

2.3. Liberté religieuse

15. ZBI 2020, 315-321 (11.3.2019/a; 2C_546/2018) – Art. 82 lit. b et 89 al. 1 lit. b LTF; 15 et 36 Cst.; 9 CEDH; 18 al. 3 Pacte ONU. Interdiction faite au personnel judiciaire de porter des symboles religieux.

Le 15 mai 2017, le Conseil de la magistrature (*Gerichtsrat*) du canton de Bâle-Ville a notamment interdit le port de symboles religieux visibles à tout le personnel participant aux délibérations, pendant les audiences et lors de la communication des décisions, par l'ajout d'un article 8a au titre 3 «Règlementations spéciales du personnel des

tribunaux» du *Statut du personnel des tribunaux (Personalreglement der Gerichte, RS/BS 154.112)*. La modification a été publiée au Recueil officiel cantonal le 16 juin 2018. Le 25 juin 2018, M. Suter, avocat, a déposé un recours en matière de droit public, concluant à l'annulation dudit article, auprès du Tribunal fédéral, et demandé à titre subsidiaire le renvoi de la cause devant la juridiction inférieure.

(c. 1.1.1/3) Le recours est dirigé contre un acte normatif au sens de l'article 82 lit. b LTF. Les actes attaquables selon cette disposition sont en principe des normes générales et abstraites, des actes normatifs. Exceptionnellement, les ordonnances administratives peuvent être attaquées si elles ont un effet externe et en l'absence de décision attaquable rendue dans un cas concret. En l'espèce, le règlement a bien un effet externe sur la relation entre l'État et ses employés. Il ne régit pas uniquement des questions administratives internes. Il peut donc faire l'objet d'un contrôle abstrait.

(c. 1.2.1/3) Le recours contre les actes normatifs cantonaux peut être introduit directement auprès du Tribunal fédéral si aucun recours cantonal n'est possible et s'il a été examiné par une autorité cantonale de dernière instance (art. 87 al. 1 lit. d LTF). En présence d'une juridiction constitutionnelle cantonale, le Tribunal fédéral renonce exceptionnellement à l'épuisement des voies de droit cantonales si un tel recours apparaît d'emblée inutile. En l'espèce, la procédure de consultation menée préalablement auprès de la Cour cantonale, qui est elle-même chargée du contrôle constitutionnel, et le consensus rencontré vis-à-vis de la modification du règlement permettent d'ouvrir un recours direct au Tribunal fédéral.

(c. 1.3.1/2) Pour exercer un tel recours, la personne qui agit doit être particulièrement atteinte par l'acte normatif attaqué, c'est-à-dire être effectivement touchée ou pouvoir l'être virtuellement un jour, et avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. En l'espèce, bien qu'il n'explique pas dans quelle mesure il serait lésé en raison de son orientation idéologique, le recourant invoque être éligible, en tant qu'avocat, à la fonction de juge ou président d'un tribunal. Le Tribunal fédéral admet donc la recevabilité du recours.

(c. 2.1/2) Dans un recours en matière de droit public concernant le contrôle abstrait de constitutionnalité, la question déterminante est celle de savoir si la norme en question peut être interprétée d'une manière compatible avec les garanties constitutionnelles invoquées. Ce n'est qu'en l'absence de toute interprétation conforme que l'acte est annulé.

(c. 3) Le requérant invoque la violation de la liberté de conscience et de croyance au sens de l'article 15 Cst., de l'article 9 CEDH et de l'article 18 al. 3 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

(Pacte ONU II, RS 0.103.2). Il relève l'absence de base légale suffisante, l'absence d'intérêt public admissible et l'absence de proportionnalité du règlement.

(c. 4.1) La liberté de conscience et de croyance inclut, outre la liberté intérieure de croire, de ne pas croire ou de modifier ses opinions religieuses, la liberté extérieure d'exprimer, de pratiquer et de propager ses convictions dans certaines limites, ou de ne pas les partager. En cela, elle comprend le droit de porter des vêtements liés à la religion et s'applique également dans la relation de travail avec l'Etat. En exigeant une abstention de porter des vêtements religieux, la disposition visée du règlement peut avoir pour effet de restreindre la liberté de conscience et de croyance.

(c. 4.2) La liberté de conscience et de croyance peut être restreinte dans le respect des conditions prévues par l'article 36 Cst. Ainsi la restriction doit reposer sur une base légale, formelle s'il s'agit d'une atteinte grave, être justifiée par un intérêt public ou la protection de droits fondamentaux de tiers, et être proportionnée. L'essence de la liberté de conscience et de croyance est inviolable.

(c. 4.3) Selon la jurisprudence, la gravité de l'atteinte dans le domaine de la liberté de conscience et de croyance s'évalue non seulement selon des critères objectifs, mais aussi des critères subjectifs. Ainsi, il est décisif de savoir si la personne qui se prétend victime peut justifier d'une activité religieuse qui rend la gravité de l'atteinte objectivement compréhensible et est démontrée par des circonstances extérieures de la vie. Ce point, non allégué par le requérant, n'est cependant pas déterminant concernant un contrôle abstrait, car un intérêt virtuel est suffisant. Le Tribunal fédéral analyse la gravité de l'atteinte au regard de sa propre jurisprudence sur l'interdiction du port du voile islamique par des écolières et par des enseignantes dans les établissements scolaires (ATF 142 I 49 [= RDAF 2017 I 259] et ATF 123 I 296 [= RDAF 1998 I 480]). En l'espèce, il convient toutefois de relever que le devoir d'abstention concerne des situations strictement limitées dans le temps et dans leur objet, ce qui réduit les effets sur la vie quotidienne des personnes concernées. Il faut également prendre en compte le fait que le personnel visé est plus apte que les élèves d'une école à gérer un conflit entre ses convictions religieuses et les exigences de son activité professionnelle. Ce d'autant que la fonction au sein d'un tribunal est exercée sur une base volontaire («freiwillig») et nécessite par nature de maintenir une certaine distance intérieure avec ses convictions personnelles. Ainsi l'atteinte au droit fondamental ne peut pas être qualifiée de grave.

(c. 4.4) Concernant l'analyse de la base légale, le règlement satisfait à l'exigence de précision quant à la prévisibilité des conséquences

juridiques du comportement visé par le texte. L'utilisation des termes «symbole religieux», sujets à interprétation, est sans effet sur cette conclusion. Le fait que le règlement ne soit pas une base légale au sens formel est indifférent, puisqu'il ne s'agit pas d'une atteinte grave. Concernant la violation alléguée de la séparation des pouvoirs, les articles 9 al. 2 ch. 3 et 52 al. 3 de la *loi d'organisation judiciaire* (*Gerichtsorganisationsgesetz*, GOG, RS/BS 154.100), qui donnent compétence au Conseil de la magistrature de régler le statut et la tenue vestimentaire du personnel des tribunaux, sont des dispositions légales au sens formel. L'article 69 al. 2 de la Constitution cantonale, qui pose le principe de la séparation des pouvoirs, n'exclut pas la délégation de compétence au pouvoir judiciaire, laquelle repose donc sur une base juridique suffisante et ne viole pas ledit principe.

(c. 4.5) Concernant l'intérêt public justifiant la restriction à la liberté de conscience et de croyance, l'obligation de neutralité de l'État constitue en soi un intérêt public admissible. La disposition vise également à éviter que les parties à une procédure judiciaire n'aient l'impression que les personnes impliquées dans le procès sont guidées par des convictions religieuses, ce qui est également un intérêt public admissible. Enfin, la restriction vise la protection des droits fondamentaux des tiers en ce que chaque personne a le droit à un tribunal indépendant et impartial en application de l'article 30 al. 1 Cst.

(c. 4.6) En application de l'article 36 al. 3 Cst., les restrictions des droits fondamentaux doivent rester proportionnées. Cela signifie qu'une mesure étatique doit être apte et nécessaire à la protection de l'intérêt public ou privé visé et qu'elle doit pouvoir être raisonnablement imposée aux personnes concernées compte tenu de la gravité de la restriction de leurs droits fondamentaux. Selon la jurisprudence, la restriction ne doit pas être plus grave que nécessaire d'un point de vue objectif, spatial, temporel et personnel. En ce sens, la mesure est strictement circonscrite dans l'espace et dans le temps aux audiences et au prononcé des décisions, en présence des parties et du public. Elle est facilement applicable et limitée sur le plan personnel aux personnes participant aux délibérations, et dans son objet au port de symboles religieux visibles. Elle n'est donc pas *a priori* déraisonnable. L'examen du caractère raisonnable dans un cas concret n'est pas nécessaire dans une procédure de contrôle abstrait.

(c. 4.7) Enfin, la disposition ne porte pas atteinte à l'essence de la liberté de conscience et de croyance.

(c. 5) Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal fédéral rejette le recours.

(S.M.S./A.-S.C.)

Note. L'arrêt résumé ci-dessus a fait l'objet d'un commentaire de Ueli FRIEDRICH (*ZBI* 2020, p. 321-329) qui resitue cette décision dans le contexte de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux manifestations extérieures des convictions religieuses. L'auteur analyse également les contributions doctrinales récentes sur le sujet et en particulier celle de E. JOLLER, *Darf Justitia ein Kopftuch tragen?*, in: *ZBI* 2019, p. 115 ss), soit à peu près en même temps que l'arrêt du Tribunal fédéral mais sans que celui-ci n'en soit au courant, qui estimait l'interdiction en question inconstitutionnelle.

Interrogé en l'espèce sur la question de la compatibilité entre la liberté de conscience et de croyance et un règlement interdisant le port de signes religieux au personnel judiciaire, le Tribunal fédéral s'est livré à un examen certes attentif des conditions de l'article 36 Cst., mais qui appelle plusieurs remarques tant sur l'appréciation de la gravité de la restriction à la liberté de conscience et de croyance selon des critères objectifs (a) et subjectifs (b) que sur le but légitime poursuivi (c).

a. *Sur la gravité de la restriction selon des critères objectifs.* La question de la gravité de la restriction à la liberté de conscience et de croyance a été déterminante dans la décision du Tribunal fédéral, car toute restriction grave doit être prévue par une loi formelle et présenter une certaine «densité normative». Or, si les juges de Mon-Repos avaient interprété l'interdiction faite au personnel judiciaire de porter des signes religieux comme une restriction grave à la liberté de conscience et de croyance, le règlement bâlois aurait sans aucun doute été considéré comme une base légale insuffisante. En effet, le règlement est un acte de niveau inférieur à la loi, pris par le biais d'une délégation législative (la loi bâloise *sur l'organisation des tribunaux et du ministère public*) et ne constitue donc pas une loi formelle.

Pour justifier la faible gravité de la restriction, le Tribunal fédéral retient notamment que l'interdiction de porter des signes religieux est strictement limitée dans le temps et dans son objet (c. 4.3.3). A notre sens, cet argument atteste d'une conciliation entre le port du voile islamique, l'obligation de neutralité de l'Etat et le droit à un tribunal indépendant et impartial. Au contraire, Benedict VISCHER (*Justitias Entschleierung*, in: *Jusletter*, 18 janvier 2021, N. 35-38) fait valoir qu'un tel argument pourrait être pertinent à condition que le signe religieux en question ne revête pas un caractère obligatoire. Reprenant la distinction entre l'orthodoxie et l'orthopraxie, l'auteur affirme que tout le système de protection de la liberté religieuse est bâti sous le prisme d'une conception chrétienne de la foi, laquelle est intérieure et non pas extérieure. Dans cette perspective, interdire le port d'une croix chrétienne ne constituerait pas une restriction grave à la liberté de conscience et de croyance. A l'inverse, parce que l'islam et le judaïsme lient la foi à l'action, l'interdiction du voile islamique ou de la kippa devrait être qualifiée de restriction grave à la liberté de conscience et de croyance. L'auteur en arrive à la conclusion que si le règlement bâlois limite effectivement l'interdiction du port de signes religieux dans le temps et dans son objet, cela ne réduit que de très peu la gravité de la restriction.

Le défaut principal d'une telle approche est qu'elle conduit à considérer, dans le cadre de l'appréciation objective de la gravité d'une atteinte à la liberté de conscience et de croyance, que le port de certains signes religieux revêt nécessairement un caractère obligatoire parce qu'il relève de l'orthopraxie. Or, une telle affirmation est problématique dans la mesure où la question du caractère obligatoire ou facultatif de certains signes religieux fait l'objet de débats théologiques et juridiques complexes. En atteste, par exemple, l'arrêt *Ali Wassil c. Ministre de l'éducation* (Journal officiel d'Égypte, N° 212, 30 mai 1996, p. 1026–1041), dans lequel la Cour constitutionnelle suprême égyptienne s'est prononcée sur la constitutionnalité de décrets ministériels interdisant aux filles portant le niqab d'accéder à l'école. Après avoir rappelé que la loi islamique est une source du droit et que la loi ne saurait contrevenir à «des normes islamiques dont l'authenticité et la portée sont catégoriques», la Cour constitutionnelle suprême égyptienne relève que la réglementation relative à la tenue vestimentaire de la femme fait l'objet de débats et est sujette à interprétation. Elle fait donc partie des «normes putatives dont l'authenticité et la portée ne sont pas catégoriques». Les juges égyptiens relèvent ensuite la nécessité d'interpréter les règles relatives à l'habillement de la femme en fonction des valeurs morales de la société en cause, car toute pétrification de ces règles l'empêcherait «de prendre toute sa part dans la marche de la société». Il convient de noter que, dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle suprême ne s'est pas prononcée sur le voile islamique mais sur l'habillement des femmes. Quoi qu'il en soit, cet arrêt a ceci d'intéressant qu'il démontre les difficultés relatives à la détermination de ce qui, objectivement, revêt ou non un caractère obligatoire et qu'il admet la possibilité d'adapter l'habillement de la femme au contexte sociétal. Dans cette constellation, la question de la gravité d'une restriction dépendrait de la possibilité de concilier le port du signe religieux avec les valeurs d'une société donnée (J. J.-L. CORREA, *Le voile islamique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in: *Revue africaine de droit international et comparé* 14 [2006], p. 258-261). Aussi, dans l'affaire bâloise, l'argument selon lequel l'interdiction de porter des signes religieux est strictement limitée dans le temps et dans son objet (c. 4.3.3) reprend toute son importance.

b. *Sur la gravité de la restriction selon des critères subjectifs.* Le Tribunal fédéral évacue la question de l'appréciation de la gravité de la restriction selon des critères subjectifs en retenant que, dans le cadre d'un contrôle abstrait, un intérêt virtuel suffit (c. 4.3.1). Pourtant, il aurait été déterminant que l'avocat plaignant démontre en quoi la disposition litigieuse emportait une atteinte grave à sa liberté de conscience et de croyance, qu'il apporte des éléments subjectifs tels que son appartenance à une religion et sa pratique antérieure à l'ajout du § 8a au *Statut du personnel des tribunaux*, ainsi que son attachement à des signes religieux. A notre sens, cette carence laisse penser à une action populaire et remet en cause la recevabilité du recours, d'autant plus que le résultat concret pour l'avocat requérant aurait été le même, le règlement lui étant opposable. Il s'agit donc pour le Tribunal fédéral de clarifier une question qui se serait probablement présentée à lui tôt ou tard.

c. *Sur les buts légitimes poursuivis.* L'obligation de neutralité de l'État est retenue comme un intérêt public légitimant l'interdiction du port de signes religieux visibles au personnel judiciaire en présence des parties ou du public pendant les audiences et lors du prononcé public des décisions. Selon le Tribunal fédéral, une telle restriction préserve l'impartialité subjective du personnel judiciaire ou, en d'autres termes, l'apparence d'impartialité. L'idée est d'éviter que les parties au procès n'aient le sentiment d'être jugées à l'aune de convictions religieuses (c. 4.5). Cependant, de tels doutes concernant l'impartialité du personnel judiciaire ne reposent pas sur des critères objectifs mais sur des stéréotypes purement subjectifs. On ne saurait déduire du port d'un voile islamique par une juge une incapacité pour elle de prendre de la distance vis-à-vis de ses propres convictions religieuses. De même, la neutralité vestimentaire d'un juge ne saurait être la garantie absolue de son impartialité subjective. En tout état de cause, en matière d'opinions religieuses comme en matière d'opinions politiques, l'impartialité subjective d'un juge ne saurait être remise en cause sur le fondement de stéréotypes ou de préjugés mais bien sur la base d'éléments objectifs (VISCHER, *op. cit.*, N. 41, dans un sens analogue, mais plutôt sous l'angle de la proportionnalité [au sens étroit], cf. aussi FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 327-329).

(A.-S.C./S.M.S.)