

# BGE 123 I 296

Bundesgericht (BGE), 1997-11-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_123 I 296](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_123_I_296)

FR: ATF 123 I 296

IT: DTF 123 I 296

## Regeste

Regeste Art. 27 Abs. 3 sowie Art. 49 BV und Art. 9 EMRK: Konfessionelle Neutralität der Schule, Glaubens- und Gewissensfreiheit einer Lehrerin. Das Schutzobjekt der Glaubens- und Gewissensfreiheit umfasst auch das in der religiösen Überzeugung gründende Tragen besonderer Kleidungsstücke. Die persönliche Freiheit kann dagegen nicht angerufen werden. Nicht einschränkbarer Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit (E. 2). Das gegenüber einer in einer öffentlichen Schule tätigen Lehrerin ausgesprochene Verbot, in der Schule eine nach ihrer Auffassung den Anforderungen des Korans entsprechende Kopfbedeckung zu tragen, stützt sich vorliegend auf eine genügende gesetzliche Grundlage (E. 3). Dieses Verbot entspricht einem überwiegenden öffentlichen Interesse (insbesondere der konfessionellen Neutralität und dem Religionsfrieden in der Schule) und ist verhältnismässig (E. 4).

## Erwägungen

### E. 2

a) Préalablement, il faut observer que la recourante déclare à titre principal que son habillement, dont les éléments peuvent être acquis en grande surface, ne doit pas être traité comme un symbole religieux, mais comme n'importe quel vêtement plus ou moins anodin qu'un enseignant déciderait de porter pour des motifs qui lui seraient propres, notamment pour des raisons esthétiques ou pour mettre en valeur, voire cacher, une partie de son anatomie (foulard autour du cou, gilet, petit chapeau...). La décision attaquée reviendrait ainsi à interdire à un enseignant, sans justification suffisante, de s'habiller selon son désir. Toutefois, il ne fait aucun doute que la recourante porte le foulard et des vêtements amples non pas pour des raisons esthétiques mais afin d'obéir à une exigence religieuse, qu'elle tire des passages suivants du Coran (Le Coran, essai de traduction par Jacques Berque, 2e éd., Paris 1995): "Dis aux croyantes de baisser les yeux et de contenir leur sexe; de ne pas faire montre de leurs agréments, sauf ce qui en émerge, de rabattre leur fichu sur les échantures de leur vêtement. Elles ne laisseront voir leurs agréments qu'à leur mari, à leurs enfants, à leurs pères, beaux-pères, fils, beaux-fils, frères, neveux de frères ou de soeurs, aux femmes (de leur communauté), à leurs captives, à leurs dépendants hommes incapables de l'acte, ou garçons encore ignorants de l'intimité des femmes. Qu'elles ne piaffent pas pour révéler ce qu'elles cachent de leurs agréments." (sourate 24, verset 31) BGE 123 I 296 S. 300 "Prophète, dis à tes épouses, à tes filles, aux femmes des croyants de revêtir leurs mantes: sûr moyen d'être reconnues (pour des dames) et d'échapper à toute offense - Dieu est Tout indulgent, Miséricordieux." (sourate 33, verset 59) Le port du foulard et de vêtements amples manifeste dès lors l'appartenance à une confession déterminée et la volonté de se comporter conformément aux prescriptions de celle-ci. Cette tenue constitue même un symbole religieux "fort", c'est-à-dire un signe immédiatement visible pour les tiers, indiquant

clairement que son porteur adhère à une religion déterminée. Le litige porte donc sur le port d'un symbole religieux fort par un enseignant d'une école publique dans le cadre de son activité professionnelle. Aucune limitation n'a été imposée à la recourante quant à sa tenue hors de l'enseignement. Il ne s'agit pas non plus du port d'un signe religieux par un élève, ni du port de vêtements de fantaisie, voire excentriques mais sans connotation religieuse, par un enseignant à l'école. Vu ce qui précède, il y a lieu d'examiner quelle liberté constitutionnelle la recourante peut invoquer.

b) aa) La liberté de conscience et de croyance, déclarée inviolable par l'art. 49 al. 1 Cst., protège le citoyen de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses ( ATF 116 Ia 252 consid. 5a p. 257; W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 3e éd., Berne 1931, p. 442). 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 ( ATF 118 Ia 46 consid. 3b p. 52). Elle comporte la liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps et de manière quelconque ses propres convictions religieuses, ainsi que la liberté extérieure d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites ( ATF 119 Ia 178 consid. 4c p. 184; 118 Ia 46 consid. 4c p. 56; 116 Ia 252 consid. 5a p. 257; ANTOINE FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 2e éd., Fribourg 1970, p. 280). Cela comprend le droit pour le citoyen de diriger tout son comportement selon la doctrine de sa foi et d'agir selon ses convictions intérieures. L'exercice garanti de cette religion ne comprend pas seulement les cultes - qui sont également protégés par l'art. 50 Cst. - et les besoins religieux, mais aussi d'autres expressions de la vie religieuse, pour autant qu'elles se tiennent dans certaines limites, par exemple le port de vêtements religieux particuliers ( ATF 119 Ia 178 BGE 123 I 296 S. 301 consid. 4c p. 184, concernant précisément les prescriptions vestimentaires de la femme musulmane; 119 IV 260 consid. 3b/aa p. 263; PETER KARLEN, *Umstrittene Religionsfreiheit*, in RDS 1997 I p. 193 ss, spéc. p. 207/208; ULRICH HÄFELIN, *Commentaire de la Constitution fédérale*, n. 50 ad art. 49). Toutes les convictions et les conceptions spirituelles ou intellectuelles relatives aux rapports entre l'être humain et la divinité sont ainsi protégées ( ATF 119 Ia 178 consid. 4b p. 183/184; ATF 116 Ia 252 consid. 5c p. 258; HÄFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3e éd., Zurich 1993, n. 1196 p. 388). La liberté religieuse est également garantie par l'art. 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101), selon lequel 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 (al. 1er). La portée de cette disposition est toutefois ici pratiquement identique à celle de l'art. 49 Cst. De même, l'art. 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II; RS 0.103.2), non invoqué par la recourante, comporte un principe similaire (MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, Kehl-Strasbourg-Arlington 1993). En l'espèce, étant fondé sur des motifs religieux, le style d'habillement de la recourante est protégé par les art. 49 Cst. et 9 CEDH.

bb) Dans ces circonstances, le principe constitutionnel non écrit de la liberté personnelle, invoqué en première ligne par la recourante, ne trouve pas d'application. En effet, la liberté personnelle se conçoit comme une garantie générale et subsidiaire. Elle ne s'applique donc pas lorsque l'épanouissement de la personnalité du citoyen est touché sous un aspect protégé par une liberté individuelle plus spécifique, telle

que la liberté de conscience et de croyance ( ATF 123 I 112 consid. 4a p. 118; ATF 119 Ia 178 consid. 5 p. 187 ; 117Ia 27 consid. 5b p. 30; 114 Ia 350 consid. 5 p. 357 et les arrêts cités; HÄFELIN, op.cit., n. 108/109 ad art. 49; WALTER HALLER, Commentaire de la Constitution fédérale, n. 90 ss ad Liberté personnelle). cc) La recourante soutient ensuite que l'arrêté attaqué ne respecte pas le noyau intangible de la liberté garantie par l' art. 49 Cst. Selon elle, le port du foulard est une expression religieuse externe liée si BGE 123 I 296 S. 302 intimement à une conviction interne que l'interdire équivaut à porter atteinte à celle-ci. La jurisprudence et la doctrine ne sont pas unanimes à propos du noyau intangible de la liberté religieuse ( ATF 101 Ia 392 ; JÖRG PAULMÜLLER/STEFAN MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2e éd., Berne 1991, p. 58; JÖRG PAUL MÜLLER, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, Berne 1983, p. 157; BURCKHARDT, op.cit., p.442; MARTIN PHILIPP WYSS, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, in ZBI 95/1994 p. 385 ss, spéc. p. 394 ss; HÄFELIN, op.cit., n. 7 et 124 ss ad art. 49; KARLEN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zurich 1988, p. 243 ss et 318). Elles s'accordent toutefois à admettre, d'une part, que le noyau intangible comprend l'interdiction de contraindre quelqu'un à adopter une conviction et, d'autre part, qu'il ne comporte pas les manifestations extérieures d'une conviction. Ainsi, le droit d'exprimer ses convictions religieuses, de les professer ou de les mettre en pratique dans des actes culturels n'est pas protégé de manière absolue (HÄFELIN, op.cit., n. 125 ad art. 49). De même, selon l' art. 9 par. 2 CEDH, la liberté de manifester sa religion ou sa conviction peut faire l'objet de restrictions (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mai 1993 en la cause Kokkinakis c. Grèce, Série A n. 260-A § 33; FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 2e éd., 1996, n. 1 ad art. 9 p. 368). A contrario, la liberté intérieure présente un caractère absolu: ne pouvant, par nature, donner lieu à des atteintes à l'ordre public, elle échappe à toute restriction (VELU/ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, n. 714 p. 584). En l'espèce, même s'il est particulièrement important aux yeux de l'intéressée, et même s'il ne représente pas seulement l'expression d'une conviction religieuse mais obéit à une exigence impérative de celle-ci, le port du foulard et de vêtements amples reste une manifestation extérieure qui, à ce titre, n'appartient pas au noyau intangible de la liberté de religion. Dès lors, à l'instar des autres libertés constitutionnelles, la liberté de religion de la recourante peut être limitée à condition que la restriction repose sur une base légale suffisante, réponde à un intérêt public prépondérant et respecte le principe de la proportionnalité ( ATF 119 Ia 178 consid. 3 et 4 p. 182 ss; 117 Ia 311 consid. 2b p. 315; HÄFELIN, op.cit., n. 131 ss ad art. 49). Des limitations à la liberté de religion garantie par l' art. 9 CEDH BGE 123 I 296 S. 303 sont également possibles, selon le par. 2 de cette disposition, à condition qu'elles concernent la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, qu'elles soient prévues par la loi et qu'elles 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.

### **E. 3**

La recourante prétend que l'arrêté entrepris ne repose pas sur une base légale suffisante. Le Tribunal fédéral examine librement, lorsqu'elle est grave, si une atteinte à une liberté constitutionnelle se fonde sur une base légale suffisante ( ATF 122 I 236 consid. 4a p. 244, 360 consid. 5b/bb p. 363 et les arrêts cités). En l'espèce, peu importe que l'arrêté attaqué implique une atteinte grave ou non à la liberté de conscience et de croyance de la recourante,

car même un examen libre conduit à admettre l'existence d'une base légale suffisante. Les atteintes graves portées à une liberté constitutionnelle doivent être réglées, pour l'essentiel, de manière claire et non équivoque dans une loi au sens formel ( ATF 122 I 360 consid. 5b/bb p. 363; ATF 118 Ia 305 consid. 2ap. 309/310). Toutefois, lorsqu'une atteinte à la liberté de conscience et de croyance est constituée par une prescription de comportement très particulière, voire secondaire à l'aune du citoyen moyen (ici, l'interdiction faite à un enseignant de porter le foulard à l'école), on ne saurait exiger une base légale trop précise. Il suffit dans ces circonstances que la prescription de comportement découle d'une obligation plus générale contenue dans la loi au sens formel. De plus, en l'espèce, la décision querellée concerne la requérante en tant que fonctionnaire de l'Etat de Genève. Or, les fonctionnaires sont soumis à un rapport de puissance publique spécial, auquel ils ont librement adhéré et auquel ils trouvent un intérêt, ce qui justifie qu'ils ne puissent bénéficier des libertés publiques que dans une mesure limitée. Notamment, il n'est pas nécessaire que la base légale qui doit fonder les restrictions à ces libertés soit particulièrement précise. En effet, la multiplicité et la variété des rapports quotidiens entre l'agent et l'autorité dont il dépend excluent que les comportements à limiter ou à interdire puissent être prévus dans une nomenclature exhaustive. Il suffit dès lors que la loi indique de manière générale, par des concepts juridiques indéterminés, les valeurs qui doivent être respectées et qui pourront être concrétisées par ordonnance ou par décision individuelle. En revanche, dans leur contenu, les restrictions aux libertés publiques doivent être justifiées par le BGE 123 I 296 S. 304 but et la bonne marche de l'institution. Enfin, le respect des principes d'intérêt public et de proportionnalité sera contrôlé d'autant plus rigoureusement que l'atteinte aux intérêts du fonctionnaire est grave et la base légale imprécise ( ATF 120 Ia 203 consid. 3a p. 205; ATF 119 Ia 178 consid. 6b p. 188; 101 Ia 172 consid. 6 p. 181; SJ 1995 681 consid. 3; ZBl 85/1984 308 consid. 2b; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Berne, vol. III 1992, n.5.1.2.3. p. 213/214 et n. 5.3.1.2 p. 223/224; vol. I 1994, n. 4.2.4.5 p.362 ss; THOMAS WYSS, *Die dienstrechtliche Stellung des Volksschullehrers im Kanton Zürich*, thèse Zurich 1986, p. 224 ss; PAUL RICHLI, *Grundrechtliche Aspekte der Tätigkeit von Lehrkräften*, PJA 6/93, p. 673 ss, spéc. p. 677). A Genève, l'art. 6 de la loi cantonale du 6 novembre 1940 sur l'instruction publique (LIP) dispose que "L'enseignement public garantit le respect des convictions politiques et confessionnelles des élèves et des parents". Il ressort en outre des art. 164 ss de la Constitution cantonale que ce canton connaît une séparation nette de l'Eglise et de l'Etat, au sens d'une laïcité de celui-ci (UELI FRIEDERICH, *Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat*, thèse Berne 1993, p. 239 et HÄFELIN, *op.cit.*, n.26/27 ad art. 49). En matière scolaire, cette séparation est concrétisée par l'art. 120 al. 2 LIP selon lequel: "Les fonctionnaires doivent être laïques; il ne peut être dérogé à cette disposition que pour le corps enseignant universitaire". En l'espèce, l'interdiction faite à la requérante de porter un foulard indiquant clairement l'appartenance à une confession déterminée concrétise la volonté accrue du législateur genevois, exprimée dans les dispositions précitées, de respecter en matière scolaire les principes de neutralité religieuse (cf. art. 27 al. 3 Cst. ) et de séparation de l'Eglise et de l'Etat. Dès lors, même si l'arrêté entrepris comportait une atteinte grave à la liberté religieuse de la requérante, il se fonde sur une base légale suffisante. Encore peut-on préciser que, malgré son habillement caractéristique, la requérante n'occupe aucune fonction particulière dans l'organisation islamique, de sorte qu'il est douteux qu'elle ne puisse plus être qualifiée de laïque au sens de l'art. 120 al. 2 LIP. Du reste, dans ses observations du 15 janvier 1997, le Conseil d'Etat indique qu'il n'a jamais prétendu qu'elle ne respecterait plus les exigences de

cette disposition. La prise en compte de cet article dans l'analyse de la base légale s'explique toutefois du fait qu'il constitue l'une des expressions de la volonté du législateur d'instaurer une école religieusement neutre. BGE 123 I 296 S. 305 On pourrait enfin se demander si un canton peut se fonder directement sur l'art. 27 al. 3 Cst. pour ordonner à ses enseignants de respecter la neutralité religieuse de l'école également dans leur apparence extérieure, ou s'il doit nécessairement disposer d'une norme cantonale à cet égard. Cette question peut toutefois rester indécise, la législation genevoise comportant une telle base légale.

#### **E. 4**

a) Puis, la recourante déclare que la décision attaquée ne répond pas à un intérêt public. En arborant un signe religieux fort dans l'enceinte de l'école, voire en classe, la recourante peut porter atteinte aux sentiments religieux de ses élèves, des autres élèves de l'école et de leurs parents. Certes, ni parents ni élèves ne se sont plaints jusqu'ici. Mais cela ne signifie pas qu'aucun d'entre eux n'ait été heurté. Il est possible que certains aient renoncé à intervenir directement pour ne pas envenimer la situation, en espérant une réaction spontanée des autorités scolaires. Du reste, l'opinion publique s'est émue de ce problème, la recourante a fait l'objet de nombreuses interviews et le Grand Conseil a adopté une résolution dans le sens de la décision prise par le Conseil d'Etat. De même, s'il est vrai que les autorités scolaires ne sont pas intervenues par voie de décision immédiatement après que l'inspectrice les a informées de la tenue de la recourante, cette attitude ne doit pas être entendue comme un assentiment implicite. Il est compréhensible que les autorités scolaires aient d'abord tenté de régler la question sans épreuve de force. La décision attaquée est en droite ligne du principe de la neutralité confessionnelle de l'école, dont le but est non seulement de protéger les convictions religieuses des élèves et des parents, mais également d'assurer la paix religieuse qui, sous certains aspects, reste fragile. A cet égard, il faut relever que l'école risquerait de devenir un lieu d'affrontement religieux si les maîtres étaient autorisés par leur comportement, notamment leur habillement, à manifester fortement leurs convictions dans ce domaine. Il existe donc un intérêt public important à interdire à la recourante de porter le foulard musulman. b) Encore faut-il examiner si l'arrêté entrepris respecte le principe de la proportionnalité et peser avec le plus grand soin les intérêts en jeu (HÄFELIN, op.cit., n. 139 ad art. 49). A cet égard, il convient de comparer la liberté de conscience et de croyance de la recourante à l'intérêt public à la neutralité confessionnelle de l'école, c'est-à-dire de confronter l'intérêt de la recourante à respecter un commandement de sa religion à l'intérêt des BGE 123 I 296 S. 306 élèves et de leurs parents à ne pas être influencés ou heurtés dans leurs propres convictions, ainsi qu'à l'intérêt de maintenir la paix confessionnelle à l'école. Enfin, encore faut-il tenir compte de la nécessité d'une tolérance, également composante du principe de la neutralité confessionnelle, entre les adhérents de diverses croyances religieuses (cf. ATF 119 Ia 178 consid. 7a p. 190; ATF 116 Ia 252 consid. 6a p. 261; KARLEN, *Umstrittene Religionsfreiheit*, op.cit., p. 199/200; même auteur, *Das Grundrecht*, op.cit., p. 193 ss et 386; WALTER GUT, *Kreuz und Kruzifix in öffentlichen Räumen im säkularen Staat*, in RDS 1997 I p. 63 ss, spéc. n. 11 p. 77; MARTIN PHILIPP WYSS, op.cit., p. 405; PIUS HAFNER, *Staat und Kirche im Kanton Luzern, Fribourg 1991*, p. 199; CONSTANCE GREWE et CHRISTIAN RUMPF, *La Cour constitutionnelle turque et sa décision relative au "foulard islamique"*, in RUDH 1991, p. 113 ss, spéc. n. 2 in fine, p. 124). Il faut cependant d'emblée rappeler que la liberté religieuse ne saurait dispenser automatiquement une personne de ses devoirs civiques ou, ici, de ses devoirs de fonction (ATF 119 Ia 178 consid. 7a p. 190). Les enseignants doivent tolérer des restrictions - proportionnées - à leur

liberté religieuse (HAFNER, *La libertà religiosa chiede la tolleranza per i simboli religiosi*, J+P Text 2/95, n. III/D4 p. 9; THOMAS WYSS, *op.cit.*, p. 232). aa) Avant d'étudier de plus près les questions litigieuses, il n'est pas inutile d'examiner les solutions adoptées par d'autres pays dans des cas identiques ou par le Tribunal fédéral dans des affaires analogues. Ainsi, en Allemagne, le 9 septembre 1985 (NVwZ 1986 n. 49, p. 405 ss), le Tribunal administratif supérieur de Munich a confirmé l'interdiction faite à un enseignant d'une école publique de porter, dans l'enceinte de l'école, des vêtements de couleurs répondant aux exigences du mouvement religieux Bhagwan (tons rouges, allant de rose à lilas foncé). Le Tribunal administratif a retenu que l'enseignant qui met constamment et quotidiennement en exergue, par son habillement, qu'il adhère à certaines convictions religieuses, conduit nécessairement ses élèves à se préoccuper de ses idées (arrêt critiqué par HANS W. ALBERTS, *Neue Religionen und Beamtenrecht - Sannyasin als Lehrer?* in NVwZ 1985 p. 92 ss, spéc. p. 95). En France, dans un arrêt du 20 octobre 1994, le Tribunal administratif de Bordeaux a admis le recours d'une élève infirmière qui avait été exclue de l'école parce qu'elle refusait de renoncer au port du voile ou d'un bonnet chirurgical, bien que le foulard ou le bonnet puisse gravement troubler certains patients du département psychiatrique BGE 123 I 296 S. 307 dans lequel elle devait faire son stage. Selon un auteur allemand, A. GROMITSARIS (*Laizität und Neutralität in der Schule*, in AöR, 121/1996, p. 359 ss, spéc. p. 393), la doctrine qui s'est exprimée au sujet de cette décision a surtout traité de l'ambivalence du statut de l'élève infirmière, qui peut être simple élève ou stagiaire dans un hôpital. En ce sens, si le port du foulard par une élève peut être autorisé à l'école, il est inadmissible dans le cadre d'un stage professionnel effectué comme soignante dans un service public, le comportement de la stagiaire devant alors être imputé à l'Etat. Toujours en France, dans un arrêt du 14 avril 1992, le Tribunal administratif de Versailles a confirmé la non-prolongation du contrat d'une "maîtresse de demi-pension" (une surveillante) d'un établissement scolaire secondaire qui ne voulait pas quitter le voile. GROMITSARIS (*op.cit.*, p.394) souligne à cet égard que la "maîtresse" n'exerçait pas d'activités d'enseignement et ne se livrait à aucun acte de prosélytisme, de sorte qu'une telle atteinte dans sa liberté de religion était justifiée uniquement du fait qu'elle incarnait l'école dans son activité de surveillance. En outre, dans le cadre de ce rapport hiérarchique envers les élèves, le simple port du foulard comportait un caractère ostentatoire agissant sur le processus de formation de la conscience de ceux-ci. Cet auteur soulignait en d'autres termes que les signes d'appartenance religieuse ont en eux-mêmes, lorsqu'ils sont portés par des enseignants ou d'autres membres de l'administration scolaire, un caractère violant le principe de la laïcité. Dans l'ATF 116 Ia 252 consid. 7b p. 262, le Tribunal fédéral a retenu que la décision de l'autorité de faire placer un crucifix dans les salles d'école est contraire au principe de la neutralité confessionnelle de l'école sanctionnée par l'art 27 al. 3 Cst., car on peut concevoir que celui qui fréquente l'école publique voie dans la présence d'un tel symbole la volonté de se référer à des conceptions de la religion chrétienne en matière d'enseignement ou de placer l'enseignement sous l'influence d'une telle religion; il n'est pas non plus exclu que quelques personnes se sentent lésées dans leurs convictions religieuses par la présence constante, dans les salles de classe, du symbole d'une religion à laquelle ils n'appartiennent pas. Cela peut avoir des conséquences non négligeables spécialement sur l'évolution spirituelle des élèves et sur leurs convictions religieuses - qui sont celles de leurs parents - et dans lesquelles ils sont éduqués en même temps qu'à l'école, conséquences que l'art. 27 al. 3 Cst. veut justement éviter. On peut tirer de cet arrêt une analogie certaine dans la mesure où il s'agissait également d'un symbole religieux fort.

Certes, le crucifix avait été apposé par les autorités scolaires mais force est de constater que le maître représente également l'Etat et l'école. Enfin, dans l'ATF 119 Ia 178 consid. 7a p. 190, le Tribunal fédéral a autorisé une enfant à ne pas participer à des cours de natation mixte à l'école primaire car, selon la conception de sa famille, l'islam interdisait la mixité en ce domaine. A cet égard, le Tribunal fédéral a relevé que, selon l'art. 49 al. 5 Cst., les opinions religieuses ne permettent pas de s'affranchir de l'accomplissement des devoirs civiques, mais que le caractère prioritaire de ces devoirs ne doit cependant pas être considéré comme absolu, car les alinéas 1er et 5 de l'art. 49 Cst. sont, d'un point de vue juridique, de même niveau. Il appartient dès lors au législateur, lorsqu'il définit les devoirs des citoyens, de prendre en considération la liberté de conscience et de croyance. Cet arrêt comporte toutefois la différence importante qu'il s'agissait alors d'une restriction imposée à une élève, non à un enseignant.

bb) En ce qui concerne le cas d'espèce, l'intérêt public opposé à l'intérêt de la recourante est la neutralité confessionnelle, sous ses différents aspects, qu'il convient d'examiner ci-après: La liberté de conscience et de croyance oblige l'Etat à observer une neutralité confessionnelle et religieuse; le citoyen peut se prévaloir à cet égard d'un droit individuel (ATF 118 Ia 46 consid. 3b p. 53 et 4e/aa p. 58; 113 Ia 304 consid. 4c p. 307). L'Etat peut porter atteinte à la liberté religieuse lorsqu'il prend parti de manière illicite dans des controverses d'ordre religieux ou métaphysique, en particulier en soutenant financièrement un des protagonistes (ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58). L'exigence de neutralité n'est cependant pas absolue, ce que démontre l'existence - admissible - d'Eglises nationales garanties par le droit public (ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58; ATF 116 Ia 252 consid. 5d p. 258/259). La neutralité n'a pas pour sens d'exclure, dans les activités de l'Etat, tout élément d'ordre religieux ou métaphysique; toutefois, une attitude antireligieuse, telle qu'une laïcité de combat, voire irréligieuse, n'est pas neutre. La neutralité tend à ce que toutes les conceptions existant dans une société pluraliste soient prises en compte sans esprit partisan. Le principe selon lequel l'Etat ne doit avantager ou désavantager personne pour des motifs religieux a une portée générale et il découle directement des art. 49 et 50 Cst. (ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58; KARLEN, Umstrittene Religionsfreiheit, op.cit., BGE 123 I 296 S. 309 p. 199/200; même auteur, Das Grundrecht, op.cit., p. 188). 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 (ATF 116 Ia 252 consid. 5e p. 260 et les références citées). 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 (cf. GUT, op.cit., n. 11 p. 76; MARTIN PHILIPP WYSS, op.cit., p. 400/401). Cette neutralité prend une importance particulière à l'école publique, car l'enseignement est obligatoire pour chacun, sans aucune différence entre les confessions. En cette matière, l'art. 27 al. 3 Cst., selon lequel "les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance", est le corollaire de la liberté de conscience et de croyance. Cette disposition a pour but de garantir le respect de la sensibilité des individus de convictions diverses, de renforcer le droit conféré aux parents par les art. 49 al. 3 Cst. et 303 CC et de protéger de toute influence le droit des enfants de choisir librement leur confession au moment où ils accomplissent leur 16<sup>e</sup> année (ATF 116 Ia 252 consid. 6 p. 260). Enfin, voulant préserver la paix confessionnelle, la neutralité religieuse tend à éviter que l'école devienne un lieu d'affrontement entre tenants de convictions différentes. En conséquence, l'orientation confessionnelle de l'enseignement de la part de

l'autorité ou des enseignants - en faveur ou en défaveur d'une ou de plusieurs religions - ne saurait être imposée de manière contraignante ( ATF 116 Ia 252 consid. 6b p. 261). L'art. 27 al. 3 Cst. prohibe donc les programmes, formes et méthodes d'enseignement ou d'organisation scolaire, qui ont une orientation confessionnelle ou qui, au contraire, sont hostiles aux convictions religieuses ( ATF 119 Ia 178 consid. 1c p. 180; FLEINER/GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1949, p. 329; BURCKHARDT, *op.cit.*, p. 200). De même, l'école ne doit pas s'identifier à certaines conceptions religieuses - majoritaires ou minoritaires - au détriment des adhérents d'autres confessions ( ATF 116 Ia 252 consid. 7b p. 262; HAFNER, *Staat und Kirche*, *op.cit.*, p. 195; Karlen, *Das Grundrecht*, *op.cit.*, p. 188 et 396). Elle doit tenir compte du phénomène religieux, sans toutefois compromettre la liberté de religion des élèves, notamment en exerçant des contraintes à leur encontre ou en dépréciant ou vantant certaines convictions déterminées ( ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58; KARLEN, *Das Grundrecht*, *op.cit.*, p. 386; BURCKHARDT, *op.cit.*, p. 201). Dans cette optique, l'attitude des enseignants joue un rôle important. Même par leur seul comportement, ceux-ci peuvent avoir une grande influence sur leurs élèves; ils représentent un modèle auquel les élèves sont particulièrement réceptifs en raison de leur jeune âge, de la quotidienneté de la relation - à laquelle ils ne peuvent en principe se soustraire - et de la nature hiérarchique de ce rapport. En fait, l'enseignant est détenteur d'une part de l'autorité scolaire et représente l'Etat, auquel son comportement doit être imputé. Il est donc spécialement important qu'il exerce ses fonctions, c'est-à-dire transmette des connaissances et développe des aptitudes, en restant confessionnellement neutre. Il ne doit pas seulement renoncer à utiliser des moyens illicites pour tenter d'endoctriner ses élèves, tels que des pressions psychiques, la sanction d'opinions opposées ou la discrimination, mais il doit en outre être particulièrement attentif à respecter la liberté de religion de ses élèves, c'est-à-dire à observer une grande discrétion dans l'expression de ses croyances, à ne pas les heurter dans leurs convictions et à ne pas abuser de son autorité pour contrarier l'éducation que leurs parents entendent leur donner ou pour les influencer dans leur choix, le moment venu. Il lui appartient ainsi de prendre en considération les différentes croyances des élèves et de faire régner dans l'école une atmosphère de tolérance religieuse (KARLEN, *Das Grundrecht*, *op.cit.*, p. 389; HERBERT PLOTKE, *Schweizerisches Schulrecht*, Berne 1979, p. 155 et 160; FAVRE, *op.cit.*, p. 300). Toutefois, un enseignement absolument neutre sous tous ses aspects est, concrètement, difficilement concevable (MARCO BORGHI, *Commentaire de la Constitution fédérale*, n. 68/69 ad art. 27). Il est inévitable que les convictions de l'enseignant exercent une certaine influence dans des matières déterminées de l'enseignement (histoire, géographie...), sur sa manière d'éduquer ses élèves et sur son comportement en général. Du reste, l'exigence de neutralité à l'école ne permet pas de disqualifier des maîtres ayant des convictions religieuses, ni même d'attendre d'eux qu'ils renient leur confession au point qu'elle ne soit plus reconnaissable (BORGHI, *op.cit.*, n. 76/77 ad art. 27; PLOTKE, *op.cit.*, p. 160/161; FAVRE, *op.cit.*, p. 300). De même, la liberté de croyance ne comporte pas un droit général à ne pas être exposé aux convictions religieuses d'autrui (KARLEN, *Religiöse Symbole in öffentlichen Räumen*, in *ZBl* 90/1989, p. 12 ss, spéc. p. 15). BGE 123 I 296 S. 311 Toute la question est ainsi de savoir jusqu'où va le devoir de réserve d'un enseignant d'une école publique dans le cadre de ses activités. Une réponse doit être élaborée en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret (cf. KARLEN, *Umstrittene Religionsfreiheit*, *op.cit.*, p. 206ss). Le devoir de réserve sera plus strict lorsqu'il s'agit de l'école obligatoire. Dans ce sens, en principe, plus les degrés

d'enseignement sont élevés, plus les limites posées au comportement orienté de l'enseignant doivent être élargies, car les élèves plus âgés disposent normalement d'une plus grande capacité de discernement en matière spirituelle et sont, sur les plans intellectuels et personnels, plus indépendants de leur maître (BURCKHARDT, op.cit., note 1 p. 200). Le danger d'influence par le maître doit de même être relativisé dans la mesure où les élèves sont soumis à d'autres courants provenant de l'environnement, de camarades, d'autres professeurs et de leurs parents. Enfin, il faut examiner la manière dont l'enseignant vit et présente ses convictions à l'école. En particulier, son devoir de discrétion peut être assoupli s'il met en évidence que son opinion n'en est qu'une parmi d'autres et s'il encourage ses élèves à se déterminer en toute liberté (THOMAS WYSS, op.cit., p. 227 et 231). De même, si la manifestation religieuse extérieure du maître inclut le port d'un signe religieux, il faut tenir compte du degré de visibilité et de la force d'évocation de ce symbole (KARLEN, Umstrittene Religionsfreiheit, op.cit., p. 207 et 210). cc) En l'espèce, d'un côté, ainsi qu'on l'a vu plus haut, interdire à la recourante de porter le foulard la place devant une alternative difficile: ne pas respecter un précepte de sa religion qu'elle juge important ou courir le risque de ne plus pouvoir enseigner à l'école publique. Mais, d'un autre côté, le foulard est ici un signe religieux évident. En outre, la recourante enseigne dans une école primaire, c'est-à-dire à de jeunes enfants particulièrement influençables. Certes, il ne lui est pas reproché de se livrer au prosélytisme ni même de parler de ses convictions à ses élèves. La recourante ne peut toutefois guère se soustraire aux questions que les enfants n'ont pas manqué de lui poser. Il paraît plutôt délicat d'invoquer à cet égard des arguments esthétiques ou de sensibilité au froid, ainsi qu'elle a déclaré, selon le dossier, l'avoir fait jusqu'à présent, car les enfants se rendent compte qu'il s'agit d'une échappatoire. Elle peut ainsi difficilement leur répondre sans exposer ses convictions. Or, la recourante détient une part de l'autorité scolaire et personnelle BGE 123 I 296 S. 312 l'école aux yeux de ses élèves, de sorte que, même si d'autres enseignants de la même école font montre d'autres opinions religieuses, une telle représentation de soi paraît difficilement concevable avec le principe de non-identification, dans la mesure où, comme fonctionnaire, son comportement doit être imputé à l'Etat. Enfin, il faut rappeler que le canton de Genève a opté pour une nette séparation de l'Eglise et de l'Etat qui se traduit notamment par une laïcité marquée de l'enseignement public. Par ailleurs, force est de constater que le port du foulard est difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des sexes (cf. SAMI ALDEEB, Musulmans en terre européenne, PJA 1/96 p. 42 ss, spéc. lettre d p. 49). Or, il s'agit là d'une valeur fondamentale de notre société, consacrée par une disposition constitutionnelle expresse (art. 4 al. 2 Cst.), qui doit être prise en compte par l'école. De plus, la paix confessionnelle demeure finalement malgré tout fragile et l'attitude de la recourante est susceptible d'entraîner des réactions, voire des affrontements qu'il convient d'éviter. Il faut du reste tenir compte dans la pesée des intérêts du fait qu'admettre le port du foulard conduirait à accepter également le port de symboles vestimentaires forts d'autres religions, par exemple la soutane ou la kippa (à cet égard, sous l'angle de la proportionnalité, le Conseil d'Etat admet qu'un maître porte à l'école un signe religieux discret, par exemple un petit bijou, problème qu'il n'est pas nécessaire d'approfondir ici). Pareille conséquence pourrait compromettre le principe de la neutralité confessionnelle à l'école. On peut enfin noter qu'il est difficilement concevable d'interdire la pose du crucifix dans une école publique et d'admettre que les maîtres portent eux-mêmes des symboles religieux forts, peu importe de quelle confession. En conclusion, il existe en l'espèce des éléments prépondérants qui permettent au Conseil d'Etat, sans violer les art. 49 Cst. ou 9

CEDH,d'interdire à la recourante de porter le foulard dans le cadre de ses activités d'enseignante.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.