

## L'Islam à l'école publique

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

1. La population de la Suisse comptait, en 1990, environ 3.2 millions de catholiques, 2.75 millions de protestants, 70 000 orthodoxes, 100 000 chrétiens d'autres dénominations, 150 000 musulmans, 18 000 israélites, 100 000 personnes qui n'avaient pas répondu au questionnaire de l'administration et un demi-million qui ne se réclamaient d'aucune religion<sup>1</sup>.

Donc 150 000 habitants se déclaraient ou étaient déclarés musulmans. En 1980, il y en avait moins de 60 000<sup>2</sup>. En 1970, le Bureau fédéral de statistique, comme on disait alors, n'en parlait même pas, les attribuant, dans un curieux raccourci, à la classe anonyme des "autres et sans religion"<sup>3</sup>!

Naturellement, il faut croire aux chiffres pour rapporter cela. On sait bien qu'en réalité tous les chiffres, même officiels, sont faux. Ils n'en indiquent pas moins des tendances et des ordres de grandeur: il y a eu, ces deux dernières décennies, une progression de l'Islam en Suisse, une progression dont les causes principales sont connues et qui fait qu'aujourd'hui 2 à 2.5 % de notre population sont de religion musulmane.

2. Continuons avec les approximations: sur environ 800 000 enfants en âge de scolarité obligatoire, il doit bien y en avoir 15 à 20 000 qui sont musulmans. Sans doute tous les musulmans saisis par la statistique ne sont pas également croyants ni pratiquants et tous les enfants ne vont pas dans les écoles publiques. Mais on peut penser que ceux qui y vont forment une majorité et qu'un bon nombre d'entre eux sont attachés à leur foi. Ou, sinon eux, du moins leurs parents. Or, comme cette foi implique certains comportements et comme nos écoles publiques sont en principe laïques et qu'en pratique elles sont orientées vers une autre culture religieuse, qui est la culture de la majorité chrétienne du pays, il peut en résulter quelques difficultés. Pour aplanir ces difficultés, il faut procéder à des ajustements. Mais les ajustements ne sont légitimes que s'ils obéissent à des principes préalablement établis.

3. On dit parfois, pour faire court: l'Etat doit agir dans l'intérêt de l'enfant, la maxime qui doit diriger son action, c'est le bien de l'enfant. Avec le "bien de

1 Annuaire statistique de la Suisse 1995, p. 353.

2 Annuaire statistique de la Suisse 1990, p. 312.

3 Annuaire statistique de la Suisse 1974, p. 18-19, 37-40.

l'enfant", on n'a pourtant pas dit grand'chose; on a seulement poussé la question un peu plus loin.

D'abord, il est clair que le bien de l'enfant n'est pas la seule directive. A côté du bien de l'enfant, il y a aussi le bien de la société, il y a les limites de police, qui ne permettent pas de répondre à toutes les demandes ou, si l'on estime que le respect des valeurs policières fait partie des rudiments d'une bonne éducation, il y a au moins les limites financières, qui obligent à refuser certains services, par exemple certains enseignements, parce qu'ils sont trop coûteux.

Mais encore, si nous ne considérons que l'enfant, en oubliant la société: qu'est-ce qui est bon pour lui? Etre intégré dans la société ou conserver sa personnalité? les deux à la fois, bien entendu. Apprendre quelque chose d'utile ou mener une vie familiale heureuse? l'un et l'autre, évidemment. Le bien de l'enfant, ce n'est donc pas l'un des termes de l'"ajustement", qui l'emporterait d'emblée sur les autres et qui empêcherait, par conséquent, tout ajustement; c'est le produit même d'ajustements entre des valeurs précieuses, mais qui parfois se contredisent.

#### 4. Et maintenant, les principes.

Il nous semble que, dans le domaine qui nous occupe, nous en pouvons retenir cinq, trois qui se rattachent à l'enfant, deux qui se rapportent à l'Etat. Du côté de l'enfant, la liberté personnelle, la liberté religieuse et le droit au respect de la vie familiale. Du côté de l'Etat, le devoir d'éducation<sup>4</sup> et le principe d'égalité. On peut d'ailleurs enrichir le polygone, ajouter en particulier le droit au respect des minorités. Et les "côtés" ne se distinguent pas aussi nettement que nous le suggérons ici. Par exemple, au devoir d'éducation de l'Etat correspond le droit de l'enfant à l'instruction, qui se double lui-même de l'obligation d'aller à l'école. Mais, dans notre affaire, on sait bien ce qu'il en est: l'enfant et sa famille n'insistent pas tellement sur l'accomplissement de la tâche éducative de l'Etat, ils cherchent plutôt à la limiter. Autre exemple: l'égalité est aussi un droit de l'enfant; mais, en l'espèce, l'enfant ne l'invoque pas, c'est l'Etat qui cherche à l'inculquer.

#### 5. Ces principes, on l'aura remarqué, ont tous un fondement dans la Constitution ou dans des conventions internationales<sup>5</sup>. Sans doute le "droit au respect

4 Sur le devoir d'éducation de l'Etat, voir notamment YVO HANGARTNER, *Erziehungsauftrag und Erziehungsmassstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, Länderbericht Schweiz*, VVDSiRL 1995, p. 95-104.

5 Pour la liberté personnelle, la jurisprudence du Tribunal fédéral. Pour la liberté religieuse, l'art. 49 I Cst.féd.; l'art. 9 I CEDH; l'art. 18 I Pacte NU II. Pour le droit au respect de la vie familiale, l'art. 8 I CEDH; l'art. 23 I Pacte NU II. Pour le devoir d'éducation, l'art. 27 II Cst.féd.; l'art. 13 II Pacte NU I. Pour le principe d'égalité, l'art. 4 Cst.féd.; l'art. 26 Pacte NU II.

de la vie familiale" n'est-il pas pris dans son sens habituel. Ici, nous y voyons surtout le droit de l'enfant à n'être pas perturbé dans ses rapports avec sa famille. Il nous semble qu'il y a là un point important, qui a été un peu négligé dans les discussions. L'enfant musulman vit souvent dans une famille organisée selon un mode patriarcal (cela peut d'ailleurs aussi être vrai d'enfants non musulmans). Or, quoi qu'on puisse penser de cette conception de la famille, elle existe, on ne peut pas l'éradiquer d'un coup; il n'y a pas là de motif de retrait du droit de garde, moins encore de retrait de la puissance parentale<sup>6</sup>; et, s'il s'agit d'étrangers, on ne peut guère y voir non plus de motif d'expulsion<sup>7</sup>. Conclusion: nous sommes là en présence d'une situation de fait dont il faut nous accommoder et dont nous devons tenir compte dans la confrontation des principes.

6. Car il nous faut précisément trouver maintenant les ajustements en nous appuyant sur les principes, en les combinant, en les articulant, en les confrontant et, lorsqu'ils s'opposent, en pesant les intérêts qui leur sont attachés<sup>8</sup>.

Nous examinerons successivement la question des foulards des écolières, celle des congés et celle des dispenses de cours.

#### A. Les foulards des écolières.

7. Ici, on est tenté de dire: ce n'est pas une affaire suisse. Le foulard des écolières musulmanes a passionné les Français, il a suscité là-bas plusieurs dizaines de litiges et d'arrêts de justice<sup>9</sup>. Chez nous, on en a peu parlé, les autorités scolaires n'ont guère eu l'occasion d'intervenir, les tribunaux n'ont pas été saisis<sup>10</sup>.

6 Voir les art. 310 et 311 CC.

7 Voir l'art. 10 I LSEE.

8 Dans un exposé subtil qu'il a eu récemment l'amabilité de nous adresser, le Professeur CHARLES-ALBERT MORAND a très bien montré les difficultés de la pesée: *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, Mélanges J.F. Aubert, Bâle/Francfort, 1996, p. 57-75.

9 Voir ci-après, le no 18.

10 Le Tribunal fédéral vient de rendre, le 12 novembre 1997, un arrêt sur le foulard des enseignantes dans une affaire L.D., institutrice à Genève; cf. NZZ du 20 novembre 1997, no 270, p. 17. L'interdiction, faite par l'autorité genevoise à la recourante, de porter le foulard pendant les leçons a été maintenue en application du principe constitutionnel genevois de la laïcité de l'enseignement public (une laïcité proche de celle qui est professée en France, ci-dessous, no 20). L'arrêt, qui semble avoir une couleur cantonale marquée, ne concerne de toute façon pas le foulard des écolières. Voir aussi, sur le foulard des enseignantes, les propos très nuancés de PETER KARLEN, *Umstrittene Religionsfreiheit*, RDS 1997 I 193-211, spéc. 209-211. - P.S.: Une affaire concernant une élève vient de surgir à la Chaux-de-Fonds (fin janvier 1998).

Mais on peut toujours imaginer que les idées changent, qu'un jour la question se pose et voir comment on y pourrait répondre.

8. Avant d'aller plus loin, il faut nous entendre sur ce que nous appelons le foulard. Le foulard est une étoffe qui cache la chevelure et le cou, mais laisse apparaître le visage. Il ne s'agit pas du voile qui couvre la face, encore moins de cette sorte de cagoule avec grillage qu'on rencontre dans certains pays d'Orient. Le foulard ainsi défini, la question est de savoir si des jeunes filles musulmanes peuvent le porter à l'école, pendant les cours, ou si les autorités scolaires peuvent les obliger à se décoiffer.

9. Pour nous, la réponse est claire, le port du foulard est permis et on a même de la peine à comprendre qu'on ait fait tant d'histoires sur ce point.

Le port du foulard est permis, d'abord, tout simplement au nom de la liberté personnelle. La liberté personnelle nous donne le droit de nous montrer en public vêtus comme il nous plaît, dans les limites de la décence, et on voit à peu près, sous nos latitudes, ce que la décence commande. Dans ces limites nous pouvons nous habiller de bleu, de rouge, de blanc, de noir, long ou court, épais ou léger. A l'école, des raisons d'ordre s'ajoutent aux exigences de la décence: les autorités scolaires peuvent interdire les tenues extravagantes (la robe du soir, le borsalino, voire le melon, voire le feutre), celles qui gênent le travail, celles qui troublent la communication, celles qui, par exemple, rendent les élèves difficiles à identifier. Mais on voit immédiatement qu'aucune de ces raisons d'ordre n'est opposable au foulard. Non seulement le foulard est décent, d'une décence même poussée; mais encore, s'il est discret, il n'a rien d'extravagant, il n'empêche pas d'étudier, il ne complique pas les rapports sociaux.

Il est vrai qu'on peut faire ici deux réserves. L'une a trait à l'éducation physique, un sujet qui sera repris plus loin<sup>11</sup>. L'autre concerne certaines expériences de laboratoire, en particulier dans les cours de chimie, où le port d'un couvre-chef peut, dit-on, exposer à des dangers: Encore faut-il que le risque soit concret; on ne doit pas se contenter de formules générales ("pas de foulard à la leçon de chimie"), mais montrer que, dans telles circonstances, le foulard met effectivement en danger la personne qui le porte.

10. L'argumentation par la liberté personnelle est, de toute évidence, la manière la plus simple d'évacuer le problème; l'écolière musulmane veut porter un foulard discret? Elle le peut. Toute autre personne veut porter un foulard du même genre? Elle le peut aussi. La solution, on le voit, permet de réduire la réflexion

11 Voir ci-après, les nos 26 et ss.

sur le principe d'égalité (ci-après, no 14). L'écolière musulmane ne se distingue pas. Les camarades qui veulent l'imiter le peuvent. Le seul conflit pourrait naître d'un désir d'offenser: la musulmane porte le foulard par conviction, ses camarades l'imitent par dérision. Mais les professeurs sont là pour y mettre bon ordre, expliquer, enseigner la compréhension d'autrui<sup>12</sup>.

11. Nous allons maintenant suivre une autre voie: admettre que la liberté personnelle des écolières ne leur donne pas le droit de porter une coiffe, même discrète, pendant les cours; reconnaître, en d'autres termes, que l'autorité scolaire peut le leur interdire, pour des raisons d'ordre, sans violer leur liberté personnelle<sup>13</sup>. Nous ne cherchons pas à justifier cette attitude, nous savons qu'elle existe, nous l'acceptons telle qu'elle est. La question prend dès lors une tournure métaphysique et la réponse se rétrécit d'autant: la liberté personnelle ne nous dit, par hypothèse, plus rien et c'est la liberté religieuse qui la remplace.

12. Il y a en effet des religions qui exigent qu'en certaines circonstances la tête soit couverte. Pas le christianisme, sans doute. Mais bien le judaïsme, la religion des sikhs<sup>14</sup>, l'Islam. Les femmes musulmanes peuvent citer divers textes du Coran qui leur recommandent ou leur ordonnent de tenir cachées en public des parties du corps pour lesquelles les règles de la décence ordinaire ne prescrivent rien, notamment les cheveux et le cou<sup>15</sup>. C'est ce "supplément de décence", tiré spécialement du Coran, qui fait le problème. L'écolière musulmane peut-elle invoquer sa foi pour porter le foulard malgré le règlement de l'école (ou toute autre disposition légale relative à l'école)? Pour nous la réponse, quoique plus controversée, reste claire. Dans la pesée des intérêts qui s'opposent, d'un côté l'intérêt de l'écolière à pouvoir pratiquer sa foi d'une manière décente et qui ne gêne personne, de l'autre l'intérêt de l'école à remplir sa tâche éducative confor-

12 Cf. Y. HANGARTNER (note 4), p. 100, qui cite, parmi les buts spéciaux de l'éducation, la tolérance envers les minorités ("die Erziehung zu Toleranz gegenüber Minderheiten").

13 Dans l'arrêt L.D., précité (dans la note 10), du 12 novembre 1997, le Tribunal fédéral a refusé le bénéfice de la liberté personnelle à une enseignante; il a sans doute estimé qu'ici le port du foulard ne pouvait être compris (par les écoliers) que comme l'expression d'une conviction religieuse.

14 Nous avons eu, comme on le sait, notre conflit avec le couvre-chef des sikhs (le turban); mais c'était dans le domaine de la circulation routière, le casque des motocyclistes; ATF 119 IV 260, B., du 27 mai 1993; PJA, 1994, p. 1339, note RENÉ SCHAFFHAUSER. Le Tribunal fédéral a maintenu l'obligation du casque, jugeant que des accommodements étaient possibles. La Grande-Bretagne, face au même problème, l'a abandonnée; cf. J.A. FROWEIN - W. PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., 1996, ad art. 9, no 24, p. 380-381.

15 Voir les passages reproduits dans ATF 119 Ia 178, 185-186, A. et M., du 18 juin 1993. Sur cet arrêt, voir les nos 26 et ss.

mément à une certaine règle d'ordre ("parler à des têtes nues"), l'hésitation n'est guère possible: le premier l'emporte sur le second. Le port du foulard est donc permis, mais, cette fois-ci, uniquement au nom de la liberté religieuse.

13. Pour être claire, la solution par la liberté religieuse n'en comporte pas moins quelques difficultés.

Premièrement, elle suppose un certain contrôle. Ce qu'on demande au nom de la liberté personnelle n'en nécessite aucun: je suis une personne, cela se constate aisément. Ce qu'on réclame en vertu de ses convictions suppose qu'on en ait et exige au moins un commencement de preuve. Sans doute n'est-il guère possible de scruter les sentiments des jeunes filles, mais on peut attendre d'elles un minimum de cohérence: pudiques à l'école, pudiques aussi dans la rue<sup>16</sup>. Que faudrait-il penser de l'écolière qui, si tôt sortie du cours, jette son foulard par-dessus les moulins et s'affiche avec les garçons? Son foulard n'aurait alors qu'une signification politique, presque chicanière, et ne bénéficierait plus d'aucune protection particulière.

Deuxièmement, la solution "religieuse" est, par définition, restrictive; le foulard n'est permis qu'aux musulmanes, il est interdit aux autres. Les musulmanes, cette fois-ci, se distinguent, et elles se distinguent dans le domaine sensible de la religion. Elles attirent les regards, elles suscitent les questions. Et encore, si elles portent le foulard par conviction personnelle, on peut penser qu'elles s'expliqueront avec fermeté. Elles seront peut-être plus embarrassées, plus malheureuses même, si le foulard leur est imposé par leur famille.

Troisièmement, du point de vue des autres, qui ne portent pas de foulard. S'il s'agit d'écolières qui ne sont pas musulmanes, la vue du foulard, chez certaines de leurs camarades, est une utile leçon, parfois même la première, de la diversité des sociétés modernes. Si les condisciples manifestent une intolérance xénophobe, ils devront être rappelés à l'ordre<sup>17</sup>. La situation est un peu plus délicate pour les jeunes filles musulmanes qui ne veulent pas porter le foulard. Il faut reconnaître que la différence entre les pratiquants et les non-pratiquants, qui ne se perçoit guère dans la religion chrétienne, se remarque très bien dans l'Islam. Cette différence visible peut produire des tensions. Tout ce qu'on peut souhaiter, alors, c'est que les musulmanes non-pratiquantes, même si elles sont peu nombreuses, soient capables d'assumer pleinement, face aux musulmanes

rigoristes, le fait qu'elles ne pratiquent pas et qu'elles y soient, au besoin, aidées par les enseignants: après tout, cela aussi relève de la liberté religieuse.

14. Mais chacun sait qu'il y a autre chose, un autre aspect de cette histoire de foulard, un élément sans lequel elle n'aurait pas pris, en France notamment, de telles proportions: c'est le foulard comme signe de l'infériorité de la condition des femmes musulmanes. Il y a là, probablement, la seule raison plausible d'interdire cette coiffure: la liberté religieuse tenue en échec par le principe d'égalité, plus précisément par le devoir de l'Etat de faire respecter l'égalité des sexes. On notera, en passant, que l'argument perdrait beaucoup de son poids si le port du foulard était tenu, tout simplement, pour l'expression de la liberté personnelle et n'était plus rattaché, juridiquement, à l'Islam.

Quoi qu'il en soit, l'objection d'inégalité doit être prise au sérieux. Les considérations suivantes nous conduisent toutefois à l'écartier.

15. Reconnaissons, tout d'abord, que si la particularité vestimentaire des écolières musulmanes donnait directement l'image de la soumission des femmes, il faudrait, sans hésitation, la proscrire. Il en irait ainsi de la cagoule à grillage, si elle n'était déjà exclue pour un motif d'ordre (cf. ci-dessus, nos 8 et 9). On en peut dire autant des chaînes, des anneaux, de tout ce qui indique la dépendance.

Le foulard est moins explicite. Au fond, il ne suggère l'inégalité que par association d'idées: parce qu'il est prescrit par le Coran (cf. ci-dessus, no 12), parce que le même livre contient, en d'autres endroits, des passages non équivoques sur la subordination des femmes<sup>18</sup>, parce qu'il est notoire que les musulmans les plus rigoristes professent effectivement la supériorité du sexe masculin. L'association d'idées est, incontestablement, assez forte; elle n'est, pour autant, pas déterminante.

16. L'inégalité n'est, en effet, pas le seul message religieux que le foulard peut vouloir communiquer. Il y a un autre message, qui est tout à fait distinct, celui de la pudeur féminine. Une pudeur qui peut nous paraître excessive, mais dont on voit mal qu'il faille la condamner. Après tout, le temps n'est pas si ancien où nos mères ou nos grands-mères observaient en public, elles aussi, une attitude très réservée. Faut-il, dans notre souvenir, leur en faire un reproche? Et si les jeunes filles musulmanes adoptent les manières modestes que le Coran leur enseigne, faut-il que les Occidentaux s'emploient à les leur faire abandonner?

16 Sur l'exigence de cohérence, voir l'arrêt du Tribunal administratif allemand du 25 août 1993 (cité dans la note 47), BVerwGE 94 82, 87.

17 Ce sont évidemment eux les "perturbateurs"; cf. CH.A. MORAND (note 8), p. 73.

18 Voir SAMI A. ALDEEB, *Les Musulmans face aux droits de l'homme*, Bochum, 1994, p. 160 II in fine.

On dira: ce ne sont pas elles qui les ont choisies, ce sont leurs pères qui les leur imposent. Avouons que nous n'en savons rien. Et quand cela serait? Les parents non musulmans imposent aussi à leurs enfants des choses qui ne leur conviennent pas. Puis les enfants deviendront majeurs et ils feront, de tous ces préceptes, ce qu'il leur plaira. Mais, tant qu'ils sont mineurs, il faut bien les héberger quelque part, ce sera normalement dans leur famille, c'est là qu'en général ils sont le plus aimés et le mieux traités, et il nous semble que ce n'est pas le rôle de l'Etat, sauf cas exceptionnels, de les contraindre à la désobéissance.

17. Et puis, pour finir, il faut encore voir où mène l'intransigeance de l'Etat: les enfants des familles les plus pratiquantes seront tout simplement retirées de l'école publique et instruites chez l'imam ou à la maison. Beau résultat pour les progrès de l'intégration et pour l'avancement de la cause féminine!<sup>19</sup>

Conclusion: une réglementation qui interdirait aux élèves le port d'un foulard discret à l'école publique serait déjà, à notre avis, contraire à la liberté personnelle. Selon une vue plus étroite, qui écarte toute référence à la liberté personnelle: nous maintenons qu'une réglementation qui interdirait aux élèves musulmans le port d'un foulard islamique discret serait contraire à la liberté religieuse<sup>20</sup>.

Excursus: le cas de la France.

18. Comme on l'a laissé entendre, le problème du foulard nous est venu de la France. Sans la France, on ne s'en serait guère soucié chez nous, tellement la solution libérale aurait paru naturelle. La France a d'ailleurs également opté pour la liberté, mais au prix d'une controverse laborieuse qui n'est peut-être même pas terminée aujourd'hui<sup>21</sup>.

19 C'est ce que montre très bien Mme WIENER (note 21): "Le foulard? – De quoi est-il le signe? – D'un statut d'infériorité, c'est vrai, lorsqu'il est imposé par la famille ou son entourage; mais le rôle de l'école est-il alors d'aider les jeunes filles à lutter contre ce statut en leur offrant l'aide intellectuelle et institutionnelle nécessaire, ou de les y confiner par des décisions d'exclusion du système scolaire?" (p. 770). Notre collègue MORAND (note 8) signale aussi l'argument, mais le tient pour "secondaire" (p. 71).

20 Conclusion semblable, au regard de la liberté religieuse, chez CH.A. MORAND (note 8), p. 72–73, et chez P. KARLEN (note 10), p. 207–209.

21 Cf. CLAUDE DURAND-PRINBORGNE, *Le port des signes extérieurs de convictions religieuses à l'école: une jurisprudence affirmée... une jurisprudence contestée*, *Revue française de droit administratif* (RFDA), 1997, p. 151–172. Voir encore BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET, *L'Islam en France*, *Revue française de droit public*, 1996, p. 355–384, spéc. 371–374; SONIA DUBOURG-LAVROFF, *L'expression des croyances religieuses à l'école en Grande-Bretagne et en France*, *Revue française de droit constitutionnel*, 1997, p. 269–292, spéc. 283–287; CÉLINE WIENER (Inspecteur général de l'administration de l'Education nationale française), *Les foulards noirs*

Brièvement racontée: l'histoire a commencé en automne 1989, après qu'un directeur de collège eut renvoyé trois jeunes filles qui portaient le foulard. Le ministre de l'Education nationale (alors M. Lionel Jospin), perplexe, demanda l'avis du Conseil d'Etat. L'avis fut rendu le 27 novembre 1989<sup>22</sup>. Un avis libéral: le foulard, comme signe d'appartenance religieuse, était permis – sauf ce que nous appellerons les quatre P: "pression, provocation, prosélytisme ou propagande", à quoi on peut ajouter la protection contre les accidents. Le ministre diffusa une circulaire en ce sens le 12 décembre suivant<sup>23</sup>. Deux arrêts du même Conseil d'Etat vinrent bientôt, en novembre 1992 et en mars 1994<sup>24</sup>, concrétiser l'avis et la circulaire, deux arrêts qui annulaient des règlements d'école restrictifs. Un troisième arrêt, de mars 1995<sup>25</sup>, confirma en revanche une décision de renvoi de deux jeunes filles qui entendaient garder leur foulard pendant le cours d'éducation physique – l'affaire s'étant d'ailleurs envenimée du fait du père, qui organisait des manifestations à l'entrée du collège.

Sur ces entrefaites, le 20 septembre 1994, un autre ministre de l'Education nationale (M. François Bayrou), visiblement moins libéral que son prédécesseur et enhardi par un sondage d'opinion, diffusa une nouvelle circulaire, selon laquelle le port du foulard était, en lui-même, "prosélytique" et, par conséquent, illicite<sup>26</sup>. Après quoi les exclusions se multiplièrent, donnant lieu à plusieurs dizaines d'arrêts. En général les tribunaux administratifs de première instance ou, sur recours, le Conseil d'Etat redressèrent la barre: la circulaire fut désavouée et les renvois infirmés, sauf lorsque le port du foulard était accompagné de circonstances particulières (notamment les "quatre P")<sup>27</sup>. La France en est là pour l'instant.

de la République, *Mélanges GUY BRAIBANT*, Paris, 1996, p. 761–775 (libérale); PATRICK WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, 1996, no 543, p. 437–439 (également libéral). – La controverse française a intéressé les juristes allemands; cf. AXEL SPIES, *Verschleierte Schülerinnen in Frankreich und Deutschland*, *NVwZ*, 1993, p. 637–640; PETER RÄDLER, *Religionsfreiheit und staatliche Neutralität an französischen Schulen*, *ZaöRVR*, 1996, p. 354–388; ATHANASIOS GROMITSARIS, *Laizität und Neutralität in der Schule, ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland*, *AöR*, 1996, p. 359–405.

22 RFDA, 1990, p. 6–9, avec un commentaire du Professeur JEAN RIVERO, p. 1–6; RUDH, 1991, p. 152–154.

23 RFDA, 1990, p. 20–22, avec un commentaire du Professeur CLAUDE DURAND-PRINBORGNE, p. 10–20.

24 C.E. Rec. 1992, p. 389, *Kherouaa*, du 2 novembre 1992; 1994, p. 129, *Yilmaz*, du 14 mars 1994.

25 *Année juridique, Droit administratif*, 1995, p. 332, *Aoukili*, du 10 mars 1995.

26 Voir *Le Monde*, du 21 septembre 1994, p. 13. Traduction allemande (A. SPIES) dans *NVwZ*, 1994, p. 1193–1194.

27 Sur cette jurisprudence nuancée, mais fondamentalement libérale, voir CLAUDE DURAND-PRINBORGNE (note 21), et les arrêts reproduits, p. 169–172.

19. Si les choses ont pris là-bas un tour aussi vif, cela est dû à quelques raisons qui n'ont pas d'équivalent chez nous.

D'abord, la présence musulmane est nettement plus forte en France qu'en Suisse; 4 millions d'habitants sur 58 millions<sup>28</sup>, soit environ 7% de la population, contre un peu plus de 2% en Suisse (cf. ci-dessus, no 1), donc une proportion trois fois plus grande. Il est vrai que la liberté ne devrait pas être une affaire de pourcentages, mais on doit comprendre que la sensibilité, en particulier la crainte du fondamentalisme, ne soit pas la même dans les deux pays.

Et justement, puisque nous parlons du fondamentalisme, on peut supposer que la concurrence entre les musulmans rigoristes et les modérés, ainsi que les "pressions" qui peuvent s'exercer des uns sur les autres, soient plus violentes chez nos voisins.

Enfin, il y a la question de la laïcité.

20. La République française est laïque<sup>29</sup>. La laïcité est même l'un de ses traits les plus caractéristiques: laïcité de combat de 1880 à 1914, laïcité de séparation depuis lors, une laïcité un peu plus tolérante à partir de la seconde Guerre mondiale. Mais, dans l'ensemble, plus d'un siècle de laïcité. Et alors la tentation est grande, pour certains responsables de collèges et pour certains hommes et femmes politiques, d'imposer la laïcité non seulement aux établissements publics eux-mêmes et aux enseignants qui les incarnent, mais aussi aux usagers de ces établissements: faire de tous les écoliers de petits laïques ou les obliger tout au moins à se conduire comme de petits laïques.

Quelle différence avec la Suisse! On peut bien tirer de notre Constitution le principe de la neutralité religieuse de l'Etat; c'est ce que fait parfois le Tribunal fédéral<sup>30</sup>. Mais, de son propre aveu, la réalité est beaucoup plus nuancée. Il n'y a évidemment pas de religion d'Etat, chez nous pas plus qu'en France. Mais l'Etat ne se gêne pas de marquer, par des signes et par des actes, sa préférence pour la religion de la majorité. N'étant pas neutre et ne voulant pas l'être<sup>31</sup>, il n'est pas

28 Voir YVES DELACOSTE (éd.), Dictionnaire géopolitique des Etats, Paris, 1994, p. 235.

29 Art. 1<sup>er</sup> de la Constitution française de 1958, version de 1995.

30 Cf. ATF 113 Ia 304, 307, Syed, du 13 novembre 1987; 116 Ia 252, 257, Comune di Cadro, du 26 septembre 1990 (l'arrêt du "crucifix", un peu doctrinaire dans son résultat); 118 Ia 46, 58, Verein Scientology Kirche Zürich, du 14 février 1992; et maintenant l'arrêt L.D., du 12 novembre 1997 (cité dans la note 10).

31 On se rappelle le rejet massif, en 1980, d'une initiative populaire demandant la séparation de l'Etat et de l'Eglise (initiative repoussée par 1 050 000 voix contre 280 000 et par 23 cantons contre 0, le 2 mars 1980).

vraiment laïque. Il n'est donc pas question qu'il impose à ses administrés une laïcité qu'il a choisi de ne pas observer lui-même.

## B. Les congés.

21. Il s'agit, bien entendu, des congés demandés pour une raison religieuse, c'est-à-dire de la faculté reconnue aux écoliers de manquer l'école pour se conformer à un précepte religieux ou pour participer à une fête religieuse.

Un précepte qu'on rencontre dans plusieurs religions est le devoir d'observer périodiquement un jour de repos. Dans les trois religions du Livre, le judaïsme, le christianisme, l'Islam, la période est la semaine de sept jours. Dans notre semaine, les chrétiens se reposent le dimanche, les israélites le samedi (le sabbat), les musulmans le vendredi.

Les législations suisses sur les écoles publiques sont parfaitement adaptées aux prescriptions du christianisme et c'est tout à fait normal. Puisqu'il est impossible, sauf à réduire excessivement le temps d'étude, de satisfaire tous les croyants, il est normal de faire des règles qui conviennent au plus grand nombre. Il n'y a donc pas de classe le dimanche, non plus que les jours des fêtes de la religion chrétienne.

22. Pour les autres religions, la situation a longtemps été précaire. L'autorité accordait quelques congés, mais c'était toujours à bien plaisir. Elle pouvait, pour les refuser, s'appuyer sur l'interprétation étroite que le Tribunal fédéral donnait, encore dans les années quarante, de la Constitution fédérale: "Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique" (art. 49 V). L'obligation scolaire étant précisément un "devoir civique", les israélites n'avaient pas le droit de manquer l'école le jour du sabbat<sup>32</sup>.

Les choses ont changé depuis lors et le Tribunal fédéral a infléchi sa manière de voir. Dans un arrêt de 1988, en se fondant il est vrai sur une législation cantonale déjà passablement libérale (celle de Zurich), il a reproché à l'autorité de ce canton de l'avoir appliquée de façon un peu tâtilonne et il a accordé à une famille qui le lui demandait un congé de cinq jours pour participer à une grande fête reli-

32 ATF 66 I 157, Cléménçon, du 20 septembre 1940.

gieuse<sup>33</sup>. Mais la solution était encore, comme on vient de le dire, très "cantonale". La rupture avec l'ancienne jurisprudence date, plus précisément, d'un arrêt de 1991, où le Tribunal fédéral s'est exprimé en termes généraux, valables pour tous les cantons<sup>34</sup>: la législation scolaire limite la liberté religieuse, c'est vrai, mais, inversement, et là est la formule nouvelle, la liberté religieuse limite la législation scolaire<sup>35</sup>. Autrement dit: il ne dépend pas du seul législateur d'être libéral; la Constitution l'oblige à tenir compte, dans ses lois, de la liberté religieuse des élèves. Il ne doit pas la restreindre plus que ne l'exige l'intérêt public, c'est-à-dire une exécution raisonnable du mandat éducatif, et il devra s'inspirer, dans la réglementation des congés, du principe de la proportionnalité<sup>36</sup>.

23. Cette jurisprudence est évidemment favorable à l'octroi de congés pour des fêtes isolées, fussent-elles de plusieurs jours consécutifs: l'écolier ne souffrira guère de quelques absences; s'il est aussi sérieux dans ses études que dans ses pratiques religieuses, il ne tardera pas à rattraper les cours qu'il a manqués. L'expérience nous apprend d'ailleurs qu'un grand nombre d'élèves subissent ou s'"offrent" chaque année quelques jours de maladie sans qu'il en résulte le moindre dommage scolaire ni pour eux, ni pour leurs condisciples.

La question du jour hebdomadaire de repos se présente différemment. Il s'agit en effet, pour un programme annuel d'environ quarante semaines, d'une quarantaine de jours.

24. Les israélites (ainsi que les chrétiens qui célèbrent le sabbat) ont toutefois, à cet égard, de bonnes perspectives. Leur fête tombe, pour une raison qui nous vient de l'histoire des religions<sup>37</sup>, la veille de la fête des chrétiens. Et la proximité des deux jours a entraîné, pour une raison sociale cette fois-ci (un plus long week-end)<sup>38</sup>, la régression de l'école du samedi.

Plusieurs cantons l'ont tout à fait abandonnée; les autres l'ont réduite à une demi-journée, souvent consacrée d'ailleurs à des occupations distrayantes et faciles. Bref, manquer tous les samedis matins est beaucoup moins préjudiciable à l'instruction que manquer, par exemple, tous les mardis ou même simplement

33 ATF 114 Ia 129, M.R., du 19 février 1988. Sur cette évolution de la jurisprudence, voir notamment ULRICH HÄFELIN, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 49 (1991), no 155.

34 ATF 117 Ia 311, E. et H.S., du 20 septembre 1991.

35 En termes d'alinéas: à l'art. 49 Cst.féd., l'al.V limite l'al.Ier, mais l'al.Ier limite l'al.V; cf. Y. HANGARTNER (note 42), p. 623; et déjà WALTHER BURCKHARDT, Kommentar BV, 3<sup>ème</sup> éd, Berne, 1931, p. 447.

36 ATF 117 Ia 311, 315.

37 Voir le récit de la Passion du Christ, Matthieu XX, 19; XXVI, 5.

38 ATF 117 Ia 311, 320.

tous les mardis matins. Dans la confrontation des intérêts l'école du samedi ne pèse probablement plus très lourd face aux exigences de la liberté religieuse. En tout cas l'arrêt fédéral de 1991 nous fait penser que, pour les juifs pratiquants, ses jours sont comptés.

25. Les musulmans ont, si l'on peut parler ainsi dans un tel contexte, moins de chance. Nous ne savons pas si le vendredi a, pour eux, exactement la même signification que le samedi pour les israélites. Mais, à supposer que ce soit le cas, il nous paraît peu probable qu'ils obtiennent la même dispense. Nous sommes encore loin de la semaine de quatre jours, le vendredi est un jour d'école entier et entièrement employé à l'étude. Il pèse trop lourd pour être évincé au nom de la liberté religieuse.

Si donc les écoliers musulmans ne peuvent pas se fonder sur la Constitution fédérale et les conventions internationales pour prétendre à la dispense régulière de l'école du vendredi, il nous semble que cette Constitution et ces conventions leur donnent tout de même un droit à une compensation; par exemple un temps libre, précisément le vendredi, pour les prières<sup>39</sup>.

### C. Les dispenses de cours.

26. Le Tribunal fédéral, s'il n'a jamais été saisi de la question du foulard des écolières, a dû en revanche se prononcer, il y a environ cinq ans, dans le domaine assez voisin de la dispense de cours. Des parents turcs (lisez: le père), résidant à Dietikon/Zurich, ont demandé et obtenu que leur enfant soit libérée de l'obligation de suivre les leçons de natation, parce qu'elles étaient données collectivement aux filles et aux garçons<sup>40</sup>. L'arrêt a suscité la critique de plusieurs auteurs<sup>41</sup>. Il a

39 Sur l'importance des prières du vendredi pour les musulmans, voir ATF 113 Ia 304, Syed, du 13 novembre 1987 (prières dans les prisons pour les détenus musulmans). Il s'agirait donc, tout simplement, de reconnaître aux écoliers pratiquants le même droit qu'aux prisonniers.

40 ATF 119 Ia 178, A. et M., du 18 juin 1993; ZBI 1994, p. 24; EuGRZ, 1993, p. 400. On trouve un résumé de l'arrêt et des diverses réactions qu'il a suscitées chez BLAISE KNAPP, Annuaire international de Justice constitutionnelle, 1993, p. 668-674; voir encore MARTIN PHILIPP WYSS, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, ZBI 1994, p. 385-409, spéc. p. 386 et les notes 3 et 4.

41 Voir HANS PETER MOSER, ZBI 1994, p. 38-39; PAUL ZWEIFEL, Religiöse Symbole und Kleidervorschriften in Zwielicht, RSJB, 1995, p. 594-597; CHARLES-ALBERT MORAND (note 8), p. 69-72. A quoi il faut ajouter des écrivains, des essayistes, des journalistes (avec des varia-

été approuvé, en revanche, par notre collègue Hangartner, dans une de ces notes vigoureuses dont il enrichit régulièrement la "Pratique juridique actuelle"<sup>42</sup>. Malgré l'intérêt de certaines objections<sup>43</sup>, nous partageons son avis.

27. On vient de dire que la dispense de natation était voisine de la permission de foulard. Il y a en effet un point commun à ces deux questions. Elles sont l'une et l'autre en rapport avec le vêtement, l'opinion qu'on a de la manière dont on peut s'habiller. Et l'une et l'autre mettent en évidence deux conceptions du vêtement: la conception occidentale, qui en fait une affaire de liberté personnelle, et la conception musulmane, qui y voit, surtout pour les femmes, mais aussi pour les hommes<sup>44</sup>, un objet de préceptes religieux, donc, comme le Tribunal fédéral le reconnaît expressément, une affaire de liberté religieuse<sup>45</sup>.

Mais à partir de là commencent les différences.

28. La première différence tient à la concession qui est sollicitée de l'Etat.

Dans le cas du foulard, ce qu'on attend de lui, c'est qu'il renonce à une règle d'ordre (les "têtes nues"). Une règle d'ordre au fond pas très importante, qu'il est facile d'abandonner à l'égard de tous les élèves en considération de leur liberté personnelle. On ne voit pas très bien, en effet, pourquoi des têtes nues s'instruiraient mieux que des têtes discrètement coiffées – sauf le cas d'un danger concret, qui reste à démontrer. Opposée à la liberté religieuse, c'est-à-dire aux seules élèves musulmanes, la règle d'ordre prend une signification à peine plus forte, au sujet de laquelle nous nous sommes expliqué plus haut (nos 14 à 17). Tout compte fait, la concession est minime.

tions sur un thème bien connu, forme moderne du talion, qui entend donner un caractère synallagmatique aux droits fondamentaux: pas de liberté pour les ennemis de la liberté; pas de concessions aux musulmans tant que les musulmans n'en font pas aux Occidentaux).

42 PJA, 1994, p. 622–626. Approbation également chez JÖRG PAUL MÜLLER, Religionsfreiheit – ihre Bedeutung, ihre innere und äussere Gefährdung, JBöRG, 1997, p. 1–9, spéc. p. 7 et la note 15; et probablement aussi chez M. PH. WYSS (note 40), p. 403–408. Cf. encore DANIEL VISCHER (avocat des recourants), Plädoyer, 1993, no 6, p. 59–60.

43 Notamment sur une certaine pauvreté de la procédure actuelle dans la défense des intérêts en présence (pas d'*amicus curiae*, par exemple); cf. CH.A. MORAND (note 8), p. 64, 71–72.

44 Cf. S.A. ALDEEB (note 18), p. 174–175; Y. HANGARTNER (note 42), p. 625.

45 ATF 119 Ia 178, 184–185. La liberté religieuse, telle qu'elle est garantie dans l'ordre juridique suisse, est une notion suisse; mais ce qui relève de la liberté religieuse ainsi comprise est défini, pour chaque religion, par les experts de cette religion (dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire). Rappelons que, cinq semaines plus tôt, le tribunal avait déjà reconnu le caractère religieux de certains vêtements, ATF 119 IV 260, 263 (cité dans la note 14), renvoyant à l'ouvrage exhaustif de M. PETER KARLEN, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zurich, 1988, p. 233.

Dans le cas de la natation, elle est d'une autre ampleur. On requiert de l'Etat qu'il renonce à un élément de son programme d'instruction. Il ne s'agit plus d'une simple question de tenue en classe, mais de la substance même de l'enseignement, et d'un enseignement que l'écolière en cause était parfaitement capable de recevoir. On peut vraiment se demander s'il n'y a pas là une raison d'écarter la requête sans l'examiner davantage et de se distancier ainsi de la solution du Tribunal fédéral.

29. A ce propos, on peut noter une deuxième différence. La liberté personnelle n'a plus rien à voir ici. On pouvait l'invoquer, c'est du moins notre avis, pour le foulard. Pour une dispense de cours, c'est autre chose. Une personne qui n'a d'infirmités ni physiques, ni psychiques ne peut évidemment pas se soustraire à une branche du programme en alléguant qu'elle la dérange dans sa liberté personnelle<sup>46</sup>. La liberté personnelle cède le pas à l'obligation non seulement d'aller à l'école, mais encore d'y recevoir l'instruction que l'école entend nous donner. Il faut, pour être en droit de refuser une partie de cette instruction, pouvoir se réclamer d'une liberté particulière, c'est-à-dire d'une liberté plus forte.

30. Cette liberté existe, c'est justement la liberté religieuse. Elle seule a le poids nécessaire pour permettre de dire non à un enseignement. Mais attention: dans d'étroites limites. Elle permet naturellement de s'opposer à un endoctrinement religieux, il y a même pour cela un texte spécial dans la Constitution (l'art. 27 III Cst.féd.). Au delà, on ne peut s'avancer qu'avec circonspection. Il faut imaginer une instruction qui, bien que neutre du point de vue religieux, exposerait pourtant certains élèves à un insurmontable conflit de conscience. Nous retrouvons ici le problème des conceptions vestimentaires, qui nous fournit peut-être un exemple unique.

31. C'est le lieu de marquer une troisième différence entre le foulard et la natation, une différence qui nous paraît, celle-ci, tout à fait propre à justifier la décision du Tribunal fédéral: les "enjeux" ne sont pas les mêmes. Si on demande plus à l'Etat (ci-dessus, no 28), on demande aussi plus à l'écolière et ceci nous paraît compenser cela. Dans le cas du foulard, on l'invitait seulement à l'enlever et à montrer ses cheveux et son cou. Dans le cas de la natation, on exige d'elle bien davantage. On lui demande d'ôter ses habits ordinaires et de revêtir un maillot de bain. Inutile de poursuivre la démonstration: si l'absence de foulard est pénible pour une jeune musulmane pratiquante, à combien plus forte raison la tenue de natation!

46 L'irruption de la liberté personnelle dans le recours A. et M. (désagrément qu'on éprouve à se tremper dans l'eau froide) apporte une touche un peu légère à une affaire qui ne l'était pas; ATF 119 Ia 178, 179, 187.



32. Mais, finalement, ce qui emporte notre conviction, c'est que, dans l'arrêt sur la natation, nous ne sommes même pas en présence d'une dispense de cours; nous sommes en présence de la dispense d'une certaine manière de donner le cours, ce qui n'est pas du tout pareil. Les recourants ne contestaient pas l'enseignement de la natation, ils contestaient l'enseignement mixte de la natation, la natation des filles avec les garçons.

La "mixité" (coéducation) est peut-être une bonne chose dans l'étude des disciplines ordinaires, des disciplines "assises", les mathématiques, les langues, la philosophie. Disons même (nous ne sommes pas informé des dernières conclusions de la science pédagogique), disons même que c'est probablement une bonne chose. Pour l'éducation physique en général, pour la natation en particulier, c'est beaucoup moins évident. En tout cas il y a un courant de réflexion, notamment en Allemagne, qui met ici la mixité en doute<sup>47</sup>. Et qu'on ne vienne pas nous ressasser les nécessités de l'intégration sociale et de l'égalité des sexes. Les leçons de natation, par exemple, servent à apprendre à nager; elles n'ont pas pour but de montrer, à des jeunes filles qui ne sont pas curieuses, l'anatomie des garçons.

Pour conclure sur ce point: il nous semble qu'il ne serait pas bien difficile, ni bien coûteux, d'organiser, au besoin dans des piscines privées ou sur les bords tranquilles d'un lac, des cours de natation séparés, mais alors obligatoires, pour les filles – et peut-être aussi pour les garçons – qui ne souhaitent pas mélanger les sexes.

33. Nous nous arrêterons là. Quant aux autres branches du programme, d'un programme réputé raisonnable, nous ne voyons aucune raison d'accorder des dispenses pour cause de convictions religieuses. Cela vaut pour la biologie<sup>48</sup>, pour la géologie, pour l'histoire. Ces disciplines donnent les connaissances de base<sup>49</sup> qu'en Suisse nous jugeons nécessaires à l'éducation des jeunes gens. Et

47 Ce qui a pu encourager le Tribunal administratif fédéral allemand à libérer les écolières musulmanes de toute gymnastique mixte, pas seulement des cours de natation; BVerwGE 94 82, du 25 août 1993; NVwZ, 1994, p. 578; DVBl, 1994, p. 163. Avant d'atteindre cette solution, le tribunal a pris la peine de voir si d'autres mesures, moins radicales, n'auraient pas suffi à satisfaire la conscience des requérantes; recherche qui nous vaut quelques paragraphes curieux sur les possibilités d'une gymnastique en vêtements flottants.

48 Y compris l'initiation sexuelle (qu'on aura toutefois soin d'enseigner avec tact); cf. Cour européenne des droits de l'homme, affaire Kjeldsen, du 7 décembre 1976, EuGRZ, 1976, p. 478; BVerfGE 47 46, du 21 décembre 1977.

49 Cf. Y. HANGARTNER (note 4), p. 97: le mandat éducatif a pour contenu principal de transmettre aux enfants les connaissances de base qui leur sont indispensables ("den Kindern unerlässliche Grundkenntnisse weiterzugeben").

nous les enseignons comme nous croyons juste de le faire. Ici, c'est l'Etat qui décide; ce ne sont pas les élèves et, sauf le référendum<sup>50</sup>, ce ne sont pas non plus leurs parents.

50 Et encore! Une législation qui, par la volonté d'une majorité religieuse, prétendrait imposer un certain contenu aux cours de biologie ou d'histoire (l'homme a été créé par Dieu il y a exactement six mille ans) serait elle-même contraire à la Constitution. On se rappellera ici quelques expériences américaines auxquelles la Cour suprême a dû mettre un terme; cf. Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97, 1968; Edwards v. Aguillard, 482 U.S. 578, 1987; résumés chez W.B. LOCKHART – Y. KAMISAR – J.H. CHOPER – S.H. SHIFFRIN, Constitutional Law, St. Paul, 1991, p. 1108–1113; voir aussi ANDREAS AUER, The supreme law of the land, Bâle/Francfort, 1990, p. 179–181.



# Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen

Festschrift für  
Yvo Hangartner

Herausgegeben von:  
BERNHARD EHRENZELLER  
PHILIPPE MASTRONARDI  
RENÉ SCHAFFHAUSER  
RAINER J. SCHWEIZER  
KLAUS A. VALLENDER

*K. Hangartner*

Dike Verlag AG St. Gallen/Lachen SZ 1998

