



Chapitre de livre

2013

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école :
l'humeur inégale du juge européen

Zimmermann, Tristan Grégoire

How to cite

ZIMMERMANN, Tristan Grégoire. Le principe de non-discrimination et les symboles religieux à l'école : l'humeur inégale du juge européen. In: L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives. Rashid Bahar et Rita Trigo Trindade (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2013. p. 107–151. (Programme doctoral romand de droit)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:148575>

LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION ET LES SYMBOLES RELIGIEUX A L'ÉCOLE : L'HUMEUR INÉGALE DU JUGE EUROPÉEN

Par

TRISTAN ZIMMERMANN ^{*,**}

lic. iur., LL.M. (Duke), assistant doctorant à l'Université de Genève

Introduction	108
I. L'interdiction de la discrimination fondée sur la religion	110
1. Les définitions	111
a) La discrimination	111
b) La religion	115
2. Les consécutions conventionnelles au sein du Conseil de l'Europe	120
3. Quid d'un effet horizontal du principe de non-discrimination ?	122
II. L'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine de l'éducation vue par la Cour EDH	124
1. Le domaine de l'éducation selon la CEDH	124
2. Les symboles religieux	127
a) Le voile islamique	128
b) Le crucifix	136
3. La discrimination à l'encontre des communautés religieuses minoritaires	138
a) L'importance pratique de l'art. 14 CEDH	139
b) La mesure et la signification de la marge nationale d'appréciation	140
c) Le principe de faveur	143
Conclusion	143
Bibliographie	145

* Tristan Zimmermann, auteur de la présente contribution, nous a quittés prématurément en avril 2012 mais la ferveur à défendre ses convictions a laissé une empreinte indélébile de respect et d'admiration. Les éditeurs souhaitent remercier ses collègues, en particulier Olivia Le Fort et Eleanor McGregor, qui ont accompagné ce manuscrit jusqu'à sa publication.

** Entre la rédaction et la publication de cet article, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt sur le port du voile à l'école, voir arrêt du Tribunal fédéral 2C_794/2012 du 11 juillet 2013, destiné à la publication.

Introduction

L'interdiction de la discrimination découle du principe de l'égalité de traitement et constitue à ce titre une garantie de l'Etat de droit (*Staatsrecht*). Ce dernier est un concept né en Allemagne au cours du XIX^e siècle¹, signifiant que l'activité étatique repose sur le droit et que chacun, tant les autorités publiques que les particuliers, est soumis au respect de celui-ci. Les garanties de l'Etat de droit, qui imposent à l'Etat un comportement déterminé, représentent une catégorie de droits fondamentaux à côté des libertés, des droits politiques et des droits sociaux².

La garantie générale de l'égalité de traitement a progressivement pris place depuis la fin du XVIII^e siècle et les révolutions américaine³ et française⁴ dans les textes juridiques modernes, aussi bien de rang constitutionnel qu'infra constitutionnel. Ce droit représente un « corollaire indispensable de la reconnaissance de la dignité humaine »⁵, postulat que l'on retrouve à l'article premier DUDH⁶. Il constitue à présent un principe fondamental du droit international⁷. Ainsi, la naissance ne saurait fonder une différence de traitement entre les individus nés égaux, car « [d]écider que le fils d'une esclave naît esclave, c'est décider qu'il ne naît pas homme »⁸. Autrement dit, le principe de l'égalité de traitement proscrit l'existence de citoyens de deuxième classe⁹. Dans ce cadre, les autorités doivent trouver le

¹ AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II : Les droits fondamentaux, Berne 2013, p. 475, § 1013.

² Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), pp. 5-16, §§ 4-40.

³ Voir la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776 à Philadelphie, § 2 (« *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness* »).

⁴ Voir l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »). Pour preuve de l'importance donnée alors aux droits de l'homme, voir le préambule de cette Déclaration : « L'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements. » Voir aussi LOCKE JOHN, *Lettre sur la tolérance*, in : *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris 2007, pp. 161-240, 210 : « tout consiste à accorder les mêmes droits à tous les citoyens d'un Etat ».

⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 474, § 1013.

⁶ Cette disposition de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce que « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ». Voir aussi SUDRE FRÉDÉRIC, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris 2011, p. 276 ; KÜNG HANS, *L'Islam*, Paris 2010, p. 789.

⁷ THORNBERRY PATRICK/MARTIN ESTÉBANEZ MARIA AMOR, *Minority Rights in Europe : A Review of the Work and Standards of the Council of Europe*, Strasbourg 2004, p. 50.

⁸ ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *Du contrat social*, Paris 2004, livre IV, chapitre 2, p. 262.

⁹ WALDRON JEREMY, *Identité culturelle et responsabilité civique*, in : KYMLICKA WILL/MESURE SYLVIE (éd.), *Comprendre les identités culturelles*, Paris 2000, pp. 173-192, 175.

juste milieu entre le respect de la liberté religieuse et le principe d'égalité, droits qui s'entrechoquent inéluctablement dans une société multireligieuse¹⁰.

La religion ou les convictions philosophiques¹¹, facteurs identitaires de l'être humain, constituent l'un des critères de discrimination a priori interdits. L'importance pour l'individu de ces éléments fait de la liberté religieuse une liberté de base¹², qui représente, selon la Cour EDH, « l'une des assises d'une 'société démocratique' au sens de la Convention »¹³. En effet, la liberté de religion *lato sensu* est indispensable au respect de la dignité humaine¹⁴. La prise en considération de cette liberté est essentielle dans le domaine scolaire, vecteur de formation des jeunes générations. L'éducation constitue un moyen fondamental pour participer à l'intégration des groupes minoritaires dans la société¹⁵, l'école jouant un rôle de ciment social où la vertu civique se développe¹⁶. Rappelons toutefois une différence de taille entre le principe d'égalité lui-même, qui vise généralement à instaurer une égalité de résultat, et le principe de l'égalité des chances¹⁷, raison d'être de l'école et qui tend à (re)placer tous les individus dans des conditions initiales d'égalité¹⁸ et à instaurer une société fondée sur la méritocratie¹⁹, atténuant l'inégalité des chances que la société impose à ses membres à la naissance²⁰. Une société juste doit aussi se concentrer sur les

¹⁰ NAY GIUSEP, Grund- und Menschenrechte religiöser Minderheiten, in : HEER MARIANNE ET AL. (éd.), « Toujours agité – jamais abattu » : Festschrift für Hans Wiprächtiger, Bâle 2011, pp. 613-618, 613.

¹¹ Les convictions philosophiques sont les équivalents séculiers des religions. MACLURE JOCELYN/TAYLOR CHARLES, Laïcité et liberté de conscience, Paris 2010, p. 22.

¹² RAWLS JOHN, La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice, Paris 2008, p. 71.

¹³ ACEDH *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, § 31.

¹⁴ ACEDH *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, opinion partiellement dissidente du juge MARTENS, § 14.

¹⁵ DUVERGER MAURICE, Introduction à la politique, Paris 1964, p. 273 ; DEBÈNE MARC, Du droit à l'éducation à l'éducation au droit : les droits des élèves, in : Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998, pp. 63-83, 67.

¹⁶ SANDEL MICHAEL J., Justice : What's the Right Thing to Do?, Londres 2010, p. 267.

¹⁷ Ce principe figure notamment à l'art. 28 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

¹⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 480, § 1032. Pour une critique de l'école comme reproduisant les inégalités sociales, voir BOURDIEU PIERRE/PASSERON JEAN-CLAUDE, Les héritiers : les étudiants et la culture, Paris 2008 ; DUBET FRANÇOIS, Les places et les chances : repenser la justice sociale, Paris 2010, p. 85 ; ROUSSEAU JEAN-JACQUES, De l'inégalité parmi les hommes, Paris 2008, pp. 51 et 82.

¹⁹ DUBET (note 18), p. 10. Aristote est un fervent partisan de la méritocratie, consistant à donner à chacun ce qu'il mérite. SANDEL (note 16), p. 187.

²⁰ DUVERGER (note 15), p. 104. Le film d'Etienne Chatiliez, La vie est un long fleuve tranquille, illustre parfaitement l'inégalité initiale des chances avec la réplique du Dr. Mavial face aux nouveau-nés des familles Groseille et Le Quesnoy.

opportunités de ses membres, d'où l'importance de l'égalité des chances du point de vue de la justice sociale²¹.

En vertu du principe d'égalité, l'Etat est tenu au respect de l'égalité aussi bien dans que devant la loi²², ainsi qu'à une réduction des inégalités dans les faits sans être toutefois en mesure de les gommer entièrement. Les inégalités apparaissent dès lors sinon justes, du moins plus acceptables²³, car *nolens volens* les êtres humains demeureront *in fine* inégaux «en taille, en poids et en force»²⁴. Néanmoins, la plus grande égalité possible renforce l'autonomie des individus qui se sentent par conséquent moins menacés par de trop grandes inégalités sociales²⁵.

Afin de mieux percevoir l'importance que représente l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions philosophiques dans le domaine de l'éducation, nous examinerons les contours généraux de cette interdiction (I) ; puis, nous nous pencherons sur l'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine de l'éducation sous la loupe de la Cour EDH (II). A cet égard, nous exposerons en premier lieu ce que recouvre l'éducation au sens de la CEDH²⁶ (1) ; en deuxième lieu, nous détaillerons la jurisprudence européenne relative aux symboles religieux que sont le voile islamique et le crucifix (2) ; enfin, nous soulignerons les raisons de l'absence de remède européen aux discriminations dont sont victimes les communautés religieuses minoritaires en milieu scolaire (3). Nous concluons en soulignant l'importance fondamentale que le respect de cette garantie de l'Etat de droit comprend pour parvenir à une meilleure intégration des minorités religieuses au sein de la société européenne.

I. L'interdiction de la discrimination fondée sur la religion

L'interdiction de la discrimination est considérée comme l'un des principes fondamentaux du droit international des droits de l'homme²⁷. L'être humain est

²¹ SANDEL (note 16), p. 19.

²² En effet, cette garantie de l'Etat de droit lie tant le législateur que les organes d'application du droit. Pour la distinction entre ces deux notions, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), pp. 481-502, §§ 1033-1079.

²³ DUBET (note 18), p. 9.

²⁴ ORWELL GEORGE, 1984, Paris 1977, p. 372.

²⁵ DUBET (note 18), p. 118.

²⁶ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) (RS 0.101).

²⁷ DONNELLY JACK, The Relative Universality of Human Rights, in : Human Rights Quarterly 2007, vol. 29, pp. 281-306, 302.

par nature *homo religiosus*²⁸. Le respect de ses convictions intérieures relatives à sa vision du monde²⁹, autrement dit son *forum internum*, jouit d'une protection absolue (art. 9 § 2 *a contrario* CEDH)³⁰, une pensée ne pouvant empiéter sur la liberté d'autrui³¹, tandis que leur manifestation, le *forum externum*, peut être sujette à certaines restrictions (art. 9 § 2 CEDH). La liberté de religion ne permet notamment pas de se soustraire à une législation générale en raison de ses convictions³². Afin de mieux circonscrire le contenu de cette garantie de l'Etat de droit, nous donnerons une définition aussi bien de la discrimination (1.a) que de la religion (1.b). En effet, comme l'art. 14 CEDH requiert l'allégation d'un autre droit garanti par la Convention, qui est le plus fréquemment, dans le cadre de notre étude, la liberté religieuse (art. 9 CEDH ou plus spécialement dans le domaine de l'éducation l'art. 2, 2e phr. du premier protocole additionnel à la CEDH [P-1 CEDH]), il sied de définir ce que recouvre cette liberté au regard du juge européen. Puis, nous aborderons plus en détail les consécutions conventionnelles du principe de non-discrimination au sein de la CEDH (2.), ainsi que la question d'un éventuel effet horizontal de l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion (3.).

1. Les définitions

Le principe de non-discrimination fondée sur la religion comprend deux termes qui méritent de recevoir une définition pour mieux appréhender le contenu de ce droit fondamental. Il s'agit des notions de discrimination et de religion.

a) La discrimination

Ce terme vient du mot latin *discriminatio* signifiant séparation, distinction ou encore différenciation. Il n'a a priori pas de connotation négative ; il équivaut à

²⁸ POUPARD PAUL, Les religions, Paris 2001, p. 5. Voir aussi VOLTAIRE, Traité sur la tolérance, Paris 2007, p. 104 : « Partout où il y a une société établie, une religion est nécessaire ; les lois veillent sur les crimes connus, et la religion sur les crimes secrets. »

²⁹ Il s'agit d'une traduction imparfaite du terme allemand *Weltanschauung* qui comprend les différents aspects de la liberté de pensée, de conscience et de religion.

³⁰ MARTENET VINCENT/PÉTERMANN NATHANAËL, Sport à l'école et liberté religieuse, in : MAHON PASCAL/NGUYEN MINH SON (éd.), L'activité et l'espace : droit du sport et aménagement du territoire. Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011, pp. 203-223, 211 ; GONZALEZ GÉRARD, La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions, Paris 1997, p. 15.

³¹ Voir à cet égard l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « [I]a liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

³² DCEHD *Pichon et Sajous c. France* du 2 octobre 2001.

une simple différence de traitement. Or deux autres acceptions de ce terme existent : la première énonce la dépréciation d'une personne en raison de son appartenance à un groupe déterminé, une telle distinction étant absolument interdite³³ ; la seconde consiste en l'énumération de critères hautement suspects, tels que ceux figurant aux art. 8 al. 2 Cst. féd.³⁴ et 14 CEDH, prohibant ou permettant à des conditions restrictives une inégalité de traitement³⁵. Ces listes de critères précédées de l'adverbe « notamment » indiquent leur caractère non-exhaustif et permettent au juge de définir d'autres critères hautement suspects. Des distinctions fondées sur ces critères ne sont pas strictement interdites, mais elles sont affublées d'une présomption, certes réfragable, d'inconstitutionnalité ou de contrariété à la CEDH³⁶.

Tant le droit suisse que le droit européen retiennent la seconde de ces deux définitions, à savoir l'interdiction a priori d'une inégalité de traitement fondée sur une caractéristique découlant de l'appartenance de la personne à un groupe déterminé, en raison du sexe, de la race, de la couleur, de la langue, de la religion, des opinions politiques ou de toutes autres opinions, de l'origine nationale ou sociale, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune, de la naissance ou de toute autre situation³⁷. Par ailleurs, des distinctions de traitement demeurent plus facilement admissibles lorsqu'elles reposent notamment sur l'âge, la profession, la richesse, le statut, le domicile, la situation familiale et même la nationalité³⁸. Pensons à cet égard aux droits politiques, dont la titularité diffère aussi bien en raison de l'âge que de la nationalité, aux mesures d'éloignement qui ne peuvent pas être prononcées à l'encontre des nationaux, ou encore aux obligations militaires auxquelles seuls les citoyens masculins de nationalité suisse sont astreints en Suisse³⁹.

Le principe de l'égalité de traitement, dont découle l'interdiction de la discrimination, requiert le traitement identique de situations semblables et le traitement différencié de situations dissemblables⁴⁰. Autrement dit, contreviennent

³³ En ce sens, voir Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 144.

³⁴ RS 101.

³⁵ MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, vol. II : Droits fondamentaux, Neuchâtel 2010, p. 154, § 158.

³⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 505, § 1088.

³⁷ Liste exemplative figurant à l'art. 14 CEDH et reprise à l'art. 1 § 1 du protocole additionnel n° 12 à la CEDH. Le rapport explicatif de ce protocole précise à son paragraphe 20 que d'autres motifs de discrimination sont également prohibés bien qu'ils ne figurent pas expressément dans ces dispositions, tels que l'orientation sexuelle (ACEDH *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999).

³⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 489, § 1052.

³⁹ Art. 59 al. 1 Cst.

⁴⁰ ACEDH (GC) *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, § 44 ; ATF 129 I 346, consid. 6 *Résid'EMS* ; ATF 129 I 113, consid. 5.1 *Fédération syndicale SUD* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), pp. 497-498, § 1067 ; THORNBERRY/MARTIN ESTÉBANEZ (note 7), p. 50. La Cour suprême étasunienne a également résumé ce principe : « Sometimes the grossest discrimination can lie in treating things that are different as though

à ce principe tant des distinctions injustifiées⁴¹ que des assimilations injustifiées⁴². Afin de déterminer l'existence d'une discrimination au sens de l'art. 14 CEDH, la Cour EDH adopte par voie de conséquence une approche comparative entre deux états de fait⁴³, tout en précisant que la volonté de discriminer de la part des autorités étatiques n'a pas à être prouvée⁴⁴.

En ce sens, elle a jugé que « l'article 14 interdit, dans le domaine des droits et libertés garantis, un traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle ('situation') par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres »⁴⁵. Des distinctions en raison des critères mentionnés dans cet article sont néanmoins admissibles lorsqu'elles respectent les conditions énoncées par la Cour EDH, à savoir la présence d'une justification objective et raisonnable respectant le principe de proportionnalité⁴⁶. De telles distinctions ne sont par conséquent pas jugées discriminatoires et sont permises au regard de l'art. 14 CEDH et du protocole additionnel n° 12 à cette Convention. Ainsi, contrairement à l'art. 9 § 2 CEDH, la mesure adoptée se doit d'être raisonnable mais sans pour autant qu'elle ne doive être nécessaire dans une société démocratique⁴⁷. En outre, selon le principe d'égalité devant la loi, des

they were exactly alike. » *Jenness v. Forston* 403 U.S. 431 (1971), 442. D'avis que le traitement différencié de situations différentes est une habilitation et non une obligation pour les autorités : MOULIN RICHARD, Service public et convictions religieuses : la neutralité illusoire ?, in : Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998, pp. 217-235, 227, qui se réfère au Rapport public du Conseil d'Etat, 1996, Considérations générales sur le principe d'égalité, (EDCE n° 48), Paris 1997, p. 92, et à CE (Ass.) 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, RFDA 1997, p. 450, concl. Bonichot.

⁴¹ ACEDH *Savez Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie* du 9 décembre 2010, § 85.

⁴² MARTENET VINCENT, La liberté religieuse et l'interdiction des discriminations en matière religieuse dans la Convention européenne des droits de l'homme, in : EPINEY ASTRID ET AL. (éd.), Religions et migration en droit européen et implications pour la Suisse, Zurich 2009, pp. 17-46, 41-42. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, le cas des assimilations injustifiées est plutôt rare, voir toutefois ACEDH (GC) *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, §§ 42-45.

⁴³ Voir e.g. ACEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, §§ 41-42.

⁴⁴ Voir ACEDH (GC) *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, §§ 131, 184 et 194.

⁴⁵ ACEDH *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, § 56.

⁴⁶ Voir e.g. ACEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, § 36 ; ACEDH (GC) *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 175 ; ACEDH *Unal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, § 50 ; ACEDH *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, § 61 ; ACEDH *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 34 ; ACEDH *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, § 29 ; ACEDH (GC) *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, § 75 ; ACEDH *Eglise catholique de La Canée c. Grèce* du 16 décembre 1997, § 47 ; ACEDH (SP) *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, § 72 ; ACEDH *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984, § 38 ; ACEDH (SP) *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 33 ; ACEDH (SP) *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* du 23 juillet 1968, § 10. Voir aussi THORBERRY/MARTIN ESTÉBANEZ (note 7), p. 48.

⁴⁷ GONZALEZ (note 30), p. 194.

traitements différents dans des situations semblables « sont soumis à une obligation de motiver particulièrement stricte »⁴⁸.

Il ressort de la liste exemplative figurant à l'art. 14 CEDH que l'interdiction de la discrimination tend à conférer une protection accrue à des groupes jugés plus vulnérables. Autrement dit, les membres de la majorité ou de groupes jugés non vulnérables, tels que les hommes, ne sauraient s'en prévaloir. Comprise ainsi, l'interdiction de la discrimination représente le noyau dur du principe de l'égalité de traitement. Le principe de non-discrimination tend donc à éviter que des inégalités de traitement qualifiées ne se produisent⁴⁹ et à offrir une protection renforcée aux groupes minoritaires ou vulnérables. A cet égard, le respect des convictions religieuses ou spirituelles constitue un élément essentiel de l'identité minoritaire⁵⁰.

La Cour EDH a récemment souligné que les distinctions fondées sur les critères susmentionnés ainsi que sur d'autres ne figurant pas expressément à l'art. 14 CEDH jouissent de la protection conférée par cette disposition⁵¹. Toutefois, la Cour EDH ne traite pas tous ces critères de façon identique. Les caractéristiques considérées comme inhérentes à l'individu sont susceptibles d'être mieux protégées au regard de la CEDH en raison de la marge d'appréciation moins ample que la Cour EDH octroie aux Etats parties lorsqu'ils ont à se prononcer sur des cas de discrimination relative à la race, à la nationalité ou au sexe par exemple, par opposition à des critères impliquant des éléments de choix, tels que la religion⁵².

La distinction entre ces diverses catégories est toutefois discutable, comme semblent le démontrer les avancées continues de la science. Hormis l'origine, aussi bien le sexe⁵³ que la couleur, voire dans une certaine mesure la race, peuvent connaître des modifications suite à l'intervention de la chirurgie ou de la génétique. Ainsi, d'autres éléments devraient bien plutôt être pris en compte, tels que la mise à l'écart du pouvoir, ou la marginalisation de certaines catégories de la population à travers l'histoire, afin que le principe de non-discrimination permette

⁴⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 504, § 1085 ; ATF 129 I 232 = JT 2004 I 588, consid. 3.4.1 *Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich*.

⁴⁹ MAHON (note 35), p. 154, § 158.

⁵⁰ KASTANAS ELIAS, La protection des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : AUER ANDREAS ET AL. (éd.), *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du professeur Giorgio Malinverni*, Genève/Zurich/Bâle 2007, pp. 197-218, 209.

⁵¹ ACEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, § 45. Voir aussi pour un exposé de la jurisprudence relative à la notion de « toute autre situation » ACEDH *Clift c. Royaume-Uni* du 13 juillet 2010, § 58.

⁵² ACEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, § 47.

⁵³ La Cour rappelle le caractère irréversible d'une opération tendant à changer de sexe. Autrement dit, le sexe est une caractéristique modifiable mais de façon limitée, un retour en arrière étant exclu, car une fois opéré, l'individu se voit privé *ad vitam aeternam* de ses attributs originels. ACEDH *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009, § 110.

d'atténuer quelque peu ces inégalités durables au sein de la société⁵⁴. Le principe de non-discrimination tend à « protéger [non seulement] les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi [à] préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble »⁵⁵. Il s'agit bien d'un droit dont jouissent ces groupes minoritaires et non de privilèges que les autorités publiques leur accorderaient gracieusement⁵⁶.

La discrimination positive poursuit une finalité identique en admettant des distinctions de traitement en faveur d'un groupe déterminé pour remédier aux discriminations (négatives) passées et permettre la coexistence pacifique de diverses communautés. Ainsi, certaines exemptions ou ajustements sont institués pour tenter de rétablir une certaine équité entre les diverses communautés⁵⁷. Les minorités religieuses, en tant que groupes conquérant toujours davantage l'espace public, sont parfaitement susceptibles de s'inscrire dans ce schéma.

Il convient de relever en dernier lieu que la discrimination peut s'opérer soit directement, soit indirectement. Le premier cas de figure recouvre une discrimination qui figure *per se* dans la loi ou dans son application, conforme par conséquent au principe de l'égalité formelle, tandis que le second cas, plus difficile à déceler, se présente lorsque nous sommes en présence d'une législation formellement neutre, mais dont l'application résulte en une discrimination de résultat ou dans les faits insoutenable au détriment d'un groupe social déterminé⁵⁸. Le plus souvent, des communautés allogènes sont victimes de ces lois qui ont été façonnées à une époque où elles n'étaient pas encore suffisamment présentes sur le territoire en question. Des données statistiques représentent un moyen d'établir une telle discrimination⁵⁹. A titre d'exemple, une loi prohibant les signes religieux ostentatoires discrimine les communautés religieuses possédant des symboles plus apparents que d'autres groupes.

b) La religion

Dans la mesure où la disposition ancrant l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH) n'est pas indépendante⁶⁰, il sied de considérer la notion de religion à la

⁵⁴ PERONI LOURDES/TIMMER ALEXANDRA, *Bah v UK* : On Immigration, Discrimination and Worrisome Reasoning, 12 octobre 2011, disponible sur <http://strasbourgobservers.com/2011/10/12/bah-v-uk-on-immigration-discrimination-and-worrisome-reasoning/> (consulté le 9 janvier 2012). Dans le même sens, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 144-145.

⁵⁵ ACEDH (GC) *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 181.

⁵⁶ NAY (note 10), p. 618.

⁵⁷ MACLURE/TAYLOR (note 11), p. 94.

⁵⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), pp. 486-487, §§ 1044-1046 et p. 515, § 1109 ; MARTENET/PÉTERMANN (note 30), p. 221 ; KASTANAS (note 50), pp. 214-215 ; ACEDH (GC) *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, §§ 175 et 184.

⁵⁹ ACEDH (GC) *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, §§ 136-137, 164, 180 et 187-188.

⁶⁰ Voir *infra* I.2.

lumière de l'art. 9 CEDH, « pierre de touche de la liberté de religion dans la Convention »⁶¹, et auquel l'art. 2, 2ème phr. P-1 CEDH est intrinsèquement lié⁶². Cette dernière disposition, *lex specialis* de la liberté religieuse dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement⁶³, est le plus souvent invoquée de pair avec l'art. 14 CEDH dans le cadre du sujet de cette étude, pour autant que l'Etat traduit devant la Cour EDH ait ratifié ce protocole⁶⁴.

L'étymologie originelle du terme religion est discutée. Bien que son origine directe réside dans le mot latin *religio* signifiant attention scrupuleuse⁶⁵, certains auteurs, tel CICÉRON, font remonter son origine première au verbe latin *relegere*, traduisible par recueillir, relire, revoir avec soin⁶⁶, par opposition à « *neglegentia*, le fait de 'ne pas se soucier de quelque chose' »⁶⁷; tandis que d'autres, tel LACTANCE, soutiennent que *religio* dérive de *religare*, comprenant l'idée d'un lien entre les hommes ou entre les hommes et les dieux⁶⁸. D'un point de vue étymologique, l'option *relegere* apparaît comme la plus vraisemblable, bien que dans un sens différent de celui retenu par CICÉRON⁶⁹. *Relegere* devait alors comporter la notion de réunion, de rassemblement⁷⁰. Si nous synthétisons les deux significations données au terme *relegere*, la religion se comprend comme ralliant

⁶¹ GONZALEZ (note 30), p. 187.

⁶² Pour des exemples de combinaisons différentes, dans lesquels la liberté religieuse est concernée, à savoir l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 1 P-1 CEDH relatif à la protection de la propriété : ACEDH *Darby c. Suède* du 23 octobre 1990, §§ 28-34. La Commission avait préalablement examiné une éventuelle violation de l'art. 9 CEDH et de cette même disposition combinée à l'art. 14 CEDH. DCEDH *Darby c. Suède* du 11 avril 1988, partie « En droit », *in fine*; GONZALEZ (note 30), p. 47; avec l'art. 5 CEDH relatif au droit à la liberté et à la sûreté : ACEDH *Tsirlis et Kouloumpas c. Grèce* du 29 mai 1997; avec l'art. 6 § 1 CEDH relatif au droit à un tribunal : ACEDH *Eglise catholique de La Canée c. Grèce* du 16 décembre 1997; avec l'art. 8 CEDH relatif au droit au respect de la vie privée et familiale : ACEDH *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993; GONZALEZ (note 30), pp. 50 et 132-134. Voir aussi ROLLAND PATRICE, Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'homme, in : Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998, pp. 271-285, 275.

⁶³ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, § 59; ACEDH (GC) *Folgero et autres c. Norvège* du 29 juin 2007, § 54; GONZALEZ (note 30), pp. 24 et 29.

⁶⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 514, § 1106.

⁶⁵ Voir FOESSEL MICHAËL, La religion (textes choisis et présentés par), Paris 2000, p. 44; VALLET ODON, Les religions dans le monde, Paris 2003, pp. 15-16.

⁶⁶ CICERO MARCUS TULLIUS, De la nature des dieux, vol. II, 78, cité par BORGEAUD PHILIPPE, Aux origines de l'histoire des religions, Paris 2004, p. 250.

⁶⁷ BORGEAUD (note 66), p. 250.

⁶⁸ LACTANCE, Institutions divines, Paris 1992, Livre IV, XXVIII, 3, p. 233.

⁶⁹ BENVENISTE considère au contraire que cette explication étymologique, faisant de la religion une forme de retenue, de scrupule, est la plus satisfaisante. BENVENISTE EMILE, Le vocabulaire des institutions indo-européennes, vol. II, Paris 1969, p. 268, cité par BORGEAUD (note 66), p. 250.

⁷⁰ LALANDE ANDRÉ, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, vol. 2, Paris 1997, p. 916.

(*relegere*) et reliant (*religare*) des personnes autour d'une croyance⁷¹, en vertu d'une « obligation contractée envers la divinité »⁷². La nature indéterminée de la religion rencontrera dès lors des difficultés fort compréhensibles pour jouir de contours plus certains dans le droit positif, contours nécessaires pour « contribuer à l'élimination de toute discrimination fondée sur la religion ou les croyances »⁷³.

Le caractère très personnel et subjectif de la religion n'a de plus pas contribué à déterminer plus précisément cette notion au plan international ; en conséquence, sa définition ayant toujours rencontré une vive réticence de la part des Etats, elle n'a pas été énoncée dans une convention internationale de protection des droits de l'homme⁷⁴. En effet, ces spécificités propres à la religion font qu'il n'est pas possible d'en discerner une conception uniforme dans la société européenne^{75, 76}. Et comme nous vivons de plus sur un continent connaissant une diversification croissante de son paysage religieux⁷⁷, corrélativement à une individualisation⁷⁸ et

⁷¹ CHAVOT PIERRE, Le dictionnaire de Dieu, Paris 2003, p. 551 ; MOURGEON JACQUES, L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit, in : CONDORELLI LUIGI ET AL. (éd.), Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. II, Bruxelles 2004, pp. 1265-1282, 1268 note 10.

⁷² GONZALEZ (note 30), p. 37.

⁷³ KISS ALEXANDRE, Les garanties internationales de la liberté des religions, mais de quelles religions ?, in : Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998, pp. 199-206, 206.

⁷⁴ KISS (note 73), pp. 200 et 203.

⁷⁵ ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 109 ; ACEDH *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, § 50.

⁷⁶ Cette indétermination a également dissuadé la CEDH d'imposer un modèle de relations entre l'Etat et les communautés religieuses en raison de la spécificité locale de la question et du caractère subsidiaire de la Convention. Ainsi, à l'exception de la théocratie, les différents modèles de relations entre l'Etat et les communautés religieuses ont été jugés compatibles avec la CEDH. Voir ACEDH (GC) *Refah Partisi et autres c. Turquie* du 13 février 2003, § 86 ; ACEDH *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, § 45 ; WALTER CHRISTIAN, *Lautsi v. Italy* (Eur. Ct. H.R.) : Introductory Note, in : International Legal Materials 2010, vol. 49 (1), pp. 32-44, 33. Les auteurs du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2, ci-après Pacte ONU II) en ont fait de même. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 236, § 494 ; EHRENZELLER BERNHARD, L'avenir est-il à une séparation de l'Eglise et de l'Etat ou à de nouvelles formes de coopération?, in : GEROSA LIBERO/PAHUD DE MORTANGES RENÉ (éd.), Eglise catholique et Etat en Suisse, Genève/Bâle/Zurich 2010, pp. 59-77, 63. Des considérations issues de la *Realpolitik* et tendant à la ratification du plus grand nombre d'Etats ont conduit la CEDH à laisser une latitude quasi absolue aux Etats parties sur une question où ceux-ci sont peu enclins à abandonner leur souveraineté. EVANS CAROLYN/THOMAS CHRISTOPHER A., Church-State Relations in the European Court of Human Rights, in : Brigham Young University Law Review 2006, pp. 699-726, 706. Voir toutefois ACEDH *Communauté des Témoins de Jéhovah et autres c. Autriche* du 31 juillet 2008, dans lequel la Cour relève que dans certaines circonstances le refus d'accorder une reconnaissance de droit public à une communauté religieuse peut équivaloir à une violation des art. 6 et 9 CEDH.

⁷⁷ Au nombre des facteurs expliquant cette diversification religieuse se comptent « les schismes et divisions au sein des Eglises traditionnelles, les flux migratoires, l'aspiration à une nouvelle vie intérieure, les croyances religieuses et les comportements qu'elles induisent ». MOULIN (note 40), p. 220. Voir également DE SALVIA MICHELE, Liberté de religion, esprit

à une désinstitutionnalisation de la religion⁷⁹, il convient d'interpréter la religion, notion ouverte⁸⁰, de façon large afin d'englober les nombreux mouvements religieux et spirituels. Dans le cas contraire, la protection conférée par la liberté religieuse serait trop restreinte au regard de la diversité spirituelle croissante au sein des sociétés occidentales, d'autant plus que la CEDH doit tendre au premier chef à protéger les communautés religieuses minoritaires, davantage susceptibles d'essuyer l'intolérance de la religion majoritaire⁸¹. Toutefois, pour jouir de la garantie conventionnelle ancrée à l'art. 9 CEDH, ces mouvements doivent, en sus de posséder des convictions équivalant à « des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »⁸², être identifiables par une personne externe à cette communauté⁸³. Autrement dit, la religion doit être connue ou objectivée pour que l'individu qui s'en revendique soit en mesure de se prévaloir de sa liberté religieuse⁸⁴. Il ne suffit dès lors pas que les membres d'une communauté religieuse se considèrent eux-mêmes comme formant un groupe religieux ; il faut que des personnes extérieures les perçoivent comme tels⁸⁵. Sont également protégés par la liberté religieuse les individus athées, agnostiques ou même indifférents au phénomène religieux^{86, 87}, la liberté religieuse ne recouvrant

de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : CONDORELLI LUIGI ET AL. (éd.), *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles 2004, vol. I, pp. 591-606, 592.

⁷⁸ BAUBÉROT JEAN, *Les laïcités dans le monde*, Paris 2007, p. 113 ; HERVIEU-LÉGER DANIELE, *Le pèlerin et le converti*, Paris 1999, p. 157 ; GIGER HANS, *Religion und Recht : Spurensuche nach dem Einfluss der Zehn Gebote auf die Schweizer Rechtsordnung*, in : HEER MARIANNE ET AL. (éd.), « Toujours agité – jamais abattu » : *Festschrift für Hans Wiprächtiger*, Bâle 2011, pp. 587-611, 589.

⁷⁹ CAMPICHE ROLAND J., *La religion visible : pratiques et croyances en Suisse*, Lausanne 2010, p. 19.

⁸⁰ MARTENET (note 42), p. 20.

⁸¹ RIGAUX FRANÇOIS, *La liberté d'expression et ses limites*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1995, vol. 23, pp. 401-415, 411.

⁸² ACEDH *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, § 36.

⁸³ DCEDH *X. c. Royaume-Uni* du 4 octobre 1977. Dans cette affaire, le requérant n'a pas fourni d'élément permettant d'identifier la religion Wicca et ne peut par conséquent jouir des infrastructures mises à disposition par la prison pour manifester sa religion. Voir aussi GRABENWARTER CHRISTOPH, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich 2008, pp. 242-243, no 87 ; RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris 2007, p. 197 ; MARTENET (note 42), p. 20 ; GONZALEZ (note 30), p. 55. La Cour suprême canadienne retient le critère de la sincérité de la croyance. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, § 51. Ce test ne doit toutefois pas être trop intrusif. Voir MACLURE/TAYLOR (note 11), pp. 105 et 124.

⁸⁴ GONZALEZ (note 30), p. 55 ; BVerfGE 47, 244, 252.

⁸⁵ SJZ 1997, p. 205. Concernant la CEDH, voir GONZALEZ GÉRARD, *Quelle liberté de religion et d'association pour l'Eglise de scientologie ?*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2007, vol. 72, pp. 1137-1151, 1148.

⁸⁶ ACEDH *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, § 31 ; ATF 119 Ia 178 = JT 1995 I 290, consid. 4c.

⁸⁷ « L'agnostique et l'athée ont en effet en commun – c'est pourquoi on les confond souvent – de ne pas croire en Dieu. Mais l'athée va plus loin : il croit que Dieu n'existe pas. L'agnostique, lui, ne croit rien : ni que Dieu existe ni qu'il n'existe pas. C'est comme un

pas uniquement des positions théistes⁸⁸. Ainsi, les tenants de convictions athées ou des individus agnostiques, sceptiques ou indifférents ne doivent pas non plus subir de discrimination au regard de l'art. 14 CEDH.

Les mouvements sectaires ou les nouveaux mouvements religieux, pour autant qu'ils remplissent les éléments de la définition de la religion, sont considérés comme des religions et bénéficient à cet égard de la protection de la liberté religieuse⁸⁹. Ils ne doivent pas a priori faire l'objet d'une discrimination fondée sur la croyance, car une approche reconnaissant certaines croyances et en rejetant d'autres irait à l'encontre de la liberté religieuse et de l'interdiction de la discrimination⁹⁰. L'Etat, en raison de son devoir de neutralité et d'impartialité⁹¹, corollaire du principe d'égalité⁹², n'a pas à porter de jugement de valeur sur une croyance donnée⁹³. La Cour EDH n'a pas défini le terme de secte afin de ne pas instituer de distinction entre les mouvements religieux ou spirituels très minoritaires et les religions traditionnelles^{94, 95}. En tout état de cause, il ne saurait

athéisme négatif ou par défaut. Il ne nie pas l'existence de Dieu (comme fait l'athée) ; il laisse la question en suspens.» COMTE-SPONVILLE ANDRÉ, *L'Esprit de l'athéisme : introduction à une spiritualité sans Dieu*, Paris 2008, p. 79.

⁸⁸ AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. III, Neuchâtel 1982, p. 257 ; SALADIN PETER, *Grundrechte im Wandel : die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt*, Berne 1982, p. 18 ; KARLEN PETER, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zurich 1988, pp. 206-208 ; BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Berne 1931, p. 444.

⁸⁹ Voir e.g. ACEDH *Association Les Témoins de Jéhovah c. France* du 30 juin 2011, § 50.

⁹⁰ BELLANGER FRANÇOIS, *Le régime administratif des cultes en Suisse*, in : *Annuaire européen d'administration publique* 1999, vol. XXII, pp. 261-288, 280.

⁹¹ ACEDH *Savez Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie* du 9 décembre 2010, § 88.

⁹² MOULIN (note 40), p. 225 ; DEBÈNE (note 15), p. 73, qui se réfère à la décision du Conseil constitutionnel 86-217 DC du 18 septembre 1986, § 15, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-217-dc/decision-n-86-217-dc-du-18-septembre-1986.8289.html> (consulté le 9 janvier 2012).

⁹³ BELLANGER FRANÇOIS, *Sectes, religions et dérives sectaires*, in : *L'Etat face aux dérives sectaires*, Bâle / Genève 2000, pp. 27-40, 30.

⁹⁴ MIVILUDES (Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires), *Rapport au Premier ministre* 2007, p. 22, disponible sur http://www.miviludes.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Miviludes_2007.pdf (consulté le 9 janvier 2012). Voir aussi GONZALEZ (note 30), pp. 52-55 ; GONZALEZ GÉRARD, « Haro » sur les sectes mais pas trop !, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009, vol. 78, pp. 553-568, 568. CAMPICHE définit la secte comme un « groupe humain de style autoritaire dans lequel un gourou exerce une forte emprise sur les membres dont les agissements sont suspects et cachés », CAMPICHE (note 79), p. 28.

⁹⁵ Pour souligner l'ambiguïté du terme secte, rappelons que le christianisme était répertorié comme une secte juive parmi d'autres à ses débuts. ATTIAS JEAN-CHRISTOPHE/BENBASSA ESTHER, *Petite histoire du judaïsme*, Paris 2009, p. 18 ; BAUBÉROT JEAN, *Petite histoire du christianisme*, Paris 2008, p. 10 ; TODOROV TZVETAN, *La peur des barbares : au-delà du choc des civilisations*, Paris 2008, p. 257.

être admis que des sectes dangereuses⁹⁶, en ce sens qu'elles influencent excessivement le psychisme de l'individu, puissent jouir de la protection conférée par la liberté religieuse. Par conséquent, une législation spécifique sur les mouvements religieux minoritaires ne semble pas s'imposer, les prescriptions découlant de l'ordre public et du droit pénal devraient suffire pour contrecarrer les groupements dangereux envers l'individu et la société⁹⁷.

2. Les consécration conventionnelles au sein du Conseil de l'Europe

La Convention européenne des droits de l'homme, « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »⁹⁸, énonce le principe de non-discrimination à son art. 14 CEDH⁹⁹. Cette disposition tend à la promotion de l'égalité à travers l'élimination des discriminations¹⁰⁰. La Cour a reconnu ce droit comme fondamental et sous-tendant la Convention¹⁰¹. Une société démocratique telle que conçue par les organes de Strasbourg est indissociable d'un certain droit à l'égalité¹⁰². En effet, la CEDH véhicule un modèle fondé sur la démocratie pluraliste et participative¹⁰³, au sein duquel les minorités doivent être incluses.

L'art. 14 CEDH ne constitue cependant qu'une garantie accessoire, sans portée indépendante, bien qu'elle soit autonome¹⁰⁴. Son autonomie n'a néanmoins été

⁹⁶ Pour une liste des symptômes des dérives sectaires, voir BELLANGER FRANÇOIS, Rapport général, in : Audit sur les dérives sectaires, Rapport du groupe d'experts genevois au Département de justice et police et des transports du canton de Genève, Genève 2007, pp. 11-45, 22.

⁹⁷ GONZALEZ (note 30), p. 78.

⁹⁸ ACEDH (GC) *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, § 75.

⁹⁹ La Convention européenne ne mentionne nulle part le mot égalité. VEGLERIS PHEDON, Le principe d'égalité dans la déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme, in : *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, vol. I, Bruxelles 1972, pp. 565-588, 572.

¹⁰⁰ THORNBERRY/MARTIN ESTÉBANEZ (note 7), p. 47.

¹⁰¹ ACEDH *Strain et autres c. Roumanie* du 21 juillet 2005, § 59. Pour une mention jurisprudentielle du principe d'égalité, voir ACEDH 97 *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et 4 autres c. Géorgie* du 3 mai 2007, § 140.

¹⁰² GONZALEZ (note 30), p. 200.

¹⁰³ THORNBERRY/MARTIN ESTÉBANEZ (note 7), p. 45.

¹⁰⁴ ACEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, § 35 ; ACEDH (GC) *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, § 40 ; ACEDH (SP) *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, § 71 ; ATF 121 V 229, consid. 2 B. ; MARTENET (note 42), p. 40-41 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 476, §§ 1018-1020 ; HOTTELIER MICHEL, De l'absence d'autonomie à l'indépendance : histoire et évolution de l'article 14 CEDH, in : AUER ANDREAS ET AL. (éd.), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich 2001, pp. 245-264, 247 ; SUDRE (note 6), pp. 277-278 ; KASTANAS (note 50), p. 213 ; MARTENET/PÉTERMANN (note 30), p. 213 ; GONZALEZ (note 30), pp. 10-11.

reconnue qu'en 1966¹⁰⁵. Auparavant, l'art. 14 CEDH n'était examiné que dans les cas où la violation d'un autre droit garanti par la Convention avait été constatée¹⁰⁶. A l'heure actuelle, le caractère autonome mais dépourvu d'indépendance de ce droit signifie que le requérant est tenu d'alléguer un autre droit consacré par la Convention ou par l'un de ses protocoles additionnels¹⁰⁷. Ainsi, « [t]out se passe comme si [l'art. 14 CEDH] faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés »¹⁰⁸. La Cour EDH peut néanmoins parfaitement conclure que l'art. 14 CEDH a été violé malgré l'absence d'un constat de violation de l'autre droit invoqué. Il ne s'agit par conséquent pas d'un droit supplémentaire, mais d'un renforcement des autres garanties conventionnelles¹⁰⁹. Dans la règle cependant, lorsque la Cour constate la violation du droit invoqué conjointement à l'interdiction de la discrimination, elle se dispense de l'examen de l'art. 14 CEDH, sauf « si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige »¹¹⁰. Au cours des dernières années, la Cour a cependant semblé accorder une importance plus prononcée au principe de non-discrimination, notamment au travers de la consécration de l'égalité réelle, correspondant à l'obligation de traiter différemment des situations différentes, et de la reconnaissance du concept de discrimination indirecte¹¹¹.

L'absence d'indépendance de l'art. 14 CEDH a conduit à l'élaboration du protocole n° 12¹¹². Celui-ci confère une indépendance à ladite disposition. Pour l'heure, la Suisse n'a pas ratifié, ni même signé cet instrument international¹¹³. L'art. 1 § 1 de ce protocole énonce que « [l]a jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Ce faisant, le principe de non-

¹⁰⁵ ACEDH (SP) *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* du 23 juillet 1968, § 9 ; VEGLERIS (note 99), pp. 577-580.

¹⁰⁶ HOTTELIER (note 104), pp. 250-251.

¹⁰⁷ HOTTELIER (note 104), p. 248.

¹⁰⁸ ACEDH (SP) *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* du 23 juillet 1968, § 9.

¹⁰⁹ SUDRE (note 6), pp. 277-278.

¹¹⁰ ACEDH (SP) *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 67 ; ACEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, § 30. Voir aussi ACEDH (GC) *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce* du 23 novembre 2000, § 103 ; KASTANAS (note 50), p. 213.

¹¹¹ KASTANAS (note 50), pp. 213-215 et références jurisprudentielles en notes.

¹¹² Ce protocole, ouvert à la signature le 4 novembre 2000, est entré en vigueur le 1er avril 2005. En date du 15 novembre 2011, 18 Etats l'ont ratifié et 19 l'ont signé sans l'avoir ratifié. Concernant le protocole n° 12 et le principe de non-discrimination, voir CONSEIL DE L'EUROPE, *La non-discrimination : un droit fondamental : séminaire marquant l'entrée en vigueur du protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 2006 ; THORNBERRY/MARTIN ESTÉBANEZ (note 7), pp. 50-51.

¹¹³ Pour justifier la non ratification du protocole n° 12, le Conseil fédéral a notamment fait part de sa difficulté à apprécier les éventuels effets horizontaux et obligations positives de légiférer qui découleraient de la ratification dudit instrument pour la Suisse. Voir Neuvième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, FF 2008 4077, 4093.

discrimination se voit accorder une portée générale car la discrimination fondée sur lesdits critères est également prohibée devant la loi nationale et non plus seulement devant la Convention¹¹⁴. En outre, le protocole n° 12 étend la portée de ce droit aux cas dans lesquels un individu subit un traitement discriminatoire dans la jouissance de tout droit découlant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, du fait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire desdites autorités, ou encore du fait d'autres actes ou omissions de la part de ces dernières¹¹⁵. Par conséquent, l'invocation d'un droit autre garanti par la Convention pour se prévaloir de cette garantie n'est plus nécessaire¹¹⁶.

A titre de comparaison, les continents américain (art. 1 § 1 CADH) et africain (art. 2 CADHP) protègent également le droit à la non-discrimination au sein de leur système régional de protection des droits de l'homme. La Cour interaméricaine a même érigé le principe de non-discrimination, consacré comme droit distinct par la Convention américaine¹¹⁷, au rang de *jus cogens*¹¹⁸.

3. Quid d'un effet horizontal du principe de non-discrimination ?

Inspiré de la théorie allemande de la *Drittwirkung* (effet vis-à-vis des tiers)¹¹⁹, la question de l'effet horizontal est d'une grande pertinence dans le cadre du principe

¹¹⁴ HOTTELIER (note 104), p. 258 ; SUDRE (note 6), p. 277.

¹¹⁵ Rapport explicatif sur le protocole facultatif n° 12, adopté le 26 juin 2000 à Strasbourg, § 22.

¹¹⁶ MARTENET (note 42), p. 41 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 476, § 1021 ; HOTTELIER (note 104), pp. 255-264. Pour davantage de détails au sujet du protocole n° 12, voir Rapport explicatif sur le protocole facultatif n° 12, adopté le 26 juin 2000 à Strasbourg.

¹¹⁷ Voir l'art. 24 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte. » VEGLERIS (note 99), p. 575, note 18.

¹¹⁸ Cour int. am. dr. h., Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Avis consultatif 18-03, 17 septembre 2003, §§ 97-101, disponible sur <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm?idOpinion=24> (consulté le 10 janvier 2012). A cet égard, la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est pas isolée, la Cour internationale de justice, qui constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies à teneur de l'art. 92 de la Charte, inclut aussi l'interdiction de la discrimination raciale dans la notion de *jus cogens*. HANGARTNER YVO, Rechtsprobleme des Schächtverbots : Zugleich ein Beitrag zur Ungültigerklärung eidgenössischer Verfassungsinitiative wegen Verletzung faktisch zwingenden Völkerrechts, in : AJP/PJA 2002, n° 9, pp. 1022-1036, 1033.

¹¹⁹ ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL, Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ?, in : LICHÈRE FRANÇOIS/POTVIN-SOLIS LAURENCE/RAYNOUARD ARNAUD (éd.), Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Bruxelles 2004, pp. 167-192, 181. De manière générale, sur l'effet horizontal des droits fondamentaux, voir ZIMMERMANN TRISTAN, L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine, in : DUNAND JEAN-

de non-discrimination. Le tissu sociétal n'ayant de cesse de se modifier, les minorités se font toujours plus présentes et la question de leur protection dans les rapports privés constitue un défi majeur tout en soulevant le problème des limites de l'extension des destinataires des droits fondamentaux, au premier chef desquels demeure l'Etat. Dans le cadre de la CEDH, la Cour n'est compétente que pour connaître une requête déposée à l'encontre d'un Etat partie¹²⁰. Il n'est dès lors guère surprenant que la question de l'effet horizontal soit intimement liée à la théorie des obligations positives incombant aux pouvoirs publics¹²¹. La Cour a pour l'heure fait preuve de timidité à l'égard de cette théorie et a refusé « d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées »¹²². Autrement dit, la Cour se limite à trancher le cas qui lui est soumis, conformément à la théorie du minimalisme judiciaire¹²³.

Un effet horizontal, à savoir l'application de l'art. 14 CEDH dans une relation entre particuliers, n'a pour l'instant été reconnu ni par la Cour EDH ni par une instance nationale d'un des Etats parties à cet instrument international¹²⁴. Le protocole n° 12 énonce des obligations positives à la charge des Etats parties. Si les Etats se fondent expressément sur ce protocole pour sanctionner des cas de discriminations dans des rapports interindividuels, le principe de non-discrimination estampillé CEDH connaîtra alors un effet horizontal direct devant les instances nationales¹²⁵. Il s'agit d'un domaine en pleine évolution et l'entrée en vigueur du protocole n° 12 le 1er avril 2005 offre la possibilité d'une extension du champ d'application des droits garantis par la CEDH aux relations entre particuliers. Rappelons que cette voie demeure pour l'heure fermée en Suisse, faute de ratification par les autorités fédérales dudit protocole additionnel.

PHILIPPE/MAHON PASCAL (éd.), « Le droit décloisonné » : interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genève 2009, pp. 27-53.

¹²⁰ SUDRE (note 6), p. 261. Voir toutefois ACEDH *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède* du 6 janvier 2010, §§ 33-34 ; ACEDH *Danilenkov et autres c. Russie*, du 30 juillet 2009, § 120 ; ACEDH *Secic c. Croatie* du 31 mai 2007, § 67 ; ACEDH *97 Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et 4 autres c. Géorgie* du 3 mai 2007, §§ 140-141 ; ACEDH *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, § 59 ; ACEDH (SP) *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, § 49, dans lesquels la Cour a admis l'applicabilité de la Convention à des relations entre particuliers.

¹²¹ SUDRE (note 6), p. 261.

¹²² ACEDH *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, § 46.

¹²³ Concernant cette théorie, voir SUNSTEIN CASS R., *One Case at a Time : Judicial Minimalism at the Supreme Court*, Cambridge/Londres 1999 ; SUNSTEIN CASS R., *Burkean Minimalism*, in : *Michigan Law Review* 2006-2007, vol. 105, pp. 353-408 ; SUNSTEIN CASS R., *The Supreme Court, 1995 Term – Foreword : Leaving Things Undecided*, in : *Harvard Law Review* 1996, vol. 110, pp. 4-101.

¹²⁴ MARTENET (note 42), p. 41. Voir toutefois ACEDH *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, §§ 59-63.

¹²⁵ Voir Rapport explicatif sur le protocole facultatif n° 12, adopté le 26 juin 2000 à Strasbourg, §§ 25-26 ; HOTTELLIER (note 104), p. 258.

Le Comité des droits de l'homme a pour sa part considéré que les Etats sont tenus de protéger les droits des diverses minorités sises sur leur territoire contre les agissements des particuliers, faute de quoi ils engagent leur responsabilité au regard de l'art. 27 du Pacte ONU II¹²⁶, et plus généralement en vertu de son art. 2, qui impose aux Etats de prendre des mesures positives pour prévenir que des atteintes ne soient portées à des particuliers par d'autres personnes privées¹²⁷.

II. L'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine de l'éducation vue par la Cour EDH

1. Le domaine de l'éducation selon la CEDH

La Cour EDH a souligné que l'éducation incombe en premier lieu aux parents¹²⁸, l'Etat ne remplissant sa mission éducative que de manière subsidiaire. Si tel est peut-être le cas eu égard aux convictions personnelles, qu'elles soient religieuses ou philosophiques, cette vision de l'éducation semble quelque peu surannée si l'on songe au rôle fondamental que l'école est appelée à exercer dans la formation des futurs citoyens et dans la réalisation des droits de l'homme¹²⁹.

Le droit à l'instruction est consacré à l'art. 2 P-1 CEDH. Celui-ci énonce que « [n]ul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». L'Etat s'est ainsi vu octroyer un champ d'application *ratione materiae* large par la Cour EDH quant à sa première phrase, puisqu'elle couvre aussi bien l'instruction primaire que les études de niveau universitaire¹³⁰. Par contre, la seconde phrase de cette disposition « ne concerne que les enfants et jeunes qui se trouvent sous l'autorité de leurs parents et non pas les adultes »¹³¹. Le devoir de neutralité incombant à l'Etat s'étend en sus à toutes les fonctions assumées par ce dernier et à l'ensemble de l'environnement scolaire, et non seulement au contenu de l'enseignement et à la manière de le dispenser¹³². Contrairement à ce que pourrait laisser croire la

¹²⁶ Observation générale n° 23 (1994) sur l'art. 27 du Pacte ONU II, § 6.1.

¹²⁷ Observation générale n° 31 (2004) sur l'art. 2 du Pacte ONU II, § 8.

¹²⁸ ACEDH Kjeldsen, *Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, § 52.

¹²⁹ Voir ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 137.

¹³⁰ ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, §§ 134-141.

¹³¹ MARTENET/PÉTERMANN (note 30), p. 206.

¹³² ACEDH *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie* du 9 octobre 2007, § 49. Voir aussi ACEDH *Valsamis c. Grèce* du 18 décembre 1996, § 27 ; DCEDH *40 mères de famille c. Suède* du 9 mars 1977 ; ACEDH *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, § 50.

lettre de cette disposition, l'Etat n'a pas seulement une obligation de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents¹³³, mais il est également tenu à une certaine obligation positive dans sa mission éducative^{134, 135}.

Les deux phrases de cet article doivent se lire de pair, bien qu'en cas de conflit entre les deux droits qu'il comprend, la primauté doit être donnée au droit à l'instruction de l'enfant¹³⁶. La mission du juge européen est d'une grande importance, car il doit concilier autant que faire se peut ces deux droits interdépendants, à savoir le droit à l'instruction de l'enfant et le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques. D'ailleurs, l'art. 2 P-1 CEDH s'interprète le plus souvent de concert avec l'art. 9 CEDH¹³⁷.

Si le droit à l'instruction ne figure pas dans le texte de base du 4 novembre 1950, c'est en raison de la réticence de certains Etats à son acceptation. Pour ce motif, il a été relégué suite à une négociation délicate au sein d'un protocole additionnel¹³⁸. Les Etats en question craignaient de devoir participer au financement des établissements d'enseignement privés¹³⁹. Ce protocole n'ayant pas encore été

¹³³ Ces convictions doivent être « des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance ». On retrouve cette conception aussi bien à l'art. 9 CEDH qu'à l'art. 2 P-1, mais non à l'art. 10 CEDH. ACEDH *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, § 36.

¹³⁴ ACEDH *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie* du 9 octobre 2007, § 49 ; ACEDH *Valsamis c. Grèce* du 18 décembre 1996, § 27 ; ACEDH *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, § 37.

¹³⁵ Afin de mieux distinguer les contours du droit à l'éducation, il convient de se référer, en vertu du principe de faveur (art. 53 CEDH), à l'art. 13 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1), puisque les Etats ayant ratifié le premier protocole additionnel à la CEDH sont également parties au Pacte I qui énonce de manière plus explicite le droit à l'éducation. Voir THORNBERRY/MARTIN ESTÉBANEZ (note 7), p. 60.

¹³⁶ DCEDH *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c. Luxembourg* du 27 avril 1999 ; DCEDH *Bernard et autres c. le Luxembourg* du 8 septembre 1993 ; DCEDH *Nilsson c. Suède* du 30 juin 1993 ; ACEDH *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, § 36 ; GONZALEZ (note 30), pp. 212-213. Voir aussi l'art. 3 al. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

¹³⁷ LEVINET MICHEL, La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2011, vol. 87, pp. 481-498, 485-486.

¹³⁸ DUPUY PIERRE-MARIE/BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE, Premier protocole additionnel : article 2, in : PETTITI LOUIS-EDMOND/DECAUX EMMANUEL/IMBERT PIERRE-HENRI (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris 1999, pp. 999-1010, 1000 ; DEBÈNE (note 15), p. 65 ; GONZALEZ (note 30), pp. 9-10. Pour un exposé des travaux préparatoires relatifs à cette disposition, voir EVANS MALCOLM D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge 1997, pp. 272-280.

¹³⁹ LEVINET (note 137), p. 483 ; LEVINET MICHEL, Le droit à l'instruction, in : SUDRE FRÉDÉRIC/MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE/ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL/GOUTTENOIRE ADELIN/LEVINET MICHEL, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2009, pp. 594-603, 596 ; GONZALEZ (note 30), p. 156. La Commission a elle-même

ratifié par les autorités suisses, notamment pour des raisons de souveraineté cantonale qui apparaissent à présent obsolètes^{140, 141}, des questions de discriminations religieuses dans le domaine scolaire seraient examinées en relation avec l'art. 9 CEDH, si une éventuelle requête topique devait être déposée à Strasbourg contre la Suisse.

Comme le principe de non-discrimination proscrit une inégalité de traitement injustifiée, aussi bien dans la loi que dans son application¹⁴², dans le cadre du droit à l'instruction, la Cour EDH a estimé qu'un Etat qui crée des établissements scolaires doit garantir leur accès sans discrimination¹⁴³. Un Etat ne saurait pas non plus discriminer dans la procédure de sélection des élèves destinés aux classes spéciales¹⁴⁴. Concernant plus particulièrement le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents, la Cour EDH rappelle que le seuil à ne pas franchir pour les Etats membres en matière de religion à l'école se trouve dans la notion d'endoctrinement. L'Etat doit faire preuve de neutralité et d'impartialité dans sa tâche éducative¹⁴⁵. Le fondement axiologique de cette exigence réside dans la tolérance¹⁴⁶, le pluralisme et l'ouverture d'esprit qui sont des valeurs essentielles de nos sociétés démocratiques¹⁴⁷. En effet, « le maintien du pluralisme et l'organisation des conditions de la tolérance mutuelle sont pour [l'Etat] une

affirmé que cette disposition ne crée pas d'obligation pour les Etats de financer l'enseignement privé. DCEDH 40 *mères de famille c. Suède* du 9 mars 1977.

¹⁴⁰ De plus, l'art. 18 par. 4 du Pacte ONU II, en vigueur pour la Suisse depuis le 18 septembre 1992, possède un contenu similaire à celui de la disposition européenne. La ratification des Pactes ONU et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale semblent démontrer qu'il n'y a plus d'obstacles à la ratification de ce protocole additionnel eu égard au droit à l'instruction. Cela a été confirmé suite à une consultation des cantons en 2002. Huitième rapport sur la Suisse et les Conventions du Conseil de l'Europe, FF 2004 3607 ; LANDAU EVE C., *Reflections on the Right to Education – The European Perspective*, in : KOHEN MARCELO G. (éd.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law = La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden 2007, pp. 281-305, 302.

¹⁴¹ Ce protocole a été ratifié par 45 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe. Seules la Suisse et la Principauté de Monaco ne sont pas parties à cet instrument.

¹⁴² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 481, § 1035. Voir ACEDH (SP) *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, § 226 ; ACEDH *Gillow c. Royaume-Uni* du 24 novembre 1986, § 64.

¹⁴³ ACEDH (SP) *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* du 23 juillet 1968, § 9 ; SUDRE (note 6), pp. 278-279.

¹⁴⁴ Voir, concernant la discrimination rencontrée par les enfants roms en République tchèque, ACEDH (GC) *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007.

¹⁴⁵ ACEDH *Lautsi c. Italie* du 3 novembre 2009, § 47 (d) et (e).

¹⁴⁶ Sur les limites de la notion de tolérance, dont l'étymologie latine *tolerare* signifie supporter, et dont l'origine remonte aux guerres de religions, voir RABAUT ST ETIENNE JEAN-PAUL, *Œuvres*, Paris 1826, cité in PENA-RUIZ HENRI (textes choisis et présentés par), *La laïcité*, Paris 2003, pp. 143-144 ; LALANDE (note 70), pp. 1133-1137.

¹⁴⁷ GARLICKI LECH/JANKOWSKA-GILBERG MAGDALENA, *Religiöse Aspekte im öffentlichen Schulsystem vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR*, in : EHRENZELLER BERNHARD et al. (éd.), *Religionsfreiheit im Verfassungsstaat*, Zurich 2011, pp. 121-134, 122.

obligation en ce qu'ils constituent les moyens de ses fins »¹⁴⁸. Il est par ailleurs douteux que l'apprentissage du pluralisme puisse s'effectuer dans un lieu totalement neutre, aseptisé, duquel tous les symboles religieux seraient chassés¹⁴⁹.

La question du contenu de l'enseignement et de l'éventuel octroi de dispenses ne sera pas abordée dans le cadre de cette étude¹⁵⁰. Relevons toutefois l'existence de discrimination envers les minorités religieuses ou philosophiques qui doivent faire connaître leurs convictions pour bénéficier d'éventuelles dispenses de cours¹⁵¹. En sus de la réticence des parents issus de minorités religieuses à révéler leur foi de crainte d'être stigmatisés, l'exigence d'une telle déclaration viole *ipso facto* leur liberté de conscience et de croyance qui garantit, dans sa composante interne et intangible¹⁵², le droit de garder ses convictions secrètes¹⁵³, ¹⁵⁴ et de ne pas faire allégeance à une religion déterminée¹⁵⁵. Une discrimination à l'encontre d'une communauté religieuse donnée viole également le droit de changer de religion consacré à l'art. 9 CEDH puisqu'il retranche à cette disposition son plein effet utile¹⁵⁶. La prévention face à de telles discriminations passe par un environnement scolaire totalement neutre, qu'il s'agisse du contenu de l'enseignement ou des locaux, ainsi que de l'enseignant dans la mesure du possible.

2. Les symboles religieux

Nous nous concentrerons sur le port du voile islamique tant par les élèves que par les enseignantes, ainsi que sur le crucifix dans la salle de classe. Nous laisserons

¹⁴⁸ SOLER-COUTEAUX PIERRE, Prolongement d'une réflexion sur la liberté de conscience : la déclinaison juridique de la tolérance, in : CONDORELLI LUIGI ET AL. (éd.), Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. II, Bruxelles 2004, pp. 1421-1446, 1440.

¹⁴⁹ SOLER-COUTEAUX (note 148), p. 1444.

¹⁵⁰ En la matière, la Cour EDH semble protéger les minorités spirituelles indépendamment de la confession majoritaire, que celle-ci soit chrétienne ou musulmane. Voir *e.g.* ACEDH (GC) *Folgero et autres c. Norvège* du 29 juin 2007 ; ACEDH *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie* du 9 octobre 2007.

¹⁵¹ Voir *mutatis mutandis* en rapport avec la présence du crucifix dans la salle de classe, ZIMMERMANN TRISTAN, Le crucifix dans la salle de classe : l'arrêt *Comune di Cadro* revisité à la lumière de l'affaire *Lautsi*, in : AJP/PJA 2011, n° 11, pp. 1485-1504, 1489 et 1491.

¹⁵² HILTI MARTIN, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz, Bâle 2008, p. 236.

¹⁵³ ACEDH *Alexandridis c. Grèce* du 21 février 2008, § 38. Voir aussi HILTI (note 152), pp. 185-186.

¹⁵⁴ Pour une disposition constitutionnelle énonçant explicitement cette garantie de la liberté religieuse, voir art. 2, chap. 2 de l'Instrument of Government de 1974, constituant l'une des quatre lois fondamentales formant la Constitution suédoise.

¹⁵⁵ ACEDH (GC) *Buscarini et autres c. Saint-Marin* du 18 février 1999, §§ 34 et 39. Dans la DCEDH *McGuinness c. Royaume-Uni* du 8 juin 1999, la Cour a par contre estimé que le requérant ne devait pas prêter allégeance à une conviction particulière, mais à la monarchie britannique.

¹⁵⁶ GONZALEZ (note 30), p. 93.

en conséquence de côté le port d'autres vêtements ou symboles religieux, tels que le turban sikh¹⁵⁷, le *kirpan* (couteau sikh)¹⁵⁸ et le port de la barbe¹⁵⁹. Rappelons que l'Etat, en vertu de son devoir de protéger et de respecter les convictions de chacun, est tenu de pratiquer l'égalité et une certaine neutralité dans les espaces publics parce qu'ils sont communs à tous¹⁶⁰.

a) Le voile islamique

Le corpus prétorien de la Cour EDH relatif au port du voile dans le milieu scolaire se concentre sur trois Etats parties, à savoir la Turquie, la France et la Suisse, ou plus précisément le canton de Genève. Le point commun entre ces Etats et ce canton est un régime institutionnel de séparation relativement stricte entre les sphères religieuse et étatique¹⁶¹. En effet, aussi bien la France¹⁶² que la Turquie¹⁶³

¹⁵⁷ Voir, concernant la non-violation de la liberté religieuse d'un motocycliste sikh astreint au port du casque, DCEDH *X. c. Royaume-Uni* du 12 juillet 1978. Pour un arrêt suisse allant dans le même sens, voir ATF 119 IV 260 B. = JT 1994 I 707, consid. 3 b) aa). Voir aussi HILTI (note 152), pp. 199 et 248 ; GONZALEZ (note 30), p. 131.

¹⁵⁸ Voir à ce sujet la décision de la Cour suprême canadienne qui a autorisé l'élève à porter son *kirpan* à l'école car depuis 130 ans, il n'y a pas eu d'accident et que d'autres objets dangereux sont tolérés dans l'enceinte scolaire (compas, battes de baseball, ...). *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys et procureur général du Québec* [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6 (2 mars 2006).

¹⁵⁹ Voir DCEDH *TIG c. Turquie* du 24 mai 2005. Le requérant s'est vu refuser l'entrée au campus universitaire au motif qu'il portait la barbe. Il n'a pas invoqué de précepte religieux comme fondement de son comportement. La Cour a jugé sa requête irrecevable au motif qu'elle n'a pas relevé d'ingérence dans le droit à l'instruction du requérant qui a pu finir ses études.

¹⁶⁰ ROLLAND (note 62), pp. 272-273.

¹⁶¹ Conformément à l'adage biblique « rendez à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui est à César ». Matthieu 22, 21 ; Marc 12, 17 ; Luc 20, 25. Dans le même sens va la formule de Jean : « Mon royaume n'est pas de ce monde. » (Jean 18, 36).

¹⁶² L'art. 2 de la Constitution de la Ve République française du 4 octobre 1958 dispose que « [l]a France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. » Concernant la nature laïque de l'Etat français, voir ZIMMERMANN TRISTAN, *La laïcité et la République et Canton de Genève*, in : *La semaine judiciaire 2011*, vol. 133 (2), pp. 29-78, 38-45. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la visibilité de l'islam en France s'est manifestée avec la construction d'une mosquée à Paris largement subventionnée via la loi du 19 août 1920. DAMIEN ANDRÉ, *Islam de France ou Islam en France : essai de réponse à la crise culturelle de l'Islam*, in : *Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998, pp. 153-160, 153.

¹⁶³ Le 5 février 1937, le principe de laïcité a acquis valeur constitutionnelle en Turquie. ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 30. La Cour EDH a fait sienne une approche de laïcité de combat et non de neutralité. Voir e.g. ACEDH (GC) *Refah Partisi et autres c. Turquie* du 13 février 2003 ; ACEDH *Kalaç c. Turquie* du 1er juillet 1997. Dans ce second arrêt, le juge européen a estimé que des opinions religieuses intégristes constituent une atteinte à la discipline militaire et au principe de laïcité (§ 30). Ainsi, la Cour EDH mène une « lutte active contre une certaine conception de la religion musulmane ». Rolland (note

sont laïques¹⁶⁴, tandis que Genève est le canton suisse qui se rapproche le plus de ce modèle¹⁶⁵.

Dans ce cadre, le juge européen a produit une jurisprudence constante relativement au voile islamique dans le domaine du droit à l'instruction. En effet, tant en Turquie, pays composé majoritairement de musulmans¹⁶⁶, qu'en France et en Suisse, les requérants¹⁶⁷ n'ont jamais obtenu gain de cause devant l'instance strasbourgeoise. La jurisprudence la plus abondante en la matière a sans conteste été rendue à l'encontre de la Turquie, aussi bien dans le cadre de l'instruction obligatoire¹⁶⁸ qu'à l'université¹⁶⁹. Dans cet Etat, l'interdiction du port du voile

62), pp. 284-285. Concernant la nature laïque de l'Etat turc, voir ZIMMERMANN (note 162), pp. 45-49. Concernant plus particulièrement la laïcité musulmane, voir WILLAIME JEAN-PAUL/MATHIEU SÉVERINE (éd.), *Des maîtres et des dieux : écoles et religions en Europe*, Paris 2005, p. 156. La Turquie est le seul Etat musulman à avoir inscrit expressément le principe de laïcité dans sa constitution. BRESSLER SONIA/SIMARD DAVID, *La laïcité*, Paris 2006, p. 61. D'anciennes républiques soviétiques à majorité musulmane, comme le Kazakhstan, le Turkménistan et l'Azerbaïdjan, sont également laïques à teneur de leur constitution. ROY OLIVIER, *Les Etats musulmans : entre islamisation et laïcité*, in : BAUBÉROT JEAN (éd.), *La laïcité à l'épreuve : religions et libertés dans le monde*, Paris 2004, pp. 95-108, 104. Gonzalez va même jusqu'à qualifier la laïcité turque de « dure ». GONZALEZ (note 30), p. 7.

¹⁶⁴ GONZALEZ parle de régime avec séparation rigide des pouvoirs temporel et spirituel. GONZALEZ (note 30), pp. 143-144.

¹⁶⁵ Selon l'art. 120 al. 2 LIP/GE (RS/GE C 1 10), les fonctionnaires doivent être laïques. Rappelons que la Suisse est un Etat fédéral dont les compétences relatives tant à l'instruction publique (art. 62 al. 1 Cst.) qu'à l'aménagement des relations entre l'Eglise et l'Etat (art. 72 al. 1 Cst.) sont du ressort des cantons.

¹⁶⁶ ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 115 ; MARTENET/PÉTERMANN (note 30), p. 212.

¹⁶⁷ Nous utilisons un masculin pluriel car les parents, également titulaires de ce droit, se trouvent à l'origine de diverses requêtes.

¹⁶⁸ DCEDH *Köse et 93 autres requérants c. Turquie* du 24 janvier 2006. Les élèves requérantes fréquentent des lycées *Imam-Hatip*, qui sont des établissements d'enseignement secondaire publics à vocation religieuse et non pas des écoles confessionnelles. Par conséquent, ils font partie du système éducatif public turc et n'échappent pas au principe de laïcité.

¹⁶⁹ DCEDH *Emine Araç c. Turquie* du 19 septembre 2006 : une étudiante de la faculté de théologie d'Inönü à Malatya demande son inscription à la faculté de théologie de Marmara. Elle y joint une photo où elle apparaît voilée. La photo est jugée non conforme à la réglementation en vigueur de l'université de Marmara. Eu égard à l'art. 14 CEDH, la Cour souligne que la photo est un simple moyen d'identification et ne voit en conséquence aucune discrimination fondée sur le sexe ou la religion ; ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 : une étudiante en médecine à l'université d'Istanbul se voit empêchée de se présenter à un examen au motif qu'elle porte le foulard islamique. Depuis 1999, Mme Sahin vit à Vienne pour y poursuivre ses études ; DCEDH *Karaduman c. Turquie* du 3 mai 1993 : une étudiante ne reçoit pas le certificat provisoire attestant sa licence en pharmacie car sa photo, sur laquelle elle arbore un foulard, n'est pas conforme au règlement disciplinaire de l'université laïque ; DCEDH *Lamiye Bulut c. Turquie* du 3 mai 1993 : une femme licenciée en français n'obtient pas son diplôme signé car elle porte un foulard sur la photo qu'elle remet. La Commission européenne est d'avis qu'en choisissant de faire ses études supérieures dans une université laïque, l'étudiante se soumet à la réglementation y relative.

vaut tant pour les enseignantes¹⁷⁰ que pour les élèves¹⁷¹. De même, la République française a récemment été traduite devant la Cour EDH dans des affaires relatives au port du voile dans le cadre de l'école publique¹⁷². D'aucuns relèvent que la jurisprudence récemment rendue en la matière « magnifie le principe de laïcité »¹⁷³. Quant à la Suisse, seule une décision d'irrecevabilité a été notifiée à Madame Dahlab, une enseignante genevoise qui souhaitait dispenser son enseignement à de jeunes élèves du primaire vêtue de son voile pour se conformer aux prescriptions coraniques¹⁷⁴. Relevons toutefois que la position de l'enseignante diffère fondamentalement de celle des élèves ; celle-là est tenue au devoir de neutralité religieuse de l'Etat en tant qu'une de ses représentantes, tandis que les élèves ne sont que récipiendaires d'un service public, dont la fréquentation est de surcroît obligatoire¹⁷⁵. En d'autres termes, l'intérêt public prépondérant de

Cette institution peut restreindre la liberté des étudiants de manifester leur religion par des limitations de lieu et de forme destinées à assurer la mixité des étudiants de croyances diverses et éviter toute pression sur les étudiants ne pratiquant pas la religion en question.

¹⁷⁰ Pour une enseignante à l'université, voir DCEDH *Kurtulmus c. Turquie* du 24 janvier 2006 : en tant qu'enseignante à l'université et, en cette qualité, détentrice de l'autorité universitaire et représentante de l'Etat, Mme Kurtulmus ne peut ignorer les règles qui l'obligent à faire preuve de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses. Il s'agit d'une extension de la DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001. Dans ce dernier cas, le jeune âge des enfants justifiait l'interdiction du port du voile, tandis que dans la décision *Kurtulmus*, ce sont les impératifs liés aux principes de neutralité de la fonction publique, en particulier de l'enseignement public et de la laïcité qui seuls justifient cette restriction à la liberté religieuse de l'enseignante.

¹⁷¹ DCEDH *Köse et 93 autres requérants c. Turquie* du 24 janvier 2006. A l'aune de l'art. 14 CEDH, la Cour souligne que le code vestimentaire des élèves ne vise pas l'appartenance de ces derniers à une religion, mais poursuit notamment le but légitime de protection de l'ordre et des libertés d'autrui. Il s'agit d'un exemple de discrimination indirecte, puisque le résultat est discriminatoire, bien que la motivation ne le soit pas.

¹⁷² DCEDH *Aktas c. France* du 30 juin 2009 ; DCEDH *Bayrak c. France* du 30 juin 2009 ; DCEDH *Gamaleddyn c. France* du 30 juin 2009 ; DCEDH *Ghazal c. France* du 30 juin 2009 ; ACEDH *Dogru c. France* du 4 décembre 2008 ; ACEDH *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008. Les deux arrêts ont été rendus sous l'empire du droit antérieur à la loi no 2004-228 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, dite loi « sur la laïcité ». Les décisions quant à elles ont été rendues à l'aune de cette loi. Elles étendent l'interdiction du port du voile dans l'espace scolaire. Le voile est désormais prohibé durant tous les cours et non plus durant le seul cours d'éducation physique. GONZALEZ GÉRARD, Rideau sur le voile et autres signes ostensibles, in : AJDA : l'actualité juridique Droit administratif du 9 novembre 2009, pp. 2077-2082, 2078. Relevons que cette loi française interdit les symboles religieux au nom de la défense de l'ordre public et non de la laïcité. MACLURE/TAYLOR (note 11), p. 45 ; STASI BERNARD, Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République du 11 décembre 2003, p. 58.

¹⁷³ GONZALEZ (note 172), p. 2079.

¹⁷⁴ DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

¹⁷⁵ SOLER-COUTEAUX (note 148), p. 1433. *Contra* ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, §§ 92-93. Le port du voile par des élèves se concilie mal avec le principe de laïcité de l'Etat en matière d'éducation et contrevient à la Constitution turque.

la neutralité religieuse de l'école légitimant l'interdiction du port du voile par une enseignante, ne saurait selon nous justifier une restriction similaire portée à la liberté religieuse des élèves¹⁷⁶.

La casuistique européenne en matière de port du foulard à l'école publique s'est développée au cours de la dernière décennie parallèlement à l'accroissement de la visibilité de la religion musulmane en Europe occidentale ; l'exemple de la Turquie diffère quelque peu en raison des particularités propres à cet Etat dont l'ancrage dans la « modernité » a été décidé par Mustafa Kemal voilà près de quatre-vingts ans. De plus, l'écrasante majorité de la population turque est de confession musulmane, d'où découle un risque de pression accru sur les élèves ne portant pas ce vêtement comme la Cour l'a à maintes reprises relevé¹⁷⁷. En ce sens, l'interdiction du port du voile par les élèves répondrait à un impératif de protection des minorités religieuses¹⁷⁸.

De nos jours, le port du voile islamique sous ses diverses variantes¹⁷⁹ rencontre des oppositions dans nombre d'Etats européens. La jurisprudence strasbourgeoise y relative se confine pour l'heure à des cas se rapportant aux établissements scolaires mettant en cause le *hidjab*. Le port d'un tel vêtement est considéré comme « un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction religieuse »¹⁸⁰. A ce titre, il est protégé par la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 CEDH). Le Comité des droits de l'homme partage cet avis, puisqu'il a explicitement rappelé que ce droit comprend celui de porter des vêtements ou des couvre-chefs distinctifs¹⁸¹. Il n'est par ailleurs pas pertinent de tenter de résoudre la question controversée de savoir si le port du voile est une obligation découlant de la croyance religieuse ou non¹⁸². En effet, « c'est le

¹⁷⁶ Dans le même sens, NAY (note 10), p. 616.

¹⁷⁷ Voir *e.g.* ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 111 ; DCEDH *Karaduman c. Turquie* du 3 mai 1993.

¹⁷⁸ GONZALEZ (note 30), p. 266.

¹⁷⁹ Le *hidjab* est un voile couvrant les cheveux ; le *jilbab* est une toge ample couvrant tout le corps, portée avec un foulard ; la *burqa* est un voile couvrant tout le corps y compris la bouche, le regard passant à travers un grillage ; le *niqab* est un voile recouvrant tout le haut du corps à l'exception des yeux. Voir BRIBOSIA EMMANUELLE/RORIVE ISABELLE, *Le voile à l'école : une Europe divisée*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2004, vol. 60, pp. 951-983, 975-976.

¹⁸⁰ DCEDH *Aktas c. France* du 30 juin 2009, partie « En droit », ch. 2 ; ACEDH *Dogru c. France* du 4 décembre 2008, § 47 ; ACEDH *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008, § 47 ; ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 78 ; DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

¹⁸¹ Communication *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, CCPR/C/82/D/931/2000 (18 janvier 2005), § 6.2 ; Observation générale n° 22 relative à l'art. 18 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4 (20 juillet 1993), § 4. Voir aussi COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale*, février 1995, p. 22.

¹⁸² MCGOLDRICK DOMINIC, *Human Rights and Religion : The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford 2006, p. 8 ; POULTER SEBASTIAN, *Muslim Headscarves in School : Contrasting Legal Approaches in England and France*, in : *Oxford Journal of Legal Studies* 1997, vol. 17 (1), pp. 43-74, 47 ; SAHARSO SAWITRI, *Culture, Tolerance and Gender*, in :

caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'Etat n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux et il ne devrait pas le devenir »¹⁸³.

Or, telle n'a pas été l'attitude de la Cour EDH dans les affaires relatives au port du voile. Dans l'arrêt *Dahlab*, le Tribunal fédéral suisse souligne que « le port du foulard est difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des sexes »¹⁸⁴. Ces motifs permettent selon la Cour EDH la restriction opérée par les autorités suisses à la liberté religieuse de la requérante¹⁸⁵. Le juge strasbourgeois a aussi recouru à une telle justification dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*¹⁸⁶. Celle-ci pose cependant problème car l'Etat tient le port du voile pour contraire à l'égalité des sexes et ainsi affuble un symbole religieux d'une signification donnée contrevenant à son devoir de neutralité religieuse¹⁸⁷.

Les arguments avancés par la Cour relativement au respect du principe d'égalité et de non-discrimination pour justifier une restriction à la liberté religieuse des requérantes sont discutables à d'autres égards également. L'égalité de traitement des femmes et des hommes est à teneur des arrêts précités un droit fondamental pouvant restreindre l'exercice d'une liberté¹⁸⁸. Il ressort de ce conflit de droits fondamentaux que le respect de l'égalité des sexes, accompagné du principe de laïcité, prime le principe de non-discrimination religieuse¹⁸⁹. Aussi, afin de faire

European Journal of Women's Studies 2003, vol. 10 (1), pp. 7-27, 10. Pour ce qui est des passages jugés comme pouvant prescrire le port du voile dans le Coran, voir les sourates 24.31 et 33.59.

¹⁸³ MACLURE/TAYLOR (note 11), p. 104. La Cour EDH a rappelé à réitérées reprises le devoir de neutralité religieuse auquel est tenu l'Etat. Voir e.g. ACEDH (GC) *Bayatyan c. Arménie* du 7 juillet 2011, § 120 ; DCEDH *Aktas c. France* du 30 juin 2009, partie « En droit », ch. 2 ; ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 107 ; ACEDH (GC) *Refah Partisi et autres c. Turquie* du 13 février 2003, § 91 ; ACEDH (GC) *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* du 26 octobre 2000, §§ 62 et 78 ; ACEDH *Manoussakis et autres c. Grèce* du 26 septembre 1996, § 47. De manière générale, sur le devoir d'agnosticisme de l'Etat dans les affaires religieuses, voir ROUSSEAU (note 8), p. 290 ; MONTESQUIEU CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE, *De l'esprit des lois*, vol. 2, Paris 1979, livre XXVI, chapitre II, p. 178 ; LOCKE (note 4), pp. 167-168, 177 et 192.

¹⁸⁴ ATF 123 I 296, consid. 4 b) cc) *Dahlab*. Ce passage est repris par la Cour EDH in DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001. Il est intéressant de relever qu'en France, où l'école a pour mission de favoriser l'égalité des sexes, il a été jugé que le voile « n'est pas en lui-même contraire aux principes que l'école doit protéger ». Autrement dit, ce symbole religieux n'a pas été jugé contraire à l'égalité des sexes. D. KESSLER, concl. sur CE (Ass.) 2 novembre 1992 *Kherouaa et autres*, Rec. CE pp. 389-390, AJDA, p. 833, cité par MOULIN (note 40), p. 233.

¹⁸⁵ DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

¹⁸⁶ ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, §§ 111, 115 et 116.

¹⁸⁷ ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, opinion dissidente de la juge TULKENS, § 12 ; MARTENET (note 42), p. 44.

¹⁸⁸ KASTANAS (note 50), p. 210.

¹⁸⁹ SEN envisage que le port du voile puisse être interdit car il représente un symbole de l'inégalité des sexes, avilissant pour les femmes, ou encore que des femmes (surtout des

pencher la balance du côté du respect de l'égalité des sexes, les opposants au port du foulard islamique soutiennent que la liberté en tant que telle de la femme est en cause et non sa liberté religieuse¹⁹⁰.

La difficulté de la pesée d'intérêts à laquelle se trouve confrontée la Cour provient entre autres de la prémisse selon laquelle le port du « voile découlerait d'une prescription coranique difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes »¹⁹¹ et contreviendrait par voie de conséquence à la liberté et à la dignité des élèves¹⁹². Or, assigner à un vêtement une signification aussi péremptoire fait fi de l'histoire du foulard et des nombreuses recherches en sciences sociales.

Le port du foulard n'est pas apparu avec l'islam, puisque près de 1700 ans avant la naissance de Mahomet, les tablettes du roi assyrien Téglat-Phalasar Ier (1116-1077 av. J.-C.) l'imposaient déjà¹⁹³. Depuis lors, ce vêtement a envahi de nombreuses latitudes, que ce soit pour des considérations d'ordre religieux ou culturel. Il n'est par conséquent guère surprenant que ce vêtement soit tenu pour un symbole polysémique.

D'une part, nous retenons quatre significations du port du voile considérées comme positives : cette manifestation permet de s'affirmer dans un contexte social d'exclusion ou de déracinement, en affirmant son identité musulmane ; ensuite, le voile peut servir de protection contre le harcèlement sexuel ; il dénote également une opposition à la société occidentale et séculière ; et enfin, il peut représenter un aspect de rébellion, des filles le portant souvent contre la volonté de leurs parents, qui eux ne sont pas pratiquants¹⁹⁴. D'autre part, il existe des raisons jugées négatives attachées au port de ce vêtement, à savoir : l'augmentation de l'intégrisme ou du fondamentalisme, engendrant une utilisation des filles comme un étendard d'un islam plus fondamentaliste, ce qui a pour conséquence d'exercer une pression sur les filles non voilées, incitées à se conformer à cette forme plus radicale de l'islam¹⁹⁵ ; et l'atmosphère de domination masculine au sein de

jeunes filles) soient contraintes de le porter. SEN AMARTYA, *The Argumentative Indian : Writings on Indian History, Culture and Identity*, Londres 2005, p. 20.

¹⁹⁰ BAUBÉROT JEAN, *La laïcité, quel héritage ? De 1789 à nos jours*, Genève 1990, p. 100.

¹⁹¹ DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

¹⁹² SOLER-COUTEAUX (note 148), p. 1444.

¹⁹³ VALLET (note 65), p. 44.

¹⁹⁴ MCGOLDRICK (note 182), pp. 61-63. Voir aussi ROCHEFORT FLORENCE, *Foulard, genre et laïcité en 1989*, in : *Vingtième siècle : revue d'histoire* 2002, n° 75 (numéro spécial : Histoire des femmes, histoire des genres), pp. 145-156, 155 ; GASPARD FRANÇOISE/KHOSROKHAVAR FAHRAD, *Le foulard et la République*, Paris 1995, pp. 37 ss ; ROMAN JOËL, *Pour un multiculturalisme tempéré*, in : *Hommes et migrations* 1996, n° 1197, pp. 18-22 ; FREEDMAN JANE, *Secularism as a Barrier to Integration ? The French Dilemma*, in : *International Migration* 2004, vol. 42 (3), pp. 5-27, 19.

¹⁹⁵ La perception politique du voile s'explique notamment en raison de son introduction dans la communauté sunnite en 1975 au Liban, puis aurait été imposée aux femmes iraniennes en 1980 après que l'ayatollah Khomeini eut pris le pouvoir. En ce sens, le voile est vu comme un symbole prosélyte. MCGOLDRICK (note 182), p. 11. Il est effectivement peu aisé de dissocier totalement la religion de son fondement politique car « à côté de chaque religion se

certaines parties de la communauté musulmane. A cet égard, des études ont révélé que la majorité des adolescentes musulmanes qui se voilent le font en raison des pressions familiales. Cependant, le port du voile leur permet alors de se sentir plus libres et représente ainsi « *a partial window to modernity from an oppressive patriarchal culture* »¹⁹⁶. Cette polysémie du foulard a aussi été rappelée par la Cour constitutionnelle allemande. Selon elle, le port du voile ne symbolise pas nécessairement la soumission de la femme à l'homme, il peut aussi manifester une certaine émancipation de la femme¹⁹⁷.

La jurisprudence de la Cour européenne ayant toujours confirmé l'interdiction du port du voile décidée par les autorités nationales, il convient d'examiner si les membres de la communauté musulmane ne font pas l'objet d'une discrimination fondée sur l'appartenance à cette communauté religieuse. En considérant la législation française de 2004, nous relevons sa neutralité apparente mais, dans les faits, les victimes se trouvent être principalement les filles musulmanes¹⁹⁸ ; un voile est plus ostentatoire que le port d'une croix chrétienne, plus aisée à dissimuler¹⁹⁹. Nous sommes par conséquent en présence d'une discrimination indirecte²⁰⁰. Il sied dès lors de s'assurer que les lois nationales, sous un voile de neutralité, ne dissimulent pas des discriminations à l'encontre d'une communauté déterminée. Pour l'heure, la Cour EDH a refusé de s'aventurer sur ce terrain miné et laisse libre cours à l'application des lois nationales.

Ensuite, l'interdiction du port du foulard se justifierait en raison de la discrimination fondée sur le sexe que véhicule ce vêtement. L'islam, tout comme les autres religions abrahamiques, ne connaît pas l'égalité des sexes en droit²⁰¹.

trouve une opinion politique qui, par affinité, lui est jointe ». DE TOCQUEVILLE ALEXIS, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Paris 1986, p. 426.

¹⁹⁶ MCGOLDRICK (note 182), p. 63 ; ROCHEFORT (note 194), p. 155. Voir aussi GASPARD/KHOSROKHAVAR (note 194), pp. 51, 55 et 199.

¹⁹⁷ BVerfGE 108, 282, 304 *Kopftuch* (reproduit in : *Revue universelle des droits de l'homme* 2004, pp. 149 ss). Voir aussi ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, opinion dissidente de la juge TULKENS, § 11.

¹⁹⁸ Il convient aussi de mentionner les garçons de religion sikhe coiffés du *keski* (sous-turban sikh). Voir e.g. DCEDH *Jasvir Singh c. France* du 30 juin 2009 ; DCEDH *Ranjit Singh c. France* du 30 juin 2009. Ces deux décisions ont été rendues le même jour que quatre autres portant sur le port par des élèves du voile islamique mentionnées à la note 172.

¹⁹⁹ Nous laissons de côté à dessein le port de la kippa juive ou du turban sikh, car nous souhaitons analyser si les musulmans sont discriminés vis-à-vis des membres de la religion majoritaire, ou de celle ayant le plus d'adhérents en France, à savoir le christianisme.

²⁰⁰ Voir toutefois DCEDH *Aktas c. France* du 30 juin 2009, partie « En droit », ch. 3 : « La Cour observe que les dispositions législatives litigieuses ne visent pas l'appartenance de cette dernière à une religion mais poursuivent notamment le but légitime de protection de l'ordre et des droits et libertés d'autrui. Elles ont pour finalité de préserver le caractère neutre et laïc des établissements d'enseignement et s'appliquent à tout signe religieux ostensible. » Concernant la législation turque à la lumière de l'arrêt *Sahin*, voir BURGORGUE-LARSEN LAURENCE/DUBOUT EDOUARD, *Le port du voile à l'université*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2006, vol. 66, pp. 183-215, 208.

²⁰¹ Bien que la sourate 4.1 du Coran parle de l'égale dignité de l'homme et de la femme en tant que créatures de Dieu, il n'en découle pas pour autant une égalité en droit entre les hommes

S'en prendre au voile musulman pour contester ce fondement inégalitaire est à son tour une discrimination inacceptable à l'encontre de la communauté musulmane. Des femmes choisissant de plein gré de porter le voile pour se conformer à une prescription coranique, nous ne saurions en inférer un acte attentatoire à leur propre liberté²⁰². Soutenir le contraire reviendrait à faire preuve de paternalisme²⁰³.

De plus, il ne faut pas perdre de vue que priver les filles d'éducation en les excluant du système scolaire ne contribuera certainement pas à un renforcement de l'égalité des sexes. Bien au contraire, cela empêchera un rééquilibrage de l'égalité des chances entre les sexes. Ainsi, le résultat de l'exclusion de ces filles du système scolaire produit l'inverse de l'effet escompté, puisqu'il met « ces jeunes filles à la merci des forces communautaires auxquelles on veut précisément les soustraire »²⁰⁴. Aussi, il en découle des conséquences néfastes tant pour les filles que pour la société prise dans son ensemble. En effet, les perspectives d'emploi et d'intégration de ces membres au sein de la société s'en trouvent d'autant amenuisées²⁰⁵. A cet égard, le Comité de la Convention relative aux droits de l'enfant a affiché sa préoccupation portant sur l'adoption de la loi française de 2004 qui serait selon lui susceptible de contrevenir au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'à son droit à l'éducation²⁰⁶.

Les élèves contraintes de porter le voile sont considérées comme des ennemies alors qu'elles sont de simples victimes²⁰⁷. Leur émancipation passe par leur meilleure intégration possible au sein de la société, intégration dont l'un des vecteurs principaux est l'école²⁰⁸. Celle-ci a pour rôle de préparer l'élève à la vie

et les femmes, ni entre les musulmans et les non-musulmans. KÜNG (note 6), p. 794. La supériorité de l'homme sur la femme est énoncée aux sourates 2.228, 2.282, et 4.38. Nous nous référons à la traduction de Kasimirski. Pour ce qui est de la Bible, voir Genèse 3, 16 ; Première épître de Paul aux Corinthiens 11, 3 ; Epître de Paul aux Ephésiens 5, 22 ; Epître de Paul aux Colossiens 3, 18.

²⁰² DELMAS-MARTY MIREILLE, *Le relatif et l'universel*, Paris 2004, p. 139.

²⁰³ ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, opinion dissidente de la juge TULKENS, § 12. Voir aussi EISGRUBER CHRISTOPHER L./SAGER LAWRENCE G., *The Vulnerability of Conscience : The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct*, in : *University of Chicago Law Review* 1994, vol. 61, pp. 1245-1316, 1258.

²⁰⁴ GASPARD/KHOSROKHAVAR (note 194), p. 210. Voir aussi RICÉUR PAUL, *La critique et la conviction* (entretien avec François Azouvi et Marc de Launay), Paris 1995, p. 205 ; LE TOURNEAU DOMINIQUE, *La laïcité à l'épreuve de l'Islam : le cas du port du « foulard islamique » dans l'école publique en France*, in : *Revue générale de droit* 1997, vol. 28, pp. 275-306, 295.

²⁰⁵ Voir mutatis mutandis ACEDH (GC) *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 171.

²⁰⁶ Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'art. 44 de la Convention. Observations finales : France, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004. Voir aussi le discours de BARACK OBAMA au Caire, le 4 juin 2009, disponible en version française sur <http://www.america.gov/st/peacesec-french/2009/June/20090604162956eafas0.5829126.html> (consulté le 9 janvier 2012).

²⁰⁷ GASPARD/KHOSROKHAVAR (note 194), p. 202.

²⁰⁸ Voir BOSSET PIERRE, *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, février 1995,

en société et le familiariser au monde qui l'entoure²⁰⁹. L'école ne doit pas renoncer à sa raison d'être en excluant certains de ses membres au motif qu'ils revêtent un symbole que la majorité n'apprécie pas, l'interdiction du port du voile par les élèves apparaissant dictée par « [l]a logique démocratique majoritaire [...] au détriment d'une logique libérale »²¹⁰. Or, comme JOHN STUART MILL le soulignait, le simple *dislike* (dégoût), ou désapprobation pour une pratique minoritaire, ne doit jamais suffire pour justifier qu'on ne la tolère pas²¹¹, « la majorité ne [pouvant] prétendre réduire la minorité au silence »²¹². « [L]a démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante »²¹³. Un régime démocratique doit par conséquent faire sien le respect des droits fondamentaux qui doit primer une éventuelle volonté populaire contraire.

Il ressort du refus de la Cour EDH de condamner les interdictions du port du voile dans les enceintes scolaires, au motif que ce symbole contrevient notamment au principe d'égalité des sexes, que les ennemis du principe de non-discrimination, c'est-à-dire les partisans du port du voile, ne sauraient s'en prévaloir. C'est toutefois oublier que l'Etat n'est pas habilité à se prononcer sur la valeur d'un symbole religieux et que l'interdiction des symboles religieux portés par les élèves en milieu scolaire discrimine au premier chef les membres de la communauté musulmane qui se voient éventuellement privés de leur droit à l'éducation. Quant à l'école, elle ne peut remplir sa mission d'intégration. A la lumière de la jurisprudence européenne, la communauté musulmane apparaît discriminée en raison du port du voile par certaines de ses membres.

b) Le crucifix

Les symboles religieux au sein des classes scolaires n'ont pas donné lieu à une riche jurisprudence de l'instance strasbourgeoise. A ce jour, seule l'Italie a eu à se

pp. 29-41 ; BOSSET PIERRE, Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, février 2005, pp. 2 ss.

²⁰⁹ CEES MARIS, Laïcité in the Low Countries? On Headscarves in a Neutral State, Jean Monnet Working Paper 14/07, pp. 23 et 26. D'un autre avis, KINTZLER s'oppose au port de signes religieux dans les écoles. Selon elle, « [l]'école n'a donc pas pour tâche première d'ouvrir l'enfant à un monde qui ne l'entoure que trop : elle doit lui découvrir ce que ce monde lui cache. Il ne s'agit pas d'adapter, ni d'épanouir, mais d'émanciper ». KINTZLER CATHERINE, Aux fondements de la laïcité scolaire : essai de décomposition raisonnée du concept de laïcité, in : Les Temps Modernes 1990, n° 527, pp. 82-90, 86.

²¹⁰ Voir *mutatis mutandis* ROLLAND (note 62), p. 283.

²¹¹ MILL JOHN S., De la liberté, Paris 1990, pp. 203-204. Voir aussi ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 107.

²¹² ATF 101 Ia 252, consid. 3 c) *Ernst*.

²¹³ ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 108 ; ACEDH *Valsamis c. Grèce* du 18 décembre 1996, § 27 ; ACEDH (SP) *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, § 63. Voir aussi ROLLAND (note 62), p. 277.

défendre dans une affaire se rapportant à la présence du crucifix dans des salles de classe²¹⁴. Par contre, divers Etats parties à la CEDH ont connu des procédures topiques au plan interne, sans pour autant que celles-ci ne donnent lieu à des requêtes déposées devant le juge européen, qu'il s'agisse de l'Italie²¹⁵, de l'Allemagne²¹⁶, de la Pologne²¹⁷, de la Roumanie²¹⁸, de l'Espagne²¹⁹ et de la Suisse²²⁰.

Nous retrouvons avec le crucifix la problématique de la polysémie du symbole. En effet, les arrêts de Chambre et de Grande Chambre dans l'affaire *Lautsi* révèlent déjà des positions distinctes quant à la signification du crucifix. Si les juges de l'arrêt de Chambre considèrent le crucifix comme un symbole religieux fort²²¹ au même titre que le foulard islamique²²², les juges de la Grande Chambre ne partagent pas cette approche et soulignent le caractère essentiellement passif de ce symbole²²³. Il n'en demeure pas moins que « la réglementation [sur le crucifix] donne à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire »²²⁴. En tant que symbole apposé par l'Etat, il est patent qu'une protection doit être accordée aux minorités religieuses qui pourraient être confrontées à ce symbole. Ainsi, si le voile islamique est protégé par une liberté publique dont les individus sont titulaires, le crucifix apposé sur le mur d'une salle de classe soulève la question de la neutralité des autorités publiques. Contrairement au port du voile par une enseignante, l'Etat n'est pas titulaire de la liberté religieuse et ne peut par conséquent opposer ce droit à une demande de parents ou d'élèves se plaignant de la présence de ce symbole religieux au sein de la classe²²⁵.

Dans la mesure où le crucifix représente la religion majoritaire ou tout du moins celle connaissant le plus d'adhérents, le principe de non-discrimination, en tant que droit protégeant avant tout les minorités, ne saurait être invoqué par les membres de la communauté chrétienne pour exiger son maintien²²⁶. Par contre, à défaut d'un droit spécifique visant la protection des membres des communautés

²¹⁴ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011 ; ACEDH *Lautsi c. Italie* du 3 novembre 2009.

²¹⁵ PANARA CARLO, *Lautsi v. Italy* : The Display of the Religious Symbols by the State, in : European Public Law 2011, vol. 17 (1), pp. 139-168, 152-156 ; BRIBOSIA/RORIVE (note 179), pp. 966-967.

²¹⁶ BVerfGE 93,1 du 16 mai 1995 *Kruzifix*.

²¹⁷ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, § 28.

²¹⁸ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, § 28.

²¹⁹ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, § 28.

²²⁰ ATF 116 Ia 252 = JT 1992 I 5 *Comune di Cadro*.

²²¹ La Cour EDH parle de « signe extérieur fort ». ACEDH *Lautsi c. Italie* du 3 novembre 2009, § 54.

²²² DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

²²³ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, §§ 72-73.

²²⁴ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, § 71.

²²⁵ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, opinion dissidente du juge MALINVERNI, § 6.

²²⁶ Ils peuvent par contre sans autre se prévaloir de leur liberté religieuse (art. 15 CEDH).

minoritaires, ces derniers disposent du principe de non-discrimination pour se plaindre de l'absence de neutralité des autorités étatiques. Dans l'arrêt *Lautsi*, les requérants ont invoqué ce principe pour exiger le retrait du crucifix de la salle de classe. Ils estiment avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire par rapport aux élèves et aux parents de religion catholique²²⁷.

Le respect des minorités doit conduire au bannissement de tout symbole qui pourrait faire sentir des membres de la communauté scolaire comme étrangers. La majorité ne doit pas imposer ses vues, même subrepticement, aux personnes qui n'appartiennent pas à la confession majoritaire. « Si tous les hommes moins un partageaient la même opinion, ils n'en auraient pas pour autant le droit d'imposer silence à cette personne »²²⁸.

3. La discrimination à l'encontre des communautés religieuses minoritaires

La notion de minorité est une question de fait plutôt que de droit²²⁹. En effet, la minorité doit s'examiner de façon casuistique et en fonction de divers critères précis, tels que l'aire géographique considérée (nationale, régionale ou communale), une minorité nationale pouvant constituer une communauté majoritaire sur un territoire donné et vice versa. Dans le cadre de la liberté de religion, les communautés religieuses minoritaires sont à l'origine de la majeure partie du contentieux devant la Cour EDH, vraisemblablement à cause de la crainte qu'elles ont de faire l'objet de discriminations fondées sur leurs convictions en raison de leur statut de minorité²³⁰.

Au vu des différences de traitement que la Cour EDH applique dans le domaine des symboles religieux en milieu scolaire, il appert que la communauté musulmane se voit discriminée puisque seuls ses symboles sont pour l'heure relégués hors de l'école²³¹. La religion chrétienne, et plus particulièrement catholique, n'a à ce jour pas eu à s'effacer des manifestations étatiques malgré la diversification croissante des sociétés européennes. En effet, l'Italie a reçu le sceau strasbourgeois en égard à sa pratique relative à la présence du crucifix dans la salle de classe. Force est dès lors de constater que la religion chrétienne traditionnelle jouit d'un traitement préférentiel de la part du juge européen. Cette

²²⁷ ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, § 79.

²²⁸ MILL (note 211), p. 85 ; Voir aussi SANDEL (note 16), p. 49 ; ACEDH (GC) *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, § 45.

²²⁹ THORBERRY/MARTIN ESTÉBANEZ (note 7), p. 42.

²³⁰ GONZALEZ (note 30), pp. 53-54.

²³¹ La balance se trouve plus équilibrée toutefois lorsqu'il s'agit de restreindre la liberté d'expression pour protéger les sentiments religieux des chrétiens et des musulmans. Voir ACEDH *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996 ; ACEDH *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994 ; respectivement ACEDH *I.A. c. Turquie* du 13 septembre 2005 ; ACEDH *Gündüz c. Turquie* du 4 décembre 2003.

divergence dans le traitement de la religion majoritaire et des diverses communautés minoritaires soulève trois questions : l'importance pratique de l'art. 14 CEDH ; l'ampleur et la signification de la marge nationale d'appréciation ; ainsi que le rôle du principe de faveur (art. 53 CEDH).

a) L'importance pratique de l'art. 14 CEDH

Dans nombre d'arrêts, l'art. 14 CEDH, lorsque invoqué de concert avec l'art. 9 CEDH ou avec l'art. 2 P-1 CEDH, connaît de faibles développements²³². Toutefois, des arrêts récemment rendus par la Cour révèlent une tendance à des développements plus importants sous l'angle de l'interdiction de la discrimination religieuse²³³.

En effet, la Cour considérait originellement le grief tiré de l'art. 14 CEDH comme purement complémentaire. Autrement dit, si elle constatait une violation de l'autre droit invoqué, elle n'examinait pas le cas sous l'angle de l'interdiction de la discrimination²³⁴, à moins qu'« une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige »²³⁵. Néanmoins, cette approche jurisprudentielle a évolué ; l'examen de l'interdiction de la discrimination devient progressivement principal²³⁶. L'approche adoptée parfois par la Cour la conduit même à examiner prioritairement la question d'une éventuelle violation de l'art. 14 CEDH²³⁷. Il convient toutefois de retenir le manque d'indépendance dont jouit cette disposition pour déployer son plein effet utile. Le protocole n° 12 n'ayant, à ce jour, recueilli que dix-huit ratifications, il ne possède par la force des choses qu'un impact très limité et ne pourra remédier dans un avenir proche au sein de l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe à l'écueil dont est doté l'art. 14 CEDH.

²³² Voir ACEDH *Leela Förderkreis E.V. c. Allemagne* du 6 novembre 2008, §§ 102 et 104-105 ; ACEDH (GC) *Folgero et autres c. Norvège* du 29 juin 2007, § 105 ; ACEDH *Ivanova c. Bulgarie* du 12 avril 2007, § 79 ; ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 165 ; ACEDH *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova* du 13 décembre 2001, § 134.

²³³ ACEDH *Lang c. Autriche* du 19 mars 2009, §§ 22-32 ; ACEDH *Gütl c. Autriche* du 12 mars 2009, §§ 30-40 ; ACEDH *Löffelmann c. Autriche* du 12 mars 2009, §§ 45-55 ; ACEDH *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche* du 31 juillet 2008, §§ 87-99 ; ACEDH *97 Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et 4 autres c. Géorgie* du 3 mai 2007, §§ 138-142.

²³⁴ SUDRE (note 6), p. 279. Voir toutefois ACEDH *Eglise catholique de Canée c. Grèce* du 16 décembre 1997, § 47.

²³⁵ ACEDH *Aziz c. Chypre* du 22 juin 2004, § 35 ; ACEDH (GC) *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, § 89 ; ACEDH (GC) *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 67.

²³⁶ SUDRE (note 6), p. 279.

²³⁷ ACEDH *Unal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, § 40 ; ACEDH *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, § 23.

b) La mesure et la signification de la marge nationale d'appréciation

De manière générale, la question des droits de l'homme connaît *volens nolens* une application qui diverge au sein des divers Etats de la communauté internationale²³⁸. La théorie de la marge nationale d'appréciation^{239, 240}, expression de cette diversité internationale et du principe de subsidiarité²⁴¹ de l'ordre juridique supranational par rapport à l'ordre interne²⁴², connaît une importance

²³⁸ DONNELLY (note 27), p. 283.

²³⁹ Cette théorie a été inventée par la Commission européenne des droits de l'homme (DCEDH *Grèce c. Royaume-Uni* du 26 septembre 1958, § 318 ; GREER STEVEN, *The Margin of Appreciation : Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No 17, Strasbourg 2000, p. 5), puis a été implicitement reprise par la Cour EDH au début des années 1960 (DELMAS-MARTY [note 202], p. 406 ; ERGEC RUSEN, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles 2004, p. 117 ; KASTANAS ELIAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1996, p. 113 ; ACEDH *Lawless c. Irlande [n° 3]* du 1er juillet 1961, § 28). Pour une mention explicite, voir l'opinion de MM. Waldock, Berg, Faber, Crosbie et Erim dans le rapport du 19 décembre 1959, en l'affaire *Lawless c. Royaume-Uni*, § 90 ; ACEDH (SP) *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 48 ; ACEDH (SP) *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, § 207.

²⁴⁰ De manière générale sur cette théorie, voir ARAI-TAKAHASHI YUTAKA, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anvers 2002 ; CALLEWAERT JOHAN, *Quel avenir pour la marge d'appréciation ?*, in : MAHONEY PAUL ET AL. (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne 2000, pp. 147-166 ; YOUROW HOWARD CHARLES, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haye 1996 ; BREMS EVA, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in : *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, vol. 56, pp. 240-314 ; PREBENSEN SOREN C., *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*, in : *Human Rights Law Journal* 1998, vol. 19, pp. 13-17 ; SCHOKKENBROEK JEROEN, *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law on the European Court of Human Rights*, in : *Human Rights Law Journal* 1998, vol. 19, pp. 30-36.

²⁴¹ En effet, « c'est en premier lieu au juge national qu'il incombe d'interpréter et d'appliquer le droit interne ». ACEDH *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010, § 65.

²⁴² ACEDH (SP) *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 48 ; ACEDH (SP) *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* du 23 juillet 1968, § 10 in fine. Voir aussi les art. 1 et 13 CEDH qui énoncent que la responsabilité première d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe aux autorités nationales ; PASTOR RIDRUEJO JOSÉ ANTONIO, *Droit international et droit international des droits de l'homme – Unité ou fragmentation ?*, in : BREITENMOSEER STEPHAN ET AL. (éd.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law = Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat = Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit : liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich 2007, pp. 537-549, 540 ; GONZALEZ GÉRARD, *Liberté d'expression et convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 8 : *La liberté d'expression*, Caen 2010, pp. 91-102, 95 ; KASTANAS (note 239), p. 174 ; SUDRE (note 6), pp. 228-229.

particulière dans les domaines de l'école²⁴³ et de la religion²⁴⁴, près carrés des politiques nationales et dans lesquels par conséquent la Cour ne s'aventure qu'avec une grande parcimonie. L'ampleur de la marge nationale d'appréciation est « vertigineuse » en rapport avec la réglementation des relations entre l'Etat et les communautés religieuses²⁴⁵. Dans le cadre de l'éducation, plus le degré d'éducation est élevé, plus la marge d'appréciation s'amplifie²⁴⁶. Autrement dit, cette dernière est plus restreinte dans le cadre de l'instruction primaire que lorsque la Cour se penche sur des affaires portant sur les études supérieures. La Cour EDH laisse une marge d'appréciation aux autorités nationales « tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante »²⁴⁷. Précisons toutefois que l'art. 14 CEDH représente une cautèle face à d'éventuels excès de la part des autorités nationales dans leur traitement des groupes vulnérables²⁴⁸, même si les autorités nationales jouissent également d'une marge d'appréciation pour instituer des différences de traitement entre des situations jugées similaires²⁴⁹.

La théorie de la marge nationale d'appréciation répond à un souci des instances strasbourgeoises d'une meilleure application de leurs jugements en préservant autant que faire se peut les spécificités locales en instituant un contrôle plus lâche lors de l'examen de la proportionnalité des décisions nationales²⁵⁰. L'examen de la proportionnalité d'une restriction apportée à un droit garanti par la CEDH représente *ipso facto* une limitation que la Cour s'impose ; il en découle l'exigence de compatibilité de la mesure nationale avec la CEDH plutôt que de conformité²⁵¹. Par ailleurs, plus la marge d'appréciation laissée aux Etats parties est grande, moins la solution retenue par la Cour EDH sera transposable à un autre cas d'espèce en raison du poids accordé aux spécificités locales²⁵².

Les Etats contractants jouissent grâce à cette théorie d'une marge de manœuvre lorsqu'ils ont à se prononcer sur la justification d'une différence de traitement par rapport à un cas similaire au vu des particularismes locaux²⁵³. « L'ampleur de la

²⁴³ L'Etat jouit d'une marge d'appréciation quasi absolue dans le cadre de l'aménagement de son programme scolaire (art. 2, 1ère phr. P-1 CEDH), par contre, cette marge est plus limitée eu égard à la diffusion des connaissances (art. 2, 2e phr. P-1 CEDH). GONZALEZ (note 30), p. 171.

²⁴⁴ Concernant la religion, voir ACEDH *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, § 44 ; DCEDH *Aktas c. France* du 30 juin 2009, partie « En droit », ch. 2 ; ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 109. Voir aussi KASTANAS (note 50), p. 210.

²⁴⁵ GONZALEZ (note 172), p. 2080.

²⁴⁶ ACEDH *Anatoliy Ponomaryov et Vitaliy Ponomaryov c. Bulgarie* du 21 juin 2011, § 56.

²⁴⁷ ACEDH (SP) *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 49.

²⁴⁸ ACEDH (SP) *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, § 72 ; GONZALEZ (note 30), p. 171.

²⁴⁹ ACEDH *Savez Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie* du 9 décembre 2010, § 85.

²⁵⁰ MARTENET/PÉTERMANN (note 30), p. 211 ; GONZALEZ (note 30), p. 171.

²⁵¹ GONZALEZ (note 30), p. 221.

²⁵² GONZALEZ (note 30), p. 182.

²⁵³ ACEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, § 36 ; ACEDH (GC) *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008, § 60.

marge d'appréciation [...] varie en fonction du contexte [...]. Parmi les éléments pertinents figurent la nature du droit conventionnel en jeu, son importance pour l'individu et le genre des activités en cause »²⁵⁴. Dans le cadre du principe de non-discrimination, la Cour accorde une marge d'appréciation plus large lorsqu'il ne s'agit pas d'une caractéristique intrinsèque, telle que la religion, par opposition au sexe ou à la race²⁵⁵. Un droit fondamental peut ainsi arborer des contours très différents au sein d'Etats parties à une même Convention. La théorie de la marge nationale d'appréciation est une excellente preuve que le droit international n'est pas garant d'une application égale des droits qu'il consacre. Le relativisme culturel implique de montrer une forme de déférence aux différentes cultures²⁵⁶. Comme un même droit peut avoir diverses conceptions de par le monde et que sa mise en œuvre peut également refléter certains particularismes, d'aucuns parlent plutôt d'universalité relative des droits de l'homme²⁵⁷. Un droit fondamental se comprend à la lumière des critères qu'une société lui attribue et non de manière abstraite²⁵⁸. Nous pouvons dès lors parler de discrimination *ratione loci*, au sens d'une différence de traitement fondée sur le lieu où le traitement s'opère²⁵⁹.

Dans les faits, le juge européen admettant facilement l'existence d'un but légitime dans l'examen de la restriction de la liberté religieuse de l'élève, l'essentiel du raisonnement de la Cour s'opère sur la nécessité de cette restriction au sein d'une société démocratique²⁶⁰. Dans ce cadre, la Cour EDH recourt amplement à la théorie de la marge nationale d'appréciation pour justifier les restrictions à la liberté religieuse imposées par les autorités nationales aux étudiantes portant le voile islamique²⁶¹. Il ressort de l'usage de cette théorie que la dimension individuelle de la liberté religieuse cède aisément le pas à des principes tels que la laïcité de l'Etat²⁶². Or, un tel principe ne figure pas à l'art. 9 § 2 CEDH comme un but légitime justifiant une restriction de la liberté religieuse²⁶³. En d'autres termes,

²⁵⁴ ACEDH *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, § 74. Voir aussi ACEDH *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, § 37 ; ACEDH *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, § 50 ; KOLB ROBERT, Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux : dix exemples tirés de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in : *Revue universelle des droits de l'homme* 1999, vol. 11 (4-6), pp. 125-136, 133.

²⁵⁵ ACEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, § 47.

²⁵⁶ DONNELLY (note 27), p. 294.

²⁵⁷ DONNELLY (note 27), p. 299.

²⁵⁸ DONNELLY (note 27), p. 294 ; THE EXECUTIVE BOARD, AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION, Statement on Human Rights, in : *American Anthropologist*, New Series, 1947, vol. 49 (4), Part 1, pp. 539-543, 543.

²⁵⁹ Dans le même sens, voir GONZALEZ (note 30), p. 202.

²⁶⁰ MARTENET/PÉTERMANN (note 30), p. 208.

²⁶¹ ACEDH *Dogru c. France* du 4 décembre 2008, § 63 ; ACEDH *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008, § 63 ; ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, §§ 108-109. Voir aussi MARTENET (note 42), p. 36 ; RENUCCI (note 83), p. 210.

²⁶² MARTENET (note 42), p. 46. Voir aussi ACEDH (GC) *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, opinion dissidente de la juge TULKENS, § 5.

²⁶³ MARTENET/PÉTERMANN (note 30), p. 209 ; GONZALEZ (note 172), p. 2081.

la Cour « superpose » le principe de laïcité à celui de société démocratique tel que véhiculé par la CEDH²⁶⁴.

c) Le principe de faveur

La question du principe de faveur, ancré à l'art. 53 CEDH semble *prima facie* dénuée de pertinence dans le cadre de cette étude. En effet, lorsque la marge nationale d'appréciation est d'une ampleur telle que toute harmonisation de la protection des droits fondamentaux à l'échelon européen est illusoire, le principe de faveur ne nous est d'aucun secours, le filet de protection minimale européen étant fictif. Ce principe permettant à un Etat partie de protéger plus largement les droits garantis par la Convention rend ce dernier totalement libre de ses agissements puisqu'aucune garantie minimale ou presque ne semble s'imposer aux Etats membres dans le domaine de la religion et de l'éducation. Précisons par ailleurs que les Etats, demeurant relativement libres eu égard aux symboles religieux dans le champ scolaire, peuvent également protéger plus largement la liberté religieuse des minorités religieuses. L'interdiction du crucifix dans la salle de classe décidée par le Tribunal fédéral en 1990²⁶⁵ dénote une protection plus large de la liberté religieuse des non adhérents à la religion majoritaire que le récent arrêt *Lautsi*. Il en résulte que la marge nationale d'appréciation permet de parvenir à un tel résultat sans qu'un recours au principe de faveur ne soit effectué.

Autre, cependant, est le cas de l'interdiction de la discrimination. Les Etats, telle la Suisse, connaissent dans leur droit national des dispositions ancrant un droit à la non-discrimination qui offre une protection plus large que ne le fait l'art. 14 CEDH²⁶⁶. A titre d'exemple, l'art. 8 al. 2 Cst. consacre un droit indépendant, ne requérant pas, contrairement à l'art. 14 CEDH, l'allégation d'un autre droit. Tant que le protocole n° 12 ne sera pas d'application dans l'ensemble de la Grande Europe, il sera d'intérêt d'examiner si les autorités nationales ne sont pas tenues via le principe de faveur d'appliquer de manière indépendante cette garantie de l'Etat de droit de par leur ordre juridique interne, sous réserve de l'inéluctable marge d'appréciation dont elles jouissent.

Conclusion

L'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine scolaire se révèle un droit peu évident à manier. La complexité de définir la religion nous convainc que seule une acception très large de ce terme permet de protéger les minorités

²⁶⁴ GONZALEZ (note 172), p. 2081.

²⁶⁵ ATF 116 Ia 252 = JT 1992 I 5 *Comune di Cadro*.

²⁶⁶ HOTTELIER (note 104), pp. 248-249.

religieuses de la discrimination, comprise comme une différence de traitement opérée au détriment d'un groupe que l'histoire a marginalisé.

La CEDH garantit expressément le droit à la non-discrimination même si ce droit est d'une portée limitée, puisque bien qu'autonome, il ne jouit pas d'indépendance et doit nécessairement être invoqué de pair avec un autre droit que la Convention garantit. Cet écueil n'a pour l'heure que partiellement été surmonté à travers l'adoption du protocole n° 12, qui fait de la non-discrimination un droit indépendant. Malheureusement, cet instrument n'a pour l'heure été ratifié que par dix-huit Etats. Par conséquent, l'art. 14 CEDH conserve toute sa pertinence pour les Etats n'ayant pas ratifié le protocole n° 12.

La question de la discrimination religieuse dans le domaine scolaire est d'une grande importance quand on pense au rôle fondamental que cette institution est amenée à remplir dans la formation et l'intégration sociale des jeunes générations. Or la jurisprudence européenne relative aux symboles religieux dans la salle de classe révèle un certain parti pris du juge européen en faveur de la religion chrétienne. Selon ce dernier, l'Etat conserve le droit d'apposer un crucifix dans la classe, tandis que les filles musulmanes voilées doivent se découvrir pour pénétrer dans l'enceinte scolaire, alors que le devoir de neutralité religieuse est censé s'appliquer au premier mais non aux secondes.

La discrimination dans l'accès à la salle de classe de la communauté musulmane, encore minoritaire au sein de l'écrasante majorité des Etats de la Grande Europe, confirmée par le juge européen, prouve les limites auxquelles la protection des droits humains est confrontée à l'échelon international. La souveraineté étatique et les particularismes locaux, fondements du relativisme culturel, ont encore de belles années à vivre. Quant aux minorités religieuses, le respect de leurs manifestations ne semble pas pour un avenir proche. Puissent ces minorités ne pas attendre aussi longtemps que Vladimir et Estragon pour voir leurs droits enfin respectés et le funeste constat de DUVERGER (« [l]e droit est rarement ce qu'il doit être : il exprime des rapports de force plutôt que l'équité »²⁶⁷) infirmé !

²⁶⁷ DUVERGER (note 15), p. 269.

Bibliographie

- ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL, Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ?, in : LICHÈRE FRANÇOIS/POTVIN-SOLIS LAURENCE/RAYNOUARD ARNAUD (éd.), Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Bruxelles 2004, pp. 167-192.
- ARAI-TAKAHASHI YUTAKA, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Anvers 2002.
- ATTIAS JEAN-CHRISTOPHE/BENBASSA ESTHER, Petite histoire du judaïsme, Paris 2009.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. III, Neuchâtel 1982.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, Berne 2013.
- BAUBÉROT JEAN, Petite histoire du christianisme, Paris 2008.
- BAUBÉROT JEAN, Les laïcités dans le monde, Paris 2007.
- BAUBÉROT JEAN, La laïcité, quel héritage ? De 1789 à nos jours, Genève 1990.
- BELLANGER FRANÇOIS, Le régime administratif des cultes en Suisse, in : Annuaire européen d'administration publique 1999, vol. XXII, pp. 261-288.
- BELLANGER FRANÇOIS, Sectes, religions et dérives sectaires, in : L'Etat face aux dérives sectaires, Bâle/Genève 2000, pp. 27-40.
- BELLANGER FRANÇOIS, Rapport général, in : Audit sur les dérives sectaires, Rapport du groupe d'experts genevois au Département de justice et police et des transports du canton de Genève, Genève 2007, pp. 11-45.
- BENVENISTE EMILE, Le vocabulaire des institutions indo-européennes, vol. II, Paris 1969.
- BOSSET PIERRE, Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, février 2005.
- BOSSET PIERRE, Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, février 1995.
- BOURDIEU PIERRE/PASSERON JEAN-CLAUDE, Les héritiers : les étudiants et la culture, Paris 2008.
- BREMS EVA, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1996, vol. 56, pp. 240-314.
- BRESSLER SONIA/SIMARD DAVID, La laïcité, Paris 2006.
- BRIBOSIA EMMANUELLE/RORIVE ISABELLE, Le voile à l'école : une Europe divisée, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme 2004, vol. 60, pp. 951-983.
- BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Berne 1931.

- BURGORGUE-LARSEN LAURENCE/DUBOUT EDOUARD, Le port du voile à l'université, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme 2006, vol. 66, pp. 183-215.
- CALLEWAERT JOHAN, Quel avenir pour la marge d'appréciation ?, in : MAHONEY PAUL ET AL. (éd.), Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Cologne 2000, pp. 147-166.
- CAMPICHE ROLAND J., La religion visible : pratiques et croyances en Suisse, Lausanne 2010.
- CEES MARIS, Laïcité in the Low Countries ? On Headscarves in a Neutral State, Jean Monnet Working Paper 14/07.
- CHAVOT PIERRE, Le dictionnaire de Dieu, Paris 2003.
- CICERO MARCUS TULLIUS, De la nature des dieux, vol. II, 78, cité par BORGEAUD PHILIPPE, Aux origines de l'histoire des religions, Paris 2004.
- COMTE-SPONVILLE ANDRÉ, L'Esprit de l'athéisme : introduction à une spiritualité sans Dieu, Paris 2008.
- CONSEIL DE L'EUROPE, La non-discrimination : un droit fondamental : séminaire marquant l'entrée en vigueur du protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg 2006.
- DAMIEN ANDRÉ, Islam de France ou Islam en France : essai de réponse à la crise culturelle de l'Islam, in : Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998.
- DEBÈNE MARC, Du droit à l'éducation à l'éducation au droit : les droits des élèves, in : Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998, pp. 63-83.
- DELMAS-MARTY MIREILLE, Le relatif et l'universel, Paris 2004.
- DE SALVIA MICHELE, Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : CONDORELLI LUIGI ET AL. (éd.), Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruxelles 2004, vol. I, pp. 591-606.
- DE TOCQUEVILLE ALEXIS, De la démocratie en Amérique, vol. I, Paris 1986.
- DONNELLY JACK, The Relative Universality of Human Rights, in : Human Rights Quarterly 2007, vol. 29, pp. 281-306.
- DUBET FRANÇOIS, Les places et les chances : repenser la justice sociale, Paris 2010.
- DUPUY PIERRE-MARIE/BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE, Premier protocole additionnel : article 2, in : PETTITI LOUIS-EDMOND/DECAUX EMMANUEL/IMBERT PIERRE-HENRI (éd.), La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article, Paris 1999, pp. 999-1010.
- DUVERGER MAURICE, Introduction à la politique, Paris 1964.
- EHRENZELLER BERNHARD, L'avenir est-il à une séparation de l'Eglise et de l'Etat ou à de nouvelles formes de coopération ?, in : GEROSA LIBERO/PAHUD DE MORTANGES RENÉ (éd.), Eglise catholique et Etat en Suisse, Genève/Bâle/Zurich 2010, pp. 59-77.
- EISGRUBER CHRISTOPHER L./SAGER LAWRENCE G., The Vulnerability of Conscience : The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct, in : University of Chicago Law Review 1994, vol. 61, pp. 1245-1316.

- ERGEK RUSEN, Protection européenne et internationale des droits de l'homme, Bruxelles 2004.
- EVANS CAROLYN/Thomas Christopher A., Church-State Relations in the European Court of Human Rights, in : Brigham Young University Law Review 2006, pp. 699-726.
- EVANS MALCOLM D., Religious Liberty and International Law in Europe, Cambridge 1997.
- FOESSEL MICHAËL, La religion (textes choisis et présentés par), Paris 2000.
- FREEDMAN JANE, Secularism as a Barrier to Integration ? The French Dilemma, in : International Migration 2004, vol. 42 (3), pp. 5-27.
- GARLICKI LECH/JANKOWSKA-GILBERG MAGDALENA, Religiöse Aspekte im öffentlichen Schulsystem vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR, in : EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (éd.), Religionsfreiheit im Verfassungsstaat, Zurich 2011, pp. 121-134.
- GASPARD FRANÇOISE/KHOSROKHAVAR FAHRAD, Le foulard et la République, Paris 1995.
- GIGER HANS, Religion und Recht : Spurensuche nach dem Einfluss der Zehn Gebote auf die Schweizer Rechtsordnung, in : HEER MARIANNE ET AL. (éd.), « Toujours agité – jamais abattu » : Festschrift für Hans Wiprächtiger, Bâle 2011, pp. 587-611.
- GONZALEZ GÉRARD, Liberté d'expression et convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n° 8 : La liberté d'expression, Caen 2010, pp. 91-102.
- GONZALEZ GÉRARD, Rideau sur le voile et autres signes ostensibles, in : AJDA : l'actualité juridique Droit administratif du 9 novembre 2009, pp. 2077-2082.
- GONZALEZ GÉRARD, Quelle liberté de religion et d'association pour l'Eglise de scientologie ?, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme 2007, vol. 72, pp. 1137-1151.
- GONZALEZ GÉRARD, La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions, Paris 1997.
- GREER STEVEN, The Margin of Appreciation : Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files No 17, Strasbourg 2000.
- HANGARTNER YVO, Rechtsprobleme des Schächtverbots : Zugleich ein Beitrag zur Ungültigerklärung eidgenössischer Verfassungsinitiative wegen Verletzung faktisch zwingenden Völkerrechts, in : AJP/PJA 2002, n° 9, pp. 1022-1036.
- HERVIEU-LÉGER DANIÈLE, Le pèlerin et le converti, Paris 1999.
- HILTI MARTIN, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz, Bâle 2008.
- HOTTELIER MICHEL, De l'absence d'autonomie à l'indépendance : histoire et évolution de l'article 14 CEDH, in : AUER ANDREAS ET AL. (éd.), Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Bâle/Genève/Munich 2001, pp. 245-264.
- KARLEN PETER, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zurich 1988.
- KASTANAS ELIAS, La protection des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : AUER ANDREAS ET AL. (éd.), Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du professeur Giorgio Malinverni, Genève/Zurich/Bâle 2007, pp. 197-218.

- KASTANAS ELIAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1996.
- KINTZLER CATHERINE, *Aux fondements de la laïcité scolaire : essai de décomposition raisonnée du concept de laïcité*, in : *Les Temps modernes* 1990, n° 527, pp. 82-90.
- KISS ALEXANDRE, *Les garanties internationales de la liberté des religions, mais de quelles religions ?*, in : *Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*. Mélanges Raymond Goy, Rouen 1998, pp. 199-206.
- KOLB ROBERT, *Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux : dix exemples tirés de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : *Revue universelle des droits de l'homme* 1999, vol. 11 (4-6), pp. 125-136.
- KÜNG HANS, *L'Islam*, Paris 2010.
- LACTANCE, *Institutions divines*, Paris 1992.
- LALANDE ANDRÉ, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, Paris 1997.
- LANDAU EVE C., *Reflections on the Right to Education – The European Perspective*, in : KOHEN MARCELO G. (éd.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law = La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden 2007, pp. 281-305.
- LE TOURNEAU DOMINIQUE, *La laïcité à l'épreuve de l'Islam : le cas du port du « foulard islamique » dans l'école publique en France*, in : *Revue générale de droit* 1997, vol. 28, pp. 275-306.
- LEVINET MICHEL, *La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2011, vol. 87, pp. 481-498.
- LEVINET MICHEL, *Le droit à l'instruction*, in : SUDRE FRÉDÉRIC/MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE/ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL/GOUTTENOIRE ADELIN/LEVINET MICHEL, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2009, pp. 594-603.
- LOCKE JOHN, *Lettre sur la tolérance*, in : *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris 2007, pp. 161-240.
- MACLURE JOCELYN/TAYLOR CHARLES, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris 2010.
- MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel*, vol. II : *Droits fondamentaux*, Neuchâtel 2010.
- MARTENET VINCENT, *La liberté religieuse et l'interdiction des discriminations en matière religieuse dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in : EPINEY ASTRID ET AL. (éd.), *Religions et migration en droit européen et implications pour la Suisse*, Zurich 2009, pp. 17-46.
- MARTENET VINCENT/PÉTERMANN NATHANAËL, *Sport à l'école et liberté religieuse*, in : MAHON PASCAL/NGUYEN MINH SON (éd.), *L'activité et l'espace : droit du sport et aménagement du territoire*. Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011, pp. 203-223.
- MCGOLDRICK DOMINIC, *Human Rights and Religion : The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford 2006.

- MILL JOHN S., *De la liberté*, Paris 1990.
- MONTESQUIEU CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE, *De l'esprit des lois*, vol. 2, Paris 1979.
- MOURGEON JACQUES, *L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit*, in : CONDORELLI LUIGI ET AL. (éd.), *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles 2004, pp. 1265-1282.
- NAY GIUSEP, *Grund- und Menschenrechte religiöser Minderheiten*, in : HEER MARIANNE ET AL. (éd.), « *Toujours agité – jamais abattu* » : *Festschrift für Hans Wiprächtiger*, Bâle 2011, pp. 613-618.
- PANARA CARLO, *Lautsi v. Italy : The Display of the Religious Symbols by the State*, in : *European Public Law* 2011, vol. 17 (1), pp. 139-168.
- PASTOR RIDRUEJO JOSÉ ANTONIO, *Droit international et droit international des droits de l'homme – Unité ou fragmentation ?*, in : BREITENMOSER STEPHAN ET AL. (éd.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law = Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat = Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit : liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich 2007.
- PERONI LOURDES/TIMMER ALEXANDRA, *Bah v. UK : On Immigration, Discrimination and Worrisome Reasoning*, 12 octobre 2011, disponible sur <http://strasbourgobservers.com/2011/10/12/bah-v-uk-on-immigration-discrimination-and-worrisome-reasoning/>(consulté le 9 janvier 2012).
- POUPARD PAUL, *Les religions*, Paris 2001.
- POULTER SEBASTIAN, *Muslim Headscarves in School : Contrasting Legal Approaches in England and France*, in : *Oxford Journal of Legal Studies* 1997, vol. 17 (1), pp. 43-74.
- PREBENSEN SOREN C., *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*, in : *Human Rights Law Journal* 1998, vol. 19, pp. 13-17.
- RABAUT ST ETIENNE JEAN-PAUL, *Œuvres*, Paris 1826, cité in : PENA-RUIZ HENRI (textes choisis et présentés par), *La laïcité*, Paris 2003.
- RAWLS JOHN, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice*, Paris 2008.
- RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris 2007.
- RICŒUR PAUL, *La critique et la conviction (entretien avec François Azouvi et Marc de Launay)*, Paris 1995.
- RIGAUX FRANÇOIS, *La liberté d'expression et ses limites*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1995, vol. 23, pp. 401-415.
- ROCHFORT FLORENCE, *Foulard, genre et laïcité en 1989*, in : *Vingtième siècle : revue d'histoire* 2002, n° 75 (numéro spécial : *Histoire des femmes, histoire des genres*), pp. 145-156.
- ROLLAND PATRICE, *Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in : *Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Rouen 1998, pp. 271-285.
- ROMAN JOËL, *Pour un multiculturalisme tempéré*, in : *Hommes et migrations* 1996, n° 1197, pp. 18-22.
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *De l'inégalité parmi les hommes*, Paris 2008.
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *Du contrat social*, Paris 2004.

- ROY OLIVIER, Les Etats musulmans : entre islamisation et laïcité, in : BAUBÉROT JEAN (éd.), La laïcité à l'épreuve : religions et libertés dans le monde, Paris 2004.
- SAHARSO SAWITRI, Culture, Tolerance and Gender, in : European Journal of Women's Studies 2003, vol. 10 (1), pp. 7-27.
- SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel : die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Berne 1982.
- SANDEL MICHAEL J., Justice : What's the Right Thing to Do?, Londres 2010.
- SCHOKKENBROEK JEROEN, The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law on the European Court of Human Rights, in : Human Rights Law Journal 1998, vol. 19, pp. 30-36.
- SEN AMARTYA, The Argumentative Indian : Writings on Indian History, Culture and Identity, Londres 2005.
- SOLER-COUTEAUX PIERRE, Prolongement d'une réflexion sur la liberté de conscience : la déclinaison juridique de la tolérance, in : CONDORELLI LUIGI ET AL. (éd.), Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. II, Bruxelles 2004, pp. 1421-1446.
- SUDRE FRÉDÉRIC, Droit européen et international des droits de l'homme, Paris 2011.
- SUNSTEIN CASS R., One Case at a Time : Judicial Minimalism at the Supreme Court, Cambridge/Londres 1999.
- SUNSTEIN CASS R., Burkean Minimalism, in : Michigan Law Review 2006-2007, vol. 105, pp. 353-408.
- SUNSTEIN CASS R., The Supreme Court, 1995 Term – Foreword : Leaving Things Undecided, in : Harvard Law Review 1996, vol. 110, pp. 4-101.
- THE EXECUTIVE BOARD, AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION, Statement on Human Rights, in : American Anthropologist, New Series, 1947, vol. 49 (4), Part 1, pp. 539-543.
- THORNBERRY PATRICK/MARTIN ESTÉBANEZ MARIA AMOR, Minority Rights in Europe : A Review of the Work and Standards of the Council of Europe, Strasbourg 2004.
- TODOROV TZVETAN, La peur des barbares : au-delà du choc des civilisations, Paris 2008.
- VALLET ODON, Les religions dans le monde, Paris 2003.
- VEGLERIS PHEDON, Le principe d'égalité dans la déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme, in : Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita, vol. I, Bruxelles 1972, pp. 565-588.
- VOLTAIRE, Traité sur la Tolérance, Paris 2007.
- WALDRON JEREMY, Identité culturelle et responsabilité civique, in : KYMLICKA WILL/MESURE SYLVIE (éd.), Comprendre les identités culturelles, Paris 2000, pp. 173-192.
- WALTER CHRISTIAN, Lautsi v. Italy (Eur. Ct. H.R.) : Introductory Note, in: International Legal Materials 2010, vol. 49 (1), pp. 32-44.
- WILLAIME JEAN-PAUL/MATHIEU SÉVERINE (éd.), Des maîtres et des dieux : écoles et religions en Europe, Paris 2005.

- YOUROW HOWARD CHARLES, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haye 1996.
- ZIMMERMANN TRISTAN, *Le crucifix dans la salle de classe : l'arrêt Comune di Cadro revisité à la lumière de l'affaire Lautsi*, in : *AJP/PJA* 2011, n° 11, pp. 1485-1504, 1489 et 1491.
- ZIMMERMANN TRISTAN, *La laïcité et la République et Canton de Genève*, in : *La semaine judiciaire* 2011, vol. 133 (2), pp. 29-78.
- ZIMMERMANN TRISTAN, *L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine*, in : DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (éd.), « *Le droit décloisonné* », *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Genève 2009, pp. 27-53.