GE

1. Le champ d'application

L'article 3 Cst./GE repose sur trois caractéristiques, qui conditionnent son champ d'application. La disposition déploie d'abord une portée fondatrice. Elle est dotée d'une envergure étendue. Les principes qu'elle énonce sont en outre repris par d'autres dispositions de la Constitution.

Placé en tête des dispositions générales de la Constitution, le principe de la laïcité est doté d'une portée fondatrice pour l'agencement du système institutionnel genevois dans son ensemble. Le rang qu'il occupe est identique à celui qui est propre à d'autres principes fondateurs comme la souveraineté populaire, la garantie de la liberté et de la solidarité ou le caractère républicain et démocratique de l'Etat au sens de l'article 1 Cst./GE.

L'envergure attachée au principe de laïcité est par ailleurs considérable. Le principe impose en effet la neutralité religieuse à l'ensemble des acteurs de l'Etat de Genève. A cet égard, l'Etat ne saurait adopter aucune position fondée sur des convictions religieuses et n'intervenir ni en faveur, ni en défaveur d'une communauté, d'un groupe confessionnel déterminé ou de leurs membres respectifs.

Conformément à la conception légistique qui a prévalu lors de la rédaction de la Constitution du 14 octobre 2012, la notion d'Etat ne limite pas son empire au seul canton. Sont également visées, dans une perspective plus large, toutes les autorités et collectivités publiques genevoises susceptibles d'agir au nom de l'autorité publique, quel que soit leur rang – cantonal ou communal – ou leur structure – organe de l'Etat au sens étroit ou, plus largement, toute institution publique. Cette notion hégémonique de l'Etat impose par conséquent le respect du principe de la laïcité aux autorités cantonales, aux autorités communales et à l'ensemble de leurs agents, de même qu'aux institutions publiques qu'énonce la Constitution, à l'image des établissements publics médicaux (art. 174 Cst./GE), de l'établissement autonome de droit public chargé de la gestion des transports publics (art. 191 al. 4 Cst./GE) ou encore de l'Hospice général (art. 214 Cst./GE)⁵³.

L'article 148 alinéa 1 Cst./GE exprime cette dimension étendue de manière expressive. Placée en tête des principes consacrés aux tâches et aux finances publiques, la disposition indique que les tâches de l'Etat sont exécutées par le canton et, conformément à la Constitution et à la loi, par les communes et les institutions de droit public.

Le principe de laïcité est en outre repris par d'autres clauses de la Constitution genevoise. La disposition n'est donc pas appréhendée que pour elle-même. Pour être fondatrice, elle est prolongée et complétée par d'autres normes. Trois chapitres de la Constitution sont directement concernés : les droits fondamentaux, les tâches publiques et les autorités.

⁵² AUBERT/MAHON (note 21), p. 575.

⁵³ HOTTELLIER/TANQUEREL (note 7), p. 351.

2. Les droits fondamentaux

A l'issue d'un examen approfondi et de débats nourris, l'Assemblée constituante a opté en faveur de l'inscription d'un catalogue détaillé de droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution. Celle-ci contient ainsi une liste fournie de garanties de ce genre, dont plusieurs offrent une protection plus étendue que celle qui découle du droit fédéral⁵⁴. Leur champ d'application est large puisqu'ils doivent, à teneur de l'article 41 Cst./GE, être non seulement respectés, mais aussi protégés et réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique genevois, en faisant de surcroît l'objet d'une évaluation périodique selon l'article 42 Cst./GE.

Le principe de laïcité doit se lire et se comprendre en lien étroit avec plusieurs droits fondamentaux. Il en va ainsi de la garantie générale de l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination au sens de l'article 15 Cst./GE. Il convient de citer également, outre bien entendu l'article 25 Cst./GE consacré à la liberté de conscience et de croyance, la liberté de réunion et de manifestation qu'énonce l'article 32 Cst./GE.

L'article 15 alinéa 1 Cst./GE prévoit que toutes les personnes sont égales en droit. Cette garantie doit être lue en corrélation avec l'interdiction de la discrimination au sens du deuxième alinéa de cette disposition, laquelle proscrie en particulier toute espèce de distinction opérée par les pouvoirs publics en matière religieuse. L'article 15 alinéa 2 Cst./GE mentionne en effet les convictions personnelles comme motif spécifique de lutte contre les discriminations. Le Tribunal fédéral partage cette conception au regard des principes équivalents qu'énonce l'article 8 alinéas 1 et 2 Cst. féd.⁵⁵

Comme l'a relevé notre Cour suprême, « la discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer »⁵⁶. Ces principes trouvent naturellement matière à s'appliquer d'une manière d'autant plus stricte dans le cadre d'un régime constitutionnel fondé sur une séparation stricte des Eglises et de l'Etat comme celui qui a cours à Genève.

La liberté de conscience et de croyance au sens de l'article 15 Cst. féd. se présente comme l'un des droits fondamentaux parmi les plus anciens de l'ordre constitutionnel suisse⁵⁷. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, cette garantie protège le justiciable de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses et elle lui confère le droit d'exiger que l'Etat n'intervienne pas de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ses convictions religieuses⁵⁸. Sa consécration sur le plan fédéral poursuit un triple objectif : assurer la paix confessionnelle en contribuant à instaurer et maintenir un climat de tolérance entre les communautés religieuses (« *Toleranzgebot* »), offrir à toute personne un droit à la protection de ses convictions les plus intimes en lien avec les questions transcendantales

⁵⁴ Voir HOTTELIER/TANQUEREL (note 7), pp. 358 ss.

⁵⁵ MÜLLER/SCHÉFER (note 19), p. 269.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_225/2016 du 14 décembre 2016 consid. 2.3.1 *Union Démocratique du Centre du canton de Fribourg (UDC-FR) et Roland Mesot c. Grand Conseil du canton de Fribourg* ; voir également ATF 139 I 292, 303 *Initiativ-Komitee Volksinitiative Gegen frauenfeindliche, rassistische und mörderische Lehrbücher und Mitb.*

⁵⁷ Sur le sujet, voir TRISTAN ZIMMERMANN, « L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse », *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* VIII-2012, p. 9.

⁵⁸ ATF 142 I 195, 206 *Fondation Armée du Salut Suisse et Société coopérative Armée du Salut Œuvre Sociale*.

(« *Freiheitsschutz* »), contribuer à l'intégration sociale en faisant obstacle à l'exclusion des minorités religieuses (« *Integrationsfunktion* »)⁵⁹.

A Genève, la liberté des cultes a été inscrite dans la Constitution du 24 mai 1847⁶⁰, qui s'avère sur ce plan plus complète et plus précise que celle du 7 juin 1842⁶¹. L'article 25 Cst./GE énonce pour sa part diverses facettes parmi les plus élémentaires exprimant l'autonomie de l'individu en matière confessionnelle face à l'Etat. Complément indispensable de l'exigence de la laïcité, elle garantit à toute personne le respect de son for intérieur et l'expression de ses convictions religieuses. Toute limitation de son champ opératoire obéit au régime strict des conditions qu'énonce l'article 43 Cst./GE.

La liberté de réunion et de manifestation qu'énonce l'article 32 Cst./GE trouve elle aussi matière à s'appliquer dans le domaine de la liberté de conscience et de croyance. Lue en relation avec l'article 3 Cst./GE ainsi qu'avec la liberté d'association au sens de l'article 31 Cst./GE, cette garantie interdit toute prise en considération de motifs d'ordre confessionnel dans le cas de réunions ou de manifestations, que celles-ci soient organisées sur le domaine privé ou public⁶². Là également, seuls des motifs tenant aux conditions générales de restriction des libertés au sens de l'article 43 alinéa 2 Cst./GE sont susceptibles d'entrer en ligne de compte, étant précisé que le droit de toute personne – physique ou morale – de professer ses convictions religieuses ou philosophiques individuellement ou collectivement au sens de l'article 25 alinéa 2 Cst./GE peut aussi, le cas échéant, s'exercer sur le domaine public.

Les principes développés par la jurisprudence au sujet de la liberté de se réunir sur le domaine public pour y tenir une manifestation dans le domaine du débat politique s'appliquent d'une manière identique à la liberté de conscience et de croyance, laquelle fonctionne en l'occurrence à la manière d'une *lex specialis*⁶³. C'est dire que seuls des motifs visant à protéger l'ordre public, soit la sécurité, la tranquillité, la santé ou la moralité publique sont admissibles⁶⁴, à l'exception de toute considération tenant à la nature des convictions exprimées⁶⁵. Conformément aux standards développés par la jurisprudence, la liberté de s'exprimer vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique. En outre, les opinions sont protégées pour elles-mêmes, même si elles ne correspondent pas à la vérité, car, par définition, elles ne se prêtent pas à une démonstration de véracité⁶⁶. Ainsi, par

⁵⁹ ATF 142 I 49, 52 consid. 3.2 *Schulgemeinde St. Margrethen*. Sur ces fonctions, voir également EHRENZELLER (note 22), p. 316 s.

⁶⁰ HENRI FAZY, *Les constitutions de la République de Genève. Etude historique*, Georg, Genève 1890, p. 283.

⁶¹ METTRAL/FLEURY (note 32), p. 212 et 232 ; voir également ZIMMERMANN (note 57), p. 36.

⁶² ATA/87/2006 du 14 février 2006 consid. 5 *Groupe pour une Suisse sans armée et Solidarités*, dans lequel le Tribunal administratif genevois relève que la liberté de réunion couvre « à la fois les réunions privées et celles tenues sur la voie publique, ainsi que les réunions statiques et les défilés publics. Selon la jurisprudence, les Etats doivent non seulement protéger le droit de réunion pacifique mais également s'abstenir d'apporter des restrictions indirectes abusives à ce droit ».

⁶³ Voir déjà SALADIN (note 16), p. 31.

⁶⁴ ATA/87/2006 du 14 février 2006 consid. 8 *Groupe pour une Suisse sans armée et Solidarités* ; ATA/552/2005 du 16 août 2005 consid. 8 *Groupe pour une Suisse sans armée*.

⁶⁵ ATA/875/2004 du 9 novembre 2004 consid. 11d et les références citées *Association suisse de X.*, dans lequel le Tribunal administratif genevois relève que « dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral considère que l'autorité appelée à se prononcer sur une mesure restrictive de la liberté de réunion ou de la liberté d'opinion ne peut pas refuser une autorisation parce qu'elle désapprouve les idées et les objectifs politiques des organisateurs, mais elle doit s'en tenir à cet égard à une attitude neutre et objective. Seul est déterminant, pour le Tribunal fédéral, le danger, direct et imminent, qu'une manifestation pourrait objectivement entraîner pour l'ordre public ».

⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_9/2012 du 7 mai 2012 consid. 2.1 et les références citées, *Mouvement suisse contre l'islamisation*.

exemple, l'exigence d'un « fort ancrage local » que devrait prétendument présenter le thème lié à une manifestation sur le domaine public pour que celle-ci soit autorisée s'avère fondamentalement incompatible avec la garantie constitutionnelle de la liberté de réunion⁶⁷.

L'exercice de la liberté de conscience et de croyance sur le domaine public illustre d'une manière évocatrice la règle de l'article 41 alinéa 1 Cst./GE, selon laquelle les droits fondamentaux doivent être respectés, protégés et réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. Le domaine public ne faisant naturellement pas exception, tout refus d'autoriser une manifestation impliquant un usage accru du domaine public s'analyse comme une restriction qui doit, partant, répondre aux exigences posées par l'article 43 Cst./GE et ouvrir, le cas échéant, la porte au contrôle de la constitutionnalité.

Le droit invocable en cas de manifestation religieuse sur le domaine public est la liberté de conscience et de croyance, lue et interprétée en lien avec la liberté de réunion et de manifestation au sens de l'article 32 Cst./GE. L'arrêt par lequel le Tribunal fédéral a, le 12 mars 1982, prononcé l'inconstitutionnalité de la loi genevoise du 28 août 1875 interdisant par principe tout rassemblement religieux sur le domaine public dans le cas d'une procession organisée le long d'une rue située dans le quartier de Champel à l'occasion de la fête des Rameaux a été précisément motivé par référence à la liberté des cultes qui était alors garantie par l'article 50 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, en lien avec la jurisprudence développée par notre Cour suprême à propos de l'usage du domaine public excédant l'usage commun⁶⁸. Le Tribunal administratif genevois a, de même, fait référence à la liberté religieuse dans le cas de la tenue controversée d'une messe de première communion envisagée sur la place publique d'une commune⁶⁹.

3. Le statut des tâches publiques

En vertu de son envergure étendue, l'exigence de laïcité imprègne également l'exercice des tâches publiques qu'énonce la Constitution. Ce titre est d'ailleurs le plus long de la Constitution genevoise (art. 148 à 223 Cst./GE)⁷⁰. Plusieurs des dispositions qui le composent sont assez directement concernées par l'exigence de laïcité au sens de l'article 3 Cst./GE. Tel est par exemple le cas de l'enseignement et de la recherche au sens des articles 193 ss Cst./GE. L'exigence de laïcité compte du reste explicitement au nombre des principes qu'évoque l'article 193 alinéa 1 Cst./GE dans le domaine de l'enseignement public, en lien avec la promotion des valeurs humanistes au sens du second alinéa de la disposition.

La laïcité peut aussi être citée en lien avec des politiques publiques spécifiques comme le statut des personnes qui séjournent dans des établissements publics médicaux au sens de l'article 174 alinéa 1 Cst./GE. Il en va de même en ce qui concerne le statut des aînés qui résident dans des établissements médico-sociaux au sens de l'article 208 alinéa 2 Cst./GE.

L'exigence de laïcité commande, en lien avec le respect de la liberté de conscience et de croyance, que les besoins et les attentes de cette partie de la population qu'énoncent ces dispositions soient pris en compte d'une manière adéquate afin de leur permettre de bénéficier d'un exercice effectif de leur liberté de conscience et de croyance au sens de l'article 25 Cst./GE, en lien avec l'exigence de neutralité que pose l'article 3 alinéa 1 Cst./GE.

⁶⁷ ATA/875/2004 du 9 novembre 2004 consid. 11f *Association suisse de X*.

⁶⁸ ATF 108 Ia 41 *Rivara*.

⁶⁹ ATA/288/2004 du 6 avril 2004 *O.P.*, publié in RDAF 2004 I 150. Sur cet arrêt, voir TANQUEREL (note 30), p. 84.

⁷⁰ Sur la présence et le rôle des catalogues de tâches publiques inscrits dans les constitutions cantonales, voir notre étude « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail », in : *Regards croisés sur le droit du travail. Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Schulthess, Zurich 2015, p. 192.

4. La composition et le fonctionnement des autorités

Les autorités dont le statut et les compétences sont réglés au titre 4 de la Constitution (art. 80 à 131 Cst./GE) sont tenues de respecter l'exigence de laïcité.

La laïcité ne se présente plus de nos jours comme une condition d'accès aux fonctions électives, contrairement à la situation qui prévalait encore sous l'empire de la Constitution de 1847⁷¹. L'Assemblée constituante a à cet égard tenu compte de la position de l'Assemblée fédérale, laquelle a refusé, le 15 mars 2007, d'octroyer la garantie fédérale à la disposition constitutionnelle genevoise qui a institué la Cour des comptes lors du vote du 27 novembre 2005 (art. 141 al. 3 Cst./GE 1847), au motif qu'il fallait être laïque pour pouvoir être élu dans cette instance⁷². Pareille exigence constitue, selon l'Assemblée fédérale, une violation de l'interdiction de la discrimination, de la liberté religieuse et des droits politiques prévus par le droit fédéral, toutes exigences dont le respect s'impose aux cantons sur la base de l'article 51 Cst. féd.⁷³

Dans le même sens, l'Assemblée constituante a également pris en compte la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, pour avoir été, au 19^e siècle, une prémisses de la démocratie républicaine et de la volonté d'assurer la construction d'un Etat démocratique et libéral à l'abri de l'ingérence de l'Eglise catholique dans l'exercice du pouvoir politique, l'interdiction faite aux ecclésiastiques d'accéder aux fonctions publiques se trouve dépourvue, de nos jours, de fondement rationnel⁷⁴.

A cet égard, la clause générale de l'article 123 alinéa 4 LIP, selon laquelle les membres du personnel enseignant genevois doivent être laïques et ne sauraient exercer une fonction ecclésiastique ni assumer un rôle religieux prépondérant au sein d'une religion ou d'un mouvement religieux ne paraît conforme ni à l'article 3 alinéa 1 Cst./GE, ni à la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral. La disposition, vestige obsolète d'une époque révolue, équivaut en effet à barrer par principe, indépendamment de toute considération personnelle, l'accès des ecclésiastiques à une fonction publique, contrevenant du coup aussi bien à la liberté de conscience et de croyance qu'à l'interdiction des discriminations telles qu'évoquées ci-dessus.

Cela dit, si l'accès aux fonctions publiques doit être largement ouvert, en l'absence notamment de toute considération de nature confessionnelle, l'exigence de laïcité doit néanmoins être respectée, au nom précisément de la neutralité confessionnelle de l'Etat, lors de l'exercice des fonctions publiques elles-mêmes, comme l'indiquent en particulier les articles 11 et 123 alinéa 3 LIP. Les pouvoirs publics sont ainsi fondés à limiter la liberté de conscience et de croyance des agents de l'Etat lorsque ceux-ci interviennent dans l'accomplissement des tâches publiques. Conformément aux conditions qui entourent les restrictions des droits fondamentaux, ces restrictions doivent toujours se fonder sur une base légale, être motivées

⁷¹ Mémorial de la session ordinaire n° 15 de l'Assemblée constituante, du 1^{er} juillet 2010, p. 40 ; rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, BOAC, tome IV, p. 1593.

⁷² FF 2007 2407 ; 2006 8337. Sur le sujet, voir TANQUEREL (note 30), p. 85. Voir également l'annexe au rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, procès-verbal de l'audition et du débat public organisés par l'Assemblée constituante, du 25 mars 2010, BOAC, tome IV, p. 1638.

⁷³ Voir en particulier FF 2006 8342, où le Conseil fédéral ajoute que les mêmes raisons ont conduit le constituant fédéral à ne pas reprendre, dans la nouvelle Constitution fédérale, la disposition qui ne permettait pas aux ecclésiastiques de siéger au Conseil national (cf. FF 1997 I 379).

⁷⁴ ATF 114 Ia 395, 407 F.X.

par l'intérêt public ou par le respect d'un droit fondamental d'autrui et respecter le principe de la proportionnalité au sens de l'article 43 Cst./GE⁷⁵.

Conclusion

Notre hommage à Tristan Zimmermann a commencé avec une mention des travaux de Michel Foucault. Nous le terminerons par une référence empruntée à une autre intelligence critique, Jean Starobinski.

Dans l'ouvrage qu'il a dédié en 2016 à « La beauté du monde » et qui recense plusieurs publications majeures qu'il a consacrées à la littérature, à la peinture et à la musique⁷⁶, Jean Starobinski évoque la Flûte enchantée, oeuvre de Mozart, en ces termes : « la flûte signifie l'harmonie ; non seulement l'harmonie du couple, mais, de façon beaucoup plus fondamentale, l'harmonie du monde. C'est l'harmonie qui est le principe ordonnateur fondamental, donc le pouvoir par excellence. C'est par l'harmonie que le chaos peut devenir un ordre »⁷⁷.

Transposée au monde du droit, cette notion d'harmonie paraît proche de celle de concordance pratique qui est utilisée par le Tribunal fédéral pour tenter de coordonner, et non d'opposer ou de hiérarchiser, les différentes parties d'une constitution. Comme l'a indiqué avec brio notre Cour suprême dans son arrêt de principe du 12 octobre 2012, « l'interprétation de la Constitution doit rechercher la pondération la plus respectueuse possible de tous les droits et intérêts que ce texte consacre ; elle doit réaliser une "concordance pratique" »⁷⁸.

En adoptant l'article 3 Cst./GE, l'Assemblée constituante a voulu confirmer, en la consacrant *expressis verbis* dans la loi fondamentale du canton, une règle séculaire du droit constitutionnel genevois : celle d'une laïcité centrée sur l'ouverture, sur l'harmonie, sur la tolérance, par opposition à une laïcité de combat, fondée sur l'affrontement et l'exclusion. Telle qu'elle a été conçue, l'exigence de laïcité prévue par la Constitution genevoise repose sur le respect, l'intégration, l'humanisme, de même que sur la diversité des opinions religieuses, en l'absence de toute forme de parti pris. Comme relevé lors des travaux de l'Assemblée constituante, en fixant une séparation entre les communautés religieuses et l'Etat, la laïcité contribue à maintenir la paix confessionnelle dans le respect des croyances et des non-croyances personnelles ou communautaires. Elle permet, à ce titre, de contribuer à la solidarité et à la coexistence pacifique entre les habitants de notre République telles que les évoque aussi le préambule de la Constitution⁷⁹.

En définitive, la conception spécifiquement genevoise de la laïcité a été fort bien exposée par le Tribunal fédéral, qui a su avec beaucoup de finesse en distinguer les traits fondateurs et les éléments constitutifs. L'arrêt de principe prononcé le 12 novembre 1997 à propos du port du foulard islamique par une enseignante à l'école primaire a ainsi conduit notre Cour suprême à

⁷⁵ Voir en particulier ZIMMERMANN (note 14), pp. 71 ss pour ce qui concerne le statut des enseignants et des membres des assemblées élues.

⁷⁶ JEAN STAROBINSKI, *La beauté du monde. La littérature et les arts*, Gallimard, Paris 2016.

⁷⁷ JEAN STAROBINSKI, *La Flûte enchantée* et les différents niveaux du pouvoir, in : *Le Pouvoir, Rencontres internationales de Genève*, Tome XXVI, 1977, pp. 61 ss, cité in *La beauté du monde* (note 76), p. 1174.

⁷⁸ ATF 139 I 16, 24 consid. 4.2.2 X. = JT 2013 I 167, 174.

⁷⁹ Rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, BOAC, tome IV, p. 1594.

préciser que « finalement, la laïcité de l'Etat se résume en une obligation de neutralité qui lui impose de s'abstenir, dans les actes publics, de toute considération confessionnelle ou religieuse susceptible de compromettre la liberté des citoyens, dans une société pluraliste. En ce sens, elle vise à préserver la liberté de religion des citoyens, mais aussi à maintenir, dans un esprit de tolérance, la paix confessionnelle »⁸⁰.

Tristan Zimmermann s'est toujours montré favorable à cette forme de laïcité d'ouverture – une laïcité qui permet aux communautés religieuses et à leurs adhérents de se faire connaître, de s'exprimer et d'entrer en contact avec les autorités, sans les reléguer à la marge de la société. Voilà un discours qu'il n'aurait certainement pas désavoué⁸¹.

⁸⁰ ATF 123 I 296, 309 X. Voir également ATF 142 I 49, 53 consid. 3.3 *Schulgemeinde St. Margrethen* : « Die religiös-weltanschauliche staatliche Neutralität ist nicht erst dann gegeben, wenn eine strikte Trennung von Staat und Religion realisiert ist (laizistische Staatstradition), sondern auch, wenn ihr eine für verschiedene Weltanschauungen und Glaubensbekenntnisse gleichermaßen offene Haltung zugrunde liegt (staatliche Neutralität) ».

⁸¹ ZIMMERMANN (note 14), p. 76 s ; voir également l'annexe au rapport sectoriel de la commission thématique 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », du 16 avril 2010, procès-verbal de l'audition et du débat public organisés par l'Assemblée constituante avec les communautés religieuses genevoises, du 25 mars 2010, BOAC, tome IV, p. 1633 s.

La primauté du « droit interne » sur le droit international : à propos de l'initiative de l'UDC sur « l'autodétermination »

ROBERT KOLB*

I. Position du problème

Il est connu que l'UDC a lancé une initiative ayant recueilli le nombre requis de signatures, et que nous voterons dès lors sur un texte qui nous proposera un certain degré de primauté du droit interne sur le droit international en cas de conflit entre des normes des deux ordres juridiques¹. Le texte soumis au vote prévoit quatre modifications à la Constitution². Nous voterons notamment pour savoir si des dispositions constitutionnelles l'emporteront, en cas de conflit, sur des normes de droit international. Il n'est pas secret que les initiants visent indirectement surtout deux textes internationaux, qui n'ont guère l'heur de leur plaire : les traités bilatéraux Suisse / UE et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Or, loin de se borner à prendre dans le collimateur ces deux séries de textes, l'initiative inscrit sa trame sur un plan général. Elle entend ancrer dans le droit suisse une hiérarchie rigide pour tous les cas de conflit décrits.

Cette approche procède d'une idéologie politique et juridique très précise. Dans ses grands traits, on peut la décrire ainsi : le droit constitutionnel interne, démocratiquement légitimé,

* Professeur de droit international public à l'Université de Genève.

¹ Cette initiative est l'objet de plusieurs articles de doctrine. Voir notamment Andreas AUER, *Stellungnahme zur Volksinitiative « Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative) »*, *Jusletter* 2017 ; ROBERT KOLB, *L'initiative de l'UDC sur « l'autodétermination » (« juges étrangers »)*, *RSDIE* 2016, pp. 567-579 ; HELEN KELLER/RETO WALTHER, *Konsequenzen der "Selbstbestimmungsinitiative" für die Wirtschaft*, *PJA* 2016, pp. 867-878 ; HELEN KELLER/YANNICK WEBER, *Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der "Selbstbestimmungsinitiative"*, *PJA* 2016, pp. 1007-1023 ; Frédéric BERNARD, *Libertés fondamentales : la Suisse hors de la CEDH?*, in : *Regards de marathoniens sur le droit suisse : mélanges publiés à l'occasion du 20e "Marathon du droit"*, Slatkine, Genève 2015, pp. 299-307.

² Voici les textes proposés dans les parties qui nous intéressent le plus directement : « Article 5 : 4. La Constitution fédérale est placée au-dessus du droit international et prime sur celui-ci, sous réserve des règles impératives du droit international. Article 56a : 1. La confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale. 2. En cas de conflits d'obligations, ils veillent à ce que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin de dénonçant les traités internationaux concernés. 3. Les règles impératives du droit international sont réservées. Article 190 : Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum. Article 197, ch. 12 : A compter de leur acceptation par le peuple et les cantons, les art. 5, al. 1 et 4, 56a et 190 s'appliquent à toutes les dispositions actuelles et futures de la Constitution fédérale et à toutes les obligations de droit international actuelles et futures de la Confédération et des cantons ».

doit se voir accorder un rang hiérarchiquement supérieur au droit international, qui n'est qu'un ensemble de normes adoptées par l'exécutif en collaboration avec de parfois bien obscures puissances étrangères. C'est en plus une question d'autodétermination : il faut pouvoir décider par la consultation du peuple de ce qui sera fait en Suisse ; cette décision ne saurait être limitée par des normes internationales « imposées ». On le note, il y a deux volets dans cette argumentation : la légitimité et l'autodétermination locale. Il faut noter en plus un aspect technique. La Constitution suisse est caractérisée par une mobilité que d'autres constitutions étatiques n'ont pas. L'initiative populaire est susceptible d'y faire pénétrer à tout moment des éléments des plus hétéroclites, potentiellement en conflit avec le droit international. Il y a ici une différence notable avec la pratique juridique d'autres Etats, quand ceux-ci accordent la priorité à des normes constitutionnelles sur des normes internationales. Chez eux, la constitution est « verrouillée » ; elle ne peut être modifiée que par des processus lents et contrôlés par les institutions. Le conflit avec le droit international peut par conséquent y être beaucoup plus savamment dosé et le plus souvent évité.

Le but des quelques lignes suivantes n'est pas de décortiquer dans le détail les problèmes issus des rapports de système (droit interne / droit international) ni de s'engager dans une analyse serrée de l'initiative. Ne seront mis en exergue que quelques aspects du problème pour éclairer le débat. Il sied aussi de dire que l'objectif de ces lignes n'est pas de se placer sur un terrain idéologique et de dire tout le mal qu'un internationaliste pense de solutions par trop « nationalistes » ou « nationales ». Nous laissons ce créneau à d'autres. Le but est plutôt de considérer le problème sous l'angle de la technique juridique et de voir quelles conséquences juridiques (et en partie aussi politiques) l'adoption d'une telle initiative aurait dans le droit positif. Un bilan pourra alors être dressé et il sera possible de dire si la voie choisie par l'initiative est idoine ou si elle ne l'est pas, au regard de l'objectif visé.

Avant de procéder à cette analyse juridique, quelques réflexions sur l'idéologie dont procède l'initiative – telle que notée plus haut – s'imposent. En premier lieu, est-il adéquat de dire que le droit interne doit l'emporter en fonction d'une prétendue « légitimité démocratique » supérieure ? Y aurait-il place, en quelque sorte, pour l'adage 'le droit plus légitime l'emporte sur le droit moins légitime' ? Serait-ce raisonnable d'en faire une nouvelle norme du droit suisse, limitée certes aux rapports droit interne / droit international ? On peut noter d'abord que même en droit interne ce principe de légitimité normative n'est pas d'application générale. En effet, la norme constitutionnelle est située au sommet de la hiérarchie normative et jouit de la légitimité démocratique suprême. Pourtant, elle ne l'emporte pas généralement en cas de conflit avec une norme de la loi ordinaire. Pour que cette primauté soit assurée, il faudrait qu'existent des procédures aptes à assurer la sanction de la primauté. C'est le cas seulement si des tribunaux ont reçu la compétence soit d'annuler des lois inconstitutionnelles, soit de ne pas les appliquer dans un cas concret. Par rapport aux lois fédérales, ce n'est pas le cas en Suisse. C'est dire que le principe de primauté en fonction de la légitimité y subit une limitation. Elle est tempérée dans notre ordre juridique parce que le même peuple vote dans le cadre de la constitution et de quelques lois, par les initiatives d'un côté et le référendum de l'autre. Les lois soumises au référendum sont toutefois d'un nombre très limité. En plus, il y a tout de même certaines différences, par exemple relativement à la double majorité du peuple et des cantons.

Mais ce n'est évidemment pas tout. Il va de soi qu'aucune règle internationale ne peut, par sa nature même, présenter la même légitimité démocratique que certaines règles internes. Il en est ainsi parce qu'il n'existe pas de corps politique international, qui pourrait assurer un vote des peuples du monde. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait une organisation internationale voisine d'un Etat mondial. Ce n'est pas polémique que de noter que ceux-là mêmes qui plaident pour la primauté du droit interne résistent farouchement à un tel internationalisme renforcé, parce qu'il supposerait la cession d'une part insigne de souveraineté. En somme, plaider pour la primauté du droit interne sur cette base de légitimité, c'est quelque part piper le concours en exigeant l'impossible, c'est infliger dans tous les cas décrits une défaite au droit international.

Que reste-t-il de l'obligation internationale ? Aucun Etat ne pourrait plus s'engager de manière crédible sur le plan des relations interétatiques. Son engagement serait toujours entrepris « sous réserve » du droit interne contraire, constitutionnel ici, mais peut-être aussi légal, comme on le verra plus loin (*infra*, III). L'extrême précarité de l'obligation internationale la rendrait juridiquement inexistante : il suffirait de passer un acte interne contraire pour s'en défaire. Le droit international serait à la merci d'une primauté contraire du droit interne pouvant surgir à chaque instant. Au fond, les Etats ne se promettent que de s'engager à faire en sorte que l'obligation internationale puisse autant que possible être maintenue. Ce n'est pas là ce qu'exige *pacta sunt servanda* : on ne s'y engage pas de faire un effort de maintenir l'engagement ; on s'engage tout court et de manière contraignante³. A bien y regarder, la solution « interniste » ne permet pas une coopération juridique internationale digne de ce nom, et ce à une époque où celle-ci est de plus en plus nécessaire dans une gamme très étendue de questions.

Vient ensuite le deuxième argument : « l'autodétermination » locale. Il est manifeste que le droit international et le droit interne doivent coopérer. Ce faisant, ils doivent respecter leur sphère d'action respective. Le droit international ne gagne pas à s'immiscer excessivement dans les affaires intérieures et à vouloir « juridifier » des choix qui doivent relever de processus politiques changeants. Et il est vrai que le droit des droits de l'homme, notamment dans l'interprétation d'opérateurs militants, franchit par moments largement le Rubicon, à travers une farandole excessive d'obligations positives, d'interprétation hardies ou de droits de deuxième, voire de troisième génération, voués à être imposés au processus politique local. La critique est ici justifiée.

Inversement, toutefois, le droit interne ne doit pas viser à empiéter excessivement sur les sphères du droit international et de la coopération indispensable entre Etats. L'autodétermination locale prise au sens de la campagne de l'UDC ne peut pas prétendre étouffer la nécessité d'ententes internationales et les moyens idoines d'y parvenir. A cet égard, il faut se rappeler que le droit international est plus que toute autre branche juridique, et de très loin, un droit issu de l'assentiment des sujets qui y sont assujettis. Etant donné que le droit international régit une société paritaire d'entités souveraines, sa structure normative est « plate »⁴ : il n'y a pas de législateur qui imposerait des règles hétéronomes ; il y a l'Etat qui choisit de ratifier un traité ou qui pratique avec une opinion de droit un comportement donné. C'est dire que cet ordre juridique entame moins que tout autre « l'autodétermination » locale. Il est très largement basé sur la libre adhésion de ses sujets. Savoir dans quelle mesure l'assentiment à la norme internationale, qui est l'œuvre de l'exécutif, doit être contrôlé par les organes législatifs démocratiquement légitimés, relève d'une question que le droit international laisse au droit interne. Et à cet égard aussi, on le voit, il n'aliène nullement le libre choix d'un régime interne, y compris en fonction des souhaits de la population locale.

Au total, il apparaît que les deux aspects idéologiques mis en avance par les initiants sont avant tout des slogans et des images d'Epinal, qui en appellent à un certain imaginaire et permettent de combattre une bataille politique. Dans une large mesure, ils ne sont pas solidement ancrés dans les faits de la technique juridique.

³ Voir l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

⁴ Voir les réflexions très articulées de GIUSEPPE BARILE, La structure de l'ordre juridique international, Règles générales et règles conventionnelles, *RCADI*, vol. 161, 1978-III, pp. 9 ss.

II. Problèmes généraux liés aux rapports de système

La primauté du droit interne sur le droit international (dans les limites décrites plus haut), sanctionnée par une norme de droit constitutionnel suisse, créerait notablement plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait. Avant de les serrer de plus près, il sied de remarquer que la norme constitutionnelle promue par l'UDC n'aurait pas nécessairement l'effet juridique escompté par ses promoteurs. En tant que norme constitutionnelle, elle entrera elle-même en conflit, dans un cas donné, avec des normes internationales⁵ et avec d'autres normes de la constitution écrite ou non écrite. Or, les autorités appelées à trancher le conflit, notamment le Tribunal fédéral, dans la mesure où elles reconnaîtraient que la règle de « primauté du droit international », qu'elles appliquent dans la pratique depuis fort longtemps⁶, possède elle-même un rang constitutionnel⁷, seraient confrontées à deux normes constitutionnelles de même rang. Faudrait-il appliquer en priorité la norme plus tardive, en vertu de l'adage la *lex posterior* ? Ce n'est pas sûr.

Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral semble suggérer qu'il pourrait donner la priorité à la première, relative à la primauté du droit international⁸. En effet, il n'est pas exclu de considérer qu'à l'intérieur de la Constitution il y a des normes prioritaires par rapport à d'autres. Et de toute manière, en cas de collision insoluble entre de telles normes, il faudra choisir. D'un côté, il est possible de dire que la règle sur la primauté du droit international doit prévaloir parce qu'elle seule maintient le caractère contraignant du droit international et permet à la Suisse de respecter ses engagements, ainsi que de rester internationalement crédible. En d'autres termes, il n'est pas arbitraire d'éviter un empiètement excessif du droit interne sur le droit international. D'un autre côté, il est également possible de dire que la norme constitutionnelle sur la primauté du droit interne doit l'emporter parce que le peuple se serait expressément prononcé sur la question alors que la règle sur la primauté du droit international n'est par ailleurs qu'implicite dans la Constitution. On le voit, le critère de la *lex*

⁵ Tel pourrait être le cas aussi de la norme constitutionnelle de mise en œuvre de l'initiative sur « l'immigration de masse » adoptée le 9 février 2014 ; une fois rendue applicable par la législation y afférente, elle pourrait contredire l'accord Suisse / UE sur la libre circulation des personnes.

⁶ Voir par exemple ATF 122 II p. 486 S. c. *Office fédéral de la police* (1996) ou *RSDIE*, vol. 7, 1997, p. 647.

⁷ Le principe appliqué par la TF a en effet un tel rang. La Constitution écrite ne contient pas une norme explicite en ce sens. Toutefois, il est possible de la déduire de l'article 5, § 4, de la Cst., qui prévoit que la Confédération et les Cantons respectent le droit international. Cf. BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLANDER (éds), *Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar*, 3^{ème} éd., Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2014, pp. 129 ss.

⁸ ATF 142 II 35. L'article de KATHARINA FONTANA dans la *NZZ* du 30 janvier 2016, p. 18, sous le titre tendancieux « der Volkswille spielt keine Rolle », n'éclaire qu'un aspect des choses. Le Tribunal fédéral ne méconnaît pas simplement la volonté du peuple, relative en l'occurrence à l'initiative sur l'immigration de masse. Le peuple a en effet aussi voulu la Constitution, avec ses règles sur le traitement du droit international, en l'adoptant par un vote, et à très large majorité d'ailleurs (ce qu'on ne peut pas dire de l'initiative sur l'immigration de masse). Prétendre que le Tribunal fédéral limite de plus en plus l'autonomie du Parlement relève aussi d'une optique tronquée. Tant que la norme internationale subsiste, l'autonomie du Parlement est à son égard en effet quelque part limitée (malgré la jurisprudence très généreuse dite *Schubert*). Toutefois, le Parlement peut demander que le traité international soit dénoncé, ce qui restaurera sa liberté d'action totale. Quand on s'est engagé internationalement, on n'a plus la même liberté qu'avant – c'est un truisme, car s'il n'en était pas ainsi, on ne se serait pas engagé internationalement ! L'individu qui conclut un contrat n'a pas non plus la même liberté qu'avant, tant qu'il ne l'a pas dénoncé : il doit payer son loyer, il ne peut plus affecter cet argent à autre chose. Prétendre qu'il en serait autrement pour l'Etat, parce qu'il est, contrairement à l'individu, souverain, c'est tout simplement plaider l'inexistence du droit international en tant qu'ordre juridique contraignant. Il est regrettable qu'une juriste d'un journal aussi sérieux que la *NZZ* se laisse aller à de telles simplifications, plutôt que d'informer sur les vraies dimensions du problème.

posterior n'est en tout cas pas le seul possible ; il y a d'autres considérations ; et il est impossible de prévoir dans quel sens le Tribunal fédéral irait. La technique juridique lui permet les deux solutions, les deux primautés. Le choix ultime est hors du droit positif ; il est situé dans la politique juridique. En somme, le vote ne disposera pas *eo ipso* de toute la question. Il y aurait un deuxième *round*, comme si souvent dans les initiatives « robustes » de ces derniers temps. Le temps de la mise en œuvre concrète n'est pas le temps des promesses tonitruantes. Faut-il d'ailleurs réellement le rappeler ?

Il sied désormais de mentionner une série de problèmes que l'adoption d'une initiative sur la « primauté du droit interne suisse » (dans les proportions indiquées *supra*) ne manquerait pas de charrier. Les problèmes sont multiples ; et ils sont graves. Il y a quatre problèmes fondamentaux. Et il y a quelques problèmes importants liés à la formulation de l'initiative. Voyons d'abord les premiers avant de nous tourner vers les seconds.

1) En premier lieu, la primauté du droit interne n'offre qu'une solution illusoire, et en tout cas aucune solution durable. En effet, il ne s'agit que de « primauté » : une norme l'emporte sur une autre dans un cas donné. Toutefois, la norme internationale sacrifiée reste en vigueur pour la Suisse. En d'autres termes, nous continuons à être liés par elle, qui continue à contraindre la Suisse. C'est dire qu'en donnant la priorité au droit interne, la Suisse viole concomitamment l'obligation internationale. Du point de vue du droit international, c'est-à-dire des relations interétatiques, elle encourt la responsabilité internationale pour ce fait internationalement illicite. Ce fait illicite est de surcroît de nature continue⁹. Il persiste aussi longtemps que la législation contraire du droit interne reste en vigueur et est appliquée prioritairement. C'est dire que la Suisse s'expose sur une base continue aux conséquences de la responsabilité internationale. Ces conséquences comprennent le devoir de restitution, de réparation (qui peut être pécuniairement sensible) et la faculté de la partie lésée d'adopter des contre-mesures (représailles). Dans ce dernier volet, il sera difficile de savoir d'avance dans quel domaine les Etats lésés pourront prendre des contre-mesures. Il se pourrait qu'ils le fassent dans des domaines importants et sensibles pour notre pays. Il s'ensuivrait en tout cas une grande insécurité juridique et l'augmentation des rapports de force.

Il faut aussi rappeler que dans la mesure où existent des mécanismes de règlement pacifique des différends auxquels la Suisse a souscrit, et c'est le cas par exemple pour la compétence de la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 36, § 2, du Statut de la Cour, la condamnation de notre pays sera certaine. En effet, la règle de la « primauté du droit international sur le droit interne » est une règle absolue en droit international public. Elle y est appliquée sans exception aucune¹⁰ ; la norme internationale l'emporte y compris sur la norme constitutionnelle étatique¹¹. L'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) de 1969 reflète cette règle coutumière nettement assise¹² : « Une partie [à un traité] ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Les dispositions de son droit interne, affirme ce texte : *toutes* les dispositions de son droit interne. C'est une règle dont on a pu justement dire qu'elle est parmi les plus solidement

⁹ Sur les violations continues, cf. ROBERTO AGO, Septième Rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978-II/1, §§ 28 ss.

¹⁰ Voir par exemple CPJI, affaire des Communautés gréco-bulgares (avis consultatif, 1930, sér. B, no 17, p. 32 ; CIJ, affaire de l'*Obligation d'arbitrage* (avis consultatif), *Recueil*, 1988, p. 34-35.

¹¹ Voir par exemple CPJI, affaire du *Traitement des nationaux polonais à Dantzig* (avis consultatif, 1932), sér. A / B, no 44, p. 24 ; et affaire du *Montijo* (1875) : "[A] treaty is superior to the constitution, which has to give way. The legislation of the republic must be adapted to the treaty, not the treaty to the laws" (H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale, 1794-1900*, Stämpfli, Berne 1902, p. 217).

¹² Cf. ANNEMIE SCHAUS, « Article 27 », dans : OLIVIER CORTEN/PIERRE KLEIN (éd.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, vol. I, OUP, Oxford 2011, pp. 688 ss.

ancrées dans le droit international¹³. En effet, si elle n'existait pas, le droit international cesserait d'être contraignant pour les Etats : il suffirait de passer *ad libitum* un acte de droit interne afin de se libérer d'une obligation gênante. Etant donné que le droit international est respectueux de la souveraineté intérieure des Etats, il n'impose ladite règle toutefois que dans les rapports interétatiques. Dans le droit interne des Etats, la règle ne s'applique pas. Les Etats peuvent donc s'écarter de la primauté du droit international dans la mesure où ils le souhaitent. Mais s'ils le font, ils encourent la responsabilité internationale, avec les conséquences décrites. Jadis et encore naguère, les organes internationaux veillaient souvent à ce que l'Etat responsable ne soit pas nécessairement obligé de restituer intégralement le *status quo ante*, quand sa législation interne l'en empêchait ; le paiement d'une somme de dommages à l'Etat lésé suffisait très souvent. Actuellement, les cas où des organes internationaux insistent sur la restitution, qui est la modalité de principe de la réparation¹⁴, augmentent¹⁵. Il n'est donc pas exclu que la Suisse soit condamnée à modifier sa législation interne pour la mettre au diapason de la norme internationale. Les conflits que nous vivons dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative sur l'immigration de masse risquent donc de se multiplier. Les problèmes sont ainsi magnifiés et les solutions deviennent aléatoires. On peut douter qu'une ligne de conduite de ce type, avec les résultats qu'elle produit, soit très bien choisie. Cela apparaît encore plus nettement quand l'on se rappelle que la Suisse n'est pas une grande puissance qui pourra faire plier les cocontractants dans le jeu de muscles inévitable à ce type de situations.

2) En deuxième lieu, l'adoption d'une norme qui signifierait aux autres Etats que la Suisse donnera *systématiquement* la priorité à certaines portions librement modulables du droit interne, créera des problèmes manifestes dans notre pratique internationale, notamment dans le contexte de la conclusion des traités. La Suisse ne sera plus un partenaire fiable. Elle se réservera unilatéralement et ouvertement le droit de prendre des libertés par rapport au principe fondamental du droit des traités, à savoir *pacta sunt servanda*. Ce fait ne restera pas sans conséquences, politiques et juridiques. La crédibilité de la Suisse comme partenaire d'accords sera écornée. La méfiance légitime des cocontractants prendra forme et figure et finira par prévaloir toujours plus. Cette méfiance aura deux conséquences juridico-politiques immédiates. D'abord, les Etats étrangers s'immisceront plus largement dans nos affaires internes. Ils demanderont des informations, ou s'en procureront, relativement à l'état de notre législation, sur les projets visant à la modifier, etc.

L'une des raisons pour lesquelles l'article 46 de la CVDT de 1969 prévoit qu'une violation du droit interne sur la conclusion des traités ne peut normalement pas être invoquée pour invalider le traité est précisément que les Etats craignaient qu'une règle inverse n'aboutisse à une méfiance généralisée et pousse les cocontractants à « mettre leur nez » dans les affaires touchant à la législation interne¹⁶. Il n'est paradoxal qu'à première vue qu'un texte d'initiative populaire qui cherche à renforcer l'autonomie interne puisse avoir comme conséquence d'affaiblir exactement cette sphère interne. En plus, les cocontractants ne s'arrêteront manifestement pas à des prospections concernant l'état du droit suisse existant. Ils demanderont des garanties pour assurer leur position juridique en cas de mésaventure, c'est-à-dire d'application de la norme sur la priorité du droit interne. Conclure des accords deviendra dès lors notablement plus difficile et plus onéreux pour la Suisse, car elle devra souvent assumer de plus ou moins lourdes garanties avant que d'autres Etats consentent à

¹³ Cf. ROBERTO AGO, Troisième Rapport sur la Responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971-II/1, §§ 86 ss.

¹⁴ Voir JAMES CRAWFORD, *State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, p. 506 ss. Sur les difficultés pouvant s'ensuivre avec des normes de droit interne contraires, cf. IAN BROWNLIE, *State Responsibility*, Clarendon Press, Oxford 1983, p. 222.

¹⁵ Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir notamment GIULIO BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Jovene, Naples 2009.

¹⁶ Voir THILO RENSMANN, « Article 46 », dans : OLIVER DÖRR/KIRSTEN SCHMALENBACH (éd.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer, Berlin/Heidelberg 2012, p. 779.

conclure des traités avec elle. Là encore, cet effet collatéral ne pourra plaire qu'à ceux qui se réjouissent d'isoler ce pays internationalement. Pour tous les autres, cet effet est plus que malvenu. La crédibilité de notre politique étrangère serait entamée sur un pan non négligeable de nos relations internationales.

3) En troisième lieu, la Suisse aurait les plus grandes difficultés à s'opposer à d'autres Etats, quand ceux-ci pratiquent à son détriment et de manière ponctuelle une primauté du droit interne sur le droit international. Il ne faut pas oublier que de nombreux capitaux suisses sont investis à l'étranger. Il est en conséquence fréquent que des traités d'investissement soient conclus ou des sentences arbitrales soient rendues à leur égard, prévoyant des obligations internationales d'Etats concessionnaires. Il arrive parfois que tel ou tel Etat soit tenté de refuser d'honorer ces obligations envers la Suisse en s'en référant à son droit interne. Il va de soi que politiquement et juridiquement la Suisse ne pourra s'opposer avec succès à cette argumentation que si elle ne pratique pas elle-même une telle primauté interne, et ce même sur une plus grande échelle encore. Si, au contraire, elle s'adonne à cette primauté du droit interne, elle sera entenaillée dans la réciprocité – bien au-delà des affaires d'investissement d'ailleurs – et le cas échéant dans des arguments d'estoppel (forclusion). On fera donc bien de ne pas adopter une norme générale sur la primauté du droit interne mais d'opérer au cas par cas, comme l'a fait jusqu'ici le Tribunal fédéral sous la bannière de la célèbre jurisprudence *Schubert*¹⁷. L'une des erreurs les plus fréquentes en politique étrangère, qui se manifestent notamment dans les consultations populaires, est de croire que l'on peut la faire comme le vote d'un budget local¹⁸. En d'autres termes : la faire libre de toute contrainte. On oublie que le budget ne concerne que des rapports internes et qu'il est donc possible, en effet, d'en disposer librement (sauf dans le cas où l'on appartient à une organisation supranationale à convergence économique). La politique étrangère concerne quant à elle aussi les autres Etats. Ces autres Etats ne seront pas passifs comme des « sitting ducks ». Ils réagiront pour protéger leurs intérêts et leurs droits. C'est dire que l'espace international est dominé par la réaction, la réciprocité, les représailles ; et le cas échéant par les rapports de force. Si la Suisse était une grande puissance, on pourrait discuter de ce qu'elle aurait potentiellement à y gagner. Ne l'étant pas, elle ne risque que d'y perdre.

4) En quatrième lieu, il faut admettre que la règle prônée par l'initiative est myope et disproportionnée. En réalité, il s'agit de combattre, par son truchement, quelques traités très peu nombreux, à savoir les Bilatérales avec l'UE et la CEDH. Mais ce n'est là qu'une proportion infime des traités en vigueur pour la Suisse. En 2016, la Suisse est liée par approximativement 5000 traités¹⁹. Or, on ne légifère pas par une norme générale, qui frapperait potentiellement d'innombrables autres conventions et traités, sans qu'on ne sache où et quand, rétroactivement et prospectivement, et pour ainsi dire sans discrimination. On ne saurait étendre une telle norme pathogène au-delà d'un cercle très restreint de textes. L'initiative ne le fait pas. Elle lui donne cette valeur générale qu'elle ne doit pas avoir. Il faut s'empresseur d'ajouter que même pour les Bilatérales et la CEDH la voie choisie par l'initiative est mauvaise, et ce pour toutes les raisons déjà évoquées.

Quelle serait alors la meilleure voie pour aboutir au résultat souhaité par les initiants ? Manifestement, c'est parfois celle de la dénonciation (retrait) des conventions en cause. Une

¹⁷ ATF 99 Ib pp. 39 ss.

¹⁸ Voir H. Nicolson, *Diplomatie*, Neuchâtel, 1945, p. 80 : « [L'] électeur moyen ne se rend pas encore compte que les affaires étrangères sont des affaires étrangères, c'est-à-dire ne concernant pas les seuls intérêts nationaux mais aussi les intérêts d'autres pays. Il s' imagine qu'une politique étrangère est faite à peu près comme un budget ou un projet de loi sur l'éducation. [...] Il ne lui vient pas à l'idée que pour qu'une politique [étrangère] puisse se montrer efficace, il faudrait d'abord consulter d'autres pays dotés d'armements, d'intérêts et de préjugés tout aussi puissants » (italique dans l'original).

¹⁹ Information de M. Claude Schenker, Chef suppléant de la Section des traités, DFAE, Direction du droit international public, courriel du 15 mars 2016.

initiative pourrait proposer qu'on dénonce les Bilatérales ou la CEDH. Le peuple pourrait alors se prononcer sur cet objet et peser le pour et le contre. S'il accepte de dénoncer, la norme internationale est éteinte et les conséquences fâcheuses décrites ci-dessus ne se réalisent pas. Certes, l'UDC n'ose pas (encore) s'attaquer de front à ces textes, car il craint que le peuple ne vote pas la dénonciation. Il tente donc d'obtenir le résultat qu'il souhaite, qui est de réduire à quia ces textes, par une voie détournée. Cette voie inflige de graves dommages à l'ordre juridique international et à la position de la Suisse à l'égard de cet ordre juridique. C'est la raison pour laquelle il faut dire qu'elle n'est pas la bonne voie. Il en existe d'autres, qui aboutissent au résultat souhaité sans ces graves dommages collatéraux. C'est donc ces autres voies qu'il faut parcourir. Il sied d'ajouter que la Suisse négocie toujours des clauses expresses de dénonciation dans des traités qu'elle signe. C'est dire que dans la grande majorité de textes auxquels nous adhérons, la possibilité d'une dénonciation existe. C'est le cas des Bilatérales et de la CEDH²⁰. On pourra certes regretter que le peuple puisse décider de se défaire de la CEDH ; on pourra estimer que c'est une régression et un mauvais signal ; on pourra dire qu'il est disproportionné de se libérer de ce texte au vu de quelques décisions éparses de la Cour de Strasbourg qui font scandale dans la presse. Mais c'est là le vrai domaine de « l'autodétermination » du peuple. On ne peut pas le lui ravir. La question de savoir si l'on veut ou on ne veut pas rester partie à un traité relève de la politique. Elle est donc un objet propre au vote.

III. Problèmes spécifiques liés à la formulation du texte

Il reste à cette place à évoquer quelques défauts du texte sur lequel nous serons amenés à voter. Il y en a beaucoup.

1) D'un point de vue général, les textes soumis au vote brillent par une notable absence de clarté ; ils soulèvent toute une série de problèmes mal maîtrisés. L'ambivalence est leur pavillon de combat mais aussi leur grande faiblesse juridique. Par exemple, le terme 'conflit d'obligations' contenu dans l'article 56a, § 2, est incertain. On notera qu'il ne s'agit apparemment pas d'un conflit de *normes*, mais d'un conflit concernant une situation juridique subjective particulière, à savoir les *obligations* en cause. Or cela ouvre la voie à une gamme de 'conflits' très larges : tous les conflits issus de positions juridiques dérivées y sont inclus. Si l'on s'attache littéralement au texte, une décision de la Cour de Strasbourg en vertu de la CEDH, contraire à une obligation constitutionnelle quelconque, mènerait de fait à un devoir de dénonciation de la Convention elle-même ; une décision du Conseil de sécurité des Nations Unies contraire à une obligation constitutionnelle nous forcerait à dénoncer la Charte des Nations Unies ; etc. Si le conflit avait été limité au droit objectif, c'est-à-dire aux normes, le domaine de la règle aurait pu être quelque peu restreint. Mais est-ce bien là le sens, tel que nous l'avons exposé, qu'il convient de donner au terme 'conflit d'obligations' dans l'article 56a ? Ce n'est pas sûr. On voit déjà d'aucuns, en cas de succès de l'initiative, invoquer avec force la volonté populaire. Or une telle volonté est simplement inexistante sur des questions juridiques d'une telle subtilité. Qui songe à faire une différence entre le droit objectif et les droits subjectifs dans les cafés de commerce ?

2) Ensuite, on peut noter que l'article 56a²¹ ouvre la voie à des situations pour le moins malvenues. Il sera possible, en adoptant une norme constitutionnelle interne quelconque, qui

²⁰ Voir par exemple l'article 58 de la CEDH de 1950.

²¹ Pour rappel, voici le texte : 1. La confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale. 2. En cas de conflits d'obligations, ils veillent à ce

directement ou même indirectement contrevient à l'une des très nombreuses positions juridiques garanties par la CEDH (ou tout autre traité), de forcer de fait et de droit la Confédération à dénoncer ce traité, sans que la question de la dénonciation ne soit directement mise sur la table et que le peuple ne se soit prononcé à son égard. La technique est déjà éprouvée : on vote sur l'initiative « immigration de masse » sans dire qu'il faudra dénoncer les Bilatérales ; et on prend le risque d'y aboutir, encore plus avec le texte proposé par l'article 56a qu'avec le droit en vigueur en ce moment. Mais on y aboutit de biais et de manière biaisée : a-t-on demandé au peuple s'il voulait *cette dénonciation* ? Non pas.

D'un autre côté, suggérer que la Confédération sera en pouvoir de renégocier des traités multilatéraux pour faire plier tous les cocontractants aux vœux idiosyncrasiques de la Suisse n'est pas plus qu'un leurre. La CEDH et bien d'autres traités ne seront pas ainsi renégociés. Or, selon le texte de l'article 56a, il faudra dans le cas prospecté dénoncer le traité, sans autre choix. Le texte contient les termes « au besoin en dénonçant... ». Cela connote l'idée que si une mise en harmonie du droit international et du droit interne n'est pas possible, la dénonciation s'impose. Ou alors faut-il interpréter les termes « au besoin » comme ouvrant une faculté discrétionnaire aux autorités ? On le voit mal, mais le texte est ambivalent sur ce point aussi. On notera d'ailleurs que les termes de l'harmonisation sont inversés : l'obligation du droit international requiert que les Etats mettent leur droit interne au diapason des exigences de la norme internationale qu'ils ont adoptée ; l'initiative requiert l'opposé, à savoir que la norme internationale soit mise en harmonie du droit interne. Il y a là en quelque sorte une projection hégémonique du droit suisse *uti universi* : les autres devraient se plier à notre conception des choses ou se voir éteindre leurs droits. Que dire si chaque Etat du monde adoptait les normes prévues par l'initiative de l'UDC : un joli chaos unilatéraliste ; une tour de Babel sans issue ; Kafka et Beckett réunis !

Ce qui précède revient aussi à dire que l'UDC aurait quelque part en mains une dénonciation de la CEDH ou de tout autre traité sans montrer pavillon : il suffirait de lancer une initiative qui contient quelque part une norme incompatible avec le traité pour forcer la Confédération à sa dénonciation. Avec la norme contenue dans l'article 56a, nous aurions probablement déjà dû dénoncer la CEDH au moins à deux reprises, lors de l'initiative sur les minarets et lors de celle sur l'internement à vie²². Mais est-ce proportionné ? Si la contrariété porte sur une disposition de détail, faut-il « tuer » tout le lien conventionnel dans chaque cas où il n'est pas possible d'obtenir une révision du traité ? Dans certains cas oui, dans d'autres toutefois non. Or la disposition de laisse pas de souplesse à cet égard. Elle ne permet pas de procéder au cas par cas, comme il faudrait pouvoir le faire. Au contraire : la hache prend la place du scalpel. Il faut ajouter que si la disposition constitutionnelle est compatible avec le traité (par exemple avec la CEDH) au moment de son adoption, mais devient contraire à cette norme par la suite, à cause d'une évolution du droit international, il faudra là encore dénoncer le traité. Mais ici encore à plus forte raison : pourquoi le peuple ne se prononcerait-il pas expressément sur une décision aussi grave ? Pourquoi un tel conflit, dont il ne pouvait avoir connaissance, devrait-il emporter automatiquement de telles conséquences ? Tout cela n'est pas bien raisonnable.

Ajoutons que le texte ne dit rien sur les traités internationaux qui ne peuvent pas être dénoncés (voir l'article 56 de la CVDT, 1969). Ne pouvant les dénoncer et ne pouvant, le cas échéant les renégocier, la Suisse serait obligée soit de chercher une autre cause d'extinction du traité (articles 54 et suivants de la CVDT, 1969) ou de rester en permanence en violation de la norme internationale, avec des conséquences de responsabilité internationale – tout cela sans

que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin de dénonçant les traités internationaux concernés. 3. Les règles impératives du droit international sont réservées.

²² D'autres cas peuvent paraître encore plus graves : si le Conseil de sécurité adopte des mesures ou des sanctions en vertu de l'article 41 de la Charte des Nations Unies qui seraient incompatibles avec une disposition de la Constitution suisse, faudrait-il automatiquement dénoncer la Charte des Nations Unies, même sans tenir compte du fait que ces mesures ou sanctions sont temporaires et que le conflit avec la Charte est donc appelé à s'effacer dans l'avenir ? Il semblerait que cela soit le cas, si l'on prend le texte littéralement.

issue, dans un enfer de Sisyphe. On notera aussi, au passage, que le § 1 de l'article 56a ne précise pas quelle est la sanction si la Confédération ou les cantons contractent une obligation de droit international en conflit avec la Constitution fédérale. La nullité du traité ? Ce serait contraire aux normes internationales sur les traités, qui ne permettent une invalidation que dans des cas très étroitement définis (article 46 de la CVDI, 1969). Plus probablement la sanction serait que les obligations de droit constitutionnel l'emportent en cas de conflit²³. C'est ce que suggère la séquence des paragraphes. Le texte n'est toutefois pas clair et comporte de ce point de vue une lacune non entièrement anodine.

3) L'article 190²⁴ est gravement défectueux. Quatre problèmes majeurs doivent être soulignés. En premier lieu, le critère du référendum est arbitraire. L'obligation internationale est identique pour tous les traités et la très grande majorité des traités ne sont pas soumis au référendum. De plus, ce dernier ne concerne que le droit interne suisse ; il n'a pas à être projeté sur l'espace international au détriment de nos cocontractants. Il faut rappeler que la pratique de soumission de traités au référendum est tout sauf unitaire. Par exemple, dans le contexte d'accords-standard, on soumet parfois au référendum le premier de ces traités et non les autres, de contenu similaire ou identique. L'article 190 aboutirait à arbitrairement reconnaître une valeur juridique supérieure à l'un de ces traités par rapport à tous les autres. Par ricochet, il pousserait probablement à soumettre le plus grand nombre de traités au référendum pour éviter une telle discrimination malvenue et insensée. Une telle dérive ne ferait pas de sens et serait de surcroît très coûteuse pour les finances publiques.

En deuxième lieu, la pratique sur la soumission des traités au référendum a changé dans le temps. Dans le passé, on soumettait moins de traités au référendum. Ainsi, la CEDH, et même les Conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire (avec ses protocoles additionnels), parmi d'autres, n'ont pas été soumis au vote populaire. Or, l'article 197, ch. 12, instaure en la matière une rétroactivité. Il soumet à la distinction contenue dans l'article 190 non seulement les textes « futurs » mais aussi les textes « actuels ». Faudra-t-il alors rétroactivement soumettre au référendum ces textes pour leur assurer la force juridique prévue par l'article 190 ? Et si on ne le fait pas, ces textes deviennent-ils des traités de seconde catégorie ? Comme on le voit, le critère du référendum n'a rien à voir avec l'importance de ces textes. Il dépend en réalité du hasard.

En troisième lieu, on notera que le droit coutumier international, qui contient tout de même des obligations éminentes pour les Etats, est complètement en dehors de cette disposition. Manifestement, il ne peut jamais être soumis au référendum, car il n'est pas adopté à travers un acte écrit. C'est reléguer tout le droit coutumier international dans une catégorie de bas-fonds – mais il faut avouer que des conflits entre des positions juridiques de droit coutumier international et la Constitution suisse seront rares. Les mêmes considérations valent pour d'autres sources de droit international mineures, comme les actes unilatéraux normatifs, par exemple une promesse.

En quatrième lieu, et c'est très grave, l'article 190 affirme que le Tribunal fédéral et les autorités « sont tenus d'appliquer » les lois fédérales et les traités soumis au référendum ; *a contrario*, cela revient peut-être à impliquer que ces autorités « ne sont pas tenues » d'appliquer les autres traités ou positions de droit international, ou pour le moins qu'elles ne sont pas tenues de les appliquer de la même manière et avec la même force. Ici, la primauté du droit interne pourrait prendre des proportions bien plus amples que ne le suggère l'article 5, § 4, avec sa mention du seul droit constitutionnel. En particulier, un traité international non soumis au référendum ne lierait dès lors peut-être pas le Tribunal fédéral, s'il est contraire à une loi fédérale, notamment, le cas échéant, si cette dernière a été votée par le peuple.

²³ L'article 5, § 4, peut aussi être invoqué à cet effet : « La Confédération et les cantons respectent le droit international ».

²⁴ Pour rappel, voici le texte : Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum.

Alternativement, il n'est pas exclu que les traités non soumis au référendum puissent être soumis à un contrôle de constitutionnalité, avec primauté de la constitution. Quand l'on songe au fait qu'un grand nombre de conventions de droit international privé, qui concernent les individus dans leur vie quotidienne, ne sont pas entièrement en harmonie avec le droit interne suisse, et qu'on imagine que ce dernier aurait une priorité d'application, on mesure la gravité du chaos juridique qui s'ensuivrait. Il n'est certes pas trop à craindre que le Tribunal fédéral s'engage sur une telle voie révolutionnaire. Certains cercles pourront dès lors une fois de plus l'accuser de « méconnaître la volonté populaire ». Est-on en passe de devenir une « Démocratie populaire » ?

Conclusion

Dans une perspective d'ensemble, l'adoption de l'initiative mènerait à une considérable incertitude juridique, à une rigidité et à des automatismes malvenus, à rendre la crédibilité de la Suisse comme cocontractant douteuse, à accroître ses difficultés dans les relations extérieures, à créer des dépenses inutiles (explosion du nombre de traités soumis à référendum, garanties à donner à d'autres Etats, dommages à payer sur la plan international pour violation du droit international) et à bien d'autres ornières entièrement évitables. Toutes ces raisons expliquent que le peuple Suisse devrait rejeter l'initiative. Le fera-t-il ? Ce n'est pas trop s'exposer que de le souhaiter avec conviction.

Il n'en reste pas moins que les pourfendeurs de l'initiative auront beau jeu. Ils pourront évoquer des images qui se rattachent aux tréfonds de l'imaginaire collectif, par exemple en rappelant la lutte des cantons fondateurs contre les Habsbourg (« pas de juges étrangers ») et la bonne tradition locale de la « démocratie directe », prétendument mise en danger par l'ordre technocratique international. Que pourrions-nous y opposer ? Que le lecteur mesure l'aridité des considérants juridiques que nous venons d'exposer aux pages précédentes. Ce n'est pas par de tels cours de droit que l'on peut toucher les masses et les motiver dans leur vote. Et les images que nous pouvons véhiculer pour parer celle des pourfendeurs sont purement rationnelles ; elles ne sont pas taillées sur mesure de la psychologie locale. Jugez vous-même : « ne pas mettre en danger la crédibilité internationale de la Suisse », etc. C'est fade à côté du coup de timbale : pas de juges étrangers !

Du côté des autorités fédérales, on espère obtenir gain de cause en montrant ce que le droit international signifie au quotidien et combien de choses profitables pour le commun des mortels dépendent de lui. Sera-ce suffisant ? Ou la liste de détails à première vue insignifiants finira-t-elle par faire long feu et fatiguer ? La tournera-t-on peut-être même en dérision ? On peut légitimement se demander si des questions de cette complexité technique doivent être soumises au peuple pour un vote. Puisqu'elles le sont, il ne faudra pas boudier notre plaisir de prêcher la bonne parole pour expliquer le fonctionnement du droit international et le rapport de systèmes (droit international / droit interne). Venez, jetez de l'or dans la balance...

La liberté religieuse et le droit à un environnement sain : points d'intersection

FRANCESCA MAGISTRO*

Introduction

L'idée de droit à un environnement sain est apparue dans les années 1960 en droit interne et a ensuite fait son chemin en droit international. La Déclaration de Stockholm, adoptée lors du premier Sommet de la Terre de 1972, a lié la question de l'environnement aux droits humains et servi de véritable point de départ à sa consécration. Ce droit vise à protéger l'être humain ou les peuples (selon les systèmes) contre des atteintes à sa (leur) santé ou son (leur) bien-être provenant de son (leur) environnement.

Aujourd'hui, le droit à un environnement sain est un droit explicitement reconnu dans de nombreuses constitutions et dans tous les systèmes régionaux de protection des droits humains, à l'exception du système européen, malgré de nombreuses tentatives d'adopter un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme le consacrant.

Une protection indirecte de ce droit s'est construite en parallèle. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière est florissante. La Cour protège le droit à un environnement sain « par ricochet », à travers l'application d'autres dispositions.

Alors que la liberté religieuse et le droit à un environnement sain protègent des domaines différents, ces deux droits se rejoignent en certains points comme nous allons le présenter à travers des exemples tirés des systèmes de protection des droits humains.

Dans un de ses arrêts par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la restriction de la liberté religieuse en raison de l'aménagement du territoire (I).

D'autres systèmes, comme le système universel des droits humains et les systèmes africain et interaméricain des droits de l'homme offrent également une protection indirecte du droit à un environnement sain qui tient compte du lien spirituel des peuples autochtones avec leurs terres (II).

* Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat.

Enfin, la recherche confirme qu'il existe bel et bien un lien entre ces deux droits. La protection de l'environnement est une problématique qui a depuis toujours préoccupé les religions. Les réflexions sur la religion et l'environnement sont un domaine de recherche très actuel (III)¹.

I. La restriction à la liberté religieuse : l'exemple de l'aménagement du territoire

Le système européen des droits de l'homme ne protège pas de manière directe le droit à un environnement sain. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une riche jurisprudence en la matière et protège ce droit de manière indirecte. La protection de l'environnement est, de plus, un intérêt général à prendre en compte lors de la limitation des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Les États possèdent une marge d'appréciation lors de ces restrictions. En principe, en matière environnementale, « [l]'étendue de la marge dépend de la nature du droit garanti par la Convention en cause, de son importance pour la personne concernée et de la nature des activités soumises à des restrictions comme de la finalité de celles-ci »².

Le contrôle effectué par la Cour dans ce genre d'affaire est un contrôle restreint qui porte sur la relation entre l'intérêt général environnemental et le dommage supporté par l'individu³. Sous l'angle de la proportionnalité, l'État doit invoquer des motifs justificatifs pertinents. La Cour n'exige pas qu'ils soient suffisants⁴. L'État n'a donc pas à prouver qu'il n'existait pas de moyen moins dommageable pour atteindre l'intérêt public visé⁵.

Dans une affaire qui opposait un individu qui voulait construire une maison de prière sur son terrain à l'État qui avait refusé d'accorder le permis de construire, la Cour a jugé que l'État bénéficiait d'une « certaine marge d'appréciation ». Le requérant invoquait l'article 9 CEDH qui garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion⁶. La Cour a admis que l'État avait refusé d'accorder le permis de construire, en vertu de l'intérêt public à l'aménagement rationnel du territoire. Elle a convenu que « les besoins de la communauté religieuse puissent jouer un rôle », mais a estimé que l'intérêt public d'aménagement rationnel du territoire était plus fort que les besoins de culte d'un seul fidèle alors qu'il existait une maison de prière dans une ville voisine pour la collectivité religieuse en question⁷. D'après la Cour, l'article 9 CEDH n'a donc pas été violé en l'espèce.

¹ Ce texte reprend des idées et passages de notre thèse de doctorat, *Le droit à un environnement sain revisité: étude de droit suisse, international et comparé*, Schulthess, Genève 2017.

² Cour EDH (GC), *Coster c. Royaume-Uni*, n° 24876/94, 18 janvier 2001, § 105 ; Cour EDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, n° 9063/80, 24 novembre 1986, § 55 ; DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ, *La protection de l'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2005, p. 58.

³ GARCÍA SAN JOSÉ (note 2), p. 53.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Cour EDH, *Vergos c. Grèce*, n° 65501/01, 24 juin 2004, § 35 ; GARCÍA SAN JOSÉ (note 2), p. 57.

⁷ Cour EDH, *Vergos c. Grèce*, n° 65501/01, 24 juin 2004, § 41.

II. Les droits des peuples autochtones

1. Le droit des minorités

A) Dans le système universel

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques protège le droit des minorités à son article 27 :

« [d]ans 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 ».

Plusieurs affaires portées devant le Comité des droits de l'homme concernent l'article 27 PIDCP en lien avec l'environnement⁸. La jurisprudence en lien avec le droit à un environnement sain rendue par le Comité des droits de l'homme s'appuie d'ailleurs essentiellement sur l'article 27 PIDCP⁹.

Le Comité tient compte de la relation particulière que les peuples indigènes entretiennent avec leur environnement. Il a reconnu que, sous l'angle du droit de participer à la vie culturelle, « les États doivent respecter le libre accès des minorités à leur culture, leur patrimoine et autres formes d'expression qui leur sont propres, ainsi que le libre exercice de leur identité et de leurs pratiques culturelles. Cela inclut le droit de recevoir un enseignement relatif à sa culture et aux autres cultures. Les États parties doivent également respecter le droit des peuples autochtones à leur culture et à leur patrimoine ainsi qu'au maintien et au renforcement du lien spirituel qui les unit à leurs terres ancestrales et aux autres ressources naturelles qu'ils possèdent, occupent ou utilisent depuis toujours et qui sont indispensables à leur vie culturelle »¹⁰.

Sur le plan de l'exercice des droits culturels des minorités consacrés à l'article 27 PIDCP, il a avancé que « la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans des réserves protégées par la loi. L'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant »¹¹.

⁸ Voir FRANCESCO FRANCONI, *International Human Rights in an Environmental Horizon*, *EJIL* 2010, pp. 41-55, pp. 53 s.

⁹ Voir par exemple CDH, *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, communication n° 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000); CDH, *Ilmari Lämsman et consorts c. Finlande*, communication n° 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

¹⁰ CDESC, Observation générale n° 21, Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), 21 décembre 2009, § 49d.

¹¹ Observation générale 23, Article 27, Protection des minorités, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), § 7.

B) Dans le système africain

Le système africain protège aussi les liens culturels et religieux entre les peuples et leur environnement. L'affaire *Centre for Minority Rights Development and Minority Rights Group International au nom Endorois Welfare Council c. Kenya*¹² est intéressante du point de vue du droit à un environnement sain. En l'espèce, la Commission a condamné le Kenya pour la violation de plusieurs dispositions : le droit à la libre disposition des ressources naturelles (art. 21 CADHP), le droit au développement (22 CADHP), le droit d'exercer librement la religion (art. 8 CADHP), le droit à la propriété (art. 14 CADHP), les droits culturels (art. 17 CADHP)¹³. Les autorités kenyanes ont privé la communauté Endorois de ses terres ancestrales pour créer une réserve naturelle portant atteinte à leurs activités d'agriculture et d'élevage et leurs pratiques religieuses. La Commission a ordonné la restitution des terres ancestrales, l'accès au Lac Bogoria et aux alentours pour permettre la pratique des rites religieux et culturels ainsi que le pâturage du bétail. Elle a notamment disposé qu'un dédommagement soit versé au peuple pour les pertes subies, des redevances pour les activités économiques existantes et un accès à l'emploi au sein de la réserve¹⁴.

Dans cette affaire, la Commission a protégé la communauté autochtone et son contrôle sur les ressources naturelles nécessaires à sa survie et à ses pratiques religieuses et culturelles plutôt que l'environnement en tant que tel par la création d'une réserve naturelle¹⁵.

2. La garantie de la propriété collective

Dans le système interaméricain, il existe un droit à l'identité culturelle des minorités liée à l'environnement qui découle du droit à la propriété collective. Le lien spirituel avec l'environnement est mis en exergue. La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est prononcée dans diverses affaires liant l'environnement aux droits humains¹⁶. Sa jurisprudence s'est forgée notamment dans le domaine des droits des peuples indigènes, ces derniers entretenant un lien fondamental avec l'environnement de par leur mode de vie et leurs traditions et croyances. D'après la Cour, « le droit d'utiliser et de jouir du territoire manquerait de sens dans le contexte des peuples indigènes et tribaux si ce droit n'était pas lié avec la protection de ressources naturelles qui sont dans le territoire »¹⁷.

¹² Comm. ADHP, *Centre for Minority Rights Development and Minority Rights Group International au nom Endorois Welfare Council c. Kenya*, communication n° 276/03, 25 novembre 2009.

¹³ Ainsi que l'article 1 CADHP qui prescrit que « [I]es États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer ».

¹⁴ Comm. ADHP, *Centre for Minority Rights Development and Minority Rights Group International au nom Endorois Welfare Council c. Kenya*, communication, n° 276/03, 25 novembre 2009 ; pour les développements advenus après cette décision, voir MOHAMED ALI MEKOUAR, Le droit à l'environnement dans le système régional africain de protection des droits humains, in : Robert Loïc (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2013, pp. 149-168, p. 168. La réserve en question a été inscrite en 2011 sur la Liste du Patrimoine mondial par l'UNESCO. La Commission a déploré cette inscription et a réagi par une résolution (29^e rapport d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, novembre 2011).

¹⁵ MEKOUAR (note 14), p. 168.

¹⁶ DAVID R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution : A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver 2012, p. 97.

¹⁷ Cour IDH, *Peuple Kichwa de Sarakayu c. Équateur*, 27 juin 2012, série C, n° 245, § 146 ; cité dans AMAYA ÚBEDA DE TORRES, La protection de l'environnement et le système interaméricain des droits de l'homme, in : Robert Loïc (éd.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2013, pp. 131-147, p. 141.

Les juges de la Cour ont établi qu'une atteinte à l'environnement pouvait constituer une violation du droit de propriété garanti à l'article 21 CADH¹⁸. Le fait que l'État accorde une concession à une compagnie forestière sur les terres du peuple Mayagna a été jugé contraire à l'article 21 CADH¹⁹. Dans cette affaire, la Cour a estimé que, selon une interprétation évolutive de l'article 21 CADH, le droit à la propriété privée « comprend, entre autres choses, les droits des membres des communautés indigènes dans le cadre d'une propriété communautaire, également reconnue par la Constitution Politique du Nicaragua »²⁰.

Le lien étroit existant entre les peuples indigènes et leurs territoires constitue un élément non seulement matériel, mais également spirituel :

« Les indigènes, du fait de leur seule existence, ont le droit de vivre librement sur leurs territoires ; l'étroite relation que les indigènes maintiennent avec la terre doit être reconnue et comprise comme la base fondamentale de leurs cultures, de leur vie spirituelle, de leur intégrité et de leur survie économique. Pour les communautés indigènes, la relation avec la terre n'est pas une simple et unique question de possession et de production, mais un élément matériel et spirituel dont ils doivent jouir pleinement, y compris afin de préserver leur héritage culturel et le transmettre aux générations futures »²¹.

Dans l'arrêt *Saramaka c. Suriname*, les juges reconnaissent le droit de propriété collective à une communauté qui n'est pas un peuple indigène autochtone, mais en possède les mêmes caractéristiques, notamment en raison du lien avec la terre que ses membres considèrent comme source de vie et d'identité culturelle²².

Les générations futures sont elles aussi prises en compte dans l'approche de la Cour qui, dans son analyse du droit de propriété, tient compte de « la signification spéciale de la propriété communautaire des terres ancestrales pour les peuples indigènes, y compris afin qu'ils préservent leur identité culturelle et puissent la transmettre aux générations futures »²³.

¹⁸ Conseil des droits de l'homme, Knox John H., Rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, Rapport préliminaire, 24 décembre 2012, A/HRC/22/43, p. 10.

¹⁹ Cour IDH, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, série C, n° 79 ; la Cour a également admis la violation des articles 8 et 25 CADH (garanties judiciaires et protection juridique) ; LAURENCE BURGORGUE-LARSEN/AMAYA ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2008, pp. 538 s.

²⁰ Cour IDH, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, série C, n° 79, § 148 ; BURGORGUE-LARSEN/ÚBEDA DE TORRES (note 19), p. 533.

²¹ Cour IDH, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, série C, n° 79, § 149, BURGORGUE-LARSEN/ÚBEDA DE TORRES (note 19), p. 534 ; voir également Comm. IDH, *Communautés autochtones Maya du district de Toledo c. Belize*, affaire 12.053, Rapport n° 40/04, OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1, § 153 : « In addition, the Commission concludes that the State, by granting logging and oil concessions to third parties to utilize the property and resources that could fall within the lands which must be delimited, demarcated and titled or otherwise clarified or protected, without effective consultations with and the informed consent of the Maya people and with resulting environmental damage, further violated the right to property enshrined in Article XXIII of the American Declaration to the detriment of the Maya people ».

²² Cour IDH, *Peuple Saramaka c. Suriname*, 28 novembre 2007, série C, n° 172, § 78 s. ; voir LISL BUNNER, *The Rise of Peoples' Rights in the Americas : The Saramaka People Decision of Inter-American Court of human Rights*, *Chinese Journal of International Law* 2008, pp. 699-711, pp. 699 s. ; ÚBEDA DE TORRES (note 17), p. 137 : le peuple Saramaka n'est pas un peuple indigène autochtone, mais une communauté africaine qui s'est installée au Suriname au XVII^e siècle.

²³ Cour IDH, *Yakye Axa c. Paraguay*, 17 juin 2005, série C, n° 125, § 124 ; Cour IDH, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, série C, n° 79, § 149 ; BURGORGUE-LARSEN/ÚBEDA DE TORRES (note 19), p. 558.

III. Un domaine de recherche en essor

L'environnement est une question dont les religions se sont depuis toujours occupées. L'éthique environnementale ou l'éthique de la nature, domaine d'application de l'éthique qui elle-même constitue une branche de la philosophie²⁴, étudie « les conduites humaines à l'égard de la nature »²⁵. Elle s'interroge sur les éléments de la nature présentant une pertinence morale²⁶. Dans son ouvrage *Éthiques de la nature*, Gérald Hess considère qu'il n'existe pas une éthique de la nature, mais que cette éthique est « plurielle »²⁷. En effet, plusieurs théories différentes coexistent. Par ailleurs, les problèmes environnementaux étant variés, la réponse ne repose pas toujours sur les mêmes principes éthiques²⁸.

Gérald Hess distingue cinq théories d'éthique de la nature : le théocentrisme, l'anthropocentrisme moral, le pathocentrisme, le biocentrisme et l'écocentrisme. Le théocentrisme prend racine dans la religion et attribue un « statut moral privilégié [...] aux humains »²⁹. Selon cette conception, l'être humain se distingue de l'animal et du reste de la nature, car il est doué de raison et a été créé à l'image de Dieu. Mais vu que Dieu a également créé les autres créatures, certains auteurs élargissent la communauté morale à tous les êtres de la nature³⁰. L'élément crucial à comprendre est que la valeur morale des créatures « dépend de Dieu »³¹. La Bible ne confère toutefois pas un pouvoir absolu sur la création à l'être humain, mais plutôt le pouvoir d'administrer les ressources naturelles avec modération et responsabilité³².

La Bible a ensuite renforcé cette idée de supériorité de l'être humain et ajouté l'idée de domination sur la nature³³ :

« 26 Puis Dieu dit : Faisons l'homme à notre image, selon notre ressemblance, et qu'il domine sur les poissons de la mer, et sur les oiseaux des cieux, et sur le bétail, et sur toute la terre, et sur tout reptile qui rampe sur la terre. 27 Dieu donc créa l'homme à son image, il le créa à l'image de Dieu, il les créa mâle et femelle. 28 Et Dieu les bénit, et leur dit : Croissez, et multipliez, et remplissez la terre ; et l'assujettissez, et dominez sur les poissons de la mer, et sur les oiseaux des cieux, et sur toute bête qui se meut sur la terre »³⁴.

Selon la philosophie cartésienne, la nature n'est autre que *matière*³⁵. D'ailleurs, du temps de l'État libéral du 19^e siècle, elle se présente comme la « substance étendue » invoquée par

²⁴ GÉRALD HESS, *Éthiques de la nature*, PUF, Paris 2013, p. 15.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ HESS (note 24), p. 111.

²⁷ *Idem*, p. 17.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ HESS (note 24), p. 116 et 127.

³⁰ *Idem*, p. 117 ; voir par exemple JEAN BASTAIRE, Pour en finir avec Lynn White Jr., in : Bourg Dominique/Roch Philippe (dir.), *Crise écologique, crise des valeurs ? Défis pour l'anthropologie et la spiritualité*, Labor et fides, Genève 2010, pp. 69-76, pp. 69 ss.

³¹ HESS (note 24), p. 117.

³² OST FRANÇOIS, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris 2003, pp. 30 s. et les exemples cités ; Platon plaçait déjà l'être humain dans une situation de supériorité par rapport à son environnement, car lui seul était digne de raison et capable de connaître la vérité. La vérité qui ne réside que dans la contemplation de la chose ôte toute valeur intrinsèque à cette dernière, voir PLATON, *La République*, « L'allégorie de la caverne » ; voir VINCENT REBEYROL, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux*, Deffrénois, Paris 2010, p. 87.

³³ REBEYROL (note 32), p. 87.

³⁴ La Sainte Bible. Traduction Martin, Genèse. Chapitre 1.

³⁵ « Sachez [...] premièrement, que par la Nature je n'entends point ici quelque Déesse, ou quelque autre sorte de puissance imaginaire, mais je me sers de ce mot pour signifier la Matière même en tant que je la considère avec toutes les qualités que je lui ai attribuées comprises toutes ensemble, et sous cette condition que Dieu continue de la conserver en la même façon qu'il l'a créée », DESCARTES (1637), éd. Paris (GF Flammarion) 2000, p. 165.

Descartes, objet susceptible d'appropriation et d'exploitation par l'être humain³⁶. La nature est alors considérée comme un objet au service de l'être humain. Son rôle est de « pourvoir au bonheur de l'homme dont l'autorité s'étend sur toute la terre et qui peut s'approprier tout produit »³⁷.

La religion s'intéresse de près à la préservation de la nature. À titre d'exemple, en 1986, lors d'un congrès organisé par le WWF à Assise, cinq déclarations liant la religion et la nature ont été adoptées : la déclaration bouddhiste sur la nature, la déclaration chrétienne sur la nature, la déclaration hindoue sur la nature, la déclaration juive sur la nature ainsi que la déclaration musulmane sur la nature³⁸.

L'*Alliance of Religions and Conservation*³⁹ a été créée en 1995 et aide les religions dans leurs programmes de protection de l'environnement⁴⁰. La religion Bahai, le daoïsme, le jainisme, le shintoïsme, le sikisme, le zoroastrianisme se sont également penchés sur la question⁴¹.

Autre exemple de grande actualité de la question environnementale dans le domaine religieux, en juin 2015, le Pape François a publié l'encyclique sur l'écologie⁴².

Bien que ces questions ne soient pas nouvelles, aujourd'hui l'on voit émerger les liens entre la religion et la protection de l'environnement comme nouveau domaine de recherche⁴³.

Conclusion

Notre contribution a tenté de donner une brève illustration des liens existants entre la liberté religieuse et le droit à un environnement sain. Tristan Zimmermann, à qui je rends hommage avec cette contribution, menait ses recherches sur la liberté religieuse. Il s'intéressait également à mon domaine de recherche, le droit à un environnement sain en tant que droit fondamental. Fort de l'enthousiasme contagieux qui l'habitait, il a été l'un des premiers relecteurs de mes travaux et m'a beaucoup soutenue et encouragée. J'ai été honorée de pouvoir collaborer avec lui et compter sur ses précieux conseils.

³⁶ FRANÇOIS OST, Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme-nature, in : Gérard Philippe/Ost François/van de Kerchove Michel (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1993, pp. 13-73 (1993), p. 16.

³⁷ CARL VON LINNÉ, *L'équilibre de la nature*, J. Vrin, Paris 1972, p. 121.

³⁸ Voir The Assisi Declarations, Messages on Humanity and Nature from Buddhism, Christianity, Hinduism, Islam and Judaism, Basilica di S. Francesco Assisi – Italy, WWF 25th anniversary, 29 septembre 1986. Voir aussi l'attachement à la nature de Saint François d'Assise, *Cantique des Créatures* ; à ce sujet, voir BERNARD FORTHOMME, François d'Assise (1182-1226), in : Bourg Dominique/Papaux Alain (éd.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, PUF, Paris 2015, pp. 445-449.

³⁹ Voir le site de « Alliance of Religions and Conservation » : <http://arcworld.org/> (consulté le 12 février 2017).

⁴⁰ Cette alliance a été créée par le Prince Philip, Duc d'Edimbourg, qui avait lui-même été à l'origine de la rencontre organisée par le WWF à Assise en 1986.

⁴¹ Voir MARTIN PALMER/VICTORIA FINLAY, *Faith in Conservation – New Approches to Religions and the Environment*, Washington DC 2003, pp. 67 ss.

⁴² Laudato Sí, Lettera Enciclica sulla cura della casa comune, publiée le 18 juin 2015.

⁴³ Voir par exemple le Forum on Religion and Ecology at Yale, dirigé par JOHN GRIM et MARY EVELYN TUCKER, <http://fore.yale.edu> (consulté le 28 novembre 2015) ; JOHN GRIM/MARY EVELYN TUCKER, *Ecology and Religion*, Island Press, Washington DC 2014 ; WILLIS JENKINS/MARY EVELYN TUCKER/JOHN GRIM, *Routledge handbook of religion and ecology*, Routledge, Londres 2017 ; le lien entre religion et protection de la nature n'est cependant pas nouveau en témoignant par exemple les réflexions de Saint François d'Assise.

Les liens entre la liberté religieuse et le droit à un environnement sain sont bien réels. La Cour européenne des droits de l'homme s'est par exemple prononcée sur des affaires d'aménagement du territoire en lien avec la construction d'un bâtiment à usage religieux. Le droit des minorités, dans le système universel et africain des droits humains, et la garantie de la propriété, dans le système interaméricain des droits humains, tentent de protéger les peuples autochtones confrontés à la dévastation de leurs terres qui revêtent pour elles une valeur spirituelle profonde. Ainsi, dans certains cas, la protection indirecte du droit à un environnement sain couvre des aspects de la liberté religieuse. Ces exemples nous montrent qu'il existe des *points d'intersection* entre ces deux droits qui ne demandent qu'à être développés.

Il n'est pas étonnant que les courants religieux s'intéressent à la question environnementale. Il n'est pas étonnant non plus que la recherche dans ce domaine soit en plein essor. En droit, cette question mériterait d'être approfondie. A n'en pas douter, Tristan Zimmermann aurait été du voyage...

Laïcité « inclusive » et laïcité « exclusive » : la laïcité, une ou plurielle ?

PASCAL MAHON*

Introduction

N'ayant pu assister au colloque dédié à sa mémoire, le 14 septembre 2016 à Genève¹, j'ai néanmoins accepté² – au risque de redites ou, au contraire, d'égarements – de contribuer à ce recueil publié en lien avec cet événement, en gage d'amitié pour Tristan Zimmermann, d'abord, mais aussi en témoignage de ce que les préoccupations et l'engagement, tant scientifique et académique que social et politique, de Tristan pour le fait religieux, particulièrement en milieu scolaire, sont et demeurent, plus que jamais, d'actualité.

J'ai connu Tristan Zimmermann alors qu'il était assistant à la Faculté de droit de Genève, dans le cadre de ce qu'on appelait les « séminaires de 3^{ème} cycle », devenus « Programme doctoral romand », dont Tristan était l'un des piliers les plus actifs³ et lors desquels nous avons eu l'occasion d'échanger sur ses sujets de prédilection. Considéré à l'étranger comme un « spécialiste de la liberté religieuse en Suisse »⁴, Tristan Zimmermann s'est en effet particulièrement intéressé, entre autres thématiques⁵, aux questions de liberté religieuse, de laïcité et de

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

¹ *Constitution et religion : les droits de l'homme en mémoire*, Colloque à la mémoire de Tristan Zimmermann, Université de Genève, Faculté de droit, Département de droit public, 14 septembre 2016.

² Bien que quelque peu inhabituel, l'emploi de la première personne m'a semblé se justifier par la nature du propos et la conception de cette contribution, qui se veut plus un essai qu'une véritable contribution scientifique. L'appareil critique en est ainsi réduit et ne prétend nullement à l'exhaustivité.

³ Voir notamment ses contributions à plusieurs éditions successives : Liberté religieuse à l'école : l'indicible légèreté du contrôle européen, in : Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Thomas Kadner Graziano (éd.), *L'harmonisation internationale du droit*, Enseignements de 3^e cycle de droit, Schulthess, Genève, 2007, pp. 377-397 ; Le noyau intangible des droits fondamentaux : la quête d'une définition, in : Eleanor Cashin Ritaine/Elodie Maître Arnaud (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Enseignements de 3^e cycle de droit, Schulthess, Genève, 2008, pp. 299-326 ; L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), *"Le droit décloisonné", interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Enseignements de 3^e cycle de droit, Schulthess, Genève, 2009, pp. 27-53 ; Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école : l'humeur inégale du juge européen, in : Rashid Bahar/Rita Trigo Trindade (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives*, Programme doctoral romand de droit, Schulthess, Genève 2013, pp. 107-151.

⁴ Selon MATTHIEU MÉGÉVAND, Que disent nos voisins suisses sur le port du voile intégral ? *Le Monde des religions.fr*, 13 avril 2011.

⁵ Comme la théorie générale des droits fondamentaux (noyau intangible, effet horizontal, etc., voir les contributions citées en note 3) ou la question des limites à la souveraineté populaire ; sur ce dernier point :

neutralité confessionnelle de l'État, que ce soit dans ses publications⁶ ou dans ses activités sociales et politiques, notamment de membre de l'Assemblée constituante genevoise⁷.

Organisateur, un peu par hasard, d'un colloque intitulé *Pluralisme religieux et laïcité : quel « modèle » pour la Suisse et pour Neuchâtel ?*, qui s'est tenu à l'Université de Neuchâtel le 2 décembre 2016, dans le cadre de la manifestation *NeuchâToi*⁸, et qui avait pour ambition d'interroger l'identité neuchâteloise sous l'angle de la laïcité et de la pluralité religieuse, afin de cerner la « laïcité à la neuchâteloise », souvent qualifiée d'« inclusive », c'est l'occasion pour moi de revenir sur quelques-uns de ces thèmes liés à la question religieuse qui ont tant passionné Tristan Zimmermann – et occupé ses recherches –, en particulier la question de la laïcité.

Cela me paraît d'autant plus important aujourd'hui que, ici comme ailleurs, le débat sur le fait religieux et sur la laïcité trouve un regain d'actualité et prend une ampleur nouvelle. Divers événements concrets sont autant de manifestations ponctuelles et contrastées de cette actualité : pour n'en citer que quelques-uns, en vrac, l'interdiction de la dissimulation du visage – ou interdiction de la burqa – adoptée par le Canton du Tessin est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016, et l'initiative populaire fédérale pour une interdiction du même genre sur tout le territoire suisse a été lancée le 25 février 2016⁹ ; le Canton de Genève s'apprête à adopter une loi sur la laïcité, le Canton de Neuchâtel, lui, une loi sur la reconnaissance des communautés religieuses ; dans le Canton de Vaud, où une loi semblable existe depuis 2007, sur la base de l'art. 171 de la Constitution cantonale¹⁰, une initiative populaire cantonale « contre l'intégrisme

TRISTAN ZIMMERMANN, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple ?*, *PJA* 2007, pp. 748-760.

⁶ Voir notamment, en plus des contributions déjà mentionnées, TRISTAN ZIMMERMANN, 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 ; La laïcité et la République et Canton de Genève, *La semaine judiciaire (SJ)* 2011, pp. 29-78 ; Le voile versus le crucifix ou le conflit entre la liberté religieuse et la neutralité religieuse de l'État, *Jusletter* 5 mars 2012 ; L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse, in : Felix Hafner/Andreas Kley/Victor Monnier (éd.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, volume 8, Berne, 2012, pp. 9-82.

⁷ Voir par exemple « Genève et la laïcité. Un éclairage actuel et documenté sur la laïcité et l'enseignement du fait religieux, dans le cadre des travaux de l'avant-projet de Constitution genevoise », titre d'une conférence que Tristan Zimmermann aurait dû donner le 3 mai 2012 à Genève, à l'invitation du groupement « *Culture religieuse et humaniste à l'école laïque. Pour une action citoyenne !* » (voir <http://www.ecolelaïque-religions.org/?cat=15>, consulté le 5 janvier 2017).

⁸ *NeuchâToi* est « une association issue de la Communauté pour l'intégration et la cohésion multiculturelle (commission consultative nommée par le Conseil d'État), dont l'objectif est de discuter de l'identité neuchâteloise et du vivre ensemble dans le canton » de Neuchâtel, qui « entreprend et encourage des actions d'intérêt public dans le domaine de la cohésion sociale et des relations interculturelles » et dont les activités « se déploient tous les 3 ou 4 ans en moyenne. La première édition a eu lieu en 2006 et avait pour but de questionner l'identité neuchâteloise. S'en est suivi, en 2009, une seconde édition avec pour thématique la jeunesse, puis une troisième édition, en 2013, sur la diversité dans l'espace public. En 2016, ce sont les questions de laïcité et de pluralité religieuse qui sont abordées » ; cette quatrième édition s'est déroulée du 8 septembre au 2 décembre 2016. Voir le site de l'association, <http://www.neuchatoï.ch/presentation> (consulté le 7 janvier 2017).

⁹ Voir FF 2016 1501, pour l'examen préliminaire et la publication du texte de l'initiative « *Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage* », dont les auteurs ont jusqu'au 15 septembre 2017 pour la récolte des signatures. On rappellera aussi que, le 27 septembre 2016, le Conseil national a, par 88 voix contre 87, et contre le préavis de sa commission, décidé de donner suite à l'initiative parlementaire Walter Wobmann, « *Interdiction de se dissimuler le visage* », qui demande l'adjonction à l'art. 57 de la Constitution fédérale d'un alinéa 3 stipulant que « [n]ul ne peut se dissimuler le visage sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public (sauf les lieux de culte) ou affectés à un service public. Et nul ne peut obliger une personne à se dissimuler le visage en raison de son sexe » (cf. BO CN 2016 1652-1654 ; la commission du Conseil des États s'était elle aussi, à l'instar de celle du Conseil national, opposée à cette initiative, le Conseil des États, lui, devait encore se prononcer au moment où la présente contribution a été rédigée ; il l'a fait le 9 mars 2017, en rejetant l'initiative, par 24 voix contre 9 et 4 abstentions).

¹⁰ Sur cette disposition constitutionnelle et la loi évoquée, voir plus bas, chiffre II.2, spécialement notes 65 et 70.

religieux » a été annoncée le 24 novembre 2016 et lancée le 10 janvier 2017, dans le but d'empêcher « les intégristes de se prévaloir de la reconnaissance officielle pour revendiquer des privilèges », notamment de se voir reconnaître certains avantages ou accommodements, comme « leurs propres jours fériés, la prohibition de certains aliments dans les cantines et le refus de la mixité, par exemple à l'école »¹¹.

D'autre part, certains mouvements revendiquent et prônent aujourd'hui une conception absolue de la laïcité, consistant à affirmer que la laïcité ne saurait être qu'une et univoque, qu'elle ne saurait être plurielle, et que la notion même perd tout son sens dès qu'on lui accole un adjectif, qu'il n'y a pas plus de laïcité « inclusive » que de laïcité « intégriste » ou « exclusive », etc.^{12, 13} Cette conception conduit à rejeter les « accommodements dits raisonnables » qui « sont envisagés avec une religion dont certains adeptes entendent monopoliser l'attention publique », accommodements considérés comme relevant d'un « militantisme politico-religieux qui concerne potentiellement tous les cantons suisses » et « donne l'occasion de réaffirmer et de revendiquer la nécessité d'un État laïque qui ne privilégie ni ne discrimine aucune religion ni aucune conviction »¹⁴.

Dans ce contexte, l'ambition de la présente contribution est donc de revenir sur cette question, de questionner la notion de « laïcité », afin de chercher à déterminer si celle-ci est – et ne peut être – qu'une et univoque, ou si elle est au contraire plurielle, diversifiée et nuancée, mouvante et évolutive.

A cet effet, je m'appuierai, dans la mesure où elles touchent à ce questionnement, sur quelques-unes des interventions présentées lors du colloque susmentionné, du 2 décembre 2016, à Neuchâtel, dont je me permettrai de résumer plus ou moins brièvement la substance, en

¹¹ Voir le site internet des promoteurs de l'initiative, <http://www.contre-integrisme-religieux.ch/>, page d'accueil (consulté le 7 janvier 2017). Voir aussi, pour le texte de cette initiative, plus bas, chiffre II.3 *in fine*.

¹² Voir par exemple le « manifeste laïque du 15 avril 2016 » du Réseau Laïque Romand, sur le site internet du mouvement, <http://www.reseaulaiqueromand.ch/> (consulté le 7 janvier 2017) : « *Qu'est-ce que les laïcités "plurielle", "ouverte", "raisonnable", "apaisée", "exclusive", "intrusive", "inclusive", "de combat", "de reconnaissance" etc. ?*

L'inflation des adjectifs ou compléments suffit à démontrer l'inanité de ces qualifications. Ce ne sont que slogans vides de sens et absurdités conceptuelles, que leurs partisans ne parviennent jamais à définir lorsqu'on a l'indélicatesse de le leur demander. Confondant pluralisme et pluralité, on prétend accorder à chaque groupe se réclamant d'une identité collective des droits spécifiques, dans une visée sournoisement communautariste. Ces termes visent en réalité à diaboliser la laïcité en la présentant comme dogmatique. Ce sont les intégristes ou les relativistes qui les emploient. Or ce sont eux qui présentent un danger réel pour la diversité des opinions et des appartenances: les premiers parce qu'ils sont certains de détenir une vérité incontestable et veulent l'imposer par la contrainte ; les seconds parce qu'ils croient toutes les opinions contestables, et donc interchangeable. Or toute société a besoin d'un minimum de principes communs.

En toute logique, on ne saurait à la fois défendre un espace public commun et accorder des passe-droits à tel ou tel groupe de citoyens.

Ni discriminations, ni privilèges, telle est la devise de tout État garantissant à ses citoyens l'égalité de traitement. »

¹³ Voir, dans le même sens, les propos de Jean Romain, ancien professeur de philosophie et député, dans une interview croisée avec Hani Ramadan dans la Tribune de Genève du 30 juin 2016 : « *Dès qu'on ajoute des adjectifs à la laïcité, c'est un piège : au lieu de la soutenir, on l'affaiblit. Je suis pour la laïcité tout court. Rappelons que la laïcité n'est pas un principe, c'est une loi. Cette loi dit que l'État doit rester neutre dans les affaires religieuses et que la religion reste neutre dans les affaires étatiques. L'idée que la religion est privée veut dire qu'elle ne peut pas avoir des prétentions d'intervenir sur le domaine public.* » (voir <http://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/deux-visions-laicite-s-affrontent/story/18695768>, consulté le 7 janvier 2017).

¹⁴ Voir la page d'accueil du site du Réseau Laïque Romand, <http://www.reseaulaiqueromand.ch/> (consulté le 7 janvier 2017). Sur la question et la notion des « accommodements raisonnables », voir, entre autres, MAYA HERTIG RANDALL, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable, in : Andreas R. Ziegler/Julie Kuffer (éd.), *Les Minorités et le Droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson*, Schulthess, Genève, pp. 265-287.

fonction des besoins de l'exposé. Dans un premier temps, j'examinerai la question de la laïcité comme instrument de gestion de la diversité religieuse (ch. I), avant de revenir sur les deux principaux volets concrets que cache ou recouvre la notion de laïcité, à savoir la question de la relation entre Église(s) et État, et de sa réglementation, d'une part (ch. II), ainsi que celle des liens entre laïcité, liberté religieuse et réglementation des manifestations d'appartenance religieuse, d'autre part (ch. III). Il sera alors temps de conclure et de tenter de répondre à la question du caractère univoque ou, au contraire, pluriel, de la notion de « laïcité ».

I. La laïcité comme instrument de gestion de la diversité religieuse ?

1. L'ancrage juridique de la laïcité : quelques très brefs éléments de comparaison

Au sens du langage courant, le terme « laïcité » – « néologisme nécessaire », comme le décrivait Ferdinand Buisson en 1887¹⁵ – désigne une « conception et organisation de la société fondée sur la séparation de l'Église et de l'État et qui exclut les Églises de l'exercice de tout pouvoir politique ou administratif, et, en particulier, de l'organisation de l'enseignement »¹⁶.

Dans son sens juridique, le terme laïcité désigne une règle de droit, voire un principe juridique, ou même une simple qualification dont un système ou un ordre juridique, un État, se dote, afin de caractériser sa conception ou son organisation des relations entre l'État et les Églises ou le religieux¹⁷. D'une manière générale, on peut sans doute dire que la laïcité, dans ce sens, postule la séparation des Églises et de l'État et l'impartialité ou la neutralité de l'État à l'égard des diverses confessions religieuses, s'opposant en principe à la reconnaissance d'une religion d'État. Il n'en demeure pas moins toutefois que ces principes peuvent trouver des applications fort différentes selon les États.

Un simple examen, même très superficiel, des textes juridiques et, spécialement, des textes constitutionnels montre du reste que les États ont des positions très différentes à cet égard, certains se dotant explicitement d'une telle qualification, d'autres pas.

Ainsi, au-delà de la France, apparemment un des seuls pays de l'Union européenne¹⁸ à posséder une référence claire et explicite à la laïcité dans sa Constitution¹⁹, quelques autres

¹⁵ Sur l'origine du concept, voir PIERRE-HENRI PRÉLOT, rubrique « Laïcité », in : Joël Andriantsimbazovina/Hélène Gaudin/Jean-Pierre Marguénaud *et al.* (éd.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, qui précise que le terme désignait à l'époque « le programme de déconfectionnalisation des services publics, l'instruction publique gratuite et obligatoire, et la dénonciation du Concordat ». On rappellera que Ferdinand Buisson (1841-1932), philosophe, pédagogue et homme politique français, un des fondateurs de la Ligue française des droits de l'homme, a présidé, en 1905, la commission parlementaire chargée de rédiger la loi de séparation des Églises et de l'État ; il a aussi été appelé par Jules Ferry à la tête de la Direction de l'enseignement et est l'un des pères de l'école républicaine et laïque.

¹⁶ Larousse en ligne, qui précise que le « principe de la laïcité de l'État est posé par l'article 1^{er} de la Constitution française de 1958 » (cf. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/laicite/45938>, consulté le 7 janvier 2017).

¹⁷ C'est du reste ainsi que le Réseau Laïque Romand, évoqué plus haut, considère la chose : « La laïcité se définit d'abord comme un principe juridique devenant disposition constitutionnelle lorsqu'il est adopté démocratiquement comme tel » (« manifeste laïque du 15 avril 2016 » du Réseau Laïque Romand, sur le site internet du mouvement, <http://www.reseau-laiqueromand.ch/>, consulté le 15 janvier 2017).

¹⁸ Selon Jean-Michel Ducomte, la France serait même le seul pays de l'Union à faire référence de façon claire à la laïcité (mais l'auteur cite une source datant de 1987 ; cf. son article « Laïcité en Europe », sur le site de la Ligue de l'enseignement, Portail de la laïcité, <http://www.laicite-laligue.org/grands-themes/laicite-en-europe>, consulté

États proposent une référence plus ou moins explicite à ce principe dans leur Constitution. C'est le cas notamment, pour ne citer que quelques exemples, du Brésil²⁰, de l'Inde²¹ ou de la Turquie²², ou encore, pour parler des cantons suisses, de Neuchâtel²³ et de Genève²⁴, qui se définissent comme des États « laïcs ». D'autres États y font des références beaucoup plus implicites, comme le Portugal²⁵, ou les États-Unis d'Amérique²⁶, voire ne s'y réfèrent pas, ni ne

le 17 janvier 2017, où l'auteur se réfère à EMILE POULAT, *Liberté, laïcité. La guerre des deux France et le principe de modernité*, Cerf-Cujas, Paris, 1987, pp. 141 ss).

- ¹⁹ L'art. 1^{er} de la Constitution de la V^e République, du 4 novembre 1958, dispose : « La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale ». La disposition est concrétisée par la loi du 9 décembre 1905, concernant la séparation des Églises et de l'État, qui prévoit que la « République assure la liberté de conscience » et « garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public » (art. 1^{er}) et que la « République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. [...] » (art. 2).
- ²⁰ Depuis la Constitution du 24 février 1891, qui créait la (première) République laïque et fédérale des États-Unis du Brésil, et dont l'art. 72 al. 3 à 7 traitait de la séparation de l'État et des Églises. La nouvelle Constitution de la République fédérative du Brésil, du 5 octobre 1988, texte actuellement en vigueur, dont le préambule place la Constitution « sous la protection de Dieu » (« *sob a proteção de Deus* », ce qui a donné lieu à diverses discussions et à un arrêt de la Cour suprême), confirme cette séparation, en interdisant à l'Union, aux États, au district fédéral et aux municipalités d'établir des communautés religieuses ou des Églises, de les subventionner, d'empêcher leurs activités ou de maintenir des relations de dépendance ou d'alliance avec elles ou leurs représentants, sans préjudice des collaborations que la loi peut prévoir dans l'intérêt public dans certains domaines (notre traduction : « estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público » ; art. 19 al. 1).
- ²¹ Dont le Préambule de la Constitution adoptée le 26 novembre 1949 et entrée en vigueur le 26 janvier 1950 a été modifié par le 42^e amendement, en 1976, pour y introduire une référence à la « laïcité » ou, plutôt, au « caractère séculier », pour qualifier l'Inde de « République démocratique, souveraine, socialiste et laïque (*secular*) » (en remplacement de « République démocratique et souveraine »).
- ²² Alors que, après l'avènement et la proclamation de la République, le 29 octobre 1923, par Mustafa Kemal « Ata Türk », la Constitution du 20 avril 1924, de la Première République, prévoyait encore que « la religion de l'État turc est l'islam » (art. 2), référence supprimée en 1928, la laïcité entre dans la Constitution avec la modification de 1937, dont l'art. 2 dispose désormais que la « République de Turquie est un État de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et s'appuyant sur les principes fondamentaux exprimés dans le préambule » ; texte dans la version de 1982 ; après le coup d'État militaire « progressiste » du 27 mai 1960, la nouvelle Constitution, de la Seconde république, adoptée le 9 juillet 1961, maintient cette référence à la laïcité, tout comme la Constitution du 7 novembre 1982, adoptée suite à un nouveau coup d'État militaire en 1980 (voir notamment HÜSEYİN NAIL KUBALI, Les traits dominants de la Constitution de la Seconde République Turque, in : *Revue internationale de droit comparé*, 1965 (volume 17), no 4, pp. 855-872, ainsi que, sur la laïcité turque, et les attaques et obstacles auxquels elle est aujourd'hui confrontée, Cemal Karakas, La laïcité turque peut-elle être un modèle ?, in : *Politique étrangère*, 2007/3, pp. 561-573, de même que le débat provoqué par le Président du Parlement, M. İsmail Kharaman, en avril 2016, qui affirmait que « la laïcité ne doit pas figurer dans la nouvelle Constitution », affirmation aussitôt démentie par le Président Recep Tayyip Erdogan (voir Le Temps.ch, du 26 avril 2016, et Le Monde.fr, du 27 avril 2016, <https://www.letemps.ch/monde/2016/04/26/chef-parlement-turc-reclame-une-constitution-religieuse>, http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/04/27/la-laicite-figurera-dans-la-nouvelle-constitution-turque-assure-le-premier-ministre_4909614_3214.html, tous deux consultés le 17 janvier 2017).
- ²³ Sous l'intitulé « République et Canton de Neuchâtel », l'art. 1^{er} al. 1 de la Constitution du 24 septembre 2000 (RS 131.233) dispose que « [l]e canton de Neuchâtel est une République démocratique, laïque, sociale et garante des droits fondamentaux ».
- ²⁴ Sous l'intitulé « Laïcité », l'art. 3 de la Constitution du 14 octobre 2012 (RS 131.234) dispose que « [l]'État est laïque. Il observe une neutralité religieuse » (al. 1^{er}), qu'« [l] ne salarie ni ne subventionne aucune activité cultuelle » (al. 2) et que les « [l]es autorités entretiennent des relations avec les communautés religieuses » (al. 3).
- ²⁵ Sous l'intitulé « Liberté de conscience, de religion et de culte », l'art. 41 al. 4 de la Constitution du 2 avril 1976 dispose que les « Églises et les communautés religieuses sont séparées de l'État et peuvent librement s'organiser, exercer leurs fonctions et célébrer leur culte ». Cette référence implicite à la laïcité est toutefois

revendiquent ou ne proposent une telle affirmation de principe, d'ordre constitutionnel ou légal, sans pour autant que l'on puisse en inférer que ces États seraient fondés sur une autre conception, différente, de leurs relations avec les Églises ou communautés religieuses.

Il ne semble pas possible non plus de déduire de l'existence d'une telle affirmation explicite de la laïcité des règles concrètes et précises sur la conception des relations entre l'État et les Églises. En d'autres termes, ce n'est pas nécessairement parce qu'un ordre juridique se qualifie de « laïque » qu'il présente un régime de séparation entre Églises et État plus marqué que d'autres²⁷. Ces quelques exemples semblent donc déjà montrer que, en tant qu'affirmation de principe ou règle juridique, le concept de laïcité ne saurait masquer, dans la réalité, une diversité de conceptions et de pratiques – des déclinaisons, pourrait-on dire – de l'institution.

Cerner la place du religieux dans un ordre ou un système juridique suppose en effet que la question des relations entre Églises et État fasse l'objet d'une analyse beaucoup plus nuancée et approfondie qu'un simple examen de l'ancrage constitutionnel ou légal d'un principe de laïcité – ou de son absence –, ainsi que l'a du reste montré Sylvie Guichard²⁸ dans son intervention lors du colloque évoqué, du 2 décembre 2016, intitulée *Différents modèles de gestion du « pluralisme religieux » et de la « laïcité »*²⁹.

Il s'agit donc, d'une part, d'examiner en détail la réglementation de la relation entre Église(s) et État, mais aussi d'analyser la manière dont est garantie la liberté religieuse, c'est-à-dire dont

théorique, dans la mesure où sont restés en vigueur, d'une part, le Concordat conclu en 1940 avec le Vatican et, d'autre part, une loi du 21 août 1971, dite loi sur la liberté religieuse, qui accorde à l'Église catholique romaine un statut spécial (voir JEAN-MICHEL DUCOMTE, Laïcité en Europe, sur le site de la Ligue de l'enseignement, Portail de la laïcité, <http://www.laicite-laigue.org/grands-themes/laicite-en-europe>, consulté le 17 janvier 2017).

²⁶ Aux États-Unis, la Constitution ne parle pas de laïcité, ni de séparation, quand bien même les pères fondateurs étaient fortement attachés à l'idée, voire à la nécessité, de séparer clairement Églises et État. Ce n'est qu'avec le 1^{er} amendement, en 1791, qu'émerge un texte constitutionnel de séparation, amendement qui garantit la liberté d'expression et interdit au Congrès d'adopter toute « loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice » (« *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; [...]* »), interdisant ainsi au Congrès, mais aussi aux États, d'établir une religion nationale ou une préférence envers une religion plutôt qu'une autre.

²⁷ Voir en ce sens l'exemple donné par Sylvie Guichard à propos des différences entre la laïcité américaine et la laïcité française (note 29 ci-dessous).

²⁸ Docteure en sciences politiques, Sylvie Guichard est maître d'enseignement et de recherche au Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques de l'Université de Genève.

²⁹ Dans son intervention, Sylvie Guichard a ainsi mis en lumière les différents « arrangements » possibles de la laïcité (de manière idéal-typique), en prenant l'exemple de plusieurs pays. Elle s'est attachée dans un premier temps à montrer que laïcité ne se confond pas avec – et ne se résume pas à – la séparation de l'État et des religions, mais qu'il existe diverses conceptions, divers arrangements de la laïcité (l'auteure se réfère à cet égard à JONATHAN FOX, *World Separation of Religion and State into the 21st Century*, *Comparative Political Studies*, 2006, vol. 39, no 5, pp. 537-569). Elle donne aussi un exemple concret en citant une contribution d'Elisabeth Zoller (éd.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, Paris, 2005, p. 7, selon laquelle « la laïcité américaine peut être considérée comme beaucoup plus exigeante que la laïcité française, dans la mesure où elle fait interdiction à l'État d'aider une ou toutes les religions, soit en faisant de ses représentants attirés et reconnus des interlocuteurs privilégiés du dialogue politique et social, soit en mettant à leur disposition des édifices pour pratiquer leurs cultes, ou en finançant les écoles religieuses, toutes choses que font les pouvoirs publics français pour le bénéfice de certaines religions présentes sur le territoire de la République ». Cherchant ensuite à mettre en exergue les « racines historiques des régimes de laïcité », Sylvie Guichard examine la situation dans certaines régions ou certains pays, comme l'Amérique latine (référence à ROBERTO BLANCARTE, Laïcité au Mexique et en Amérique latine, *Archives de sciences sociales des religions*, 146, 2009, pp. 17-40), les États-Unis, la France ou encore l'Inde, pour proposer en fin de compte une « définition de la laïcité par ses finalités et ses moyens » (Sylvie Guichard déclare s'inspirer à cet égard de JEAN BAUBÉROT/MICHELLE MILOT, *Laïcités sans frontières*, Seuil, Paris, 2011, p. 8, qui indiquent définir « le concept de laïcité par ses visées, en l'occurrence l'égalité et la liberté de conscience, et par les moyens qui en garantissent le déploiement, la neutralité et la séparation »). Elle identifie ainsi différents modèles ou idéaux-types de laïcité, la « laïcité séparatiste », la « laïcité autoritaire », la « laïcité anticléricale », la « laïcité de foi civique », la « laïcité de reconnaissance » et la « laïcité de collaboration », modèles qui ne sont pas exclusifs les uns des autres.

sont régies et réglées, dans l'ordre juridique en question, les manifestations d'appartenance religieuse.

Avant d'en venir à ces deux questions, il paraît intéressant de montrer comment la laïcité est – ou peut constituer – un des moyens ou instruments par lesquels l'État entend gérer la diversité religieuse. On s'appuiera très largement, pour ce faire, sur certaines des interventions du colloque évoqué, du 2 décembre 2016.

2. La gestion de la diversité religieuse dans le temps et dans l'espace : perspective historique et comparée

Postulant que la question de la pluralité religieuse n'est pas nouvelle et que les sociétés y ont été confrontées depuis l'Antiquité, la première partie du colloque en question avait pour but de proposer un regard à la fois historique et comparatiste, afin de savoir comment, à travers les âges et dans l'espace, ces sociétés ont géré les questions du pluralisme ou de la pluralité des croyances et de la laïcité. Dans son exposé intitulé *Ordre public et gestion de la diversité religieuse : perspectives d'histoire des religions*, qu'on ne fait ici que résumer³⁰, Christoph Uehlinger³¹ est parti d'une distinction, devenue classique, développée par Jan Assmann³² et qualifiée par celui-ci de « distinction mosaïque » (en référence à Moïse), entre les religions polythéistes et les religions monothéistes, pour comprendre leur manière différente de concevoir la diversité religieuse. Alors qu'elle est sans autre acceptable et acceptée comme normale pour les religions polythéistes (qu'Assmann désigne comme les « religions premières »), qui « peuvent se traduire les unes dans les autres », qui « peuvent plus facilement converger, fusionner, ou être converties l'une dans l'autre » et qui « sont plus malléables pour s'adapter à de nouveaux contextes et circonstances », la diversité religieuse est plus problématique pour les religions monothéistes (ou « religions secondaires »), lesquelles sont caractérisées par « une notion de vérité unique, qui ne se traduit pas en une autre », « une source d'autorité révélée qui ne peut être modifiée (*norma normans*) » et « une certaine rigueur sur le plan doctrinal qui demande adhésion, témoignage, à la limite le martyr ». Christoph Uehlinger illustre ce propos en analysant la conception du religieux à l'époque de la Rome antique, dans laquelle il était possible de « conférer la citoyenneté aux dieux étrangers » ; et de citer le philologue et anthropologue italien Maurizio Bettini³³ :

« Deux mille ans de monothéisme nous ont habitués à croire que Dieu ne pouvait être qu'unique, exclusif, vrai. En revanche, les polythéismes antiques envisageaient la possibilité de faire correspondre entre eux dieux et déesses provenant de différentes cultures (Zeus et Jupiter, Isis et Déméter), ou même d'accueillir des divinités étrangères dans leur propre panthéon. Cette disposition à l'ouverture fait que le monde antique, même s'il a connu les conflits, voire les carnages, est resté étranger à la violence de nature religieuse qui a ensanglanté les cultures monothéistes et continue de le faire.

Serait-il possible aujourd'hui de puiser aux ressources du polythéisme pour rendre plus faciles et sereines les relations entre les différentes religions ? »³⁴

³⁰ On précisera que, dans ce résumé, toutes les citations entre parenthèses qui ne font pas l'objet d'une mention spécifique de la source sont tirées de la présentation de M. Uehlinger lors du colloque, dont le diaporama est accessible sur le site internet de NeuchâToi (<http://www.neuchatoi.ch/médias>).

³¹ Christoph Uehlinger est professeur d'histoire comparée des religions à l'Université de Zurich.

³² Egyptologue allemand né en 1938, professeur d'égyptologie à l'Université de Heidelberg jusqu'en 2003 et auteur de *Die Mosaikische Unterscheidung*, Hanser Verlag, Munich, 2003, traduit en français en 2007 sous le titre *Le prix du monothéisme*, Aubier, Paris, 2007 (traduction de Laure Bernardi).

³³ Né en 1947, Maurizio Bettini est professeur de philologie grecque et latine à l'Université de Sienne.

³⁴ MAURIZIO BETTINI, *Eloge du polythéisme. Ce que peuvent nous apprendre les religions antiques*, Les Belles Lettres, Paris, 2016 (traduction de Vinciane Pirenne-Delforge), deuxième de couverture (présentation), cité par Christoph Uehlinger. L'œuvre originale a été publiée en 2014, sous le titre *Elogio del politeismo. Quello che possiamo imparare dalle religioni antiche*, Il Mulino, Bologna, 2014.

Christoph Uehlinger relève ainsi, toujours en se référant à Maurizio Bettini, que :

« dans les cultures polythéistes, les dieux d'autrui ont été perçus, non comme une menace à l'encontre de la vérité unique de son dieu spécifique, mais comme une possibilité, ou même comme une ressource. (...) La connaissance des dieux, et aussi de ceux des autres, forme une dimension inséparable de la conception polythéiste de la religion.

En somme, on "apprend à connaître" les divinités d'autrui au fil du temps. Une fois que l'on est conscient de leur existence (...), il est possible de procéder à leur intégration parmi ses dieux à soi. Il s'agit toutefois d'un processus qui implique de l'intérêt, de la curiosité pour les autres dieux, ainsi qu'une volonté de "savoir" »³⁵.

Par la suite, avec l'avènement des religions monothéistes (judaïsme, christianisme et islam), la situation change en raison de leur prétention à la vérité et à l'exclusivité. Christoph Uehlinger montre comment l'expansion de la chrétienté, en particulier, va faire passer celle-ci du statut de « nouveau mouvement religieux » à celui « de religion d'État », de « mouvement d'opposition en marge à un instrument au service des idéologies dominantes », tout en entraînant le « déclassement de la religion juive (les chrétiens seraient le *verus Israel*) », avec la « difficulté d'accommoder un régime de diversité à l'intérieur de la vraie religion » et le « déclassement des doctrines et pratiques alternatives », qualifiées d'« "hérétiques" ("fidèles" vs "infidèles") ou "superstitieuses" », ainsi qu'avec la difficulté de s'« accommoder des religions nouvelles », comme l'islam, considérée par certains comme la « somme des hérésies ». A son tour, « issu d'un projet d'unification en opposition à un système tribal polymorphe et à un système religieux concurrent (le christianisme) caractérisé par ses dissensions internes », l'islam entend accorder une « priorité exclusive à la religion islamique » et institue un « régime de protection garantie (*dhimma*) pour les religions du Livre (*ahl al-kitab*) ». Là aussi apparaît la « difficulté d'accommoder un régime de diversité à l'intérieur de la vraie religion (idolâtres, infidèles, *kufir* "occulter la révélation") ».

Christoph Uehlinger examine ensuite comment le religieux est géré dans différents contextes sociétaux :

- aux États-Unis, où le champ religieux est régi principalement par une forme de libéralisme économique (les lois du marché) et spirituel, avec une « séparation stricte de "l'Église" (le religieux) et de l'État excluant toute situation de monopole » ;
- en Chine, où a longtemps persisté la tradition impériale qui faisait de l'empereur (= l'État) [l']instance suprême de médiation entre ciel et terre » et où l'« harmonie sociale » est considérée « comme principe fondateur et valeur suprême », avec une priorité traditionnellement reconnue « à trois enseignements (*sanjiao*) : daoïsme – bouddhisme – confucianisme », mais avec une classification revue et corrigée dans la période récente, qui comporte « 5 religions reconnues : daoïsme – bouddhisme – islam – catholicisme (*tiānzhū jiào*, "l'enseignement du Seigneur du Ciel") – christianisme (*jīdūjiào* [*xīnjīào*], "l'enseignement de Jésus"), un « statut controversé du confucianisme : idéologie féodale ? philosophie sociale ? religion ? » et des religions populaires qualifiées de "superstitions" (*mixin*), ainsi que des « "cultes nocifs" (*xiejiao*) »³⁶ ;
- au Japon, où la « très grande majorité des Japonais ne se considère pas comme "religieux" », mais « bénéficiant de services religieux de différents prestataires représentant différentes traditions religieuses : religions traditionnelles locales, shintō, bouddhisme, christianisme (plutôt de tendance protestante) », et où il est « possible, mais non requis, de faire partie d'une ou de plusieurs associations ou collectivités religieuses constituées ».

Parcourant rapidement quelques jalons de l'histoire religieuse européenne et suisse, Christoph Uehlinger montre que le christianisme s'est progressivement imposé comme la « religion vraie », supplantant ou excluant les autres (paganismes, judaïsme, islam, hérésies), puis que la réforme a entraîné un phénomène de « territorialisation » de la religion (*culus regio, eius religio*),

³⁵ Christoph Uehlinger, se référant à MAURIZIO BETTINI, *op. cit.* (note 34), pp. 100 ss, p. 103.

³⁶ Christoph Uehlinger se réfère à PERRY SCHMIDT-LEUKEL/JOACHIM GENTZ (éd.), *Religious Diversity in Chinese Thought*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

avant que l'époque des Lumières ne favorise l'« émergence d'une raison laïque » et que la modernité ne fasse apparaître les trois concepts caractéristiques de la *sécularisation* (« différenciation du religieux comme dimension autonome de la société [économie, droit, science ...] » ; « le religieux est circonscrit dans sa sphère propre – et devient “optionnel” » ; « séparation de l'Église [du religieux] et de l'État »), de la *pluralisation* (« coexistence, sur un même territoire, de religions et de convictions différentes », « possibilité de donner plus ou moins d'importance au facteur religieux », « diversification des pratiques et croyances à l'intérieur des différentes communautés religieuses ») et de l'*État de droit*, comme « garant supérieur de l'ordre public, de la “paix religieuse” – et, dans certains régimes, de la liberté de conscience / liberté religieuse (active et passive) », « qui ne doit pas s'identifier à une religion en particulier ».

Dans la dernière partie de son exposé, invoquant la « dissolution des identités confessionnelles » en même temps que les « tentations communautaristes », la « globalisation et [les] limites des régimes territoriaux (nationaux, cantonaux) », ainsi que des « pratiques et postures en décalage », Christoph Uehlinger se demande si cette modernité souvent invoquée n'est pas aujourd'hui une « modernité inachevée ou dépassée ». En d'autres termes, si nous ne sommes pas entrés dans une « société post-séculière », au « crépuscule de la “distinction mosaïque” », dans laquelle il s'agirait de « s'inspirer d'autres modèles (antiques, asiatiques ...) »³⁷, sous peine de vivre la « fin de la “laïcité heureuse” », l'État étant appelé à « encadrer le champ religieux » et « préserver les espaces non religieux », comme « élément constitutif de la “paix religieuse” », pour « concilier liberté des convictions et ordre public ».

C'est donc fort de ce constat d'une société caractérisée par une certaine sécularisation – dans le sens d'une distanciation par rapport au fait religieux d'une partie toujours plus grande de la population –, d'un côté, et d'une diversification ou d'une pluralisation des appartenances religieuses, de l'autre côté, qu'il convient maintenant d'aborder les deux questions évoquées, ou les deux versants de la laïcité, à savoir la question de la réglementation des relations entre Église(s) et État et celle des liens entre garantie de la liberté religieuse et réglementation des manifestations d'appartenance religieuse.

II. La question de la relation entre Église(s) et État et de sa réglementation

1. La situation dans les cantons suisses : les différents « modèles »

La première des deux questions concrètes qu'évoque le principe de laïcité est celle des relations entre Église(s) et État et de leur réglementation. Dans ce contexte aussi, le colloque évoqué du 2 décembre 2016 proposait un regard sur cette question, regard centré sur le cas de la Suisse, plus précisément des cantons suisses. Là encore, on reprendra dans un premier temps, de manière très succincte et pour le résumer, l'exposé présenté dans ce cadre, que l'on complétera ensuite par quelques indications plus générales, qui permettront aussi de mettre en évidence certaines questions juridiques plus spécifiques.

³⁷ Se référant encore à BETTINI MAURIZIO, *op. cit.* (note 34), pp. 33 ss, 35, Christoph Uehlinger pose la question : « Un nouveau polythéisme est-il possible ? Est-il souhaitable ? ».

Dans son exposé intitulé *Les relations entre État et Église(s) et les différents « systèmes » de reconnaissance des communautés religieuses dans les cantons*, Stefanie Kurt³⁸ s'est donné pour objectif d'illustrer les différents systèmes – ou « modèles » – d'aménagement des relations entre Église(s) et État dans les cantons suisses³⁹. Après avoir rappelé que la réglementation des rapports entre l'Église et l'État est du ressort des cantons, en vertu de l'art. 72 al. 1 de la Constitution fédérale, elle a mis en exergue les différences existant entre les cantons, à l'aide de trois exemples, ceux des cantons de Thurgovie, de Bâle-Ville et de Neuchâtel. Certains cantons, comme Thurgovie, ne prévoient pas de régime de reconnaissance des communautés religieuses autres que les Églises nationales, lesquelles bénéficient, elles, d'une reconnaissance, de par la Constitution cantonale, en tant que corporations de droit public⁴⁰. D'autres cantons, comme Bâle-Ville et Neuchâtel, ont au contraire institué une possibilité de reconnaissance pour les communautés religieuses autres que les Églises traditionnelles, mais de manière différente.

A Bâle-Ville, sous l'intitulé « Églises et communautés religieuses reconnues de droit public », l'art. 126 de la Constitution⁴¹ dispose que « [l]'Église réformée évangélique, l'Église catholique romaine, l'Église catholique chrétienne et la communauté israélite sont reconnues de droit public par l'État » (al. 1) et qu'elles « ont le statut de collectivités de droit public dotées de la personnalité juridique » (al. 2), tout en précisant que « [d]'autres Églises et communautés religieuses peuvent être reconnues de droit public par la voie d'un amendement constitutionnel » (al. 3), c'est-à-dire d'une révision de la Constitution. L'art. 133 de la Constitution cantonale prévoit en outre une autre forme de reconnaissance, une sorte de « petite reconnaissance »⁴², sous le titre « Reconnaissance par l'État d'autres Églises et d'autres communautés religieuses ». Selon cette disposition, « [l]es Églises et les communautés religieuses de droit privé peuvent être reconnues par l'État et obtenir ainsi des droits spéciaux si : a) elles sont importantes sur le plan social ; b) elles respectent la paix confessionnelle et l'ordre juridique ; c) elles gèrent leurs finances de manière transparente ; et si d) elles admettent la sortie de leurs membres en tout temps » (al. 1), étant précisé que « [n]ul ne peut prétendre à la reconnaissance par l'État » (al. 2) et que « [l]a reconnaissance par l'État est décidée par arrêté du Grand Conseil qui doit être approuvé par au moins 51 députés » (sur 100), arrêté qui « n'est pas soumis au référendum » (al. 3) ; la disposition ajoute que « [l]es droits et les obligations de l'Église ou de la communauté religieuse reconnue sont fixés dans l'arrêté de reconnaissance » (al. 4).

La situation est légèrement différente à Neuchâtel, l'un des deux seuls cantons, avec Genève, qui se déclarent laïques et ne connaissent pas d'Églises « nationales », c'est-à-dire d'Églises reconnues de plein droit comme des corporations de droit public. A Neuchâtel, l'art. 98 de la Constitution⁴³ prévoit cependant, sous l'intitulé « Églises reconnues », que « [l]'État reconnaît l'Église réformée évangélique, l'Église catholique romaine et l'Église catholique chrétienne du canton de Neuchâtel comme des institutions d'intérêt public représentant les traditions chrétiennes du pays » (al. 1), qu'il « perçoit gratuitement la contribution ecclésiastique

³⁸ Stefanie Kurt est docteure en droit, post-doctorante au sein du Pôle de recherche national *nccr – on the move* et au Centre suisse de compétences pour les droits humains, à l'Université de Neuchâtel.

³⁹ Comme pour celui de M. Uehlinger, on précisera que, dans le résumé qui suit de l'intervention de Mme Kurt, toutes les citations entre parenthèses qui ne font pas l'objet d'une note de bas de page spécifique – ou qui ne sont pas simplement les formulations tirées des textes officiels, constitutionnels ou légaux – sont issues de sa présentation lors du colloque, dont le diaporama est accessible sur <http://www.neuchato1.ch/médias>.

⁴⁰ Ainsi, l'art. 91 de la Constitution du Canton de Thurgovie, du 16 mars 1987 (RS 131.228), dispose : « Les communautés religieuses réformée évangélique et catholique romaine sont des Églises nationales de droit public reconnues ».

⁴¹ Constitution du Canton de Bâle-Ville, du 23 mars 2005 (RS 131.222.1).

⁴² Selon l'expression de Mme Kurt, la « grande reconnaissance », ou « reconnaissance de droit public » – toujours selon elle – étant celle de l'art. 126, qui découle directement de la Constitution.

⁴³ Constitution du Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RS 131.233).

volontaire que les Églises reconnues demandent à leurs membres » (al. 2), que « [l]es services que les Églises reconnues rendent à la collectivité donnent lieu à une participation financière de l'État ou des communes (al. 3) et que « [l]es Églises reconnues sont exemptes d'impôts sur les biens affectés à leurs activités religieuses et aux services qu'elles rendent à la collectivité (al. 4), étant précisé encore que « [l]'État peut passer des concordats avec les Églises reconnues » (al. 5). Sous le titre « Autres communautés religieuses », l'art. 99 ajoute que « [d]'autres communautés religieuses peuvent demander à être reconnues d'intérêt public. La loi fixe les conditions et la procédure de la reconnaissance. Elle en règle également les effets, à moins que ceux-ci ne fassent l'objet d'un concordat ». C'est sur cette base que le Conseil d'État a, en date du 19 octobre 2016, saisi le Grand Conseil d'un projet de loi « sur la reconnaissance des communautés religieuses (LRCR) »⁴⁴, destiné à concrétiser cette disposition constitutionnelle. Le projet détermine les conditions de la reconnaissance⁴⁵, ainsi que ses effets⁴⁶, et il règle la procédure. A ce titre, il est prévu que la décision de reconnaissance soit prise, sur proposition du Conseil d'État, par le Grand Conseil, par voie de décret (art. 14 al. 2 du projet de loi), décret qui, en vertu de l'art. 42 al. 3 let. g de la Constitution, peut être assujéti au référendum facultatif si 35 membres (sur 115) en décident. Stefanie Kurt estime que cette possibilité de référendum, qui n'existe pas à Bâle-Ville⁴⁷, fait de la décision de reconnaissance une décision politique, ce qui implique un risque de discrimination et d'inégalité de traitement, ce qui pose aussi la question de la protection juridictionnelle⁴⁸.

2. Quelques indications générales et complémentaires

Comme le montre ce bref résumé de l'exposé de Stefanie Kurt, les cantons suisses suivent trois – ou quatre – « modèles » de réglementation des relations entre Église(s) et État.

Tout d'abord, ainsi qu'on l'a déjà relevé plus haut, seuls deux cantons, Genève et Neuchâtel, se déclarent, dans leur Constitution, comme étant des États « laïques », mais avec toutefois des différences assez importantes. Malgré cette « laïcité », Neuchâtel reconnaît certaines Églises – les trois Églises chrétiennes traditionnelles, réformée évangélique, catholique romaine et catholique chrétienne – comme étant des « institutions d'intérêt public » (et non « de droit public », ce qui fait la différence avec les autres cantons, non « laïques »), et permet en outre à d'autres communautés d'obtenir une reconnaissance analogue, aux conditions et selon les modalités prévues par la loi⁴⁹. Genève, par contre, ne prévoit pas de telle reconnaissance dans

⁴⁴ Voir le *Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur la reconnaissance des communautés religieuses (LRCR)*, du 19 octobre 2016, no 16.042, accessible sur le site *ne.ch* (Accueil>Médias>Informations brèves séance du Conseil d'État du 19 octobre 2016).

⁴⁵ Ces conditions sont l'obligation faite à la communauté requérante de revêtir la forme juridique d'une association au sens du Code civil suisse (ce qui garantit un but non lucratif) et d'avoir son siège dans le canton, de reconnaître le caractère contraignant de l'ordre juridique suisse, de respecter les droits constitutionnels de ses membres, ainsi que la paix religieuse, à travers le respect des croyances d'autrui, de démontrer une implantation significative, en terme de nombre d'adhérents, et durable dans le canton, d'exercer une activité culturelle régulière dans le canton, d'accepter de faire preuve de transparence dans ses activités, de prouver que ses responsables religieux et administratifs sont à même de communiquer en français avec les autorités.

⁴⁶ Les effets de la reconnaissance sont à peu près les mêmes que pour les Églises reconnues par l'art. 98 de la Constitution et prévues dans cette disposition (exonération fiscale, perception par l'État, à titre gratuit, de la contribution volontaire auprès des membres, participation à la vie publique, possibilité de dispenser un enseignement religieux dans les locaux de l'école publique, et possibilité de subventionnement).

⁴⁷ Du moins pour la « petite reconnaissance » : la « grande reconnaissance » passe en effet par une révision constitutionnelle et, donc, le référendum obligatoire.

⁴⁸ Sur cette question, voir le chiffre 3 ci-après, dans le texte.

⁴⁹ Voir, pour Neuchâtel, le chiffre 1 qui précède, dans le texte, où sont reproduites les dispositions pertinentes de la Constitution.

sa Constitution, qui se limite à indiquer que les pouvoirs publics « entretiennent des relations avec les communautés religieuses », sans toutefois parler de reconnaissance⁵⁰.

Dans tous les autres cantons, qui ne sont pas « laïques », ou en tout cas ne se déclarent pas comme tels, la Constitution reconnaît explicitement⁵¹ des « Églises nationales »⁵² ou parfois des « Églises cantonales »⁵³, qui prennent la forme d'institutions reconnues comme des « corporations de droit public »⁵⁴ ou des « collectivités publiques » ou « de droit public »⁵⁵, indépendantes ou autonomes, et dotées de la personnalité juridique. C'est donc cette reconnaissance d'Églises comme institutions de droit public qui semble caractériser les cantons non « laïques ». Il n'en demeure pas moins que, même dans ces cantons, les régimes sont assez différents d'un canton à l'autre.

Dans la plupart de ces cantons, en effet, cette reconnaissance directe, par la Constitution, ne concerne que deux Églises seulement, l'Église « réformée évangélique », ou « réformée », et l'Église « catholique romaine »^{56,57}, dans d'autres cantons, elle s'applique à trois Églises⁵⁸, voire, plus rarement, à quatre⁵⁹.

En plus de cette différence quant au nombre des Églises qui sont directement reconnues par la Constitution, il faut signaler une autre différence encore. Dans quelques cantons, en effet, il n'existe dans la Constitution pas d'autre forme de reconnaissance que celle qui est prévue directement par le texte constitutionnel^{60,61}. Dans la plupart des cantons, en revanche, une

⁵⁰ Voir l'art. 3 de la Constitution genevoise, reproduit à la note 24 ci-dessus.

⁵¹ Seule la Constitution du Canton de Zoug, du 31 janvier 1894 (RS 131.218), l'une des trois seules – avec celles d'Appenzell Rhodes-Intérieures et du Valais – qui n'ont pas (encore) fait l'objet d'une révision totale dans la période récente, ne contient pas de disposition explicite à ce sujet.

⁵² Voir notamment les Constitutions des Cantons de Berne, du 6 juin 1993 (RS 131.212, art. 121 al. 1), d'Uri, du 28 octobre 1984 (RS 131.213, art. 7 al. 1), de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984 (RS 131.222.2, art. 136 al. 1), d'Argovie, du 25 juin 1980 (RS 131.227, art. 109 al. 1) et de Thurgovie, déjà citée (art. 91, cf. note 40 ci-dessus).

⁵³ Voir notamment la Constitution du Canton de Schwyz, du 24 novembre 2010 (RS 131.215, art. 83 al. 1 et 86).

⁵⁴ Voir notamment les Constitutions des Cantons de Lucerne, du 17 juin 2007 (RS 131.213, art. 79 al. 1), d'Uri (art. 7 al. 2), de Soleure, du 8 juin 1986 (RS 131.221, art. 53 al. 1), de Bâle-Campagne (art. 136 al. 2), de Schaffhouse, du 17 juin 2002 (RS 131.223, art. 108 al. 1) et d'Appenzell Rhodes-Intérieures, du 24 novembre 1872 (RS 131.224.2, art. 3).

⁵⁵ Voir notamment les Constitutions des Cantons de Zurich, du 27 février 2005 (RS 131.211, art. 130 al. 1), de Berne (art. 121 al. 2), de Schwyz (art. 83 al. 1), d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995 (RS 131.224.1, art. 109 al. 1), des Grisons, du 14 septembre 2003 (RS 131.226, art. 98 al. 1 à 3), de Vaud, du 14 avril 2003 (RS 131.231, art. 170 al. 1), du Valais, du 8 mars 1907 (RS 131.232, art. 2 al. 3) et du Jura, du 20 mars 1977 (RS 131.235, art. 130 al. 1).

⁵⁶ Voir les Constitutions des Cantons d'Uri (art. 7 al. 1), de Schwyz (art. 83 al. 1), d'Obwald, du 19 mai 1968 (RS 131.216.1, art. 3 al. 1), de Glaris, du 1^{er} mai 1988 (RS 131.217, art. 135 al. 1), de Fribourg, du 16 mai 2004 (RS 131.219, art. 141 al. 1), d'Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 109 al. 1), d'Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 3), des Grisons (art. 98 al. 1), de Thurgovie (art. 91), du Tessin, du 14 décembre 1997 (RS 131.229, art. 24 al. 1), de Vaud (art. 121 al. 1), du Valais (art. 2 al. 3) et du Jura (art. 130 al. 1).

⁵⁷ La Constitution du Canton de Nidwald, du 10 octobre 1965 (RS 131.216.2), prévoit une réglementation quelque peu particulière, en ce sens que « [l']Église catholique romaine est l'Église nationale » (art. 34 al. 1) alors que « [l']Église évangélique réformée est reconnue comme institution de droit public » (art. 35).

⁵⁸ Voir les Constitutions des Cantons de Zurich (art. 130 al. 1), de Berne (art. 121 al. 1), Lucerne (art. 79 al. 1), de Soleure (art. 53 al. 1), de Bâle-Campagne (art. 136 al. 1), de Schaffhouse (art. 108 al. 1) et d'Argovie (art. 109 al. 1), qui ajoutent aux deux précédentes l'Église, ou la paroisse, « catholique chrétienne ».

⁵⁹ Voir notamment la Constitution du Canton de Saint-Gall, du 10 juin 2001 (RS 131.225, art. 109 al. 1), selon laquelle sont « reconnues comme collectivités de droit public » l'« Église catholique », l'« Église réformée », la « communauté catholique chrétienne » et la « communauté juive ». Dans le même sens, voir la Constitution du Canton de Bâle-Ville (art. 126 al. 1), citée au chiffre 1 plus haut, dans le texte.

⁶⁰ En plus de Thurgovie, qui a déjà été mentionné (voir le chiffre 1 qui précède, dans le texte), c'est le cas des Constitutions des Cantons d'Uri (art. 7 al. 1), de Schwyz (art. 83 al. 1) et d'Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 3),

autre forme de reconnaissance, selon une autre procédure – une « petite » reconnaissance, pourrait-on dire –, est prévue par la Constitution pour les Églises et communautés religieuses autres que celles qui sont reconnues directement par la Constitution. C'est le cas à Bâle-Ville, ainsi qu'on l'a déjà vu⁶², mais aussi dans plusieurs autres cantons, avec toutefois, là encore, des systèmes différenciés. Le plus souvent, cette autre forme de reconnaissance est ouverte, sans précision et sans exception, à toutes les Églises et communautés religieuses qui en font la demande et en remplissent les conditions, posées par la Constitution ou la loi⁶³. Parfois cependant, plus rarement, cette seconde forme de reconnaissance semble être réservée à certaines communautés religieuses seulement⁶⁴, ou encore elle est accordée de plein droit, c'est-à-dire automatiquement, à certaines communautés, tout en étant au surplus ouverte à d'autres⁶⁵.

Généralement, dans ces cantons, la compétence de reconnaître les Églises et communautés religieuses autres que celles reconnues directement par la Constitution est confiée à la loi – au législateur – ou au Grand Conseil⁶⁶, aux conditions fixées par la Constitution (il s'agit souvent de l'importance sociale et du caractère durable⁶⁷) ou, le plus souvent, par la loi, ainsi que selon la procédure prévue par celle-ci, laquelle règle aussi, généralement, les effets de la reconnaissance⁶⁸.

ainsi que de Saint-Gall (dont l'art. 109 al. 1 reconnaît toutefois, directement, quatre Églises ou communautés religieuses).

⁶¹ Cela ne signifie pas, à notre sens, qu'une reconnaissance d'autres communautés religieuses n'est pas possible dans ces cantons, mais qu'elle doit passer par une révision constitutionnelle (comme cela est du reste prévu explicitement dans le système de Bâle-Ville, comme on l'a déjà vu ; cf. le chiffre 1 qui précède, dans le texte).

⁶² Voir le chiffre 1, plus haut, dans le texte.

⁶³ Voir les Constitutions des Cantons de Lucerne (art. 79 al. 1), d'Obwald (art. 3 al. 2), de Nidwald (art. 36), de Glaris (art. 135 al. 2), de Fribourg (art. 142 al. 2), de Soleure (art. 53 al. 2), de Bâle-Campagne (art. 136 al. 3), de Schaffhouse (art. 108 al. 2), d'Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 111), des Grisons (art. 98 al. 3), d'Argovie (art. 109 al. 2), du Tessin (art. 24 al. 2), du Valais (art. 2 al. 3) et du Jura (art. 130 al. 2). Il arrive cependant que la loi limite cette possibilité à certaines religions seulement (cf. par ex. l'art. 1a de la loi de Bâle-Campagne sur les églises, du 3 avril 1950, RS-BL 191) ; voir aussi, pour Fribourg, la loi du 3 octobre 1990 portant reconnaissance de la communauté israélite du canton de Fribourg (RS-FR 193.1).

⁶⁴ Voir la Constitution du Canton de Zurich, aux termes de laquelle « [p]armi les autres communautés religieuses, l'État reconnaît l'"Israelitische Cultusgemeinde" et la "Judische Liberale Gemeinde" » (art. 131 al. 1).

⁶⁵ Voir la Constitution du Canton de Berne, aux termes de laquelle « [l]es communautés israélites sont reconnues de droit public. La loi règle les effets de cette reconnaissance », alors que « [d]'autres communautés religieuses peuvent être reconnues de droit public. La loi fixe les conditions, la procédure et les effets de cette reconnaissance » (art. 126 al. 1 et 2). Voir aussi, dans le même sens, la Constitution du Canton de Vaud, dont l'art. 171, intitulé « Communautés religieuses d'intérêt public », prévoit : « La communauté israélite, telle qu'elle est établie dans le Canton, est reconnue comme institution d'intérêt public. A leur demande, l'État peut reconnaître le même statut à d'autres communautés religieuses ; il tient compte de la durée de leur établissement et de leur rôle dans le Canton ».

⁶⁶ Voir par exemple, pour le « législateur » ou la « loi », les Constitutions des Cantons des Grisons (art. 98 al. 3), du Tessin (art. 24 al. 2), du Valais (art. 2 al. 3) et du Jura (art. 130 al. 2).

⁶⁷ Voir par exemple les Constitutions des Cantons de Fribourg (art. 142 al. 2 : « Si leur importance sociale le justifie et si elles respectent les droits fondamentaux, [les autres Églises et communautés religieuses] peuvent obtenir des prérogatives de droit public ou être dotées d'un statut de droit public ») et du Jura (art. 130 al. 2 : « Le Parlement peut reconnaître [...] d'autres Églises importantes et durables »).

⁶⁸ Voir par exemple la Constitution du Canton de Bâle-Ville (art. 136 al. 3, 2^{ème} phrase : « La loi règle les conditions et le contenu de la reconnaissance ainsi que la procédure de reconnaissance »). Il arrive aussi que les effets prévus par la Constitution elle-même pour les Églises de droit public soient déclarés applicables par analogie : voir notamment les Constitutions des Cantons de Schaffhouse (art. 108 al. 2) et d'Argovie (art. 109 al. 2).

3. Quelques questions juridiques spécifiques

On le voit, qu'ils se déclarent « laïques » ou non, les cantons suisses présentent une grande diversité dans leur façon de réglementer les relations entre l'État et les Églises.

Sans entrer dans le détail, on mettra encore en exergue, pour clore ce bref panorama des différents régimes, deux ou trois questions juridiques spécifiques. La première est celle de la forme et du statut juridique de l'acte de reconnaissance des Églises et communautés religieuses autres que celles reconnues directement par la Constitution, dans les cantons qui connaissent une telle forme de reconnaissance, bien évidemment. Comme on l'a déjà vu, à Neuchâtel, il est prévu que la décision de reconnaissance, qui relèvera de la compétence du Grand Conseil, soit prise par voie de décret, décret qui peut être assujéti au référendum facultatif si une minorité du Parlement (35 députés sur 115) en décide. A Bâle-Ville, au contraire, la Constitution exclut explicitement le référendum⁶⁹.

S'agissant de cette décision de reconnaissance se pose en outre la question de savoir si elle est « justiciable », c'est-à-dire si elle est susceptible de recours. A cet égard, la réponse paraît devoir être la suivante. En application de l'art. 29a de la Constitution fédérale, et selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à cette disposition, les cantons peuvent exclure le recours au juge pour des décisions à caractère politique prépondérant, mais l'exclusion doit être le fait de la loi. Il s'agit donc de savoir, d'une part, si la loi qui prévoit la reconnaissance exclut expressément le recours, ou si tel n'est pas le cas, mais aussi, d'autre part, de déterminer si une telle décision a effectivement un caractère politique prépondérant qui permet ou justifie une telle exclusion du recours (ou, plus précisément, si, en cas de recours, le Tribunal fédéral considérerait qu'une telle décision a bel et bien un caractère politique prépondérant). S'agissant du projet neuchâtelois évoqué plus haut, on constatera que – même s'il ne prévoit pas de recours au plan cantonal – il ne l'exclut pas non plus explicitement, de sorte qu'on devrait admettre qu'un recours est possible⁷⁰.

On relèvera enfin un dernier point en ce qui concerne les effets de la reconnaissance. Dans le canton de Vaud, où une loi sur la reconnaissance a été adoptée en 2007, sur la base de l'art. 171 de la Constitution⁷¹, une initiative populaire « Contre l'intégrisme religieux » vient d'être lancée, on l'a dit, qui demande l'adjonction, à l'art. 171 en question, d'un nouvel alinéa 2, qui aurait la teneur suivante : « La reconnaissance comme institution d'intérêt public ne donne, aux communautés reconnues et à leurs membres, aucun droit à l'octroi de concessions ou de dérogations motivées ou encouragées par la croyance ou la pratique religieuse, telles que : a) une prise en charge particulière dans le domaine des soins ; b) des enseignements spécifiques ou des dispenses ; c) des jours fériés ou des horaires particuliers ; d) des régimes alimentaires spécifiques ; e) des dérogations vestimentaires ». Une telle initiative a donc pour but de limiter les effets de la reconnaissance de certaines communautés religieuses. Or, il faut constater que les effets en question relèvent, pour l'essentiel, du droit supérieur, c'est-à-dire de la liberté de religion garantie par le droit constitutionnel fédéral et la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que du système de restrictions qui en découle, restrictions qui font l'objet d'une jurisprudence aussi abondante que nuancée, tant du Tribunal fédéral que de la Cour européenne des droits de l'homme, comme on le verra encore. A ce stade, on peut donc se

⁶⁹ Voir le chiffre 1 qui précède, dans le texte, où sont reproduites les dispositions pertinentes du projet de loi neuchâtelois et de la Constitution de Bâle-Ville (art. 133). Dans la plupart des autres cantons connaissant une telle reconnaissance, le référendum ne semble pas exclu, du moment que la reconnaissance intervient par l'intermédiaire d'une loi.

⁷⁰ C'est du reste ce que prévoit explicitement la loi vaudoise, déjà évoquée, sur la reconnaissance des communautés religieuses et sur les relations entre l'État et les communautés religieuses reconnues d'intérêt public, du 9 janvier 2007 (LR CR, RSV 180.51), dont l'art. 21 al. 2 ouvre, contre la loi (de reconnaissance) ou le décret (de non-reconnaissance), la voie du recours à la Cour constitutionnelle.

⁷¹ Pour le texte de cette disposition et la loi de 2007, voir les notes 65 et 70 ci-dessus.

limiter à constater que l'initiative populaire en question déborde largement des compétences cantonales pour empiéter sur le droit fédéral⁷².

III. Laïcité, liberté religieuse et réglementation des manifestations d'appartenance religieuse : une jurisprudence nuancée et contrastée

1. Bref survol de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral

A) Résumé de la jurisprudence

La seconde des deux questions concrètes qu'évoque le principe de laïcité est, on l'a dit, celle des liens entre garantie de la liberté religieuse et réglementation des manifestations d'appartenance religieuse. C'est donc cette question qu'on abordera ici. Comme pour les autres aspects, on commencera par s'appuyer sur un des exposés du colloque déjà plusieurs fois évoqué, du 2 décembre 2016, qu'on complétera par quelques appréciations destinées à mettre en perspective certains éléments caractéristiques.

Dans son intervention intitulée *Laïcité, signes religieux et aménagements liés à l'appartenance religieuse selon la jurisprudence*, Giorgio Malinverni⁷³ a d'abord rappelé la signification, à l'aune de la jurisprudence tant de la Cour européenne des droits de l'homme que du Tribunal fédéral, de la liberté de religion et de son corollaire, le principe de la neutralité religieuse de l'État. Il a ensuite présenté un large panorama⁷⁴ des cas concrets tirés de cette jurisprudence tant en ce qui concerne les « tenues vestimentaires », comme le voile islamique⁷⁵, la burqa ou le

⁷² Si l'initiative aboutit, sa conformité au droit fédéral méritera donc un examen approfondi.

⁷³ Professeur honoraire de droit constitutionnel de l'Université de Genève, Giorgio Malinverni a, entre autres activités, été Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, représentant la Suisse, de 2007 à 2011.

⁷⁴ Comme pour ceux du professeur Uehlinger et de Stefanie Kurt, on précise que, dans le résumé qui suit de l'intervention de Giorgio Malinverni, toutes les citations entre parenthèses qui figurent dans le texte ou dans les notes de bas de page et qui ne font pas l'objet d'une mention spécifique de la source, sont directement issues de la présentation de M. Malinverni lors du colloque, dont le texte est accessible sur le site internet de NeuchàToi (<http://www.neuchatoi.ch/médias>). On précisera en outre que les formulations en question, citées entre guillemets, sont celles de M. Malinverni lui-même, et non celles de la Cour ou du Tribunal fédéral.

⁷⁵ Avec références à l'affaire Dalhab (interdiction du port du foulard par une enseignante genevoise, en classe, ATF 123 I 296, du 12 novembre 1997, et décision *Lucia Dalhab c. Suisse*, du 15 janvier 2001, n° 42393/98), ainsi qu'aux arrêts de la Cour *Leyla Sahin c. Turquie*, du 10 novembre 2005 (n° 44774/98), *Dogru et Kervanci c. France*, tous deux du 4 décembre 2008 (n°s 27058/05 et 31645/04 ; l'exclusion de « deux jeunes filles françaises de confession musulmane [...] de leur établissement scolaire en raison de leur refus de retirer le foulard durant les cours d'éducation physique » n'est pas contraire à la Convention), *Ebrahimian c. France*, du 26 novembre 2015 (n° 64846/11 ; 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 », ainsi que, dans un sens différent, s'agissant de la tenue vestimentaire sur le domaine public, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, du 23 février 2010 (n° 41135/98 ; « la condamnation pénale de personnes appartenant à un groupe religieux en raison de la tenue vestimentaire qu'ils avaient arborée en public » est injustifiée et viole la Convention), et à l'arrêt du Tribunal fédéral, ATF 134 I 56, du 27 février 2008 (« 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 »).

niqab^{76,77}, ou la croix chrétienne accrochée à un collier⁷⁸, que d'autres signes ou symboles religieux (monuments funéraires⁷⁹, crucifix dans les salles de classe⁸⁰), ou encore la question des dispenses, en matière scolaire, de certains enseignements ou cours (examens du samedi⁸¹, cours de natation mixtes^{82,83}, cours d'éducation sexuelle⁸⁴, cours d'instruction religieuse⁸⁵ et

⁷⁶ Avec référence à l'arrêt de la Grande Chambre *S.A.S. c. France*, du 1^{er} juillet 2014 (n° 43835/11 ; affaire concernant « 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 », dans laquelle les juges « ont admis que 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 », jugeant ainsi que « [l']interdiction contestée pouvait donc passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation du "vivre ensemble" » et n'était de ce fait pas contraire à la Convention).

⁷⁷ Sur la question de la burqa, voir aussi SAMUEL VORPE, *Das Burkaverbot im Lichte der Religionsfreiheit, Ist die Tessiner kantonale Verfassungsbestimmung über das Gesichtshüllungsverbot mit Art. 15 BV vereinbar?*, *Jusletter* 20 juin 2016, ainsi que le dossier « La burqa toujours au cœur du débat », sur la plateforme d'information de *humanrights.ch*, du 31 août 2016 (<http://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/groupes/culturel/debat-burka-suisse>, consulté le 15 janvier 2017).

⁷⁸ Avec référence à l'arrêt de la Cour *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, du 15 janvier 2013 (n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10 ; affaire dans laquelle la Cour a jugé, pour la première requérante, Mme Eweida, « 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 », affaire qui mettait « 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 », que « 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 » ; la Cour a en revanche été « 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 »).

⁷⁹ Avec référence à l'ATF 101 Ia 392, du 5 novembre 1975, où le Tribunal fédéral a « 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 croyance ».

⁸⁰ Avec référence à l'ATF 116 Ia 252, du 26 septembre 1990, où le Tribunal fédéral « 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'État et la liberté religieuse », ainsi qu'à l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne *Laursi et autres c. Italie*, du 18 mars 2011 (n° 30814/06), dans laquelle la Grande Chambre, prenant le contre-pied de la Chambre (arrêt du 3 novembre 2009), a estimé que « la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques n'est pas incompatible avec l'obligation de l'État 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'ayant « pas un effet d'endoctrinement ».

⁸¹ Avec références notamment aux arrêts du Tribunal fédéral, ATF 66 I 157, du 20 septembre 1940, 114 Ia 129, du 19 février 1988, 117 Ia 311, du 20 septembre 1991, et 134 I 114, du 1^{er} avril 2008, qui montrent une « importante évolution ».

⁸² Avec références aux arrêts du Tribunal fédéral, ATF 119 Ia 178, du 18 juin 1993 (« refus de la dispense [jugé] disproportionné ») et, « aux antipodes » du précédent, ATF 135 I 79, du 24 octobre 2008 (où le « refus d'accorder une dispense constitue [...] une ingérence admissible dans la liberté religieuse »), ainsi qu'aux arrêts non publiés 2C_667/2011 du 7 mars 2012 (publié in : RSDIE 2011, p. 592 ; même résultat, « peu importe que les enfants pour lesquels une dispense a été demandée suivent des cours de natation hors de l'école ») et 2C_1079/2012, du 11 avril 2013 (publié in : RSDIE 2012, p. 433 ; même résultat également, « 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 burkini »).

⁸³ On signalera, à propos de la première des deux dernières décisions citées dans la note précédente, que la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé, dans son arrêt du 10 janvier 2017, que ce refus de dispense

cours de yoga⁸⁶). Dans l'ensemble, l'exposé de M. Malinverni fait état d'une jurisprudence riche et dense, mais nuancée, avec des différences importantes selon les États et parfois avec des accents paradoxaux ou, même, contradictoires.

B) L'arrêt du Tribunal fédéral du 11 décembre 2015 sur le port du voile islamique dans les écoles

A côté de ce panorama très brièvement résumé, il faut s'arrêter aussi sur un arrêt important, celui du Tribunal fédéral du 11 décembre 2015 relatif au port du voile islamique dans les écoles, qui me paraît caractéristique de la position du Tribunal fédéral sur la question des liens entre liberté religieuse, neutralité religieuse de l'État et aménagements des manifestations d'appartenance religieuse.

L'arrêt concerne le cas d'une élève de 12 ans fréquentant la sixième année de l'école de la commune saint-galloise de St. Margrethen, qui s'est présentée, accompagnée de sa mère, le premier jour après les vacances d'été, la tête et le cou couverts d'un voile islamique, indiquant qu'elle porterait désormais cet attribut vestimentaire en classe. La direction lui ayant signifié que le règlement de l'établissement interdisait le port de couvre-chef de toute sorte durant les cours, la fillette quitta l'école. Lors d'une séance tenue le soir même avec le père de l'enfant, les autorités scolaires remettaient à celui-ci une décision signifiant qu'aucune dérogation ne serait accordée à sa fille. Les parties campant sur leur position, la fillette ne fréquenta plus l'école et ses parents déposèrent un recours auprès du Département cantonal de l'instruction publique, demandant que leur fille pût porter le voile en classe jusqu'à l'issue de la procédure, requête que le Département rejeta. Sur recours, le président du Tribunal administratif annula cette décision, de sorte que la fillette fût autorisée à fréquenter les cours vêtue de son voile. Le Département ayant par la suite rejeté également le recours quant au fond, le Tribunal administratif admit un nouveau recours des parents et annula la décision sur le fond, autorisant la fillette à porter le foulard islamique en classe. Dans l'arrêt discuté ici, le Tribunal fédéral rejette le recours en matière de droit public déposé par le Conseil d'école de la commune pour violation de son autonomie⁸⁷.

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que la liberté religieuse représente l'un des plus vieux droits fondamentaux, dont les origines remontent au 14^{ème} siècle. Dans notre pays, elle a été garantie, en tant que droit individuel, dans la Constitution fédérale de 1874, en réaction aux conflits religieux qui ont marqué la naissance de la Suisse moderne⁸⁸. Le Tribunal fédéral souligne en outre que, dans son acception actuelle, la garantie de la liberté religieuse remplit

n'était pas constitutif d'une violation de la liberté religieuse garantie par la CEDH (cause *Osmanoğlu und Kocabaş c. Suisse*, du 10 janvier 2017, n° 29086/12).

⁸⁴ Avec référence aux arrêts de la Cour *Handyside c. Royaume-Uni*, du 7 décembre 1976, et *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, du 7 décembre 1976 (nos 5095/71, 5920/72 et 5926/72), ainsi que *Dojan c. Allemagne*, du 23 septembre 2011, et à l'arrêt non publié du Tribunal fédéral, 2C_105/2012, du 29 février 2012 (publié in : RSDIE 2011, pp. 592-593).

⁸⁵ Avec référence à l'arrêt de la Grande Chambre *Folgero et autres c. Norvège*, du 29 juin 2007 (n° 15472/02), où la Cour a jugé que le « refus d'accorder à des parents une dispense totale d'un cours sur le christianisme, la religion et la philosophie » ne constituait pas une violation de leur droit « d'assurer à leurs enfants une éducation conforme à leurs convictions religieuses et philosophiques » (art. 2 du Protocole no 1).

⁸⁶ Avec référence à l'arrêt 2C_897/2012, du 14 février 2013 (publié in : RSDIE 2012, p. 433 ; pas de violation de la liberté religieuse, ces cours étant « 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 »).

⁸⁷ Pour l'état de faits, ATF 142 I 49, pp. 50-51.

⁸⁸ ATF 142 I 49, consid. 3.2, p. 52.

trois fonctions⁸⁹ : tout d'abord, elle doit assurer la paix religieuse et implique, à cet effet, un devoir de tolérance (*Toleranzgebot*) ; ensuite, elle doit garantir que tous les êtres humains, qu'ils soient seuls ou en communauté, puissent conserver, exprimer et, dans leur quotidien, vivre leur conceptions les plus profondes des questions transcendantales – c'est la fonction de protection de la liberté individuelle⁹⁰ ; enfin, elle doit empêcher la marginalisation ou l'exclusion (*Ausgrenzung*) des minorités religieuses et faciliter l'intégration de toutes les personnes dans la collectivité, quelles que soient leurs croyances – c'est sa fonction d'intégration (*Integrationsfunktion*), qui se fonde sur la conception d'une société caractérisée par la diversité et la pluralité religieuse⁹¹.

Le Tribunal fédéral poursuit en précisant que la tolérance, la liberté et l'intégration sont assurées, dans nos conceptions libérales, par le principe et l'exigence de neutralité confessionnelle de l'État, exigence de neutralité qui n'est pas réalisée seulement – ou déjà – lorsqu'il y a séparation stricte des Églises et de l'État – comme dans la tradition de laïcité de l'État – mais qui suppose aussi qu'une société ait pour fondement une attitude ouverte, de manière égale, à diverses conceptions du monde ou croyances religieuses⁹².

Il en résulte, pour le Tribunal fédéral, que si l'État lui-même ainsi que les institutions et, éventuellement, les personnes qui le « représentent » – les enseignants, par exemple – sont tenus à un strict devoir de neutralité, il n'en va pas de même des usagers de l'école publique, c'est-à-dire des élèves⁹³, pour lesquels l'interdiction de porter le voile islamique constitue une atteinte grave à leur liberté religieuse⁹⁴. Une telle atteinte doit donc remplir les conditions générales de restriction des droits fondamentaux, à savoir reposer sur une base légale formelle, mais aussi poursuivre un but d'intérêt public et être proportionnée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, où les raisons invoquées par les autorités communales, même cumulées, ne sont pas prépondérantes sur le droit au respect de la liberté religieuse de l'élève⁹⁵.

2. Un constat : une jurisprudence en contraste et « croisée »

L'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse, jurisprudence riche, dense et nuancée, fait ressortir des différences importantes selon les États dans la manière de traiter des manifestations d'appartenance religieuse. Cette jurisprudence peut même, parfois, sembler contrastée, présentant des solutions apparemment paradoxales, voire contradictoires.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 11 décembre 2015 permet à notre sens bien de montrer la position libérale de notre haute Cour, position qui contraste à certains égards, ou qui est « croisée » avec celle de la Cour européenne. En effet, si on compare entre elles, d'un côté, les décisions concernant la question du crucifix dans les salles de classe, c'est-à-dire les arrêts du Tribunal fédéral dans l'affaire de la commune de Cadro et de la Grande Chambre de la Cour

⁸⁹ Sur ces trois fonctions, cf. ATF 142 I 49, consid. 3.2, pp. 52-53.

⁹⁰ « [...] garantieren, dass alle Menschen "allein und in der Gemeinschaft ihre tiefsten Überzeugungen zu transzendentalen Fragen bewahren, ausdrücken, und im Alltag leben dürfen" (Freiheitsschutz ; [...]) » (p. 52, avec référence à REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, 2^{ème} éd., Stämpfli, Berne, 2013, p. 313).

⁹¹ « [...] auf ein religiös-pluralistisches Gesellschaftsverständnis » (p. 52).

⁹² ATF 142 I 49, consid. 3.3, p. 53.

⁹³ ATF 142 I 49, consid. 9.2, pp. 69-70.

⁹⁴ ATF 142 I 49, consid. 7.2, p. 65 (atteinte « grave »).

⁹⁵ Sur l'examen de l'intérêt public, notamment des diverses raisons invoquées par les autorités, et de la proportionnalité, ATF 142 I 49, consid. 8, pp. 65-68, et consid. 9, pp. 68-75.

européenne dans l'affaire *Lautsi c. Italie*, et, de l'autre côté, les décisions portant sur le port du voile islamique, c'est-à-dire l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 décembre 2015 avec les arrêts de la Cour concernant la même question dans les écoles françaises et les Universités turques, on peut semble-t-il faire le constat suivant. Le Tribunal fédéral paraît relativement strict en ce qui concerne la laïcité de l'État, ou plus précisément l'exigence de neutralité confessionnelle de celui-ci et de son école publique, lesquels ne sauraient manifester une appartenance religieuse à travers l'apposition de crucifix (arrêt *Commune de Cadro*) ; la Cour européenne, elle, semble beaucoup plus tolérante sur ce même point à l'égard de l'État, reconnaissant aux États une large marge d'appréciation (arrêt *Lautsi*). À l'inverse, le Tribunal fédéral se montre sensiblement plus favorable à la liberté religieuse individuelle des membres de la société, puisqu'il admet, à la différence de la Cour, que cette liberté religieuse peut s'étendre et l'emporter même dans les établissements scolaires (arrêt *St. Margrethen*) ; la Cour est en revanche moins « libérale », dans la mesure où elle reconnaît aux États – dans le cadre de la marge d'appréciation qu'elle leur laisse – la possibilité d'interdire, au nom de la laïcité ou de la neutralité confessionnelle, le port du voile dans les écoles et universités. Tout au plus la Cour a-t-elle jugé, dans son arrêt du 23 février 2010 en la cause *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*⁹⁶, pour reprendre l'expression du Conseil d'État français, que « la laïcité ne saurait fonder une restriction générale à l'expression des convictions religieuses dans l'espace public »⁹⁷ ; dans les écoles, en revanche, la laïcité peut – aux yeux de la Cour –, mais ne doit pas, justifier une telle restriction. Comme on l'a vu, le Tribunal fédéral est quant à lui de l'avis que même dans les écoles publiques, une telle restriction ne se justifie pas.

La position du Tribunal fédéral se rapproche ainsi de la conception défendue par certains, comme le philosophe français Paul Ricœur, qui, s'appuyant notamment sur les travaux de John Rawls et Jürgen Habermas, distinguait il y a quelque temps déjà deux notions ou deux déclinaisons de la laïcité, ou encore, pour reprendre ses propres termes, « deux pratiques différentes : la laïcité de l'État, d'une part ; celle de la société civile, d'autre part »⁹⁸. « La première se définit par l'abstention », l'État n'ayant « pas de religion ». « L'État ne pense pas, [...] il n'est ni religieux, ni athée ; on est en présence d'un agnosticisme institutionnel »⁹⁹. « De l'autre côté, il existe une laïcité dynamique, active, polémique, dont l'esprit est lié à celui de discussion publique. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les opinions, les convictions, les professions de foi s'expriment et se publient librement. Ici, la laïcité me paraît être définie par la qualité de la discussion publique, c'est-à-dire par la reconnaissance mutuelle du droit de s'exprimer ; mais, plus encore, par l'acceptabilité des arguments de l'autre »¹⁰⁰. Or, même si elle est une institution « étatique », l'école publique est en même temps le reflet de la société civile ; elle « se trouve dans une position mitoyenne, entre l'État, dont elle est une expression en tant que service public », « et la société civile, qui l'investit de l'une de ses fonctions les plus importantes : l'éducation ». « Par conséquent, à l'intérieur même de l'enseignement public, il me semble qu'il y a pour la société civile – et là, c'est un problème de sagesse – une obligation de composer avec la pluralité des opinions propres aux sociétés modernes »¹⁰¹. En d'autres

⁹⁶ Arrêt du 23 février 2010 en la cause *Ahmet Arslan et autres c. Turquie* (n° 41135/98).

⁹⁷ « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le jeudi 25 mars 2010, p. 18 (avec référence à l'arrêt de la Cour), <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000146.pdf> (consulté le 23 janvier 2017).

⁹⁸ PAUL RICŒUR, *La critique et la conviction*, Entretien avec François Azouvi et Marc de Launay, Calmann-Lévy, Paris, 1995, chapitre « Éducation et laïcité », pp. 193 ss, p. 194.

⁹⁹ RICŒUR (note 98), p. 194.

¹⁰⁰ RICŒUR (note 98), p. 195.

¹⁰¹ RICŒUR (note 98), pp. 195-196, qui en déduit deux aspects : un aspect d'information et un aspect d'éducation à la discussion.

termes, comme le dit le Tribunal fédéral, même s'ils se trouvent à l'école publique, les élèves ne sont pas soumis, eux, à un devoir de neutralité¹⁰².

Conclusion

Souvent définie, dans son sens juridique, comme un principe ou une règle d'organisation des rapports entre le fait religieux et l'État, la « laïcité » s'avère, à y regarder de plus près, comme étant un concept mosaïque, composé de diverses facettes ou qui se décline en différentes acceptions. Elle touche aussi bien la question de la réglementation des relations entre Église(s) et État que celle des liens entre garantie de la liberté religieuse et réglementation des manifestations d'appartenance religieuse. Dans ces deux versants, cependant, la laïcité ne semble pas être – n'en déplaît à certains – une notion clairement définie et, surtout, univoque, mais elle apparaît au contraire appelée à s'insérer dans – et à décrire – une réalité complexe, nuancée et variable, chargée de sens et de significations différents.

¹⁰² ATF 142 I 49, consid. 9.2, p. 70 : « Schülerinnen und Schüler sind – jedenfalls solange sie durch ihre Grundrechtsausübung die Grundrechte Dritter nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigen (...) – keiner Neutralitätspflicht unterworfen ».

La notion du « noyau dur » : une rencontre entre liberté de religion et droit des réfugiés

FANNY MATTHEY*

Introduction

Discuter du concept du « noyau dur » dans le cadre de cet ouvrage ne relève pas uniquement d'un intérêt scientifique. Il s'agit avant tout d'une notion qui représente une manière de voir la vie.

Il y a, dans nos existences, des gens qui vont et qui viennent, des rencontres, des liens d'amitié qui se font et se défont, mais – et c'est une conviction que je partageais avec Tristan – certaines personnes appartiennent à notre « noyau dur » ; leur place dans notre cœur est intangible et Tristan en faisait partie.

Traiter de la question du noyau dur, c'est aussi revenir à ma première rencontre avec Tristan, en 2007, au séminaire de 3^e cycle organisé à l'Institut suisse de droit comparé, où il a apporté un éclairage brillant sur cette notion¹.

C'est donc avant tout pour ces raisons que les quelques pages qui suivent sont consacrées à ce sujet.

En réfléchissant au concept du noyau dur et aux liens qu'il pourrait avoir avec mes propres sujets de recherche, un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)² a retenu toute mon attention. Il s'agit précisément d'un arrêt dans lequel la liberté religieuse et le droit des réfugiés se rencontrent autour du concept du « noyau dur ».

Il se trouve aussi – parce que les circonstances de la vie sont parfois quelques peu malicieuses – que l'avocat général a écrit ses conclusions dans le courant du mois d'avril 2012... Il n'en fallait pas plus pour que je décide d'examiner cette affaire de plus près.

Cette contribution s'attachera d'abord à présenter les faits de l'affaire et les procédures qui en ont découlé (ch. I), les courants jurisprudentiels allemands conduisant le Tribunal administratif fédéral allemand à s'adresser à la Cour de Justice de l'Union européenne (ch. II), les questions posées à titre préjudiciel (ch. III) et les bases légales pertinentes de la directive

* Docteure en droit, chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

¹ Voir la publication qui a suivi : TRISTAN ZIMMERMANN, Le noyau intangible des droits fondamentaux : la quête d'une définition, in : Eleanor Cashin Ritaine/Elodie Maître Arnaud (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Schulthess, Genève 2008, pp. 299-326.

² CJUE, *Bundesrepublik Deutschland contre Y (C-71/11) et Z (C-99/11)*, du 5 septembre 2012, ECLI:EU:C:2012:518.

« qualification » de l'Union européenne³ (ch. IV). Une analyse détaillée de l'affaire suivra (ch. V) avant que la contribution ne traite de l'issue de l'affaire devant les juridictions allemandes (ch. VI) et ne formule quelques conclusions.

I. Les faits et les procédures internes

L'arrêt *Bundesrepublik Deutschland contre Y (C-71/11)* et *Z (C-99/11)* du 5 septembre 2012 concerne deux ressortissants pakistanais qui ont déposé une demande d'asile en Allemagne en invoquant qu'en cas de retour au Pakistan, ils ne pourraient pas continuer à pratiquer en public leur religion – l'Ahmadiisme –, sans s'exposer à un risque pour leur vie, leur intégrité et leur liberté.

Le droit pénal pakistanais prévoit en effet que les membres de la communauté musulmane ahmadiyya sont passibles d'une peine allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement ou d'une amende s'ils prétendent qu'ils sont musulmans, qu'ils qualifient leur foi d'Islam, prêchent leur religion ou font du prosélytisme. La peine de mort, l'emprisonnement à vie et l'amende sont en outre prévus pour quiconque porte atteinte au nom du prophète Mahomet.

Dans le cas particulier, les deux requérants invoquent qu'ils ont été victimes de divers incidents. Y a été frappé et a été la cible de jets de pierres sur le site des prières et de menaces de mort. Les agresseurs auraient ensuite porté plainte contre lui auprès de la police pour insulte au prophète Mahomet. Quant à Z, il a expliqué avoir été maltraité et emprisonné en raison de ses convictions religieuses⁴.

Dans les deux cas, l'Office fédéral allemand pour la migration et les réfugiés (encore appelé Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés étrangers au moment des faits) a rendu une décision d'asile négative. Y a recouru devant le Tribunal administratif de Leipzig, alors que Z a introduit un recours devant le Tribunal administratif de Dresde. Le premier a admis le recours de Y, le second a rejeté le recours de Z. Dans les deux cas, un appel a été formé, par le Commissaire fédéral en matière d'asile dans le premier cas et par Z dans le second. Le Tribunal administratif supérieur du Land de Saxe a estimé, tant pour Y que pour Z, qu'il existait un risque de persécution au Pakistan en raison de leur qualité d'Ahmadis actifs. En effet, les lourdes sanctions prévues à l'égard des Ahmadis ont pour conséquences de les empêcher de pouvoir manifester leur foi en public, peu importe – selon cette instance – qu'Y et Z aient été personnellement menacés préalablement au Pakistan.

L'Office fédéral pour la migration et les réfugiés, ainsi que le Commissaire fédéral en matière d'asile ont déposé une demande de révision auprès du Tribunal administratif fédéral, estimant que le Tribunal du Land de Saxe a interprété trop largement les articles 9 et 10 de la directive « qualification ».

Avant de rendre une décision, le Tribunal administratif fédéral allemand décide de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de trois questions préjudicielles. Le Tribunal expose en

³ Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304/12. C'est à cette directive que se réfèrent tant l'avocat général que la CJUE. Cette directive a depuis lors été remplacée par la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JO L 337/9. On parlera plus généralement dans cette contribution de la « directive "qualification" » pour désigner cet instrument.

⁴ *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z* (note 2), § 30-31.

effet qu'il existe jusque-là en Allemagne deux lignes jurisprudentielles distinctes qui le conduisent à devoir demander des précisions.

II. Les deux courants jurisprudentiels allemands

La première théorie, défendue par l'Office fédéral pour la migration et par le Commissaire fédéral en matière d'asile, a été exposée avant l'entrée en vigueur de la directive « qualification » de 2004 et limite la notion de persécution aux actes qui portent atteinte au noyau dur de la liberté religieuse (ou au « minimum religieux vital de l'homme »)⁵.

Dans ce courant, le noyau dur est défini de la manière suivante : il « se compose, d'une part, du droit de chacun à avoir la religion de son choix ou de ne pas en avoir et, d'autre part, du droit de manifester sa foi *en privé ou dans le cercle de ceux dont on partage la foi* »⁶.

Conformément à cette perspective, les restrictions à la manifestation publique de la foi, telles qu'elles sont imposées aux Ahmadiis pakistanais, ne constituent pas une atteinte suffisamment grave à la liberté religieuse pour être considérées comme un acte de persécution, sauf si la personne concernée a effectivement déjà été exposée à une menace concrète. Ainsi, il est attendu de cette personne qu'elle se « comporte raisonnablement » à son retour dans son pays d'origine, c'est-à-dire qu'elle s'abstienne de – ou limite – toute manifestation publique de sa foi.

La seconde interprétation est soutenue par le Tribunal administratif supérieur du Land de Saxe, ainsi que par d'autres instances allemandes, depuis l'entrée en vigueur de la directive. Cette deuxième manière de voir les choses étend « la notion de persécution aux atteintes visant certaines pratiques de la foi en public »⁷ et ces pratiques peuvent être d'une importance primordiale pour l'intéressé, pour la doctrine religieuse concernée ou pour les deux à la fois. Elle est donc plus large que la première interprétation du noyau dur de la liberté religieuse.

III. Les trois questions préjudicielles posées par l'Allemagne à la Cour

Ces deux conceptions divergentes ont conduit l'Allemagne à poser trois questions à la Cour. Celles-ci peuvent être résumées de la manière suivante⁸.

Premièrement l'Allemagne entend savoir :

- 1) dans quelle mesure une atteinte à la liberté de religion – et notamment au droit de l'individu de vivre ouvertement et pleinement sa foi – est susceptible de constituer un « acte de persécution », au sens de l'article 9, paragraphe 1, lettre a) de la directive « qualification »⁹ de l'Union européenne ? autrement dit, est-ce qu'une « simple » atteinte à la liberté religieuse suffit ou faut-il que le noyau dur de la liberté religieuse soit touché pour qu'un acte de persécution soit reconnu ?

⁵ Conclusions de l'Avocat général, M. Yves Bot, Affaires jointes C-71/11 et C-99/11, du 19 septembre 2012, ECLI:EU:C:2012:224, § 16.

⁶ *Ibidem*. Nous soulignons.

⁷ *Idem*, § 17.

⁸ Les trois questions sont reproduites intégralement en fin de texte dans une annexe.

⁹ Dir. 2004/83/CE, remplacée par la Dir. 2011/95/UE (note 3), mais dont le contenu ne change pas fondamentalement sur ce point.

Deuxièmement, et dans l'hypothèse où la Cour estimerait qu'il faut que le noyau dur de la liberté religieuse soit touché pour que l'atteinte à cette liberté soit suffisamment grave pour constituer un acte de persécution, l'Allemagne demande si :

- 2) la notion d'acte de persécution doit être restreinte aux seules violations affectant le « noyau dur » de la liberté de religion (compris ici uniquement comme la pratique de la religion dans un cercle privé) ou s'il est possible que l'acte de persécution soit constitué lorsque la pratique de la religion en public dans le pays d'origine fait naître un danger pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté physique et que l'intéressé doit renoncer à ces pratiques ?

Si la notion de noyau dur comprend également certaines pratiques religieuses en public, l'Allemagne souhaite encore savoir :

- s'il est suffisant que ce soit *l'intéressé* qui considère que cette pratique est nécessaire afin de préserver son identité religieuse ?
- s'il est également nécessaire que *la communauté religieuse* à laquelle il appartient considère cette pratique comme un élément central ?
- ou s'il est possible que des restrictions supplémentaires découlent d'autres circonstances, telles que la situation générale du pays d'origine ?

Enfin, et troisièmement, toujours dans le cas où l'acte de persécution n'est concrétisé que si le noyau dur est touché, l'Allemagne demande si :

- 3) la personne qui retourne dans son pays – avec l'intention d'effectuer des actes religieux qui l'exposeront à un danger pour sa vie, sa liberté ou son intégrité – a une crainte fondée d'être persécutée ou si, en revanche, on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle renonce à les pratiquer ? Cette question vise l'hypothèse où le requérant n'a pas déjà été persécuté ou n'a pas directement été menacé de l'être.

En résumé, l'enjeu posé dans le cadre de ces questions consiste à déterminer qui, parmi les demandeurs d'asile, peut craindre avec raison d'être exposé à un acte de persécution en raison d'une atteinte à sa liberté de religion et, en conséquence, qui peut prétendre au statut de réfugié¹⁰.

IV. Les bases légales pertinentes de la directive « qualification »

Afin de répondre à ces questions, trois articles de la directive « qualification » sont particulièrement pertinents. Il s'agit des articles 2, 9 et 10.

L'article 2, lettre c définit la *notion de réfugié* en reprenant les mêmes termes que ceux énoncés par la Convention de Genève. Il s'agit de « tout ressortissant d'un pays tiers qui, parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays [...] ».

L'article 9 § 1 s'attache à déterminer la *notion d'acte de persécution*. Ce sont des actes suffisamment graves du fait de leur nature ou de leur caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux (lettre a) ou une accumulation de diverses mesures qui soit suffisamment grave pour constituer une violation des droits fondamentaux (lettre b).

¹⁰ Conclusions (note 5), § 25 et 26.

L'article 9 § 2 mentionne plusieurs exemples d'actes de persécution, tels que les violences physiques ou mentales, les mesures discriminatoires, les poursuites ou sanctions disproportionnées, etc. Le troisième paragraphe exige qu'il existe un lien de causalité entre l'acte de persécution et son motif au sens de l'article 10.

L'article 10 énumère différents motifs de persécution (race, religion, nationalité, groupe social et opinions politiques) et le § 1, lettre b de cette disposition prévoit que la *notion de religion* « recouvre, en particulier, le fait d'avoir des convictions théistes, non théistes ou athées, la participation à des cérémonies de culte privées ou publiques, seul ou en communauté, ou le fait de ne pas y participer, les autres actes religieux ou expressions d'opinions religieuses, et les formes de comportement personnel ou communautaire fondées sur des croyances religieuses ou imposées par ces croyances ».

V. L'analyse de l'affaire

1. Quelques remarques liminaires

Sur la base des très bonnes conclusions formulées par l'avocat général, la Cour joue parfaitement son rôle d'organe judiciaire de l'Union européenne¹¹ et se fonde principalement sur les bases légales européennes à savoir, bien sûr, la directive « qualification », mais aussi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹². De manière subtile, elle relègue les dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'homme¹³, et en particulier l'article 9 garantissant la liberté religieuse, au même rang que les autres traités pertinents.

On verra encore par la suite que cette manière de faire permet à la Cour de justice de l'Union européenne de venir compléter, sans contredire – ni même mentionner d'ailleurs ! –, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendue sur une requête traitant de faits similaires, et pourtant déclarée irrecevable par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴.

Le présent chapitre se fonde d'abord sur les conclusions présentées par l'avocat général (ch. 2, lettre A notamment), il fait ensuite un petit détour pour rappeler les conceptions prévalant en termes de hiérarchie des droits fondamentaux (ch. 2, lettre B), avant de présenter la position de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question (ch. 2, lettre C). L'analyse se termine par la présentation du raisonnement retenu par la Cour de Justice de l'Union européenne dans le cadre de la présente affaire (ch. 3).

¹¹ Dans ce sens, voir HENRI LABAYLE, « Le droit d'asile devant la persécution religieuse : la Cour de justice ne se dérobe pas », Groupement de recherche (GDR) constituant le Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ), 9 septembre 2012 ; disponible sur <http://www.gdr-elsj.eu/2012/09/09/asile/le-droit-dasile-devant-la-persécution-religieuse-la-cour-de-justice-ne-se-derobe-pas/> (consulté le 3 janvier 2017). D'un avis contraire, voir JULIAN M. LEHMANN, *Persecution, Concealment and the Limits of a Human Rights Approach in (European) Asylum Law – The Case of Germany v Y and Z in the Court of Justice of the European Union*, *International Journal of Refugee Law* 2014, Vol. 26, N° 1, pp. 65–81.

¹² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, JO C 364/1.

¹³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH), RS 0.101.

¹⁴ Cour EDH, *Z. et T. contre Royaume-Uni*, du 28 février 2006, n° 27034/05.

2. Discussion de l'avocat général sur la notion de noyau dur

A) Arguments de l'avocat général

En ce qui concerne l'analyse du noyau dur de la liberté religieuse, il faut se référer à la prise de position de l'avocat général qui empoigne à bras-le-corps – et presque témérairement – cette question.

Dans un premier temps, il rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui distingue – de manière conforme au libellé de l'article 9 § 2 CEDH – deux facettes de la liberté religieuse. D'une part, le for intérieur qui consiste en la liberté d'avoir une religion, de ne pas en avoir ou d'en changer et qui jouit d'une protection absolue. D'autre part, le for extérieur qui se concrétise par la liberté de manifester sa foi (seul ou en commun ; en privé ou en public, par le culte, l'enseignement, les pratiques, l'accomplissement de rites, etc.) et qui n'a pas de caractère absolu.

Mais sur la question précise du noyau intangible de la liberté religieuse, l'avocat général est d'avis qu'il n'est pas possible de définir un noyau dur dans les religions et il l'explique pour les raisons suivantes :

D'abord, il estime qu'effectuer cette distinction irait à l'encontre des articles 9 et 10 de la directive « qualification » : pour cela, il souligne d'abord à juste titre que, dans cet exercice de distinction, le risque d'arbitraire est énorme dans la mesure où il est probable qu'il existe autant de convictions que d'individus. Une notion aussi personnelle et essentielle à chacun ne pourrait conduire qu'à une définition relative allant à l'encontre de l'objectif de la directive « qualification » qui est de « dégager un socle commun identifiable par tous »¹⁵. En outre, le fait que l'expression des convictions religieuses varie selon les endroits et les époques¹⁶ et que le HCR estime que « les demandes d'asile fondées sur la religion sont les plus complexes »¹⁷ milite en faveur d'une interprétation large de la liberté de religion intégrant l'ensemble de ses composantes¹⁸. Enfin, dans le cadre d'une demande d'asile fondée sur la religion, les éléments matériels (l'acte de persécution) et intellectuels (le motif de persécution) se confondent. Il n'est dès lors pas pertinent d'essayer de distinguer si la liberté de religion est le motif de la persécution ou si elle ne vient que concrétiser celle-ci¹⁹.

Ensuite, l'avocat général rappelle que ni la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ni celle de la Cour européenne des droits de l'homme ne contiennent des éléments qui permettraient d'affirmer que le noyau dur de la liberté religieuse devrait être limité à son for intérieur et à sa manifestation dans un cercle privé uniquement²⁰.

Enfin, l'avocat général estime que le critère objectif de la persécution se caractérise par la violence et la gravité intrinsèque de l'acte et ses conséquences pour l'individu, en combinaison avec le motif de l'acte. Seuls la nature et le niveau de la répression exercée – et pas un domaine

¹⁵ Conclusions (note 5), § 41.

¹⁶ *Idem*, § 42. L'avocat renvoie ici notamment à l'arrêt de la Cour EDH, *Leyla Sahin contre Turquie*, du 10 novembre 2005, n° 44774/98, § 109.

¹⁷ Conclusions (note 5), § 44.

¹⁸ *Idem*, § 45.

¹⁹ *Idem*, § 48.

²⁰ *Idem*, § 49-50 et renvoi notamment à l'arrêt de la Cour EDH, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres contre Moldova*, du 13 décembre 2001, n° 45701/99.

ou un aspect particulier de la liberté religieuse –, permettront de dégager un « seuil d'appréciation commun » pour tous les États membres²¹.

Pour ces différentes raisons, l'avocat général renonce à délimiter le noyau dur de la liberté religieuse. Il analyse cependant en détail l'acte de persécution dans le contexte de la violation de la liberté religieuse et tire des conclusions importantes, presque intégralement reprises ensuite par la Cour de justice.

Selon l'avocat et sur la base des articles 9 et 10 de la directive, les sanctions ou les mesures prises à l'encontre de l'individu devront atteindre un « droit indérogeable » de la personne pour que le niveau de persécution puisse être objectivement considéré comme disproportionné²².

Cette manière de voir constitue un glissement – ou un déplacement – de la conception d'un éventuel noyau dur propre à la liberté religieuse (mais non retenu pour les raisons qui viennent d'être mentionnées) vers la conception qu'il existe des droits fondamentaux auxquels on ne peut déroger. Autrement dit, on admet qu'il existe une hiérarchie entre les droits fondamentaux.

B) Excursus : hiérarchie des droits fondamentaux

Ce constat nous conduit à faire un petit détour. Précisons ici que nous sortons de la réflexion menée par l'avocat général. Il semble cependant intéressant de rappeler que cette vision – cette idée de hiérarchiser les droits fondamentaux – ne correspond pas à la conception suisse du noyau dur, telle qu'elle est consacrée par l'article 36 alinéa 4 de notre Constitution²³. En effet, le « noyau dur », tel qu'il est appréhendé en droit suisse, est un aspect essentiel, irréductible, d'un droit fondamental²⁴. La torture est certainement l'exemple le plus caractéristique : un tel acte est interdit en tout état de cause en ce qu'il touche au noyau intangible de la liberté personnelle, et en particulier au droit à l'intégrité physique²⁵.

La hiérarchisation des droits fondamentaux est, en revanche, une conception qui est plus courante, plus usuelle, plus internationale. Certaines conventions, et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques²⁶ – deux instruments qui concernent plus spécifiquement la Suisse – érigent certaines normes « au rang d'intouchables », pour reprendre les mots utilisés par Tristan Zimmermann dans sa contribution de 2008 sur le « noyau intangible » des droits fondamentaux²⁷.

²¹ Conclusions (note 5), § 51-52.

²² *Idem*, § 69.

²³ Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101. L'article 36 Cst. relatif à la restriction des droits fondamentaux prévoit quatre conditions : toute restriction à un droit fondamental doit reposer sur une base légale, viser un intérêt public, être proportionnée et ne pas toucher le noyau dur du droit en question. La notion de « noyau dur » est exprimée ainsi à l'alinéa 4 de cette disposition : « L'essence des droits fondamentaux est inviolable ».

²⁴ A ce titre MUZNY fait usage d'une jolie métaphore : « le noyau est au droit ce que le cœur est à l'homme ; y toucher, même à peine, emporte une destruction irrémédiable de l'entité toute entière », PETR MUZNY, Essai critique sur la notion intangible d'un droit, *Revue du droit public* 2006, n° 4, pp. 977 ss, ch. 2. Voir également : PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel. Droits fondamentaux*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015, p. 67 ; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse. Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Stämpfli, Berne 2013, pp. 114 ss, spéc. p. 116, ainsi que p. 250 pour le noyau dur de la liberté religieuse en particulier ; ZIMMERMANN (note 1), pp. 307-316.

²⁵ PASCAL MAHON, Article 36 Constitution, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich 2003, pp. 319-331, p. 330.

²⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II), RS 0.103.2.

²⁷ ZIMMERMANN (note 1), p. 322.

Il en va ainsi de l'article 15 § 2 CEDH qui mentionne le droit à la vie (art. 2), l'interdiction de la torture et de toutes peines et traitements inhumains ou dégradants (art. 3), l'interdiction de l'esclavage (art. 4) et l'interdiction de la rétroactivité en droit pénal (art. 7). Cette liste est susceptible d'être complétée notamment par la jurisprudence de la Cour ou par l'adoption de protocoles additionnels pouvant prévoir d'autres droits pour lesquels aucune dérogation n'est admissible. C'est le cas, par exemple, de l'interdiction de la peine de mort (protocoles 3 et 13). Au niveau du Pacte ONU II, l'article 4 § 2 prévoit une liste plus ou moins similaire de droits indérogeables. Notons tout de même que cet article consacre plus de droits que l'article 15 § 2 CEDH et qu'en particulier la liberté de pensée, de conscience et de religion y est inscrite (art. 18).

Cette conception « conventionnelle » ou « internationale » du noyau dur présente l'avantage de définir un socle minimal en matière de droits de l'homme axé sur le respect de la dignité humaine²⁸.

Mais fermons cette parenthèse et revenons maintenant à la réflexion menée par l'avocat général qui renonce à définir le noyau dur de la liberté religieuse pour privilégier une approche – plus conventionnelle – fondée sur l'atteinte à un droit indérogeable.

Concrètement, cette approche implique que l'atteinte à la liberté religieuse doit être grave pour qu'elle puisse constituer un acte de persécution. L'individu devra par exemple courir un risque réel de mourir, d'être soumis à des tortures, à des traitements ou à des peines inhumains ou dégradants, d'être réduit à l'esclavage ou d'être poursuivi ou emprisonné arbitrairement, en raison de l'exercice de cette liberté. Une simple atteinte à sa liberté religieuse ne saurait constituer un acte de persécution²⁹.

C) Renvoi à la position de Cour européenne des droits de l'homme

Pour appuyer son interprétation, l'avocat général invoque une décision qui avait été rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause *Z. et T. contre Royaume-Uni* et qui concernait deux ressortissantes pakistantaises de confession chrétienne³⁰. La question qui se posait était celle de savoir si la responsabilité d'un État contractant peut être engagée au titre de l'article 9 CEDH lorsque cet État refuse d'accorder le statut de réfugié à un individu qui, à son retour dans son pays d'origine, se verrait privé du droit de vivre ouvertement et librement sa foi.

La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable la requête de ces deux ressortissantes pakistantaises en se fondant sur la distinction existant entre les normes considérées comme fondamentales et les autres articles de la Convention auxquels la Cour n'a pas entendu appliquer un caractère « supérieur ».

Dans cette affaire, la Cour EDH est d'avis que les États sont responsables lorsqu'ils entendent renvoyer une personne dans un État où il existe des risques réels qu'elle soit être tuée, torturée, détenue arbitrairement ou encore qu'elle subisse un déni de justice³¹. En revanche, les

²⁸ MICHEL HOTTELLIER, Le noyau intangible des libertés, in : Patrice Meyer-Bisch/Jean-Bernard Marie (éd.), *Noyau intangible des droits de l'homme : actes du VI^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Ed. universitaires, Fribourg 1991, pp. 67-74, p. 73.

²⁹ Conclusions (note 5), § 77.

³⁰ *Z. et T. contre Royaume-Uni* (note 14).

³¹ A titre d'exemples, la Cour EDH, dans cette décision, mentionne notamment les articles 2, 3, 6, et même 5, de la Convention. Pour les articles 2 et 3 CEDH, le caractère absolu du droit à la vie et de l'interdiction de la torture, ainsi que la responsabilité d'un État qui renverrait un ressortissant vers un État ayant recours à ces pratiques, voir l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, n° 14038/88 ; pour l'article 6 CEDH garantissant le

juges de Strasbourg estiment qu'un État n'engage pas automatiquement sa responsabilité en renvoyant quelqu'un dans un État qui entraverait la liberté religieuse, au motif que, « dans le cas contraire, ce serait obliger les États contractants "à agir comme les garants indirects de la liberté de culte pour le reste du monde" ». Ainsi, seules des circonstances exceptionnelles – c'est-à-dire les cas où il y a un risque réel de « violation flagrante » de la liberté religieuse – justifient que la responsabilité de l'État soit engagée. Cependant, la Cour EDH est d'avis que de telles circonstances ne sont que très peu probables, dans la mesure où les violations flagrantes de l'article 9 CEDH se recouperont la plupart du temps avec une autre disposition « fondamentale » de la CEDH, telle que l'article 3, relatif à l'interdiction de la torture.

Précisons encore que, dans le cas d'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que les deux recourantes pakistanaïses n'avaient pas suffisamment démontré que leur appartenance à la communauté chrétienne les mettait personnellement en danger. La Cour a donc estimé qu'il n'y avait pas de violation flagrante de l'article 9 CEDH. Ce seul grief n'étant pas suffisant, la requête a été déclarée irrecevable.

3. Raisonement de la Cour de justice

On en arrive maintenant au raisonnement retenu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Deutschland contre Y et Z*.

En premier lieu, il convient de souligner que pour répondre aux questions préjudicielles posées par l'Allemagne, la Cour ne juge pas utile de reprendre les considérations élaborées par l'avocat général sur le noyau dur et les différents éléments qu'il développe pour justifier l'impossibilité d'en délimiter le contenu. La Cour se borne à souligner qu'il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre les actes de persécution qui affecteraient le noyau dur de la liberté religieuse de ceux qui ne lui porteraient pas atteinte. Cette distinction ne serait en effet pas compatible avec la définition large de la religion telle qu'elle est donnée à l'article 10 de la directive et qui intègre tant la composante privée que publique, collective qu'individuelle.

En revanche, pour le reste de son arrêt, la Cour se fonde largement sur le raisonnement de l'avocat général.

Elle estime qu'il ressort de l'article 9 de la directive « qualification » (en lien avec l'article 10) qu'une *violation grave* de la liberté de religion est « nécessaire pour que les actes concernés puissent être considérés comme une persécution »³². Les simples restrictions à l'exercice de la liberté religieuse sont d'emblée exclues. De même, les actes qui violent la liberté religieuse « mais dont la gravité n'équivaut pas à celle de la violation des droits fondamentaux de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la CEDH »³³ ne sont pas considérés comme une persécution. En d'autres termes, les actes qui violent la liberté religieuse doivent être suffisamment graves pour, en plus, constituer une atteinte aux droits fondamentaux indérogeables.

Sur cette base, la Cour est en mesure de répondre aux trois questions préjudicielles posées par l'Allemagne :

droit à un procès équitable et le risque de subir un déni de justice flagrant après un renvoi dans le pays de destination, voir également l'arrêt *Soering* précité et l'arrêt CEDH, *Mamatkoulou et Askarov contre Turquie*, du 4 février 2005, n^{os} 46827/99 et 46951/99 ; enfin, pour l'article 5 CEDH concernant le droit à la liberté et à la sûreté et la perspective flagrante d'une détention arbitraire, voir l'arrêt CEDH, *Tomic contre Royaume-Uni*, du 14 octobre 2003, n^o 17837/03.

³² *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z* (note 2), § 59.

³³ *Idem*, § 60 et 61.

Pour la Cour, ce n'est pas un aspect particulier de la liberté religieuse (par exemple la liberté de pratiquer ses croyances dans un cercle privé ou dans un espace public) qui est pertinent pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une persécution, mais plutôt la nature de la répression exercée à l'égard de l'intéressé et les conséquences qui en découlent pour sa personne. Il s'agit d'évaluer la gravité de la mesure répressive³⁴. Ainsi, « une violation du droit à la liberté de religion est susceptible de constituer une persécution au sens de l'article 9 [...] de la directive lorsque le demandeur d'asile court un risque réel, notamment, d'être poursuivi ou d'être soumis à des traitements ou à des peines inhumains ou dégradants »³⁵.

Pour savoir si l'on est en présence d'une telle atteinte à la liberté de religion, « les autorités compétentes doivent vérifier, au regard de la situation personnelle de l'intéressé, si celui-ci, en raison de l'exercice de cette liberté dans son pays d'origine, court un risque réel »³⁶ pour sa vie ou son intégrité physique par exemple. En outre, lors de l'évaluation du risque, les autorités doivent tenir compte de l'importance que l'intéressé lui-même accorde à certaines pratiques religieuses, même si de telles pratiques ne sont pas nécessairement considérées comme centrales par la communauté concernée³⁷.

En admettant que des atteintes aux aspects extérieurs de la liberté religieuse peuvent constituer un acte de persécution, la Cour parvient à répondre aux deux premières questions posées par l'Allemagne sans devoir définir ce que comprendrait le noyau dur de la liberté religieuse.

Pour ce qui concerne la troisième question, à savoir si l'on peut attendre de l'intéressé qu'il renonce à exercer sa pratique religieuse à son retour au pays pour éviter d'être persécuté, la Cour répond catégoriquement : cette hypothèse n'est pas pertinente. Estimer qu'il serait raisonnable que l'individu renonce à ses pratiques religieuses violerait la dignité humaine, dans la mesure où on exigerait de lui qu'il se renie. Le demandeur d'asile peut, en conséquence, se prévaloir d'une crainte fondée d'être persécuté au sens de l'article 2 de la directive³⁸. A noter encore sur ce dernier point que c'est une position que la Cour de Justice a continué de défendre par la suite, mais dans d'autres contextes, en particulier celui des persécutions en raison de l'orientation sexuelle³⁹ : « [I]ors de l'évaluation d'une demande visant à obtenir le statut de réfugié, les autorités compétentes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à ce que, pour éviter le risque de persécution, le demandeur d'asile dissimule son homosexualité dans son pays d'origine ou fasse preuve d'une réserve dans l'expression de son orientation sexuelle »⁴⁰.

VI. L'issue devant les juridictions allemandes

Le Pakistan connaît, depuis 1984, la peine de mort et la peine d'emprisonnement pour toute personne qui, par des paroles, des écrits, des gestes, des représentations ou des insinuations, insulte le nom du prophète Mahomet. Le Code pénal prévoit en outre que les membres de la communauté ahmadiyya qui professent leur foi en public, l'identifie à l'Islam, lui en emprunte des rites ou encore cite des versets du Coran en public sont susceptibles d'être punis d'une peine d'emprisonnement de trois ans et d'une amende. Si cette législation est effectivement mise en œuvre, ce qu'il appartient à l'Allemagne de vérifier, le niveau de persécution au sens

³⁴ *Idem*, § 62-66.

³⁵ *Idem*, § 67.

³⁶ *Idem*, § 72.

³⁷ *Idem*, § 70.

³⁸ *Idem*, § 73 ss, en particulier 78-80.

³⁹ Voir dans ce sens : arrêt CJUE, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X et Y et Z contre Minister voor Immigratie en Asiel (C-199/12 à C-201/12)*, du 7 novembre 2013, ECLI:EU:C:2013:720.

⁴⁰ *Idem*, § 76 *in fine*.

des articles 9 et 10 de la directive « qualification » peut être atteint, dans la mesure où il s'agit d'une atteinte grave à la liberté de religion privant l'individu d'un élément essentiel de sa personnalité.

Le Tribunal administratif fédéral allemand s'est prononcé sur la base de cet arrêt de la CJUE le 20 février 2013⁴¹. Il interprète plutôt restrictivement la décision de la Cour de Justice et est d'avis qu'il ne suffit pas que la pratique religieuse soit primordiale pour la communauté ahmadiyya, mais encore faut-il que les intéressés, Y et Z, adoptent réellement ces pratiques. En conséquence, estimant que la constatation des faits n'était pas suffisante concernant, d'une part, la vraisemblance des persécutions ainsi que, d'autre part, l'importance pour l'identité religieuse des intéressés d'une pratique publique de leur religion, il a annulé l'arrêt du Tribunal administratif supérieur du Land de Saxe et lui a renvoyé la cause pour une nouvelle décision.

Dans ce cadre, le Tribunal administratif supérieur du Land de Saxe a complété les faits et a notamment entendu oralement Y en date du 11 septembre 2014. Toutefois, ne partageant pas l'interprétation du Tribunal administratif fédéral, le Tribunal supérieur du Land de Saxe a décidé, dans une décision du 13 mars 2015⁴², de suspendre la procédure afin de soumettre à la Cour de Justice de l'Union européenne une série de nouvelles questions préjudicielles relatives à l'article 9 de la directive « qualification ».

Le Tribunal du Land de Saxe souhaite en premier lieu savoir s'il y a une violation grave de la liberté religieuse et, dans ce cadre, un acte de persécution au sens de l'article 9 § 1, lettre a de la directive « qualification », lorsque des pratiques religieuses sont interdites dans un État et que ces pratiques sont particulièrement importantes pour une communauté religieuse (variante a) ou si le requérant doit démontrer que ces pratiques sont non seulement importantes pour sa communauté, mais aussi pour lui en particulier (variante b). A ce sujet, le Tribunal du Land de Saxe défend une approche alternative : selon cette instance, il y a une violation grave de la liberté de religion soit lorsque les pratiques interdites sont importantes pour la communauté, soit lorsqu'elles le sont pour l'intéressé, alors que le Tribunal administratif allemand estime que les pratiques interdites doivent être avant tout primordiales pour l'intéressé, quelle que soit la position de la communauté à cet égard.

Une deuxième question porte sur la signification du « risque réel » de poursuite ou de traitement inhumain ou dégradant auquel le requérant pourrait être soumis suite à l'exercice de sa liberté religieuse dans son pays d'origine. Le Tribunal administratif allemand estime qu'il existe un risque réel (ou une forte probabilité) de persécution lorsque l'on peut mettre en relation le nombre effectif de poursuites pénales avec le nombre d'Ahmadis qui vivent leur religion malgré l'interdiction ou, autrement dit, lorsque la pratique de l'Ahmadisme conduit relativement souvent à une persécution (variante a). Le Tribunal du Land de Saxe ne partage pas cette conception, étant de l'avis que prendre cette relation en considération n'est ni réaliste, ni approprié pour évaluer le « risque réel ». Il estime plutôt que si l'interdiction pénale prévue par le droit pakistanais est appliquée, cela est suffisant pour prouver le risque réel (variante b). Ce sont ces deux variantes qu'il soumet à la Cour de Justice.

Enfin, une troisième question porte sur des aspects procéduraux. L'issue de l'affaire n'est donc pas encore connue pour les ressortissants pakistanais et cette saga n'a pas encore touché à sa fin. Toutefois, ces nouvelles questions ne portent plus sur la question de l'interprétation de la

⁴¹ Arrêt BverwG, 10 C 20.12, du 20 février 2013, relatif à Z et arrêt BverwG, 10 C 21.12, du 20 février 2013, relatif à Y. Il a en même temps rendu deux autres décisions relatives à deux autres cas jugés en 2011 par des Tribunaux administratifs supérieurs d'autres Länder : BverwG, 10 C 22.12 et BverwG, 10 C 23.12. Voir aussi : TRIBUNAL ADMINISTRATIF FÉDÉRAL ALLEMAND, « Flüchtlingsanerkennung auch bei erzwungenem Verzicht auf öffentliche Religionsausübung möglich », communiqué de presse 10/2013, du 20 février 2013, disponible sur <http://www.bverwg.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.php?jahr=2013&nr=10> (consulté le 9 janvier 2017).

⁴² Arrêt Sächsisches Oberverwaltungsgericht, 1 A 349/13.A ; 1 K 30313/04.A, du 13 mars 2015, relatif à Y.

notion du noyau dur et, sur ce point, les conclusions de la Cour de Justice de l'Union européenne ne sont pas remises en question.

De cette manière, les deux courants jurisprudentiels allemands existants jusqu'alors ne sont plus pertinents. Peu importe que les persécutions touchent à la manifestation extérieure de la liberté de religion ou sa seule manifestation en privé ou encore à son for intérieur ; en tous les cas, la persécution n'est reconnue que si elle est suffisamment grave, si elle touche à une composante essentielle de l'individu.

Conclusion

Dans cette affaire, il est intéressant de noter que la Cour renonce à définir la composante du noyau dur de la liberté religieuse, certainement en partie pour les motifs invoqués par l'avocat général. Le risque d'arbitraire et le manque d'objectivité – inhérents à toute tentative de définition de cette notion – sont particulièrement importants. D'ailleurs, dans l'autre affaire de la Cour de Justice relative aux persécutions possibles en raison de l'orientation sexuelle, mentionnée en marge de cette contribution⁴³, la Cour a également maintenu ce cap. Elle a d'abord renoncé à définir quel pourrait éventuellement être le contenu du noyau dur de l'orientation sexuelle, contrairement à ce que demandait l'autorité néerlandaise⁴⁴. Puis, elle a rappelé qu'il n'est pas pertinent de « distinguer entre les actes qui porteraient atteinte à un noyau dur de l'expression d'une orientation sexuelle, à supposer qu'il soit possible d'en identifier un, et ceux qui n'affecteraient pas ce prétendu noyau dur »⁴⁵ pour déterminer les actes qui peuvent être considérés comme des persécutions.

Toutefois, dans la décision qui nous intéresse et portant sur la liberté religieuse, la Cour admet – conformément à l'objectif même de la directive « qualification »⁴⁶ – qu'il y a un « socle minimal » à respecter de manière commune par tous les États membres lorsqu'ils doivent examiner une demande d'asile ou les obstacles à un renvoi.

Ce socle minimal signifie que les États ne pourront pas refuser de reconnaître l'existence d'un acte de persécution à l'encontre d'un demandeur d'asile qui souffre d'une restriction sévère à l'exercice de sa liberté de religion dans son pays d'origine⁴⁷.

En dessinant les contours de ce socle minimal commun – à savoir des cas dans lesquels les atteintes à la liberté de religion constituent une persécution – on pourrait penser que la Cour de justice énonce ce que la liberté religieuse protège « au minimum ». Mais au lieu de dire qu'il s'agit là du noyau dur de cette liberté, ou au moins d'une composante du noyau dur, la Cour préfère emprunter un autre chemin. Elle déplace subtilement – mais peut-être pas très courageusement⁴⁸ – la notion de noyau dur d'une liberté, difficile, voire impossible⁴⁹, à définir

⁴³ Voir note 39 ci-dessus.

⁴⁴ Le Raad van State néerlandais entendait notamment savoir si le fait de vivre pleinement une orientation sexuelle était protégé par les articles 9 et 10 de la directive et voulait en particulier être informé sur la question de savoir quel serait le noyau dur de l'orientation. *Minister voor Immigratie en Asiel contre X et Y* (note 39) ci-dessus, § 36 et 37.

⁴⁵ *Idem*, § 78.

⁴⁶ Cf. § 6 du préambule de la directive 2004/83/CE, objectif repris de manière identique au § 12 de la directive 2011/95/UE.

⁴⁷ Conclusions (note 5), § 27 et 78.

⁴⁸ On peut en effet se demander comment serait appréhendée la situation d'une personne punie d'une amende parce qu'elle exercerait sa religion dans un cercle privé. Dans cette hypothèse, le « socle minimal » ne serait pas

de manière générale, vers l'idée que certains droits fondamentaux constituent le noyau dur de tous les droits fondamentaux et qu'on ne peut y déroger.

On pourrait penser de prime abord que la notion de « noyau dur » et celle de « socle minimal » peuvent se confondre, mais dans cette logique, on comprend que ce n'est pas tant la terminologie qui importe, mais bien ce à quoi cette notion se rapporte.

Il semble ainsi plus facile – ou plus réaliste – de décréter que certains droits fondamentaux sont plus « essentiels » ou intangibles que d'autres de manière commune pour tous les États membres, que de tenter de définir, pour chaque droit, quelle serait sa composante intouchable.

Ce faisant, la Cour de Justice de l'Union européenne confirme une interprétation conventionnelle traditionnelle de la notion de noyau dur et rejoint, sans s'y référer, la position défendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision *Z. et T. contre Royaume-Uni* évoquée plus haut.

Bien que différente, la définition helvétique du noyau dur ne semble toutefois pas s'opposer à une telle réflexion. En effet, tant la position suisse que l'interprétation de la Cour de justice permettent de revenir au fondement des droits fondamentaux : la dignité humaine, autre valeur chère à Tristan.

atteint, mais le « noyau dur » de la liberté religieuse, tel qu'il est défini par le premier courant jurisprudentiel ci-dessus (cf. ch. II) serait touché. Dans ce cas, la solution présentée par la Cour de Justice n'est peut-être pas entièrement satisfaisante.

⁴⁹ Sur l'irréalisme de la notion de noyau intangible, voir MUZNY (note 24), ch. 37 ss.

Annexe

Les trois questions préjudicielles posées par l'Allemagne ont la teneur suivante⁵⁰ :

- 1) L'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive [...] doit-il être interprété en ce sens que toute atteinte à la liberté de religion laquelle violerait l'article 9 [de la] CEDH ne constitue pas nécessairement un acte de persécution au sens de la première des dispositions [...] et qu'il n'y a au contraire une atteinte grave à la liberté de religion, en tant que droit humain fondamental, que si c'est le noyau dur de cette liberté qui est affecté ?

- 2) En cas de réponse affirmative à la première question :
 - a) Le noyau dur de la liberté de religion comprend-il uniquement la manifestation et la pratique de la religion dans le cadre du domicile et du voisinage, ou bien l'acte de persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive [...] peut-il également être constitué lorsque, dans le pays d'origine, la pratique de la religion en public fait naître un danger pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté physique et lorsque le demandeur y renonce pour ces raisons ?

 - b) Dans l'hypothèse où le noyau dur de la liberté de religion pourrait également comprendre certaines pratiques religieuses en public :
 - est-il alors suffisant, pour caractériser une atteinte grave à la liberté de religion, que le demandeur considère que cette pratique de sa foi lui est nécessaire aux fins de la conservation de son identité religieuse ;
 - ou bien est-il également nécessaire que la communauté religieuse à laquelle le demandeur appartient considère cette pratique religieuse comme un élément central de sa doctrine religieuse,
 - ou bien est-il possible que des restrictions supplémentaires découlent d'autres circonstances, telles que la situation générale du pays d'origine ?

- 3) En cas de réponse affirmative à la première question :

La crainte justifiée d'une persécution, au sens de l'article 2, sous c), de la directive [...], est-elle caractérisée lorsqu'il est établi que le demandeur, une fois de retour dans son pays d'origine, effectuera des actes religieux (ne relevant pas du noyau dur de la liberté de religion), alors même que ces derniers feront naître un danger pour sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté physique, ou peut-on raisonnablement attendre du demandeur qu'il renonce à de tels actes ?

⁵⁰ *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z* (note 2), § 45.

Le point sur les écoles enfantines musulmanes en Suisse

ELEANOR MCGREGOR*

Introduction

Les écoles enfantines musulmanes n'ont pas encore trouvé leur place dans le système éducatif suisse. En octobre dernier, un projet d'ouverture d'une école infantine islamique à Volketswil, dans le canton de Zurich, a échoué définitivement devant le Tribunal fédéral. Cette affaire a donné l'occasion aux juges fédéraux d'aborder la question, jusque-là inédite, de la compatibilité entre le droit de fonder un établissement scolaire confessionnel et le droit à un enseignement de base suffisant. Ils ont jugé en substance que le projet d'école infantine porté par l'association *al Huda* n'était pas en mesure de garantir une instruction comparable à celle dispensée par les écoles publiques. Une première dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Jusque-là, l'ouverture d'écoles musulmanes n'avait encore jamais été disputée devant la Haute Cour. Et pourtant, les établissements d'enseignement à dimension religieuse ne manquent pas en Suisse. À Zurich, par exemple, canton à l'origine de l'affaire *al Huda*, on compte pas moins de 18 écoles primaires et enfantines confessionnelles, ce qui représente plus de 10% de l'offre cantonale en matière d'enseignement privé¹. Ces établissements sont en majorité liés aux religions chrétiennes² et juive³, mais peuvent aussi être associés à d'autres églises (adventiste ou de scientologie)⁴. En revanche, les écoles musulmanes font figure de grandes absentes.

* Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat. L'auteure tient à remercier Jeremias Fellmann, avocat, pour sa relecture attentive et ses commentaires pertinents. Mes remerciements vont également à la Dr. Mallory Schneuwly Purdie, chercheuse senior au Centre suisse Islam et société de l'Université de Fribourg, pour ses remarques constructives sur l'enseignement islamique à l'école.

¹ D'après le registre des écoles privées de la Direction cantonale de l'éducation, au 27 avril 2017, le canton de Zurich comptait 166 écoles privées ayant obtenu une autorisation, voir : http://www.vsa.zh.ch/internet/bildungsdirektion/vsa/de/schulstufen_schulen/aufsicht_privatschulen/_jcr_content/contentPar/downloadlist_2/downloaditems/_ffentliches_registe_0.spooler.download.1493282498344.pdf/privatschulen_oeffentliches_register_s_tufe.pdf, consulté le 8 juin 2017. En 2015, 4,5% des élèves ont accompli leur scolarité obligatoire au stade de l'école maternelle (*Kindergarten*) dans une école privée : https://www.bista.zh.ch/pub/downloads/Schulen_Kt_ZH_2015_16.pdf, consulté le 8 juin 2017.

² Edelweiss Education Schule ; Christliche Schule Dübendorf (ASBB) ; Freie Katholische Schule Zürich-Wiedikon ; Freie Katholische Schule Sumatra ; Freie Katholische Schule Zürich-Kreuzbühl ; Freie Evangelische Schule Zürich.

³ Jüdische Schule Noam ; Kindergarten der Israelitischen Cultusgemeinde ; Kindergarten der Israelitischen Religionsgesellschaft (IRG) ; Jeschiwa Ketane ; Agudas Achim Kindergarten ; Jüdische Schule Zürich ; Talmud Toiro, Chajei Oilom ; Jüdische Schule Knaben ; Cheder Taschbar Kindergarten. Cf. à propos des écoles juives : STEFAN KÖLBENER/ELENA RABNER, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von jüdischen Gemeinden in der Schweiz, in Pahud de Mortanges (éd.), *Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder*

L'arrêt *al Huda* a été rendu dans un contexte sociétal marqué par la peur de l'Islam. Certains se demanderont si cette affaire ne masque pas une hostilité à l'égard de l'enseignement privé musulman. En août dernier, la presse autrichienne reportait la première fermeture d'une école enfantine islamique. En cause : l'absence de qualification du corps enseignant, lacunes linguistiques et insuffisance pédagogique (« *schlechte Ausbildung der Pädagoginnen, schlechte Sprachkenntnisse bzw. bauliche Mängel* »)⁵. En France, l'Éducation nationale a récemment annoncé qu'elle voulait durcir le contrôle des écoles musulmanes. De nouvelles mesures sont envisagées sur le plan législatif afin de « protéger le droit à l'éducation des enfants »⁶. Ces récents développements conduisent à penser que l'affaire *al Huda* sera suivie de bien d'autres.

L'objectif de la présente contribution consiste ainsi à identifier les principaux défis qui attendront les tribunaux. Dans une première partie, nous nous demanderons si l'affaire *al Huda* illustre un nouveau développement en Suisse. Ce chapitre identifiera les causes possibles d'une telle évolution. Nous examinerons ensuite le cadre juridique qui régit la création d'écoles enfantines confessionnelles. Ce sera l'occasion d'examiner les législations cantonales à la lumière des critères posés par le Tribunal fédéral dans l'affaire *al Huda*. Les arguments présentés s'inspireront en grande partie des réflexions de Tristan, qui plaçait le droit des minorités au centre des préoccupations. L'article prendra également pour appui certains développements français sur la relation entre l'Islam et l'école.

I. La création d'écoles musulmanes : un nouveau développement ?

L'affaire *al Huda* signe le premier refus, confirmé par le Tribunal fédéral, d'ouvrir une école musulmane. Avant d'aborder le fond du litige, il peut être intéressant de se demander si cette affaire n'est pas représentative d'un nouveau développement de l'enseignement privé musulman. Plusieurs facteurs pourraient être mis en relation avec un tel développement.

La création d'écoles privées musulmanes pourrait d'abord aller de pair avec l'accroissement de la part de la population suisse qui s'identifie comme musulmane. En quarante ans, le nombre de personnes se déclarant musulmanes dans les recensements en Suisse s'est multiplié par plus de vingt. Il est passé de 16'353 en 1979 à 338'000⁷ entre 2012 et 2014. À l'heure actuelle, environ 5% de la population résidante permanente est de confession musulmane⁸. À l'échelle de l'Europe occidentale, la communauté musulmane est désormais devenue la première communauté non chrétienne⁹.

Auslaufmodell ?, Schulthess, Fribourg 2015, pp. 155-183, p. 160.

⁴ A bis Z, Privatschule ; A. Rothen, Privatschule.

⁵ Kronenzeitung, Erster Islam-Kindergarten in Wien muss schliessen, disponible sur : <http://www.krone.at/oesterreich/erster-islam-kindergarten-in-wien-muss-schliessen-koran-gelehrt-story-522971>, consulté le 10 mars 2017.

⁶ Le Monde, Des contrôles renforcés dans l'enseignement hors contrat et à la maison : http://www.lemonde.fr/education/article/2016/06/09/des-contrôles-renforcés-dans-l-enseignement-hors-contrat-et-a-la-maison_4943955_1473685.html#4vYYRlgZKxqqcIJJ.99, consulté le 10 mars 2017.

⁷ Ce chiffre ne comprend que les résidents âgés de 15 ans ou plus : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/langues-religions/religions.html>, consulté le 24 janvier 2017.

⁸ Office fédéral de la statistique : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/langues-religions/religions.html>, consulté le 24 janvier 2017. Cf. aussi MALLORY SCHNEUWLY PURDIE, Sociographie de l'islam en Suisse, in : Mallory Schneuwly Purdie/Matteo Gianni/Magali Jenny (éd.), *Musulmans d'aujourd'hui – Identités plurielles en Suisse*, Labor et Fides, Genève 2009, pp. 23–36.

⁹ SAMUEL MARTIN BEHLOUL, Discours total ! Le débat sur l'islam en Suisse et le positionnement de l'islam comme religion publique, in : Mallory Schneuwly Purdie/Matteo Gianni/Magali Jenny (éd.), *Musulmans d'aujourd'hui : identités plurielles en Suisse*, Les Editions Labor et Fides, Genève 2009, pp. 53-72, p. 57.

Un deuxième facteur qui pourrait participer au développement d'écoles privées musulmanes est la jurisprudence, toujours plus restrictive, affichée depuis quelques années par le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme. Ce phénomène est perceptible en France. D'après un rapport établi par l'Institut d'Études de l'Islam et des Sociétés du Monde Musulman (IISMM)¹⁰, la prohibition du voile dans les établissements publics scolaires publics par la loi de 2004, précédée par les différents « affaires de voile » ayant défrayé la chronique, a accéléré les projets éducatifs de la communauté musulmane¹¹. Le rapport établit « une relation nette entre une situation vécue, perçue comme discriminatoire, et la décision d'entamer une démarche dont l'aboutissement serait la constitution d'un établissement privé confessionnel »¹².

En Suisse, ce n'est pas tant la question du port du voile par les élèves qui est en cause¹³. Le débat se déplace sur d'autres sujets : la présence de crucifix dans les salles de classe, la dispense de cours de natation pour les élèves musulmans et le port du voile par les enseignantes. Dans les trois cas, la jurisprudence a évolué dans un sens que les membres de la communauté musulmane pourraient percevoir comme défavorable à leurs convictions.

Le premier sujet à avoir occupé le Tribunal fédéral fut la question de l'apposition des crucifix dans les salles de classe. Dans un arrêt datant du 26 septembre 1990, il a considéré que leur présence dans les écoles publiques violait le principe de neutralité religieuse de l'État¹⁴. D'aucuns ont salué cette jurisprudence, la considérant respectueuse de la liberté religieuse et des minorités¹⁵. Cette solution pourrait bien être remise en cause par la jurisprudence plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt de Grande Chambre datant du 3 novembre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé que le droit à l'instruction n'était pas violé par la présence de crucifix dans les salles de classe. Les juges de Strasbourg ont notamment considéré que le crucifix était un symbole essentiellement passif dont l'influence sur les élèves était bien moindre qu'un enseignement religieux ou la participation à une activité de nature religieuse¹⁶.

¹⁰ Programme de recherche : L'enseignement de l'Islam dans les écoles coraniques, les institutions de formation islamique et les écoles privées, Institut d'Études de l'Islam et des Sociétés du Monde Musulman (IISMM), École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), juillet 2010 (ci-après : rapport IISMM), disponible sur le site : <https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/2204/files/2016/04/RAPPORT-ENSEIGNEMENT-ISLAMIQUE-final.pdf>, consulté le 31 mars 2017.

¹¹ Rapport IISMM (note 10), p. 43.

¹² Rapport IISMM (note 10), pp. 43 s.

¹³ Le Tribunal fédéral a récemment considéré que l'interdiction faite à une élève de porter le voile dans une école publique constituait une ingérence inadmissible dans sa liberté de conscience et de croyance. Il a ainsi rejeté le recours d'une commune st-galloise contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de St-Gall qui avait donné raison à une élève de 14 ans souhaitant venir en classe en hijab (ATF 142 I 49). Pour une critique de cet arrêt, voir MAYA HERTIG RENDALL, Aux antipodes du juge Scalia : L'arrêt « St. Margrethen » du 11 décembre 2015 sur l'interdiction du port du voile par une élève dans une perspective comparative, in : Frédéric Bernard/Eleanor McGregor/Diane Vallée-Grisel (éd.), Constitution et religion : les droits de l'homme en mémoire, Schulthess, Genève 2017, pp. 129 ss. Cf. aussi l'arrêt du 25 juin 1999 du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, SCOL. 76/99 relaté dans TRISTAN ZIMMERMANN, Liberté religieuse à l'école, l'indiscrutable légèreté du contrôle européen, in : Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Thomas Kadner Graziano (éd.), *L'harmonisation internationale du droit*, Schulthess, Genève 2006, pp. 377-397, pp. 389 s. Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal était arrivé à la conclusion que le maintien de l'interdiction du port du voile conduisait à priver l'élève de l'enseignement public et allait à l'encontre « des efforts déployés par la société pour promouvoir l'intégration et la cause des femmes ».

¹⁴ ATF 116 Ia 252, in JdT 1992 I p. 5.

¹⁵ TRISTAN ZIMMERMANN, Le crucifix dans la salle de classe : l'arrêt *Comune di Cadre* revisité à la lumière de l'affaire Lautsi, *PJA* 2011, pp. 1485-1504, p. 1503; FRÉDÉRIC BERNARD, *L'État de droit face au terrorisme*, Schulthess, Genève 2010, p. 265.

¹⁶ Cour EDH, *Affaire Lautsi et autres contre Italie*, n° 30814/06 (2011).

La question des dispenses aux cours de natation a quant à elle été portée pour la première fois devant le Tribunal fédéral en 1993. Dans un arrêt publié aux ATF 119 Ia 178¹⁷, les juges fédéraux ont considéré que le refus de dispense des leçons de natation constituait une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse¹⁸. Quinze ans après, le Tribunal fédéral a opéré un revirement de jurisprudence. Dans un arrêt publié le 24 octobre 2008¹⁹, il a jugé que les dispenses pour des motifs religieux n'étaient plus acceptables car l'enseignement, dont faisait partie la natation, participait à la socialisation et à l'intégration des enfants²⁰. Cette jurisprudence a été confirmée tant par le Tribunal fédéral²¹ que par la Cour EDH (affaire *Osmanoğlu*)²².

Enfin, la question du port du voile par une enseignante dans une école publique a été abordée par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 12 novembre 1997²³. Il a considéré que l'atteinte portée au droit de l'enseignante de manifester librement sa religion se justifiait par la nécessaire protection, dans une société démocratique, du droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse. L'arrêt a été confirmé par la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision d'irrecevabilité rendue le 15 février 2001²⁴ (décision *Dahlab*).

D'où la question : ces affaires encouragent-elles les associations musulmanes à accélérer la réflexion autour de la question de l'enseignement privé ? L'avenir nous le dira. Pour l'heure, il est intéressant de relever que l'un des arguments de l'enseignante dans l'affaire *Dahlab* portait précisément sur l'absence d'alternative lui permettant d'exercer sa profession en dehors de la sphère publique. La requérante avait relevé que les écoles privées, peu nombreuses dans le canton de Genève, étaient toutes dépendantes d'autorités religieuses différentes de la sienne, de sorte qu'elles lui étaient inaccessibles. L'intéressée n'avait donc pas d'autre choix que d'exercer sa profession au sein de l'école publique²⁵. À suivre son raisonnement, la création

¹⁷ ATF 119 Ia 178, in JdT 1995 I p. 291.

¹⁸ Cet arrêt s'intègre dans le cadre d'une jurisprudence jadis « favorable à des pratiques accommodantes en faveur des minorités religieuses », cf. MAYA HERTIG RANDALL, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse, in : *Les Minorités et le Droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson*, Schulthess, Genève 2016, pp. 265-287, p. 281. Voir ATF 114 Ia 129, in JdT 1990 I p. 3 (dispense scolaire pour participer à la fête des tabernacles accordée à un élève faisant partie d'une communauté religieuse ancrée sur l'Ancien Testament) ; 117 Ia 311, in JdT 1993 I p. 40 (dispense accordée à un élève membre de l'Église universelle de Dieu de fréquenter l'école le samedi) ; 134 I 114, in JdT 2009 I p. 243 (report des examens se déroulant le samedi admis à l'égard d'un élève adventiste). Cf. aussi TRISTAN ZIMMERMANN, L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse, in : Felix Hafner/Andreas Kley/Victor Monnier (éd.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, Stämpfli, Berne 2012, pp. 9-82, pp. 79 s.

¹⁹ ATF 135 I 79, in SJ 2009 I p. 330. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a retenu que des aménagements pris en faveur d'une minorité religieuse n'étaient pas un instrument visant à favoriser l'intégration, mais tout au contraire, un obstacle à l'intégration d'une minorité. HERTIG RENDALL critique la « vision stéréotypée de la communauté musulmane » qui « s'accompagne d'un amalgame entre l'accommodement raisonnable pour des motifs religieux et l'immigration », MAYA HERTIG RANDALL (note 18), p. 284. Voir aussi pour une critique de cet arrêt : SYLVIE GUICHARD, De la liberté de croyance à l'obligation de s'intégrer : les arrêts du Tribunal fédéral sur les dispenses de cours de natation pour des élèves musulmans, *PJA* 2014, pp. 983-992, p. 988.

²⁰ D'après GUICHARD, « une représentation différente des musulmans, ainsi qu'une modification de la conception de l'intégration et du rôle de l'école » ont conduit les Juges fédéraux à rendre des « décisions opposées pour des situations similaires », GUICHARD (note 19), p. 983.

²¹ Arrêts 2C_1079/2012 du 11 avril 2013 ; 2C_666/2011 du 7 mars 2012.

²² Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş contre Suisse*, n° 29086/12 (2017).

²³ ATF 123 I 296.

²⁴ Cour EDH (déc.), *Dahlab contre Suisse*, n° 42393/98 (2001). Voir aussi Cour EDH (déc.), *Kurtulmuş contre Turquie*, n° 65500/01 (2006), à propos d'une enseignante d'université en Turquie qui, en tant que représentante de l'État, ne pouvait ignorer les règles qui l'obligeaient à faire preuve de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses.

²⁵ Cour EDH (déc.), *Dahlab contre Suisse*, n° 42393/98 (2001), p. 11.

d'écoles islamistes pourrait ainsi répondre à un besoin d'enseignantes musulmanes souhaitant poursuivre leur activité professionnelle tout en vivant leur foi par le port du voile.

Enfin, un dernier facteur pourrait être la protection de l'identité islamique prônée par les porteurs de projets d'ouverture d'écoles musulmanes. En France, ce facteur a été identifié comme l'une des raisons à la base du développement récent d'établissements privés musulmans. D'après le rapport établi par l'IISMM, l'action militante des Frères Musulmans vise à « faire perdurer l'identité religieuse dans les communautés immigrées musulmanes »²⁶. Le rapport relève que la grande majorité des établissements privés est initiée par des associations liées à l'Union des Organisations Islamiques de France (UOIF), à savoir l'organisation française des Frères musulmans. Sur les dix établissements existants à la date de publication du rapport en juillet 2010, cinq étaient labellisés UOIF²⁷. D'après ses statuts, cette organisation a pour « but de représenter l'islam et les musulmans en France et de défendre leurs intérêts ». Elle veut « organiser une communauté islamique définie par l'observance religieuse, ayant vocation à ramener à la foi et à regrouper l'ensemble des personnes d'origine musulmane ». À l'heure actuelle, il n'existe en Suisse aucune organisation dont l'action est comparable à celle de l'UOIF²⁸. Il est donc difficile d'établir de véritables liens entre l'ouverture d'écoles musulmanes et l'action militante d'une organisation islamique. On relèvera néanmoins que l'association *al Huda*, porteuse du projet d'école enfantine musulmane ayant fait l'objet de l'arrêt 2C_807/2015, avait été critiquée par les autorités zurichoises pour ses liens étroits avec le Conseil central islamique suisse (CCIS)²⁹. Or, cette organisation, très controversée, est souvent relayée dans les médias pour les propos tenus par ses responsables³⁰. On peut notamment y lire que ces derniers prônent l'ouverture d'écoles musulmanes³¹. Le cas est cependant isolé. Reste à voir s'il sera suivi d'autres initiatives dont l'inspiration pourra être rattachée à l'idéologie des Frères musulmans.

²⁶ Rapport IISMM (note 10), p. 41.

²⁷ Rapport IISMM (note 10), p. 41.

²⁸ Le Conseil se défend d'appartenir à quelque mouvement de type « islamiste » présent en Suisse, et plus largement en Europe, MALLORY SCHNEUWLY PURDIE, Performer l'Islam, dessiner les contours de « la communauté musulmane » de Suisse – Le Conseil central islamique suisse comme performance d'un islam « authentique », in : Christophe Monnot (éd.), *La Suisse des mosquées – derrière le voile de l'unité musulmane*, Labor et Fides, Genève 2013, pp. 151-171, p. 167.

²⁹ L'existence de tels liens avait été contestée par l'association devant le Tribunal fédéral. Les juges fédéraux ont cependant laissé la question ouverte, considérant que ce point n'était pas décisif pour l'issue du litige, arrêt 2C_807/2015 précité consid. 2.3.4.

³⁰ D'après SCHNEUWLY-PURDIE, les discours des membres du CCIS peuvent être apparentés à un salafisme politique, qui défend une version militante de l'islam. Ce type de salafisme « condamne toutes les innovations religieuses et plaide en faveur d'un retour à l'islam " authentique " ». Ses partisans proposent « d'œuvrer à la réislamisation des pratiques sociales des musulmans d'Occident qu'ils estiment pervertis par la culture occidentale ». Dans leurs revendications, ils demandent aux gouvernements « de créer des espaces sociaux dans lesquels les musulmans pourront pleinement vivre leur foi », SCHNEUWLY PURDIE (note 28), pp. 168 s.

³¹ Cf. SCHNEUWLY PURDIE (note 28), p. 151.

II. La création et l'exploitation d'écoles enfantines confessionnelles

1. Le droit de créer et d'exploiter des écoles enfantines confessionnelles

La création et l'exploitation d'écoles privées relève du droit cantonal. Le droit d'ouvrir une telle école est reconnu différemment selon les cantons. Certains d'entre eux, à l'image de Zurich³², Nidwald³³, Jura³⁴, Glaris³⁵, Zoug³⁶ ou Saint-Gall³⁷, garantissent explicitement le droit de fonder des écoles privées. D'autres se limitent à reconnaître l'existence d'établissements scolaires privés³⁸ et à préciser qu'ils sont soumis à autorisation et placés sous le contrôle de l'État³⁹. Le droit de fonder des écoles privées peut aussi dériver implicitement de la liberté d'enseignement⁴⁰ ou de celle des parents de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics⁴¹.

Au niveau fédéral, le droit de créer et d'exploiter des écoles privées n'est pas expressément garanti par la Constitution fédérale⁴². D'après la jurisprudence, ce droit est cependant protégé par la liberté économique (art. 27 Cst.)⁴³. Il peut également être déduit des art. 13 al. 3 et 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966⁴⁴ et 29 al. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁴⁵. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'il ne s'agissait pas de droits absolus, leur restriction devant respecter les conditions de l'art. 36 Cst.⁴⁶. S'agissant d'écoles confessionnelles, on peut se demander si le refus d'octroyer une autorisation pour ouvrir un établissement scolaire à

³² Art. 15 Cst.-ZH.

³³ Art. 20 al. 1 Cst.-NW.

³⁴ Art. 38 Cst.-JU.

³⁵ Art. 36 al. 1 Cst.-GL.

³⁶ Art. 4 al. 2 Cst.-ZG.

³⁷ Art. 3 let. a Cst.-SG.

³⁸ Art. 50 Cst.-VD.

³⁹ Art. 199 Cst.-GE; art. 39 Cst.-UR; art. 28 Cst.-OW; art. 67 Cst.-FR; art. 108 Cst.-SO; art. 20 Cst.-BS; art. 99 Cst.-BL; art. 33 Cst.-AG; art. 71 al. 3 Cst.-TG; art. 13 al. 1 Cst.-VS.

⁴⁰ Art. 21 Cst.-BE; STEPHAN HÖRDEGEN, *Chancengleichheit und Schulverfassung*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 305, p. 308 et les références citées à la note 1510.

⁴¹ Art. 8 al. 2 let. m Cst.-TI; HÖRDEGEN (note 40), p. 308. Cf. aussi art. 37 Cst.-AR.

⁴² Il ressort cependant des travaux préparatoires que la Constitution fédérale s'oppose à l'idée d'un monopole étatique dans le domaine scolaire, FF 1997 I 1, 281. D'après HÖRDEGEN, il s'agit d'un droit constitutionnel non écrit; HÖRDEGEN (note 40), p. 309.

⁴³ ATF 128 I 19 consid. 4 c)aa) p. 29, in RDAF 2003 I p. 613; 97 I 116 consid. 4 p. 121; cf. HÖRDEGEN (note 40), p. 305; HERBERT PLOTKE, *Schweizerisches Schulrecht*, 2^e éd., Haupt Verlag, Berne/Stuttgart/Vienne 2003, p. 668.

⁴⁴ « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions. »

⁴⁵ « Aucune disposition du présent article ou de l'art. 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites. »

⁴⁶ Arrêt 2P.296/2002 du 28 avril 2003 consid. 5.1.

vocation religieuse constitue une atteinte à la liberté de conscience et de croyance garantie par l'art. 15 Cst.⁴⁷. Le Tribunal fédéral a brièvement abordé cette question dans l'affaire *al Huda*. Rappelant que la liberté religieuse impliquait pour l'État un devoir de neutralité confessionnelle, il a précisé qu'il ne serait pas admissible d'autoriser uniquement la création d'écoles privées appartenant à une confession déterminée. La Haute Cour a cependant laissé ouverte la question de l'ingérence à la liberté religieuse dans le cas particulier, considérant que l'autorisation n'avait pas été refusée en raison des convictions religieuses de l'association requérante mais au motif que l'enseignement proposé n'était pas conforme à l'objectif éducatif requis par l'art. 19 Cst.⁴⁸.

Le droit d'ouvrir des écoles confessionnelles a, pour corollaire, celui de suivre un enseignement privé. La liberté d'enseignement est entendue comme la liberté donnée aux parents de choisir le mode d'éducation de leurs enfants. Elle figure dans plusieurs conventions internationales, en particulier aux art. 13 al. 3 Pacte ONU⁴⁹, 14 al. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990⁵⁰ et 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁵¹. En droit interne, le droit de suivre un enseignement religieux est garanti à l'art. 15 al. 3 Cst.⁵². Il est également inscrit à l'art. 303 CC, selon lequel les parents disposent de l'éducation religieuse de l'enfant⁵³. La mission du juge consiste ainsi à concilier autant que faire se peut le droit à l'instruction et le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses⁵⁴.

2. Le régime de l'autorisation et de la surveillance

Tous les cantons connaissent le régime de l'autorisation pour les écoles privées couvrant la période de la scolarité obligatoire⁵⁵. Comme nous le verrons, les conditions spécifiques de l'octroi de l'autorisation peuvent varier d'un canton à l'autre. En principe, l'autorisation est accordée lorsque la formation offerte par l'école privée est équivalente à celle dispensée par l'école publique. Les critères portent en général sur les objectifs de formation, les plans

⁴⁷ PLOTKE (note 43), p. 668.

⁴⁸ Le Tribunal fédéral a admis que l'association « *al Huda* », en tant que personne morale, pouvait se prévaloir de cette liberté dans la mesure où ses statuts poursuivaient un but religieux, arrêt 2C_807/2015 du 18 octobre 2016 consid. 5.1. Voir aussi arrêt 2P.296/2002 du 28 avril 2003 consid. 5.1.

⁴⁹ « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions. »

⁵⁰ « Les États parties respectent 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. »

⁵¹ « L'État dans l'exercice des fonctions qu'il assurera 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 n'a pas été ratifié par la Suisse. »

⁵² HÖRDEGEN (note 40), p. 310.

⁵³ Cf. ATF 119 Ia 178, in JdT 1995 I p. 293 ; arrêt 2C_149/2008 in SJ 2009 I p. 331.

⁵⁴ TRISTAN ZIMMERMANN, Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école : l'humeur inégale du juge européen, in : Rachid Bahar/Rita Trigo Trindade (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives*, Schulthess, Genève 2013, pp. 107-151, p. 125.

⁵⁵ Cf. art. 6 SchG-UR, RS 10.1111 ; art. 130 SchG-BS, RS 410.100.

d'études, ainsi que les exigences posées au corps enseignant. La Suisse se distingue en cela de la France qui connaît un régime purement déclaratif⁵⁶.

En plus de l'autorisation, les écoles privées sont placées sous la surveillance de l'État. Cette exigence trouve son fondement directement dans la Constitution fédérale (art. 62 al. 2 Cst.)⁵⁷. D'après le Tribunal fédéral, la surveillance étatique a pour objectif d'éviter que les élèves soient soumis à un enseignement intolérant et dont les valeurs ne seraient pas en adéquation avec celles de l'école primaire⁵⁸. S'il s'avère que l'enseignement d'une école privée ne répond pas aux prescriptions légales, le canton peut retirer l'autorisation et ordonner le transfert des élèves de l'école privée à une école publique⁵⁹.

3. Le cadre juridique défini par la Constitution fédérale

A) Le droit à un enseignement de base suffisant (art. 19 Cst.)

L'art. 19 Cst. pose des exigences minimales qui s'imposent aux cantons dans l'aménagement de la formation. D'après cette disposition, l'enseignement de base doit être *suffisant*. Cette exigence s'impose tant aux établissements scolaires publics que privés⁶⁰. Elle vise à assurer une certaine égalité des chances⁶¹. La notion d'enseignement *suffisant* constitue un concept juridique indéterminé qui laisse aux cantons une certaine marge d'appréciation⁶². Il est généralement admis que cette notion se réfère au contenu et à la qualité de l'enseignement. Chaque enfant doit recevoir une instruction de base, c'est-à-dire ce qui est indispensable à son développement personnel⁶³. L'enseignement doit donner aux enfants les connaissances et les moyens nécessaires pour leur permettre de préparer leur vie d'adultes, d'apprendre et d'exercer une profession et de participer à la vie de la collectivité⁶⁴. Ce droit social n'implique cependant pas que chaque enfant puisse prétendre à un enseignement optimal, ni à celui qui lui serait le plus approprié⁶⁵. Dans tous les cas, l'enseignement doit être conforme aux capacités de l'enfant, de manière à le préparer à une vie autonome dans le quotidien

⁵⁶ En France, toute personne qui souhaite ouvrir un établissement d'enseignement privé doit déclarer son intention au maire de la commune (art. L. 441-1 du Code de l'éducation). À défaut d'opposition, l'école est ouverte à l'expiration du délai d'un mois à compter du dépôt de la déclaration.

⁵⁷ La direction des écoles privées peut cependant être confiée au secteur privé, cf. PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, ad art. 62 n° 10.

⁵⁸ Arrêt 2P.296/2002 du 28 avril 2003 consid. 4.1.

⁵⁹ PLOTKE (note 43), pp. 678 ss.

⁶⁰ Arrêt 2C_807/2015 du 18 octobre 2016 consid. 3.1.

⁶¹ D'après ZIMMERMANN, le principe de l'égalité des chances est « la raison d'être de l'école qui tend à (re)placer tous les individus dans des conditions initiales d'égalité et à instaurer une société fondée sur la méritocratie, atténuant l'inégalité des chances que la société impose à ses membres à la naissance. Une société doit juste se concentrer sur les opportunités de ses membres, d'où l'importance de l'égalité des chances du point de vue de la justice sociale », ZIMMERMANN (note 54), pp. 109 s.

⁶² ATF 133 I 156 consid. 3.1 p. 158 ; 130 I 352 consid. 3.2 p. 354 ; arrêt 2C_971/2011, précité, consid. 3.2.

⁶³ ATF 133 I 156 consid. 3.1 p. 158 ; 129 I 35 consid. 7.3 p. 38 ; 129 I 12, 16.

⁶⁴ Arrêt 2C_807/2015 du 18 octobre 2016 consid. 3.1 ; MAHON (note 57), ad art. 19 n° 8.

⁶⁵ Arrêts 2C_491/2012 du 26 juillet 2012 consid. 4.1 ; 2C_971/2011 du 13 août 2012 consid. 3.2 ; 2C_446/2010 du 16 septembre 2010 consid. 5.2.

d'aujourd'hui⁶⁶. L'enseignement ne doit pas seulement transmettre des connaissances scolaires, mais également encourager le développement social des élèves⁶⁷.

Dans l'affaire *al Huda*, le Tribunal fédéral a précisé cette notion plus en détail. Se fondant sur les dispositions cantonales zurichoises⁶⁸, il a identifié une série de critères à remplir en vue d'obtenir une autorisation permettant de fonder un établissement d'enseignement privé confessionnel. Nous les examinerons tour à tour. On précisera néanmoins que, bien que l'arrêt concerne le canton de Zurich, les différents critères dégagés par le Tribunal fédéral découlent à notre sens directement du droit à un enseignement de base suffisant garanti par l'art. 19 Cst. Ils ont, de la sorte, vocation à s'appliquer à l'ensemble des cantons⁶⁹.

a) *La conformité avec l'objectif éducatif de l'école publique et du programme d'étude*

Cette condition, qui figure expressément dans la plupart des législations cantonales⁷⁰, pose la question de l'équivalence de l'instruction entre l'enseignement privé et celui des écoles publiques. Elle implique une comparaison entre les plans d'études des écoles privées et publiques. Dans les deux cas, l'objectif éducatif postule l'intégration de futurs adultes à la vie sociale et professionnelle. Les élèves doivent donc disposer des outils de base pour leur permettre de préparer leur vie d'adultes, d'apprendre et d'exercer une profession et de participer à la vie de la collectivité.

Sur la base de ces considérations, le Tribunal fédéral a jugé qu'une proportion de 25% des effectifs alloués aux cours d'arabe et coranique compromettrait l'objectif éducatif de l'école publique et le programme d'étude⁷¹. La place accordée à la langue du lieu (principe de territorialité) dans le plan d'étude revêt ainsi une importance significative⁷². Certains cantons le précisent du reste expressément dans leur législation. Ainsi, la loi genevoise sur l'instruction publique (LIP) prévoit que l'école privée doit dispenser un nombre suffisant de cours en français, permettant ainsi aux élèves d'être intégrés dans la société locale⁷³. D'autres cantons vont plus en détail, à l'image de Bâle-Ville qui impose aux établissements privés une formation identique à celle de l'école publique s'agissant des cours de langue (y compris

⁶⁶ ATF 129 I 35 consid. 7.3 p. 39, in RDAF 2004 I p. 820.

⁶⁷ Arrêts 2C_686/2011 du 25 janvier 2012 consid. 2.3.3 ; 2C_738/2010 du 24 mai 2011 consid. 3.5.4 et 3.5.6 ; 2C_593/2010 du 20 septembre 2011 consid. 3.3.1.

⁶⁸ La loi zurichoise sur l'école publique et l'ordonnance y relative vont très loin dans la description des garanties minimales que doivent présenter les écoles privées. D'après l'art. 67 VSV-ZH (RS 412.101), celles-ci doivent notamment garantir que les élèves soient soutenus dans leur réussite, dans la formation de leur personnalité, ainsi que dans leur développement physique et psychologique, dans une mesure comparable à celle assurée par l'enseignement public. La gestion d'une école privée doit en outre offrir la garantie que les élèves ne soient pas soumis à des influences pédagogiques ou philosophiques fondamentalement contraires aux buts de l'école publique (art. 68 VSG-ZH).

⁶⁹ Il s'agit de garanties minimales, les cantons étant libres de fixer des règles plus précises. Pour un aperçu des particularités cantonales : cf. PLOTKE (note 43), pp. 672 ss.

⁷⁰ Cf. art. 7 al. 1 LOS-NE (RS 410.10) ; art. 7 al. 2 LEP-VD (RS 400.455) ; art. 21 al. 1 LIP-VS (RS 400.1) ; art. 6 let. a LEP-JU (RS 417.1) ; art. 66 al. 1 let. d LEO-BE (RS 432.210) ; art. 76 al. 2 let. c LS-FR (RS 411.0.1) ; art. 117 al. 1 let. a VSchulG-SG (RS 213.1) ; art. 16 SchG-GR (RS 421.000) ; art. 15 al. 2 let. b VBV-LU (RS 405) ; art. 15 SchG-SH (RS 410.100) ; art. 33 al. 1 let. a VVSch-AG (RS 421.313) ; art. 37 BG-OW (RS 410.1).

⁷¹ Arrêt 2C_807/2015 du 18 octobre 2016 consid. 4.2.4.

⁷² ANDREAS AURER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 2, Stämpfli, Berne 2013, p. 696.

⁷³ Art. 43 al. 2 LIP-GE (RS C 110). Cf. aussi art. 77 al. 1 et 2 LS-FR (RS 411.0.1).

langue étrangère), de mathématique et de science naturelle. Le canton prévoit en outre que les écoles privées doivent offrir des cours de musique et de sport⁷⁴.

b) Une définition mesurée des priorités religieuses

La législation zurichoise prévoit que les écoles privées peuvent définir des priorités, y compris de nature religieuse (art. 67 al. 2 VSV). En cela, le droit zurichois se singularise parmi les législations cantonales. On trouve en effet peu de référence explicite à la définition des priorités qu'entendent poursuivre les écoles privées. Ces priorités sont cependant inhérentes à tout établissement scolaire privé. Elles peuvent être de nature religieuse, pédagogique ou idéologique (à l'image, par exemple, des écoles Steiner ou Montessori). En droit français, on parle à cet égard du « caractère propre » d'un établissement⁷⁵. Cette notion, qui se rapproche de celle d'« entreprise de conviction » (ou « entreprise de tendance ») employée par la Cour EDH⁷⁶, permet de mettre en place une organisation éducative tenant compte de valeurs définies par le projet de l'établissement. Cela implique, d'abord, une liberté d'organisation et de structure. S'agissant d'établissements confessionnels, le caractère propre permet également de proposer, dans l'enseignement, une prise en compte du fait religieux et de la culture propre à la religion dont il est question. Toute la question consiste à déterminer l'ampleur que peuvent prendre les priorités religieuses.

Les priorités religieuses peuvent donc s'articuler autour de deux axes. D'une part, l'organisation structurelle et fonctionnelle de l'école et, d'autre part, la dispense de cours d'éducation religieuse.

La dimension islamique de l'école transparaît d'abord dans sa structure et sa gestion. Les écoles peuvent ainsi prévoir un lieu de culte pour la prière rituelle quotidienne et fermer l'établissement les vendredis après-midi et jours de fêtes musulmanes (Ramadan, *Aïd el-Fitr* et *Aïd el-Kebir*). Elles peuvent également séparer garçons et filles aux cours d'éducation physique et autoriser les enseignantes à porter le voile⁷⁷. De telles règles ou pratiques, en tant qu'elles assurent un traitement égalitaire entre garçons et filles, ne devraient pas poser de problèmes particuliers⁷⁸.

La question des cours dédiés à l'éducation islamique est plus délicate. Il va de soi que la dispense de cours d'éducation religieuse constitue un aspect important pour une école musulmane. Cela permet aux élèves de se familiariser aux préceptes de l'Islam. La difficulté consiste à déterminer la quantité et l'intensité admissible de l'éducation religieuse dans une école infantine. Cela pose la question sensible du « degré de religiosité » acceptable. On mesure déjà la subjectivité de l'approche. Le Tribunal fédéral apporte un premier élément de réponse : l'absence de séparation entre les contenus religieux et laïcs, en lien avec la position selon laquelle la connaissance de la religion constitue la base de toutes les expériences et de tous les apprentissages successifs des enfants, excède la définition des priorités religieuses, telle qu'ancrée dans la législation zurichoise⁷⁹. Il convient donc d'opérer une distinction nette entre éducation religieuse et cours ordinaires. C'est bien là que se situe le nœud du problème. Dans le cadre de l'enseignement privé confessionnel, dans lequel le projet pédagogique global

⁷⁴ Art. 131 al. 1 let. f SchG-BS, RS 410.100.

⁷⁵ La notion de caractère propre n'a cependant jamais été clairement définie, voir à ce sujet BERNARD TOULEMONDE, *Le Cinquantenaire de la Loi Debré, qu'est devenu l'enseignement privé ?*, *Revue du droit public* 2011, pp. 1182 s.

⁷⁶ Cour EDH, *Schüth contre Allemagne*, n° 1620/03 (2010) ; Cour EDH, *Siebenhaar contre Allemagne*, n° 18136/02 (2011) ; Cour EDH, *Obst contre Allemagne*, n° 425/03 (2010).

⁷⁷ La question du port du voile par les élèves ne se pose pas s'agissant d'écoles enfantines.

⁷⁸ ARNAUD HAQUET, *L'enseignement privé musulman dans une République laïque*, *RDFA* 2009 p. 515.

⁷⁹ Arrêt 2C_807/2015 du 18 octobre 2016 consid. 4.2.4.

est nécessairement inspiré par une religion, où se situe la frontière entre l'admissible et l'inacceptable ? Il appartiendra au corps enseignant de trouver un juste équilibre. Le succès de son approche dépendra de ses compétences pédagogiques. Dans le cadre de leur formation, les enseignants devraient en particulier apprendre à articuler connaissance religieuse et non religieuse, de manière à permettre aux élèves de dissocier ce qui relève d'un mode de penser religieux du reste de l'instruction.

Autre débat d'envergure : la question du contenu religieux transmis aux élèves. On pourrait certes arguer que le droit à un enseignement de base suffisant tiré de l'art. 19 Cst. implique une approche neutre et scientifique du fait religieux. On ne saurait ainsi tolérer des enseignements de contenus qui ne seraient pas conformes à ce qui est communément admis par la communauté scientifique (à l'image du créationnisme, par exemple). Mais qu'en est-il, par exemple, de l'enseignement relatif aux rôles de genre dans l'Islam ? À notre sens, les priorités religieuses ne devraient, en tous les cas, pas justifier la défense d'un statut inégalitaire de la femme⁸⁰.

c) *L'adhésion aux valeurs humanistes et démocratiques de l'école publique*

Tristan l'a rappelé dans son article sur l'égalité de traitement : « La tolérance, le pluralisme et l'ouverture d'esprit sont des valeurs essentielles de nos sociétés démocratiques »⁸¹. L'école est un vecteur privilégié de transmission de ces valeurs. Elle permet de sensibiliser les enfants très jeunes au monde qui les entoure et à la diversité des cultures, en favorisant une « cohabitation pacifique à long terme entre ces personnes animées de croyances ô combien diverses »⁸². Il incombe notamment aux autorités cantonales de prendre des mesures, à travers des programmes éducatifs, pour soutenir les cultures et les coutumes des minorités⁸³. L'école participe ainsi au premier chef « à la création de cette cohésion sociale en inculquant un esprit de tolérance, vecteur nécessaire à l'intégration des minorités au sein de la société »⁸⁴.

Cette mission est d'autant plus importante lorsque l'éducation se poursuit dans un système privé, où les différentes cultures et religions sont généralement peu représentées⁸⁵. L'orientation confessionnelle de l'école restreint nécessairement le contact des enfants avec les autres religions. S'ajoute à cela que le caractère privé, qui implique généralement des frais d'inscriptions, entraîne une faible diversité d'origine socio-économique parmi les élèves. La valorisation des différences est donc moins évidente que dans une école publique. Il faut avant tout éviter le repli sur soi-même et sur sa propre culture. L'enseignement doit ainsi mettre en avant la tolérance entre les religions et contribuer à la connaissance de la mixité. Les enseignants doivent également chercher à éveiller l'esprit critique des élèves, leur permettant

⁸⁰ ADRIAN LORETAN, Zur öffentlich-rechtlichen Anerkennung weiterer Religionsgemeinschaften, in : Pahud de Mortanges (éd.), *Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften : Zukunfts- oder Auslaufmodell ?*, Schulthess, Fribourg 2015, pp. 39-69, pp. 61s.

⁸¹ ZIMMERMANN (note 54), p. 126

⁸² ZIMMERMANN (note 15), p. 1503.

⁸³ Voir l'art. 12 de la Convention-cadre du 1er février 1995 pour la protection des minorités nationales (RS 0.441.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 1er février 1999, qui impartit aux États de prendre des mesures dans le domaine de l'éducation et de la recherche pour promouvoir la connaissance de la culture, de l'histoire, de la langue et de la religion de leurs minorités nationales aussi bien que de la majorité. Voir aussi BARBARA WILSON, La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales : quels droits pour la majorité juive et quelles obligations pour l'État partie ?, *PJA* 2016, pp. 342-348, p. 347.

⁸⁴ WILSON (note 83), p. 1503.

⁸⁵ Le droit zurichois le reconnaît expressément : d'après l'art. 2 VSG-ZH (RS 412.100), les écoles privées doivent respecter les droits fondamentaux, adhérer aux valeurs démocratiques et défendre les intérêts de chacun dans une société pluraliste. Voir aussi art. 131 let. a SchG-BS, RS 410.100.

ainsi de prendre de la distance face aux enseignements. Les priorités religieuses définies par l'établissement ne l'empêchent pas de prôner l'ouverture aux autres cultures et religions. Au contraire, selon nous, elles l'imposent.

d) Les qualifications professionnelles pédagogiques du corps enseignant

L'autorisation est en outre subordonnée à la condition que le corps enseignant présente des qualifications pédagogiques reconnues. Ce critère découle directement de la jurisprudence⁸⁶. Dans l'affaire *al Huda*, le Tribunal fédéral s'y est référé, quand bien même cette exigence ne figurait pas expressément dans le droit cantonal zurichois. Cette condition est néanmoins prévue dans la plupart des réglementations cantonales⁸⁷. Les personnes, physiques ou morales, souhaitant ouvrir un établissement scolaire privé devront donc joindre à leur requête une liste des titres attestant des qualifications professionnelles du corps enseignant. La création d'écoles privées musulmanes devra sans doute s'accompagner d'une offre de formation pour les enseignants. Il s'agit là d'un chantier encore à développer. Les enseignants devront notamment suivre des cours de pédagogie infantine et apprendre à dissocier l'apprentissage du fait religieux de celui des autres matières, de manière à dispenser un enseignement conforme à l'objectif éducatif de l'école publique.

B) Le respect des droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.)?

En plus de ce cadre minimal posé par l'art. 19 Cst., on peut se demander si les écoles privées sont tenues de respecter les droits fondamentaux. Il va de soi que les droits fondamentaux garantis par la Constitution sont destinés à protéger le citoyen contre des atteintes de la part de l'État. Ils n'offrent, en revanche, aucune protection contre les activités d'une personne privée⁸⁸. La Constitution fédérale réserve toutefois la situation dans laquelle un privé exerce une tâche publique. Dans ce cas, le particulier est lié par le respect des droits fondamentaux, en raison de la « parcelle de la puissance publique » dont il est investi⁸⁹.

D'après l'art. 35 al. 2 Cst., quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. La situation est claire s'agissant d'écoles publiques : l'art. 35 al. 2 Cst. s'applique sans restriction⁹⁰. Il en découle une jurisprudence importante, notamment en relation avec le respect de la liberté religieuse⁹¹. Qu'en est-il, cependant, des établissements scolaires privés ? La question fait écho à deux affaires récentes

⁸⁶ Arrêts 2C_686/2011 du 25 janvier 2012 consid. 2.3.4 ; 2C_592/2010 du 20 septembre 2011 consid. 2.1 et 3.1. Ces arrêts se réfèrent à la doctrine exprimée dans ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN, *Soziale Grundrechte und soziale Zielsetzungen*, in : Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (éd.), *Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, C.F. Müller, Heidelberg 2007-2009, § 224 p. 611.

⁸⁷ Art. 19 al. 2 LIP-VS, RS 400.1. Cf. aussi l'art. 5 al. 1 let. b LEP-JU (RS417.1) ; art. 76 al. 2 let. a LS-FR (RS 411.0.1) ; art. 75 al. 4 SchG-ZG (RS 412.11) ; art. 120 al. 1 VSchG-SG (RS 213.1) ; art. 6 al.4 BG-GL (RS IV B/1/3) ; art. 33 al. 1 let. a VVSch-AA (RS 421.313). Cf. aussi art. 66 al. 1 let. b LEO-BE (RS 432.210) qui impose uniquement que les personnes qui dispensent l'enseignement soient « contrôlées par des personnes dotées des qualifications pédagogiques requises ».

⁸⁸ ATF 118 Ia 46, in JdT 1994 I p. 579.

⁸⁹ FF 1997 I 1 p. 194. Cf. TRISTAN ZIMMERMANN, *L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine*, in : Jean-François Dunand/Pascal Mahon (éd.), « *Le droit décloisonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Schulthess, Genève 2009, pp. 27-53, p. 33.

⁹⁰ ATF 142 I 49 consid. 4.1 p. 55.

⁹¹ ATF 142 I 49 ; 139 I 280 ; 135 I 79 ; 134 I 114 ; 129 I 74 ; 119 Ia 178 ; 117 Ia 311 ; arrêts 2C_1079/2012 du 11 avril 2013 ; 2C_897/2012 du 14 février 2013 ; 2C_724/2011 du 11 avril 2012.

relayées dans la presse française. Dans la première affaire, une mère de famille s'était vue interdire l'accès à une école privée catholique dans laquelle ses enfants étaient scolarisés, au motif qu'elle refusait d'enlever son voile⁹². Dans la seconde, une crèche privée licenciat l'une de ses employées, au motif qu'elle manifestait ostensiblement son appartenance religieuse par le port du voile islamique⁹³. La mère de famille, respectivement l'employée, peuvent-elles invoquer leur liberté religieuse face à des établissements privés ?

La réponse à cette question implique d'examiner de plus près le champ d'application de l'art. 35 al. 2 Cst. Deux critères se dégagent de la jurisprudence pour déterminer si l'activité confiée à un particulier constitue une « tâche de l'État » au sens de cette disposition: il doit s'agir a) d'une activité de l'État b) déléguée par ce dernier ou par l'un de ses organes conformément à la loi ou la Constitution. La première condition ne pose pas de difficulté particulière : l'enseignement de base figure parmi les tâches de l'État (cf. art. 19 Cst.). Peu importe à cet égard que l'État n'exerce pas de monopole en la matière⁹⁴. Ensuite, peut-on parler de « délégation » lorsqu'un établissement privé décide d'assumer une tâche de l'État en parallèle à l'offre publique ? Une partie de la doctrine l'admet : par l'octroi d'une autorisation d'ouvrir une école privée, le canton délègue une tâche étatique à l'établissement scolaire⁹⁵. En application de l'art. 35 al. 2 Cst., l'école privée serait ainsi tenue de respecter les droits fondamentaux. À notre sens, cette solution ne s'imposerait que dans la mesure où l'établissement agit dans le cadre de l'enseignement de base, ce par quoi il faut entendre non seulement le contenu de l'enseignement, mais également la manière de le dispenser, voire plus généralement l'environnement scolaire. Dans une telle configuration, l'État ne saurait se soustraire à l'obligation de respecter les droits fondamentaux en confiant cette tâche à des privés⁹⁶. Dans l'accomplissement de cette tâche, l'établissement privé doit ainsi ménager un juste équilibre entre les principes qu'il entend promouvoir et les droits fondamentaux d'autrui qui pourraient entrer en conflit avec ces principes⁹⁷. En dehors de cette activité, l'école privée ne serait pas liée par les droits fondamentaux. Ainsi, dans l'affaire française évoquée précédemment, la mère de famille souhaitant porter le foulard dans l'enceinte de l'école privée ne pourrait pas invoquer directement sa liberté religieuse garantie par l'art. 15 Cst. à l'égard de l'établissement privé. En revanche, la question est plus délicate s'agissant de l'enseignante qui souhaite porter le voile en cours. En pareille hypothèse, doit-on considérer que l'établissement privé intervient comme un organe de l'État, détenteur de la puissance publique? À supposer que tel soit le cas, il faudrait alors que l'interdiction de porter le voile prononcée à l'égard de l'enseignante repose sur une base légale suffisante, réponde à un intérêt public prépondérant et respecte le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.).

Quoi qu'il en soit, les règlements internes édictés par les écoles privées doivent être interprétés à l'aune des exigences particulières qui résultent des droits fondamentaux (art. 35 al. 3 Cst.⁹⁸). Cela correspond à l'approche de la Cour EDH dans l'arrêt *Siebenhaar c. Allemagne*⁹⁹. L'affaire portait sur le licenciement d'une éducatrice dans une garderie d'enfants tenue par une

⁹² Cf. HUGUES FULCHIRON/MATHILDE PHILIP-GAY, La laïcité : un principe, des valeurs, *Recueil Dalloz* 2015 p. 274. D'après ces auteurs, l'interdiction prononcée à l'égard de la mère, contraire à la loi, révèle une « profonde méconnaissance de ce qu'est la laïcité ».

⁹³ THIERRY LAMARCHE/STEPHANE MOUTON, Principe de laïcité : affaire Baby Loup : levons le voile sur une entreprise de conviction peu convaincante, pour mieux observer le principe de laïcité, *Constitutions* 2014 p. 211.

⁹⁴ BERNHARD WALDMANN, *ad art.* 35 n° 20.

⁹⁵ HÖRDEGEN (note 40), p. 299.

⁹⁶ WALDMANN (note 94), *ad art.* 35 n° 19. ATF 141 V 557 consid. 5.3 pp. 566 ss ; 141 I 338 consid. 6 p. 343. Cf. aussi ATF 133 I 49 ; 127 I 84.

⁹⁷ Cf. Arrêts 2C_421/2013 du 21 mars 2014 consid. 6.4.1 ; 2C_167/2012 du 1^{er} octobre 2012 consid. 4.

⁹⁸ D'après cette disposition, les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

⁹⁹ Cour EDH, *Siebenhaar contre Allemagne*, n° 18136/02 (2011).

paroisse protestante. L'Église protestante, qui en dépit de son statut de personne morale de droit public n'exerçait aucune prérogative de puissance publique, reprochait à la requérante d'avoir proposé des cours d'initiation (*primary lessons*) pour le compte d'une communauté appelée « l'Église universelle/Fraternité de l'humanité ». La Cour a d'abord constaté que la requérante se plaignait non pas d'une action de l'État, mais d'un manquement de celui-ci à protéger le droit à la liberté de religion de celle-ci contre l'ingérence de son employeur. En pareille situation, la Cour EDH a précisé que lorsqu'il appartenait au juge d'appliquer les prescriptions des Églises et communautés religieuses employeurs, ce dernier devait veiller à ce qu'en appliquant ces prescriptions il ne se mette pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique¹⁰⁰.

4. Le cas particulier de l'école enfantine

Un dernier point mérite d'être mentionné en relation avec l'âge des enfants concernés dans l'affaire *al Huda*. L'arrêt porte sur la création d'une école enfantine (*Kindergarten*). Il vise donc les élèves de la petite enfance (de 4 à 6 ans), ce qui constitue un stade très précoce du développement de la personnalité. Le raisonnement du Tribunal fédéral ne contient cependant aucune considération relative au jeune âge des enfants concernés. À notre sens, ce point méritait davantage d'attention. Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral avait pourtant relevé que la protection de l'enfant était d'autant plus importante que celui-ci était jeune et influençable (« *Im Vordergrund steht der Schutz der Kinder ; ein solcher erscheint um so gebotener, je jünger und beeinflussbarer diese sind* »¹⁰¹).

Dans l'affaire *Dahlab*, la Cour EDH s'est montrée sensible à cet élément. Pour rappel, l'affaire portait sur un licenciement prononcé à l'égard d'une enseignante qui refusait d'enlever le voile¹⁰². La requérante enseignait dans une classe d'enfants entre quatre et huit ans. Dans l'examen de la proportionnalité, la Cour EDH a souligné que la salariée s'adressait « à de jeunes enfants particulièrement influençables [...] se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions ». En France, des considérations similaires avaient été au cœur d'une affaire très médiatisée portant sur le licenciement d'une salariée d'une crèche privée laïque en raison de sa décision de porter le voile islamique dans l'exercice de ses fonctions de directrice adjointe. La Cour d'appel de Paris a rejeté la demande de la salariée visant à faire constater la nullité de la mesure. Les juges ont notamment souligné que l'enseignante était en charge de l'accueil et de l'accompagnement éducatif de jeunes enfants¹⁰³. Ce point faisait l'objet d'inquiétudes : « pouvait-on accepter que de jeunes enfants, dont les représentations mentales étaient en phase de construction, puissent recevoir l'image d'une femme revêtue du voile intégral ? »¹⁰⁴. Après une longue saga judiciaire, la Cour d'appel de Paris a répondu par la

¹⁰⁰ Cour EDH, *Siebenhaar contre Allemagne*, n° 18136/02 (2011), § 45.

¹⁰¹ Arrêt 2P.296/2002 du 28 avril 2003 consid. 5.2.2.

¹⁰² Cf. *supra* note 24.

¹⁰³ Voir aussi JEAN MOULY, L'affaire *Baby Loup* devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité ?, *Recueil Dalloz* 2014 p. 65 ; JEAN-EMMANUEL RAY, À propos d'une rébellion, *Droit social* 2014, p. 4 ; PATRICE ADAM, *Baby Loup* : horizons et défense d'une jurisprudence anathème, *Revue de droit du travail* 2013, p. 385 ; BERNARD ALDIGÉ, Le champ d'application de la laïcité : la laïcité doit-elle s'arrêter à la porte des crèches ?, *Recueil Dalloz* 2013, p. 956 ; FRANÇOIS GAUDU, L'entreprise de tendance laïque, *Droit social* 2011 p. 1186.

¹⁰⁴ THIERRY LAMARCHE/STEPHANE MOUTON, Principe de laïcité : affaire *Baby Loup* : levons le voile sur une entreprise de conviction peu convaincante, pour mieux observer le principe de laïcité, *Constitutions* 2014 p. 211. Voir aussi STEPHANE MOUTON/THIERRY LAMARCHE, Affaire *Baby Loup* : suite et fin ? Une décision en demi-teinte qui ne protège pas la neutralité nécessaire aux missions d'intérêt général, *AJDA* 2014 p. 1842, où les auteurs parlent de la difficulté d'imposer à « de jeunes enfants, confiés sans distinction politique, culturelle ou confessionnelle, de se construire dès leur plus jeune âge avec la représentation de la femme revêtue du voile intégral, comme étant l'image normalité de la condition féminine dans une société laïque, cela sans le consentement des parents ».

négative¹⁰⁵. Le débat suscité par cette question a fini par aboutir à une proposition de loi, adoptée par le Sénat le 17 janvier 2012, prévoyant que les établissements et services accueillant des enfants *de moins de six ans* et recevant une aide publique sont soumis à une obligation de neutralité en matière religieuse. La loi proposait donc de choisir la protection des enfants en bas âge comme justification de l'application du principe de laïcité¹⁰⁶.

Ces considérations plaident en faveur d'une protection étendue des enfants en bas âge. À ce stade de la construction identitaire, les paroles des enseignants sonnent comme des vérités inébranlables. Lorsque l'école propose de former de jeunes enfants, il convient ainsi d'apporter une attention particulière au contenu et à l'organisation des cours et de s'assurer que les enseignants se donnent les moyens d'apporter un sens critique aux élèves. Un enseignement adapté à l'âge des enfants implique au demeurant que les enseignants bénéficient d'une formation pédagogique spécialisée dans le domaine de la petite enfance.

Conclusion

L'affaire *al Huda* révèle l'équilibre délicat qui existe entre religion, enseignement et petite enfance. Au cœur de la question : la transmission des savoirs, l'intégration de futurs adultes et l'esprit critique. La dimension religieuse ne peut transparaître que dans les limites fixées par ce cadre. Pour obtenir une autorisation, l'école devra proposer un programme d'étude conforme à l'objectif éducatif de l'école publique, définir des priorités religieuses mesurées, adhérer aux valeurs humanistes et démocratiques de l'école publique et engager des enseignants disposant de qualifications professionnelles pédagogiques. L'application de ces critères aboutira sans doute à des solutions discutables parce que subjectives. Les autorités publiques devront en particulier s'interroger sur les valeurs défendues par l'école ainsi que les méthodes et pratiques d'enseignement. Plus les élèves sont jeunes, plus les critères doivent recevoir une application stricte. Enfin, en ce qui concerne l'enseignement de base, l'école devra se comporter comme une personne publique tenue de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

À n'en pas douter, les écoles musulmanes qui rempliront ces critères proposeront des structures intéressantes : la dimension religieuse de l'école implique des aménagements structurels et organisationnels permettant d'intégrer la culture et la foi des élèves (et de leurs parents) dans leur quotidien. Les enseignantes pourront quant à elles exercer leur métier tout en portant le voile. Ces écoles perdent toutefois en diversité culturelle. À cela s'ajoutent les risques de communautarisme et les difficultés de socialisation que risquent d'éprouver les

¹⁰⁵ Le 13 décembre 2010, le Conseil de prudhommes de Mantes-la-Jolie a rejeté l'ensemble des prétentions soulevées par l'employée contre son licenciement. Par arrêt du 27 octobre 2011, la Cour d'appel de Versailles a confirmé cette décision. Le 19 mars 2013, la chambre sociale de la Cour de Cassation a admis le recours contre cet arrêt et renvoyé la cause devant la Cour d'appel de Paris pour nouvelle décision. Par arrêt du 27 novembre 2013, cette autorité a confirmé la régularité du licenciement.

¹⁰⁶ À noter que cette proposition a été critiquée dans la doctrine. D'après MOULY par exemple, s'il s'agissait « vraiment de protéger l'être en construction des jeunes enfants, il faudrait appliquer le principe de neutralité à tous les établissements en charge de la petite enfance. Sauf à remarquer que, comme une telle solution risquerait de porter une trop grave atteinte au principe de liberté religieuse, il conviendrait de réserver le cas des établissements confessionnels faisant expressément référence à une doctrine religieuse », JEAN MOULY, L'affaire Baby Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité ?, *Recueil Dalloz* 2014 p. 65.

jeunes qui auront grandi dans ces structures. Les parents des filles *Osmanoğlu*¹⁰⁷ l'avaient bien compris : « lorsque les parents doivent finalement envoyer dans des écoles privées leurs enfants qui se sont vu nier dans les écoles nationales une identité basée sur leur religion musulmane, cela n'arrange ni l'intégration des enfants ni leur équilibre [...] c'est de cette manière que la formation de sociétés parallèles non désirées est favorisée et que, partant, la préoccupation de l'intégration ne peut être invoquée au titre de l'intérêt public »¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cf. *supra* p. 224.

¹⁰⁸ Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş contre Suisse*, n° 29086/12 (2017), § 59.

Laïcité et dispositions constitutionnelles genevoises : synthèse des travaux de l'assemblée constituante

IRÈNE RENFER*

Introduction

La laïcité, thématique, nous le savons tous, privilégiée de Tristan Zimmermann a été inscrite dans la constitution genevoise de 2012, ce qui constitue une nouveauté dans le paysage constitutionnel genevois. Nous ne nous pencherons pas ici sur la notion même de laïcité ou sur la disposition constitutionnelle la consacrant directement, mais retracerons brièvement les travaux de l'Assemblée constituante relatifs à différents aspects liés à la question de la laïcité.

Le débat de la concrétisation législative est ici laissé au législateur qui est à l'heure actuelle saisi de projets de lois sur cette thématique¹, les considérations de nature plus philosophiques à des penseurs, et il s'agit donc de retracer un bref aperçu du texte constitutionnel tel qu'il est ressorti des travaux de l'Assemblée constituante et a été approuvé par le corps électoral genevois en mettant en exergue ses différences et ses similitudes avec la constitution de 1847. Les recherches dans les travaux de l'Assemblée constituante nous permettront de retrouver l'engagement de Tristan Zimmermann dans son rôle de constituant.

I. Dispositions de la constitution de 1847 non reprises dans la constitution de 2012

1. Enseignement religieux

La notion même d'enseignement religieux nécessite à titre d'introduction une clarification afin d'opérer une distinction avec l'enseignement du fait religieux.

Cette distinction prend toute sa force dans les débats actuels liés à la laïcité et à l'école publique. Ainsi, si l'on se réfère à la brochure publiée en 2016 par le Département de l'instruction publique, de la culture et du sport (DIP), la laïcité qui implique la neutralité

* Docteure en droit, secrétaire adjointe au secrétariat général du Grand Conseil.

¹ Voir PL 11764, PL 11766 et PL 11927.

religieuse de l'Etat ne signifie pas pour autant la « *négation du fait religieux* »². Dans ce sens, l'enseignement du fait religieux doit être compris comme « *un enseignement sur la religion* » ayant pour objectif la transmission de connaissances et non pas une vocation « *de nature catéchétique* »³.

L'enseignement religieux, distinct des autres volets de l'instruction faisait partie des dispositions constitutionnelles relatives à l'instruction publique dans la constitution de 1847⁴.

La Commission 1 chargée d'étudier les dispositions générales et les droits fondamentaux (COT 1) a considéré lors de ses travaux préparatoires que tant le respect de la laïcité que de la neutralité religieuse de l'Etat avait pour corollaire que l'enseignement religieux n'avait pas sa place dans le programme scolaire public⁵.

La Commission 5, chargée d'étudier le rôle et les tâches de l'Etat ainsi que les finances a proposé à la plénière, dans son rapport dédié à l'enseignement, un enseignement public et laïc. Cette proposition, acceptée par l'Assemblée constituante, se retrouve dorénavant à l'article 193 de la nouvelle constitution qui ne prévoit plus un enseignement religieux mais bien un enseignement laïque.

Quant à l'enseignement du fait religieux, si cette question a été débattue par les commissions de l'Assemblée constituante, il est apparu qu'il n'était pas nécessaire de l'inscrire dans le texte constitutionnel et qu'il était opportun de laisser la Loi sur l'instruction publique le définir⁶. Dans sa teneur actuelle, la Loi sur l'instruction publique contient des dispositions relatives au respect des convictions religieuses (art. 11) et à la neutralité religieuse (art. 15). Il ne s'agit toutefois pas de règles propres liées à l'enseignement du fait religieux. Dans l'actuel débat lié à la laïcité de l'Etat, le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat⁷ contient une disposition prévoyant l'enseignement du fait religieux dans les enseignements scolaires publics, tout en l'inscrivant dans l'esprit de la Loi sur l'instruction publique.

2. Congrégations

La constitution de 1847 disposait à son article 176 que toute corporation ou congrégation ne pouvait s'établir dans le canton sans l'autorisation du Grand Conseil statuant sur préavis du Conseil d'Etat. Toute autorisation était par ailleurs révocable. La commission thématique 1 jugeant que cet article était « *caduc, car il était invalidé par le droit supérieur, notamment la liberté d'association garantie par la Constitution fédérale (art. 23)* »⁸ a ainsi proposé à l'Assemblée constituante de ne pas reprendre cette disposition dans le projet de nouvelle constitution⁹. Lors de leurs travaux, les membres de la commission avaient relevé que d'une part cette disposition reflétait l'époque du *Kulturkampf* et que d'autre part, le droit fédéral permet de prendre les mesures nécessaires contre des associations qui prendraient forme dans un but illicite notamment¹⁰. Lors des débats en plénière, à l'examen du rapport 103 « *Laïcité et relations avec les communautés religieuses* », les constituants n'ont pas traité explicitement de

² Bochure *La laïcité à l'école*, Département de l'instruction publique, de l'instruction et du sport, 2016, p. 3.

³ TRISTAN ZIMMERMANN, *La laïcité et la République et canton de Genève*, in : La semaine judiciaire II, volume 133 (2011), p. 70.

⁴ Art. 163 cst. 1847.

⁵ Rapport sectoriel 103, p. 5.

⁶ ZIMMERMANN (note 3), p. 69.

⁷ PL 11764.

⁸ Rapport sectoriel 103, p. 5.

⁹ Rapport sectoriel 103, p. 5.

¹⁰ Commission 1, PV n°30, p. 4.

la non-reprise de la disposition relative aux congrégations et n'ont pas fait de proposition pour la conserver¹¹. Suite au consensus pour sa disparition cette norme n'a donc pas été inscrite dans le projet de nouvelle constitution.

3. Eligibilité et laïcité

A) Notion d'éligibilité

S'agissant de la question de l'éligibilité nous préciserons tout d'abord que cette notion doit être distinguée de celle de la compatibilité. L'éligibilité indique l'aptitude à être valablement élu¹². Ainsi, si l'inéligibilité implique l'impossibilité même de se faire élire, l'incompatibilité quant à elle désigne non pas l'impossibilité de se faire élire, mais celle d'exercer conjointement deux fonctions.

L'inéligibilité constitue donc une barrière même à l'élection en excluant la candidature d'une catégorie de personnes, alors que la notion d'incompatibilité n'empêche pas une élection mais implique un choix de fonction une fois l'élection réalisée.

L'inéligibilité constitue ainsi une cause d'invalidation, l'élection n'ayant pas d'effet, alors que l'incompatibilité n'empêche pas une élection valable¹³.

Prise dans le cadre de l'éligibilité, la laïcité se comprend comme l'absence de lien avec le clergé, la condition du laïc s'opposant ainsi à celle de l'ecclésiastique. L'on trouve dans le message concernant la garantie de la Constitution révisée du canton de Genève suite à la votation du 27 novembre 2005 (FF 2006 8337), une définition de l'ecclésiastique qui est « *une personne qui appartient à une communauté religieuse durablement organisée et jouit au sein de celle-ci d'une position particulière ; point n'est toutefois besoin qu'il justifie d'une formation spéciale ou d'une certaine durée.* »¹⁴ A cela s'ajoute la précision selon laquelle « *[l]a majorité de la doctrine ajoute à ces critères un élément fonctionnel, en ce sens que l'activité religieuse doit s'exercer à temps principal, c'est-à-dire au moins à mi-temps.* »¹⁵

B) Eligibilité et laïcité dans la constitution de 1847

La constitution de 1847 comprenait deux dispositions relatives à l'éligibilité et à la laïcité. Il s'agissait des articles 72 et 104. Le premier concernait l'éligibilité au Grand Conseil et indiquait que les citoyens laïques étaient éligibles. Le deuxième imposait la même condition pour l'éligibilité au Conseil d'Etat.

Lors de la création de la Cour des comptes, la nouvelle disposition constitutionnelle prévoyait également que seuls les laïques seraient habilités à être élus¹⁶. Or, l'Assemblée fédérale a accordé la garantie à l'ensemble des modifications votée par le corps électoral le 27 novembre 2005, à l'exclusion de la partie de l'article 141, alinéa 3 imposant la laïcité comme condition

¹¹ Voir débats sur le rapport sectoriel 103 dans le Bulletin officiel, Tome IV, pp. 1288 ss.

¹² JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *ad art.* 143, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 1128.

¹³ AUBERT (note 12), *ad art.* 144, p. 1132.

¹⁴ FF 2006 8341.

¹⁵ FF 2006 8341.

¹⁶ Voir art. 141, al. 3 cst. GE tel qu'approuvé par le corps électoral le 27 novembre 2005.

d'éligibilité. En effet, dans le cadre de l'examen de la conformité au droit supérieur il a été relevé que l'exclusion des ecclésiastiques constituait une discrimination au sens de l'article 8, alinéa 2 de la Constitution fédérale¹⁷. La limitation de l'éligibilité des ecclésiastiques a également été considérée comme portant atteinte à la liberté religieuse¹⁸. Finalement, sous l'angle des droits politiques qui protègent le droit d'élire et d'être élu, et par là-même couvrent la liberté de tout ecclésiastique d'être élu à une fonction étatique, la restriction apportée par la disposition constitutionnelle ne se justifiait pas au regard de l'ordre et la paix publics¹⁹.

En conséquence, la garantie de l'Assemblée fédérale n'a pas été accordée à la condition de la laïcité contenue dans l'article 141, alinéa 3 en raison de son caractère discriminatoire, son atteinte à la liberté religieuse ainsi qu'au droit d'élire et d'être élu. Les autorités cantonales devant faire le nécessaire pour invalider la règle cantonale incriminée²⁰, le mot « *laïques* » a été supprimé de la disposition constitutionnelle.

C) Eligibilité et laïcité dans la constitution de 2012

Lors de ses travaux, l'Assemblée constituante a abordé la question de l'éligibilité en lien avec la laïcité. Ainsi, si la Commission thématique chargée de l'examen des « Dispositions générales et droits fondamentaux » (COT 1) a estimé que les dispositions précitées applicables au Grand Conseil et au Conseil d'Etat étaient caduques, elle a laissé le soin à la Commission thématique « Institutions : les 3 pouvoirs » (COT 3) de se prononcer sur la question²¹.

La COT 3 a ainsi proposé en lecture 0 une thèse libellée comme suit : « *Les membres du Grand Conseil sont laïques* »²² ainsi qu'une thèse relative au Conseil d'Etat : « *Pour le Conseil d'Etat, maintien de la clause de laïcité comme condition d'éligibilité* »²³. La condition de la laïcité proposée par la commission a été débattue en plénière et nous pouvons notamment relever l'intervention de Tristan Zimmermann qui n'a pas manqué de relever la problématique de la garantie de l'Assemblée fédérale et du refus de l'octroyer dans le cadre de la révision constitutionnelle relative à la Cour des comptes mentionnée ci-dessus²⁴. Lors des votes en plénière, l'Assemblée a finalement décidé de ne pas inscrire la laïcité comme condition d'éligibilité²⁵. Lors de la suite des travaux, l'Assemblée constituante n'a pas modifié cette position, dès lors la constitution de 2012 ne contient pas cette exigence.

A noter que dans le cas de la Cour de comptes, le débat n'a pas été ouvert et la condition de laïcité n'a pas été proposée pour ses membres²⁶.

¹⁷ FF 2006 8342.

¹⁸ FF 2006 8342.

¹⁹ FF 2006 8342.

²⁰ VINCENT MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Schulthess, Bâle 1999 p. 463.

²¹ ZIMMERMANN (note 3), pp. 73-74. Voir également Rapport sectoriel 103, p. 5.

²² Thèse 301.81.e, Rapport sectoriel 301, p. 29.

²³ Thèse 302.31.b, Rapport sectoriel 302, p. 18.

²⁴ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome VI, p. 2870.

²⁵ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome VI, pp. 2881-2882.

²⁶ Rapport sectoriel 304, pp. 21 ss.

II. Constitution de 2012

1. Armoiries

Les armoiries de Genève ont été inscrites, sans être modifiées, dans la constitution de 2012. Y figurent l'écusson ainsi que sa description « *Les armoiries de la République et canton de Genève représentent la réunion de l'aigle noire à tête couronnée sur fond jaune et de la clé d'or sur fond rouge. Le cimier représente un soleil apparaissant sur le bord supérieur et portant le trigramme IHS en lettres grecques* » (art. 7, al. 1). La devise « *Post tenebras lux* » (art. 7, al. 2) est également inscrite en toutes lettres.

Si les armoiries tout comme la devise ont été conservées, leur inscription dans la constitution constitue une nouveauté. Lors des débuts des travaux de l'Assemblée constituante et des votes indicatifs effectués en plénière, la question des armoiries et de la devise a été débattue. En effet, en lien avec la laïcité, plusieurs éléments ont pu être relevés : la clé, référence à l'évêché, la devise « *Post tenebras lux* », rattachée à la Réforme, ainsi que le cimier portant le trigramme ΙΗΣ. Lors de ces premiers débats, la majorité de la commission chargée d'étudier les dispositions générales et les droits fondamentaux a proposé à la plénière de maintenir l'ensemble de ces éléments et de les inscrire dans le projet de constitution. La majorité estimait en effet que : « *Quels que soient les symboles ecclésiastiques ou religieux figurant sur les armoiries actuelles, y compris la mention du cimier ("IHS, Jésus sauveur des Hommes") ou de la devise ("Post Tenebras Lux", "Après les ténèbres la lumière"), l'histoire doit avoir valeur de mémoire et de rassemblement, indépendamment des convictions de chacun.* »²⁷ Une minorité suggérait toutefois de supprimer le trigramme IHS du cimier²⁸. La minorité soutenait alors que si la population genevoise était attachée à son drapeau, tout comme à la devise, il était envisageable de se passer du cimier, notamment en raison du principe de laïcité²⁹. Cette proposition a été refusée lors du vote de principe de la plénière³⁰.

Dans son rapport en vue de la lecture 0, la majorité de la commission a maintenu cette position. Une minorité, dont faisait partie Tristan Zimmermann, a proposé à la plénière une thèse formulée comme suit : « *Les armoiries du canton³¹ de Genève représentent la réunion de l'aigle noir à tête couronnée sur fond jaune et la clé d'or sur fond rouge. Le cimier représente un soleil apparaissant sur le bord supérieur. La devise du canton est "Post tenebras lux"* »³². La minorité, soulevant la signification historique des armoiries estimait en revanche que le trigramme affichant « *une devise chrétienne caractéristique* » ne devait pas être maintenu³³. Cette thèse de minorité a été refusée en plénière³⁴, confirmant ainsi le vote de principe antérieur. L'Assemblée constituante n'est pas revenue spécifiquement sur ces aspects dans la suite de ses débats. Il a toutefois été relevé par certains qu'après avoir voté un article sur la laïcité, le cimier et le trigramme IHS n'étaient pas « *vraiment un exemple de laïcité* »³⁵.

²⁷ Commission 1 « Principes généraux et droits fondamentaux », Rapport intermédiaire 1 - 22.9.2009, p. 7.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome II, p. 546.

³⁰ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome II, p. 549.

³¹ Amendé en première lecture « de la République et du canton », Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XIV, p. 7320.

³² Commission 1, rapport sectoriel 101, p. 12.

³³ Commission 1, rapport sectoriel 101, p. 12.

³⁴ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1340.

³⁵ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XXI, p. 10627.

2. Edifices ecclésiastiques

La Constitution de 2012 fait également état d'une disposition relative aux édifices ecclésiastiques, avec notamment un alinéa spécifique au temple de Saint-Pierre (art. 218). Si la formulation diffère quelque peu de l'article constitutionnel antérieur, il n'en demeure pas moins que l'essentiel de l'ancien article 166 a été repris dans les travaux de l'Assemblée constituante. Ainsi, la majorité de la COT 1, a-t-elle estimé que la mention au temple de Saint-Pierre se justifiait en raison de son caractère historique³⁶. De même, la possibilité de disposer de cet édifice pour des cérémonies civiques a été reprise par la majorité de la commission estimant que « *ce lieu dépass[ait] largement sa destination religieuse principale, qu'il [était] aussi un symbole, une image de notre cité* »³⁷.

S'agissant du titre même de l'article, si dans la constitution de 1847 tout comme dans les premières versions des travaux de l'Assemblée constituante il figurait sous « *Edifices religieux* », celui-ci a été modifié afin de devenir l'actuel titre, à savoir « *Edifices ecclésiastiques* ». Cette modification a été proposée par la commission de rédaction à l'issue des travaux de la deuxième lecture afin d'harmoniser le titre avec le contenu de la disposition constitutionnelle³⁸.

La question des cérémonies officielles pour lesquelles l'Etat dispose du temple de Saint-Pierre a fait l'objet de débats en séance plénière et la proposition de prévoir que les cérémonies tout comme les prestations de serment officielles se fassent dans des lieux laïques a été soumise au vote de l'Assemblée constituante qui l'a refusée en lecture 0³⁹. Lors de la première lecture il a à nouveau été proposé que les cérémonies officielles n'aient pas lieu au temple de Saint-Pierre ce qui a été refusé par la majorité des constituants⁴⁰. La suppression de l'alinéa mentionnant explicitement le temple de Saint-Pierre a encore été proposée en deuxième lecture. Il était relevé que la mention d'un édifice religieux n'avait pas sa place dans la constitution et que le principe de laïcité de l'Etat imposait que les cérémonies officielles ne se tiennent pas dans un lieu dédié au culte. La majorité de l'Assemblée constituante a cependant souhaité conserver la référence explicite au temple de Saint-Pierre dans le projet de nouvelle constitution⁴¹.

3. Conservation et rénovation des édifices religieux

Une nouveauté introduite dans la constitution de 2012 figure à son article 217 sur le patrimoine culturel, selon lequel l'Etat peut « *contribuer aux frais de conservation et de rénovation des édifices religieux protégés* » (alinéa 2). Cette disposition est issue des premiers travaux de la commission, qui proposait d'inscrire dans la constitution la possibilité pour le canton et les communes de participer à l'entretien des édifices religieux protégés. La formulation adoptée par l'Assemblée constituante découle d'un amendement déposé et accepté en plénière⁴². Cet amendement visait à s'inscrire dans une logique de préservation du patrimoine et de précision quant à la thèse initialement proposée par la commission et qui aurait pu être comprise, selon

³⁶ Commission 1 « Laïcité et relations avec les communautés religieuses », Rapport sectoriel 103, pp. 13-14.

³⁷ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1320.

³⁸ Commission de rédaction, Rapport général, Projet de constitution de la République et canton de Genève issu de la deuxième lecture, p. 16.

³⁹ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1324.

⁴⁰ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XX, pp. 10303-10306.

⁴¹ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XIV, p. 12508.

⁴² Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1325.

les auteurs de l'amendement, comme incluant la notion d'entretien courant⁴³. Cette disposition n'a pas donné lieu à des discussions lors de la suite des travaux de l'Assemblée constituante.

4. Contribution financière volontaire

Le nouveau texte constitutionnel prévoit que « nul ne peut être tenu de contribuer aux dépenses d'un culte »⁴⁴. Cette formulation, proposée par la COT 1 dès le début des travaux et présentée comme la reprise de l'article 164, alinéa 3 de la constitution de 1847⁴⁵ selon lequel « nul ne [pouvait] être tenu de contribuer par l'impôt aux dépenses d'un culte », a été adoptée par l'Assemblée plénière en lecture 0⁴⁶. Dans le cadre de ses débats, la commission a étudié l'opportunité d'inscrire dans la constitution l'élargissement du prélèvement aux communautés religieuses en faisant la demande et non pas de le limiter aux « Eglises reconnues ». Cette proposition a été rejetée par la majorité qui a souligné dans son rapport l'importance de modifier la loi afin de permettre aux communautés religieuses en faisant la demande de bénéficier de ce service⁴⁷. Notons que la teneur de ce texte adoptée par l'Assemblée constituante au début de ses travaux n'a pas fait l'objet de modifications lors des lectures successives⁴⁸.

Il faut toutefois relever que si la proposition de la majorité de la commission a été soutenue jusqu'à l'issue des travaux, une position minoritaire, dont l'un des auteurs était Tristan Zimmermann, estimait qu'au regard des principes de laïcité et d'égalité de traitement seule l'abolition de la contribution ecclésiastique volontaire pouvait être envisagée. La thèse proposée par la minorité était libellée comme suit : « L'Etat ne prélève aucune contribution volontaire »⁴⁹. Cette proposition débattue en plénière a donné lieu à deux propositions d'amendements. La première, qui s'opposait à la thèse minoritaire, proposait l'inscription d'une formulation plus précise en faveur de la contribution volontaire en indiquant que « L'Etat peut prélever les contributions volontaires destinées aux communautés religieuses qui en font la demande et qui remplissent les conditions fixées par la loi »⁵⁰. La deuxième proposait au contraire d'aller dans le sens de la thèse minoritaire tout en la complétant avec une mention prévoyant un délai de cinq ans afin de préparer la suppression de la contribution ecclésiastique⁵¹. Tant la thèse initiale que les propositions d'amendements ont été refusées lors des votes en plénière⁵², laissant alors inscrite dans le texte constitutionnel la proposition de la majorité de la COT 1.

⁴³ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1322.

⁴⁴ Art. 25, al. 4 cst. 2012.

⁴⁵ Rapport sectoriel 103, p. 9.

⁴⁶ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1316.

⁴⁷ Rapport sectoriel 103, p. 10. Voir dans ce sens l'article 6 du PL 11764 actuellement soumis au Grand Conseil.

⁴⁸ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XV, p. 7970, Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XXI, p. 10678 et Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XXV, p. 12721.

⁴⁹ Rapport sectoriel 103, pp. 9-10.

⁵⁰ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1673.

⁵¹ Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1674.

⁵² Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome IV, p. 1318.

Conclusion

L'introduction du principe de laïcité dans la constitution genevoise n'a pas eu comme corollaire l'abandon de toutes les dispositions contenant des références à des éléments de caractère religieux. Les travaux de l'Assemblée constituante démontrent que la notion même de la laïcité, son application à Genève et les considérations de nature notamment historique donnent lieu à des débats dans lesquels l'équilibre à trouver met en jeu des sensibilités qui devront chercher à s'accorder. C'est probablement ce qui ressort des actuels enjeux et discussions qui auront lieu, notamment par le biais des débats législatifs et qui n'auraient certainement pas manqué d'animer l'esprit vif et perspicace de Tristan Zimmermann.

L'expression religieuse sur le domaine public

THIERRY TANQUEREL*

Introduction

Au moment où ces lignes sont écrites, la mise en œuvre législative de la clause de laïcité ancrée à l'article 3 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst./GE)¹ est toujours en cours. Dans ce contexte, un projet de loi « sur la laïcité de la République et canton de Genève », déposé par cinq députés en novembre 2015², prévoit notamment que « les convictions religieuses relèvent exclusivement de la sphère privée » (art. 1 al. 2) et que « dans l'intérêt de l'ordre public, toute célébration de culte, procession ou cérémonie religieuse quelconque est interdite sur la voie publique » (art. 2 al. 3). Cette proposition, qui est en concurrence avec un projet de loi « sur la laïcité de l'Etat » émanant du Conseil d'Etat (P-LLE)³, n'a aucune chance d'être adoptée. Elle retient toutefois l'attention dans la mesure où elle dénote, de la part d'élus pourtant expérimentés, de profonds malentendus sur la portée de la liberté de conscience et de croyance – ou liberté religieuse⁴ – et sur le régime juridique du domaine public.

En tant que telle, la question de l'expression religieuse sur le domaine public n'occupe pas une grande place dans la doctrine relative à la liberté religieuse⁵, ni d'ailleurs, comme on le verra,

* Professeur à l'Université de Genève. L'auteur remercie Mmes Margaux Terradas et Adriana Schnyder, assistantes à l'Université de Genève, pour leur aide précieuse dans la préparation et la mise au point de cette contribution.

¹ RS/GE A 2 00.

² PL 11766, du 6 novembre 2015, disponible sur le site du Grand Conseil genevois, <http://ge.ch/grandconseil/index/>.

³ PL 11764, du 4 novembre 2015. A noter qu'un troisième projet (PL 11927, du 2 juin 2016) déposé par sept députés (dont deux des auteurs du PL 11766 !) propose de modifier l'art. 3 Cst./GE tout en renonçant à une loi d'application.

⁴ URS JOSEF CAVELTI/ANDREAS KLEY, « Art. 15 », in : Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/*et al.* (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, pp. 394 ss, n° 6 ; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne 2013, n° 437 ; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, 2^e éd., Berne 2013, p. 312 ; CHRISTOPH WINZELER, *Religion im demokratischen Staat*, Zurich/Bâle/Genève 2012 pp. 8 et 95 et Id., *Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 17.

⁵ On n'y trouve ainsi que de brèves allusions, pas toujours explicites : RENÉ PAHUD DE MORTANGES, « Art. 15 », in : Waldmann/Belser/Epiney (éd.), *Bundesverfassung*, Bâle 2015, pp. 328 ss n° 35, 69, 84 et 86 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 4), n° 479 et 524 ; KIENER/KÄLIN (note 4), pp. 317 et 328 ss ; WINZELER 2012 (note 4), p. 97 et Id., 2009 (note 4), p. 27 ; EVA-MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, *Grundrechte II – Die einzelne Grundrechte*, Zurich/Bâle/Genève 2012, n° 24 et 38 ; THIERRY TANQUEREL, « Le cadre juridique : les institutions religieuses telles qu'elles résultent de la loi de 1907 », in : Grandjean/Scholl (éd.), *L'Etat sans*

dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle est pourtant, depuis quelques années, bien présente dans le débat public. Elle figure en bonne place dans les discussions, déjà évoquées et sans doute très genevoises, sur l'application du principe de laïcité de l'Etat. Elle est évidemment au centre des controverses relatives aux tentatives manquées (dans le canton de Bâle-Ville), réussies (au Tessin) ou en cours (sur le plan fédéral) d'interdire la dissimulation du visage, démarche qui vise essentiellement le port de la burqa ou du niqab⁶.

Il n'est ainsi pas inutile de faire le point, à la lumière des divers projets actuellement en débat et indépendamment du sort qui leur sera finalement réservé, sur le droit d'exprimer ses convictions religieuses sur le domaine public et les limites qui peuvent lui être apportées. Après un rappel de quelques principes fondamentaux régissant les rapports entre liberté religieuse et usage du domaine public (I), seront successivement examinées les manifestations et l'information religieuses sur le domaine public (II), puis le cas particulier du port de vêtements à connotation religieuse sur ledit domaine (III).

L'exposé étant centré sur le domaine public, au sens strict, la question de l'expression religieuse dans le cadre d'établissements publics, comme les écoles, dont les locaux relèvent du patrimoine administratif de l'Etat, sera, en tant que telle, laissée de côté. Il en sera de même des modes d'expression religieuse s'exerçant sur le domaine privé, mais perceptibles du domaine public, comme la construction d'édifices typiques d'une religion, les sonneries de cloches, les appels à la prière ou encore les cultes tenus sur le domaine privé mais visibles ou audibles du domaine public. Ne sera pas non plus examinée la question très spécifique des carrés confessionnels dans les cimetières incorporés au domaine public⁷.

I. Liberté religieuse et domaine public

Affirmer, comme le projet de loi précité, que les convictions religieuses relèvent exclusivement de la sphère privée est contraire à l'article 15 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)⁸, qui consacre expressément le droit de « professer » sa religion ou ses convictions philosophiques individuellement ou en communauté. Cette affirmation est encore plus clairement en contradiction avec l'article 9 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁹, qui précise que la liberté de pensée, de conscience et de religion implique notamment 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 de rites », et avec l'article 18 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰, dont le libellé est très proche. Si la liberté religieuse protège certes la liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps ses propres convictions, elle comporte aussi une « dimension externe » qui porte sur la faculté d'exprimer, de communiquer et de pratiquer, y compris de manière visible et publique,

confession, Genève 2010, pp. 71 ss, pp. 83 ss ; GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad Art. 15 n° 3, 7 et 12 et ad Art. 72 n° 10.

⁶ *Infra* III, 1. Sur le plan cantonal, seules les propositions ayant fait l'objet d'une décision juridique relative à leur validité (arrêt du Tribunal fédéral ou garantie de l'Assemblée fédérale) seront abordées dans la présente contribution. Ne sera ainsi pas traitée l'initiative individuelle d'un citoyen du canton de Glaris portant sur l'interdiction de se masquer le visage, rejetée par la Landsgemeinde dudit canton le 7 mai 2017 (www.gl.ch, rubrique « Landsgemeinde »).

⁷ Cf. TRISTAN ZIMMERMANN, « La laïcité et la République et canton de Genève », *SJ* 2011 II pp. 29 ss p. 65 et TANQUEREL (note 5), pp. 84 s.

⁸ RS 101.

⁹ RS 0.101.

¹⁰ RS 0.103.2.

ses convictions religieuses¹¹. Il ne s'agit donc pas seulement d'une liberté de foi (*Bekenntnisfreiheit*), mais aussi d'une liberté d'action (*Betätigungsfreiheit*)¹².

Le domaine public – au sens étroit excluant le patrimoine administratif – comprend les biens publics qui sont librement accessibles à l'ensemble de la population conformément à leur destination, sans intervention nécessaire des agents de l'Etat¹³. Même avec l'avènement des moyens de communication dématérialisés et l'importance grandissante du cyberspace pour le développement des expressions de toutes sortes, le domaine public reste un forum d'échanges interpersonnels et de communication de premier ordre. Les droits fondamentaux doivent dès lors y être respectés et réalisés (art. 35 al. 1 Cst.), y compris lorsque cela en implique un usage accru. Le Tribunal fédéral a expressément reconnu un « droit conditionnel » à un usage accru, pour les libertés de réunion et d'expression et la liberté économique¹⁴. Il en a fait de même – implicitement, mais depuis très longtemps déjà – pour la liberté religieuse, dans la mesure où il a traité comme une restriction à celle-ci l'interdiction d'organiser une procession sur le domaine public, quand bien même il n'était pas contesté qu'une telle procession constituait un usage accru dudit domaine¹⁵. Si le fait d'interdire ou de ne pas autoriser une procession religieuse sur le domaine public représente une restriction de la liberté religieuse, c'est bien que cette dernière implique un droit – au moins conditionnel – à l'usage accru du domaine public¹⁶.

Le domaine public ne saurait ainsi, vu son ouverture à tous et sa disponibilité à l'exercice des libertés publiques, être considéré comme un lieu où s'exprime nécessairement la puissance publique. Le devoir de neutralité religieuse de l'Etat, qui résulte de l'article 15 Cst. et, plus spécifiquement pour Genève, le principe de laïcité de l'Etat n'impliquent donc nullement que l'expression religieuse soit bannie du domaine public.

Au vu de ce qui précède, une limitation de l'expression religieuse sur le domaine public dans le cadre d'un usage commun de celui-ci constitue à l'évidence une restriction de la liberté religieuse qui ne peut être justifiée qu'aux conditions de l'article 36 Cst. : base légale, intérêt public et proportionnalité. Il en est, sur le principe, de même d'un refus d'usage accru à caractère religieux¹⁷, étant précisé que les motifs de refus pourront être plus larges que ceux qui justifieraient une restriction de l'usage commun, notamment dans la perspective d'une coordination rationnelle et équitable des diverses demandes d'usage accru entre elles et avec l'usage commun, en particulier la circulation routière¹⁸.

¹¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 4), n° 474 et 481 ; BELSER/WALDMANN (note 5), n° 38 ; BIAGGINI (note 5), *ad* Art. 15 n° 3 ; FELIX HAFNER, « Glaubens- und Gewissensfreiheit », in : Thürer/Aubert/Müller (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 707 ss n° 5.

¹² PAHUD DE MORTANGES (note 5), n° 35 ; BIAGGINI (note 5), *ad* Art. 15 n° 7.

¹³ THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011, n° 198 ; voir aussi ATF 138 I 274, 284, c. 2.3.2.

¹⁴ ATF 138 I 274, 282, c. 2.2.2 ; 135 I 302, 308, c. 3.2 ; 132 I 256, 260, c. 3 ; 128 I 295, 300, c. 3/c/aa. Voir à ce sujet, ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, « Art. 16 », in : Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/*et al.* (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, pp. 409 ss n° 30 ; GIORGIO MALINVERNI, « L'exercice des libertés idéales sur le domaine public », in : Bellanger/Tanquerel (éd.), *Le domaine public*, Genève/Zurich/Bâle 2004, pp. 25 ss, pp. 34 ss.

¹⁵ ATF 108 Ia 41, 43 ss, c. 2 et 3 ; 49 I 138, 146 ss, c. 3 et 4.

¹⁶ PAHUD DE MORTANGES (note 5), n° 69 ; BELSER/WALDMANN (note 5), n° 24 ; BIAGGINI (note 5), *ad* Art. 15 n° 12. Voir aussi ATF 125 I 300, 306 s., c. 3a.

¹⁷ *Supra* note 15.

¹⁸ JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, n° 1522 ; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, *L'organisation des activités administratives – Les biens de l'Etat*, Berne 1992, pp. 304 ss.

II. Processions et prospectus : la religion manifestée sur le domaine public

1. La loi genevoise sur le culte extérieur

Seule disposition de ce genre en Suisse, l'article 1 de la loi genevoise sur le culte extérieur, du 28 août 1875 (LCExt)¹⁹, prévoit que « toute célébration de culte, procession ou cérémonie religieuse quelconque est interdite sur la voie publique ». Cette interdiction, directement issue du « *Kulturkampf* genevois » qui a fait rage dans le canton pendant une quinzaine d'années à partir de 1871, visait clairement, malgré sa formulation générale, le culte catholique²⁰. A l'heure où nous écrivons, elle est toujours formellement en vigueur, mais le Conseil d'Etat en propose une version très adoucie en discussion devant le Grand Conseil (art. 7 P-LLE).

Au printemps 1981, une paroisse catholique genevoise a sollicité l'autorisation d'organiser une procession des Rameaux d'une dizaine de minutes sur le domaine public à proximité de l'église paroissiale. Le département cantonal compétent a refusé l'autorisation en se fondant sur la disposition précitée, refus confirmé par le Conseil d'Etat. Le Tribunal fédéral a admis le recours interjeté contre la décision du Conseil d'Etat. Il a rappelé que, dès 1923, il avait précisé les raisons relevant de la « police des cultes » qui pouvaient s'opposer à ce qu'une procession ait lieu sur le domaine public. Il avait à cet égard adopté une approche fondée sur un principe de tolérance des autres religions :

« [D]ans les pays où la liberté de culte est garantie, on doit pouvoir exiger de toutes les communautés religieuses et de leurs adhérents un certain degré de tolérance réciproque à l'égard des manifestations de culte extérieures. Ainsi, le seul fait que l'exercice en public d'un culte pourrait blesser le sentiment religieux de personnes appartenant à une autre confession ne suffit en principe pas pour que la paix confessionnelle soit troublée. Il faut en outre que la vie en commun soit perturbée ou menacée par le déroulement de la manifestation en public et qu'il en résulte un état de tension préjudiciable. Tel sera le cas si la nature de la manifestation apparaît objectivement inopportune et provocatrice au regard des circonstances locales ».²¹

Dès lors, le déroulement d'une procession devait être autorisé lorsque celle-ci n'était pas de nature à gêner sérieusement la circulation ou à troubler la paix confessionnelle et l'ordre public. L'interdiction générale des processions et manifestations religieuses sur la voie publique, adoptée en une période de luttes violentes sur les plans religieux et confessionnels, n'était plus justifiée dans le contexte apaisé qui prévalait désormais dans le canton²².

S'agissant de la pesée des intérêts relative à la procession en cause, le Tribunal fédéral a relevé que celle-ci constituait un acte cultuel collectif prescrit expressément par la liturgie et non pas seulement par la tradition, qui, dans les circonstances de l'espèce, n'était pas de nature à compromettre la paix confessionnelle et l'ordre public. Prévue pour durer dix minutes un dimanche matin, elle n'avait en outre qu'un impact minime sur la circulation²³.

Nonobstant cet arrêt du Tribunal fédéral, la LCExt n'a pas été abrogée. Elle a été à nouveau appliquée en 2003 : la commune suburbaine de Meyrin a refusé à la paroisse catholique

¹⁹ RS/GE C 4 10.

²⁰ VALENTINE ZUBER, « Histoire comparée de la laïcité en France et à Genève (XIX^e-XX^e siècles) : de la séparation aux nouvelles formes de reconnaissance », in : Grandjean/Scholl (éd.), *L'Etat sans confession*, Genève 2010, pp. 171 ss, p. 186.

²¹ ATF 108 Ia 41, 43 s., c. 2a, citant l'ATF 49 I 138, 154 ss, c. 4e.

²² ATF 108 Ia 41, 44 ss, c. 2a *in fine*, 2b et 2c.

²³ ATF 108 Ia 41, 47, c. 3a.

l'autorisation d'utiliser la place du village pendant deux heures un dimanche matin pour célébrer la messe de première communion, en se référant à l'interdiction de l'article 1 LCExt. Saisi d'un recours de la paroisse et d'un particulier, le Tribunal administratif genevois a admis que cette disposition n'était plus applicable en raison de l'arrêt précité²⁴. Mais il a jugé que la décision attaquée était admissible au vu de la législation sur le domaine public, qui soumettait à autorisation l'usage accru de celui-ci. Il a considéré que, puisque la commune avait proposé à la paroisse la mise à disposition gratuite d'une salle communale, il n'y avait aucune restriction de la liberté religieuse des recourants²⁵. Il a néanmoins analysé le refus comme une restriction de la liberté de célébrer une messe, sans préciser à quelle disposition constitutionnelle il la rattachait, mais en soulignant que cette liberté était de celles qui pouvaient être exercées pleinement en d'autres lieux que sur le domaine public. Il a ainsi estimé que l'objectif d'assurer une cohabitation harmonieuse eu égard à la diversité de la population meyrinoise constituait un intérêt public suffisant pour refuser l'autorisation en cause, justifiant « l'attitude prudente » des autorités communales. Ce refus était en outre proportionnel puisque la commune avait proposé une solution de rechange²⁶.

Cet arrêt n'est pas conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le fait que, pour une forme déterminée de sa manifestation, une liberté puisse s'exercer hors du domaine public ne signifie pas que le refus d'usage accru de ce domaine ne restreint aucunement la liberté en cause. L'existence d'une alternative à l'usage du domaine public pour l'exercice d'une liberté est un élément qui doit être pris en considération dans la pesée des intérêts que doit effectuer l'autorité compétente pour gérer le domaine public. Mais il ne prive pas les intéressés du droit de se prévaloir de la liberté pour solliciter l'usage accru dudit domaine. L'arrêt est d'ailleurs contradictoire sur ce point : après avoir affirmé que la décision de la commune ne limitait pas la liberté religieuse, il analyse ce refus sous l'angle des restrictions aux droits fondamentaux. Cette analyse, extrêmement sommaire, ne reprend pas les critères développés dans les deux arrêts du Tribunal fédéral concernant les processions sur le domaine public. Elle part du principe que toute manifestation religieuse sur le domaine public est susceptible de mettre en péril la cohabitation harmonieuse d'une communauté diverse, quand bien même la cérémonie en cause n'avait aucun caractère provocateur et n'intervenait nullement dans un contexte de tensions religieuses particulières. Elle aboutit à permettre aux autorités compétentes de maintenir en pratique la règle censurée par le Tribunal fédéral, à la seule condition qu'une solution en lieu fermé soit disponible. Cette approche avait pourtant été rejetée par le Tribunal fédéral en 1923, puis en 1981. Il n'y avait aucune raison objective de la remettre à l'ordre du jour en 2004.

2. Le projet de loi genevoise sur la laïcité de l'Etat

La frilosité face à toute expression religieuse sur le domaine public qui transparissait dans l'affaire de la paroisse de Meyrin est encore bien présente dans le canton de Genève. Une proposition parlementaire vise à ignorer purement et simplement la jurisprudence du Tribunal fédéral en maintenant inchangé le principe de l'article 1 LCExt²⁷. Quant au P-LLE déposé par le Conseil d'Etat²⁸, il abroge certes la LCExt, mais il comporte une disposition sur les manifestations religieuses de nature culturelle ou non culturelle qui reste particulièrement restrictive, en tout cas dans son principe (art. 7 P-LLE).

²⁴ ATA/288/2004 du 6 avril 2004 c. 3.

²⁵ ATA/288/2004 c. 4.

²⁶ ATA/288/2004 c. 5 *in fine* et 6.

²⁷ *Supra* note 2.

²⁸ *Supra* note 3.

Le P-LLE définit la manifestation religieuse culturelle, de manière extrêmement extensive, comme « l'expression par une ou plusieurs personnes, de croyances ou de convictions directement liées à celles-ci, par le biais de moyens visuels ou sonores, ou par l'accomplissement d'actes ou de rites, sur le domaine privé ou public » (art. 7 al. 1). Sont donc visés, si l'on applique cette disposition à la lettre, non seulement les cultes, cérémonies et processions, mais également la prière individuelle dès qu'elle est perceptible visuellement ou de manière sonore, tout geste de caractère religieux comme le signe de croix, les mains jointes ou le fait de se prosterner, ainsi que le port visible de vêtements ou de signes à connotation religieuse, en d'autres termes tout ce qui pourrait être qualifié d'expression « intrinsèquement » ou « directement » religieuse. On remarquera qu'une telle définition comprend notamment des formes d'expression qui, exercées sur le domaine public, ne constituent pas un usage accru de celui-ci. A l'inverse, toute activité qui relève de l'information sur des pratiques religieuses ou spirituelles est qualifiée par le P-LLE de manifestation religieuse non culturelle (art. 7 al. 2).

La règle centrale posée par le P-LLE concernant les manifestations religieuses culturelles est qu'elles « se déroulent en principe sur le domaine privé et dans un lieu fermé » (art. 7 al. 3). On peut s'étonner que la loi prétende réglementer l'expression religieuse sur le domaine privé en posant l'exigence d'un lieu fermé. Vu l'objet du présent exposé, ce point ne sera pas approfondi ici. Il reste que le P-LLE pose le principe de l'exclusion du domaine public de toute expression religieuse directe.

Certes, la portée pratique de ce principe n'est pas évidente. D'abord, parce que l'article 7 alinéa 4 P-LLE précise que les manifestations religieuses culturelles et non culturelles sur le domaine public peuvent être autorisées selon les dispositions de la loi genevoise sur les manifestations sur le domaine public du 26 juin 2008 (LMDPu)²⁹, tout en soulignant que l'autorité doit tenir compte « des risques que la manifestation peut faire courir à l'ordre public » (art. 7 al. 5). Ensuite parce qu'aucune sanction administrative ou pénale n'est prévue en cas de violation du principe posé par l'article 7 alinéa 3 P-LLE. Sauf à considérer que le Conseil d'Etat propose une disposition légale purement rhétorique, ce principe devra cependant, s'il est adopté, guider l'autorité compétente : l'octroi d'une autorisation d'usage du domaine public pour une manifestation religieuse culturelle constituera donc une dérogation, le refus d'une telle autorisation étant « en principe » la règle.

Outre les problèmes légistiques qu'il présente³⁰, qui n'appellent pas de commentaires ici, l'article 7 P-LLE repose sur trois présupposés hautement discutables.

Il est manifestement imprégné de la conviction qu'il convient de protéger le public de la perception de toute manifestation religieuse de nature culturelle, notion comprise très largement comme on l'a vu plus haut. Preuve en est l'insistance mise sur le fait que de telles manifestations devraient se dérouler non seulement sur le domaine privé, mais encore dans des lieux fermés. Or, cette idée est en contradiction avec le principe de tolérance religieuse réciproque développé par la jurisprudence du Tribunal fédéral³¹. Certes, la composante négative de la liberté religieuse garantit le droit de rester à l'écart de manifestations culturelles d'autres croyances³², mais elle ne protège pas contre toute confrontation avec d'autres

²⁹ RS/GE F 3 10.

³⁰ On notera, entre autres, que la notion de manifestation est bien plus large dans le P-LLE que dans la LMDPu, et que l'art. 7 al. 5 P-LLE est redondant avec l'art. 5 al. 1 LMDPu.

³¹ Ainsi, dans les deux arrêts sur les processions cités *supra* note 21. La Cour européenne des droits de l'homme adopte une approche analogue, cf. ACEDH *Barankevich c. Russie*, 10519/03, du 26 juillet 2007, c. 30 ss.

³² ATF 142 I 49, 71, c. 9.4.1.

religions ou convictions que les siennes propres³³. Si des manifestations religieuses sur le domaine public devenaient envahissantes, provocatrices ou imposant une pression continuelle sur les usagers ne professant pas la religion en cause, un refus d'autorisation serait sans doute justifié. Mais poser en principe l'exclusion des manifestations religieuses du domaine public ne relève pas d'un juste équilibre entre les composantes positive et négative de la liberté religieuse.

L'article 7 P-LLE semble aussi, comme le faisait l'arrêt du Tribunal administratif concernant la commune de Meyrin, reposer sur l'idée que toute manifestation culturelle sur le domaine public, voire même simplement en lieu ouvert, constitue une menace potentielle pour l'ordre public. Cette approche apparaît pour le moins exagérée. Le Conseil d'Etat n'évoque d'ailleurs aucun fait, ni aucune étude qui corroborerait l'idée que la paix religieuse serait, en 2017, tellement fragile dans le canton de Genève que toute manifestation culturelle sur le domaine public risquerait de la menacer.

Enfin, l'article 7 alinéa 3 P-LLE assigne aux manifestations culturelles une position plus faible que celle des manifestations de nature politique, culturelle ou autre, qui ne sont régies que par la LMDPu. En effet, pour ces dernières, l'autorité doit effectuer une pesée des intérêts (art. 5 al. 1 LMDPu) sans qu'il soit postulé qu'en principe elles doivent se dérouler sur le domaine privé et dans un lieu fermé. Il en résulte un traitement moins favorable de la liberté religieuse que des libertés d'expression et de réunion en ce qui concerne l'usage du domaine public. Certes, le Tribunal fédéral, il y a longtemps³⁴, et la doctrine³⁵ ont affirmé que la liberté religieuse constitue une *lex specialis* par rapport aux autres libertés idéales. Mais en déduire la possibilité de traiter plus sévèrement l'expression religieuse par rapport aux autres domaines d'expression serait paradoxal : reconnaître le caractère religieux d'une forme d'expression et la traiter sous l'angle de l'article 15 Cst. reviendrait alors à réduire la protection dont cette expression aurait bénéficié en vertu de l'article 16 Cst. Aucun des auteurs qui soulignent la spécialité de l'article 15 Cst. n'en tire une telle conséquence. Un traitement moins favorable de la liberté religieuse ne peut pas non plus être déduit de l'article 72 alinéa 2 Cst., dont certains auteurs soulignent la nature déclaratoire³⁶ et qui habilite la Confédération et les cantons à prendre des mesures pour maintenir la paix religieuse. Cette disposition consacre certes constitutionnellement l'intérêt public à la paix religieuse³⁷, intérêt public qui peut justifier, aux conditions de l'article 36 Cst., des restrictions de police aux droits fondamentaux³⁸, mais elle ne constitue pas une limite intrinsèque de la protection offerte par l'article 15 Cst. Dans l'arrêt *Barankevich*, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs traité le refus d'autoriser un culte sur le domaine public aussi bien sous l'angle de l'article 11 que de l'article 9 CEDH³⁹.

³³ ATF 125 I 369, 387, c. 7b/dd ; 118 Ia 46, 56 c. 4c ; PAHUD DE MORTANGES (note 5), n° 71 ; KIENER/KÄLIN (note 4), p. 325 ; voir aussi, sous l'angle de la protection de la paix confessionnelle, SIMON M. SCHÄDLER, *Der Schutz des religiösen Friedens als Staatsaufgabe*, Zurich/Bâle/Genève 2014 p. 212.

³⁴ ATF 49 I 138, 150 s., c. 4a.

³⁵ PAHUD DE MORTANGES (note 5), n° 12 ; CAVELTI/KLEY (note 4), Art. 15 n° 23 ; BELSER/WALDMANN (note 5), n° 9 ; BIAGGINI (note 5), *ad* Art. 15 n° 2.

³⁶ CHRISTOPH WINZELER, « Art. 72 », in : Waldmann/Belser/Epiney (éd.), *Bundesverfassung*, Bâle 2015, pp. 1228 ss n° 54 ; URS JOSEF CAVELTI/ANDREAS KLEY, « Art. 72 », in : Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/*et al.* (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, pp. 1468 ss, Art. 72 n° 17.

³⁷ SCHÄDLER (note 33), p. 82 ; CAVELTI/KLEY (note 36), Art. 72 n° 19, parlent d'un « bien de police » (« *Polizeigut* »).

³⁸ WINZELER (note 36), n° 56 ; SCHÄDLER (note 33), pp. 82 et 193 ss. ; KIENER/KÄLIN (note 4), p. 328, soulignent que les exigences quant à la nécessité d'une restriction sont élevées.

³⁹ ACEDH *Barankevich c. Russie*, 10519/03, du 26 juillet 2007, c. 14 ss ; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd., Berne 2008 p. 261.

3. L'information religieuse sur le domaine public

Outre l'expression directe, « culturelle », de leur foi, les adeptes d'une religion peuvent aussi souhaiter utiliser le domaine public pour informer sur celle-ci, voire en faire la publicité. Le Tribunal fédéral a ainsi examiné à l'aune de la liberté religieuse une réglementation du canton de Bâle-Ville qui sanctionnait l'usage de méthodes de publicité déloyales ou trompeuses sur le domaine public et autorisait la police à chasser les contrevenants, dès lors que l'Eglise de Scientologie alléguait que celle de ses membres était atteinte par ladite réglementation. Il a considéré que les règles en cause pouvaient constituer une restriction de la liberté religieuse lorsqu'elles s'appliquaient aux recruteurs de groupes religieux, car le droit de faire de la publicité en vue de gagner de nouveaux adhérents constituait un aspect de cette liberté⁴⁰. En l'espèce, ces règles pouvaient être interprétées conformément à la Constitution⁴¹. Il a, à cette occasion, relevé en substance qu'il n'y avait pas lieu d'interdire en public tout démarchage d'ordre religieux. Ce n'était, outre l'hypothèse d'un recours à des méthodes déloyales ou trompeuses⁴², que lorsqu'une telle sollicitation devenait insistante contre la volonté des passants qu'elle pouvait constituer un harcèlement inacceptable justifiant une intervention policière⁴³.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas eu à traiter du type d'usage du domaine public en cause. Il ressortait cependant clairement de la réglementation litigieuse qu'elle pouvait s'appliquer à tout usage du domaine public, même restant dans les limites de l'usage commun.

Dans la mesure où des activités d'information ou de recrutement exercées par des groupes religieux impliquent un usage accru du domaine public, les règles générales concernant cet usage s'appliquent. Comme cela a été relevé plus haut, la liberté religieuse confère un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public⁴⁴. Saisie d'une demande en ce sens pour une opération d'information ou de recrutement, l'autorité compétente doit, comme pour les demandes de manifestations culturelles, peser l'ensemble des intérêts en cause dans le cas d'espèce, sans que la nature religieuse de l'opération en cause constitue *a priori* un élément s'opposant à l'octroi d'une autorisation.

L'information et le démarchage religieux ne peuvent donc être limités voire interdits, lorsqu'ils s'effectuent dans le cadre d'un usage commun du domaine public, que s'ils prennent la forme d'un harcèlement inacceptable des usagers dudit domaine, recourent à des méthodes déloyales ou trompeuses ou menacent l'ordre public d'une autre manière, par exemple en diffusant des propos diffamatoires pour les adeptes d'autres religions ou en adoptant des comportements dangereux pour la sécurité routière. Si l'on est en présence d'un usage accru du domaine public, un système d'autorisation peut être imposé, dans le cadre duquel non seulement le maintien de l'ordre public, mais aussi la bonne gestion de celui-ci, pourront être pris en compte. En définitive, les principes ne sont pas différents pour ce type d'expression

⁴⁰ ATF 125 I 369, 378, c. 5c.

⁴¹ ATF 125 I 369, 383 ss, c. 7.

⁴² ATF 125 I 369, 383 ss, c. 7a.

⁴³ ATF 125 I 369, 387, c. 7b/dd. Voir aussi l'ACEDH *Ahmet Arslan c. Turquie*, 41135/98, du 23 février 2010, c. 51, où la Cour indique implicitement que, sous l'angle du prosélytisme, une intervention restrictive de l'Etat ne se justifierait que si les intéressés tentaient de « faire subir des pressions abusives aux passants dans les voies et places publiques dans un désir de promouvoir leurs convictions religieuses » (c'est nous qui mettons en évidence). Dans le même sens, déjà, ACEDH *Kokkinakis c. Grèce*, 14307/88, du 25 mai 1993, c. 49.

⁴⁴ *Supra* I.

religieuse que pour les manifestations culturelles. La distinction qu'opère le P-LLE genevois à cet égard⁴⁵ n'apparaît donc ni utile ni pertinente.

III. Burqa et soutane : le vêtement religieux sur le domaine public

1. L'interdiction de la burqa et du niqab

A) Introduction

Il n'est pas contesté que le respect de certaines prescriptions vestimentaires découlant de la pratique d'une religion ou le port de symboles religieux sont des comportements couverts par la liberté religieuse⁴⁶. Une interdiction ou une limitation de ces comportements constitue donc une restriction de cette liberté qui doit respecter les conditions de l'article 36 Cst., respectivement de l'article 9 § 2 CEDH⁴⁷. Il existe ainsi une jurisprudence abondante concernant le port du foulard islamique dans les établissements d'enseignement⁴⁸. En ce qui concerne le domaine public, c'est aujourd'hui avant tout le port par des femmes musulmanes de la burqa⁴⁹ ou du niqab⁵⁰ qui est visé par des interdictions ou des tentatives d'interdiction.

B) Le cas de Bâle-Ville

En 2011, une initiative populaire avait abouti dans le canton de Bâle-Ville, qui entendait inscrire dans la législation cantonale une disposition punissant celui qui, d'une quelconque manière, recouvre, masque ou dissimule son visage sur le domaine public, en dehors des réunions ou manifestations soumises à autorisation, dans le but de ne pas être reconnu. Le Grand Conseil a annulé l'initiative, sur proposition du Conseil d'Etat, pour violation du droit supérieur. La Cour constitutionnelle cantonale a, en février 2014, rejeté le recours formé auprès d'elle contre cette décision. Elle a considéré que l'interdiction de se couvrir le visage représentait une restriction grave de la liberté religieuse⁵¹. Elle a aussi jugé qu'elle comportait en fait, malgré sa formulation neutre, une discrimination envers les femmes musulmanes qui

⁴⁵ *Supra* II, 2.

⁴⁶ ATF 142 I 49, 55, c. 3.6 et la jurisprudence citée ; ACEDH *Ahmet Arslan c. Turquie*, 41135/98, du 23 février 2010, c. 35 ; *S.A.S. c. France*, 43835/11, du 1^{er} juillet 2014, c. 108 ; PAHUD DE MORTANGES (note 5), n° 35 ; CAVELTI/KLEY (note 4), Art. 15 n° 10 ; BELSER/WALDMANN (note 5), n° 40 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 4), n° 481 ; MÜLLER/SCHEFER (note 39), pp. 261 s. ; BIAGGINI (note 5), *ad Art.* 15 n° 8 ; HAFNER (note 11), n° 7.

⁴⁷ La Cour européenne des droits de l'homme a aussi traité cette question sous l'angle de la violation de l'article 8 CEDH (respect de la vie privée), ACEDH *S.A.S. c. France*, 43835/11, du 1^{er} juillet 2014, c. 107.

⁴⁸ Notamment ATF 142 I 49 ; 139 I 280 ; 123 I 296 ; ACEDH *Sahin c. Turquie*, 44774/98, du 10 novembre 2005 ; *Aktas c. France*, 43563/08, du 30 juin 2009.

⁴⁹ Vêtement porté essentiellement en Afghanistan, couvrant tout le corps, y compris le visage, un voile ou une grille en tissu étant installés au niveau des yeux pour permettre de voir. Dans le débat public, le terme « burqa » est souvent employé pour désigner tout vêtement ou pièce de vêtement islamique couvrant le visage.

⁵⁰ Voile, en général de couleur noire, qui masque tout le visage à l'exception des yeux.

⁵¹ VG.2013.1 du 4 février 2014 (www.appellationsgericht.bs.ch/gerichtsentscheide.html), c. 4.1 et 7.1.

se couvrent le visage pour des motifs religieux⁵². Eu égard, aux circonstances concrètes, notamment au faible nombre de personnes concernées, ni la sécurité publique, ni la protection des femmes contre les pressions, ni le maintien des traditions et valeurs suisses ne constituaient des intérêts publics suffisants pour justifier l'interdiction litigieuse, qui n'apparaissait en tout état de cause pas proportionnelle⁵³. La décision de la Cour constitutionnelle n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

C) Le cas du Tessin

Le 22 septembre 2013, le corps électoral tessinois a accepté une initiative populaire visant à insérer dans la constitution cantonale l'article suivant :

Art. 9a Interdiction de se dissimuler le visage

¹ Nul ne peut se dissimuler le visage sur les voies publiques et dans les lieux ouverts au public (sauf les lieux de culte) ou affectés à un service public.

² Nul ne peut obliger une personne à se dissimuler le visage en raison de son sexe.

³ La loi définit les sanctions et les exceptions à l'al. 1.

Le Conseil fédéral a proposé aux Chambres d'accorder la garantie fédérale à cette disposition⁵⁴ en se fondant essentiellement sur le fait que la Cour européenne des droits de l'homme avait, dans un arrêt qui sera examiné ci-après⁵⁵, admis la conformité à la CEDH d'une loi française très similaire à la disposition constitutionnelle tessinoise. Considérant que les droits fondamentaux, notamment la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination, protégés par la CEDH « correspondent en grande partie » à ceux garantis par la Cst. et rappelant la pratique très tolérante des autorités fédérales en matière de garantie des constitutions cantonales, le Conseil fédéral estimait qu'il n'était pas impossible d'interpréter l'article 9a Cst./TI conformément au droit fédéral et que la garantie pouvait lui être accordée⁵⁶. Les Chambres ont suivi cet avis par arrêté du 11 mars 2015⁵⁷. La loi d'application⁵⁸, entrée en vigueur avec la disposition constitutionnelle le 1^{er} juillet 2016, prévoit des exceptions pour des motifs de santé, de sécurité, professionnels ou de pratique sportive, ainsi que dans le cadre de manifestations religieuses, traditionnelles, artistiques ou récréatives (art. 4). La sanction prévue va de 100 à 10'000 francs (art. 5 al. 1). Un recours contre cette loi est, à ce jour, pendant devant le Tribunal fédéral.

D) Sur le plan fédéral

En mars 2016, a été lancée une initiative populaire fédérale « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », qui vise à inscrire dans la Cst. un nouvel article 10a reprenant pour l'essentiel le contenu de l'article 9a Cst./TI mais en l'élargissant. En effet, l'interdiction de se

⁵² *Id.* c. 4.3.

⁵³ *Id.* c. 7.

⁵⁴ Message du Conseil fédéral sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, d'Uri, de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, du Tessin, de Vaud et du Jura, du 12 novembre 2014, FF 2014 8899 (ci-après : Message).

⁵⁵ *Infra* III, 1, E.

⁵⁶ Message pp. 8918 s.

⁵⁷ FF 2015 2811.

⁵⁸ Legge sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici, du 23 novembre 2015 (RS/TI 1.4.1.4).

dissimuler le visage serait étendue aux lieux « dans lesquels sont fournies des prestations ordinairement accessibles à tout un chacun » et les exceptions ne pourraient être justifiées que par des raisons de santé ou de sécurité, par des raisons climatiques ou par des coutumes locales⁵⁹.

Le 27 septembre 2016, le Conseil national a accepté par 88 voix contre 87 une initiative parlementaire⁶⁰ qui propose de compléter l'article 57 Cst. par un alinéa 2 reprenant presque textuellement l'article 9a alinéas 1 et 3 Cst./TI. Le Conseil des Etats a rejeté cette initiative le 9 mars 2017.

E) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

C'est à propos d'une loi française du 11 octobre 2010⁶¹ que la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur l'interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public⁶². La loi en question prévoit que « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage » (art. 1), l'espace public étant compris comme « constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public » (art. 2 al. 1). L'interdiction ne s'applique pas en cas de prescription ou autorisation législative ou réglementaire spéciale, en cas de raisons de santé ou professionnelles, ainsi que dans le cadre de pratiques sportives ou de manifestations artistiques ou traditionnelles (art. 2 al. 2). La sanction maximale est une amende de 150 euros, l'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté pouvant également être prononcée (art. 3).

La Cour a admis que cette interdiction constituait une restriction aux articles 8 et 9 CEDH⁶³. Elle a constaté que l'exigence de base légale était remplie⁶⁴. Elle a estimé que le législateur poursuivait des buts légitimes de sûreté et de sécurité publiques, ainsi que de protection des droits d'autrui (sous l'angle du « respect des exigences minimales de vie en société »), au sens des articles 8 § 2 et 9 § 2 CEDH⁶⁵. Elle n'a, en revanche, pas admis l'argument du Gouvernement français tendant à justifier l'interdiction litigieuse par un objectif d'égalité des sexes⁶⁶ ou de protection de la dignité des personnes⁶⁷. Examinant si l'interdiction générale litigieuse était « nécessaire dans une société démocratique », comme l'exigent les deux dispositions précitées, la Cour a considéré que tel n'était pas le cas dans la mesure où le but poursuivi était la sécurité et la sûreté publique. Elle n'apparaissait pas proportionnelle, en l'absence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique⁶⁸. En revanche, la Cour a admis que, compte tenu de la large marge d'appréciation dont disposait la France, la mesure en cause pouvait être considérée comme proportionnée au but de préserver les conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de protection des droits et libertés d'autrui⁶⁹. Elle a relevé que l'Etat défendeur entendait « protéger une modalité d'interaction

⁵⁹ FF 2016 1501.

⁶⁰ Initiative parlementaire 14.467 (Walter Wobmann,UDC) du 11.12.2014.

⁶¹ Loi n° 2010-1192.

⁶² ACEDH S.A.S. c. France, 43835/11, du 1^{er} juillet 2014.

⁶³ *Id.* c. 107 et 108.

⁶⁴ *Id.* c. 112.

⁶⁵ *Id.* c. 113, 121 et 122.

⁶⁶ *Id.* c. 118 et 119.

⁶⁷ *Id.* c. 120.

⁶⁸ *Id.* c. 139.

⁶⁹ *Id.* c. 140 à 157.

entre les individus, essentielle à ses yeux pour l'expression du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique »⁷⁰. Elle a aussi attaché une grande importance au fait que l'interdiction n'était pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage⁷¹. Elle a enfin tenu compte de la légèreté des sanctions prévues⁷².

F) Appréciation

On peut rester dubitatif devant le raisonnement de la Cour. Ainsi l'importance attachée par la Cour à la formulation apparemment neutre de la règle litigieuse ne convainc guère : il ne fait pas de doute que les interdictions de dissimulation du visage sont avant tout dirigées contre les femmes musulmanes⁷³, les promoteurs de ces interdictions ne s'en cachant d'ailleurs pas⁷⁴. La Cour n'a ainsi pas accordé beaucoup d'attention au caractère discriminatoire de l'interdiction en cause⁷⁵. On peut aussi lui reprocher, comme le souligne l'opinion dissidente de deux juges, d'avoir sacrifié des droits individuels et concrets garantis par la Convention à des principes abstraits, en fondant son appréciation non sur l'effet du voile lui-même mais sur la philosophie que celui-ci est censé véhiculer, vue comme oppressive, chargée de violence symbolique et déshumanisante⁷⁶. L'approche de la Cour néglige en outre le fait qu'il n'existe pas de droit à ne pas être choqué par des modèles culturels ou religieux aux antipodes des siens⁷⁷, fussent-ils extrêmes⁷⁸, ni d'ailleurs d'obligation de se soumettre au contact des autres sur le domaine public⁷⁹.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt S.A.S représente aujourd'hui le droit positif en ce qui concerne la protection conventionnelle du droit de se vêtir selon son choix dans l'espace public.

Il en résulte que si l'initiative « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » était acceptée par le peuple et les cantons, la nouvelle disposition constitutionnelle qu'elle comporte constituerait une limitation de la portée de l'article 15 Cst., qui devrait être respectée comme

⁷⁰ *Id.* c. 153.

⁷¹ *Id.* c. 151 *in fine*.

⁷² *Id.* c. 152. La Cour a tout récemment confirmé son approche, avec un raisonnement très semblable, en jugeant conforme à la CEDH une loi belge interdisant de porter une tenue cachant totalement ou partiellement le visage dans l'espace public, ACEDH *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 37798/13, du 11 juillet 2017, c. 44 ss.

⁷³ ANDREAS GLASER, « Diskriminierungsverbot und Demokratie : ein Widerspruch ? », in : Ziegler (éd.), *Ungleichheit(en) und Demokratie*, Zurich/Bâle/Genève 2016, pp. 141 ss., pp. 144 s ; EVA-MARIA BELSER, « Das Burka-Verbot – Vom Umgang der offenen Gesellschaft mit verhüllten Körpern », in : Gredig/Mahaim/Meier/*et. al.* (éd.), *Peters Dreiblatt – Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag*, Berne 2010, pp. 73 ss, p. 90.

⁷⁴ L'exposé des motifs de la loi française, reproduit par la Cour au c. 25 de sa décision, mentionne expressément, certes « en particulier », la pratique du port du voile intégral. Quant à la page d'accueil du site de l'initiative « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », elle comporte à côté de l'image d'une femme portant le niqab, celle d'un manifestant masqué brandissant un cocktail Molotov, mais le texte de présentation ne fait référence qu'à « l'interdiction de la burqa et du niqab en public ».

⁷⁵ ACEDH *S.A.S. c. France*, 43835/11, du 1^{er} juillet 2014, c. 160 et 161, où la question est réglée par un simple renvoi aux considérations relatives à l'article 9 CEDH.

⁷⁶ ACEDH *S.A.S. c. France*, 43835/11, du 1^{er} juillet 2014, opinion en partie dissidente commune aux juges Nussberger et Jäderblom, c. 2 et 6.

⁷⁷ *Id.* c. 7.

⁷⁸ BELSER (note 73), pp. 90 ss.

⁷⁹ ACEDH *S.A.S. c. France*, 43835/11, du 1^{er} juillet 2014, opinion en partie dissidente commune aux juges Nussberger et Jäderblom, c. 8.

lex specialis à la liberté religieuse⁸⁰. Compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour, sa conformité à la CEDH pourrait difficilement être remise en cause. Tout au plus pourrait-on se demander si son champ d'application ne serait pas plus large que celui de la loi française examinée par la Cour. En tout état de cause, une interprétation conforme à la jurisprudence de la Cour, concrétisée dans la loi d'application, serait possible.

La situation est différente pour les initiatives cantonales. En effet, la solution de l'arrêt S.A.S. est largement fondée sur « l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'Etat défendeur »⁸¹. Ainsi, dans son propre ordre constitutionnel, rien n'empêche la Suisse, qui connaît un régime de « neutralité confessionnelle relative »⁸², d'accorder une importance plus grande au droit individuel qu'est la liberté religieuse et à l'interdiction des discriminations, y compris indirectes, fondées sur la religion⁸³. Il est dès lors regrettable que le Conseil fédéral se soit contenté de rappeler cette possibilité sans en tirer une quelconque conséquence. Son message relatif à la garantie de l'article 9a Cst./TI ne comporte aucune analyse propre à la situation helvétique, notamment sous l'angle de la discrimination.

Mais, là aussi, l'arrêté des Chambres fédérales fait désormais jurisprudence. Conformément à sa pratique relative aux dispositions constitutionnelles cantonales ayant obtenu la garantie fédérale⁸⁴, le Tribunal fédéral ne reviendra pas dessus. Aujourd'hui, la Cour constitutionnelle de Bâle-Ville ne pourrait plus rendre le même jugement⁸⁵. On ne peut s'empêcher de se demander ce qu'il serait advenu si le Tribunal fédéral avait été appelé à se prononcer sur l'initiative bâloise avant que les Chambres ne statuent sur l'initiative tessinoise⁸⁶.

Cela ne signifie toutefois pas que la loi d'application tessinoise pendante devant le Tribunal fédéral sera à coup sûr confirmée : certaines modalités pourraient se révéler inconstitutionnelles, en particulier la sanction maximale prévue en cas d'infraction, beaucoup plus élevée que celle qui découle de la loi française bénie par la Cour européenne.

2. La clause générale du projet de loi genevoise sur la laïcité de l'Etat

Outre l'interdiction des cérémonies religieuses sur le domaine public, le droit genevois contient encore une autre relique du *Kulturkampf*, à savoir l'interdiction faite à toute personne ayant un domicile ou une résidence dans le canton du port de tout costume « ecclésiastique ou appartenant à un ordre religieux » (art. 3 LCExt). Cette disposition, clairement discriminatoire envers les prêtres et ordres religieux catholiques, n'est, à notre connaissance, plus appliquée. Le P-LLE entend l'abroger avec toute la LCExt, mais non sans la remplacer par une règle à certains égards de portée plus large.

En effet, l'article 8 P-LLE prévoit d'accorder une ample délégation au Conseil d'Etat en matière de restrictions aux signes extérieurs :

⁸⁰ BELSER (note 73), p. 83. Il en irait évidemment de même si l'initiative parlementaire Wobmann (*supra* note 60) aboutissait à la modification visée de l'art. 57 Cst.

⁸¹ ACEDH S.A.S. c. France, 43835/11, du 1^{er} juillet 2014, c. 155 et 157.

⁸² ZIMMERMANN (note 7), pp. 57 ss.

⁸³ GLASER (note 73), p. 147 ; la Cour constitutionnelle de Bâle-Ville a adopté une approche analogue par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne antérieure à son arrêt, VG.2013.1 du 4 février 2014 c. 7.3.3.4/5.

⁸⁴ ATF 131 I 126, 130, c. 3.1 et la jurisprudence citée.

⁸⁵ GLASER (note 73), p. 148.

⁸⁶ *Id.*

Afin de prévenir des troubles graves sur le domaine public, dans les établissements publics ou subventionnés, ainsi que dans les établissements scolaires publics, le Conseil d'Etat peut restreindre ou interdire, pour une période limitée, le port de signes extérieurs manifestant une appartenance religieuse.

On peut se demander si, en Suisse aujourd'hui, le principe même d'une interdiction des signes religieux, considérés en tant que tels et non pas sous l'angle particulier de la dissimulation du visage, est susceptible de répondre à un intérêt public et de respecter le principe de proportionnalité. Le port de signes extérieurs manifestant une appartenance religieuse comporte-t-il vraiment le risque de « troubles graves » comme l'envisage l'article 8 P-LLE, certes hypothétiquement s'agissant d'une clause de délégation, troubles qui pourraient efficacement être prévenus par une interdiction ? Le doute est permis. Aucun autre canton ne connaît de norme de ce genre et il n'apparaît pas que Genève soit, 142 ans après l'adoption de la LCExt, aux prises avec des tensions religieuses particulières. La mise en œuvre de l'article 8 P-LLE posera de toute façon, quelles que soient les circonstances, d'énormes difficultés sous l'angle de l'égalité de traitement. Une interdiction totale de tout signe extérieur, quelle que soit sa nature et son caractère ostentatoire paraît impossible : faudrait-il alors interdire le port de la barbe à tous les hommes au motif que celle-ci est, pour certains, un signe d'appartenance religieuse ? Et si un choix est fait parmi les signes religieux, une discrimination en résultera forcément entre les différentes religions.

Quoi qu'il en soit, la clause de délégation apparaît beaucoup trop large et vague s'agissant d'une restriction grave aux droits fondamentaux⁸⁷. Elle ne précise ni la nature des « troubles » qui pourraient justifier l'interdiction en cause, ni le type de signes religieux extérieurs qui pourraient être visés, ni les sanctions encourues par les contrevenants, ni les critères qui permettraient, si c'est possible, d'éviter une mise en œuvre discriminatoire de l'interdiction ou de la limitation du port de tels signes.

Conclusion

Au vu des exemples étudiés plus haut, on ne peut s'empêcher de penser que la question de l'expression religieuse sur le domaine public souffre d'être abordée de manière insuffisamment pragmatique et concrète. La loi française interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public comporte un exposé des motifs hyperbolique, frisant parfois la grandiloquence, s'agissant d'un problème qui concernait en 2009 moins de 2'000 femmes sur l'ensemble du territoire français. Les initiatives helvétiques contre le port de la burqa ne sont pas davantage fondées sur l'existence de troubles concrets à l'ordre public. Au mieux, elles ouvrent un débat politique et juridique inutile, au pire, elles sont, comme l'était déjà l'initiative sur l'interdiction des minarets, le véhicule - masqué ! - d'un rejet de la religion musulmane en tant que telle. La démarche d'une frilosité extrême du Conseil d'Etat genevois semble imprégnée de craintes principielles d'un autre âge. Or, l'utilisation appropriée des instruments juridiques existants, en particulier les règles générales sur l'utilisation du domaine public, permet de gérer de manière satisfaisante les problèmes qu'une expression religieuse abusive sur le domaine public pourrait créer.

⁸⁷ ATF 142 I 49, 64 ss, c. 7, concernant le port du foulard islamique à l'école, mais qui peut *a fortiori* être transposé au port de signes religieux extérieurs sur le domaine public. Sur ces derniers, voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Bâle-Ville, cité *supra* note 51.

Il convient aussi de souligner le rôle que joue aujourd'hui le domaine public, eu égard à l'évolution de la jurisprudence relative à son usage. Ce dernier n'est pas un privilège régalien que l'Etat accorderait discrétionnairement. Le domaine public ne peut donc être vu ni comme un espace aseptisé, condamné à la neutralité politique, religieuse ou culturelle, ni comme l'apanage exclusif de majorités nationales ou locales. C'est un lieu d'expressions diverses, d'échanges, voire de confrontations, qui doivent rester pacifiques et respectueuses de l'ordre public, mais qui exigent de chaque personne le fréquentant une tolérance envers l'expression, même dérangeante, des convictions des autres usagers. La « laïcité de tolérance » appelée de ses vœux par Tristan Zimmermann⁸⁸ a aussi sa place sur le domaine public.

⁸⁸ ZIMMERMANN (note 7) p. 77.

Le droit à la santé des personnes détenues : entre dignité humaine, égalité et responsabilité collective

A. GISELLE TOLEDO VERA*

« Pour ma part, l'établissement d'un contrat social repose davantage sur les droits fondamentaux que l'Etat accorde à ses citoyens, tels le droit à la santé ou le droit à des conditions minimales d'existence, que sur de vagues dispositions qu'énumère la répartition des tâches au sein des différents organes étatiques. »

TRISTAN ZIMMERMAN, *Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise - Tome VII*, 26 août 2010

Introduction

S'intéresser au droit à la santé des personnes privées de liberté conduit à se trouver en présence de conflits, parfois majeurs, voire de paradoxes, tant médicaux que juridiques.

D'un point de vue clinique, il est reconnu que l'enfermement peut être une cause d'aggravation des pathologies somatiques et psychiatriques, ainsi qu'un facteur de transmission de maladies¹. En outre, la consommation élevée de médicaments dans ce milieu,

* Titulaire du brevet d'avocat, DESS en criminologie (Lausanne), juriste au département de l'instruction publique, de la culture et du sport (Genève).

¹ Pour la Suisse, voir notamment ANNE ITEN/BRUNO GRAVIER/ERIC BRENNER *et al.*, *Epidémiologie et prévention des infections dans les prisons de Suisse romande (EPIPS) - Deuxième phase de l'étude - Rapport final, 1^{er} novembre 2001-30 novembre 2005*, Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS) n° 3346-64170 et Service de médecine et de psychiatrie pénitentiaires du canton de Vaud, département de psychiatrie CHUV, Lausanne 2005, p. 322 ; disponible sur https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_2951CD93FE79.P001/REF (consulté le 15 mars 2017) ; ANNE-SYLVE STEINER/DAGMAR HALLER/BERNICE ELGER *et al.*, Chlamydia trachomatis infection in a Swiss prison : a cross sectional study, *Swiss Med Wkly* 2010; 140:w13126, 18 novembre 2010 ; disponible sur [https://smw.ch/index.php?id=75&tx_ezmjournal_articledetail\[identifiant\]=smw.2010.13126](https://smw.ch/index.php?id=75&tx_ezmjournal_articledetail[identifiant]=smw.2010.13126) (consulté le 15 mars 2017) ; CATHERINE RITTER/BERNICE ELGER, Prevalence of positive tuberculosis skin tests during 5 years of screening in a Swiss remand prison, *International Journal of Tuberculosis and Lung Disease*, vol. 16, n° 1, 2012, pp. 65-69 ; disponible sur <http://docserver.ingentaconnect.com/deliver/connect/iatid/10273719/v16n1/s13.pdf?expires=1489593373&id=90187397&titleid=3764&accname=Guest+User&checksum=A34A6991C2EF2E7AF7A01137A2341E44> (consulté le 15 mars 2017) ; KARINE MOSCHETTI/PIERRE STADELMANN/TENZIN WANGMO *et al.*, Disease profiles of detainees in the Canton of Vaud in Switzerland: gender and age differences in substance abuse, mental health and chronic health conditions, *BMC Public Health*, vol. 15 article n° 872, 2015 ; disponible sur <http://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-015-2211-6> (consulté le 15 mars 2017).

en particulier de psychotropes², pose la question de l'iatrogénie médicamenteuse chez les personnes détenues³. Autrement dit, ce fait interroge sur les effets néfastes, pour la santé de ces patients, provoqués par une telle administration de médicaments. Dans ces circonstances, comment le personnel soignant doit-il comprendre la proclamation d'un droit à la santé des personnes détenues ? Sous quelles formes un tel droit se décline-t-il en réclusion ?

Dans le domaine normatif, des tensions peuvent être observées dans cet objet d'étude. Elles portent sur certaines valeurs fondatrices des sociétés démocratiques telles que le respect de la dignité humaine, la protection de la vie de toute personne, l'autodétermination, l'égalité ou encore la non-discrimination. Ces valeurs, juridiquement protégées et sujettes à diverses interprétations, sont mises en balance non seulement entre elles, mais également avec des objectifs de politiques sociale et financière, qui résultent d'une *vision et conception du monde* (*Weltanschauung*) concernant tant la fonction de l'Etat que la condition de détenu.

Les autorités suisses reconnaissent généralement que : « Dans tous les cas où il y a pesée entre des intérêts publics et des intérêts privés, autrement dit entre les intérêts de l'individu et ceux de la collectivité, on a recours à des jugements de valeur pour justifier toute différence de traitement. De tels jugements sont l'expression d'une certaine conception du monde, d'une tradition et d'un enracinement culturels déterminés ainsi que d'une certaine conception de l'homme. »⁴

Progressivement, il a également été admis — notamment par Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation de France au Conseil constitutionnel⁵ –, que si le juge fonde sa décision en droit, c'est-à-dire qu'il s'appuie sur une argumentation juridique, les paramètres dont il tient compte lors de cet exercice ne sont pas tous exclusivement juridiques. Tel est le cas par exemple lorsqu'une *politique jurisprudentielle*⁶ est mise en œuvre. A travers cette dernière, le juge procède à une adaptation de la règle de droit en se fondant sur son appréciation de la situation sociale, qui constitue la toile de fond de sa décision, et sur sa volonté d'action sur la situation en cause⁷. Elle est ainsi « la marque d'une emprise du juge sur l'ordre social »⁸ et « entend être un principe de réalisme social en même temps qu'elle fixe des objectifs de réglementation. La politique jurisprudentielle est la marque de l'adaptation de la jurisprudence aux contraintes économiques et sociales, avant que d'être, dans le même temps, programme d'action. »⁹

La présente contribution, en hommage à mon ancien collègue Tristan Zimmermann et en souvenir des moments d'échanges que nous avons eus sur le sujet, tente de mettre en lumière

² BERNICE ELGER/CATHERINE GOEHRING/SYLVIE ANTONINI REVAZ *et al.*, Prescription of hypnotics and tranquilisers at the Geneva prison's outpatient service in comparison to an urban outpatient medical service, *Sozial- Und Präventivmedizin*, vol. 47, n° 1, 2002, pp. 39-43.

³ THOMAS FOVET/ALI AMAD/CATHERINE ADINS *et al.*, Psychotropes en milieu pénitentiaire : de la fiole à l'AMM, *La Presse Médicale*, tome 43, n° 5, 2014, pp. 520-528, pp. 524-525. Pour une analyse des questions éthiques en matière de médication, voir entre autres BERNICE ELGER, Prisoners' insomnia: to treat or not to treat? Medical decision-making in places of detention, *Medicine, Science, and the Law*, vol. 48, n° 4, 2008, pp. 307-316.

⁴ CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, Message relatif à l'initiative populaire fédérale « Droits égaux pour les personnes handicapées » et au projet de loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 11 décembre 2000, FF 2001 1605, p. 1625. Pour une analyse de la vision du monde exprimée par la Déclaration universelle des droits de l'homme, voir EMMANUEL DE JONGE, La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique, *Argumentation et Analyse du Discours*, n° 4, 2010 ; disponible sur <http://aad.revues.org/956> (consulté le 15 mars 2017).

⁵ GUY CANIVET/NICOLAS MOLFESSIS, La politique jurisprudentielle, in : *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, Paris 2007, pp. 79 à 96.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibid.*, § 8 p. 82.

⁸ *Ibid.*, § 13 p. 86.

⁹ *Ibid.*, § 8 p. 83.

les représentations sociales, les valeurs et l’empreinte sur le lien collectif émanant des décisions judiciaires concernant la santé en détention.

I. La nature juridique du droit à la santé des personnes détenues

1. Un droit social dérivé d’un droit civil ?

Bien que d’un point de vue descriptif, tous les droits de l’homme génèrent à la charge des Etats un *continuum* ou un *spectre d’obligations négatives et positives de respect, de protection et de garantie* des droits consacrés¹⁰, il n’en demeure pas moins que le droit à la santé des personnes détenues a été déduit de traités internationaux énonçant essentiellement des droits civils et politiques et non des droits économiques, sociaux et culturels¹¹. En effet, les organes judiciaires de protection des droits de l’homme ont rattaché le droit dont il est question principalement à l’article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950¹² (ci-après : CEDH), interdisant la torture et les traitements inhumains ou dégradants, ainsi qu’aux articles 2 et 8, reconnaissant respectivement le droit à la vie et le droit au respect de la vie privée et familiale¹³. Sur le continent américain, l’article 5.2 de la Convention américaine relative aux droits de l’homme adoptée à San José le 22 novembre 1969 (ci-après : CADH), établit des garanties spécifiques en faveur des détenus. Ainsi, à côté du droit de tout un chacun à ne pas être soumis à des tortures ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, figure le droit de toute personne privée de liberté à être traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine¹⁴. Le droit à la vie est, pour sa part, consacré à l’article 4 CADH.

En conséquence, nous commencerons par distinguer sans pour autant disjoindre¹⁵ le droit à la santé des personnes détenues, élaboré par les Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme, du droit à la santé figurant dans de nombreux instruments internationaux tels

¹⁰ NICOLÁS ESPEJO YAKSIC/LIDIA CASAS BECERRA/MAYRA FEDDERSEN MARTÍNEZ *et al.*, *Manual sobre Justiciaabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica*, Red Iberoamericana de Jueces/OXFAM-Chile/Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Santiago 2009, p. 28 ; ROLF KÜNNEMANN, A coherent approach to human rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 17, 1995, pp. 323-342.

¹¹ PHILIPPE GÉRARD, *L’esprit des droits - Philosophie des droits de l’homme*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2007, p. 39. Voir par ailleurs, pour la CEDH, notamment ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, 3^e éd., Stämpfli, Berne 2013, n° 91 à 99 pp. 42-45 ; CARLOS MIGUEL HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, Paris 2009, p. 107 ; JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l’homme*, 2^e éd., L.G.D.J., Paris 2012, § 377 p. 491. Pour la CADH, voir entre autres LUDOVIC HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l’homme : mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles 2007, § 36 p. 39 ; CECILIA MEDINA QUIROGA/CLAUDIO NASH ROJAS, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Universidad de Chile, Santiago 2007, p. 31. Notons que seul l’article 26 CADH se rapporte aux droits sociaux, économiques et culturels.

¹² RS 0.101.

¹³ Voir entre autres FRANÇOISE TULKENS/PANAYOTIS VOYATZIS, The Right to Health in Prison. Developments in article 3 of the European Convention on Human Rights, *The Global Community : Yearbook of International Law and Jurisprudence* 2007, Volume 1, pp. 145-174, pp. 173 et 174.

¹⁴ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN/AMAYA ÚBEDA DE TORRES, *Les Grandes Décisions de la Cour interaméricaine des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruxelles 2008, p. 521.

¹⁵ Au sujet de l’outil conceptuel « distinction/conjonction », voir EDGARD MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, Paris 2005, pp. 21-24.

que l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé signée à New York du 19 juin au 22 juillet 1946¹⁶, et l'article 12 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels conclu à New York le 16 décembre 1966¹⁷.

Le droit à la santé, proclamé par les conventions internationales relatives aux droits économiques, sociaux et culturels, est considéré comme étant fondamentalement un droit-créance, tout en présentant comme tous les droits de l'homme une double dimension défensive et positive¹⁸.

Les droits-créances « mettent à la charge de l'État une obligation d'intervention positive en vue de répondre à un certain nombre de besoins fondamentaux de la vie humaine »¹⁹, lesdits besoins pouvant être d'ordre matériel ou intellectuel.

A l'instar de Laurence Gay, nous considérons que la distinction entre droits-libertés et droits-créances demeure opératoire malgré l'augmentation des obligations positives requises pour assurer l'effectivité des libertés²⁰.

Bien que cette évolution nuance la distinction entre ces deux catégories de droit, elle ne la rend pas pour autant totalement obsolète, car les obligations positives liées à des droits-libertés ou à des droits civils sont toujours dérivées ou secondes ; leur but étant d'assurer l'exercice du droit principal par son titulaire²¹. Les droits-libertés conservent donc un objet essentiellement défensif, alors que les droits-créances, pour leur part, désignent une obligation positive non comme le corollaire d'un droit-liberté mais bien comme objet propre du droit social concerné²².

Aussi, même lorsque la norme consacrant une créance joue un rôle de défense face aux autorités, générant un effet juridique d'abstention, l'objet du droit reste l'obtention d'une prestation positive, dont le corollaire pour l'État est l'obligation d'instituer et de maintenir cette prestation²³.

En d'autres termes, ce n'est pas parce que le droit à la santé peut avoir pour effet d'interdire un certain nombre de comportements de la part des autorités qu'il devient pour autant « un droit à agir dans une sphère de liberté sans ingérence étatique »²⁴. L'objet de ce droit demeure l'obtention d'une prestation étatique : celle « de jouir d'une diversité d'installations, de biens, de services et de conditions nécessaires à la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint »²⁵. Le devoir principal en question est donc bien un devoir d'action et non d'abstention de la part de l'État.

Il est vrai que le droit à la santé « suppose à la fois des libertés et des droits. Les libertés comprennent le droit de l'être humain de contrôler sa propre santé et son propre corps, y

¹⁶ RS 0.810.1.

¹⁷ RS 0.103.1. Au sujet des textes consacrant le droit à la santé, voir notamment COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 14, E/C.12/2000/4, § 2 ; MELIK ÖZDEN, *Le droit à la santé : un droit humain fondamental stipulé par l'ONU et reconnu par des traités régionaux et de nombreuses constitutions nationales*, CETIM, Genève 2006, pp. 5-8.

¹⁸ Voir entre autres DOMINIQUE SPRUMONT, Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, in : Nicolas Queloz/Franz Riklin/Ariane Senn/Philippe de Sinner (éd.), *Medizin und Freiheitsentzug : Beiträge und Dokumentation der 2. Freiburger Strafvollzugstage (November 2000) - Médecine et détention : actes des 2^{èmes} Journées pénitentiaires de Fribourg (novembre 2000)*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 27-43, pp. 30-31.

¹⁹ LAURENCE GAY, *Les «droits-créances» constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles 2007, p. 13.

²⁰ *Ibid.*, p. 17.

²¹ *Ibid.*, p. 206.

²² *Ibid.*, p. 207.

²³ *Ibid.*, p. 206.

²⁴ *Ibid.*, p. 205. Cette auteure base sa démonstration sur le logement et l'enseignement.

²⁵ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *op. cit.* note 17, § 9.

compris le droit à la liberté sexuelle et génésique, ainsi que le droit à l'intégrité, notamment le droit de ne pas être soumis à la torture et de ne pas être soumis sans son consentement à un traitement ou une expérience médicale. D'autre part, les droits comprennent le droit d'accès à un système de protection de la santé qui garantisse à chacun, sur un pied d'égalité la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible »²⁶. Néanmoins, bien que la protection de l'intégrité physique et psychique de l'individu, ainsi que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, aient indéniablement pour conséquence le respect du corps humain et la préservation de son bon fonctionnement, ces garanties ont un contenu propre²⁷. Elles appréhendent des comportements spécifiques et génèrent des obligations, notamment d'ordre procédural, particulières. En ce sens, leur champ d'application ne se confond pas totalement avec celui du droit à la santé²⁸.

Par exemple, l'imposition d'un traitement, tels qu'un test de dépistage ou la vaccination, au nom de la protection de la santé publique constitue une restriction au droit à l'intégrité corporelle de l'individu, fondée sur la préservation de la santé de tous, y compris de l'intéressé lui-même²⁹. Dans ces situations, la distinction entre les intérêts publics et privés en matière de santé ne se fait pas sans peine. Cependant, il convient de ne pas perdre de vue qu'au niveau collectif de telles mesures tendent à améliorer l'état de santé moyen de la population³⁰, alors que pour l'individu s'y opposant l'enjeu de son entreprise se situe plus au niveau de sa liberté personnelle et des limites imposées à sa libre autodétermination qu'au niveau de la protection de sa santé. En effet, parce qu'il est estimé responsable de la conduite de sa propre vie, tout être humain doit pouvoir prendre les décisions qui s'imposent, en particulier, en ce qui concerne son intégrité individuelle³¹.

Fernando Atria a analysé de manière éclairante l'importance de la distinction entre ces deux types de droit en faisant ressortir les conceptions libérales et les conceptions républicaines ou socialistes, qui les sous-tendent³².

Cet auteur a relevé que du point de vue libéral les droits sociaux étaient compris comme des droits à des *prestations étatiques minimales*. Cette conception trouve ses racines dans l'hypothèse, développée par Thomas Hobbes, selon laquelle chaque être humain a abandonné son *droit naturel* de se gouverner lui-même en construisant l'Etat³³. Par *droit naturel*, il faut entendre « la liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même pour la préservation de sa propre nature, autrement dit de sa propre vie et, par conséquent, de faire, selon son jugement et sa raison propres, tout ce qu'il concevra être le meilleur moyen adapté à cette fin. »³⁴ Or, l'être humain ne délaisserait un tel droit que dans le but de sortir de l'état de nature, c'est-à-dire de la situation qui serait la sienne hors de la société civile, dans

²⁶ *Ibid.*, § 8.

²⁷ Voir LAURENCE GAY, *op. cit.* note 19, p. 244.

²⁸ *Ibid.*, p. 245.

²⁹ S'agissant des tests de dépistage en droit international, voir Com. EDH, *Acmanne et autres c. Belgique*, n° 10435/83, décision de la Commission du 10 décembre 1984, D.R. 40, p. 253. En droit suisse, concernant la vaccination obligatoire, voir l'ATF 99 Ia 747 et pour les soins dentaires l'ATF 118 Ia 427, JdT 1994 I 566.

³⁰ ATF 118 Ia 427 consid. 6b p. 437, JdT 1994 I 566.

³¹ ELMAR DOPPELFELD, Respect de la dignité humaine et primauté de la personne, in : Christian Byk (dir.), *Bioéthique et droit international. Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Lexis NexisLitec, Paris 2007, pp. 81-85, pp. 81 et 82.

³² FERNANDO ATRIA, ¿Existen derechos sociales?, *Discusiones*, n° 4, 2004, pp. 15-59, pp. 17-18.

³³ *Ibid.*, pp. 31-32. Au sujet de la création et de la définition de l'Etat, voir le chapitre 17 de THOMAS HOBBS, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil* (1651), Traduction, introduction, notes et notices par Gérard Mairet, Gallimard, Paris 2000, pp. 281-289 et spéc. pp. 288 et 289 ; sur l'abandon d'un droit, voir pp. 232-234.

³⁴ THOMAS HOBBS, *ibid.*, p. 229.

laquelle « il y a toujours la guerre de chacun contre chacun »³⁵, rendant la vie humaine « solitaire, misérable, dangereuse, animale et brève »³⁶. Constituer l'Etat civil permettrait ainsi à l'homme d'assurer sa « propre préservation et plus de satisfaction dans la vie »³⁷. C'est pour cette raison que la condition humaine sous le règne d'un gouvernement est considérée comme devant être supérieure à la condition humaine dans l'état de nature³⁸. Cette vision s'est traduite au niveau normatif par l'octroi aux individus de « *droits à des minima* » de prestations étatiques³⁹.

En Suisse, par exemple, le Tribunal fédéral a reconnu, en 1995, le *droit à des conditions minimales d'existence* comme un droit fondamental non écrit et *justiciable*, pouvant donc être mis en œuvre par voie judiciaire⁴⁰.

La Haute Cour a relevé qu'« [a]ssurer les besoins humains élémentaires comme la nourriture, le vêtement et le logement est somme toute la condition de l'existence de l'être humain et de son développement. C'est aussi la composante indispensable d'un Etat démocratique fondé sur le droit »⁴¹. Elle a indiqué que le principe, reconnu en droit suisse, selon lequel le citoyen indigent doit être assisté par sa commune d'origine remonte au XVI^e siècle, et qu'un précepte d'humanité aussi bien qu'un devoir inhérent au but d'un Etat moderne imposaient de protéger au besoin contre la déchéance physique les personnes se trouvant sur son territoire⁴². Elle en a conclu que le droit à des conditions minimales d'existence conditionnait l'exercice d'autres libertés inscrites dans la Constitution fédérale de l'époque et qu'il faisait partie intégrante de l'ordre public démocratique de la Confédération. En outre, l'existence d'un tel droit constitutionnel non écrit recueillait un large consensus en Suisse.

Ce droit remplissait également les conditions de la *justiciabilité*, puisqu'il visait uniquement l'assistance en cas d'indigence, soit un minimum de prestations étatiques, et que les tâches nécessaires à sa réalisation étaient reconnues par les cantons dans leurs législations en matière d'assistance sociale ; lesdites tâches n'ayant plus besoin d'une décision de base en matière de politique financière. Dans ces circonstances, ce droit pouvait être fixé par le juge tout en respectant les limites fonctionnelles de la compétence de ce dernier. En effet, en raison de la précarité des ressources étatiques, les tribunaux n'étaient nullement compétents pour statuer sur les priorités en matière de répartition des moyens financiers.

Enfin, selon le Tribunal fédéral, « [c]e qui constitue la condition indispensable à une vie conforme à la dignité humaine est clairement reconnaissable »⁴³ ; le droit fondamental dont il est question n'exigeant que ce qui est essentiel à l'existence humaine et qui permet d'éviter une mendicité indigne, il ne s'agissait nullement pour le juge de se déterminer sur la garantie d'un revenu minimal. Le mode et l'ampleur des prestations étatiques qui s'imposaient en la matière devant être fixés, en premier lieu, par la collectivité publique concernée. La Haute Cour a délimité ainsi précautionneusement les conditions de reconnaissance d'un tel droit par voie judiciaire. Ce dernier est actuellement inscrit à l'article 12 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (ci-après : Cst.).

³⁵ *Ibid.*, p. 224.

³⁶ *Ibid.*, p. 225.

³⁷ *Ibid.*, pp. 281-282.

³⁸ *Ibid.*, p. 303.

³⁹ FERNANDO ATRIA, *op. cit.* note 32, pp. 31-32.

⁴⁰ Voir l'ATF 121 I 367, JdT 1997 I 278.

⁴¹ JdT 1997 I 278 p. 281 = ATF 121 I 367 consid. 2b p. 371.

⁴² ATF 121 I 367 consid. 2b p. 372, JdT 1997 I 278.

⁴³ JdT 1997 I 278 p. 284 = ATF 121 I 367 consid. 2c p. 373.

Cette conception limitative des prestations étatiques pouvant être reconnues par le juge au nom du respect de la dignité inhérente à chaque être humain, est prégnante au sein de la jurisprudence en matière de santé en détention, bien qu'elle ne soit pas la seule.

En effet, selon notre analyse, le droit à la santé des personnes privées de liberté comporte, en plus de sa composante individuelle, une dimension collective, qui exprime l'intérêt général que revêt l'exercice de ce droit pour la communauté⁴⁴.

Afin de mieux appréhender cette deuxième composantes de ce droit, nous nous référerons de nouveau à l'analyse de Fernando Atria, relative à la distinction qu'il convient d'opérer entre la conception libérale d'un droit social à un minimum de prestations étatiques de la notion de *droits sociaux*, issue des traditions républicaine ou socialiste. Selon ces dernières, les droits sociaux ont comme fins la *réduction des inégalités sociales dans l'intérêt commun ou général*⁴⁵ et ne constituent pas uniquement une protection minimale contre la misère⁴⁶, l'indigence ou encore « une aide à la survie »⁴⁷.

Par *droits sociaux*, nous entendons donc les « droits garantis par les textes constitutionnels et internationaux dans le champ social (droits des travailleurs, droit à des prestations, droit aux services publics), afin de réduire les inégalités d'ordre économique et dans une perspective de justice sociale : « droits des victimes de l'ordre existant », les droits sociaux se veulent instruments de transformation sociale, par les correctifs qu'ils apportent au libéralisme économique et par l'objectif de fraternité qui les guide. »⁴⁸

Aussi non seulement les deux types de norme susmentionnés visent-ils des intérêts publics différents - l'un tendant à prémunir l'individu contre les situations matérielles indignes et l'autre à réduire les inégalités d'ordre économique existant au sein de la société, mais en outre leurs caractéristiques ne sont pas identiques.

En effet, le droit à des conditions minimales d'existence a pour particularité qu'en sa qualité de droit social minimum, il ne souffre aucune restriction. La portée de ce droit et son noyau coïncident, aussi toute restriction à celui-là porterait-elle atteinte à l'intérêt juridiquement protégé qu'est la dignité humaine⁴⁹. Sous cet aspect, ce droit a des similitudes avec

⁴⁴ En ce qui concerne l'existence d'une articulation entre une dimension de prérogative individuelle, laissée à la maîtrise du titulaire du droit, et une dimension de valeur objective institutionnelle, soit d'intérêt général à l'exercice du droit concerné, transcendant le titulaire et soustraite à sa libre disposition, au sein du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, voir FRANÇOIS OST/SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK, La responsabilité, face cachée des droits de l'homme, in : Emmanuelle Bribosia/Ludovic Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2004, pp. 87-133, p. 132.

⁴⁵ S'agissant des différences existant entre les conceptions « libérale » et « républicaine » de la démocratie, sous l'angle de leur conception du citoyen, de leur concept de droit et de leur manière de concevoir la nature du processus de formation de la volonté politique, voir JÜRGEN HABERMAS, *L'intégration républicaine : Essais de théorie politique*, Fayard, Paris 1998, pp. 260-274 et plus spécifiquement les pp. 262-263 relatives au concept de droit. Pour une analyse des philosophies du droit « libérale » et « républicaine » à l'origine des déclarations des droits de l'homme, voir HENRI TORRIONE, Philosophie des droits de l'homme et républicanisme : une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles des déclarations de droits, in : *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Schulthess, Zürich 2011, pp. 561-590. Pour une présentation des droits sociaux dans l'ordre juridique suisse, voir ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *op. cit.* note 11, n° 1521-1542 pp. 677-684.

⁴⁶ FERNANDO ATRIA, *op. cit.* note 32, pp. 30-33.

⁴⁷ ATF 131 I 166 consid. 3.1. p. 172, JdT 2007 I 75.

⁴⁸ DIANE ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », § 7, La Revue des droits de l'homme n° 1, 2012 ; disponible sur <http://revdh.revues.org/635> (consulté le 15 mars 2017).

⁴⁹ ATF 131 I 166 consid. 5.3. p. 177, JdT 2007 I 75. Pour une présentation des caractéristiques de ce droit, voir ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *op. cit.* note 11, n° 1543-1558 pp. 685-691.

l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradant, qui ne tolère également aucune restriction en plus de n'être susceptible d'aucune dérogation⁵⁰.

Lesdits droits se différencient par exemple du droit social à un enseignement de base gratuit et suffisant, prévu à l'article 19 Cst., pour lequel le Tribunal fédéral a admis qu'il pouvait subir des restrictions. Celles-ci doivent reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public, être proportionnées et ne pas vider de sa substance, soit du contenu minimal garanti par la Constitution, le droit concerné. La question de savoir si ces restrictions se fondent sur l'article 5 Cst. ou sur une application par analogie de l'article 36 Cst., applicable essentiellement aux libertés publiques, a été laissée ouverte par la Haute Cour ; cette dernière estimant que les conséquences juridiques d'une telle distinction étaient marginales⁵¹.

Malgré leurs différences, ces deux conceptions de droits sociaux sont interreliées et sont des composantes du droit à la santé. Elles ne peuvent donc pas être purement disjointes, ce qui génère parfois des tensions qui se reflètent dans la jurisprudence, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'examiner le niveau de soins offerts aux détenus.

A ce sujet, le lexique employé par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : Cour EDH) est révélateur : les soins doivent être « adéquats » ou « appropriés » et non pas égaux à ceux fournis dans la communauté générale, ce qui permet à la Cour EDH d'exclure qu'ils soient « équivalents » à ceux dispensés « dans les meilleures cliniques civiles »⁵², tout en semant une confusion sur la portée du *principe d'équivalence des soins*⁵³.

En effet, selon ce principe, les services de médecine pénitentiaire devraient pouvoir fournir des soins et mettre en œuvre des programmes de prévention dans des conditions comparables à celles dont bénéficie la population générale⁵⁴. Aussi, ledit principe n'a-t-il jamais eu comme étalon les prestations des « meilleures cliniques civiles » mais uniquement les prestations dispensées communément à l'ensemble de la population, soit à tout un chacun, dans le but de garantir un accès non-discriminatoire aux soins de santé en faveur des personnes privées de liberté⁵⁵. Il n'a donc jamais été conçu comme un moyen de réduire les inégalités d'ordre économique, en permettant aux démunis d'avoir accès aux meilleures cliniques civiles contrairement à ce que pourrait laisser penser la jurisprudence de la Cour EDH.

⁵⁰ Cour EDH, *Bouyid c. Belgique* [GC], n° 23380/09, § 81, CEDH 2015.

⁵¹ Arrêt 2C_446/2010 du 16 septembre 2010 consid. 5.3 ; 2C_491/2012 du 26 juillet 2012 consid. 4.1. Pour une analyse de cette question, voir MAYA HERTIG RANDALL, La restriction des droits sociaux : réflexions à l'aune du droit à l'instruction, in : *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Schulthess, Zürich 2011, pp. 185-209.

⁵² Voir entre autres Cour EDH, *Mirilachvili c. Russie* (déc.), n° 6293/04, 10 juillet 2007 ; *Grichine c. Russie*, n° 30983/02, § 76, 15 novembre 2007 ; *Mekras c. Grèce*, n° 12863/14, § 35, 9 juin 2016.

⁵³ Cour EDH, *Moskalyuk c. Russie*, n° 3267/03, § 59, 14 janvier 2010.

⁵⁴ COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Exposé des motifs de la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, adoptée par le Comité des Ministres le 8 avril 1998, n° 10-11.

⁵⁵ ANDREW COYLE, Standards in Prison Health: The Prisoner as a Patient, in : Lars Møller/Heino Stöver/Ralf Jürgens/Alex Gatherer/Haik Nikogosian, (éd.), *Health in Prisons. A WHO Guide to the Essentials in Prison Health*, Bureau régional de l'OMS pour l'Europe, Copenhague 2007, pp. 7-13, pp. 7-8.

2. Le point de tension du droit à la santé en prison : garantie d'un droit minimum à la santé *versus* égalité d'accès aux soins et responsabilité collective

Il est intéressant de noter que le principe d'équivalence, selon lequel les soins dispensés en milieu carcéral doivent être d'un niveau *comparable* à celui que les autorités de l'Etat se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population, ne fait pas l'unanimité parmi les juges de la Cour EDH ; certains d'entre eux ayant exprimé leur désaccord quant à son application au titre d'obligation découlant de la Convention⁵⁶.

Ce refus a de quoi surprendre. En effet, les exigences pratiques, ordinaires et raisonnables de l'incarcération ne semblent pas imposer par elles-mêmes une qualité de soins moindre que celle que les autorités étatiques offrent au reste de la population. Alors quelles sont les raisons qui pourraient fonder un tel rejet du principe d'équivalence des soins, principe par ailleurs adopté par d'autres organes de protection des droits de l'homme comme le Comité pour la prévention de la torture du Conseil de l'Europe ?

Cette position semble plutôt refléter une vision du monde, dérivée de la conception libérale mentionnée précédemment, concernant plus spécifiquement la condition de détenu. Robert Badinter l'a dénommée la « loi d'airain » du monde pénitentiaire. Cette conception consiste dans le refus des citoyens de voir des conditions des prisons jugées préférables à celles que connaissent les hommes libres les plus socialement défavorisés⁵⁷.

Ce refus s'exprime fortement lorsqu'il s'agit d'entrer en matière sur des prestations sociales ou médicales en faveur des détenus. Il doit être mis en lien avec l'analyse de Michel Foucault, qui a relevé qu'avec la théorie générale du contrat, le criminel est désigné comme l'ennemi de tous, car il est celui qui a rompu le pacte social. Dès lors, son châtement s'inscrit dans la défense de l'ensemble de la société⁵⁸. En sa qualité de « traître » du corps social, lui reconnaître des droits qui ont notamment comme finalité l'intérêt général et la prospérité commune relève, à première vue, du paradoxe et génère une réticence qui ne semble pas épargner les membres des institutions judiciaires de protection des droits de l'homme.

A l'inverse, les *représentations sociales de la maladie mentale* et des besoins des personnes souffrant d'une pathologie de cette sorte, en particulier de psychose, exercent une influence positive sur la jurisprudence considérée. Par *représentation sociale*, il faut entendre « une forme de connaissance, socialement élaborée et partagée, ayant une visée pratique et concourant à la construction d'une réalité commune à un ensemble social »⁵⁹. Il s'agit d'une connaissance du « sens-commun », distincte du savoir savant ou scientifique, qui oriente et organise également les conduites et les communications sociales⁶⁰.

Les juges sont guidés par ces représentations, qui se traduisent au niveau judiciaire par l'idée selon laquelle, sauf circonstances exceptionnelles, les malades mentaux ne devraient pas se trouver en prison mais dans des structures psychiatriques en raison de leur vulnérabilité particulière et son corollaire jurisprudentiel : soit les services pénitentiaires ont la capacité d'offrir une prise en charge médicale particulièrement adéquate à cette catégorie extrêmement

⁵⁶ Voir l'opinion concordante commune aux juges Danutė Jočienė (Lituanie), Isabelle Berro-Lefèvre (Monaco) et Işıl Karakaş (Turquie) jointe à l'arrêt de la Cour EDH, *Cara-Damiani c. Italie*, n° 2447/05, 7 février 2012.

⁵⁷ ROBERT BADINTER, *La Prison républicaine (1871-1914)*, Fayard, Paris 1992, pp. 391-392.

⁵⁸ MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et punir - Naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975, pp. 106-122, plus spécifiquement p. 107.

⁵⁹ DENISE JODELET, Représentations sociales : un domaine en expansion, in : Denise Jodelet (dir.), *Les représentations sociales*, PUF, Paris 1989, pp. 31-61, p. 36.

⁶⁰ *Ibid.*

vulnérable de détenus et ceux-ci peuvent rester en prison, soit cela n'est pas le cas et une atteinte à la dignité humaine des intéressés sera constatée.

La Cour EDH ainsi indiqué qu'elle attachait « un grand poids » à la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, qui prévoit que les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié, même s'ils reconnaissent que cette recommandation « n'a pas en soi valeur contraignante à l'égard des Etats membres »⁶¹.

Elle a également jugé que : « Les détenus atteints de troubles mentaux risquent incontestablement de se sentir davantage en situation d'infériorité et d'impuissance. C'est pourquoi une vigilance accrue s'impose dans le contrôle du respect de la Convention. S'il appartient aux autorités médicales de décider – sur la base des règles reconnues de leur science – des moyens thérapeutiques à employer pour préserver la santé physique et mentale des malades entièrement incapables d'autodétermination et dont elles ont donc la responsabilité, ceux-ci n'en demeurent pas moins protégés par l'article 3. [...] La Cour reconnaît que la nature même de l'état mental du requérant le rend plus vulnérable que le détenu moyen [...]. A cet égard, elle considère que le défaut de placement de l'intéressé par les autorités, pendant la plus grande partie de sa détention, dans un établissement psychiatrique adapté ou dans une maison pénitentiaire dotée d'un pavillon psychiatrique spécialisé l'a forcément exposé à un risque pour sa santé et a dû être source pour lui de stress et d'angoisse. »⁶²

L'ampleur de la responsabilité de l'Etat en matière de santé en prison est donc pensée en tenant compte de la situation de *vulnérabilité* particulière dans laquelle se trouvent les personnes privées de liberté. La jurisprudence fonde les obligations étatiques sur le *rapport de dépendance* spécial existant entre la personne détenue et l'Etat, la première se trouvant totalement livrée aux mains du second. La Cour EDH a rappelé à ce sujet que : « L'incarcération ne fait pas perdre à un détenu le bénéfice des droits garantis par la Convention. Au contraire, dans certains cas, la personne incarcérée peut avoir besoin d'une protection accrue en raison de la vulnérabilité de sa situation et parce qu'elle se trouve entièrement sous la responsabilité de l'Etat. »⁶³

Les travaux de Robert Goodin peuvent nous éclairer au sujet de cette *responsabilité fondée sur la vulnérabilité*. Selon cet auteur, la vulnérabilité et la responsabilité, qui en découle, sont *relationnelles et relatives*. Elles sont relationnelles, car elles impliquent l'existence d'un agent capable par ses choix d'exercer une réelle influence sur la cause du préjudice subi par une autre personne ou pour éviter que celui-là ne se produise. Ainsi A peut-il être considéré comme étant particulièrement vulnérable ou dépendant de B si les actes ou les choix de B affectent fortement les intérêts ou le bien-être de A. En outre, la responsabilité fondée sur la vulnérabilité est également relative, car le degré de vulnérabilité de A varie en fonction de l'ampleur de l'impact des actes ou choix de B sur les intérêts ou le bien-être de A. Plus B contrôle la situation (les résultats) qui affecte les intérêts ou le bien-être de A et plus fortement les intérêts ou le bien-être de A seront en jeu dans la situation contrôlée par B. B sera considéré comme ayant moins de contrôle sur la situation ou les résultats affectant A, si la situation ou ces derniers se seraient de toute façon produits peu importe les actions de B⁶⁴.

⁶¹ Cour EDH, *Rivière c. France*, n° 33834/03, § 72, 11 juillet 2006.

⁶² Cour EDH, *Dybeku c. Albanie*, n° 41153/06, § 96, 18 décembre 2007.

⁶³ Cour EDH, *Torreggiani et autres c. Italie*, n°s 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, § 65, 8 janvier 2013.

⁶⁴ ROBERT GOODIN, *Protecting the Vulnerable : A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, University of Chicago Press, Chicago 1985, pp. 110-115 et 118-119.

Dans le domaine juridique, la responsabilité de l'Etat fondé sur la vulnérabilité peut également être pensée comme étant *relationnelle et relative*. La situation de pouvoir des autorités étatiques et l'influence de ce pouvoir sur les intérêts des personnes privées de liberté sont considérables. C'est pourquoi, des obligations accrues peuvent être imposées à l'Etat lorsqu'il s'agit de protéger les droits des personnes détenues. Par ailleurs, lesdites obligations sont relatives, car elles tiennent compte des degrés de vulnérabilité particuliers des personnes incarcérées découlant des différents tableaux cliniques concernant ces dernières. En effet, l'ampleur de l'impact des décisions des autorités étatiques sur la situation et le bien-être de la personne concernée sera différente si celle-ci est fortement atteinte dans sa santé ou si elle est bien portante.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après : Cour IDH), pour sa part, fait référence à une *position spéciale de garant* de l'Etat par rapport aux personnes privées de liberté en raison du fait que les autorités pénitentiaires exercent un contrôle total sur ces dernières⁶⁵. Cette position de garant fonde une responsabilité collective à l'égard des personnes concernées.

Compte tenu des éléments exposés précédemment et de manière schématique, les droits dont sont titulaires les personnes privées de liberté en matière de santé pourraient être classés, selon les valeurs défendues, de la manière suivante :

Type de garantie accordée selon l'atteinte à la santé considérée

Type d'atteinte à la santé	Intérêt public <i>prépondérant</i> / vision du monde <i>prépondérante</i>	Garantie accordée, dans la majorité des cas
Personne atteinte d'une grave maladie psychique (par ex. psychose) ou somatique, y compris d'une grave maladie chronique	Protection des personnes particulièrement vulnérables ; lutte contre les inégalités	Droit social
Personne handicapée	Protection des personnes particulièrement vulnérables ; lutte contre les inégalités	Droit social
Personne atteinte d'une maladie somatique ou psychique légère, y compris d'une maladie chronique	Protection de la dignité humaine/vision libérale	Droit social minimum

⁶⁵ Cour IDH, affaire *Las Penitenciarías de Mendoza c. Argentine*, ordonnance du 18 juin 2005 (Mesures provisoires), consid. 11. S'agissant de la vulnérabilité des migrants sans titre de séjour, voir Cour IDH, affaire *Vélez Loor c. Panama*, arrêt du 23 novembre 2010 (Exceptions préliminaires, Fond, Réparations et Dépens), série C n° 218, § 98.

II. Le droit à la santé des personnes détenues en tant que droit-liberté

1. Le droit à la santé des personnes détenues en tant que droit public subjectif limité dans ses modalités de libre disposition

Nous avons donc constaté qu'il y a bien un point de rencontre entre le droit social à la santé et la protection de l'intégrité physique et psychique de l'individu, y compris l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Néanmoins, les objets respectifs de ces droits demeurent distincts. Le droit à la santé a pour socle spécifique une obligation positive de l'État. Par ce fait, il s'analyse en droit-créance contrairement au droit à la santé des détenus qui est une obligation positive dérivée d'un droit de défense.

Cette dernière obligation fait partie intégrante d'une liberté dont elle assure l'effectivité. Françoise Tulkens et Panayotis Voyatzis ont ainsi qualifié le droit à la santé en prison de droit « doublement dérivé »⁶⁶; celui-ci ayant pour source d'une part, une obligation positive déduite de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, et d'autre part, l'abandon de l'exigence d'une volonté étatique d'humilier ou de rabaisser la personne détenue. Ce qui a permis une qualification objective des traitements atteignant le seuil minimum de gravité requis pour entrer dans le champ de protection de l'article 3 de la CEDH⁶⁷.

Il est généralement reconnu que les libertés sont d'applicabilité directe et confèrent aux particuliers des droits subjectifs et justiciables⁶⁸. Nous allons donc considérer le droit à la santé des personnes détenues en sa qualité de droit subjectif de l'individu.

Depuis le XX^e siècle, la définition de la notion de droit subjectif a fait et fait encore l'objet de débats parmi les théoriciens du droit. Selon Jean Dabin, les droits subjectifs sont essentiellement des appartenances générant et déterminant des maîtrises⁶⁹. Ce dernier aspect est cependant limité dans ses modalités de libre disposition par la nature de la chose assujettie.

Ainsi, lorsque les biens soumis à appartenance touchent la personne humaine, le droit sur ces biens, soit le droit de libre disposition, n'est pas absolu⁷⁰, « le sujet en a la libre disposition et la maîtrise certes, mais seulement dans une certaine mesure, qui consiste à en jouir, à les conserver, à les exercer, non pas toujours à les aliéner ou à les détruire »⁷¹.

En sa qualité de droit public subjectif de l'être humain, le droit à la santé en prison présente une nature particulière en raison aussi bien de son objet que de son titulaire⁷².

En effet, la peine, qualifiée juridiquement de privative de liberté, se réalise concrètement par une emprise de l'État sur le corps des individus⁷³. Ceci se traduit avec évidence par

⁶⁶ FRANÇOISE TULKENS/PANAYOTIS VOYATZIS, *op. cit.* note 13, p. 146.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 149-151.

⁶⁸ LAURENCE GAY, *op. cit.* note 19, pp. 112 et 113 ; ÉTIENNE GRISSEL, *Droits fondamentaux – Libertés idéales*, Stämpfli, Berne 2008, p. 5.

⁶⁹ JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, réimpression de l'édition de 1952, Dalloz, Paris 2007, p. 80.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 91, 103 et 104.

⁷¹ *Ibid.*, p. 91.

⁷² Voir au sujet de la nature particulière des droits de l'homme en tant que droits subjectifs notamment PHILIPPE GÉRARD, *op. cit.* note 11, pp. 20 et 21.

l'impossibilité d'aller et venir librement et par le confinement dans un espace clos, mais également de façon moins flagrante par une déclinaison particulière de l'intangibilité du corps humain⁷⁴. Cette emprise sur le corporel a un impact direct sur les droits qui sont reconnus aux êtres humains en situation d'enfermement concernant le traitement médical réservé à leur corps.

Aussi, bien que les droits de l'homme aient été décrits comme constituant le « contrecoup de l'affirmation de l'État et de son empire sur les individus »⁷⁵, cette affirmation doit être relativisée pour ce qui a trait à l'univers carcéral. Les sociologues ont constaté que la relation au droit est inversée pour les détenus. En prison, tout ce qui n'est pas expressément autorisé est interdit, et la logique contractuelle est impossible⁷⁶. Ce rapport particulier au droit se reflète également dans les limites posées aux droits fondamentaux des personnes privées de liberté, en particulier s'agissant du refus de soins ou de la fin de vie.

2. La protection de la vie en prison et ses limites

La fin de vie fait l'objet de débats persistants et cette thématique revêt une importance particulière pour la Suisse en raison non seulement de sa démographie - la proportion des personnes âgées de 65 ans et plus est en constante et forte augmentation⁷⁷ - mais également de la possibilité pour tout un chacun de recourir à l'assistance au suicide.

Les choix parfois contradictoires des personnes concernées, de leur entourage et de la société reflètent des valeurs et des principes en évolution et posent de multiples questions.

Comme l'a exprimé Francis Peabody, le tableau clinique d'un patient n'est pas qu'une photographie d'un homme malade sur un lit : « it is an impressionistic painting of the patient surrounded by his home, his work, his relations, his friends, his joys, sorrows, hopes and fears »⁷⁸.

La prise en compte de l'individu dans son contexte social d'un point de vue interdisciplinaire et évolutif, s'est traduite dans le domaine juridique à laisser une place de plus en plus importante au droit à l'autodétermination du patient.

Dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, la Cour EDH a posé l'autonomie personnelle comme un principe interprétatif de l'article 8 de la CEDH⁷⁹ et a reconnu que les décisions concernant la qualité de la fin de vie, « au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps », tombaient sous la sphère de protection du respect de la vie privée⁸⁰.

⁷³ MICHEL FOUCAULT (note 58), pp. 23 et 37-40 ; SIMONA IONA SCHUMACHER, La peine sensorielle ou les avatars modernes d'une « pénalité de l'incorporel », in : Marco Cicchini/Michel Porret, (dir.), *Les sphères du pénal avec Michel Foucault*, Antipodes, Lausanne 2007, pp. 251-266, p. 252.

⁷⁴ En Suisse, l'intangibilité du corps humain est déduite de la liberté personnelle, voir notamment l'ATF 130 I 16, consid. 3 p. 18.

⁷⁵ JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN, Les droits de l'homme, in : Denis Kambouchner (dir.), *Notions de philosophie*, Volume II, Gallimard, Paris 1995, pp. 637-696, p. 644.

⁷⁶ PHILIPPE COMBESSIE, *Sociologie de la prison*, 3e éd., La Découverte, Paris 2009, pp. 92-93.

⁷⁷ Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, « Pyramide des âges (diagramme) », 26.08.2016 ; disponible sur <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/effectif-evolution/age-etat-civil-nationalite.assetdetail.308207.html> (consulté le 16 mars 2017).

⁷⁸ PEABODY FRANCIS, The Care of the Patient, *JAMA* 1927 ; 88(12) : 877-882, p. 878 ; disponible sur <http://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/245777> (consulté le 15 mars 2017).

⁷⁹ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III.

⁸⁰ *Ibid.*, § 65 à 67.

S'agissant de la société libre, la Cour EDH a jugé que : « le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention »⁸¹.

En Suisse, lors de l'élaboration du Code pénal (ci-après : CP)⁸², à la fin du 18^{ème} début du 19^{ème} siècle, le suicide n'était plus pénalement réprimé sur le plan cantonal et le principe de la non-punissabilité de cet acte était unanimement admis⁸³. En conséquence, une norme spéciale était nécessaire pour rendre illégaux l'incitation et l'assistance au suicide. C'est ainsi que l'article 115 CP a été créé mais avec une limitation importante : seuls les actes inspirés par un but égoïste étaient punissables, le but étant d'exclure du champ pénal l'aide apportée par un ami au suicide d'une personne socialement déshonorée et humiliée⁸⁴. Cet article est entré en vigueur avec l'ensemble du CP le 1^{er} janvier 1942 et il n'a pas été substantiellement modifié depuis lors.

D'un point de vue terminologique, par « assistance au suicide », il faut entendre l'aide volontaire d'un tiers à la réalisation du suicide d'une personne ayant la volonté de se donner la mort et réalisant elle-même le geste fatal⁸⁵.

Lorsqu'un médecin fournit cette aide, en principe, il respectera les recommandations de l'Académie Suisse des Sciences Médicales concernant la prise en charge des patientes et patients en fin de vie⁸⁶. Si les conditions de délivrance d'une substance létale, généralement le natrium pentobarbital appelé également pentobarbital sodique, ne sont pas remplies en regard des règles déontologiques et professionnelles, le médecin refusera de prescrire une telle substance⁸⁷. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'est cependant pas question d'un renvoi direct aux directives susmentionnées et que le juge n'est pas lié par celles-ci. Il a ajouté à ce sujet que s'agissant d'un domaine sensible, « le regard des professionnels et de leur commission d'éthique est néanmoins important. »⁸⁸ Relevons que l'aide médicale au suicide peut également être mise à disposition d'un patient qui souffre d'une maladie psychique incurable et durable⁸⁹.

S'agissant des modalités d'exercice de ce droit, elles ont été strictement limitées. Le Tribunal fédéral a ainsi clairement établi que bien qu'il existe pour chacun le droit de choisir la forme et le moment de la fin de sa vie fondé sur le droit à l'autodétermination, en revanche il n'existe aucun droit au suicide assisté que l'Etat devrait garantir.

« Ainsi, l'individu qui désire mourir ne dispose pas d'un droit de bénéficier d'une aide au suicide, que ce soit par la mise à disposition des moyens nécessaires (lorsque les personnes concernées ne remplissent pas les conditions pour se voir octroyer une aide au suicide, selon les directives de l'Académie suisse des sciences médicales) ou par le biais d'une aide active [...] En ce sens, il ne s'agit pas d'un droit de mourir, mais bien plutôt d'une liberté de mourir,

⁸¹ Cour EDH, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, § 51, CEDH 2011.

⁸² RS 311.0.

⁸³ COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE (NEK-CNE), « *L'assistance au suicide* » – *Prise de position 9/205*, Ed. NEK-CNE, Berne 2005, p. 31.

⁸⁴ Voir CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse (Du 23 juillet 1918), FF 1918 IV I, pp. 35-36 ; COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE (NEK-CNE), *ibid.*, pp. 31-33.

⁸⁵ OLIVIER GUILLOD, « Soins et respect de la volonté du patient en fin de vie : regard de droit comparé », Jusletter 31 janvier 2011, § 25 ; disponible sur http://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2011/602/_8988.html__ONCE (consulté le 16 mars 2017).

⁸⁶ Voir notamment l'ATF 133 I 58 consid. 6.3.4. p. 73.

⁸⁷ Voir par exemple l'arrêt 2C_9/2010 du 12 avril 2010 consid. 3.1 et 3.2.

⁸⁸ ATF 142 I 195 consid. 3.1. p. 199.

⁸⁹ ATF 133 I 58 consid. 6.3.5.1. p. 74.

dans la mesure où un droit porte sur une prestation que l'on peut exiger de l'Etat alors qu'une liberté vise à respecter l'autonomie de la personne, c'est-à-dire un choix qui est garanti par l'Etat. »⁹⁰ Ce principe est-il également applicable pour les personnes privées de liberté ?

Dans l'ATF 142 I 195, le Tribunal fédéral a examiné l'article 35a de la loi neuchâteloise de santé, qui imposait une obligation légale pour les institutions reconnues d'utilité publique de tolérer en leur sein une assistance au suicide. La Haute Cour a admis la légalité de cette disposition cantonale dans la mesure « où ce n'est pas l'Etat, ou l'institution chargée d'une tâche d'utilité publique, qui doit organiser la procédure relative à l'assistance au suicide; elle ne fait qu'imposer aux institutions reconnues d'utilité publique, certes par le biais d'une mesure du législateur, de tolérer la présence des organisations privées d'aide au suicide et prohibe les entraves pratiques qui pourraient être instaurées pour empêcher cette assistance. »⁹¹

Dans le domaine pénitentiaire, la prise en compte du contexte particulier de l'incarcération en regard de la jurisprudence précitée amène à conclure que la personne privée de liberté est également privée de cette « liberté de mourir », reconnue par le Tribunal fédéral.

En effet, l'accès physique au détenu est soumis à une surveillance de l'Etat en raison de sa condition carcérale. En outre, il est difficilement concevable qu'une procédure relative à l'assistance au suicide soit mise en place en prison sans que soit sollicitée la collaboration directe des autorités pénitentiaires dans son organisation.

Par ailleurs, compte tenu du fait que l'Etat a « fondamentalement le devoir de protéger le droit à la vie »⁹², en particulier la vie des personnes qui sont entièrement sous son autorité, dans la mise en balance des droits en présence, le devoir de l'Etat de protéger la vie devrait l'emporter sur le droit à l'autodétermination et sur la « liberté de mourir », si l'on tient compte du jugement de valeur qui ressort de la jurisprudence relative à l'alimentation forcée des détenus.

En effet, le Tribunal fédéral a jugé dans ce dernier domaine qu'« il existe un intérêt public important à ce que les possibilités d'action offertes à l'autorité d'exécution des peines, confrontée à la grève de la faim d'un détenu qui demande à être libéré, ne se limitent pas à la seule alternative d'élargir l'intéressé ou de le laisser mourir, mais qu'il soit aussi possible d'ordonner que le détenu soit nourri de force dès qu'il commence à courir le risque de souffrir de lésions graves et irréversibles. Sinon, l'autorité devra soit porter atteinte à la crédibilité et à l'équité de la justice pénale, soit renoncer à la primauté de la vie sur la mort. »⁹³

La jurisprudence susmentionnée a été vivement critiquée par les médecins, lesquels considèrent que l'alimentation forcée porte atteinte à la dignité humaine⁹⁴. Dès lors, les autorités judiciaires devront être très attentives à ce que le jugement de valeur précité ne se transforme pas en une « obligation de vivre » imposée aux personnes privées de liberté, car même en prison la primauté de la vie sur la mort ne peut être absolue sous peine de revêtir les caractéristiques d'un acharnement thérapeutique pouvant être ressenti par la personne détenue comme avilissant et attentatoire à sa dignité.

⁹⁰ ATF 142 I 195 consid. 3.4. p. 203.

⁹¹ *Ibid.* consid. 4 p. 205.

⁹² *Ibid.* consid. 3.2 p. 200 ; ATF 133 I 58 consid. 6.2.1. p. 68.

⁹³ ATF 136 IV 97 consid. 6.3.3. p. 116.

⁹⁴ Voir entre autres SAMIA HURST, Nutrition forcée : la justice croit à tort pouvoir se passer de l'éthique médicale, *Le Temps*, 29 octobre 2010 ; version électronique consultable sur <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/c59cd1d4-e2d3-11df-92eb-4573e0b27b3a|1> (consulté le 16 mars 2017).

Conclusion

La mise en œuvre du droit à la santé en prison conduit le juge à se confronter à la problématique de la tension entre liberté et égalité, deux valeurs juridiquement protégées reflétant une certaine conception du monde et une certaine conception de l'homme.

En effet, la particularité du droit à la santé en détention réside dans sa source normative. Celle-ci repose principalement sur l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, garantie notamment par l'article 3 CEDH et par l'article 5.2 CADH. D'un droit civil semble donc surgir un droit social. Or, quelle est réellement la nature de ce droit à la santé en prison ?

Pour répondre à cette question, la distinction opérée par Fernando Atria entre droits sociaux et droits minimums d'essence libérale est particulièrement appropriée. Un droit minimal à la santé n'est pas l'équivalent d'un droit citoyen à l'égalité en matière de santé ; ce dernier droit étant en lien direct avec l'allocation des ressources étatiques disponibles et posant la question de la redistribution des richesses, questions au fort caractère politique dont le juge ne se saisit qu'en dernier recours et avec beaucoup de précaution.

Selon notre opinion, cette dualité est au cœur de la difficulté que connaît le juge dans l'élaboration d'une ligne jurisprudentielle cohérente et sans discontinuité en matière de droit à la santé en détention. En effet, les cas tranchés concernent des droits à des prestations individuelles qui intègrent difficilement le droit à l'égalité des prestations pour tous les détenus, voire pour la société dans son ensemble.

Cette tension entre liberté et égalité se reflète également dans la jurisprudence suisse concernant le droit à l'autodétermination en matière de soins en prison et de fin de vie. Bien que le Tribunal fédéral ait admis la légalité d'une disposition cantonale consacrant la liberté de mourir et non le droit de mourir au sein de la société libre, tout en précisant qu'un droit porte sur une prestation exigible alors qu'une liberté tend à respecter l'autonomie de la personne, en d'autres termes c'est le choix de l'individu qui est garanti par les autorités, il est fort douteux que cette liberté puisse bénéficier aux personnes détenues en l'état de la jurisprudence et de la pesée des intérêts faisant primer la vie sur la mort en matière d'exécution de peines.

La jurisprudence précitée met en lumière le rapport de dépendance spécial existant entre la personne détenue et l'Etat, la première étant totalement livrée aux mains du second. Or, suivant les travaux de Robert Goodin, cet état de vulnérabilité fonde une responsabilité collective.

Si les juges n'hésitent pas à reconnaître cette responsabilité collective lorsqu'il s'agit de mettre en balance le droit à l'autodétermination de la personne privée de liberté, dans les situations de refus de soins de sa part, et la protection de la vie humaine, ladite responsabilité n'est pas unanimement reconnue lorsqu'il s'agit de déterminer le niveau et la qualité des soins devant être offerts aux personnes détenues.

Or, si la personne détenue doit se voir reconnaître une dignité en elle-même, en sa qualité de personne humaine, le contour de cette dignité ne doit pas être redessiné en fonction des représentations sociales relatives à la condition de détenu, lequel est notamment perçu comme traître du corps social. Au contraire, la reconnaissance d'une responsabilité collective devrait aboutir au rejet d'une telle conception pour venir appuyer l'idée selon laquelle les droits de l'homme doivent être effectifs pour tous les êtres humains, y compris pour les criminels. En effet, dans le domaine si particulier de l'enfermement, la notion de dignité humaine devrait essentiellement protéger la personne concernée en elle-même et pour elle-même, et non l'idée abstraite que la société se fait de sa propre humanité.

La religion des arbitres : l'éclairage donné par l'affaire Jivraj v. Hashwani

DIANE VALLÉE-GRISEL*

Introduction

La curiosité intellectuelle qui animait Tristan aurait certainement été éveillée par l'affaire anglaise Jivraj c. Hashwani dans laquelle son thème de recherche privilégié, la religion, s'invite de manière inattendue dans le domaine de l'arbitrage. En remettant en cause la validité d'une clause d'arbitrage en raison de l'insertion d'un critère religieux, cette affaire a secoué le monde de l'arbitrage et rappelé de manière incisive que la liberté laissée aux parties est encadrée par le droit de l'Etat du siège de l'arbitrage choisi par les parties. Après avoir présenté le litige, les questions traitées par les tribunaux britanniques seront abordées à la lumière des jugements rendus, sur recours contre la décision de première instance, par la Cour d'appel puis la Cour suprême du Royaume-Uni.

I. Le contexte de la clause arbitrale litigieuse

Le litige dans cette affaire porte sur la validité d'une clause d'arbitrage insérée dans un contrat commercial conclu en 1981 entre Messieurs Hashwani et Jivraj (un « joint venture agreement », ci-après le « JVA »), lequel concerne des investissements immobiliers dans différentes parties du monde. La clause contestée, l'article 8, alinéa 1 du JVA, prévoit que tout litige entre les parties doit être résolu par voie d'arbitrage par un tribunal arbitral composé de trois arbitres, lesquels doivent être des membres estimés de la communauté ismaélienne. Cette clause est rédigée comme suit :

« (1) If any dispute difference or question shall at any time hereafter arise between the investors with respect to the construction of this agreement or concerning anything herein contained or arising out of this agreement or as to the rights liabilities or duties of the investors or either of them or arising out of (without limitation) any of the businesses or activities of the joint venture herein agreed the same (subject to sub-clause 8(5) below) shall be referred to three arbitrators (acting by a majority) one to be appointed by each party and the third arbitrator to be the President of the HH Aga Khan National Council for the United Kingdom for the

* Docteur en droit, avocate au Barreau de Genève. Mes remerciements vont à Ljupcho Grozdanovski, docteur en droit, pour sa relecture attentive et ses commentaires pertinents.

time being. All arbitrators shall be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community.

(2) The arbitration shall take place in London and the arbitrators' award shall be final and binding on both parties. »

A la fin de l'année 1988, les parties décidèrent de mettre fin à leur relation contractuelle et conclurent un accord aux termes duquel un « conciliation panel » composé de trois personnes, tous des membres estimés de la communauté ismaélienne, était chargé de la répartition des biens de la société commune. Le panel divisa la plupart des biens mais ne put résoudre tous les différends entre les parties. Ces dernières s'accordèrent pour soumettre les derniers désaccords à l'arbitrage ou à la conciliation et nommèrent, à cet effet, un membre de la communauté ismaélienne, Mr Zaher Ahamed, lequel mit fin à sa mission sans que tous les différends soient résolus. En 2008, M. Hashwani réclama à M. Jivraj la somme de US\$ 1'412'494 plus intérêts, soit un total de US\$ 4'403'817. Il lui notifia en outre qu'il nommait Sir Anthony Colman comme arbitre conformément à l'article 8 du JVA et qu'en l'absence de nomination d'un co-arbitre dans les sept jours, des démarches seraient entreprises pour que Sir Anthony soit désigné arbitre unique. La notification précisait que M. Hashwani ne se considérait pas lié par l'exigence relative à l'appartenance des arbitres à la communauté ismaélienne étant donné que cette dernière constituait une discrimination en raison de la religion constitutive d'une violation du Human Rights Act de 1998. M. Jivraj commença alors une procédure devant la Cour de commerce aux fins d'obtenir une déclaration selon laquelle la nomination de Sir Anthony était invalide, faute pour ce dernier d'appartenir à la communauté ismaélienne. M. Hashwani répliqua en déposant une requête visant à la nomination de Sir Anthony comme arbitre unique en application de l'article 18, alinéa 2, de l'Arbitration Act de 1996. Cette requête se fondait sur l'invalidité de la clause prévoyant l'obligation pour les arbitres d'appartenir à la communauté ismaélienne au regard du « Employment Equality (Religion and Belief) Regulations 2003 » (ci-après « le Règlement »), du Human Rights Act de 1998 et de l'ordre public.

Les deux demandes ont été instruites en première instance devant le juge David Steel J. qui considéra, d'une part, que l'exigence d'appartenir à la communauté ismaélienne ne constituait pas une discrimination interdite, faute pour les arbitres de constituer des « employés » au sens du Règlement ; d'autre part, que dans l'hypothèse où les arbitres tombaient néanmoins dans le champ d'application personnel du Règlement, l'exigence qu'ils appartiennent à la communauté ismaélienne serait admissible en vertu de l'exception de l'article 7, alinéa 3, chiffre 3, qui admet des clauses constitutives de discrimination lorsque l'appartenance à une religion spécifique constitue une exigence professionnelle justifiée (« genuine occupational requirement ») ; et, enfin, que même s'il en était décidé autrement, l'exigence litigieuse n'était pas séparable du reste de la clause d'arbitrage, de sorte que la clause dans son ensemble serait nulle¹. En conséquence, le juge Steel J. rejeta la requête de M. Hashwani et déclara invalide la nomination de Sir Anthony. Il refusa en outre d'accorder l'autorisation de recourir contre sa décision mais la Cour d'appel octroya ladite autorisation en lien avec trois questions : premièrement, déterminer si l'exigence selon laquelle les arbitres doivent appartenir à la communauté ismaélienne tombe sous le coup de l'interdiction des discriminations de l'article 6 du Règlement ; deuxièmement, en cas de réponse positive, déterminer si l'article 7 qui prévoit des exceptions à l'interdiction de principe est applicable ; troisièmement, au cas où l'exception ne s'applique pas, déterminer si cette exigence est séparable du reste de la clause d'arbitrage.

Par arrêt du 22 juin 2010, la Cour d'appel a admis l'appel et a retenu que l'article 8, alinéa 1, du JVA était contraire au Règlement et, partant, nul dans son intégralité². En conséquence, la

¹ Jivraj v. Hashwani [2009] EWHC 1364 (Comm), [2010] 1 All ER 302 (26 juin 2009).

² Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010).

désignation par M. Hashwani de Sir Anthony Colman comme arbitre a été jugée invalide. Le recours à la Cour suprême contre ce jugement a été admis le 27 juillet 2011³. A la suite de l'arrêt de la Cour suprême, M. Hashwani a déposé une plainte à la Commission européenne au motif que la Cour suprême aurait manqué à son obligation de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne⁴. Cette plainte a été clôturée sans suite par la Commission en 2016.

II. Les arbitres tombent-ils dans le champ d'application de la Directive 2000/78 et du Règlement ?

Le Règlement sur l'égalité au travail sur lequel se sont fondées les autorités britanniques pour rendre leur jugement a été adopté au Royaume-Uni afin de donner effet, en matière de discrimination fondée sur la religion ou les convictions, à la directive 2000/78 du 20 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁵ (ci-après la « Directive »). Cette directive interdit, outre la religion et les convictions, d'autres motifs de discrimination (l'handicap, l'âge et l'orientation sexuelle), lesquels faisaient pour la plupart déjà l'objet d'une réglementation idoine au Royaume-Uni. Ces différents règlements anti-discrimination en vigueur au Royaume-Uni suivent une approche identique et partagent notamment la notion de « relation d'emploi » (« employment ») qui définit leur champ d'application. L'uniformité législative dans ce domaine a été renforcée par l'« Equality Act » de 2010 qui s'applique à tous les cas couverts par les règlements précédents⁶. L'abrogation du Règlement par l'Equality Act n'a toutefois aucun impact sur les questions juridiques posées par la présente affaire⁷.

Le terme « employment » est défini dans le Règlement comme suit : « (...) 'employment' means employment under a contract of service or of apprenticeship or a contract personally to do any work, and related expressions shall be construed accordingly ; (...) » (art. 2, al. 3 du Règlement).

1. La Cour d'appel

La Cour d'appel, pour répondre à la question de l'applicabilité du Règlement aux arbitres, examine successivement, premièrement, si les arbitres peuvent être qualifiés d'« employés » et relever ainsi du champ d'application personnel de la Directive et du Règlement ; deuxièmement, si le cas d'espèce tombe dans le champ d'application de la Directive et du Règlement ; et, troisièmement, si ces instruments interdisent une discrimination en matière d'engagements privés ou dirigée à l'encontre d'indépendants.

En premier lieu, la Cour d'appel, contrairement au juge de première instance, considère que les arbitres doivent être qualifiés d'employés au sens de la Directive et du Règlement. Elle se fonde essentiellement sur le fait que la Directive et le Règlement visent à s'appliquer à toutes

³ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011).

⁴ Affaire 2014/4089.

⁵ Directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16–22.

⁶ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 12.

⁷ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 12.

les formes de travail, compris dans un sens large, y inclus les prestations de services fournies sur la base d'un contrat, quelle qu'en soit la forme⁸. La Cour d'appel se réfère à cet égard largement à l'existence d'un contrat visant à l'exécution d'un travail entre les arbitres et les parties, peu importe que les services des arbitres en l'occurrence n'aient pas été rémunérés (en effet, les membres de la communauté ismaélienne ne requièrent ni n'acceptent de rémunération pour leur activité d'arbitres)⁹.

En deuxième lieu, la Cour d'appel examine l'article 3 de la Directive, qui définit largement le champ d'application de cette dernière en indiquant notamment qu'elle vise les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail (art. 3, al. 1, let. a). Se fondant notamment sur le préambule de la Directive, la Cour d'appel en déduit que la Directive s'applique à toute discrimination touchant les moyens d'accès aux activités économiques¹⁰. Elle rapproche la mission confiée à un arbitre de celle conférée à un avocat et retient que la prestation de services fournie par un arbitre doit être considérée comme relevant de la définition de « relation d'emploi » au sens de la Directive, étant donné qu'un arbitre conclut un contrat visant à la production d'un travail personnel (« contracts to do work personally »)¹¹. A l'appui de sa conclusion, elle mentionne notamment que les arbitres ont été considérés comme fournissant des services par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour de justice ») dans un arrêt relatif à la taxe sur la valeur ajoutée¹².

Reprenant enfin l'argument de M. Hashwani, la Cour d'appel se réfère à deux précédents rendus par la House of Lords¹³ qui illustrent l'interprétation extensive à donner à l'expression « a contract personally to do any work », récurrente dans la législation du Royaume-Uni interdisant la discrimination. Elle en déduit que cette expression inclut l'hypothèse d'une personne fournissant des services en tant qu'arbitre¹⁴.

Pour conclure que les services fournis par les arbitres relèvent de la définition d'« emploi » et que l'entité qui nomme les arbitres doit être qualifiée d'« employeur », la Cour d'appel se fonde donc essentiellement sur le champ d'application, particulièrement large, de la Directive et du Règlement.

En troisième lieu, à la question de savoir si la Directive et le Règlement autorisent la discrimination s'agissant d'engagements privés ou d'indépendants, la Cour d'appel répond par la négative. Elle retient, d'une part, en se référant aux conclusions de l'Avocat général Maduro dans l'affaire Feryn de 2008¹⁵, que la Directive se fonde sur de vastes objectifs de politique sociale¹⁶. Elle relève qu'en tout état de cause le Règlement peut avoir un champ d'application plus large que celui de la Directive¹⁷. D'autre part, la Cour d'appel rejette l'argument de M. Jivraj fondé sur la distinction entre employés et indépendants que ce dernier tient pour déterminante dans l'application de l'article 6 du Règlement. Selon M. Jivraj, qui se réfère à l'arrêt *Percy v. Church of Scotland Board of National Mission* de 2005, dans lequel la House of Lords avait qualifié d'employée au sens de la loi britannique contre la discrimination

⁸ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), paras 13-14.

⁹ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 14.

¹⁰ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 15.

¹¹ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 16.

¹² Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 16.

¹³ Kelly v. Noerthern Ireland Housing Executive [1999] 1 A.C. 428 (29 juillet 1995) et Percy v. Church of Scotland Board of National Mission [2005] UKHL 73 (15 décembre 2005), [2006] IRLR 195.

¹⁴ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 17.

¹⁵ Conclusions de l'Avocat général M. Poirares Maduro, présentées le 12 mars 2008, dans l'affaire Feryn, C-54/07, Rec. 2008 p. I-5187, ECLI:EU:C:2008:155.

¹⁶ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 19.

¹⁷ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 20.

fondée sur le sexe une femme ministre de l'église¹⁸, les arbitres doivent, en effet, être qualifiés d'indépendants et, partant, ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 6 du Règlement. La Cour d'appel rejette cet argument en avançant que les juges doivent être considérés comme des employés selon la définition donnée dans le précédent cité étant donné que leur travail est dicté dans une large mesure par d'autres personnes¹⁹.

Pour la Cour d'appel, il ne fait aucun doute que la clause litigieuse, qui requiert que les arbitres soient membres de la communauté ismaélienne, tombe sous le coup de l'article 6 du Règlement qui interdit à un employeur de discriminer un employé pour un motif religieux notamment en refusant de lui offrir un emploi (art. 6, al. 1, let. c, du Règlement)²⁰.

En conclusion, la Cour d'appel considère que le Règlement ne peut pas être interprété comme excluant une forme de discrimination privée du genre de celle examinée ici. En conséquence, conformément au Règlement, une clause prévoyant une telle discrimination interdite est nulle à moins qu'elle ne tombe sous le coup des exceptions de l'article 7 du Règlement²¹.

2. La Cour suprême

La Cour suprême reconnaît, avec la Cour d'appel, que l'article 3 de la Directive relatif à son champ d'application n'a pas fait l'objet de décisions de la part de la Cour de justice et doit être interprété à la lumière des considérants de la Directive et selon son sens ordinaire conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »)²² et à la jurisprudence de la Cour de justice. Elle désavoue toutefois la Cour d'appel qui s'est focalisée, pour conclure que les services fournis par des arbitres relevaient de la définition d'« emploi » au sens de la Directive, sur l'existence d'un contrat entre les parties et l'arbitre en vertu duquel les arbitres rendent leurs services. La Cour suprême retient, en effet, que l'expression figurant dans le Règlement pour définir son champ d'application prévoit « employment under ... a contract personally to do any work ». Contrairement à l'avis de la Cour d'appel, l'existence d'un contrat pour effectuer un travail n'est donc pas suffisante puisque la définition se réfère également à un emploi (« employment under »). Or, selon la Cour suprême, la mission des arbitres ne constitue pas un emploi ; les arbitres ne tombent donc pas dans le champ d'application du Règlement et de la Directive²³.

La Cour suprême corrobore cette approche en examinant la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion de « travailleur », et en particulier l'arrêt Allonby de 2004²⁴, alors que cet arrêt n'avait pas été mentionné par la Cour d'appel ni invoqué par les parties²⁵. Il s'agissait, dans l'arrêt Allonby, d'une chargée de cours qui avait été licenciée du collège qui l'employait pour être aussitôt rebauchée par l'intermédiaire d'une société qui offrait la possibilité aux enseignants d'être enregistrés comme travailleurs indépendants. Ce statut de travailleur indépendant, contrairement à celui de travailleur, ne permettait pas de bénéficier du régime de pension professionnel pour enseignants (le « Teachers' Superannuation Scheme 1988 », ci-après « TSS »). Mme Allonby a introduit une série de recours invoquant notamment une

¹⁸ Percy v. Church of Scotland Board of National Mission [2005] UKHL 73 (15 décembre 2005), [2006] IRLR 195.

¹⁹ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 21.

²⁰ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), paras 22-24.

²¹ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 26.

²² JO C 202 (2016), p. 47.

²³ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 23.

²⁴ Arrêt Allonby du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18.

²⁵ CHRISTOPHER MCCRUDDEN, Two Views of Subordination : The Personal Scope of Employment Discrimination Law in Jivraj v Hashwani, *Ind Law J* (2012) 41 (1) : 30.

violation de la loi britannique contre la discrimination fondée sur le sexe (car elle recevait une rémunération moindre que les enseignants masculins employés directement par le collège) et une violation de la loi en raison du refus de l'Etat de la faire bénéficier du régime du TSS. La Cour de justice a considéré que Mme Allonby, qui était employée par une société de services, ne se trouvait pas dans une situation comparable à celle des enseignants masculins employés directement par le collège ; en conséquence, elle ne pouvait pas se prévaloir à l'égard de son employeur d'une violation de l'article 157, paragraphe 1, du TFUE qui prévoit que « chaque Etat membre doit assurer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur »²⁶. La même réponse s'imposait s'agissant du grief relatif à l'affiliation au régime du TSS²⁷. Par contre, la Cour de justice a répondu qu'en l'absence de toute justification objective, la condition établie par la réglementation britannique d'être employé en vertu d'un contrat de travail pour pouvoir s'affilier au régime du TSS « n'est pas applicable lorsqu'il est démontré que, parmi les enseignants, qui sont des travailleurs au sens de l'article 141, paragraphe 1, CE [actuel art. 157, para. 1, du TFUE] et qui remplissent toutes les autres conditions d'affiliation, un pourcentage nettement plus faible de femmes que d'hommes peut satisfaire à ladite condition. La qualification formelle de travailleur indépendant au regard du droit national n'exclut pas qu'une personne doit être qualifiée de travailleur au sens dudit article si son indépendance n'est que fictive »²⁸.

La Cour suprême se réfère à l'arrêt Allonby car la Cour de justice y fait application, dans le cadre de l'interprétation de l'actuel article 157 du TFUE, des principes présidant à la qualification de « travailleur » au sens de l'article 45 du TFUE relatif à la libre circulation des travailleurs²⁹. Ces principes ont été énoncés en premier lieu dans l'arrêt Lawrie-Blum rendu en 1986³⁰, dans lequel la Cour de justice indiquait, d'une part, que la notion de travailleur au sens de l'article 45 du TFUE devait être définie « selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et devoirs des personnes concernées » et, d'autre part, que « la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »³¹. Reprenant le passage de l'arrêt Allonby où la Cour de justice affirme que compte tenu de la définition de la notion de « travailleur », les auteurs du traité n'ont pas voulu y inclure les prestataires de services indépendants, « qui ne sont pas liés à la personne recevant le service par un lien de subordination »³², la Cour suprême admet l'argument de M. Jivraj selon lequel la Cour de justice a clairement entendu distinguer les « employés » des « prestataires de services indépendants »³³. Pour la Cour, la même distinction devrait également valoir dans le cadre du Règlement entre ceux qui sont employés et ceux qui ne sont pas théoriquement mais réellement indépendants³⁴.

²⁶ Arrêt Allonby du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18, paras 41-50.

²⁷ Arrêt Allonby du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18, paras 51-57.

²⁸ Arrêt Allonby du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18, para. 79.

²⁹ Arrêt Allonby du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18, paras. 64-67.

³⁰ Arrêt Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg du 3 juillet 1986, C-66/85, Rec. 1986 p. 2121, ECLI:EU:C:1986:284.

³¹ Arrêt Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg du 3 juillet 1986, C-66/85, Rec. 1986 p. 2121, ECLI:EU:C:1986:284, para. 17.

³² Arrêt Allonby du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18, para. 68.

³³ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 27.

³⁴ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 27.

La Cour suprême affirme ensuite que rien dans la jurisprudence nationale n'impose une conclusion différente et passe en revue quelques arrêts³⁵, notamment l'arrêt *Percy v. Church of Scotland Board of National Mission* de 2005 dans lequel une femme ministre de l'église avait été qualifiée d'employée au sens de la loi britannique contre la discrimination fondée sur le sexe³⁶. La Cour suprême considère que cet arrêt doit être interprété comme appliquant les principes établis par la Cour de justice et que la question principale est de déterminer si la personne concernée fournit des services en faveur d'une autre et sous la direction de cette dernière ou si, au contraire, elle est indépendante et ne se trouve pas dans une relation de subordination avec la personne qui reçoit les services³⁷. La Cour suprême relativise ensuite l'importance du test de l'objectif principal (« dominant purpose »), récurrent dans la jurisprudence nationale³⁸. Selon ce test, la question décisive est de déterminer si l'objectif principal du contrat est l'exécution d'un travail personnel, auquel cas la relation en cause est une relation d'emploi ; si tel n'est pas le cas, et que par exemple la caractéristique principale du contrat consiste en un résultat ou un objectif déterminé et que l'obligation de fournir un service personnel n'est que secondaire, il ne s'agira pas d'une relation d'emploi mais d'une relation d'affaires³⁹. La Cour suprême relève que la plupart des arrêts appliquant le test de l'objectif principal ne mentionnent pas la jurisprudence de la Cour de justice et qu'au regard de cette dernière, le test de l'objectif principal ne saurait être appliqué de manière exclusive⁴⁰.

La Cour suprême applique ensuite l'approche suivie dans l'arrêt *Allonby* au contrat entre les parties à l'arbitrage et les arbitres. Soulignant l'indépendance dont jouit l'arbitre à l'égard des parties, la Cour suprême conclut qu'un arbitre doit être qualifié de prestataire de services indépendant qui ne se trouve pas dans une relation de subordination avec les parties qui reçoivent ses services, de sorte qu'il ne saurait relever de l'expression « employment under a contract personally to do work »⁴¹. La Cour suprême distingue la présente affaire des précédents *O'Brien*⁴² et *Perceval-Price*⁴³ jugés respectivement par la Cour suprême et la Cour d'appel d'Irlande du Nord, lesquels concernaient des juges et non des arbitres. Dans ces deux affaires, seule la relation entre le département concerné et les juges était examinée, et non la relation entre les juges et les justiciables apparaissant devant eux. Or en l'espèce, la Cour doit précisément qualifier la relation entre les arbitres et les parties à l'arbitrage. Selon la Cour, il ne peut être raisonnablement considéré que les arbitres consentent à travailler sous la direction des parties comme envisagé au considérant 67 de l'arrêt *Allonby*. De plus, dans la mesure où le test de l'objectif principal est pertinent, il conduit à considérer que les arbitres sont nommés essentiellement pour résoudre de manière impartiale le litige entre les parties ; quand bien même le contrat entre les parties et les arbitres peut être qualifié de contrat pour la fourniture de services personnels, il ne s'agit pas de services personnels sous la direction des parties⁴⁴.

Quant à la référence de la Cour d'appel à l'arrêt *Feryn*, la Cour suprême la considère inopérante étant donné que cet arrêt ne concernait pas la distinction entre emploi salarié et activité indépendante⁴⁵.

³⁵ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras. 28-34.

³⁶ *Percy v. Church of Scotland Board of National Mission* [2005] UKHL 73 (15 décembre 2005), [2006] IRLR 195.

³⁷ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 34.

³⁸ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras. 35-39.

³⁹ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras 35 et 38.

⁴⁰ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 39.

⁴¹ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras. 40-43.

⁴² *O'Brien v. Ministry of Justice* [2010] UKSC 34 (28 juillet 2010).

⁴³ *Perceval-Price v. Department of Economic Development* [2000] IRLR 380 (12 avril 2000).

⁴⁴ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 45.

⁴⁵ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 48.

Enfin, la Cour suprême rejette l'argument de la Cour d'appel fondé sur l'interprétation extensive de l'article 3, alinéa 1, lettre a, de la Directive qui définit son champ d'application. Elle refuse en outre de donner au Règlement un champ d'application plus large que celui de la Directive⁴⁶. Pour la Cour suprême, l'expression « les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail » de l'article 3, alinéa 1, lettre a, de la Directive vise à empêcher la discrimination au niveau des qualifications ou de l'établissement des indépendants et non à éviter la discrimination de la part d'un client qui sélectionne un concurrent déjà établi⁴⁷.

En conclusion, la Cour suprême considère que le Règlement ne s'applique pas à la sélection et à la nomination des arbitres ; partant, l'article 8 du JVA ne peut être invalidé sur la base du Règlement.

III. L'exception à l'interdiction des discriminations prévue par le Règlement

L'article 7 du Règlement prévoit une exception en cas d'exigences professionnelles justifiées (« Exception for genuine occupational requirement »). Cette disposition, inspirée de l'article 4 de la Directive, autorise notamment un employeur, en raison de la nature de l'activité professionnelle en question, à faire des offres d'emploi contenant une discrimination en raison de la religion lorsque l'appartenance à une religion spécifique constitue une caractéristique permettant d'atteindre un objectif légitime de manière proportionnelle (art. 7, al. 3, du Règlement).

Contrairement au juge de première instance, la Cour d'appel considère que cette exception ne s'applique pas en l'espèce, faute pour l'appartenance à la communauté ismaélienne de constituer une exigence professionnelle justifiée pour exercer la fonction d'arbitre⁴⁸. Une solution inverse aurait toutefois été envisageable pour la Cour d'appel si la clause d'arbitrage avait prévu la possibilité pour les arbitres d'agir *ex æquo et bono*, ce qui n'est pas le cas en l'espèce⁴⁹.

Quand bien même la Cour suprême considère que le Règlement ne s'applique pas à la présente affaire, elle examine en détail la question de l'éventuelle applicabilité de l'exception de l'article 7 qui a été entièrement plaidée devant elle⁵⁰. Elle rappelle que quatre conditions doivent être satisfaites pour que l'exception de l'article 7, alinéa 3, puisse être invoquée avec succès : (1) l'employeur doit avoir une éthique basée sur une religion ou une croyance ; (2) l'appartenance à une religion spécifique est une exigence justifiée pour le travail considéré compte tenu de cette éthique et de la nature du travail ou du contexte dans lequel il est mené ; (3) au vu des circonstances, l'application de ladite exigence est proportionnée ; (4) la personne à laquelle l'exigence est appliquée, soit en l'espèce Sir Anthony Colman, ne la satisfait pas⁵¹. En l'occurrence, seule la condition (2) est litigieuse, à savoir de déterminer si l'appartenance à la communauté ismaélienne peut être considérée comme une caractéristique justifiée pour le travail en question compte tenu de l'éthique ismaélienne et de la nature du travail ou du contexte dans lequel il s'exerce.

⁴⁶ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 49.

⁴⁷ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 49.

⁴⁸ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 29.

⁴⁹ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 29.

⁵⁰ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), paras 51 et ss.

⁵¹ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 55.

La Cour suprême retient que l'article 7, alinéa 3, du Règlement doit être interprété conformément à la Directive dont il s'inspire. En conséquence, l'expression « genuine occupational requirement » utilisée dans le Règlement doit être considérée comme reflétant l'expression « genuine, legitimate and justified occupational requirement » de l'article 4, alinéa 1, de la Directive. Le test pour justifier une discrimination n'est ainsi pas purement subjectif. Répondant à l'argument de M. Hashwani selon lequel l'exigence pour des arbitres d'appartenir à la communauté ismaélienne ne saurait être objectivement justifiée, la Cour suprême relève que l'arbitrage ne peut être réduit à la seule application d'un droit national à un litige et rappelle qu'une des caractéristiques essentielles de l'arbitrage est la liberté laissée aux parties et aux arbitres d'organiser la procédure de résolution des différends⁵². Elle se réfère ensuite au Juge Steel qui a examiné cet aspect de manière détaillée dans son jugement et relevé que la communauté ismaélienne se caractérise par un enthousiasme pour la résolution des litiges au sein de la communauté⁵³. Sur cette base, la Cour suprême n'a aucune peine à conclure que l'exigence d'appartenir à la communauté ismaélienne constitue non seulement une exigence essentielle (« genuine »), mais encore légitime (« legitimate ») et justifiée (« justified »)⁵⁴. Pour la Cour, l'exception de l'article 7, alinéa 3 du Règlement serait donc applicable au cas d'espèce.

Dans son opinion concordante reproduite à la suite du jugement rendu par Lord Clarke (auquel Lord Phillips, Lord Walker et Lord Dyson consentent), Lord Mance apporte une réponse nuancée à cette question. Il soutient que dans l'hypothèse, non avérée en l'espèce, où le Règlement s'appliquerait, par exemple dans le cas de l'engagement par la communauté ismaélienne d'un avocat afin d'exécuter un travail en droit anglais, le refus d'engager une personne n'appartenant pas à une religion donnée ne serait probablement pas considéré comme justifié ou proportionné⁵⁵. Selon Lord Mance, les avocats anglais maîtrisent les techniques des modes alternatifs de résolution des conflits ; la possibilité, pour une communauté religieuse, de sélectionner et d'instruire des avocats serait ainsi suffisante pour garantir qu'ils manient le droit anglais, autant que possible, de manière à privilégier de tels modes alternatifs de résolution des conflits⁵⁶.

IV. La séparabilité de l'exigence d'appartenance à la communauté ismaélienne

Dès lors que la Cour d'appel conclut que la condition relative à l'appartenance à la communauté ismaélienne viole le Règlement, la question se pose de la séparabilité de cette exigence du reste de la clause d'arbitrage. Rappelant qu'une telle séparabilité n'est possible que si elle ne rend pas la clause fondamentalement différente de celle que les parties avaient conclue à l'origine, la Cour d'appel considère qu'elle n'est pas envisageable en l'espèce⁵⁷. Si la clause peut parfaitement fonctionner sans l'exigence litigieuse, elle en deviendrait néanmoins substantiellement différente de ce que les parties avaient voulu. La Cour d'appel relève que la possibilité d'influencer la composition du tribunal par la désignation d'un de ses membres est souvent considérée comme étant d'une importance fondamentale. Or, selon elle, l'appartenance des arbitres à la communauté ismaélienne en l'espèce constitue une partie

⁵² Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras 60 et 61.

⁵³ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 67.

⁵⁴ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 68.

⁵⁵ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 82.

⁵⁶ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 82.

⁵⁷ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), paras 31-34.

intégrante du consentement à arbitrer⁵⁸. En conséquence, elle déclare l'article 8, alinéa 1, du JVA nul dans son intégralité.

La Cour suprême, qui conclut que le Règlement n'est pas applicable à la sélection et à la désignation des arbitres et, que, l'aurait-il été, l'exception de l'article 7, alinéa 3, autorisait dans les circonstances d'espèce une exigence telle que l'appartenance à la communauté ismaélienne, n'examine pas la question de la séparabilité de la clause d'arbitrage⁵⁹.

V. De quelques questions suscitées par cette affaire

La décision de la Cour d'appel a éveillé de vives craintes, notamment parce que les termes du Règlement appliqué en l'espèce se retrouvent dans toute la législation anti-discrimination du Royaume-Uni⁶⁰. Par exemple, des critères relatifs à la nationalité des arbitres, très fréquents en matière d'arbitrage, auraient été susceptibles, en application de cette jurisprudence, d'entraîner la nullité de la clause d'arbitrage⁶¹. La plupart des règlements des institutions d'arbitrage contiennent également des clauses de nationalité afin d'assurer une apparence d'objectivité et d'impartialité du tribunal arbitral⁶². Des critères de religion ou de nationalité sont censés en définitive renforcer la confiance des parties dans le tribunal arbitral appelé à trancher leur litige⁶³.

Si la conclusion à laquelle parvient la Cour suprême, en ayant pour conséquence de faire prévaloir l'autonomie des parties, est rassurante pour le monde de l'arbitrage, elle n'en soulève pas moins de nombreuses questions, qui ne sont ici qu'effleurées.

D'une part, de manière très générale, cette affaire est l'occasion de s'interroger sur les limites de l'autonomie des parties en matière de sélection et de nomination des arbitres⁶⁴. Au nom de la liberté dont elles jouissent, laquelle constitue une des caractéristiques fondamentales de l'arbitrage, les parties sont-elles libres de convenir, dans la clause d'arbitrage ou le compromis

⁵⁸ Jivraj v. Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 (22 juin 2010), para. 34.

⁵⁹ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 72.

⁶⁰ ANNE K. HOFFMANN, Chapter 13, Part VIII : Selection and Appointment of Arbitrators, in : Manuel Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland : The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, pp. 1433-1444, p. 1439, para. 40. Voir également YANG INAE, Nurdin Jivraj v. Sadruddin Hashwani : The English Court of Appeal Erects a Regulatory Barrier to Appointment of Arbitrators in the Name of Anti-Discrimination, *Journal of International Arbitration* 2011, vol. 28, n° 3, pp. 243-254, p. 254.

⁶¹ ANNE K. HOFFMANN, Chapter 13, Part VIII : Selection and Appointment of Arbitrators, in : Manuel Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland : The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, pp. 1433-1444, pp. 1439-1440, paras. 40-42. Voir également WILLIAM PARK, Arbitration in Autumn, *Journal of International Dispute Settlement* 2011, vol. 2, n° 2, pp. 287-315, p. 305. Ces craintes ont notamment été exprimées par la London Court of International Arbitration (LCIA) et la Chambre de commerce internationale (CCI) qui ont été autorisées à intervenir lors de l'audience devant la Cour suprême (voir notamment SAROSH ZAIWALLA, Are Arbitrators Not Human ? Are they from Mars ? Why Should Arbitrators be a Separate Species ?, *Journal of International Arbitration* 2011, n° 3, pp. 272-282, p. 278).

⁶² CHRISTOPHER STYLE QC/PHILOMENA CLEOBURY, *Jivraj v. Hashwani* : Public Interest and Party Autonomy, *Arbitration International* 2011, vol. 27, n° 4, pp. 563-574, p. 568 ; voir par exemple l'art. 13(1) et (5) du Règlement d'arbitrage de la CCI de 2017 et l'art. 6.7 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010.

⁶³ UMAR A. OSENI/HUNUD ABIA KADOUF, The Discrimination Conundrum in the Appointment of Arbitrators in International Arbitration 2012, vol. 29, n° 5, *Journal of International Arbitration*, pp. 519-544, pp. 530 et ss.

⁶⁴ Voir notamment à ce sujet : GIORGIO BERNINI, The Parties' right to choose their arbitrator and the prohibition against discrimination : an unstable balance. A comment on the judgments in *Jivraj v. Hashwani*, *American Review of International Arbitration* 2013, n° 24, pp. 27-63 et CHRISTOPHER STYLE QC/PHILOMENA CLEOBURY, *Jivraj v. Hashwani* : Public Interest and Party Autonomy, *Arbitration International* 2011, vol. 27, n° 4, pp. 563-574.

d'arbitrage, de n'importe quelle caractéristique au moment de définir leurs arbitres ? Certainement pas. Il est admis que la primauté de la convention des parties est limitée par les exigences d'une bonne administration de la justice⁶⁵. A ce titre, des critères de sélection des arbitres qui iraient à l'encontre de l'indépendance ou de l'impartialité de ces derniers⁶⁶ ou qui ne respecteraient pas les principes fondamentaux d'une procédure équitable ne seraient pas admis⁶⁷. En outre, certains critères de sélection des arbitres pourraient être sanctionnés en raison de leur incompatibilité avec l'ordre public⁶⁸. Gary Born suggère que tel serait le cas, dans de nombreux Etats, d'une exigence convenue dans la clause arbitrale selon laquelle les arbitres devraient être de sexe masculin⁶⁹.

D'autre part, les raisonnements juridiques suivis par les tribunaux britanniques dans cette affaire suscitent des interrogations légitimes. Premièrement, la problématique principale du cas d'espèce consiste à déterminer si un arbitre doit être qualifié d'employé au sens du Règlement du Royaume-Uni sur la discrimination au travail, lequel met en œuvre la directive 2000/78 et interdit notamment la discrimination pour un motif religieux. En particulier, il s'agit d'interpréter l'expression « employment under a contract of service or (...) a contract personally to do any work » qui figure à l'article 6 du Règlement et définit le champ d'application personnel de ce dernier. De cette expression, la Cour suprême a mis en exergue les termes « employment under » pour conclure qu'un arbitre ne relevait pas du champ d'application du Règlement étant donné que « his role is not naturally described as one of employment at all »⁷⁰. Mettant ensuite en évidence l'origine européenne du Règlement, elle a corroboré sa conclusion en examinant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la notion de travailleur au sens de l'article 157 du TFUE, et notamment l'arrêt Allonby. Ainsi, en appliquant au cas d'espèce l'approche suivie par la Cour de justice dans l'arrêt Allonby, la Cour suprême est partie du postulat que la Directive connaissait un champ d'application personnel identique à celui de l'article 157 du TFUE. Or, si l'article 157 du TFUE, selon son paragraphe premier, s'applique aux « travailleurs masculins et travailleurs féminins », la Directive, aux termes de son article premier, concerne « l'emploi et le travail ». Certains auteurs en déduisent que la Directive, qui est basée sur l'article 19 du TFUE (ancien art. 13 TCE), connaît un champ d'application plus large que celui de l'article 157 du TFUE⁷¹.

S'agissant de la distinction entre travailleurs et prestataires de services indépendants qu'elle tient pour décisive pour définir le champ d'application de la Directive, la Cour suprême relève à juste titre qu'elle réside non dans la nature de l'activité en question mais dans la nature de la relation entre la personne qui fournit la prestation et la personne pour laquelle cette prestation est accomplie⁷². Alors qu'une relation de travail est caractérisée par la circonstance qu'« une personne accomplit pendant un certain temps, pour le compte d'une autre et sous la direction

⁶⁵ EMMANUEL GAILLARD/JOHN SAVAGE (éd.), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, 2^{ème} éd., Kluwer Law International, The Hague (etc.), 1999, p. 464, n° 783.

⁶⁶ *Idem*, p. 464, n° 784. En droit suisse, les décisions d'un tribunal arbitral dont les membres auraient été nommés en application de critères violant les exigences d'indépendance et d'impartialité pourraient être attaquées en vertu de l'art. 190, al. 2, let. a de la loi fédérale sur le droit international privé (« LDIP »).

⁶⁷ EMMANUEL GAILLARD/JOHN SAVAGE (éd.), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, 2^{ème} éd., The Hague (etc.), Kluwer Law International 1999, pp. 464-465, n° 785.

⁶⁸ L'incompatibilité avec l'ordre public constitue un grief ouvrant le recours contre une sentence arbitrale en droit suisse en vertu de l'art. 190, al. 2, let. e de la LDIP.

⁶⁹ GARY B. BORN, International Commercial Arbitration, 2^{ème} éd., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer 2014, p. 1755.

⁷⁰ Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 23.

⁷¹ Voir en particulier MARK FREEDLAND/NICOLA KOUNTOURIS, Employment Equality and Personal Work Relations-A Critique of Jivraj v. Hashwani, *Ind Law J* (2012) 41 (1) : 56.

⁷² Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras 40 et 41.

de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle reçoit une rémunération »⁷³, l'activité d'un indépendant est exercée « hors d'un lien de subordination »⁷⁴. Si la Cour de justice n'a pas clairement défini le lien de subordination qui caractérise une relation de travail salarié, sa jurisprudence permet néanmoins de dégager trois paramètres déterminants⁷⁵ : l'organisation du travail (un travailleur n'a pas la liberté de choisir son horaire, le lieu et le contenu de son travail)⁷⁶ ; la participation aux risques commerciaux de l'activité (un travailleur n'assume pas les risques financiers de l'activité exercée)⁷⁷ ; et l'intégration à l'entreprise de l'employeur (un travailleur forme avec son employeur une unité économique)⁷⁸.

Il convient de noter que la question du champ d'application de la Directive fait actuellement l'objet de débats au sein du Conseil de l'Union européenne. Une proposition de directive datant du 2 juillet 2008 vise en effet à étendre le champ d'application de la Directive « en dehors du marché du travail »⁷⁹. L'article 3 de cette proposition de directive entend notamment inclure dans le champ d'application de l'interdiction des discriminations en fonction de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle le domaine de « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement ». La Commission précise qu'« [e]n termes d'accès aux biens et services, seules les activités professionnelles ou commerciales sont couvertes. En d'autres termes, les transactions entre les personnes privées agissant à titre privé ne sont pas couvertes »⁸⁰. Le préambule de cette proposition de directive prévoit en outre que « [t]oute personne jouit de la liberté contractuelle, y compris de la liberté de choisir un cocontractant pour une transaction. La présente directive ne devrait pas s'appliquer aux transactions économiques réalisées par des particuliers pour lesquels ces transactions ne constituent pas une activité professionnelle ou commerciale. »⁸¹. Cette proposition de directive est toujours en discussion au sein du Conseil⁸². En limitant les prestations de services entrant dans son champ d'application à celles exercées à titre professionnel ou commercial, la proposition de directive s'écarte de la définition des services visés par l'article 56 du TFUE garantissant la libre prestation de services dans le marché intérieur de l'Union européenne. Si la proposition de la Commission est adoptée, nul doute que la mise en œuvre du champ d'application élargi de la directive qu'elle envisage suscitera des controverses. Elle impliquera en tout état de cause qu'il ne sera plus suffisant, pour exclure les arbitres de son champ d'application, de leur nier la qualité de « travailleur ». Il reste à espérer que l'examen de

⁷³ Arrêt *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg* du 3 juillet 1986, C-66/85, Rec. 1986 p. 2121, ECLI:EU:C:1986:284, para. 17, qui a été confirmé depuis, voir notamment arrêt *Petersen et Petersen c. Finanzamt Ludwigshafen* du 28 février 2013, C-544/11, ECLI:EU:C:2013:124, para. 30.

⁷⁴ Arrêt *Allonby* du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18, para. 68, qui a été confirmé depuis, voir notamment arrêt *Nadin et Nadin-Lux* du 15 décembre 2005, C-151/04, Rec. 2005, p. I-11203, ECLI:EU:C:2005:775, para. 31.

⁷⁵ Voir, notamment, arrêt *FNV Kunsten Informatie en Media* du 4 décembre 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, para. 36.

⁷⁶ Arrêt *Allonby* du 13 janvier 2004, C-256/01, Rec. 2004 p. I-873, ECLI:EU:C:2004:18, para. 72.

⁷⁷ Arrêt *FNV Kunsten Informatie en Media* du 4 décembre 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, para. 33.

⁷⁸ Arrêt *Becu* du 16 septembre 1999, aff. C-22/98, Rec. 1999, p. I-5665, ECLI:EU:C:1999:419, para. 26.

⁷⁹ Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM 2008 426, p. 2 (ci-après « Proposition de directive »).

⁸⁰ Proposition de directive, p. 9.

⁸¹ Consid. 16 de la proposition de directive, p. 15.

⁸² La dernière note du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne date du 1^{er} juin 2017, réf. ST 9481 2017 INIT - 2008/0140 (CNS) (dernière consultation le 13 juin 2017).

l'inclusion ou non des arbitres dans ce champ d'application nouveau soit l'occasion de mieux définir et prendre en compte la spécificité du rôle des arbitres⁸³.

Deuxièmement, en deux paragraphes lapidaires⁸⁴, la Cour suprême donne une interprétation contestée de l'article 3, alinéa 1, lettre a, de la Directive, lequel indique que la Directive vise « les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement (...) » (art. 3, al. 1, let. a). La Cour suprême rejette l'interprétation extensive de cette disposition à laquelle a procédé la Cour d'appel et retient que la Directive ne couvre les activités non salariées et le travail qu'en ce qui concerne la qualification et l'établissement (« from qualifying or setting up ») et qu'elle ne vise pas la discrimination causée par un client qui préfère contracter avec un concurrent déjà établi⁸⁵. Ainsi que le relèvent Mark Freedland et Nicola Kountouris, il est quelque peu ironique qu'après avoir protégé les personnes visées au moment de leur établissement, lequel implique un investissement conséquent, la Directive, selon l'interprétation donnée par la Cour suprême, les laisse démunies face à des discriminations éventuelles au moment où elles tentent de réaliser cet investissement en cherchant à obtenir des mandats⁸⁶. De plus, en pratique, la distinction entre « accès » et « exercice » d'une activité économique est formaliste et délicate à apprécier⁸⁷.

Conclusion

L'affaire *Jivraj c. Hashwani*, qui a finalement fait prévaloir la spécificité de l'arbitrage, nous rappelle l'importance du choix du siège de l'arbitrage, dont les lois sont susceptibles d'influencer des questions aussi fondamentales que le choix des arbitres⁸⁸.

En Suisse – selon une enquête sur l'arbitrage international réalisée en 2015 par le Cabinet White & Case en collaboration avec Queen Mary University of London, Genève figure parmi les cinq sièges mondiaux préférés et les plus souvent choisis⁸⁹ –, le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer sur une affaire similaire à celle présentée ici. Il a toutefois implicitement reconnu que les parties étaient libres de déterminer la religion des arbitres appelés à résoudre un éventuel litige entre elles : le Tribunal fédéral a, en effet, eu l'occasion de relever que la

⁸³ Il est à relever à cet égard que Lord Mance, dans son opinion concordante, cerne mieux que ne le fait Lord Clarke la nature particulière du contrat d'arbitre ; voir *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras 76-78.

⁸⁴ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), paras 49 et 50.

⁸⁵ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 juillet 2011), para. 49.

⁸⁶ MARK FREEDLAND/NICOLA KOUNTOURIS, *Employment Equality and Personal Work Relations-A Critique of Jivraj v. Hashwani*, *Ind Law J* (2012) 41 (1) : 56.

⁸⁷ HATZOPOLOS VASSILIS, *Regulating Services in the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 115.

⁸⁸ En ce sens, voir ANNE K. HOFFMANN, Chapter 13, Part VIII : Selection and Appointment of Arbitrators, in : Manuel Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland : The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, pp. 1433-1444, p. 1444, para. 44.

⁸⁹ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 12 ; consultable à l'adresse <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (page visitée en dernier lieu le 19 mars 2017).

possibilité de définir, entre autres, la religion des arbitres, permettait de tenir compte des horizons parfois très différents des parties⁹⁰.

⁹⁰ ATF 139 III 511 consid. 4 p. 515. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a confirmé que l'art. 190, al. 2, let. a de la LDIP, qui permet d'attaquer une sentence arbitrale lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé, couvrait également le grief de la violation des règles conventionnelles ou légales sur la nomination des arbitres. Ainsi, une sentence rendue par un arbitre unique alors que la convention d'arbitrage prévoit une composition à trois arbitres est sujette à annulation, à moins que le principe de la bonne foi ne s'y oppose. Tel était précisément le cas dans cette affaire : la partie recourante avait laisser périmer le moyen tiré de la composition irrégulière du tribunal en acceptant implicitement la décision de nommer un arbitre unique alors que la convention d'arbitrage prévoyait trois arbitres.

Liste des publications de Tristan Zimmermann

Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école : l'humeur inégale du juge européen, in : Rachid Bahar/Rita Trigo Trindade (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives*, Schulthess, Genève 2013, pp. 107-151

L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse, *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. VIII, Stämpfli, Berne 2012, pp. 9-82

Le voile versus le crucifix ou le conflit entre la liberté religieuse et la neutralité religieuse de l'Etat, *Jusletter* 5 mars 2012

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

La laïcité et la République et Canton de Genève, *SJ* 2011 II pp. 29-77

L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine, in : Jean-François Dunand/Pascal Mahon (éd.), « *Le droit décloisonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Schulthess, Genève 2009, pp. 27-53

Le noyau intangible des droits fondamentaux : la quête d'une définition, in : Eleanor Cashin Ritaine/Elodie Maître Arnaud (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Schulthess, Genève 2008, pp. 299-326

Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple ?, *PJA* 2007, pp. 748-760

Liberté religieuse à l'école, l'indicible légèreté du contrôle européen, in : Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Thomas Kadner Graziano (éd.), *L'harmonisation internationale du droit*, Schulthess, Genève 2006, pp. 377-397



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Derniers ouvrages parus

Recueils de textes

Bernard, Frédéric/ 2017
McGregor, Eleanor/Vallée-Grisel, Diane (éds)
Études en l'honneur de Tristan Zimmermann
Constitution et religion
Les droits de l'homme en mémoire

Wylser, Rémy/Meier, Anne/ 2015
Marchand, Sylvain (éds)
Regards croisés en droit du travail :
Liber Amicorum pour Gabriel Aubert

Bellanger, François/ 2012
de Werra, Jacques (éds)
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à
l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fondation
Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

Droit et Histoire

Mettral Dubois Véronique 2015
L'œuvre politique de James Fazy
(1794-1878) et son apport à l'avènement
des droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte histo-
rique

Dufour, Alfred/ 2013
Quastana, François/Monnier, Victor (éds)
Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred/Monnier, Victor (éds) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.)/ 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Droit de la propriété

- Hottelier, Michel /* 2016
Foëx, Bénédicte (éds)
La propriété immobilière face aux défis énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers
- Foëx, Bénédicte (éd.)* 2016
La propriété par étages aujourd'hui
Une alerte cinquantenaire
- Foëx, Bénédicte /*
Hottelier, Michel (éds) 2016
Propriété et liberté d'entreprendre
De la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier
- Foëx, Bénédicte (éd.)* 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales
- Foëx, Bénédicte (éd.)* 2012
Les rénovations d'immeubles
- Foëx, Bénédicte (éd.)* 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012
- Foëx, Bénédicte (éd.)* 2011
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété
- Foëx Bénédicte /* 2009
Hottelier Michel (éds)
La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine
- Foëx, Bénédicte /* 2007
Hottelier, Michel (éds)
Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier
- Hottelier, Michel /* 2005
Foëx, Bénédicte (éds)
Protection de l'environnement et immobilier
Principes normatifs et pratique jurisprudentielle
- Hottelier, Michel /* 2003
Foëx, Bénédicte (éds)
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions pratiques
- Hottelier, Michel /* 2001
Foëx, Bénédicte (éds)
L'aménagement du territoire
Planification et enjeux
- Hottelier, Michel /* 1999
Foëx, Bénédicte (éds)
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation forcée

Droit de la responsabilité

- Chappuis, Christine /* 2015
Winiger, Bénédicte (éds)
Responsabilité civile – Responsabilité pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)
- Chappuis, Christine /* 2013
Winiger, Bénédicte (éds)
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / 2011
Winiger, Bénédicte (éds)
La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / 2009
Winiger, Bénédicte (éds)
La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger, Bénédicte 2009
La responsabilité aquilienne au 19^e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Droit international

Herren, Pascal 2016
L'intervention internationale au nom
des droits de l'homme – L'autorité de
l'approche finaliste

Christófolo, João Ernesto 2016
Solving Antinomies Between Peremptory
Norms in Public International Law

Djemila, Carron 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé
international

Sossou Biadja, Cassius Jean 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à
l'arbitrage à l'épreuve des standards
transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit
international privé

McGregor, Eleanor 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-
Unis et l'arbitrage d'investissement

Reymond, Michel 2015
La compétence internationale en cas
d'atteinte à la personnalité par Internet

Palaco Caballero, Flor de María 2015
La Cour internationale de justice et la
protection de l'individu

Romano, Gian Paolo 2014
Le dilemme du renvoi en droit
international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche
d'une synthèse

Granges, Mathieu 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage
international

Grignon, Julia 2014
L'applicabilité temporelle du droit
international humanitaire

Bulak, Begüm 2014
La liberté d'expression face à la
présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse
à l'aune de la convention et de la
jurisprudence de la cour européenne
des droits de l'homme

Collection générale

Dan, Adrian 2015
Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Kaveh, Mirfakhraei 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

- | | | | |
|---|------|---|------|
| <i>Sigrist, Alexandra</i> | 2013 | <i>Marchand Sylvain</i> | 2012 |
| Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile | | Droit de la consommation | |
| <i>Pavlidis, Georgios</i> | 2012 | <i>Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicct / Leuba, Audrey /
Papaux Van Delden, Marie-Laure (éds)</i> | 2012 |
| Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse | | Le droit civil dans le contexte
international
(Journée de droit civil 2011) | |
| <i>Rubido, José-Miguel</i> | 2012 | <i>Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicct (éds)</i> | 2009 |
| L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé | | La planification du patrimoine
(Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher) | |
| <i>Gonin, Luc</i> | 2011 | <i>Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine</i> | 2008 |
| L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français | | Droit de l'association
3 ^e édition | |
| <i>Marti, Ursula</i> | 2011 | <i>Baddeley, Margareta (éd.)</i> | 2007 |
| Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung | | La protection de la personne
par le droit
(Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler) | |
| <i>Alberini, Adrien</i> | 2010 | <i>Bernard, Frédéric</i> | 2010 |
| Le transfert de technologie en droit com-
munautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution | | L'Etat de droit face au terrorisme | |
| | | <i>Donatiello, Giuseppe</i> | 2010 |
| | | Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations
suisse | |

Droit civil

- | | |
|---|------|
| <i>Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicct / Leuba, Audrey /
Papaux Van Delden, Marie-Laure (éds)</i> | 2014 |
| Facettes du droit de la personnalité
(Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manai) | |