

GE_GERICHTE ACOM/24/2004 vom 2. Juni 1959

GE Cour de justice, 1959-06-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACOM_24_2004

FR: GE_GERICHTE ACOM/24/2004 du 2 juin 1959

IT: GE_GERICHTE ACOM/24/2004 del 2 giugno 1959

Regeste

Résumé: Licenciement d'un enseignant pour violation du devoir de fidélité (a) et violation du principe de la laïcité (b). a) La garantie de la liberté de manifester ses convictions religieuses (lex specialis par rapport à la liberté d'expression) n'est pas illimitée et peut être valablement restreinte par une mesure étatique reposant sur une base légale suffisante, poursuivant un but légitime et respectant le principe de la proportionnalité (9 al.2 CEDH, 36 Cst). L'étendue de la garantie pourra par ailleurs varier en fonction de la qualité du titulaire de la liberté. Tel est notamment le cas pour les fonctionnaires, liés à l'Etat par un rapport de droit spécial qui comporte notamment le devoir de fidélité. Les exceptions à la pleine jouissance des libertés d'expression et de religion doivent s'interpréter de façon restrictive. En l'espèce, violation du devoir de fidélité admise à l'encontre de l'enseignant pour ses prises de position dans "le Monde" tendant notamment à minimiser la cruauté de la lapidation. Le respect du devoir de fidélité et de réserve est un but légitime de restriction de la liberté d'expression religieuse. La résiliation des rapports de service du recourant est cependant en l'espèce disproportionnée. b) Principe de l'interdiction de la présence d'ecclésiastiques au sein de l'instruction publique genevoise. Définition de la notion d'ecclésiastique. Le recourant, malgré l'importance de son activité au sein de la communauté islamique genevoise, ne saurait être considéré comme tel. Licenciement annulé.

Erwägungen

E. 36

a) La représentante du Conseil d'Etat a précisé qu'en 1998 et 2000, le DIP n'avait pas prononcé d'avertissement ou de blâme à l'encontre de M. Ramadan mais une mise en garde ou une admonestation dont le contenu était identique à celui qu'aurait revêtu un tel avertissement car, avant l'entrée en vigueur en décembre 2000 de la modification de la LIP, l'avertissement et le blâme n'étaient prévus que dans le règlement sur le statut des enseignants. Une telle mise en garde pouvait néanmoins constituer un précédent.

E. 37

b) M. Ramadan pour sa part a déclaré que s'il ne recevait pas une sanction prévue par ce règlement, il estimait ne pas avoir enfreint de règles.

c) La représentante du Conseil d'Etat a précisé, s'agissant de l'audition du 11 octobre 2002, M. Ramadan avait été convoqué deux ou trois jours auparavant par le directeur général du cycle d'orientation et il était clair que l'enseignant serait entendu au sujet de l'article paru dans "Le Monde" le 10 septembre 2002. De même, M. Ramadan avait été informé qu'il pouvait être assisté d'un collègue ou d'un conseil. Enfin, il avait pu s'exprimer librement, il avait même pu téléphoner à l'occasion de cette audition. Il avait parlé en arabe et la

représentante du Conseil d'Etat avait entendu le nom

- 30 -

de Bionda. M. Ramadan avait ensuite été informé que si le Conseil d'Etat confirmait la mesure d'éloignement, il pourrait recourir.

Si le Conseil d'Etat avait confirmé si rapidement la mesure d'éloignement, c'était en raison du fait que le DIP n'avait pas ouvert cette procédure sans avoir eu préalablement "le feu vert" du Conseil d'Etat. Le DIP s'était ainsi assuré auprès du Conseil d'Etat que la mesure d'éloignement serait confirmée par ses soins. M. Ramadan a affirmé qu'il avait compris, avant même de pouvoir dire un mot, qu'il serait suspendu. Il estimait être entré dans un piège et avoir été entendu après que la décision eut été prise même si on lui avait laissé dire quelques mots pour pouvoir affirmer ensuite que son droit d'être entendu avait été respecté.

Enfin, il a relevé une contradiction entre le courrier du 26 juin 1998 de Mme Brunshwig-Graf lui rappelant la neutralité politique et confessionnelle à respecter envers les élèves et les parents et le courrier de Mme François du 8 décembre 2000 soulignant qu'il ne s'agissait pas de restreindre sa liberté de citoyen de défendre publiquement une cause politico-religieuse. Il ne voyait pas quelle règle il aurait enfreint.

E. 38

M. Mehadgri a adressé encore à la commission, après ces auditions, plusieurs documents relatifs à la formation devant être suivie pour devenir imam.

E. 39

Les parties ont déposé leurs conclusions après enquêtes respectivement les 9 janvier et 30 janvier 2004. Elles ont campé sur leurs positions.

E. 40

Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la commission compétente, le recours est recevable (art. 131 al. 1 de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 - LIP - C 1 10; art. 63 al. 1 litt a) LPA).

2. Le recourant, fonctionnaire, est soumis à la LIP

- 31 -

dont l'article 129 A, intitulé "résiliation des rapports de service pour motif objectivement fondé", prévoit que le Conseil d'Etat peut, pour un tel motif, mettre fin aux rapports de service d'un fonctionnaire en respectant le délai de résiliation de 3 mois pour la fin d'un mois, dont notamment "l'inaptitude dûment constatée à observer les devoirs généraux de la fonction" au sens de la lettre c) de cette disposition.

Cette mesure doit être précédée d'une enquête interne au département (art. 129 A al. 4).

Le licenciement avec un préavis de trois mois pour la fin d'un mois peut également être prononcé à titre disciplinaire, comme le prévoit l'article 130 alinéa 1 litt d) ch. 6 LIP; il doit alors être précédé d'une enquête administrative ouverte par le Conseil d'Etat (art. 130 al. 2 LIP). Ce licenciement sanctionne le fonctionnaire qui, soit intentionnellement soit par négligence, enfreint ses devoirs de service.

3. La résiliation des rapports de service entre les parties fait suite à une enquête constituant, selon son auteur, à la fois l'enquête interne et l'enquête administrative précitées.

Le licenciement a été prononcé par arrêté du 5 février 2003 pour le 31 mai 2003 et respecte ainsi le délai de 3 mois.

Il se fonde sur deux motifs distincts.

Le Conseil d'Etat reproche d'une part à M. Ramadan d'avoir violé son devoir de fidélité (art. 120 al. 1 LIP) et d'autre part d'avoir contrevenu au principe de laïcité (art. 120 al. 2 LIP) en étant simultanément enseignant secondaire et imam de fait, donc ecclésiastique.

Le licenciement de M. Ramadan, fondé sur l'article 129 A alinéa 2 litt c) LIP, est ainsi prononcé en raison de "l'inaptitude dûment constatée à observer les devoirs généraux de la fonction" rendant "la poursuite des rapports de service difficile".

4. Préalablement, il faut constater que l'éventuelle violation du droit d'être entendu du recourant, auquel le Conseil d'Etat n'avait pas soumis la consultation du Professeur Bellanger requise par le DIP sur la notion d'ecclésiastique avant de prendre sa décision, a été

- 32 -

réparée dans le cadre de la présente procédure, car la commission de céans dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée (art. 29 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 - Cst féd. - RS 101 - et ATF 105 Ib 171; ATA P. du 27 novembre 2001; décision L. du 26 février 2004 de la commission de céans). De plus, M. Ramadan a pu se déterminer par écrit à ce sujet et faire entendre les témoins qu'il souhaitait sur la formation requise d'un imam ainsi que sur le rôle qu'il tenait au sein du CIG avant la suspension de fonction avec effet immédiat dont il a fait l'objet le 11 octobre 2002.

5. a) Au sujet de cette dernière, la commission retiendra que M. Ramadan a certes été convoqué par téléphone à bref délai par sa hiérarchie et qu'il est difficile de reconstituer ce qui s'est dit quant au fait que le recourant pouvait être accompagné ou non d'un avocat d'une part et quant au motif de ladite convocation d'autre part. Cette question n'a cependant pas à être tranchée au vu de l'issue du présent litige.

b) De plus, la manière dont le procès-verbal de cette audition a été établi n'a rien de choquant. Les reproches adressés par l'autorité pouvaient être rédigés à l'avance pour circonscrire

le débat, ce qui n'empêchait nullement M. Ramadan de se déterminer à leur sujet.

c) La suspension provisoire, avec maintien du traitement, prononcée le 11 octobre 2002 également par le Conseil d'Etat, respecte la procédure prévue par les articles 129 A alinéa 5 et 130 A alinéas 1 et 2 LIP, le Conseil d'Etat devant confirmer "dans les meilleurs délais" une mesure d'éloignement.

d) Enfin, le fait que l'enquête interne ait été confiée à un ancien magistrat du pouvoir judiciaire et non à un enseignant contreviendrait selon le recourant à l'exigence résultant des travaux préparatoires selon laquelle une telle enquête devrait être confiée à un enseignant, mieux à même d'apprécier les questions pédagogiques (Mémorial des séances du Grand Conseil 1999, 14/III, p. 2076).

Ce grief doit être écarté, car une telle exigence ne figure ni à l'article 129 A alinéa 4 LIP ni à l'article 64 alinéa 4 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant du 12 juin 2002 (B 5 10.04). De plus, les reproches adressés par le Conseil d'Etat à

- 33 -

M. Ramadan n'ont pas trait à son enseignement.

Enfin, si M. Ramadan entendait récuser l'enquêteur, il devait le faire d'entrée de cause et ne pas laisser procéder, selon les règles sur la récusation applicables aux experts et aux enquêteurs (art. 90 ss LOJ, 15 et 39 LPA).

6. Il sied en conséquence d'analyser successivement chacun des deux griefs adressés au recourant.

7. A) VIOLATION DU DEVOIR DE FIDELITE

a) La liberté religieuse est prescrite par l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (Pacte II - RS 0.103.2).

b) L'article 9 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH - RS 0.101), prévoit une protection similaire à celle de la Cst. en prescrivant que toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit comprend 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 des rites, sous réserve des restrictions contenues à l'article 9 alinéa 2 CEDH. Cette liberté englobe le témoignage, en paroles et en actes, lié à l'existence de convictions religieuses; elle comporte notamment le droit d'essayer de convaincre son prochain (cf. ACEDH Kokkinakis c. Grèce, série A n°260-A § 31; J. A. FROWEIN, La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article, 2ème éd., Paris, 1999, ad. art. 9 al. 1 CEDH, p. 357).

c) L'article 15 alinéa 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) garantit, sous réserve de l'article 36 Cst (qui énonce les conditions auxquelles les droits fondamentaux peuvent être restreints), la liberté de conscience et de croyance. Selon l'article 15 alinéa 2 Cst, 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.

Cette garantie, qui figurait également à l'article

- 34 -

49 alinéa 1 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst), comporte notamment 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 123 I 296, 300 et les références citées; J.-F. AUBERT/P. MAHON, Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève, 2003, ad art. 15 Cst § 6, p. 142; F. BELLANGER, La liberté religieuse, FJS 53, 2002, p. 7; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II - Les droits fondamentaux, Berne 2000, § 431, p. 219). La

parole, l'écriture, l'image, le film, l'art ou la musique sont tous des moyens d'expression qui bénéficient de la protection de cette liberté (U. HÄFELIN, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, vol. III, Bâle/Zurich/Berne, 1991, ad. art. 49 aCst, § 50, pp. 19-20). Les fonctionnaires peuvent valablement s'en prévaloir (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., § 422, p. 215; F. BELLANGER, op. cit., p. 3).

d) La liberté religieuse vaut pour toutes les religions, indépendamment de leur importance numérique dans notre pays (J.-F. AUBERT/P. MAHON, op. cit., ad. art. 15, § 6, p. 142). La religion islamique est ainsi clairement protégée (ATF 119 Ia 178 = JdT 1995 I 290, 295, consid. 4b). Il n'est pas déterminant qu'un comportement religieux soit suivi par une majorité ou par une minorité d'adhérents à cette religion; il n'est pas décisif non plus, pour savoir si une personne peut se prévaloir de sa liberté religieuse, que sa conviction s'écarte des habitudes et traditions nationales (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., § 434, p. 221; ATF 119 Ia 178 = JdT 1995 I 290, 297, consid. 4d).

8. a) La liberté d'expression est également garantie par l'article 19 Pacte II.

b) L'article 10 alinéa 1 CEDH prévoit également le droit à la liberté d'expression, lequel comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées, sous réserve des restrictions mentionnées à l'article 10 alinéa 2 CEDH.

Selon une jurisprudence bien établie de la Cour

- 35 -

européenne des droits de l'homme (ci-après : la Cour), la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels dans une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve de l'article 10 alinéa 2 CEDH, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "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'est pas de "société démocratique" (notamment ACEDH Handyside c. Royaume-Uni, série A n°24, § 49).

c) L'article 16 alinéa 1 Cst. garantit quant à lui, toujours sous réserve de l'article 36 Cst., la liberté d'opinion et la liberté d'information. Toute personne a notamment le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion (art. 16 al. 2 Cst.). La notion d'opinion se définit de façon large, pour englober tout jugement, toute appréciation, idée, manifestation de pensée, prise de position, conception, création artistique et littéraire, voire toute activité politique (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., § 514, p. 263). Le Tribunal fédéral a souligné depuis longtemps l'importance de la liberté d'expression (ATF 96 I 586, 592, consid. 6).

9. Pour l'expression et la diffusion d'opinions religieuses, la liberté de conscience et de croyance doit être considérée comme une *lex specialis* par rapport à la liberté d'expression (J.-F. AUBERT/P. MAHON, op. cit., ad art. 15 Cst., § 6, p. 142 et ad art. 16 Cst., § 6, p. 152; U. HÄFELIN, op. cit., § 10, p. 38). Les principes généraux dégagés de cette dernière peuvent cependant être utiles pour interpréter l'étendue de la liberté d'exprimer ses convictions religieuses, tant il apparaîtrait contradictoire que la liberté d'expression bénéficie d'une protection moindre lorsqu'elle reflète des opinions religieuses.

Ainsi, lorsque la Cour souligne l'importance fondamentale de la liberté d'expression, cette caractéristique doit également être prise en compte en matière de liberté religieuse. La juridiction de Strasbourg ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elle énonce que "telle que la protège l'article 9 (...), la liberté de pensée, de conscience et de religion

- 36 -

représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie (...)" (ACEDH Kokkinakis c. Grèce, op. cit., § 31; ACEDH Buscarini et autres c. Saint-Marin, recueil des arrêts et décisions 1999-I, § 34; ACEDH Serif c. Grèce, recueil des arrêts et décisions 1999-IX, § 49).

10. La garantie de la liberté de manifester ses convictions religieuses n'est cependant pas illimitée.

a) Elle peut être valablement restreinte par une mesure étatique reposant sur une base légale suffisante, poursuivant un but légitime et respectant le principe de proportionnalité (art. 9 al. 2 CEDH; art. 36 Cst).

b) L'étendue de la garantie offerte par la CEDH et la Cst pourra par ailleurs, dans les limites susdécrites, légitimement varier en fonction de la qualité du titulaire de la liberté. Les fonctionnaires bénéficient des libertés d'expression et de religion (ACEDH Vogt c. Allemagne, série A 323, § 43). Cependant, ils sont liés à l'Etat par un rapport de droit spécial, auquel ils ont pleinement et volontairement adhéré et qui comporte notamment le devoir de fidélité. Ils détiennent ainsi une parcelle du pouvoir de l'Etat et assument aussi des responsabilités vis-à-vis des administrés (cf. P. MOOR, Droit administratif, vol. III, Berne, 1992, p. 213). Il en découle que l'exercice de leurs libertés peut être légitimement restreint (cf. ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 53; ACEDH De Diego Nafria c. Espagne du 14 mars 2002, § 37).

c) Les exceptions à la pleine jouissance des libertés d'expression et de religion doivent s'interpréter de façon restrictive (cf. notamment, concernant l'art. 10 CEDH, ACEDH Sunday Times c. Royaume-Uni, série A n°30, § 65; ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 52; ACEDH Wille c. Liechtenstein, recueil des arrêts et décisions 1999-VII, § 61; ACEDH De Diego Nafria c. Espagne, op. cit., § 34).

En l'espèce, l'article paru dans le journal "Le Monde", à l'origine du présent litige, portait essentiellement sur les conditions d'application, les fondements et les effets de la loi islamique en matière de lapidation, ainsi que sur l'importance de la justice divine. Dans l'expression de ses opinions, reflétant ses

- 37 -

convictions religieuses, le recourant bénéficie de la liberté religieuse.

11. Il faut examiner si en l'espèce le recourant a violé son devoir de fidélité, cette notion n'étant pas clairement définie.

a) Appelée à statuer sur le recours formé par l'exploitant d'une agence de sécurité privée, dont l'autorisation avait été retirée en raison de son appartenance à une secte, de sorte que l'autorité compétente avait admis que l'intéressé ne remplissait plus la condition d'honorabilité requise par la loi genevoise, la Cour (ACEDH C. R. du 14 octobre 1999, requête No 40130/98, consid. 1) a considéré, au sujet de la notion d'honorabilité que :

"Le libellé de bien des lois ne présente pas une précision absolue. Beaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues.

L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique (ACEDH Kokkinakis c/Grèce du 25 mai 1993, série A no 260-A, p. 19 § 40)".

De la même manière, il est admis que les sanctions disciplinaires ont en général pour but d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces derniers (ACEDH du 22 mai 1990, in J. HURTADO POZO, *Droit disciplinaire*, partie générale I, 2ème édition, 1997, p. 28; ATA B. du 4 mars 1998). Le droit disciplinaire est dit "incomplet" en ce sens que les infractions disciplinaires n'ont pas à être définies par la loi, mais il suffit qu'elles soient contenues dans une clause générale (R. ROTH, *Les sanctions administratives, un nouveau droit (pénal) sanctionnateur* in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, 1985, p. 136).

Au regard du principe de la légalité, les expressions, telles que "devoirs de service", qui renvoient aux règlements et ordonnances internes relatifs aux tâches des fonctionnaires, et "obligations professionnelles", qui peuvent se rapporter aux règles de l'art, à la déontologie ou aux usages, décrivent de manière suffisante les comportements réprimés (V. MONTANI et Catherine BARDE, *La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire*, RDAF 1996,

- 38 -

p. 345 ss, not. p. 348);

b) L'exercice des libertés publiques des fonctionnaires peut être limité dans la mesure où le but même de l'institution qui les emploie le justifie (P. MOOR, *op. cit.*, vol. III, p. 213). Selon le Tribunal fédéral, les restrictions de ces libertés doivent être justifiées par le but et la bonne marche de l'institution (ATF 123 I 296, 303-304 consid. 3). Les fonctionnaires doivent ainsi supporter toutes les limitations qui sont objectivement en rapport avec leur appartenance à l'appareil étatique (P. MOOR, *op. cit.*, vol. III, p. 214). En l'occurrence, le devoir de fidélité embrasse l'ensemble des devoirs qui incombent à un fonctionnaire dans l'exercice de ses activités professionnelles et extra-professionnelles. Il implique que le fonctionnaire doit s'imposer les limites que commande sa situation spéciale (ATF 101 Ia 172 = JdT 1977 I 162, 170-171, consid. 6).

Le rapport de confiance nécessaire entre l'Etat et le fonctionnaire, et celui devant exister entre ce dernier, en sa qualité de représentant de l'Etat, et les administrés, fondent l'essence même du devoir de fidélité, et partant de l'obligation de réserve (cf. ATF 101 Ia 172 = JdT 1977 I 162, 170, consid. 5 et 6; P. MOOR, *op. cit.*, vol. III, pp. 222 et 230; N. RASELLI/N. EHRLI, *Zur Tragweite der ausserdienstlichen Meinungsäusserungs-freiheit von Beamten*, *Gymnasium Helveticum* 43, 1989/2, p.73; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *op. cit.*, § 573, p. 298). Les devoirs de comportement imposés par l'obligation de fidélité ont aussi pour but le maintien de la cohérence et de l'intégrité de l'appareil étatique (P. MOOR, *op. cit.*, vol. III, p. 225).

Compte tenu de l'importance fondamentale des libertés publiques, et en particulier de celle touchant à l'expression d'opinions et de convictions religieuses, la définition du devoir de fidélité doit résulter d'une pesée des intérêts entre l'exercice le plus étendu possible de ces libertés et les exigences propres à la fonction publique (P. MOOR, *op. cit.*, vol. III, p. 230;

B. KNAPP/F. BELLANGER, Le fonctionnaire face aux libertés fondamentales, in *Le fonctionnaire au service des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 358). Les restrictions vont de plus dépendre du niveau des responsabilités de chaque fonctionnaire, de la forme dans laquelle il s'exprime, du cercle auquel il s'adresse et surtout de

- 39 -

l'objet de son intervention dans la vie publique (P. MOOR, op. cit., vol. III, p. 232, E. GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel, 1984, p. 487; B. KNAPP, *La violation du devoir de fidélité, cause de cessation de l'emploi des fonctionnaires fédéraux*, RDS 1984 I 495).

Les enseignants bénéficient d'une autorité morale certaine et peuvent, par leurs propos, exercer une influence sur la population et sur la perception qu'aura cette dernière de l'Etat qu'ils représentent. Cela justifie qu'une certaine retenue leur soit imposée dans leurs propos;

c) En l'espèce, les prises de position du recourant dans "Le Monde" doivent s'apprécier selon le sens que le lecteur moyen peut raisonnablement leur donner.

En présentant la lapidation d'une personne adultère comme une sanction divine légitime, même si elle est selon lui difficilement applicable et a une valeur principalement dissuasive, le recourant défend des valeurs contraires à celles sur lesquelles sont fondés les pays démocratiques signataires du Pacte II et de la CEDH, dont la Suisse.

Les prises de position du recourant qui tendent à minimiser la cruauté de la lapidation remettent en cause l'interdiction des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH, art. 10 al. 3 Cst). Ces opinions, si elles peuvent avoir leur place dans le débat d'idées, ne sauraient être défendues par un enseignant qui se trouve dans un rapport de droit spécial avec l'Etat.

Elles contreviennent en particulier aux objectifs de l'école publique que l'enseignant doit poursuivre et qui sont énoncés à l'article 4 LIP.

Le recourant ne pouvait pas ignorer que, compte tenu de sa notoriété, ses propos relatés dans "Le Monde", quotidien français largement distribué en Suisse, ne passeraient pas inaperçus au sein de la population genevoise. Quant à la version plus radicale publiée sur le site internet du CIG, elle est accessible à chacun.

En signant l'article incriminé, paru dans "Le Monde" du 10 septembre 2002, le recourant a ainsi violé son devoir de fidélité.

- 40 -

12. Il faut déterminer si le licenciement pour violation du devoir de fidélité porte atteinte à la liberté religieuse du recourant.

a) La décision querellée sanctionne l'expression, par le recourant, de ses convictions religieuses dans l'article du journal "Le Monde". Elle porte ainsi atteinte à la liberté de ce dernier de manifester de telles opinions (cf. ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 44; ACEDH Wille c. Liechtenstein, op. cit., § 50). Par ailleurs, cette décision peut être objectivement qualifiée de grave (cf. ATF 119 Ia 178 = JdT 1995 I 290, 298, consid. 6a);

i) Selon la jurisprudence de la Cour, la norme doit, d'une part, être suffisamment accessible, c'est-à-dire que le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables au cas donné (notamment

ACEDH Sunday Times c. Royaume-Uni, op. cit., § 49).

ii) D'autre part, elle doit être prévisible, c'est-à-dire être énoncée avec suffisamment de précision pour permettre à l'administré de régler sa conduite. En s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (notamment ACEDH Sunday Times c. Royaume-Uni, op. cit., § 49). Plus la restriction est grave, plus la norme doit être précise (P. MOOR, Droit administratif, vol.I, Berne, 1994, p. 350).

La portée de l'exigence de prévisibilité dépendra dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre, ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires (notamment ACEDH Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c/Autriche, série A n°302, § 31; ACEDH Groppera Radio AG et autres c. Suisse, série A n°173, § 68; ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 48). Une précision absolue n'est en effet, dans certains cas, ni envisageable, ni souhaitable, la norme devenant trop rigide, incapable de s'adapter à la multiplicité des situations possibles (ACEDH Sunday Times c. Royaume-Uni, op. cit., § 49). L'utilisation de notions plus ou moins indéterminées est ainsi parfois rendue nécessaire par les contraintes de la pratique (cf. ACEDH Sunday Times c. Royaume-Uni, op. cit., § 49; ACEDH Kokkinakis c. Grèce, op. cit., § 40; ATF 122 I 360 = JdT

- 41 -

1998 I 203, 206, consid. 5b bb; P. MOOR, Droit administratif, vol. III, Berne, 1992, p. 223). Pour le surplus, il est admis que la jurisprudence du Tribunal fédéral puisse, dans une certaine mesure, permettre de clarifier le sens de tels concepts (cf. ACEDH Müller et autres c. Suisse, série A 133, § 29).

Ces assouplissements s'appliquent tout particulièrement lorsque la personne concernée se trouve dans un rapport de droit spécial avec l'Etat, tels les fonctionnaires, lesquels ont librement adhéré à ce rapport de puissance publique et y trouvent un intérêt (ATF 123 I 296, consid. 3; 303 J.-F. AUBERT/P. MAHON, op. cit., ad. art. 36 Cst féd., § 9, p. 324; P. MOOR, op. cit., vol. III, pp. 213 et 223). Il suffit dans ce cas 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 (ATF 123 I 296, eodem loco).

b) En vertu de l'article 36 alinéa 1 Cst., les atteintes graves portées à une liberté constitutionnelle doivent être prévues par une loi au sens formel (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., § 183, p. 90);

c) Selon l'article 120 alinéa 1 LIP, "les fonctionnaires de l'instruction publique doivent observer dans leur attitude la dignité qui correspond aux responsabilités leur incombant vis-à-vis du pays". Il découle de cette norme un devoir général de comportement, soit un devoir de dignité et un devoir de fidélité, lequel comprend une obligation de réserve.

Cette norme est suffisamment accessible; le recourant a d'ailleurs pu en prendre connaissance lors de son audition du 29 mai 1998 durant laquelle il a reçu un document établi à l'intention des membres de la commission paritaire du statut des membres du corps enseignant. Ce dernier spécifiait en effet les principes de fonctionnement de l'école publique, dont le devoir de réserve, fondé notamment sur l'article 120 LIP.

L'attention du recourant avait été attirée en 1998 et en 2000 sur les devoirs inhérents à son statut. Certes, ni ses supérieurs directs ni le DIP n'avaient délimité avec précision ce que comprenait le devoir de fidélité et de réserve. Ils ne le pouvaient cependant pas, pour les raisons précédemment exposées.

- 42 -

L'article 120 LIP, combiné avec l'article 129 A alinéa 2 lettre c LIP (l'inaptitude dûment constatée à observer les devoirs généraux de la fonction), respecte ainsi la condition de prévisibilité de la base légale fondant le licenciement querellé.

13. a) L'ingérence dans l'exercice de la liberté religieuse doit poursuivre un but légitime, soit la sécurité publique, la protection de l'ordre, la santé ou la morale publique, ou la protection des droits et libertés d'autrui (art. 18 al. 3 Pacte II et art. 9 al. 2 CEDH). L'article 36 alinéa 2 Cst prévoit la notion générale de l'intérêt public, ainsi que la protection d'un droit fondamental d'autrui.

Selon le principe dit "de faveur", le juge doit appliquer la liberté qui offre à ses titulaires la protection la plus étendue (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., §§259 et 261, pp. 129-130). Le standard européen fixé par la CEDH, comme le standard universel du Pacte II, doivent ainsi, s'agissant des buts légitimes poursuivis, être prioritairement pris en compte (cf. A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., § 261, p. 130);

b) En l'espèce, le respect du devoir de fidélité et de réserve est un but légitime de restriction de la liberté d'expression religieuse (cf. ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 51; ACEDH De Diego Nafria c. Espagne, op. cit., § 37). Il vise à assurer les intérêts publics que sont la confiance en l'appareil étatique et la cohérence de ce dernier, ce qui est compatible avec l'article 9 alinéa 2 CEDH (protection de l'ordre essentiellement).

14. a) Ainsi, la liberté religieuse ne peut être restreinte dans une société démocratique que par une mesure nécessaire (art. 9 al. 2 CEDH). Elle doit être justifiée par un besoin social impérieux et rester proportionnée au but légitime poursuivi (notamment ACEDH Handyside c. Royaume-Uni, op. cit., §§ 48-49; ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 52).

Ces notions doivent être interprétées de façon étroite. La Cour a néanmoins souvent souligné, s'agissant des fonctionnaires, l'importance des "devoirs et responsabilités" mentionnés à l'article 10 alinéa 2 CEDH (parmi lesquels figure l'obligation de réserve), ces

- 43 -

derniers octroyant aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour juger si l'ingérence dénoncée était proportionnée au but poursuivi (notamment ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 53; ACEDH De Diego Nafria c. Espagne, op. cit., § 37; V. COUSSIRAT-COUSTERE, in La convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article, op. cit., ad. art. 10 al. 2 CEDH, pp. 410 et 414). Bien qu'une telle référence ne soit pas reprise à l'article 9 alinéa 2 CEDH, il apparaît raisonnable, compte tenu de l'étroite relation entre la liberté générale d'expression et la liberté d'expression religieuse, de tenir également compte de ces éléments dans ce dernier domaine.

b) En l'espèce, la résiliation des rapports de service remplit l'exigence de l'aptitude; en revanche elle ne respecte pas celle de la nécessité. Le licenciement est en effet particulièrement intrusif et constitue, parce qu'il vise un enseignant, une atteinte très grave à la liberté d'expression religieuse (cf. ACEDH Vogt c. Allemagne, op. cit., § 60). Or, la mise

en place d'une procédure disciplinaire au sens de l'article 130 LIP, aboutissant à la prise d'une mesure moins incisive, aurait été de nature à atteindre le but visé.

15. B) VIOLATION DU PRINCIPE DE LAICITE

Il faut déterminer si M. Ramadan a fonctionné comme imam de fait, ce qui ferait de lui un ecclésiastique, ainsi que l'a admis le Conseil d'Etat, suivant en cela l'enquêteur.

a) Selon l'article 72 alinéa 1 Cst, la réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat appartient aux cantons. L'instruction publique est également du ressort de ces derniers, lesquels pourvoient à un enseignement de base suffisant ouvert à tous les enfants. Il doit être obligatoire et placé sous la direction ou la surveillance des autorités publiques, c'est-à-dire laïques (art. 62 al. 1 et 2 Cst; A. AUER/G.MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., § 406, pp. 210-211; F. BELLANGER, op. cit., p. 2).

b) Selon l'article 120 alinéa 2 LIP, les fonctionnaires doivent être laïques, le cas du corps enseignant universitaire étant réservé. Cette disposition interdit, a contrario, la présence d'ecclésiastiques au sein de l'instruction publique genevoise et marque ainsi la volonté du législateur de procéder à une séparation entre l'Eglise et l'Etat dans ce domaine (cf. ATF 123 I

- 44 -

296, consid. 3, 304), suite au Kulturkampf, dans le but de préserver la paix confessionnelle.

Avant même que l'école ne devienne obligatoire, la Constitution de 1847 et les lois de 1848 ont consacré la première démocratisation de l'école, basée sur les deux principes pour lesquels les radicaux se sont battus : la laïcité et la gratuité de l'enseignement (René RIEDER, Liberté humaine, justice sociale, Genève 1993).

16. Si le recourant conteste être un imam, il admet conduire au CIG plusieurs prières par semaine et procéder à des mariages.

Ces pratiques fondées sur sa religion bénéficient de la garantie de la liberté religieuse.

a) L'article 120 alinéa 2 LIP respecte les exigences d'accessibilité et de prévisibilité de la base légale. Il ne définit cependant pas la notion de laïcité. En vertu de l'interprétation historique, elle doit être comprise comme excluant les ecclésiastiques de l'enseignement public, secondaire notamment;

b) L'article 75 aCst prévoyait le même type d'incompatibilité pour les conseillers nationaux (cf. E. GRISEL, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, op. cit., ad. art. 75 aCst, § 9, p. 3). Selon cette disposition, était éligible comme membre du Conseil national tout citoyen laïque et ayant le droit de voter. C'est dans ce cadre qu'a été analysée la notion d'ecclésiastique. Selon GRISEL : "Elle dépend au premier chef des intentions du constituant et non du sens que prête aux mots telle ou telle confession. Cependant, elle se réfère nécessairement aux conceptions des diverses Eglises, car il serait absurde que l'Etat prononce une incompatibilité à l'égard d'un individu que sa propre religion ne reconnaît pas comme prêtre. Aussi convient-il de combiner divers éléments pour parvenir à une interprétation raisonnable" (E. GRISEL, op. cit., § 26, p. 7).

c) Une définition de la notion d'ecclésiastique se trouve également aux articles 6 de l'ordonnance concernant l'exemption du service militaire du 18 octobre 1995 (OESM - RS 511.31) et 3 de l'ordonnance concernant l'exemption du service de protection civile du 19

octobre 1994 (OExPCi - RS 522.1).

- 45 -

Dans ces deux textes, sensiblement les mêmes, sont notamment considérées comme ecclésiastiques... d) les personnes qui font partie d'un groupement religieux ayant un statut bien défini, si elles ont reçu de leur communauté un mandat ecclésiastique et qu'elles ont suivi une formation ecclésiastique de trois ans au moins ou si elles vivent dans une communauté après avoir prononcé des vœux.

17. Il ressort des dispositions précitées que trois critères d'analyse doivent être pris en compte dans ce cadre.

a) Tout d'abord, la tâche donnée par la communauté religieuse à la personne concernée. Cette dernière doit en effet se démarquer du reste des fidèles par la position et le rôle qui lui sont attribués par ces derniers dans les activités culturelles de la communauté (E. GRISEL, op. cit., § 27, p. 7; M. BUFFAT, Les incompatibilités - Etude de droit fédéral et cantonal, Tolochenaz, 1987, p.178).

b) Ensuite, la formation spirituelle et religieuse de cette personne doit être suffisante pour lui permettre d'assumer ce rôle. Ce critère est cependant difficile à appliquer en raison de la diversité des communautés religieuses. Le critère de la qualification requise (obtention d'un diplôme, reconnaissance officielle par des pairs, etc.) n'est dès lors que partiellement satisfaisant (cf. E. GRISEL, op. cit., § 27, p. 7).

c) Enfin, le temps consacré par la personne à des activités à caractère religieux constitue le troisième paramètre, qui est décisif. C'est en effet l'importance quantitative de ses activités religieuses qui est effectivement susceptible d'affecter le caractère laïque de l'enseignement public. Ainsi, doit être tenue pour ecclésiastique toute personne dont les activités sont principalement d'ordre religieux (cf. E. GRISEL, op. cit., § 27, p. 7; M. BUFFAT, op. cit., p.178).

18. En l'espèce, il est établi que M. Ramadan n'est pas un imam qualifié car il n'est pas titulaire d'une licence en droit islamique, comme l'est M. Ibram - imam de la mosquée de Zurich - et il n'a pas suivi l'une ou l'autre des filières décrites par M. Mehadgri - imam de la mosquée de Neuchâtel.

Peut-il cependant être un imam de fait ?

- 46 -

L'enquêteur l'a admis, notamment au motif que le recourant est désigné par la communauté du CIG pour conduire la prière plusieurs fois par semaine et célébrer des mariages. De plus, les enquêtes ont permis d'établir que M. Ramadan jouit d'une autorité morale certaine pour les raisons exposées lors de son audition le 30 octobre 2003 par M. Ibram dans les termes suivants :

"M. Hani Ramadan a la carrure pour être considéré comme détenant le bagage religieux nécessaire (...) Il peut se lever et parler à une assistance, il maîtrise l'arabe et peut faire une traduction en français. De plus, il porte le nom de Ramadan ce qui constitue un héritage au sein de la communauté et qui signifie qu'il est né avec l'islam et que le lait qu'il a bu en fait quelqu'un de compétent. Il est né comme une personne qui devait être un petit guide, son père étant un grand guide. A défaut d'un imam officiel que le centre islamique ne peut avoir pour des raisons financières, M. Hani Ramadan est le seul capable de répondre à ce besoin.

Beaucoup de fidèles à Genève préfèrent fréquenter les modestes locaux du centre islamique que ceux de la mosquée du Petit-Saconnex en raison de la simplicité et la vérité du message qui y est dispensé".

M. Ramadan a donc, selon ses pairs, les capacités pour tenir le rôle précité. Cependant, avant la mesure d'éloignement, le recourant consacrait 7 à 8 heures par semaine au CIG ainsi que 2 à 3 week-ends par mois (pv de CP devant M. Bertossa du 28 octobre 2002). Il ne se consacrait donc pas principalement à ses activités d'ordre religieux, exercées d'ailleurs bénévolement, puisqu'il avait une charge d'enseignement à plein temps, soit 20 à 24 heures par semaine, de sorte que le critère quantitatif précité n'est pas rempli.

En conséquence, M. Ramadan ne peut être considéré comme un ecclésiastique. Il n'a donc pas violé le principe de laïcité prescrit par l'article 120 alinéa 2 LIP.

19. M. Ramadan est maître nommé de l'enseignement secondaire depuis le 1er septembre 1987. Il a toujours donné satisfaction depuis.

Les deux mises en garde qui lui ont été adressées en 1998 et 2000 ne constituent pas des avertissements disciplinaires au sens de l'article 130 alinéa 1 litt a) LIP en raison de l'absence avant le 21 décembre 2000

- 47 -

(date de l'entrée en vigueur de la modification de la LIP) d'une base légale suffisante, ainsi que l'a déclaré la représentante du DIP lors de son audition le 20 novembre 2003.

Dans ces conditions, le licenciement - même s'il respecte le préavis de trois mois - est disproportionné eu égard à la faute commise.

En conséquence, l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 février 2003 sera annulé.

La cause sera renvoyée au Conseil d'Etat pour qu'il prononce une des sanctions énumérées à l'article 130 alinéa 1 LIP.

20. Le recourant conclut à sa réintégration immédiate. La LIP ne contient aucune disposition analogue à l'article 31 alinéa 2 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements médicaux (LPAC - B 5 05), lequel permet au Tribunal administratif de proposer à l'autorité la réintégration d'une personne dont il a déclaré contraire au droit la résiliation des rapports de travail.

En revanche, l'article 64 alinéa 6 du statut réserve le droit du fonctionnaire de demander à l'Etat des dommages et intérêts et sa réintégration pour licenciement injustifié.

Au vu de ce qui précède, la commission ordonnera donc la réintégration de M. Ramadan en qualité de maître de l'enseignement secondaire.

Quant à la mesure d'éloignement, au demeurant non contestée, il appartiendra au Conseil d'Etat de la rapporter quand il prendra sa nouvelle décision.

21. Le recours sera ainsi partiellement admis.

Un émolument de CHF 700.- sera mis à la charge du recourant incluant les frais de procédure à hauteur de CHF 640.- (taxes témoin et interprète). Une indemnité de procédure de CHF 5'000.- lui sera allouée à la charge du Conseil d'Etat (art. 131 al. 4 LIP; art. 87 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - E 5 10).

- 48 -

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